dirittifondamentali.it

Rivista
scientifica
quadrimestrale

Anno 2022 / Fascicolo III

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. Ruggeri – Teoria della Costituzione, identità costituzionale e salvaguardia dei diritti fondamentali……**1**

A. Lamberti - Il Diritto all'istruzione delle persone con disabilità: tutela giurisdizionale ed equilibrio di bilancio……**30**

M. Sirimarco - Tra l'amore e il dolore: sulla filosofia giuridica e politica di Aldo Moro (I - Il periodo formativo)……**67**

L. Starace - La Corte ridisegna l'ambito di applicazione della disciplina in materia di patrocinio a spese dello Stato: note a margine di Corte Cost. n. 10/2022……**92**

D. Coduti - Le "riunioni" online tra crescente interesse internazionale e specificità costituzionali italiane……**113**

C. Iannello - Oltre il Covid. Verso l'obbligo di cura per i sani? Il pericoloso tentativo di scardinare ex post la ratio liberal-democratica dell'obbligo vaccinale per 'giustificare' «scelte tragiche» rivelatesi errate per razionalità postuma……**134**

R. D'Andrea - I doveri costituzionali visti da un penalista. Considerazioni a partire dal contributo allo studio dei doveri costituzionali di Giorgio M. Lombardi……**164**

L. Mellace - La libertà di circolazione e soggiorno come "pietra angolare" della cittadinanza europea: il problema dei cittadini economicamente inattivi……**182**

L. Lorello - Il valore costituzionale della buona informazione……**207**

M. Forti - Data quality issues in EU digital procedures of border control……**230**

C. Sartea - Mitologie giuridico-politiche della modernità alla prova della pandemia……**245**

M. E. Bucalo - La libertà di espressione in rete fra content moderation dei social network e regolazione dell'Unione Europea……**270**

L. Buscema - THE LAST SHIP. Pandemia e (sovra)strutture costituzionali tra fantasia e realtà……**296**

P. Becchi - Dal consenso informato al consenso obbligato? Una riflessione sul senso della medicina e sull'obbligo vaccinale di massa……**312**

F. G. Cuttaia - L'utilizzo dello strumento pattizio nell'attuazione della riforma dell'assistenza sanitaria territoriale: percorsi seguiti e mancati raccordi……**323**

F. Girelli - Strumenti di contrasto alla violenza sulle donne con disabilità……**338**

M. Herdegen - Der Kampf gegen Pandemie zwischen verfassungsrechtlicher Normalität und Ausnahmezustand……**350**

C. Aliberti - Tutela dei diritti fondamentali e prostituzione: una sentenza eccessivamente "garantista" della Corte costituzionale……**376**

A. Ruggeri - Verso un assetto viepiù "sregolato" dei rapporti tra Corte costituzionale e legislatore……**394**

C. Di Stasio - Immigrant Labour exploitation: the development of the "Corporate Due Diligence" as a new response to the phenomenon……**417**

A. Bellizzi di San Lorenzo - Un altro modo di obbligare: una riflessione a futura memoria sul Green pass……**441**

N. Pérez Sola - El derecho constitucional de excepción a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español……**460**

G. Della Monica - La rinnovazione in giudizio della richiesta di riti alternativi rigettata in udienza predibattimentale……**477**

dirittifondamentali.it

Dirittifondamentali.it - Fascicolo 3/2022
Data di pubblicazione – 12 settembre 2022

Teoria della Costituzione, identità costituzionale e salvaguardia dei diritti fondamentali*

di
Antonio Ruggeri**

Un sistema giuridico non è mai una conquista definitiva;
esso si attua mediante la costante interpretazione quotidiana
*dell'operatore intelligente e sensibile, educato adeguatamente****

Sommario: 1. Le principali accezioni di "Costituzione" e la centralità di posto spettante ai giudici in ordine alla salvaguardia dei diritti fondamentali. – 2. Il "dialogo" tra le Corti e le sue forme, delle quali si dà tuttavia sovente una distorta rappresentazione che risente del vizio di fondo che sta a base della sistemazione a scala delle Carte in applicazione di schemi di formale fattura, trascurandosi invece il dato di comune esperienza secondo cui le Corti stesse si confrontano tra di loro paritariamente in occasione dei casi portati alla loro cognizione, variamente influenzandosi a vicenda. – 3. Il "metaprincipio" della massimizzazione della tutela dei diritti e la struttura internamente articolata e composita della identità costituzionale, in rispondenza al principio di apertura di ciascun ordinamento verso gli altri. – 4. La scelta di campo tra una teoria autoreferenziale di Costituzione ed una invece di Costituzione "aperta" e disponibile a farsi rigenerare senza sosta dalle altre Carte per effetto del "dialogo" intergiurisprudenziale, al fine della integra trasmissione della identità costituzionale nel tempo e dell'ottimale appagamento dei diritti in ragione dei casi. – 5. Una succinta notazione finale, con riguardo all'odierno contesto segnato profondamente dalla guerra in Ucraina, al significato che essa assume chiamando i popoli dell'Unione europea ad un nuovo Risorgimento in vista della salvaguardia della Costituzione e dei diritti fondamentali e della loro integra trasmissione a beneficio di chi verrà dopo di noi.

---

* Relazione all'incontro di studi su *Diritto europeo e legalità costituzionale a trent'anni dal volume di Pietro Perlingieri*, Università Politecnica delle Marche (San Benedetto del Tronto), 9-10 settembre 2022, alla cui data lo scritto è aggiornato.

Sono particolarmente lieto di offrire il mio modesto contributo ad una iniziativa scientifica in onore di P. Perlingieri, studioso insigne, verso il quale nutro sentimenti profondi di gratitudine ed affetto.

** Professore emerito di Diritto costituzionale.

*** P. PERLINGIERI, *Diritto comunitario e legalità costituzionale. Per un sistema italo-comunitario delle fonti*, ESI, Napoli 1992, 155.

Contributo non sottoposto a referaggio per chiara fama dell'autore

1. *Le principali accezioni di "Costituzione" e la centralità di posto spettante ai giudici in ordine alla salvaguardia dei diritti fondamentali*

La riflessione che ora si avvia oscilla costantemente tra due corni oscuri o, per dir meglio, appannati, fatti a tutt'oggi oggetto di accese controversie, la Costituzione e i diritti fondamentali[1], tra i quali nondimeno s'intrattiene e svolge un rapporto inscindibile. Per quanto l'una non si esaurisca nel riconoscimento dei secondi, ha infatti in questi il suo cuore pulsante. Illuminante ed ancora oggi attualissima, al riguardo, l'indicazione offerta dall'art. 16 della Dichiarazione dei diritti del 1789, con la sua formula lapidaria ed insuperata per concisione e forza espressiva in cui è

[1] Avverto che, d'ora innanzi, per scorrevolezza di esposizione, farò a meno il più delle volte di utilizzare l'aggettivo, assumendolo come implicito nel sostantivo. E ciò, pur consapevole del fatto che – secondo opinione corrente – si danno diritti che "fondamentali" non sono; altra questione, poi, cui non si può tuttavia qui dedicare specifica attenzione, è quella se ogni diritto costituzionalmente riconosciuto possa essere propriamente qualificato come "fondamentale" e, in generale, cosa sia da intendere con il lemma evocato nel titolo della riflessione che mi accingo a svolgere. Questione, questa, ampiamente discussa *ab antiquo* e, però, ben lungi da ricevere la quiete cui aspira. Basti solo pensare alle mai finite ed agitate controversie, nel corpo sociale così come tra gli operatori istituzionali e gli studiosi (*ex plurimis*, i contributi di AA.VV., *Cos'è un diritto fondamentale?*, a cura di V. Baldini, Editoriale Scientifica, Napoli 2017) che incessantemente si rinnovano circa la considerazione da dare a nuovi bisogni che, con lo scorrere del tempo ed il mutare dei contesti, vengono ad emersione, pretendendo appunto per sé il riconoscimento quali "diritti fondamentali". Per alleggerire il discorso, si chieda soprattutto ai giovani (ma ormai, forse, anche ai non giovani) se si dia, o no, un "diritto fondamentale" al telefonino, ed anzi ad uno tecnologicamente avanzato e pluriaccessoriato. Temo che la risposta sia già nella domanda… Non si obietti poi – dico qui di sfuggita – che il (supposto) diritto in parola si possa agevolmente riportare a quello di corrispondenza, ove si consideri che non soltanto a questa si riduce l'utilizzo dello strumento in parola che, invece, in alcune sue sofisticate espressioni, consente di avvalersene a molteplici fini, rendendosi pertanto problematico e, a conti fatti, costrittivo il riporto dello stesso a questa o quella delle categorie tradizionali ancora oggi di uso corrente nei discorsi relativi ai diritti fondamentali.

Al di là della questione ora evocata, la cui soluzione non è di specifico interesse per questo studio, resta il fatto, a mia opinione non revocabile in dubbio, che un'abnorme dilatazione della categoria dei diritti in parola possa risolversi (ed effettivamente si risolva) in un nocumento grave per i veri diritti fondamentali (e, di riflesso, per la Costituzione che vi dà voce), anche dunque per quelli non espressamente nominati e, nondimeno, riportabili sotto la "copertura" accogliente apprestata dall'art. 2 della Carta. Diritti, questi ultimi, il cui riconoscimento – come si è tentato di mostrare altrove –, al fine di poter poggiare su basi teoriche solide, rimanda a *consuetudini culturali* diffuse e profondamente radicate nel corpo sociale, come tali bisognose appunto di essere portate allo scoperto e opportunamente "razionalizzate".

appunto riassunta l'essenza della Costituzione (o, per dir meglio, di una Costituzione di stampo liberale[2]).

La teoria della Costituzione ci consegna, per vero, di quest'ultima plurime accezioni. Gli studiosi – come si sa – hanno animatamente discusso (ahimè, specie in passato, pur non facendo difetto nel tempo a noi più vicino studi egregi di respiro teorico-generale) a riguardo di ciò che è, *in nuce*, la Costituzione, della cui connotazione complessiva si sono avute varie prospettazioni. Volendo, tuttavia, ora semplificare al massimo, se si ferma l'attenzione su quelle che ai mei occhi appaiono le vedute maggiormente accreditate, si può convenire che tre sono i filoni di pensiero nel modo più netto rimarcati, di orientamento, rispettivamente, istituzionista, normativo e assiologico[3]. Ed è subito interessante notare che, circoscrivendo – come si diceva – l'attenzione alle sole esperienze maturate negli ordinamenti di tradizioni liberali, al centro di ciascun orientamento stanno sempre i diritti fondamentali.

E infatti.

Per il primo indirizzo, la Costituzione è l'assetto fondamentale di una comunità politicamente organizzata, con specifico (ma non esclusivo[4]) riguardo allo Stato. Ebbene, negli ordinamenti d'ispirazione liberale quest'assetto è in funzione della

[2] Avverto che non riprenderò qui la vessata questione relativa all'utilizzo in modo appropriato del lemma "Costituzione" anche al di fuori del contesto liberale (e, dunque, per ordinamenti che non si ispirano ai valori o principi fondamentali propri di questi). In tema, nella ormai copiosa lett., per tutti, v. gli scritti di A. SPADARO, il più organico dei quali rimane ad oggi il suo *Contributo per una teoria della Costituzione*, I, *Fra democrazia relativista e assolutismo etico*, Giuffrè, Milano 1994.

[3] Mi rifaccio ora ad una indicazione che è nel mio *Una Costituzione ed un diritto costituzionale per l'Europa unita*, in P. COSTANZO - L. MEZZETTI - A. RUGGERI, *Lineamenti di diritto costituzionale dell'Unione europea*[6], Giappichelli, Torino 2022, cap. I. Sulle nozioni di Costituzione e di costituzionalismo, a riguardo delle quali la produzione scientifica è – come si sa – imponente, v., di recente, C. CIPOLLONI, *Libertà e autorità nel costituzionalismo moderno*, in *Dir. fond.* (www.dirittifondamentali.it), 1/2022, 31 marzo 2022, 519 ss.

[4] L'intero volume da ultimo cit. ha la propria ragion d'essere nell'intento di argomentare la tesi che possa già al presente discorrersi di un ordinamento costituzionale seppur *in progress* dell'Unione europea, ovviamente dotato di caratteri suoi propri.

dirittifondamentali.it

salvaguardia dei diritti e, in generale, della persona umana, in ciascuna delle sue più salienti manifestazioni nella vita di relazione[5].

Per il secondo, la Costituzione è *norma normans* ma non *normata* dell'ordinamento[6] o, per dir meglio, è data dall'insieme delle norme fondamentali della comunità, le quali poi, nuovamente, hanno la loro più qualificante espressione nel riconoscimento e nella salvaguardia *per essentialia* dei diritti fondamentali ovvero nella disciplina, pur sempre *per essentialia*, della organizzazione in genere, conformata in modo tale da poter rendere l'ottimale servizio, alle condizioni oggettive di contesto, ai diritti ed alla persona nella sua totalità significante.

Per il terzo, infine, la Costituzione è data da un fascio di valori fondamentali positivizzati (e, dunque, in buona sostanza, dai principi parimenti fondamentali che, nel modo più genuino e diretto, vi danno voce[7]). Valori che, ancora una volta, hanno nei diritti il loro *fine* e *confine* allo stesso tempo, la ragion d'essere e lo scopo.

Ebbene, ciascuno degli orientamenti in parola coglie nel segno ma, singolarmente considerati, offrono una rappresentazione monca, riduttiva, della Costituzione; richiedono, pertanto di essere composti ad unità metodicamente e teoricamente significante. Se ne ha che la Costituzione è data da *un assetto fondamentale di una comunità organizzata, quale risulta dalle norme che lo stabiliscono e dai valori che ne danno l'ispirazione e la giustificazione, al servizio dei diritti della persona*.

Questo che, a prima impressione, può apparire un punto di arrivo della ricerca volta a qualificare l'essenza della Costituzione, in realtà, ne è solo la partenza.

---

[5] Sulla centralità della persona umana e la sua identità, una densa ed approfondita riflessione si deve ora a Q. CAMERLENGO, *Valori e identità: per un rinnovato umanesimo costituzionale*, in *Consulta OnLine* (www.giurcost.org), 2/2022, 15 giugno 2022, 634 ss.

[6] Si vedrà, nondimeno, a momenti che questa nozione, pur mantenendo *in nuce* validità, richiede tuttavia, nel presente contesto segnato da una integrazione sovranazionale avanzata e da vincoli viepiù stringenti espressi dalla Comunità internazionale, talune non secondarie precisazioni.

[7] Tra i valori e i principi si intrattiene un rapporto complesso. I primi, infatti, appartenendo al mondo del pregiuridico, non possono comunque fare a meno dei secondi al fine di potersi rendere visibili e produrre effetti giuridicamente rilevanti; i secondi, tuttavia, non possono, per loro strutturale limite, rendere i primi in tutta la loro cristallina purezza, e col fatto stesso di tradurli in formule di linguaggio (gli enunciati normativi), per un verso, ne impoveriscono almeno in parte l'essenza ma, per un altro verso, li… *valorizzano*, dandovi appunto concretezza ed attitudine ad informare di sé l'intero ordinamento (cfr., al riguardo, il punto di vista ora manifestato da Q. CAMERLENGO, nello scritto sopra cit., spec. alla parte II).

Occorre infatti subito chiedersi quale sia la struttura della Costituzione, in ciascuna delle sue accezioni sopra indicate e, soprattutto, in tutte assieme e, prima ancora, è necessario stabilire se e quali mutamenti si siano registrati col tempo nel modo d'intendere e far valere le accezioni stesse.

Semplificando al massimo e richiamando ora solo alcuni dei tratti maggiormente salienti dell'organizzazione, con specifico riguardo allo Stato che rimane pur sempre il principale punto di riferimento per la teoria della Costituzione, basti solo pensare alle trasformazioni profonde alle quali è andato (e seguita senza sosta ad andare) soggetto il principio della separazione dei poteri[8]: l'altra gamba che, nella lapidaria ed efficacissima formula di cui all'art. 16 sopra cit., si pone al fianco di quella dei diritti, qualificando l'essenza della Costituzione e dando perciò modo allo Stato che ne porta il nome di poter incedere nel suo pur non sempre lineare e comunque sovente sofferto cammino. L'articolazione del potere[9] tra una pluralità di sedi istituzionali si è sempre di più complicata, esattamente come una tela dalle maglie fattesi via via particolarmente fitte ed estese allo stesso tempo. Basti solo pensare alla distribuzione del potere stesso non soltanto *in orizzontale* ma anche *in verticale*, soprattutto per effetto del riconoscimento delle autonomie territoriali[10] (e, tra queste, principalmente di quelle regionali)[11]. Non si trascuri, poi, la circostanza

[8] Ne ha ripercorso le più salienti vicende e messo a punto il suo senso attuale soprattutto G. SILVESTRI, *La separazione dei poteri*, Giuffrè, Milano, I (1979) e II (1984).

[9] … al singolare, quale sinonimo di "sovranità", pur nella varietà dei significati di cui si è andata col tempo caricando, ai quali nondimeno non può ora riservarsi neppure un cenno, al di là delle precisazioni che subito seguono nel testo.

[10] Su di che, di recente, le precisazioni di P. COSTA, *Separazione verticale dei poteri e libertà. A proposito di una relazione trascurata nel regionalismo italiano*, in *Riv. AIC* (www.rivistaic.it), 3/2022, 27 luglio 2022, 88 ss.

[11] L'affermazione ora fatta è usualmente confutata, assumendosi essere la condizione delle Regioni (e degli altri enti territoriali minori) di "autonomia", e non già di "sovranità" (o, diciamo meglio, di compartecipazione in forme peculiari all'esercizio della sovranità). Come si è tentato di mostrare altrove, a me pare tuttavia che, per l'accezione di quest'ultima cui si fa ora riferimento nel testo (con riguardo al modo di articolazione del potere), sia giocoforza ammettere che lo stesso Stato non possa ormai più dirsi autenticamente o pienamente "sovrano", perlomeno in relazione a taluni ambiti materiali nei quali si trova soggetto a vincoli, ora più ed ora meno stringenti, aventi origine esterna (e, segnatamente, dall'Unione europea). La travagliata, dolorosa esperienza bellica ad oggi in corso in Ucraina e dagli imprevedibili ed inquietanti sviluppi rende peraltro conferma della impossibilità di riproporre ormai più, in un mondo al proprio interno fortemente integrato o interconnesso, le antiche e obsolete ricostruzioni teorico-generali in tema di sovranità, non dandosi le condizioni perché lo Stato

per cui, in un ordinamento ispirato al più largo riconoscimento del pluralismo sociale ed istituzionale, si danno campi materiali, ora più ed ora meno estesi, seppur in parte sottratti alla coltivazione da parte degli atti di autorità dello Stato o di altri enti e, dunque, rimessi all'autodeterminazione delle formazioni spontaneamente generate dal corpo sociale[12].

In questo quadro, qui sommariamente descritto unicamente nei suoi tratti maggiormente espressivi, va altresì prestata attenzione al fatto che anche le sedi istituzionali c.d. di garanzia (in lata accezione) si sono moltiplicate per un verso e trasformate per un altro rispetto al figurino trasmessoci dalla elaborazione teorico-positiva maturata durante la stagione liberale; e basti solo, al riguardo, pensare al mutato ruolo complessivo del Capo dello Stato, nel passaggio dalla monarchia alla

---

possa fregiarsi fino in fondo di questo titolo, rivendicando dunque per sé piena capacità di autodeterminazione, in ambito interno così come al piano delle relazioni internazionali e sovranazionali.

Senza, nondimeno, ambientare ora il discorso al piano teorico-generale e circoscrivendo l'attenzione al solo nostro ordinamento ed alle più salienti esperienze che in esso si sono affermate (e seguitano ad affermarsi), non pochi dubbi parrebbero residuare a dar pieno credito all'indicazione costituzionale che imputa al popolo la sovranità, obbligandolo tuttavia ad esercitarla nelle forme e nei limiti dalla stessa Costituzione stabiliti. Un'espressione, questa, che invero sembrerebbe racchiudere una contraddizione evidente, riducendosi alla soffocante alternativa seguente: o il vero ed unico sovrano è il popolo; ed allora quest'ultimo può avvalersene ben oltre i confini segnati dalla Carta e persino travolgerla, come infatti è ammesso da una risalente tradizione teorica in tema di potere costituente, quale espressione di pura ed incontenibile forza. Oppure sovrana è la sola Costituzione, in ispecie – come prospettato da un'accreditata dottrina (G. SILVESTRI, *Lo Stato senza principe. La sovranità dei valori nelle democrazie pluraliste*, Giappichelli, Torino 2005) – nella sua parte maggiormente qualificante ed espressiva, i principi fondamentali, uno dei quali riconosce appunto nel popolo il "sovrano"; ed allora quest'ultimo non è (e non può essere) davvero tale, siccome obbligato ad esercitare il potere che gli è dato unicamente così come la Carta prescrive. *Tertium non datur*, dunque.

In realtà, le cose non stanno affatto così come, ad una prima (ma erronea) impressione, parrebbe. Fintantoché, infatti, si danno le condizioni per un fisiologico svolgimento della vita dell'ordinamento nel solco della continuità costituzionale, è a mia opinione confermata l'indicazione teorica da ultimo richiamata e, con essa, l'accezione oggettiva (o, meglio, assiologico-oggettiva) di sovranità che si appunta e risolve nella Costituzione (e, segnatamente, nei valori fondamentali in essa positivizzati). Questo scenario metodico-teorico, nondimeno, non esclude l'eventualità che esso sia rovesciato e sostituito da altro scenario conseguente all'avvento di un nuovo potere costituente impostosi con la forza; e quest'ultima è sempre, fatalmente, soggettiva, propria cioè degli attori politici protagonisti del fatto eversivo dell'ordine costituito. Una volta, però, che essa s'imponga, la sovranità che con essa si esprime torna ad oggettivizzarsi, traducendosi in nuovo diritto costituzionale, scritto o non scritto che sia, assoggettandosi pertanto ai limiti che essa stessa si dà.

[12] Su ciò, per tutti, la densa riflessione di V. ANGIOLINI, *Costituente e costituito nell'Italia repubblicana*, Cedam, Padova 1995.

repubblica, e, soprattutto, alla "invenzione" della Corte costituzionale, straordinaria per significato ed effetti, al cui quotidiano servizio si deve, in una misura particolarmente rilevante, la conversione della Costituzione vigente in vivente e, con essa, dunque un fattivo concorso al complessivo inveramento dei valori trascritti dalla Carta a beneficio dei diritti[13].

Gli organi supremi di garanzia, tuttavia, stanno alla costruzione ordinamentale come la punta dell'*iceberg* sta rispetto alla montagna sommersa. Garanti della Costituzione (e, per ciò che qui maggiormente importa, dei diritti) sono, in primo luogo, i giudici comuni[14], senza peraltro tralasciare altre sedi istituzionali, delle quali ad oggi non si dà da noi esplicito riconoscimento in Costituzione, la cui natura è parimenti riconosciuta essere di "garanzia", seppur assolta in modi peculiari (così, in particolare, quanto alle autorità indipendenti).

Ebbene, contrariamente a ciò che molti ritengono col fatto stesso di puntare specificamente l'attenzione sulla Corte, il cui rilievo nondimeno non si discute, ai giudici comuni spetta ugualmente centralità di posto nella garanzia dei diritti; e, a darne sicura conferma, basti solo considerare quante sono (praticamente, un'infinità…) le questioni definite dai giudici in parola[15], senza che siano dunque portate alla cognizione della Corte[16]. Non si trascuri, poi, per un verso, la circostanza per cui, spettando pur sempre ai giudici comuni di investire la Corte delle leggi, decisivo al fine della risoluzione delle questioni in parola è il modo

[13] … al di là, ovviamente, di talune carenze, contraddizioni, forzature che pur tuttavia si riscontrano in taluni orientamenti del giudice costituzionale che, ad ogni buon conto, al tirar delle somme, ha complessivamente reso e quotidianamente rende un servizio particolarmente apprezzabile ai più avvertiti bisogni della persona e della collettività.

[14] Lo ha, ancora non molto tempo addietro, opportunamente rammentato R. BIN, *Chi è responsabile delle "zone franche"?*, in 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, 152.

[15] È eloquente già il solo raffronto numerico tra le pronunzie emesse nelle aule in cui si amministra la giustizia comune (un numero stratosferico…) e quelle adottate dal tribunale costituzionale.

[16] A differenza delle questioni sollevate, tutte monitorate e facilmente reperibili, non si dispone invece, purtroppo, di dati sicuri in merito a quelle non sollevate, laddove il raffronto (anche solo meramente numerico) tra le une e le altre sarebbe di notevole interesse sotto più aspetti.

complessivo della loro formulazione in certi termini piuttosto che in altri[17], mentre, per un altro verso, è compito dei giudici stessi dare poi "seguito" ai verdetti della Corte; e non è affatto detto – si faccia caso – che esso si abbia in modo meccanico o automatico, vale a dire che si concreti in atti di mera "esecuzione", richiedendo piuttosto talora apprezzamenti discrezionali che la stessa Corte sollecita agli "esecutori" delle sue decisioni[18]: si badi, a *tutti* gli esecutori, ai giudici dovendosi poi aggiungere anche gli amministratori[19] e talvolta i componenti la comunità direttamente riguardati dalle decisioni stesse.

Si ha, dunque, conferma che sarebbe a dir poco semplicistico e, comunque, forzoso, focalizzare l'attenzione sulla sola Corte, assumendo che la stessa sia artefice in sovrana solitudine delle operazioni di giustizia costituzionale, laddove ognuna di esse si pone, quale più quale meno, a mo' di *work in progress*, bisognoso pur sempre del fattivo concorso di una pluralità di operatori.

Occorre, tuttavia, proiettare lo sguardo ben oltre il "chiuso" delle relazioni che si costituiscono in ambito interno (in ispecie, come si è veduto, tra i giudici comuni e la Corte), prestando dunque la dovuta attenzione al ruolo non secondario (e, anzi, col tempo via via crescente) giocato da altre Corti (in ispecie, da quelle europee). Solo così è infatti possibile avvedersi del fatto che il "dialogo" tra le Corti si presenta essere corale, al pari di un saggio musicale messo in atto da una grande orchestra che ogni volta si rinnova a seconda dello spartito cui si ispira e di coloro che vi danno voce. L'esito che se ne ha, più o meno apprezzabile ovviamente a

[17] Da una cattiva o, come che sia, non adeguatamente vigilata impostazione della questione può infatti discendere la sua inammissibilità (non di rado, persino "manifesta"); quando poi la Corte passa al merito, il giudizio può aver luogo, per giurisprudenza costante, unicamente sui profili indicati nell'ordinanza del giudice *a quo*, restando preclusa alla parte costituitasi davanti alla Corte di aggiungerne di nuovi.

[18] Così, emblematicamente, con riguardo alle additive di principio; anche altre decisioni, tuttavia, richiedono la messa in atto di "seguiti" non meramente automatici o meccanici.

[19] Si rammenti il ruolo di non secondario rilievo giocato dalle circolari e note interne all'amministrazione per ciò che concerne l'applicazione sia delle leggi e sia pure – per ciò che è ora di specifico interesse – delle decisioni dei giudici in genere, costituzionali e non. Chi ha un minimo di conoscenze di come vanno al riguardo le cose sa bene che non di rado la gerarchia delle fonti è ribaltata su se stessa, ponendosi al vertice del sistema proprio le note interne all'amministrazione che variamente interpretano e specificano gli atti suddetti, senza che peraltro molte volte si rendano visibili al di fuori dell'amministrazione stessa e, perciò, soggette al vaglio critico della pubblica opinione.

seconda dei casi, riesce poi tanto meglio quanto più si realizza la armonica fusione dei suoni emessi da tutti gli strumentisti, così come, all'inverso, è sufficiente la stonatura anche di uno solo di essi per pregiudicare la riuscita dell'intera rappresentazione. Nelle orchestre – come si sa – alcuni musicisti giocano un ruolo di particolare rilievo (come, ad es., i primi violini) ma solo l'apporto corale di tutti può rendere l'armonia del suono nella sua interna complessità e bellezza.

Fuor di metafora il "dialogo" tra le Corti – come si preciserà meglio a breve – risponde poi ad un'esigenza di cui, nel presente contesto segnato da una forte e crescente integrazione interordinamentale e da flussi imponenti di mutui condizionamenti tra gli operatori in campo, non può – piaccia o no – farsi a meno, un'esigenza che specificamente si apprezza al piano delle relazioni tra i giudici nazionali e le Corti europee e che si rende tangibile e manifesta nel momento in cui ciascun operatore esce dal proprio *isolamento culturale*, nel quale un tempo era portato a rinchiudersi in modo autoreferenziale e sterile, per aprirsi al confronto *ad armi pari* con gli altri[20]. E ciò, proprio per il fatto che al piano culturale non c'è

[20] Il confronto culturale – come si vedrà – si pone quale risorsa preziosa soprattutto con riferimento ai rapporti che a vario titolo coinvolgono la Corte costituzionale le cui pronunzie – è noto – sono sottratte a qualsivoglia "impugnazione", nella peculiare accezione che il termine assume nelle esperienze della giustizia costituzionale (a riguardo della quale, v., volendo, i miei *Storia di un "falso". L'efficacia* inter partes *delle sentenze di rigetto della Corte costituzionale*, Giuffrè, Milano 1990, e *Ripensando alla natura della Corte costituzionale, alla luce della ricostruzione degli effetti delle sue pronunzie e nella prospettiva delle relazioni con le Corti europee*, in AA.VV., *La Corte costituzionale vent'anni dopo la svolta*, a cura di R. Balduzzi, M. Cavino e J. Luther, Giappichelli, Torino 2011, 349 ss.). La formidabile, insuperabile "copertura" offerta dal disposto di cui all'art. 137, ult. c., Cost. a beneficio delle decisioni della Corte (si badi: quale che ne sia il tipo e, di conseguenza, la efficacia), se, per un verso, mette queste ultime al riparo da qualsivoglia contestazione, sì da dimostrarsi idonee ad enunciare "verità" inconfutabili di diritto costituzionale, per un altro verso, però, spiana la via a che le stesse possano in concreto porsi quali atti espressivi di *potere costituente permanente* e, perciò, di pura autorità, quale che sia poi la consistenza delle motivazioni di cui esse sono provviste a sostegno del *decisum*. Grazie al "dialogo" con altre Corti tendenzialmente "costituzionali" *quoad substantiam*, in quanto esse pure istituite a presidio di documenti materialmente costituzionali, le Carte dei diritti, nonché a quello con altri operatori di giustizia, il giudice costituzionale concorre con le sue stesse mani a costruire un argine culturale ai propri orientamenti giurisprudenziali, sì da contenere – per quanto possibile – il rischio dello scostamento dal solco costituzionale. Insomma, sta qui – come vado dicendo da tempo – la più persuasiva risposta allo spinoso ed inquietante interrogativo enunciato nella sesta satira di Giovenale su *quis custodiet ipsos custodes*. E, invero, dove v'è un solo massimo garante del sistema, il rischio della sua innaturale conversione nel massimo decisore politico è incombente; di contro, può essere sensibilmente contenuto, seppur non fugato del tutto, conformandosi come "plurale" il vertice della costruzione ordinamentale; ciò

spazio alcuno per un'ordinazione gerarchica precostituita, l'unica "gerarchia" che può aversi essendo appunto quella che spontaneamente sgorga dalle capacità argomentative di cui ciascun operatore è dotato e che pone al servizio delle Carte dei diritti, rigenerandole semanticamente in ragione dei peculiari connotati dei casi. Su ciò dobbiamo ora fermare rapidamente l'attenzione.

2. *Il "dialogo" tra le Corti e le sue forme, delle quali si dà tuttavia sovente una distorta rappresentazione che risente del vizio di fondo che sta a base della sistemazione a scala delle Carte in applicazione di schemi di formale fattura, trascurandosi invece il dato di comune esperienza secondo cui le Corti stesse si confrontano tra di loro paritariamente in occasione dei casi portati alla loro cognizione, variamente influenzandosi a vicenda*

Il "dialogo" tra le Corti può assumere diverse forme e dar vita a varietà di effetti[21].
Giova, in primo luogo, distinguere a seconda che si svolga in modo istituzionale ovvero che si abbia per il mero fatto del richiamo che l'una Corte fa ad orientamenti di altra o altre Corti.
Si pensi, per il primo aspetto, al rinvio pregiudiziale alla Corte dell'Unione o allo strumento di consultazione previsto dal prot. 16 allegato alla CEDU, nondimeno ad oggi non recepito – come si sa – nel nostro ordinamento in forza di resistenze manifestatesi in ambito politico nelle quali peraltro si coglie l'eco di critiche e riserve espresse da alcuni studiosi[22]. Dico subito, al riguardo, che è pur vero che, al

che – come si vedrà meglio a momenti – si apprezza specificamente al piano delle relazioni di diritto esterno (e, dunque, di quelle con le Corti europee, naturalmente portate a "dialogare" incessantemente e paritariamente tra di loro e con i tribunali costituzionali, al servizio dei bisogni maggiormente avvertiti in seno al corpo sociale).

[21] … secondo quanto mi sono sforzato di mostrare in altri luoghi, in ispecie nel mio *Il "dialogo" tra le Corti: una precisazione di metodo per una nozione apparentemente* bonne à tout faire, in *Consulta OnLine* (www.giurcost.org), 3/2021, 6 settembre 2021, 666 ss. Cfr., ora, D. SCOPELLITI, *Il canale giurisdizionale per il riconoscimento dei diritti: tra crisi della rappresentanza e supplenza nei confronti della politica*, in *Dir. fond.* (www.dirittifondamentali.it), 2/2022, 11 maggio 2022, 28 ss.

[22] … tra i quali, G. CERRINA FERONI, *Il disegno di legge relativo alla ratifica dei Protocolli 15 e 16 recanti emendamenti alla Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, in *Federalismi* (www.federalismi.it), 5/2019, 6 marzo 2019; M. LUCIANI, *Note critiche sui disegni di legge per l'autorizzazione alla ratifica dei Protocolli n. 15 e n. 16 della CEDU*, in *Sist. pen.*

di là del carattere formalmente non vincolante delle pronunzie della Corte di Strasburgo, le letture da questa somministrate della Convenzione possono esercitare un'influenza sostanziale sui giudici nazionali che le sollecitano (le autorità giudiziarie di ultima istanza) e, di riflesso, anche su altri giudici, se non altro a motivo del fatto che restando disattese le pronunzie emesse in sede consultiva potrebbe poi darsi pur sempre il caso che la stessa Corte europea torni ad essere interpellata sulla medesima questione in sede giurisdizionale[23]. Non si

(www.sistemapenale.it), 27 novembre 2019; F. VARI, *Sulla (eventuale) ratifica dei Protocolli n. 15 e 16 alla CEDU*, in *Dir. fond.* (www.dirittifondamentali.it), 13 novembre 2019; pure *ivi*, M. ESPOSITO, *I d.d.l. di ratifica del Protocollo 16 della CEDU: un altro caso di revisione costituzionale per legge ordinaria?*, 2/2019, 30 dicembre 2019; G. ZAMPETTI, *Ordinamento costituzionale e Protocollo n. 16 alla CEDU: un quadro problematico*, in *Federalismi* (www.federalismi.it), *Focus Human Rights*, 3/2020, 5 febbraio 2020, 157 ss.; M.C. CARTA, *Le incognite della nuova competenza consultiva della Corte EDU ispirata al rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia UE*, in *Ord. internaz. e dir. um.* (www.rivistaoidu.net), 3/2020, 8 luglio 2020, 559 ss. Favorevoli, invece, molti degli intervistati da R. Conti sul tema *CEDU e cultura giuridica italiana*, in *Giustizia insieme* (www.giustiziainsieme.it); in particolare, v. l'intervista a M. CASTELLANETA, A. DI STASI e A. TANCREDI, su *La CEDU e l'Accademia europeista-internazionalista*, 23 gennaio 2020, e quella a P. BIAVATI, G. COSTANTINO ed E. D'ALESSANDRO su *La CEDU e i processualcivilisti*, 6 febbraio 2020, nonché lo stesso R. CONTI, *Chi ha paura del protocollo 16 – e perché?*, in *Sist. pen.* (www.sistemapenale.it), 27 dicembre 2019, ed E. SPATAFORA, *Il disegno di legge di ratifica ed esecuzione del Protocollo n. 16 alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Dir. fond.* (www.dirittifondamentali.it), 1/2020, 5 febbraio 2020, 369 ss.; inoltre, L. TOMASI, *I paradossi della mancata ratifica del protocollo n. 16 alla Cedu*, in *Quad. cost.*, 1/2021, 180 ss., e, se si vuole, il mio *Protocollo 16 e identità costituzionale*, in *Dir. comp.* (www.dirittocomparati.it), 1/2020, 5 gennaio 2020. Delle implicazioni di ordine istituzionale connesse allo strumento di cooperazione in parola tratta anche C. MASCIOTTA, *Il Protocollo n. 16 alla CEDU alla prova dell'applicazione concreta e le possibili ripercussioni sull'ordinamento italiano*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 1/2020, 183 ss. Lo scritto più organico di cui ad oggi si dispone è, ad ogni modo, quello di E. ALBANESI, *Corte costituzionale e parere della Corte EDU tra questioni di principio e concretezza del giudizio costituzionale*, Giappichelli, Torino 2021, e, dello stesso, *Abbiam fatto quindici, possiam fare anche sedici… Sull'approvazione della legge di autorizzazione alla ratifica del Protocollo n. 15 alla CEDU da parte dell'Italia (e sulle prospettive del Protocollo n. 16)*, in *Consulta OnLine* (www.giurcost.org), 1/2021, 17 febbraio 2021, 186 ss.; inoltre, E. CRIVELLI, *Il contrastato recepimento in Italia del Protocollo n. 16 alla Cedu: cronaca di un rinvio*, in *Oss. AIC* (www.osservatorioaic.it), 2/2021, 2 marzo 2021, 1 ss.; A. ESPOSITO, *La* riflessività *del Protocollo n. 16 alla Cedu*, in *Giustizia insieme* (www.giustiziainsieme.it), 11 marzo 2021; pure *ivi*, la riflessione del Gruppo Area Cassazione (a firma R.G. Conti, P. Filippi, G. Bisogni, G. Cappello, G. De Amicis, M. Dell'Utri, F. De Stefano, F. Fiecconi, R. Magi, A.R. Pacilli), dal titolo *Il Parlamento riapra il cantiere sulla ratifica del Protocollo n. 16 annesso alla CEDU*, 9 febbraio 2022; G. BILO, *I rapporti tra Corte europea dei diritti dell'uomo e Corti nazionali tra sussidiarietà, margine di apprezzamento e dialogo: verso nuovi equilibri?*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2/2022, spec. 542 ss.

[23] Il rilievo può vedersi in R. ROMBOLI, *Corte di giustizia e giudici nazionali: il rinvio pregiudiziale come strumento di dialogo*, in *Riv. AIC* (www.rivistaaic.it), 3/2014, 12 settembre 2014, 34, con richiamo ad un pensiero che è nel mio *Ragionando sui possibili sviluppi dei rapporti tra le*

perda, tuttavia, di vista il fine ultimo che giustifica e sorregge il meccanismo di cooperazione in parola, che è appunto di dar modo attraverso il "dialogo" tra le Corti di centrare l'obiettivo dell'appagamento ottimale – alle condizioni oggettive di contesto – dei diritti in gioco. D'altro canto (e il punto è stranamente lasciato in ombra anche dalla più avvertita dottrina), non si dimentichi che la *ratio* immanente al meccanismo stesso è proprio di portare al massimo innalzamento possibile la salvaguardia dei diritti. In ogni caso, pur laddove la Corte di Strasburgo sia chiamata a pronunziarsi non già in sede consultiva bensì in sede giurisdizionale, si dispone poi pur sempre della via di fuga apprestata dalla giurisprudenza costituzionale con la criticatissima sent. n. 49 del 2015, con la quale – come si sa – si è dato modo agli operatori di diritto interno di smarcarsi dal *pressing* esercitato dalla Corte europea ogni qual volta le pronunzie dalla stessa emesse non dovessero considerarsi espressive di un indirizzo "consolidato" ovvero porsi quali decisioni-pilota[24]. Ed è chiaro che il più delle volte il giudice interno adirà la Corte unicamente laddove non sussista sulla questione un indirizzo siffatto che ne renderebbe in buona sostanza superflua la prospettazione[25], salvo il caso che obiettivo di quest'ultima sia proprio quello di indurre il giudice europeo a rivedere, seppur in parte, un proprio anteriore orientamento. E lo stesso, verosimilmente, sarà indotto a fare avvalendosi dello strumento apprestato dal protocollo suddetto.

Del rilievo del meccanismo di consultazione in parola potrebbe poi aversi riscontro, seppur in modo indiretto, a seguito della prevista (ed auspicata) adesione dell'Unione alla CEDU, per il caso che il parere sia sollecitato dalla Corte di giustizia e quindi rifluisca in una decisione di quest'ultima cui si debba dare pronto e fedele seguito in ambito interno, tanto più poi laddove la Corte stessa sia

Corti europee e i giudici nazionali (con specifico riguardo all'adesione dell'Unione alla CEDU e all'entrata in vigore del prot. 16), in *Riv. AIC* (www.rivistaaic.it), 1/2014, 7 febbraio 2014.

[24] Sia chiaro: a mio modo di vedere, il diverso rilievo assegnato dalla giurisprudenza costituzionale alle pronunzie emesse dalla Corte di Strasburgo rispetto a quelle della Corte dell'Unione non ha alcun fondamento positivo ed è, peraltro, discutibile al piano teorico. Va, tuttavia, preso atto di qual è ad oggi l'orientamento del giudice delle leggi e tenerne dunque conto per i risvolti pratici che possono discenderne.

[25] Ho già anticipato questo pensiero nel mio *Diritti fondamentali e scienza: un rapporto complesso*, in *Consulta OnLine* (www.giurcost.org), 1/2022, 4 febbraio 2022, 143 in nt. 41.

dirittifondamentali.it

interpellata in via pregiudiziale. Nulla infatti esclude che possa innestarsi sulla questione pregiudiziale sollevata in ambito interno una ulteriore questione posta dalla Corte lussemburghese che porti all'esito suddetto.

A prescindere dal ricorso agli strumenti istituzionali di cooperazione, può poi ben darsi il caso che quest'ultima Corte attinga dalla giurisprudenza dell'altra Corte europea talune indicazioni veicolandole quindi – se così può dirsi – in ambito interno con le sue decisioni alle quali – non si dimentichi – è riconosciuto in sede nazionale rango costituzionale.

Viene, dunque, al riguardo in rilievo la seconda forma di "dialogo", cui si faceva poc'anzi cenno, che poi può aversi tanto a mezzo di riferimenti puntuali, espressi, fatti dall'una all'altra Corte, quanto in modo inespresso, senza cioè far richiamo di pronunzie nominativamente indicate ma limitandosi a recepirle, sia pure talora con taluni, non secondari adattamenti[26].

È importante fermare l'attenzione su questo dato, sovente per vero lasciato in ombra anche dalla più avvertita dottrina. È chiaro che non è affatto agevole stabilire se ed in che misura un'indicazione venuta dalla Corte di giustizia sia debitrice nei riguardi di analoga indicazione dell'altra Corte europea. È vero però – si faccia caso – anche l'inverso; e, per quanto il verso del processo interpretativo sembri monodirezionale, la prima Corte essendo chiamata ad orientare le proprie letture della Carta dei diritti dell'Unione verso la Convenzione, e non viceversa, l'esperienza conferma che anche il giudice di Strasburgo si rifà ampiamente ad indicazioni e suggestioni venute da Lussemburgo.

Il punto è molto importante ed esprime una tendenza che, con le dovute precisazioni, appare per vero dotata di generale valenza: conferma, cioè, *per tabulas* che i rapporti tra le Corti, quali vengono a maturazione nei processi interpretativi, non possono inscriversi (e non s'inscrivono) in una costruzione teorica di forma

[26] Viene a prendere forma, in congiunture siffatte, una sorta di comparazione "silente" e, talora, persino "inconsapevole", come la si è altrove qualificata [v., dunque, volendo, il mio *La giustizia costituzionale in navigazione verso l'ignoto*, in *Diritti comparati* (www.dirittocomparati.it], 2/2022, 9 giugno 2022, spec. al § 5 Sul ricorso alla comparazione da parte del nostro giudice costituzionale, v. le indicazioni che sono ora in P. PASSAGLIA, *L'utilizzo del diritto comparato da parte della Corte costituzionale italiana. Alcuni spunti di riflessione a partire dalla giurisprudenza del periodo 2000-2021*, in *Dir. pubbl. comp. ed eur.*, 2/2022, 191 ss.].

piramidale, del tutto inadeguata a dare una rappresentazione fedele del circolo interpretativo, per come prende forma ed incessantemente si rinnova nelle singole esperienze di giustizia. Checché poi se ne dica da parte di una pur granitica giurisprudenza costituzionale, le stesse relazioni tra le Carte rifuggono dall'essere rappresentate a mezzo di schemi d'inquadramento sistematico di stampo gerarchico, tutti tali documenti essendo assiomaticamente ritenuti soggetti, seppur in diversa misura, alla osservanza della Costituzione[27], malgrado – si faccia caso – la stessa giurisprudenza costituzionale, nella discussa (e discutibile) sent. n. 269 del 2017 abbia in capo ad essi riconosciuto la natura di documenti *tipicamente* costituzionali[28]. Ed è, infatti, una buona volta da chiedersi a cosa serva mai seguitare a ripetere tralaticiamente il pur discutibile esito raggiunto *al piano della teoria delle fonti*[29] quando lo stesso è poi risolutamente smentito *al piano della teoria*

[27] La Carta dell'Unione, al pari del diritto eurounitario in genere, è infatti obbligata – come si sa – a mostrarsi rispettosa dei soli principi di base dell'ordinamento costituzionale, diversamente dalla CEDU che invece, in quanto fonte "subcostituzionale", sarebbe invece tenuta – a stare alle famose sentenze "gemelle" del 2007 (ed alle pronunzie che vi hanno dato seguito, seppur con talune non secondarie precisazioni) – a non urtare qualsivoglia norma della legge fondamentale della Repubblica. Si è tuttavia al riguardo osservato in altri luoghi che siffatta raffigurazione pecchi, a tacer d'altro, di vuoto astrattismo e si dimostri, a conti fatti, artificiosa, sol che si pensi che la Convenzione, al pari della Carta di Nizza-Strasburgo (e di altre Carte), per ciò che dispone e per il linguaggio a maglie larghe (e, in più punti, larghissime) con cui si esprime, è naturalmente portata a confrontarsi, in buona sostanza, con i soli enunciati costituzionali espressivi di principi o, come che sia, da questi ultimi "coperti".

[28] Così, *expressis verbis*, per la Carta di Nizza-Strasburgo; non si vede, però, come negare siffatto attributo in capo alle altre Carte (e, segnatamente, alla Convenzione).

[29] È di tutta evidenza la causa di questa autentica torsione metodico-teorica che si riscontra in sede di ricostruzione dell'ordine delle fonti, anche nelle sue proiezioni al piano delle relazioni interordinamentali. Si tratta, infatti, dell'effetto di una suggestione culturale esercitata da antiche (e, però, per vero, tuttora fortemente radicate nella pratica giuridica) dottrine, secondo cui ogni fonte avrebbe un proprio "posto" nel sistema, fisso ed immutabile, quali che ne siano i contenuti e i modi con cui essi si riportano ai valori fondamentali dell'ordinamento, un posto a conti fatti dipendente dalla forma dell'atto. Si fa eccezione per le fonti (ieri comunitarie ed oggi) eurounitarie, a motivo della "copertura" ad esse – ormai consuetudinariamente – riconosciuta *ex* art. 11 Cost., della quale sarebbe invece priva la CEDU (ed ogni altra Carta dei diritti). Che, poi, quest'esito sia dovuto al fatto che le Carte dei diritti in genere non sono state (e non sono) recepite in ambito interno con leggi costituzionali – come, invece, a mia opinione sarebbe stato (e sarebbe) necessario –, ricongiungendosi pertanto armonicamente forma e materia costituzionale e dando il giusto rilievo ai modi con cui in concreto i valori fondamentali ricevono specificazione-attuazione positiva, è un discorso che si è fatto in altri luoghi e che suona francamente malinconico e sterile – ne sono consapevole – dover qui nuovamente ripetere, non avendo alcun senso prendere a testate un muro granitico illudendosi di poterlo abbattere.

della interpretazione, laddove la stessa Corte delle leggi da tempo propugna un metodo – ché di questo, se ci si pensa, si tratta, ancora prima che di una indicazione teorica – di lettura delle Carte (Costituzione inclusa!) ispirato alla loro reciproca parità e naturale, irrefrenabile vocazione ad "integrarsi reciprocamente nella interpretazione"[30]. Ciò che, poi, maggiormente importa è che il metodo in parola è indicativo di quale sia il *verum ius*, l'autentico diritto vivente quale risulta dagli orientamenti interpretativi di cui le Corti si fanno portatrici, al di là poi della pur innegabile tendenza manifestata ora da questa ed ora da quella di esse a considerare ancora più avanzata la tutela assicurata ai diritti dalla *propria*[31] Carta rispetto a quella offerta dalle altre (ma, di ciò, ancora meglio a momenti). È sufficiente, infatti, una rapida scorsa alle pronunzie emesse da questa o quella Corte per avvedersi che il confronto è ambientato – com'è naturale che sia – al *piano culturale*: ci si confronta cioè *paritariamente* col ragionamento, sovente a mezzo di tecniche argomentative non dissimili[32], che non poche volte si dimostrano essere in grado di centrare l'obiettivo avuto di mira da coloro che le pongono in essere e che è di persuadersi, seppur in parte, a vicenda o, come che sia, di raggiungere il risultato di far correggere un precedente punto di vista altrui apparso radicale e

[30] Così, secondo la pregnante indicazione, alla quale non mi stanco di far richiamo nelle mie riflessioni riguardanti la tutela dei diritti, che è in Corte cost. n. 388 del 1999, seguita più di recente anche dalle sentt. nn. 84 del 2021 e 145 del 2022. Per vero, è da riconoscere che di questa indicazione metodico-teorica si è fatto talora buon uso: ad es., in Corte cost. nn. 182 del 2020, 67 e soprattutto 54 del 2022, laddove si è opportunamente insistito sul "rapporto di mutua implicazione e di feconda integrazione" intercorrente tra i principi costituzionali e le norme dell'Unione che fanno divieto di discriminazione ed offrono tutela alla maternità ed all'infanzia. Similmente, si rileva in Corte cost. n. 198 del 2022 la omogeneità della tutela apprestata dall'art. 7 della CEDU, l'art. 49 della Carta dei diritti dell'Unione e la Costituzione in ordine alla retroattività della *lex mitior*.

[31] Anche quest'*animus* disvela tuttavia una stortura metodica che richiederebbe di essere urgentemente e risolutamente rimossa, trascurandosi cioè il dato elementare che *ogni* Carta merita di essere considerata come… *propria* dall'operatore di turno, per il fatto stesso di essere vigente in ambito interno e di poter ivi spiegare effetti, al massimo del potenziale espressivo di cui dispone.

[32] … al di là delle differenze che ad oggi si riscontrano tra le tecniche decisorie messe in atto dalle Corti che, nondimeno, tendono viepiù ad influenzarsi variamente a vicenda o, addirittura, a trasmettersi dall'uno all'altro contesto istituzionale [ha, di recente, fermato l'attenzione sulle tecniche decisorie della Corte EDU, con specifico riguardo alla salvaguardia del principio di eguaglianza, rilevando talune analogie con le tecniche del nostro tribunale costituzionale, G. SORRENTI, *Il principio di eguaglianza nella CEDU e le sue ricadute interne*, in *Riv. AIC* (www.rivistaaic.it), 2/2022, 4 aprile 2022, 1 ss.].

inaccettabile[33]. Non mi stancherò mai, infatti, di invitare a riflettere sul fatto che le divergenze ed i veri e propri conflitti, anche assai aspri, sono un numero di gran lunga inferiore di quello delle convergenze, affinità e persino sostanziale identità di vedute: esattamente come i fatti criminosi, dai grandi mezzi d'informazione giustamente messi in evidenza, che però sono assolutamente minoritari a fronte del fisiologico svolgimento della vita di relazione e della infinità di episodi di cooperazione e di solidarietà, piccola o grande che sia, posta in essere talora con autentico spirito di fraternità, anche a sprezzo del pericolo, a beneficio di sconosciuti[34].

3. *Il "metaprincipio" della massimizzazione della tutela dei diritti e la struttura internamente articolata e composita della identità costituzionale, in rispondenza al principio di apertura di ciascun ordinamento verso gli altri*

Non si perda di vista il fatto che, nel momento stesso in cui si accinge a risolvere una questione portata alla sua cognizione, *ogni* Corte, in sede nazionale come fuori di essa, si dispone naturalmente nello stato d'animo di comporre i beni della vita o interessi in campo nel modo ottimale possibile, in conformità con le indicazioni che vengono dalla Carta di cui è istituzionalmente garante e, quindi, anche dalle altre con cui è parimenti tenuta a confrontarsi. È pur vero che – come si accennava poc'anzi – non di rado si fa luogo ad una ordinazione gerarchica delle Carte stesse; l'obiettivo, nondimeno, resta pur sempre quello di conseguire una sintesi, per

[33] Si rammenti, per tutte, la vicenda *Taricco* (ma – come si sa – molte altre possono al riguardo essere richiamate).

[34] Penso ora, ad es., ai medici ed al personale sanitario in genere immolatisi per far fronte alla dilagante avanzata del covid-19.

Allo studio della fraternità ha dedicato una speciale attenzione F. PIZZOLATO, in più scritti, tra i quali il *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, nonché I. MASSA PINTO, *Costituzione e fraternità. Una teoria della fraternità conflittuale: "come se" fossimo fratelli*, Jovene, Napoli 2011.

dirittifondamentali.it

quanto possibile apprezzabile, dei beni suddetti, fissando il più in alto possibile, in ragione delle condizioni complessive di contesto, il punto della loro tutela.

Ecco, questo che è un naturale preorientamento dell'attività posta in essere al servizio dei diritti non costituisce unicamente una sorta di moto spontaneo dell'animo, che si ha così come potrebbe astrattamente non aversi, ma risponde anche ad un indeclinabile principio (o, forse, meglio, "metaprincipio", in quanto volto alla composizione degli stessi principi fondamentali) che è imposto dalle Carte in parola e che è necessario – mi preme ora particolarmente evidenziare – per la integra trasmissione nel tempo della identità costituzionale, assiologicamente connotata, dell'ordinamento o del sistema normativo[35] di cui ogni Corte è garante.

Non si trascuri infatti com'è fatta la identità costituzionale in parola, il suo essere dotata di una struttura internamente articolata e composita, la sua vocazione ad aprirsi – seppur, ovviamente, non in modo incondizionato[36] – verso altri ordinamenti o sistemi normativi per attingere da essi quanto le serve per il proprio incessante rinnovamento interno, sempre e solo al servizio della persona umana, dei suoi diritti appunto[37]. Un'apertura che – non si dimentichi – è essa stessa espressione di un principio fondamentale dell'ordinamento che la racchiude in sé e manifesta e che pertanto richiede di essere tradotta nei comportamenti ad essa conseguenti. Quanto meno così dovrebbe essere secondo modello, se non pure –

[35] L'alternativa – come ho ripetutamente tenuto a precisare – si deve al fatto che, a stare all'ordine di idee patrocinato dalla giurisprudenza costituzionale inaugurata con le famose sentenze "gemelle" del 2007 sulla CEDU, a riguardo di quest'ultima non sarebbe appropriato trattare in termini di "ordinamento", nell'accezione accolta dall'art. 11 Cost., e fatta valere al piano dei rapporti tra diritto interno e diritto (ieri comunitario ed oggi) eurounitario. Non pochi autori (ed io tra questi) hanno tuttavia tenuto – come si sa – a marcare la distanza da siffatta presa di posizione del nostro tribunale costituzionale, ma la questione non può essere qui ancora una volta riconsiderata, richiedendo approfondimenti di ordine istituzionale tali da comportare un sensibile scostamento dall'alveo entro il quale la succinta riflessione che si va ora facendo è obbligata a mantenersi.

[36] Mi soffermerò sul punto, di cruciale rilievo, a momenti.

[37] Ha fatto, ancora di recente, notare, con specifico riguardo ai rapporti tra diritto interno e diritto dell'Unione (ma con affermazione, a mia opinione, suscettibile di generalizzazione), una sensibile dottrina che "l'identità costituzionale nazionale non va, insomma, considerata come un nucleo isolato e intoccabile, ma come formata, insieme, da elementi di unicità propri dell'ordinamento nazionale ed elementi di *alterità*, provenienti dall'ordinamento eurounitario" (S. POLIMENI, *Dall'*«ossessione identitaria» *al* «coraggio dell'alterità». *Brevi riflessioni su alcuni recenti sviluppi del 'dialogo' interordinamentale*, in *Scritti in onore di A. Ruggeri*, IV, Editoriale Scientifica, Napoli 2021, 3398).

ahimè – non di rado è secondo esperienza. Circoscrivendo, ora, per ciò che è qui di maggior interesse, l'attenzione all'ordinamento dell'Unione ed al nostro, essa risulta infatti prescritta, quanto al primo, dall'art. 4.2, laddove è un esplicito riferimento alla salvaguardia dei principi di struttura degli Stati membri da parte dell'Unione, e, quanto al secondo, dagli artt. 10 e 11 Cost., rispettivamente al piano dei rapporti con la Comunità internazionale e con l'Unione stessa.

Chiara è la *ratio* dell'apertura in parola, che è un *fine-valore* in sé e per sé ma è anche (e soprattutto) un *mezzo* per la piena affermazione dei principi fondamentali restanti e, per ciò stesso, l'ottimale composizione del sistema in ragione dei casi e delle loro complessive esigenze. Proprio per ciò, l'apertura non può che avere un andamento a fisarmonica, espandendosi al massimo delle sue formidabili capacità, laddove *ab extra* vengano indicazioni normative e giurisprudenziali maggiormente idonee di quelle forgiate in ambito interno al servizio del sistema dei fini-valori fondamentali dell'ordinamento e, per ciò stesso, della persona umana, nei suoi più avvertiti bisogni, e, viceversa, contraendosi, fino a rinchiudersi per intero in se stessa, per il caso opposto: sempre (e soltanto) alla luce di un criterio – come si vede – di natura assiologico-sostanziale e degli esiti delle sue lineari e conseguenti applicazioni[38]. Solo così, d'altronde, si può sperare di poter costruire nel vecchio continente – come si è detto, giusto trent'anni addietro, con lungimirante intuizione da un'autorevole dottrina[39] – non già un'Europa "ad ogni costo, una Europa qualsiasi, ma una Unione europea fondata sul rispetto dell'uomo, secondo la sua migliore tradizione costituzionale". E solo così l'apertura, correttamente intesa e fatta valere[40], può dunque risolversi, secondo la sua genuina ed indeclinabile

[38] Mobili pertanto appaiono essere, nell'ordine ricostruttivo qui delineato, i "controlimiti", idonei essi pure ora a porsi al centro della scena ed ora a farsi per intero da parte, accompagnando e scandendo l'andamento della fisarmonica suddetta, secondo quanto si tenterà di mostrare meglio a breve.

[39] P. PERLINGIERI, *Diritto comunitario e legalità costituzionale. Per un sistema italo-comunitario delle fonti*, cit., 66.

[40] La fisarmonica infatti – per restare, ancora per un momento, nella metafora – dev'essere azionata da mani sapienti, altrimenti se ne avrà non già una esecuzione musicale di particolare gradimento bensì suoni scomposti e privi di pregio alcuno. D'altro canto, ogni criterio di sostanziale fattura richiede – come si sa – di essere utilizzato a modo, fermo restando che, ove non lo sia, non fanno di certo difetto, in ordinamenti ipergarantisti quali sono quelli di

vocazione, in strumento per l'appagamento dei valori di libertà ed eguaglianza, nel loro fare "sistema" con i valori restanti: la *coppia assiologica fondamentale* dell'ordinamento, come a me piace chiamarla, sol che si pensi che non v'è principio fondamentale che non sia stato pensato se non per disporsi, ciascuno per la propria parte e tutti assieme, al servizio della coppia suddetta.

Il punto ha uno speciale rilievo. È chiaro che l'apertura si ha perché vi sono norme di diritto che la stabiliscono e, seppur sommariamente, disciplinano; essa, però, a mia opinione, *non avrebbe potuto non esservi*, altrimenti l'opera di edificazione dell'ordinamento sarebbe rimasta incompiuta o, diciamo pure, traballante, esattamente com'è un edificio privo di uno dei pilastri eretti per sorreggerlo. Può anche dirsi che essa è implicitamente racchiusa o, per dir così, anticipata già nella formulazione degli enunciati relativi a libertà ed eguaglianza, per la elementare ragione che questi costituiscono – come si sa – *valori tendenziali* dell'ordinamento che ad essi s'informa e che pertanto, al pari peraltro dei valori restanti, racchiudono in sé ed esprimono una vocazione naturale ed irrefrenabile alla loro massima affermazione possibile, alle condizioni oggettive di contesto; ed è proprio per ciò che si avvalgono strumentalmente dell'apertura in parola.

Il canone fondamentale della massimizzazione della tutela ha, dunque, il suo primo fondamento, ancora prima del suo esplicito riconoscimento, nel carattere

---

tradizione liberale, rimedi di vario genere avverso le deviazioni dal solco positivamente tracciato per lo svolgimento delle attività dei pubblici poteri (e degli stessi privati). I rischi, nondimeno, sono ampiamente compensati dai benefici che possono ragionevolmente attendersi dalla messa in atto dei criteri in parola. Dal mio canto, non mi stancherò di ripetere che, a fronte di una supposta e maggiore certezza del diritto, discendente dall'utilizzo di criteri di formale fattura, suscettibile però di risolversi in una *summa iniuria* – per riprendere il frammento finale di un noto brocardo –, non ho esitazione alcuna a schierarmi dalla parte di criteri ritenuti meno sicuri e tuttavia maggiormente idonei rispetto ai primi a dare appagamento ai più diffusi ed avvertiti bisogni di singoli e gruppi. Con specifico riguardo alla salvaguardia dei diritti fondamentali, qui di specifico, cruciale rilievo, l'unica certezza del diritto che io conosca ed apprezzi – come ho più volte tenuto a precisare – è quella che nei fatti si dimostra adeguata a tradursi e ad interamente risolversi nell'ottimale tutela dei diritti, alle condizioni oggettive di contesto. Ciò che poi richiede un ripensamento complessivo delle tecniche interpretative e, in ispecie, il loro orientamento verso l'universo dei valori fondamentali positivizzati, nella Costituzione come pure (e senza discriminazione alcuna) negli altri documenti materialmente costituzionali, le Carte dei diritti (insiste, con opportuni rilievi, sulla connotazione assiologica delle pratiche interpretative P. PERLINGIERI, in molti scritti, tra i quali quello sopra cit., spec. al cap. V).

tendenziale dei valori suddetti. Negarne la esistenza – come si fa da parte di pur accreditati studiosi[41] – equivale a misconoscere le potenzialità espressive racchiuse negli artt. 2 e 3 della nostra Carta (e, *mutatis mutandis*, delle altre Carte che pure vi si richiamano) o – il che è praticamente lo stesso – a frustrare la naturale aspettativa dell'insieme dei valori fondamentali ad affermarsi come "sistema". Ed è chiaro – perlomeno così ai miei occhi appare – che, col fatto stesso di spingere

[41] … tra i quali, R. BIN, che ne ha ripetutamente trattato: tra gli altri suoi scritti, v. *Critica della teoria dei diritti*, FrancoAngeli, Milano 2018, spec. 63 ss., ma *passim*; *Cose e idee. Per un consolidamento della teoria delle fonti*, in *Dir. cost.*, 1/2019, 11 ss., spec. 21 ss., nonché l'intervista sul tema *Giudice e giudici nell'Italia postmoderna?*, a cura di R.G. Conti, in *Giustizia insieme* (www.giustiziainsieme.it), 10 aprile 2019 e in AA.VV., *Il mestiere del giudice*, a cura di R.G. Conti, Wolters Kluwer - Cedam, Milano 2020, 1 ss.; *Sul ruolo della Corte costituzionale. Riflessioni in margine ad un recente scritto di Andrea Morrone*, in *Quad. cost.*, 4/2019, 757 ss., spec. 764 e nt. 15. Ma v. quanto se ne dice in avverso nei miei *Diritto giurisprudenziale e diritto politico: questioni aperte e soluzioni precarie*, in *Consulta OnLine* (www.giurcost.org), 3/2019, 18 dicembre 2019, 707 ss., spec. 714 in nt. 30, e *Tecniche decisorie dei giudici e "forza normativa" della Carta di Nizza-Strasburgo*, in *Forum* di *Quad. cost.* (www.forumcostituzionale.it), 8 aprile 2020. V., inoltre, A. RANDAZZO, *Il "metaprincipio" della massimizzazione della tutela dei diritti*, in *Dir. fond.* (www.dirittifondamentali.it), 2/2020, 10 giugno 2020, 689 ss.; B. NASCIMBENE, *La tutela dei diritti fondamentali in Europa: i cataloghi e gli strumenti a disposizione dei giudici nazionali (cataloghi, arsenale dei giudici e limiti o confini)*, in *Eurojus* (www.rivista.eurojus.it), 3/2020, 277; I. ANRÒ, *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e CEDU: dieci anni di convivenza*, in *Federalismi* (www.federalismi.it), 19/2020, 17 giugno 2020, 109 ss.; F. DONATI, *Tutela dei diritti e certezza del diritto*, in *Lo Stato*, 14/2020, 49 ss.; I. DEL VECCHIO, *La massimizzazione dei diritti fondamentali e la struttura dell'argomentazione giuridica nel costituzionalismo pluralista*, Editoriale Scientifica, Napoli 2020; C. CARUSO, Granital reloaded *o di una «precisazione» nel solco della continuità*, in *Giustizia insieme* (www.giustiziainsieme.it), 19 ottobre 2020; R. CONTI, *CEDU e Carta UE dei diritti fondamentali, tra contenuti affini e ambiti di applicazione divergenti*, in *Consulta OnLine* (www.giurcost.org), 3/2020, 2 novembre 2020, spec. 588 ss.; B. NASCIMBENE - I. ANRÒ, *Primato del diritto dell'Unione europea e disapplicazione. Un confronto fra Corte costituzionale, Corte di Cassazione e Corte di giustizia in materia di sicurezza sociale*, in *Giustizia insieme* (www.giustiziainsieme.it), 31 marzo 2022. Notazioni di vario segno, infine, in AA.VV., *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea nel sistema integrato di tutela*, a cura di C. Amalfitano, M. D'Amico e S. Leone, Giappichelli, Torino 2022; in particolare, nel contributo di G. SCACCIA, *Sindacato accentrato di costituzionalità e diretta applicazione della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, 146 ss. (e 177, per i riferimenti testuali immediatamente seguenti), si rammenta essere la massimizzazione della tutela la "regola d'oro del *multilevel constitutionalism*", aggiungendo però come la stessa "non sempre e necessariamente coincida con la massimizzazione della tutela costituzionale". A mia opinione, tuttavia, non può che essere così, altrimenti opponendosi alle letture della Carta dei diritti dell'Unione prospettate dalla Corte di giustizia l'arma dei "controlimiti". D'altronde, la ricerca della massima tutela equivale, nei fatti, a quella del modo migliore con cui far valere nei singoli casi i principi di libertà ed eguaglianza, nel loro fare "sistema" con i principi fondamentali restanti, a partire da quello dell'apertura dell'ordine interno ad ordinamenti esterni, e segnatamente a quello dell'Unione che – giova rammentare –, fatti appunto salvi i "controlimiti", gode di "copertura" nell'art. 11 della Carta.

vigorosamente verso l'ottimale salvaguardia dei diritti costituzionali, *quale che sia la disciplina positiva (interna o esterna) idonea a porsi a suo fondamento*, i principi di libertà ed eguaglianza obbligano ad un radicale spostamento della prospettiva da cui riguardare il "sistema" che – come si è tentato di argomentare altrove – non è (e non può essere) sistema di *fonti* bensì di *norme*: un sistema che si fa ed incessantemente rinnova in ragione dei casi e delle mobili combinazioni assiologiche dagli stessi sollecitate ad affermarsi e specificamente apprezzabili unicamente al piano della teoria della interpretazione.

4. *La scelta di campo tra una teoria autoreferenziale di Costituzione ed una invece di Costituzione "aperta" e disponibile a farsi rigenerare senza sosta dalle altre Carte per effetto del "dialogo" intergiurisprudenziale, al fine della integra trasmissione della identità costituzionale nel tempo e dell'ottimale appagamento dei diritti in ragione dei casi*

Come si vede, torna qui in primo piano sulla scena la teoria della Costituzione, nella sua più densa e qualificante accezione, quale si coglie in prospettiva assiologicamente orientata.

Si tratta – se ci si pensa – di far luogo ad una scelta di campo: tra un'idea mitica o sacrale di Costituzione, ingenuamente o, diciamo pure, insensatamente[42] considerata perfetta in sé e per sé, priva di menda o lacuna alcuna e suscettibile pertanto di dare sempre risposta ad ogni istanza avanzata da singoli o gruppi di appagamento dei loro bisogni maggiormente avvertiti, ed un'idea invece di

[42] … dal momento che – come si viene dicendo – finisce per ritorcersi contro se stessa; ed invero – come si è tentato di argomentare altrove – non rende un buon servizio alla Carta chi enfatizza oltre misura le capacità espressive dei suoi enunciati, finendo oltre tutto per aggravare lo squilibrio istituzionale esistente, restando perlopiù demandato ai soli pratici del diritto (e, segnatamente, ai giudici) il compito viepiù oneroso di estrarre dalla Carta stessa anche ciò che in essa obiettivamente non v'è e portarlo a frutto dei più diffusi ed avvertiti bisogni, laddove dovrebbe farsi in primo luogo carico il legislatore di darvi voce, in ispecie aggiornando il catalogo dei diritti con indicazioni essenziali, *per principia*, la cui opportuna specificazione-attuazione resti quindi affidata agli operatori restanti.

dirittifondamentali.it

Costituzione imperfetta[43], in più punti lacunosa[44] e strutturalmente "aperta", che perciò naturalmente si dispone a farsi incessantemente rigenerare da altri documenti parimenti (o *tipicamente* che dir si voglia) costituzionali *quoad substantiam* e che lo fa – se così piace dire – anche (e soprattutto) per il proprio tornaconto, al fine cioè di vedere affermati al meglio, alle condizioni oggettive di contesto ed in relazione alle peculiari esigenze dei casi, i valori transepocali e tendenzialmente universali di libertà ed eguaglianza, nel loro fare "sistema" con i valori fondamentali restanti.

La posta in palio è, dunque, duplice; ed è data dal modello di Costituzione che vogliamo vedere inverato nell'esperienza e, con esso, dei diritti fondamentali, in relazione ai quali si tratta di optare tra la ricerca, non di rado affannosa e comunque il più delle volte sofferta, del loro ottimale appagamento, alle condizioni oggettive di contesto, a mezzo unicamente delle previsioni normative e degli strumenti di tutela forgiati in ambito interno ovvero anche attingendo a risorse provenienti *ab extra*.

Sia chiaro. Non è detto che la merce esposta nelle altre Carte ed offerta sul mercato dei diritti sia sempre di miglior pregio rispetto a quella di cui è dotata la Costituzione, così come però non è detto neppure l'inverso: è, piuttosto, tutto da vedere di volta in volta, spettando pur sempre all'operatore di turno stabilire dove si fissa il punto di sintesi più alto dei valori evocati in campo, in vista dell'ottimale risoluzione dei singoli casi. È questo – come si è tentato di mostrare altrove – il

[43] … riconosciuta, peraltro, dalla stessa Carta col fatto stesso di prevedere (art. 138) le procedure con le quali si rende possibile correggerne i difetti disvelati dal tempo e migliorare così alcune espressioni dell'originario dettato, senza preclusioni di sorta. Gli stessi principi fondamentali – com'è stato avvalorato dalla recente modifica dell'art. 9 (e dell'art. 41) della Carta – possono andare soggetti ad innovazioni, sempre che siano nel segno della loro ulteriore promozione in linea di continuità evolutiva rispetto alla loro originaria matrice. Si può, poi, discutere se, in talune circostanze, si sia in presenza di principi autenticamente nuovi, che dunque si aggiungano ai vecchi, ovvero di meri aggiornamenti di questi ultimi sollecitati dai tempi. Questione, questa, per vero di non poco impegno teorico, del cui esame è tuttavia altra la sede [ragguagli possono, se si vuole, aversi dal mio *I principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale tra interpretazioni storicamente orientate e revisioni a finalità espansiva*, in *Consulta OnLine* (www.giurcost.org), 2/2022, 12 maggio 2022, 473 ss.].

[44] Su ciò può, volendo, vedersi il mio *Lacune costituzionali*, in *Riv. AIC* (www.rivistaaic.it), 2/2016, 18 aprile 2016; cfr. S. NICCOLAI, *Il Covid e le sue metafore*, in *Costituzionalismo* (www.costituzionalismo.it), 1/2021, 22 giugno 2021, 238 ss.

dirittifondamentali.it

senso genuino dei "controlimiti"[45] che, diversamente da ciò che molti ritengono, non entrano in campo solo allorquando un atto (normativo o di altra natura) avente origine esterna dovesse apparire in contrasto con uno o più principi fondamentali di diritto interno bensì ogniqualvolta la tutela apprestata a beneficio dei diritti in ambito nazionale dovesse risultare maggiormente adeguata di quella offerta *ab extra*[46].

Ora, poichè – come si è veduto – il principio di apertura dell'ordine interno ad altri ordinamenti (o sistemi normativi) è uno dei *nostri* principi di base, se ne ha che ogni operazione di bilanciamento tra materiali normativi e giurisprudenziali di produzione interna e materiali di fattura esterna naturalmente si risolve in un bilanciamento interno al massimo livello di positività giuridica: tra il principio fondamentale di apertura ed i principi fondamentali restanti, sempre e solo in vista della ottimale definizione del caso e, con essa, dell'affermazione della Costituzione come "sistema", vale a dire, in buona sostanza, dell'ottimale appagamento dei diritti e, in genere, dei beni della vita di volta in volta evocati in campo.

È così – se ci si pensa – che si fa ed incessantemente rinnova l'identità costituzionale di un ordinamento dato[47]: vale per il nostro come pure per altri ordinamenti parimenti votati, per loro congenita vocazione, ad "aprirsi" l'un l'altro allo scopo di potersi realizzare al meglio di sé, alle condizioni oggettive date. La

[45] … a riguardo dei quali faccio qui richiamo, per tutti, solo del pregevole lavoro monografico di S. POLIMENI, *Controlimiti e identità costituzionale nazionale. Contributo per una ricostruzione del "dialogo" tra le Corti*, Editoriale Scientifica, Napoli 2018. V., inoltre e di recente, D. PELLEGRINI, *I controlimiti al primato del diritto dell'Unione europea nel dialogo tra le Corti*, Firenze University Press, Firenze 2021, e A. LO CALZO, *Dagli approdi giurisprudenziali della Corte costituzionale in tema di controlimiti alle recenti tendenze nel dialogo tra le Corti nel contesto europeo*, in *Federalismi* (www.federalismi.it), 1/2021, 13 gennaio 2021, 85 ss.

[46] Non è questa tuttavia – perlomeno il più delle volte – la soluzione ideale che i casi si attendono: non quella, cioè, della scelta esclusiva o alternativa ispirata alla "logica" quasi sempre perdente dell'*aut aut* bensì l'altra, dietro già rammentata e patrocinata (a parole, non sempre però nei fatti) dalla stessa giurisprudenza costituzionale, secondo cui le Carte sono sollecitate ad integrarsi ed a rigenerarsi incessantemente nei fatti interpretativi.

[47] Ho parzialmente anticipato le notazioni ora svolte, con ulteriori precisazioni, nei miei *In tema di controlimiti, identità costituzionale, dialogo tra le Corti (traendo spunto da un libro recente)*, in *Lo Stato*, 10/2018, 549 ss.; *Protocollo 16 e identità costituzionale*, cit., e, da ultimo, *Comparazione giuridica, dialogo tra le Corti, identità "intercostituzionale"*, in *Riv. Gruppo di Pisa* (www.gruppodipisa.it), 2/2022, 30 maggio 2022, 1 ss. Cfr. P. FARAGUNA, *Ai confini della Costituzione. Principi supremi e identità costituzionale*, FrancoAngeli, Milano 2015.

struttura della identità stessa – se si desse la possibilità di osservarla da vicino, ingrandendola come si fa con i microscopi – è infatti attraversata da un moto incessante, che poi, come hanno fatto notare attenti studiosi[48], è il moto stesso della Costituzione e che non viene soltanto dall'incessante scorrere del tempo, con quanto di nuovo porta con sé, incoraggiando ed agevolando di continuo la emersione di bisogni dapprima sconosciuti ovvero trasformando anche in sensibile misura vecchi ed ancora largamente avvertiti bisogni. Il moto viene anche per il fatto naturale, inevitabile, che i materiali immessi nel "contenitore" costituzionale hanno origini diverse (sia interne che esterne all'ordinamento) e sono forgiati da mani parimenti diverse, ponendosi pur sempre quale il portato di quel dibattito culturale a più voci di cui poc'anzi si diceva, e – ciò che più importa – si prestano ad una infinità di reciproche combinazioni, in astratto tante quanti sono i casi della vita, con la loro formidabile attitudine a rinnovarsi a ritmi a volte incalzanti.

L'identità costituzionale così, per un verso, appare essere immota, sempre identica a sé pur nello scorrere del tempo, ma, per un altro verso, è in continuo divenire proprio nella essenza che al proprio interno racchiude e che ne dà la caratterizzazione complessiva. Ciò che, nondimeno, maggiormente importa ai fini dello studio che si va ora facendo e che merita di essere particolarmente tenuto presente è che alla messa a fuoco ed all'incessante rinnovamento della *nostra* identità costituzionale non concorrono unicamente gli operatori di diritto interno ma anche altri che svolgono il loro servizio fuori delle mura domestiche. È vero, ovviamente, anche l'inverso; e a darne sicura conferma è il rilievo, vario nondimeno a seconda dei casi, che è da assegnare al "dialogo" che le Corti europee instaurano con i giudici nazionali (costituzionali e non), secondo quanto si è poc'anzi rammentato richiamando il caso *Taricco*. Ma poi, al di là dei confronti diretti ed espliciti tra gli operatori di giustizia, c'è da tener conto del "sommerso" che, al pari della montagna nascosta di un *iceberg*, è proprio la gran parte, seppur

[48] Sopra tutti, M. LUCIANI, *Dottrina del moto delle Costituzioni e vicende della Costituzione repubblicana*, in *Riv. AIC* (www.rivistaaic.it), 1/2013, 1° marzo 2013, e, già, in buona sostanza, A. SPADARO, *Dalla Costituzione come "atto" (puntuale nel tempo) alla Costituzione come "processo" (storico). Ovvero della continua* evoluzione *del parametro costituzionale attraverso i giudizi di costituzionalità*, in *Quad. cost.*, 3/1998, 343 ss.

appunto invisibile e che è data da tutto ciò che ciascun operatore sente ormai come *proprio* e di cui è tuttavia debitore, a volte in considerevole misura, nei riguardi di suggestioni culturali provenienti *ab extra*[49]. Sta proprio qui, se ci si pensa, il prodotto maggiormente fecondo del "dialogo" intergiurisprudenziale: nel fatto, cioè, che ciascun ordinamento è messo in grado di assorbire e *quodammodo* metabolizzare indicazioni e sollecitazioni provenienti da altri ordinamenti, di cui si ha poi emblematica rappresentazione in quella integrazione delle Carte nei fatti interpretativi, di cui si è venuti dicendo.

Disponiamo, d'altronde, di un dato sicuro al quale far riferimento a conferma dell'attitudine del "dialogo" a far rigenerare in modo incessante l'identità costituzionale e, allo stesso tempo, ad offrire un servizio prezioso, indefettibile, alla persona ed ai suoi più avvertiti bisogni: l'"invenzione" di nuovi diritti, per un verso, e, per un altro verso, l'accresciuta tutela apprestata ai vecchi. Nessuna Corte vuole, infatti, restare dietro le altre, così come non vuole accreditare l'idea che altre Carte siano maggiormente avanzate della propria nel venire incontro ad istanze diffusamente sentite nel corpo sociale.

Di qui, la messa a punto di tecniche argomentative e tecniche decisorie viepiù affinate, che peraltro hanno la loro ragion d'essere anche in fattori diversi da quello della sana competizione al rialzo tra le stesse Corti, in ispecie riportabili a quella ormai endemica e, a quanto pare, irrisolvibile crisi della rappresentanza politica che sta a base della gran parte delle torsioni dei ruoli istituzionali e delle complessive carenze di cui si ha diffuso e inquietante riscontro, in primo luogo, in seno al corpo sociale e, quindi, nel sistema politico e nel funzionamento degli organi governanti[50].

---

[49] Rimarco ora nuovamente il rilievo di quelle comparazioni *silenti* e *inconsapevoli*, cui ho fatto poc'anzi cenno.

[50] Riferimenti ed indicazioni al riguardo possono ora aversi, nella ormai incontenibile lett., da I. CIOLLI, *La rappresentanza politica. Recenti trasformazioni di una categoria ineludibile*, in *Lo Stato*, 18/2022, 129 ss. Confida in un rafforzamento della democrazia rappresentativa attraverso una opportuna revisione dei trattati europei S. MANGIAMELI, *La democrazia rappresentativa nell'UE e l'opinione pubblica europea. Problemi e prospettive*, in *Dir. fond.* (www.dirittifondamentali.it), 2/2022, 24 luglio 2022, 293 ss.

Non è, insomma, per mero accidente che, man mano che il "dialogo" intergiurisprudenziale è andato infittendosi ed estendendosi a campi materiali un tempo pressoché inesplorati, si sia assistito ad un'autentica fioritura di nuovi diritti e, a un tempo, al rafforzamento della effettiva tutela assicurata ai vecchi[51]. È pur vero – si potrebbe osservare – che alcuni bisogni elementari dell'uomo richiedono comunque tempi adeguati di maturazione in seno al corpo sociale, prima di poter venire alla luce. E, tuttavia, non resta ugualmente di secondario rilievo il compito svolto dalle Corti, esattamente come quello di chi aiuta un bimbo ad uscire dal grembo materno, assicurando che tutto vada per il meglio, per la salute della madre e soprattutto del figlio.

D'altro canto, i giudici hanno dimostrato ampiamente di non essere meri ricettori di ciò che il corpo sociale in sé racchiude ed esprime, dandone quindi fedele rappresentazione. Allo stesso tempo in cui raccolgono, essi infatti seminano e si fanno cura della pianta man mano che si forma e cresce, accudendola passo passo e portandola quindi a dare i frutti sperati. In fondo, se ci si pensa, è quanto avviene con la stessa Costituzione che, per un verso, è disvelamento o – se più piace dire, in linea con una risalente tradizione teorica[52] – "razionalizzazione" di ciò che preesiste in seno al corpo sociale e che viene appunto portato ad emersione, chiarito, ordinato. Per un altro verso, però, col fatto stesso di darvi forma per il tramite degli enunciati in essa iscritti, la Carta costituzionale sollecita l'attivazione di inusuali processi produttivi nel corpo stesso, sì da correggerne alcuni preesistenti ed ancora *in fieri* e da incoraggiarne altri che stentano ad evolversi[53].

---

[51] Ne danno, peraltro, sicura testimonianza i commentari venuti alla luce con riguardo alle Carte ed agli orientamenti delle rispettive Corti, della cui consultazione né studiosi né (e soprattutto) operatori possono ormai più fare a meno.

[52] Ho già toccato questo punto, a mia opinione di cruciale rilievo, nel mio *La "materia" costituzionale, i modi della sua trattazione manualistica, i segni lasciati dal contesto politico-istituzionale sull'una e sugli altri (profili storico-teorici)*, in *Riv. AIC* (www.rivistaaic.it), 4/2017, 12 dicembre 2017.

[53] D'altro canto, così è maturata la vicenda in ambito sovranazionale, la Carta di Nizza-Strasburgo ponendosi, a un tempo, quale "razionalizzazione" degli esiti più salienti della giurisprudenza della Corte dell'Unione e, però, allo stesso tempo, quale fattore propulsivo per la successiva giurisprudenza, tanto per ciò che attiene alla formazione di nuovi indirizzi quanto in merito alla opportuna messa a punto o – come suol dirsi – manutenzione di quelli preesistenti.

Insomma, se si vuol seguitare nella metafora, i frutti li dà, certamente, la pianta ma senza la cura dell'uomo che l'alimenta, accudisce e sostiene, essi non riuscirebbero a venire a formazione, per essere quindi goduti dall'uomo stesso che se ne giova per la crescita ed affermazione della propria personalità, seppur alle difficilissime condizioni oggettive del tempo presente e di quelle, forse ancora meno promettenti, del tempo a venire.

5. *Una succinta notazione finale, con riguardo all'odierno contesto segnato profondamente dalla guerra in Ucraina, al significato che essa assume chiamando i popoli dell'Unione europea ad un nuovo Risorgimento in vista della salvaguardia della Costituzione e dei diritti fondamentali e della loro integra trasmissione a beneficio di chi verrà dopo di noi*

Fin qui – come si è veduto – si è discorso del ruolo giocato dalle Corti, specie a mezzo del "dialogo" che quotidianamente e fattivamente svolgono tra di loro, nella messa a punto e salvaguardia dei diritti, dei vecchi come pure dei nuovi. Era giusto – a me pare – tracciare questa linea teorico-ricostruttiva ed è giusto seguitare a farlo anche per l'avvenire, dovendosi dare ai giudici ciò che loro spetta, per quanto hanno fatto e fanno a beneficio dei diritti. E, tuttavia, non è possibile oggi fermarsi unicamente a questo. La guerra in Ucraina ci consegna una lezione preziosa, da non disperdere e, anzi, da mettere a frutto, per la nostra stessa sopravvivenza. Non temo infatti, dicendo così, di enfatizzarne oltre misura il significato. Quella mossa contro l'Ucraina dalla Russia non è, infatti, una guerra come tante altre che sempre ci sono state e, probabilmente, ci saranno nel pianeta[54]. Qui infatti è lampante, certo così come lo è che il sole sorge e tramonta ogni giorno, che in guerra sono due modelli ordinamentali e di vita di relazione: uno che s'identifica nell'idea di Costituzione e di Stato costituzionale di tradizioni liberali, il cui cuore pulsante è

[54] Ho anticipato questo pensiero nei miei *Il lascito della lezione mazziniana sui doveri dell'uomo per la Costituzione repubblicana*, in *Giustizia insieme* (www.giustiziainsieme.it), 7 aprile 2022, e *Le sanzioni illiberali dell'Ucraina all'invasore russo*, Editoriale, in *Consulta OnLine* (www.giurcost.org), 21 giugno 2022.

dirittifondamentali.it

costituito – come si sa – dal riconoscimento e dalla salvaguardia – la massima possibile alle condizioni oggettive date – dei diritti fondamentali; l'altro, illiberale ed anzi – ad esser più precisi – *antiliberale*, che misconosce e combatte questa idea.

Purtroppo, è doveroso ammettere che, a fronte di Stati o – il che è praticamente lo stesso – regimi politici che fanno propria la prima idea e che per essa sono disposti a battersi con le unghie e coi denti, ve ne sono altri che fanno di tutto per la vittoria della seconda. Perché il vero è che il primo è il modello in potenza vincente, che affascina ed attrae a sé soprattutto quanti non avendone dapprima gustato i frutti, nel momento in cui li assaporano, capiscono di non poterne più fare a meno. È ciò che hanno provato gli Ucraini; ed è per quel modello che hanno dimostrato coi fatti di essere pronti a dare tutto, persino la propria vita[55].

La vicenda acquista uno speciale significato, legandosi idealmente a quanto si è fin qui venuti dicendo. Il "dialogo" tra le Corti ci insegna e conferma che proprio ad esso si affida la ottimale salvaguardia, in ragione dei contesti, dei diritti. Questi ultimi infatti – come si è veduto – non possono ormai più sperare di potersi affermare appieno entro le mura dello Stato nazionale di ottocentesca memoria; richiedono, infatti, la mutua apertura degli ordinamenti e, con essa, la disponibilità della Costituzione e delle Carte in genere a farsi rigenerare a vicenda, a beneficio dei più diffusi ed avvertiti bisogni dell'uomo, portando in tal modo a frutto le formidabili potenzialità racchiuse nella loro struttura – piace a me dire – "intercostituzionale"[56].

La guerra obbliga oggi i popoli europei a prendere finalmente piena consapevolezza del fatto di essere chiamati ad un nuovo Risorgimento, ad una

[55] È doveroso tuttavia segnalare che la stessa Ucraina ha di recente varato alcune misure sanzionatorie illiberali nei riguardi della Russia, specificamente rilevanti sul piano culturale, vietando la divulgazione nel proprio territorio di libri e prodotti editoriali in genere provenienti dal Paese occupante o, come che sia, scritti nella sua lingua, unitamente alla esibizione di musicisti russi che non abbiano apertamente preso le distanze dall'invasione. Come si è, però, fatto altrove notare, altro è la guerra militare a finalità difensiva, la cui messa in atto non si discute, ed altra cosa una *guerra culturale*, quale quella effettuata con le misure suddette, di certo non conforme a spirito liberale. La "logica" perversa ispirata alla legge del taglione non ha, a mio modo di vedere, giustificazione alcuna.

[56] In questi termini, ne discorro in più luoghi di riflessione scientifica, a partire dal mio *Sovranità dello Stato e sovranità sovranazionale, attraverso i diritti umani, e le prospettive di un diritto europeo "intercostituzionale"*, in *Dir. pubbl. comp. ed eur.*, 2/2001, 544 ss.

battaglia corale, in autentica unità d'intenti e di azione, per la salvaguardia del modello costituzionale in cui si riconoscono. La "lotta per la Costituzione", durante la sofferta ma esaltante stagione liberale, si faceva dentro i confini dei singoli Stati[57]; oggi, si fa anche (e soprattutto) oltre questi ultimi e con ogni mezzo, a partire da quelli di natura pacifica[58]. Non è, d'altronde, per mero accidente storico che entrambi i due grandi conflitti bellici abbiano avuto per teatro l'Europa. È qui, dunque, che principalmente si fa la lotta suddetta; e nessuno Stato che si riconosca in quel modello può – lo voglia o no – sottrarsi alla chiamata. È perciò che la pace in Europa – mi è venuto di recente di dire[59] – è un "bene assoluto", bisognoso dunque di essere ad ogni costo preservato integro, per la elementare ragione che esso fa tutt'uno con i diritti e la Costituzione: è ad esso che questa e quelli affidano le loro speranze di sopravvivenza ed è sul terreno da esso spianato che possono radicarsi, crescere, portare frutti.

L'Unione europea, che – come si sa – ha fondamento nei valori propri delle liberal-democrazie, deve esporsi in prima linea in questa battaglia, appoggiandosi quindi agli altri Stati che ne condividono il patrimonio assiologico: ne va, a mio modo di vedere, non soltanto la sua immagine ma, appunto, la sua stessa sopravvivenza.

È doveroso averne tutti consapevolezza ed essere pronti a fare fino in fondo il nostro dovere, perché è solo così che dimostriamo coi fatti di essere davvero fedeli alla Repubblica ed ai suoi valori[60].

---

[57] In tema, v., almeno, M. DOGLIANI, *La lotta per la Costituzione*, in *Dir. pubbl.*, 2/1996, 293 ss.

[58] Il pensiero va subito – com'è chiaro – alle sanzioni di varia natura e intensità adottate dagli Stati liberal-democratici a carico della Russia che, nondimeno, comportano – come pure è noto – un costo assai elevato per tutti; la salvaguardia della libertà, però, non ha prezzo e – come mi sono sforzato di dire nella chiusa del mio *La pace come bene assoluto, indisponibile e non bilanciabile, il diritto fondamentale a goderne e il dovere di preservarla ad ogni costo*, Editoriale, in *Consulta OnLine* (www.giurcost.org), 27 febbraio 2022 – nell'innaturale bilanciamento tra la libertà stessa e il gas, che si profila all'orizzonte, non ho alcun dubbio nello scegliere da che parte stare, anche se dovrò patire poi conseguenze pesantissime per effetto dell'opzione fatta.

[59] … nel mio scritto da ultimo cit.; cfr., ora, utilmente, T. GRECO, *Il sogno di Einstein. Una rilettura del pacifismo giuridico*, in *Il Mulino*, 2/2022, 205 ss.

[60] Sul dovere di fedeltà alla Repubblica e su quanto comporta il suo adempimento, dopo i noti studi di G. Lombardi e L. Ventura, v., part., A. MORELLI, che ne ha ripetutamente ed approfonditamente trattato (nel modo più organico, nel suo *I paradossi della fedeltà alla Repubblica*, Giuffrè, Milano 2013).

dirittifondamentali.it

Dirittifondamentali.it - Fascicolo 3/2022
Data di pubblicazione – 12 settembre 2022

Il Diritto all'istruzione delle persone con disabilità: tutela giurisdizionale ed equilibrio di bilancio*

di
Armando Lamberti**

Sommario: 1. Il diritto all'istruzione delle persone con disabilità: a) coordinate costituzionali. 2. (segue) b) tutela giurisdizionale. 3. Vincoli di bilancio ed effettività dei diritti sociali: la sentenza n. 275/2016 della Corte costituzionale. 4. (segue) La sentenza n. 83/2019 della Corte costituzionale e la sentenza G.L. contro Italia della Corte europea dei diritti dell'uomo. 5. Il nuovo PEI: punti di forza, criticità e giustizia amministrativa.

1. *Il diritto all'istruzione delle persone con disabilità: a) coordinate costituzionali.*

Il diritto all'istruzione delle persone con disabilità assume le fattezze di un vero e proprio "diritto soggettivo ad una compiuta istruzione"[1], atteggiandosi – attraverso la lettura sistematica degli articoli 2, 3, 34, 1° comma e 38, 3° comma della Costituzione – come un diritto sociale fondamentale[2].

---

* Il seguente contributo riprende, sviluppa e aggiorna le riflessioni anticipate nel volume *Il diritto all'istruzione delle persone con disabilità e inclusione scolastica*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2020 (in particolare, cfr. cap. III).

** Professore ordinario di Istituzioni di diritto pubblico e Diritto costituzionale nell'Università degli studi di Salerno

[1] Così C. CROCETTA, *Il diritto all'istruzione e all'integrazione dei minori disabili a scuola: diritto effettivo o "paper right"?*, in M. CERATO, F. TURLON (a cura di), *Scuola famiglia e minori. Profili normativi e psicologici*, Pacini Editore, Pisa, 2018, p. 60.

[2] Sul diritto all'istruzione delle persone con disabilità, cfr., a titolo esemplificativo, G.A. FERRO, *Diritto allo studio e integrazione scolastica dei soggetti diversamente abili,* in *Studi in onore di Luigi Arcidiacono,* III, Giappichelli, Torino, 2011, pp. 1373 ss.; S. TROILO, *Tutti per uno o uno contro tutti? Il diritto all'istruzione e all'integrazione scolastica dei disabili nella crisi dello Stato sociale*, Giuffrè, Milano, 2012; P. ADDIS, *Il diritto all'istruzione delle persone con disabilità: profili sostanziali e giurisprudenziali*, in E. CATELANI, R. TARCHI (a cura di), *I diritti sociali nella pluralità degli ordinamenti*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2015, pp. 149-176.; F. BLANDO, *Soggetti disabili e istruzione: la lotta per il diritto*, in *Federalismi*, 2/2017; L. BUSCEMA, *Il diritto all'istruzione dei disabili*, in *Rivista AIC*, 4/2015; F. GAMBARDELLA, *Diritto all'istruzione dei disabili e vincoli di bilancio nella*

Orbene, la configurazione della situazione giuridica soggettiva in esame come "diritto sociale fondamentale" ci induce a porre l'accento direttamente sui principi fondamentali del nostro ordinamento, inserendosi a pieno titolo tale diritto in quel magistrale disegno di emancipazione della persona umana rappresentato dalla Costituzione del '48: anzi, non possono affatto comprendersene né la portata né tanto meno il significato profondo, se non guardando ad esso nel prisma della dignità della persona.

La tutela dei soggetti deboli (come le persone disabili) e il principio di eguaglianza sostanziale, che si esplicano attraverso il riconoscimento e la garanzia dei diritti sociali, individuano i tratti marcanti dell'ordito costituzionale, improntandolo allo spirito del costituzionalismo democratico e sociale.

In questo senso, allora, un lavoro di analisi sul diritto all'istruzione delle persone disabili non può non costituire (anche) un'occasione per apprezzare la portata e l'incidenza dei principi fondamentali della Costituzione nei diversi gangli dell'ordinamento. A partire, naturalmente, dal diritto scolastico: la scuola, d'altronde, quale primo luogo di incontro, di crescita e di confronto, e primo laboratorio del pluralismo, del rispetto delle "diversità" e di inclusione sociale, emerge e s'atteggia – avrebbe detto Calamandrei – come "organo costituzionale", in cui si alimenta l'afflato vitale della democrazia attraverso i diritti di partecipazione, ivi compreso il diritto alla "socializzazione"[3] delle persone disabili. Personalismo, solidarismo ed eguaglianza, quali valori ispiratori della Carta costituzionale, si incontrano e si intrecciano per perseguire lo scopo dell'inclusione

recente giurisprudenza della Corte Costituzionale, in *Nomos – Le attualità del diritto*, 1/2017; F. MASCI, *L'inclusione scolastica dei disabili: inclusione sociale di persone*, in *Costituzionalismo.it*, 2/2017; G. MATUCCI, *Il diritto/dovere all'inclusione scolastica*, in *Rivista – Gruppo di Pisa*, 1/2019; G. MATUCCI (a cura di), *Diritto all'istruzione e inclusione sociale,* Franco Angeli, Milano, 2019. In prospettiva generale, v. G. ARCONZO, *I diritti delle persone con disabilità. Profili costituzionali*, Franco Angeli, Milano, 2020. Sia consentito anche il rinvio ad A. LAMBERTI, *Il diritto all'istruzione delle persone con disabilità e inclusione scolastica*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2020 e, con particolare riguardo alle prospettive di tutela multilivello, ID., *Il diritto all'istruzione delle persone con disabilità: diritto interno e tutela multilevel*, in A. DI STASI, G. FAUCEGLIA, G. MARTINO, P. PENNETTA (a cura di), *Liber Amicorum per Massimo Panebianco*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2020, pp. 1153 ss.

[3] Parla di un "diritto alla socializzazione attraverso la scuola" C. COLAPIETRO, *I diritti delle persone con disabilità nella giurisprudenza della Corte costituzionale: il "nuovo" diritto alla socializzazione*, in *Dirittifondamentali.it*, 2/2020, pp. 154-197.

sociale e del "pieno sviluppo della persona umana" (art. 3, comma 2, Cost.) in nome della "pari dignità sociale" di ciascuno.

E questo incontro non può non avvenire sul terreno del riconoscimento e della garanzia dei diritti sociali, ove i "diritti sociali rivestono (…) il duplice ruolo di strumento sia di attuazione che di possibile ulteriore perfezionamento del principio democratico, in quanto consentono l'effettiva partecipazione di ciascun individuo alla vita politica ed economica del paese, tutelando in tal modo il substrato di valore della democrazia stessa rappresentato dalla pari dignità di ciascun uomo"[4].

Quello dei diritti sociali, quindi, è un "tema potentemente inclusivo"[5] e plurale: "i diritti sociali sono stati infatti pensati e inseriti nella Costituzione al fine precipuo di fornire prestazioni di carattere meritorio o che il mercato non sarebbe disposto ad erogare a condizioni di accesso universale e tendenzialmente gratuito: il bene istruzione è l'esempio paradigmatico in cui si combinano tanto il primo profilo (l'istruzione è un bene che *merita* di essere garantito a tutti in considerazione della sua attitudine a garantire o favorire l'esercizio di tutti i diritti fondamentali), quanto il secondo profilo (un'impresa privata, istituzionalmente orientata alla massimizzazione del profitto ben difficilmente sarebbe disposta a porre in essere il relativo servizio senza oneri a carico degli utenti)"[6].

E, su queste basi, appare chiaro il significato profondo dell'articolo 34, 1° comma, della Costituzione, il quale – nell'affermare che "la scuola è aperta a tutti" – riconosce un generale e fondamentale "*diritto all'istruzione a tutti ed a ciascuno*, indipendentemente dalle rispettive condizioni personali, sociali ed economiche"[7], nell'ottica di un modello pienamente aperto ed inclusivo "capace di accogliere tutte le forme di diversità presenti nella realtà, essendo direttamente impegnata a

[4] Così F. POLITI, *I diritti sociali*, in R. NANIA, P. RIDOLA (a cura di), *I diritti costituzionali*, volume III, p. 1025, nel ricordare la lezione di P. HÄBERLE (*Le libertà fondamentali nello Stato costituzionale*, trad. it., Nis, Roma, 1993).

[5] Così L. VIOLINI, *Costituzione e inclusione sociale. Riflessioni conclusive*, in G. MATUCCI (a cura di), *Diritto all'istruzione e inclusione sociale*, Franco Angeli, Milano, 2019, p. 413.

[6] *Ibidem.*

[7] Cfr. C. COLAPIETRO, *Una scuola aperta a tutti e a ciascuno: la scuola inclusiva ai tempi della crisi*, cit., p. 11.

promuovere la personalità di ciascuno nella sua pienezza"[8]. Dunque, in altre parole, l'obbligo dell'istruzione, in un regime democratico, "è chiaramente ispirato da un obiettivo di integrazione sociale, per attuare lo scopo del raggiungimento dell'eguaglianza sostanziale sancito dall'art. 3 Cost"[9]. E', questa, una prospettiva emergente dagli interventi di Moro e Marchesi in Assemblea Costituente, nell'ottica del riconoscimento del "diritto di ognuno ad una adeguata istruzione, indipendentemente dalle sue condizioni economiche e sociali"[10].

In questa prospettiva, allora, il nesso inscindibile tra articolo 3 e articolo 34 comporta la configurazione, sul piano dell'istruzione, di "un vero e proprio diritto soggettivo nei confronti dell'azione dei pubblici poteri"[11]: in questo senso, ben può dirsi che il 1° comma dell'articolo 34 rappresenta tanto un'affermazione di uguaglianza sostanziale quanto una norma da cui discende un diritto soggettivo in capo al singolo.

Una naturale vocazione all'inclusione, quindi, quella di tale disposizione, confermata – tra l'altro – dalla circostanza che, nel progetto di costituzione all'esame dell'Assemblea Costituente, la formulazione adottata era la seguente: "la scuola è aperta al popolo". Una formula, questa, tecnicamente poco felice, "ma certo illuminante del significato che le si voleva attribuire"[12].

A questo punto, pertanto, ben si comprende la onnicomprensività[13] dell'articolo 34, 1° comma, e la sua conseguente – lo si è anticipato – naturale vocazione all'inclusione: assai significativo, in proposito, è il pensiero di Umberto Pototschnig, il quale "evidenziò l'intento precipuo dei Padri costituenti di promuovere attraverso l'istruzione il superamento dello stato di emarginazione che

[8] Così G. MATUCCI, *Costituzione e inclusione scolastica: origini e prospettive di sviluppo della "scuola aperta a tutti"*, in M. FERRARI, G. MATUCCI, M. MORANDI (a cura di), *La scuola inclusiva dalla Costituzione a oggi. Riflessioni tra pedagogia e diritto*, Franco Angeli, Milano, 2019, p. 100.

[9] Così S. MANZIN MAESTRELLI, *Istruzione dell'obbligo*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, IX vol., Torino, 1994, p.1.

[10] Così A. POGGI, *Art. 34*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Volume primo, UTET, Torino, 2006, p. 704.

[11] *Ibidem.*

[12] In questi termini U. POTOTSCHNIG, *Istruzione (diritto alla)*, in *Enciclopedia del Diritto*, Giuffrè, Milano, 1973, p. 99.

[13] Parla di "disciplina onnicomprensiva", per es., G. MATUCCI, *Dall'inclusione all'universalizzazione. Itinerari di sviluppo della scuola della Costituzione*, in ID (a cura di) *Diritto all'istruzione e inclusione sociale*, cit., p. 36.

aveva caratterizzato vaste componenti della società, nella prospettiva di assicurare il pieno sviluppo della personalità umana di ciascuno e l'effettiva partecipazione di tutti all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese, come previsto dall'articolo 3, secondo comma, Cost."[14].

Pertanto, può affermarsi con sicurezza che "il principio della scuola 'aperta a tutti' vale, oggi come allora (…) quale criterio interpretativo *generale* dell'intera disciplina costituzionale dell'istruzione"[15].

Questa affermazione, allora, induce a ritenere che la norma-cardine della c.d Costituzione scolastica rappresenta l'"architrave dell'intera costruzione costituzionale"[16] e, come tale, criterio qualificativo della forma di *Stato sociale di diritto* e *Stato di cultura* che caratterizza la Repubblica[17], in quanto – come rilevava

[14] Ivi, p. 35.

[15] Ivi, p. 39.

[16] Così S. PENASA, *La persona e la funzione promozionale della scuola: la realizzazione del disegno costituzionale e il necessario ruolo dei poteri pubblici. I casi dell'istruzione delle persone disabili e degli alunni stranieri*, in F. CORTESE (a cura di), *Tra amministrazione e scuola. Snodi e crocevia del diritto scolastico italiano*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2014, p. 3.

[17] In proposito, osserva assai opportunamente M. BENVENUTI: "Non si comprende appieno la centralità costituzionale del diritto all'istruzione, che emerge già in molte e belle discussioni svoltesi in seno all'Assemblea costituente, a meno di collocare gli enunciati alfine racchiusi nell'art. 34 Cost. nel prisma dei princìpi fondamentali della Carta repubblicana del 1947 e, in particolare, degli artt. 9, co. 1, e 1, co. 1, Cost. Ad essi occorre fare riferimento al fine di intendere appieno la valenza architettonica del diritto qui considerato e, con essa, la funzione a cui la scuola repubblicana nel suo complesso è vocata. In virtù dell'art. 9, co. 1, Cost., il diritto all'istruzione è espressione di quell'obiettivo di sicura sostanza costituzionale che è la promozione dello sviluppo della cultura, che si accompagna a quello della ricerca scientifica e tecnica, nonché alla tutela del paesaggio e del patrimonio storico e artistico nazionale (art. 9, co. 2, Cost.). In questa cornice, in cui la "Repubblica" e la "Nazione" aprono e chiudono il medesimo articolo, il diritto in questione si inserisce a pieno titolo in un più ampio progetto di crescita intellettuale individuale e collettiva – di incivilimento, ben potrebbe dirsi, secondo una felice espressione cara a Gian Domenico Romagnosi – a cui tutti e ciascuno sono chiamati a partecipare" (M. BENVENUTI, *La scuola è aperta a tutti? Potenzialità e limiti del diritto all'istruzione tra ordinamento statale e ordinamento sovranazionale*, in *Federalismi*, 4/2018, pp. 102-103). E, ancora, "quanto all'art. 1, co. 1, Cost., da parte sua, tale diritto è proiettato sul piano della continua sostanziazione della cittadinanza repubblicana e, dunque, fornisce sempre nuova linfa al pactum societatis. Da questo punto di vista, non v'è dubbio che il diritto all'istruzione serve a conoscere - da qui massimamente il summenzionato legame di derivazione con l'art. 9, co. 1, Cost. - ma esso risulta parimenti necessario per conoscersi e persino riconoscersi, in questo caso, in quanto appartenenti all'Italia, prima parola della Carta repubblicana del 1947, cioè al Paese còlto nella sua immediata dimensione storica, geografica, culturale, esistenziale. Tale duplice inquadramento dell'art. 34 Cost. nel più ampio orizzonte ordinamentale porta a conseguenze di grande

autorevole dottrina – sussumibile nell'ambito di "fenomeni sociali che, per la rilevanza e l'influenza nei confronti dei fini e della organizzazione dello Stato, costituiscono, tramite la tutela giuridica che viene loro imposta, altrettante prospettive di qualificazione dello stesso ordinamento statale"[18].

Con riferimento specifico ai soggetti disabili, "non può sottacersi che la frequenza scolastica sia (…) un essenziale fattore di crescita del portatore di handicap e di superamento delle condizioni di emarginazione in cui possa essere eventualmente relegato, in un complesso intreccio di fattori di inclusione sociale in cui ciascuno di tali elementi interagisce con l'altro in funzione sinergica ai fini del complessivo sviluppo della personalità dell'individuo"[19].

La forza propulsiva dell'articolo 34, 1° comma, della Costituzione, dunque, finisce col superare lo stesso articolo 38, 3° comma, che pure è espressamente dedicato alla tutela dei diritti dei disabili ("Gli inabili ed i minorati hanno diritto all'educazione e all'avviamento professionale"), ma che si caratterizza per un linguaggio il quale tradisce una concezione medica e assistenziale della disabilità (a partire dal termine "minorati").

Con ciò, naturalmente, non si vuole ridimensionare la portata della norma in questione, che mira in ogni caso all'inserimento sociale delle persone disabili, sia pur – *prima facie* – nell'ottica della funzionalizzazione dell'istruzione alla collocazione nel mercato del lavoro[20], quanto piuttosto mettere in luce come essa sia il frutto, o per meglio dire il retaggio, di una "visione medica ed individualizzante"[21] del fenomeno della disabilità.

Non bisogna, inoltre, trascurare che – nonostante la asserita naturale forza inclusiva dell'articolo 34, 1° comma – i Costituenti ritenevano pienamente legittima

---

portata, perché fornisce la cifra tangibile di una collettività che incessantemente interroga se stessa sulle ragioni più profonde della convivenza".

[18] Così E. SPAGNA MUSSO, *Lo Stato di cultura nella Costituzione italiana*, Morano, Napoli, 1961, p. 14.

[19] Così L. BUSCEMA, *Il diritto all'istruzione dei disabili*, cit., p. 12.

[20] Sul punto, vedasi, G. MATUCCI, *Dall'inclusione all'universalizzazione. Itinerari di sviluppo della scuola della Costituzione*, cit., p. 37, che ricorda, in proposito, le osservazioni dell'Onorevole Valenti in seno all'Assemblea Costituente (in particolare, cfr. nota 21).

[21] Così I. DE CESARE, *Costituzione e linguaggio non discriminatorio. Riflessioni intorno all'uso del termine "minorati"*, in G. MATUCCI (a cura di), *Diritto all'istruzione e inclusione sociale*, cit. p. 216.

dirittifondamentali.it

la presenza di istituti e scuole speciali (e specializzate) per i soggetti disabili: analogamente, in dottrina, anche un autore come Pototschnig, che pure più di altri ha valorizzato la spinta propulsiva della norma in questione, affermava che potessero essere "legittimamente istituite e fatte funzionare scuole riservate a particolari categorie di allievi"[22], nel quadro di una "logica di matrice separatista"[23]. Un vero mutamento di prospettiva, che valorizzi appieno il dettato costituzionale, sarà possibile solo in conseguenza dell'affermazione, tra gli anni Settanta e Ottanta, del c.d. "Modello Sociale della Disabilità" (su cui, più compiutamente, *infra*), per il quale "la disabilità non è in re ipsa un ostacolo: lo diventa quando la minorazione si esplica in un ambiente che distingue l'essere disabili dall'essere persone, fondando un'intollerabile diseguaglianza sulla ritenuta irrecuperabilità del dato biofisico"[24]: una prospettiva, questa che favorisce una effettiva inclusione sociale, assicurando una piena "libertà *nonostante* la disabilità"[25] (corsivo nostro).

Solo così, dunque, si legittima una lettura integrata e sistematica del testo costituzionale, non limitata al solo dato letterale dell'articolo 38, 3° comma[26], ma che abbracci trasversalmente gli articoli 2, 3, 34 e 38, come base di un diritto all'istruzione dei disabili come diritto soggettivo, *rectius* come diritto sociale fondamentale[27], e cardine essenziale per l'attuazione del dettato costituzionale stesso nella legislazione ordinaria. In questo senso, allora, l'inclusione scolastica ben può dirsi come la prima fase di un progetto di vita[28]. E dunque, per dare corpo a questa affermazione, diventa di cruciale importanza assicurare l'effettività del

[22] Così U. POTOTSCHNIG, *Istruzione (diritto alla)*, cit., p. 99.

[23] In questi termini, G. MATUCCI, *Dall'inclusione all'universalizzazione. Itinerari di sviluppo della scuola della Costituzione,* cit., p. 38.

[24] Così F. MASCI, *L'inclusione scolastica dei disabili: inclusione sociale di persone*, cit., p. 143.

[25] R. BELLI, *Introduzione*, in ID. (a cura di), *Libertà inviolabili e persone con disabilità*, Franco Angeli, Milano, 2000, p. 7.

[26] Del resto, ricorda in proposito De Siervo: "anche in riferimento al tema della tutela a livello costituzionale delle persone con disabilità, sarebbe pericolosamente riduttivo affrontare i loro problemi solo alla luce del comma 3 dell'art. 38", in U. DE SIERVO, *Libertà negative e positive*, in R. BELLI (a cura di), *Libertà inviolabili e persone con disabilità*, Franco Angeli, Milano, 2000, p. 37.

[27] Sul punto, cfr. M. FALANGA, *Inclusione scolastica e formazione degli insegnanti,* in G. MATUCCI (a cura di), *Diritto all'istruzione e inclusione sociale*, cit., p. 107.

[28] Così ne parla C. CROCETTA, *Il diritto all'istruzione e all'integrazione dei minori disabili a scuola: diritto effettivo o "paper right"?*, in M. CERATO, F. TURLON (a cura di), *Scuola famiglia e minori. Profili normativi e psicologici*, Pacini Editore, P isa, 2018, p. 60.

diritto all'istruzione delle persone con disabilità: "l'attestazione di effettività del diritto all'istruzione dei disabili, al pari del reale soddisfacimento di ogni posizione di libertà (fondamentale) del cittadino, passa attraverso 'l'attivarsi della pubblica amministrazione per il suo riconoscimento e la sua garanzia', mediante le doverose misure di integrazione e sostegno atte a rendere possibile ai portatori di handicap la frequenza delle scuole (…)"[29].

2. (segue) *b): tutela giurisdizionale*.

Nella prospettiva coltivata, il contenuto del diritto all'istruzione, nella sua naturale vocazione all'inclusione degli alunni con disabilità, si sostanzia nell'insieme delle pretese da costoro azionabili, che la normativa attribuisce al fine di realizzare gli obiettivi inclusivi enucleati dall'art. 12 comma 3, della legge 104/1992, in chiara attuazione dei principi e delle norme costituzionali richiamate. In proposito, gli strumenti di tutela[30] attivabili si riverberano "nella fase dell'iscrizione scolastica, nella composizione numerica della classe, nella assegnazione dei docenti specializzati ed altre figure professionali, nei sussidi e negli ausili idonei, nello svolgimento della vita nella comunità scolastica e nella valutazione dei risultati ottenuti"[31].

Orbene, il problema interessa il delicato bilanciamento tra il diritto fondamentale all'istruzione degli alunni disabili e la necessità che l'autonomia degli istituti scolastici si articoli con la migliore efficacia possibile.

Trovandoci innanzi ad un diritto fondamentale – quale è il diritto all'istruzione delle persone con disabilità – è opportuno enucleare un tracciato d'indagine

[29] Così L. BUSCEMA, *Il diritto all'istruzione dei disabili*, cit., p. 13.

[30] Sul tema della tutela giurisdizionale, v. F. GIRELLI, *La garanzia del diritto fondamentale all'istruzione delle persone con disabilità*, in *Dirittifondamentali.it*, 3/2020, pp. 100-115. V. anche, sui diritti delle persone con disabilità in relazione ai concorsi pubblici, G. A. FERRO, *Diritti dei disabili e pubblico concorso*, in *Dirittifondamentali.it*, 4 luglio 2014, pp. 1-22.

[31] S. NOCERA, *Il diritto alla partecipazione scolastica. Normativa e giurisprudenza per la piena partecipazione scolastica degli alunni con disabilità*, Key editore, Milano, 2015, p. 11.

dirittifondamentali.it

particolarmente battuto dalla giurisprudenza di legittimità[32] (invero, soprattutto con riguardo al diritto alla salute): quello dell'attribuzione ai diritti fondamentali di un regime giuridico "rafforzato", tale da predicarne la non degradabilità, ovvero la non comprimibilità ad opera dei pubblici poteri. Siffatta "impermeabilità" dei diritti fondamentali pone, per definizione, la pubblica amministrazione in un contesto di "carenza di potere" e per l'effetto radica la giurisdizione sulle relative controversie in capo al giudice ordinario[33].

L'elaborazione della teoria dell'inaffievolibilità dei diritti fondamentali, com'è noto, risale a due storiche sentenze della Corte di Cassazione, rese in sede di regolamento di giurisdizione, alla fine degli anni '70[34]. Con tali arresti, in sostanza, si è assistito ad un rovesciamento della formula classica di Ludovico Mortara secondo cui «dove c'è potere non ci può essere diritto», che si è inverata, all'opposto, nello slogan per il quale «dove c'è un diritto fondamentale» per definizione «non ci può essere un potere». Diritti, insomma, "resistenti a tutta oltranza" a fronte di ogni potere ablatorio o anche solo compressivo in capo alla pubblica autorità, e che si fregiano quindi di una tecnica di tutela oltremodo garantistica[35].

---

[32] *Ex multis*, Cass. sez. un., 20 gennaio 1992, n. 2092; Cass. sez. un., 17 novembre 1992, n. 12307; Cass. sez. un.,18 novembre 1997, n. 11432; Cass. sez. un.,29 marzo 2005, n. 6598; Cass. sez. un., 8 marzo 2006 n. 4908; Cass. sez. un., 6 febbraio 2009, n. 2867; Cass. sez. un., 5 dicembre 2011, n. 25925; Cass. sez. un., 27 febbraio 2012, n. 2923; Cass. sez. un., 27 febbraio 2013, n. 4848; Cass. sez. un., 17 giugno 2013, n. 15115.

[33] In dottrina, autorevolmente era stato sviluppato questo filone, *ex multis*, da P. GROSSI, *Introduzione ad uno studio sui diritti inviolabili nella Costituzione italiana*, Cedam, Padova, 1972; A. BARBERA, *Commento all'art. 2,* in G. BRANCA (a cura di), *Commentario alla Costituzione,* Zanichelli, Bologna, 1975; A. BALDASSARRE, *Diritti inviolabili*, in *Enc. giur. Treccani,* XI, Roma, 1989; V. BACHELET, *La giustizia amministrativa nella Costituzione italiana*, Giuffrè, Milano, 1966. *Contra*, tra gli altri, A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte generale*, Cedam, Padova, 1983.

[34] Il riferimento è alle sentenze nn. 1463 e 5172 del 1979, in materia di diritto alla salute e concernenti, rispettivamente, la localizzazione di una centrale nucleare e l'impianto per il disinquinamento del golfo di Napoli.

[35] Per una ricostruzione in senso critico della tradizionale distinzione tra diritti soggettivi e interessi legittimi in relazione ai diritti costituzionalmente garantiti, e del relativo riparto di giurisdizione, v. A. CARIOLA, *Ragioni e percorsi della giurisdizione amministrativa esclusiva*, in A. GUIDARA (a cura di), *Specialità delle giurisdizioni ed effettività delle tutele*, Torino, Giappichelli, 2021, pp. 2055 ss. e ID., *Che contenuto ha la libertà personale? Interdittive antimafia, sindacato sull'esercizio del potere amministrativo e problemi di giurisdizione*, in *Dirittifondamentali.it*,1/2021, pp. 277-306.

Con l'inevitabile corollario per cui si dovrebbe assistere, in questa prospettiva, ad una sorta di monopolio a favore del giudice ordinario. Invero, la teoria dell'indegradabilità dei diritti fondamentali consente di *bypassare* la cognizione del giudice amministrativo, tanto in sede di giurisdizione di legittimità quanto in sede di giurisdizione esclusiva. E ciò sia in quanto, sotto il primo profilo, la consistenza della posizione giuridica soggettiva vantata dal privato ha i connotati del diritto soggettivo (come tale sottratto alla cognizione del giudice amministrativo in sede di legittimità, che ai sensi dell'art. 103 Cost. e dell'art. 7 c.p.a. conosce solo degli interessi legittimi); sia poiché, con riguardo al secondo profilo, non si ri-espande nemmeno la giurisdizione esclusiva, che per definizione dovrebbe conoscere anche delle posizioni di diritto soggettivo, in quanto – a fronte dei diritti fondamentali – la P.A. agisce attraverso "comportamenti meri", non collegati "neanche mediatamente all'esercizio del potere", che in ultima analisi quindi "non coinvolgono la P.A. come autorità"[36]. Sicché l'agire della P.A. rileva solo come comportamento illecito da sindacare innanzi al giudice civile, con la conseguente declaratoria di nullità del provvedimento per difetto assoluto di attribuzione.

Senza qui ripercorrere analiticamente le ragioni pratiche che hanno indotto la Corte di cassazione nel 1979 ad elaborare la teoria dell'indegradabilità[37], nonostante essa venga ancora oggi spesso seguita e sovente riaffiori (anche nella giurisprudenza

[36] F. CARINGELLA, *Giudice amministrativo e diritti fondamentali*, Relazione al convegno tenuta al TAR di Lecce in occasione del trentennale del Tribunale amministrativo, Lecce, 14 e 15 marzo 2008, eloquentemente rimarca che una "*sorta di maledizione divina impediva al giudice amministrativo la penetrazione dei diritti più nobili, limitandone l'accesso solo alle posizioni più volgarmente economiche e materiali. Il Giudice amministrativo era in qualche misura il figlio di un dio minore*". Cfr. http://www.teoriaestoriadeldirittoprivato.com/index.php?com=statics&option=index&cID=43.

[37] A tal riguardo è stata evidenziata in molti luoghi dalla dottrina una certa inadeguatezza dei mezzi di tutela in possesso del giudice amministrativo dell'epoca a soddisfare i diritti fondamentali della persona. Esso era infatti sprovvisto sia dello strumento del risarcimento del danno, anche nelle materie di giurisdizione esclusiva, a causa della riserva in favore del g.o. della conoscenza delle questioni consequenziali; non era dotato dei mezzi probatori tipici del processo civile e non poteva fare ricorso alla tutela cautelare atipica. Cfr., *ex multis*, A. TRAVI, *Giustizia amministrativa e giurisdizione esclusiva nelle recenti riforme*, in *Foro it*., V, 2001, p. 72; U. ALLEGRETTI - A. PUBUSA, *Giurisdizione amministrativa e diritti fondamentali*, in L. LANFRANCHI (a cura di), *Garanzie costituzionali e diritti fondamentali*, Treccani, Roma, 1997, p. 432 ss.; F. CARINGELLA, *Giudice amministrativo e diritti fondamentali,* cit., p. 4; A. CARRATTA, *Diritti fondamentali e riparto di giurisdizione*, in *Riv. dir. proc*., 2010, p. 35; S. SPUNTARELLI, *I diritti fondamentali nella giurisprudenza amministrativa*, in *Riv. trim. dir. pubbl*., 2009, p. 759.

amministrativa, specie di primo grado), mette conto rilevare che la Corte costituzionale, dal canto suo, l'ha a più riprese sconfessata.

La Consulta, a tal riguardo, ha chiaramente affermato che la lesione di un diritto fondamentale da parte della pubblica amministrazione ben può essere giudicata dal giudice amministrativo (Corte cost., sentenza n. 140 del 2007)[38].

A tale indirizzo si è, del resto, allineata anche la Corte di Cassazione che, forte degli esiti maturati in seno alla giurisprudenza del Giudice delle leggi, ha stabilito che spetta al giudice amministrativo la cognizione delle controversie in cui si faccia questione di diritti fondamentali, a patto che sia soddisfatta una duplice condizione: ovverosia, che si tratti di materia devoluta alla giurisdizione esclusiva, e che la lesione consegua ad un'attività amministrativa che sia espressione dell'esercizio di un pubblico potere[39].

In proposito, d'altronde, può senz'altro richiamarsi la parabola evolutiva del giudizio amministrativo, che da "giudizio sull'atto" è approdato ad un inedito "giudizio sul rapporto"[40], così come cristallizzato dal codice del processo amministrativo (d. lgs. 2 luglio 2010, n. 104). Il che comporta che il giudizio amministrativo ha subìto una tendenziale equiparazione al giudizio ordinario, sotto il profilo degli strumenti cognitori e decisori.

---

[38] «*La richiamata giurisprudenza di questa Corte esclude (…) che la giurisdizione possa competere al giudice ordinario per il solo fatto che la domanda abbia ad oggetto esclusivo il risarcimento del danno (sentenza n. 191 del 2006). Il giudizio amministrativo, infatti, in questi casi assicura la tutela di ogni diritto: e ciò non soltanto per effetto dell'esigenza, coerente con i principi costituzionali di cui agli articoli 24 e 111 della Costituzione, di concentrare davanti ad un unico giudice l'intera protezione del cittadino avverso le modalità di esercizio della funzione pubblica, ma anche perché quel giudice è idoneo ad offrire piena tutela ai diritti soggettivi, anche costituzionalmente garantiti, coinvolti nell'esercizio della funzione amministrativa*» . Di recente, in dottrina, cfr. F. FRANCARIO, *Garanzie degli interessi protetti e della legalità dell'azione amministrativa. Saggi sulla giustizia amministrativa*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2019.

[39] Cfr. Cass., sez. un., 28 dicembre 2007, n. 27187; Cass., sez. un., ord. 5 febbraio 2008, n. 2656; Cass., sez. un., ord., 7 novembre 2008, n. 26790; Cass., sez. un., ord., 25 marzo 2009, n. 7103; Cass., sez. un., ord. 29 aprile 2009, n. 9956; Cass., sez. un., ord., 21 maggio 2009, n. 11832; Cass., sez. un., ord. 5 marzo 2010, n. 5290.

[40] In dottrina rievocano efficacemente questo binomio, tra gli altri, M.S. GIANNINI – A. PIRAS, voce *Giurisdizione amministrativa e giurisdizione ordinaria nei confronti della pubblica amministrazione*, in Enc. dir., XIX, Giuffrè, Milano, 1970; V. CAIANIELLO, *Diritto processuale amministrativo*, Giappichelli, Torino, 1994, p. 464.

Ma vi è di più. Tracce di questa metamorfosi emergono, in relazione allo specifico settore dei diritti fondamentali, anche ove si consideri che il legislatore, in sostanza, respinge l'assunto dell'ontologica incompatibilità tra diritti fondamentali e potere amministrativo: il riferimento, in primo luogo, è all'art. 55, comma 2, c.p.a., a tenore del quale "la concessione o il diniego della misura cautelare non può essere subordinata a cauzione quando la domanda cautelare attenga a diritti fondamentali della persona o ad altri beni di primario rilievo costituzionale". Del pari, l'art. 133 co. 1, lett. p), c.p.a., nell'elencare le controversie devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, fa espresso riferimento a quelle attinenti alla gestione del ciclo dei rifiuti, seppur relative a "comportamenti della pubblica amministrazione riconducibili, anche mediatamente, all'esercizio di un pubblico potere, quand'anche relative a diritti costituzionalmente tutelati"[41].

A voler proseguire, non può lasciarsi nell'ombra, in quest'ottica, nemmeno l'azione di esatto adempimento pubblicistico ex art. 34 co. 1, lett. c), c.p.a., la cui *vis espansiva* è tale che ben si presta in funzione satisfattiva anche dei diritti fondamentali della persona, e in specie dei diritti sociali[42]. Questi ultimi, infatti, più degli altri diritti, richiedono l'erogazione di prestazioni e la determinazione di regole di accesso a quelle prestazioni[43].

In questa prospettiva merita attenzione proprio l'evoluzione curiale relativa al diritto di istruzione dei disabili, laddove sovente viene disposta la condanna dell'amministrazione all'assegnazione, in favore del ricorrente, dell'insegnante di sostegno[44], ovvero all'integrazione del relativo organico[45]. O, come ancora più spesso accade, la condanna dell'amministrazione all'assegnazione del numero di

[41] In termini, Cass., Sezioni Unite, 25 novembre 2014, n. 25011, par. 2.6 della motivazione.

[42] Sul punto, A. BALDASSARRE, voce *Diritti sociali*, in *Enc. giur.*, XI, Roma, 1989, p. 30 ss.; A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte generale*, Cedam, Padova, 1983.

[43] C. SALAZAR, *Dal riconoscimento alla garanzia dei diritti sociali*, Giappichelli, Torino, 2000; L.R. PERFETTI, *I diritti sociali. Sui diritti fondamentali come esercizio della sovranità popolare nel rapporto con l'autorità*, in *Dir. pubbl.*, 2013, p. 61 ss.; M. LUCIANI, *Diritti sociali e livelli essenziali delle prestazioni pubbliche nei sessant'anni della Corte costituzionale*, in *Rivista AIC*, 3/2016, p. 7

[44] Cfr. Tar Sicilia, Palermo, sez. I, sent. 23 novembre 2010, n. 14112.

[45] Cfr. Tar Lazio, Sez. III-bis, sent. 23 dicembre 2011, n. 10150.

ore di sostegno richiesto o per l'intero orario di frequenza scolastica, che sia comunque adeguato alle peculiarità del caso specifico[46].

Come innanzi rilevato, le controversie relative al servizio di sostegno scolastico a favore di minori disabili involgono importanti profili di interesse sistematico, soprattutto in punto di tutela giurisdizionale e in particolare del riparto di giurisdizione[47]. La questione più delicata è senz'altro quella che ha ad oggetto la mancata o inesatta attuazione delle misure previste nel già elaborato P.E.I. in favore dello studente disabile, cioè l'attribuzione del numero di ore necessarie per il sostegno didattico e l'assegnazione di personale docente specializzato.

Il tradizionale orientamento della giurisprudenza di legittimità[48], fino ad anni recenti, aveva ritenuto, sul presupposto che il servizio di sostegno scolastico costituisse non già oggetto di un contratto di utenza regolato dalla disciplina privatistica, bensì un servizio pubblico previsto direttamente dalla legge – e, come tale, conseguente al provvedimento di ammissione alla scuola – che «*le controversie in materia di pubblici servizi rientrano nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo qualora si discuta, tra l'altro, di provvedimenti adottati dalla pubblica amministrazione nell'esercizio dei suoi poteri autoritativi*» (già prevista, in materia di servizi pubblici, dall'art. 33 del d.lgs. 80/1998, riprodotto, nel testo risultante dalla dichiarazione di parziale illegittimità di cui alla sentenza di C. Cost., 6 luglio 2004, n. 204, nell'odierno art. 133 co. 1, lett. c). A tal segno, «*la normativa di settore riconosce all'amministrazione il potere-dovere di dare concretezza alle aspettative degli alunni mediante un'equa e ragionevole utilizzazione delle risorse, da ripartire fra gli aventi titolo sulla base di provvedimenti emanati anche alla luce di superiori scelte discrezionali*». In tale prospettiva, «*la determinazione delle ore a disposizione del singolo diversamente abile costituisce (…) il frutto di una prerogativa pubblicistica dell'amministrazione, che nel*

[46] Tar Lombardia, Milano, sez. III, sent. 16 gennaio 2015, n. 73; Tar Calabria, sez. II, sent. 14 gennaio 2015, n. 16; Tar Sicilia, Palermo, sez. III, sent. 18 dicembre 2014, n. 3381; Tar Toscana, Firenze, sez. I, sent. 11 dicembre 2014, n. 2036; Tar Sicilia, Palermo, sez. III, sent. 3 dicembre 2014, n. 3111; Tar Calabria, Catanzaro, sez. II, sent. 15 gennaio 2014, n. 49.

[47] S. VARONE, *Il diritto all'integrazione scolastica dei minori disabili fra vincoli normativi e criteri di riparto della giurisdizione*, in *Dir. famiglia*, 1, 2006, 139 ss.

[48] Cass., Sez. Un., ord. 19 gennaio 2007, n. 1144; Cass., Sez. Un., ord. 29 aprile 2009, n. 9954; Cass. Sez. Un., 25 marzo 2009, n. 7103; Cass. Sez. Un., ord. 19 luglio 2013, n. 17664.

fissarle si pone in posizione di supremazia rispetto agli utenti del servizio». Di tal guisa, qualora costoro si dolgano della congruità del supporto accordato, la controversia instaurata, «*postulando necessariamente un giudizio sulla correttezza del potere esercitato in ordine alla organizzazione ed alle modalità di erogazione del sostegno*», rientra nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo «*in quanto attinente al momento strutturale del servizio*»[49].

Le Sezioni Unite della Corte di Cassazione, con sentenza 25 novembre 2014, n. 25011, rimeditando il precedente indirizzo giurisprudenziale, hanno distinto le domande volte a sindacare l'attività di predisposizione degli strumenti didattici necessari per le esigenze degli studenti disabili, e in particolare il PEI, da quelle con cui viene chiesta la concreta erogazione del relativo servizio[50].

Ebbene, ad avviso delle Sezioni Unite "*dal quadro legislativo di riferimento si evince che una volta che il piano educativo individualizzato, elaborato con il concorso determinante di insegnanti della scuola di accoglienza e di operatori della sanità pubblica, abbia prospettato il numero di ore necessarie per il sostegno scolastico dell'alunno che versa in situazione di handicap particolarmente grave, l'amministrazione scolastica è priva di un potere discrezionale, espressione di autonomia organizzativa e didattica, capace di rimodulare o di sacrificare in via autoritativa, in ragione della scarsità delle risorse disponibili per il servizio, la misura di quel supporto integrativo così come individuato dal piano, ma ha il dovere di assicurare l'assegnazione, in favore dell'alunno, del personale docente specializzato, anche ricorrendo - se del caso, là dove la specifica situazione di disabilità del*

[49] Nella giurisprudenza di merito, si registrano opinioni sostanzialmente conformi. V. Trib. Cagliari, 4.2.2008, in *Riv. giur. sarda*, 2009, 641 e Trib. Napoli, 14.3.2006, in *Foro it. Rep.*, 2007, voce *Istruzione pubblica*, n. 321. Non mancano tuttavia pronunce che si esprimono in senso contrario: cfr. Trib. Reggio Calabria, 9.4.2007, in *Famiglia e minori*, 2007, fasc. 10, 73; Trib. Napoli, 25.11.2004, in *Foro it*. Rep., 2005, voce *Giurisdizione civile*, n. 251.

[50] Con maggiore impegno esplicativo, la Corte precisa che, ai fini del riparto di giurisdizione, occorre "*muovere dalla verifica se, a seguito della redazione conclusiva, da parte dei soggetti pubblici competenti, del piano educativo individualizzato, contenente l'indicazione delle ore di sostegno necessarie ai fini dell'educazione e dell'istruzione, ci si trovi di fronte, in presenza di una situazione di handicap particolarmente grave, ad un diritto, ad essere seguiti da un docente specializzato, già pienamente conformato, nella sua articolazione concreta, rispetto alle specifiche necessità dell'alunno disabile, o se vi sia ancora per la pubblica amministrazione-autorità spazio discrezionale per diversamente modulare da un punto di vista quantitativo (e quindi per ridurre) gli interventi in favore della salvaguardia del diritto all'istruzione dello studente disabile*".

bambino richieda interventi di sostegno continuativi e più intensi - all'attivazione di un posto di sostegno in deroga al rapporto insegnanti/alunni, per rendere possibile la fruizione effettiva del diritto, costituzionalmente protetto, dell'alunno disabile all'istruzione, all'integrazione sociale e alla crescita in un ambiente favorevole allo sviluppo della sua personalità e delle sue attitudini".

Tanto consente di evidenziare che, sulla scorta di un ripensamento della relazione tra situazione soggettiva e potere, la giurisdizione sulle controversie concernenti la mancata attuazione del piano educativo quanto al numero di ore di sostegno ivi riconosciute all'alunno disabile, spetta al giudice ordinario[51].

Deve, ancora, osservarsi che la giurisprudenza amministrativa immediatamente successiva ha iniziato a cingere d'assedio la "fotografia" della giurisdizione scattata dalle Sezioni Unite in parola[52], mettendo in evidenza alcune criticità sistematiche.

In particolare, il tema sembra raggiungere un nuovo stadio di maturazione per effetto delle riflessioni sollecitate da una parte della dottrina e della giurisprudenza, che si sono interrogate circa l'effettiva tenuta della regola di riparto della giurisdizione innanzi enunciata[53]. Il *punctum dolens* attiene, cioè, alla necessità, per il radicamento della giurisdizione presso il giudice ordinario sulle

[51]Si badi, la Corte ha messo in atto una sapiente *actio finium regundorum*: dopo aver asserito il riconoscimento del diritto all'istruzione dei disabili come diritto fondamentale, "*la cui tutela passa attraverso l'attivarsi della pubblica amministrazione per il suo riconoscimento e la sua garanzia, mediante doverose misure di integrazione e sostegno atte a rendere possibile ai disabili la frequenza delle scuole*", essa ha ulteriormente chiarito che "*la natura fondamentale del diritto all'istruzione del disabile non è di per sé sufficiente a ritenere devolute le controversie che ad esso si riferiscono alla giurisdizione del giudice ordinario, quale giudice naturale dei diritti soggettivi coperti da garanzia costituzionale*".

[52] Non mancano comunque decisioni conformi alla decisione della Cassazione. Cfr. ad esempio T.A.R. Lazio, Sezione III bis, sentenze n. 3953 del 31 marzo 2016 e nn. 5559 e 5560 del 10 maggio 2016, nelle quali si afferma che il "*piano educativo individualizzato ... obbliga l'amministrazione scolastica a garantire il supporto per il numero di ore programmato, senza lasciare ad essa il potere discrezionale di ridurne l'entità in ragione delle risorse disponibili, e ciò anche nella scuola dell'infanzia, pur non facente parte della scuola dell'obbligo. Quindi la condotta dell'amministrazione...concretizza discriminazione indiretta la cui repressione spetta al giudice ordinario*".

[53] Il fatto che «la determinazione della competenza a giudicare dei diritti costituzionali nei processi "non penali" è alquanto complessa», era già stato messo in luce da A. PACE, *La garanzia dei diritti fondamentali nell'ordinamento costituzionale italiano: il ruolo del legislatore e dei giudici «comuni»*, in *Nuove dimensioni nei diritti di libertà (Scritti in onore di Paolo Barile)*, Cedam, Padova, 1990, pp. 109 e 121.

controversie aventi ad oggetto l'attuazione del P.E.I., di una specifica domanda del ricorrente basata sulla disciplina antidiscriminatoria.

L'opinione che sembra essere prevalsa nella giurisprudenza amministrativa è quella secondo cui la giurisdizione del giudice amministrativo in sede esclusiva si radicherebbe anche nelle situazioni di avvenuta redazione di un P.E.I. aggiornato e completo, al quale l'istituto scolastico non abbia dato piena esecuzione. Tanto sul presupposto che l'assegnazione dei docenti di sostegno rientra nell'ambito del servizio pubblico scolastico, nel quale si riscontra un incedere della pubblica amministrazione di tipo discrezionale[54]. Fa eccezione a questa regola la proposizione di un giudizio *ex* art. 3 della legge n. 67/2006, che determina la cognizione del giudice ordinario.

Di tali perplessità in relazione all'indirizzo inaugurato dalla Corte di Cassazione con la sentenza 25/11/2014, si fa portavoce anche il Consiglio di Stato, con

[54] TAR Sicilia, Palermo, Sezione III, sentenza 3 dicembre 2014, n. 3111, ponendo l'accento sul dato che compito della pubblica amministrazione è la *"redistribuzione di risorse nell'assolvimento dei doveri e obblighi di tutela"*, e *"tale ripartizione, che produce nella sfera giuridica del disabile grave gli effetti lesivi lamentati […], è all'evidenza improntata a criteri discrezionali"*, ha osservato che *"la mancata attribuzione di tutte le ore di sostegno indicate nel P.E.I. non è mai una mera omissione negligente, ma è l'effetto di una scelta volitiva, conseguente ad una ponderazione comparativa, tendente a minimizzare e a ripartire fra i soggetti aventi diritto le ricadute pregiudizievoli della limitatezza delle risorse disponibili. L'affermazione di un inadempimento mero nell'attuazione del diritto è dunque, in questa materia, obiettivamente collidente con la realtà normativa"*, ponendosi l'attuazione del P.E.I. *"al di fuori di una vicenda meramente esecutivo-adempitiva, in cui l'amministrazione sarebbe priva di poteri autoritativi, di un diritto in tesi già conformato"*. In termini, T.A.R. Napoli, sentenza n. 1330 del 27 febbraio 2015, ha affermato che "*l'assegnazione dei docenti di sostegno agli alunni con disabilità gravi costituisce un servizio ... all'interno della ben più vasta e onnicomprensiva realtà del servizio pubblico scolastico*"; pertanto, "*l'attività amministrativa oggetto di contestazione è quindi sganciata, nella totalità dei casi ... dalla situazione del singolo e, pertanto, dalla circostanza che sia stato o meno redatto il PEI, o che lo stesso quantifichi o meno il numero di ore necessarie in relazione alla specifica patologia*". T.A.R. Milano, sentenza n. 870 del 2 aprile 2015, in cui si legge: "*preliminarmente, il Collegio ritiene sussistere la propria giurisdizione, non condividendo il recente orientamento espresso dalle Sezioni Unite della Corte di cassazione con la nota sentenza 25 novembre 2014, n. 25011. Dirimente in proposito, come recentemente e condivisibilmente affermato dal TAR Campania – Napoli (Sez. IV, 27 febbraio 2015, n. 1330), è che la materia sottesa alla odierna controversia ricada invece nell'ambito di quelle di cui all'art. 133, comma 1, lett. c), del codice del processo amministrativo, sul presupposto che «...la caratteristica fondamentale della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo è quella di avere riguardo a specifiche materie, individuate per legge, al cui interno la distinzione tra diritti soggettivi e interessi legittimi non rileva ai fini del riparto di giurisdizione...»*". Nella stessa direzione v. anche T.A.R. Milano, Sezione III, sentenza n. 2289 del 29.10.2015, in *Redazione Giuffré amministrativo 2015*; T.A.R. Milano, Sezione III, sentenza n. 4 del 5.1.2016, in *Redazione Giuffré amministrativo 2016*; T.A.R. Napoli, IV Sezione n. 4040 del 28 agosto 2015.

l'ordinanza del 21 settembre 2015, n. 4374, di rimessione all'Adunanza Plenaria, con la quale si evidenzia, peraltro, che la soluzione di riservare al G.A. le sole controversie inerenti alla fase procedimentale che si conclude con la formazione del P.E.I., e di demandare al G.O. quelle relative alla fase attuativa dello stesso, per un verso "sembra porsi in contrasto con i principi di semplificazione e concentrazione delle competenze giudiziarie in settori unitari"; e, per altro verso, sembra trascurare che "anche nella fase vincolata, peraltro, la concreta erogazione del servizio sembra interpretabile non come adempimento di un obbligo, ma *come espressione di un potere-dovere, […] a cui si contrappongono, per quanto attiene alla correttezza del procedimento amministrativo, posizioni di interesse legittimo"*.

L'Adunanza Plenaria, con sentenza 12 aprile 2016, n. 7, si sofferma unicamente sull'esame della questione del riparto di giurisdizione riferito alle controversie aventi ad oggetto la fase *precedente* la formalizzazione del P.E.I., rilevando che – anche accedendo all'opzione ermeneutica più restrittiva del perimetro della giurisdizione amministrativa in materia – *"le controversie aventi ad oggetto la declaratoria della consistenza dell'insegnamento di sostegno ed afferenti alla fase che precede la formalizzazione del P.E.I., restano affidate alla cognizione del giudice amministrativo"*.

Secondo il Consiglio di Stato, infatti, le argomentazioni della Cassazione concernenti il giudice competente con riguardo alla fase di attuazione del PEI "*non risultano in alcun modo spendibili per escludere le controversie afferenti alla fase prodromica al P.E.I. dal perimetro della giurisdizione esclusiva amministrativa"*.

Peraltro, nella sentenza in esame si legge che la giurisdizione amministrativa in questo caso non sarebbe esclusa dalla qualificazione della posizione giuridica soggettiva azionata in termini di diritto soggettivo fondamentale. Con riferimento a tale qualificazione, infatti, la Corte osserva innanzitutto che "*la profondità della capacità cognitiva del giudice amministrativo nella materia dei servizi pubblici comprende senz'altro anche la tutela dei diritti soggettivi*" (anche di quelli fondamentali) in virtù della giurisdizione esclusiva prevista dall'art. 133 c.p.a. e che non vi sono norme positive che riservano la tutela dei diritti soggettivi al Giudice ordinario.

Allora, a partire dai ricostruiti orientamenti giurisprudenziali, deve ritenersi che la questione relativa all'individuazione dell'autorità giudiziaria, competente a conoscere le controversie originate dall'assegnazione di un numero di ore di sostegno inferiori rispetto a quelle indicate nel P.E.I., sia (ancora) aperta. Non può, pertanto, asserirsi che il supremo organo di Giustizia amministrativa abbia passivamente aderito al principio di diritto enucleato dalle Sezioni Unite, ponendo fine al contrasto profilatosi. Basti rilevare, d'altronde, che l'Adunanza Plenaria non effettua un'adesione *toto corde* all'impostazione accolta dalle Sezioni Unite, ma si limita ad affermare che – nella fattispecie sottoposta al suo vaglio, che si colloca in una fase anteriore all'approvazione del P.E.I. – la giurisdizione del G.A. si imporrebbe in ogni caso, ossia alla luce di qualsivoglia orientamento esistente *in subiecta materia*, compreso quello postulato dall' "*esegesi più restrittiva e riduttiva del perimetro della giurisdizione amministrativa, operata con la più volte menzionata sentenza delle Sezioni Unite*"[55].

Dalla lettura della sentenza, quindi, sembra potersi evincere l'inespressa conclusione che, al di là della prevedibile soluzione offerta dal caso concreto, l'Adunanza Plenaria presti il fianco all'interpretazione che estende la giurisdizione ex art. 133 co. 1, lett. c) anche alla fase esecutiva del P.E.I.[56]

Sicché, al netto di ogni considerazione, sembra che il giudice amministrativo non perda affatto la propria giurisdizione in materia, ma che, al contrario, il soggetto disabile abbia a disposizione due strumenti di tutela del proprio diritto sociale fondamentale all'istruzione: il primo davanti al giudice ordinario, per l'eventuale condotta discriminatoria subita, il secondo innanzi al giudice amministrativo, per far valere il diritto all'istruzione secondo le forme ormai consolidate[57].

Una simile conclusione, *id est* la non emarginazione della sfera cognitiva del giudice amministrativo alle sole controversie inerenti la fase di attuazione del

[55] In questi termini, cfr. P. MAGLIONE, *Il regime di tutela giurisdizionale della disabilità avverso l'inattuazione del sistema integrato di interventi assistenziali*, in *AmbienteDiritto.it*, p. 11.

[56] Cfr., ancora, P. MAGLIONE, *Il regime di tutela giurisdizionale della disabilità avverso l'inattuazione del sistema integrato di interventi assistenziali,* cit.

[57] Sul punto v. F. GIRELLI, *Quale giudice per gli alunni con disabilità?*, in *Giur. Cost.*, 2015, 4, p. 1493, seppure con riferimento alla pronuncia delle Sezioni Unite 25 novembre 2014, n. 25011.

P.E.I., non determina peraltro menomazione alcuna all'effettività del diritto di difesa dell'alunno disabile, ex art. 24 Cost.

Anzi, il novero delle azioni esperibili davanti al giudice amministrativo si connota per una gamma più ampia, e per la previsione di più penetranti poteri decisori, rispetto alle alternative praticabili in sede civile: a valere di tale conclusione, si pensi, ad esempio, all' "effetto conformativo del giudicato amministrativo, che estende la portata della pronuncia (…) anche ad anni scolastici successivi a quello per cui si agisce"[58].

Ma la tecnica di tutela che viene in rilievo in questi casi, e sulla quale è ormai pacifica la competenza del giudice amministrativo, è senz'altro il rimedio risarcitorio[59]. I ricorrenti, infatti, oltre ad impugnare i provvedimenti dei dirigenti scolastici[60] e a richiedere al giudice di accertare il diritto del disabile di usufruire di un insegnante di sostegno per l'intero orario di frequenza scolastica ovvero, in subordine, per un orario adeguato alle patologie riscontrate, pretendono anche la condanna dell'amministrazione al risarcimento del danno, *sub specie* di danno non

[58] G. TULUMELLO, *L'effettività della tutela dei diritti fondamentali dei disabili nello Stato sociale, fra vincoli di bilancio e amministrazione di risultato,* in *Questione Giustizia,* 3/2018, p. 97 .

[59] F. GAMBARDELLA, *Diritto all'istruzione dei disabili e vincoli di bilancio nella recente giurisprudenza della Corte Costituzionale*, cit., 1/2017, a tal riguardo riflette sulla circostanza che "scelte amministrative di compressione del nucleo irriducibile dei diritti fondamentali, mosse dall'intenzione di conseguire risparmi economici, possano in concreto dispiegare un effetto *boomerang*, conseguente all'eventualità di dover sostenere nel tempo impegni economici ulteriori e inattesi".

[60] Giova notare che la domanda di annullamento dei provvedimenti in questione va sempre vagliata in rapporto alla conclusione dell'anno scolastico. Come più volte ribadito dalla giurisprudenza amministrativa, la conclusione dell'anno scolastico determina la sopravvenuta carenza di interesse, in quanto il nuovo fabbisogno dell'alunno disabile dovrà essere determinato mediante un nuovo PEI, da adottare tempestivamente per l'anno scolastico successivo, ovviamente con l'indicazione precisa delle ore necessarie per garantire la piena assistenza alle attività scolastiche in favore della minore. Non potendo il giudice amministrativo sostituirsi alla decisione dell'Amministrazione e, pertanto, non potendo procedere da sé alla quantificazione delle ore (essendo la decisione rimessa, anno per anno, all'Istituto scolastico) normalmente la conclusione dell'anno scolastico determina la perdita di interesse alla decisione della specifica domanda di annullamento dei provvedimenti impugnati. Fa tuttavia eccezione l'ipotesi della contestuale presenza di una domanda risarcitoria unitamente a quella di annullamento. Infatti, in base al comma 3 dell'art. 34 c.p.a., "quando, nel corso del giudizio, l'annullamento del provvedimento impugnato non risulta più utile per il ricorrente, il giudice accerta l'illegittimità dell'atto se sussiste l'interesse ai fini risarcitori". V. T.A.R. Lombardia Milano, sez. III, 1 luglio 2019, n.1516. per un'analisi dettagliata sui profili impugnatori, v. E. CARACCIOLO LA GROTTERIA, *Diritto all'istruzione e tutela giurisdizionale*, in *Federalismi*, 2020, 6, pp. 61 ss.

patrimoniale ai sensi dell'art. 2059 c.c., da riconoscersi sotto forma di danno esistenziale[61]. Tale danno sarebbe da individuare negli effetti che la ridotta assegnazione delle ore di sostegno subita ha provocato sulla personalità del disabile, privato dell'assistenza necessaria a garantire la piena promozione dei bisogni di cura, di istruzione e di partecipazione a fasi di vita "normale".

Quello del risarcimento dei danni eventualmente derivanti ai soggetti disabili dal mancato apprestamento dell'insegnamento di sostegno o dalla insufficiente assegnazione delle ore di sostegno, tuttavia, è un aspetto che esula, a rigore, dall'oggetto della presente trattazione.

Qui basti soltanto rilevare che, a partire dall'introduzione dell'art. 7 della legge n. 205 del 2000 (che recepisce gli esiti dirompenti della sentenza pilota della Corte di cassazione, 22 luglio 1999, n. 500), al giudice amministrativo è stata attribuita la cognizione generale sul risarcimento del danno, sia esso patrimoniale che non patrimoniale, e quindi anche del danno esistenziale[62]. E che i recenti approdi della Corte di Cassazione in materia di danno non patrimoniale[63], contribuiscono a consolidare il rinnovato potenziamento dei poteri decisori del giudice amministrativo, consentendo di superare in qualche modo le strettoie che il processo amministrativo incontra sul piano probatorio[64].

---

[61] Sul tema, A. VENCHIARUTTI, *Diminuzione delle ore di sostegno scolastico e danno esistenziale dell'alunno con grave handicap,* in *Nuova giur. civ. comm.*, 2011, p. 139 ss.

[62] Con la sentenza n. 1096 del 16 marzo 2005 anche la Sesta Sezione del Consiglio di Stato ha riconosciuto la figura del danno esistenziale.

[63] Il riferimento è alle importanti decisioni della Cass. civ., 17 gennaio 2018, n. 901, in *Foro it*., 2018, I, 923; Cass. civ., (ord.) 27 marzo 2018, n. 7513, in *Foro it*., 2018, I, 2038, con nota di A. PALMIERI, *La parvenza dell'unitarietà: il danno non patrimoniale per decalogo (e sue variazioni) della Terza Sezione* e in *Nuova giur. civ. comm*., 2018, 838, con nota di G. PONZANELLI, *Il decalogo sul risarcimento del danno non patrimoniale e la pace all'interno della Terza Sezione*; Cass. civ., 31 maggio 2018, n. 13770, in *Danno e Resp.*, 2018, 465 ss.; Cfr. Cass. civ., 31 gennaio 2019, n. 2788, in *Nuova giur. civ. comm*., 2019, 279, con nota di G. PONZANELLI, *Il nuovo statuto del nuovo danno alle persone è stato fissato, ma quali sono le tabelle giuste?;* Cass. civ., 17 ottobre 2019, n. 26304; Cass. civ., 11 novembre 2019, nn. 28898 e 28989.

[64] Mette in luce la diversa struttura del processo amministrativo rispetto a quello civile, P. MENGA, *Danno esistenziale e giudice amministrativo*, consultabile su *www.altalex.com*. L'A. ribadisce che necessitando "il danno in parola di una specifica dimostrazione (seppure con ricorso ad indici di tipo presuntivo), ben può comprendersi, a questo punto, la diversità di tutela del soggetto leso a seconda della giurisdizione adita. Anche se la legge n. 205 del 2000 (art. 7) ha previsto il potere del giudice amministrativo di disporre l'assunzione dei mezzi di prova previsti dal codice di procedura civile ed alla consulenza tecnica d'ufficio, ha escluso

3. *Vincoli di bilancio ed effettività dei diritti sociali: la sentenza n. 275/2016 della Corte Costituzionale*.

La tutela giurisdizionale del diritto all'istruzione delle persone con disabilità è chiamata a confrontarsi con i vincoli dei bilanci pubblici. Un tema, questo, che più in generale investe l'effettività dei diritti sociali in tempi di crisi economico-finanziaria e di ristrettezze dei bilanci.

La Corte Costituzionale, non a caso, è stata sovente chiamata a compiere un complesso bilanciamento tra il principio del pareggio, *recte* equilibrio, di bilancio e la tutela dei diritti sociali: in queste occasioni, ha riconosciuto "ampia discrezionalità al legislatore nell'attuazione del necessario criterio di gradualità nella tutela dei diritti sociali, limitando il suo sindacato ai soli casi di manifesta irragionevolezza nel rispetto del nucleo irriducibile di tali diritti, cioè il c.d. livello minimo essenziale"[65]; dal canto suo, la dottrina è stata indotta ad interrogarsi altrettanto spesso sull'utilizzabilità di espressioni come "diritti sociali condizionati"[66], "diritti finanziariamente condizionati", "limitatezza delle risorse disponibili".

In proposito, se indubbiamente appare condivisibile ogni analisi volta all'identificazione del problema del "costo dei diritti"[67] (che non investe solamente i

espressamente l'interrogatorio formale ed il giuramento (prove c.d. legali), la cui efficacia è direttamente stabilita dalla legge e come tali incompatibili con il principio del libero convincimento del giudice che caratterizza il processo amministrativo di carattere impugnatorio"…."In materia di danno esistenziale risulta, così, evidente la differente struttura del processo amministrativo rispetto al processo civile sul piano probatorio. Il pieno riconoscimento del danno esistenziale da parte dei giudici amministrativi stenta, pertanto, ancora ad affermarsi a causa delle difficoltà di accertamento e di quantificazione del pregiudizio in questione, indipendentemente dal sindacato della illegittimità del provvedimento, che trova sicuramente in tale sede la sua naturale giurisdizione."

[65] Così E. FURNO, *Pareggio di bilancio e diritti sociali. La ridefinizione dei confini nella recente giurisprudenza costituzionale in tema di diritto all'istruzione dei disabili*, in *Nomos – Le attualità del diritto*, 1/2017, p. 12.

[66] Cfr. C. COLAPIETRO, M. RUOTOLO, *Diritti e libertà*, in F. MODUGNO (a cura di), *Lineamenti di diritto pubblico*, cit., p. 596.

[67] L'espressione è tratta da un celebre studio di S. HOLMES, C. SUNSTEIN, *Il costo dei diritti. Perché la libertà dipende dalle tasse*, Il Mulino, Bologna, 2000.

diritti sociali, ma gli stessi diritti di prima generazione, i quali – senza prestazioni pubbliche necessarie per la protezione fornita dalla comunità – resterebbero "diritti di carta"), nondimeno non deve affatto ritenersi, con ciò, che la fruizione dei diritti, specie dei diritti sociali, debba condizionarsi ai vincoli di bilancio, facendo del principio consacrato dal "nuovo" articolo 81 Cost. un "super-valore" costituzionale.

Significativa, in tal senso, appare la sentenza n. 275/2016, con cui la Corte costituzionale – nell'ambito di una questione, sollevata dal TAR Abruzzo nel contesto di una controversia tra la Provincia di Pescara e la Regione – ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 6, comma 2-bis, della legge della Regione Abruzzo 15 dicembre 1978, n. 785 , aggiunto dall'art. 88, comma 4, della legge della Regione Abruzzo 26 aprile 2014, n. 156, nella parte in cui prevedeva che, per gli interventi di cui all'art. 5-bis della l. n. 78 del 1978 (avente ad oggetto l'erogazione di servizi di trasporto scolastico a beneficio di studenti portatori di disabilità), la Giunta regionale garantisse un finanziamento del 50% della spesa necessaria e documentata dalle Province solo nei limiti della disponibilità finanziaria individuata dalle annuali leggi di bilancio e iscritta sul corrispondente capitolo di spesa.

La questione involge, insomma, il problema del "costo" dei diritti, e dei diritti dei disabili in particolare. Le disposizioni costituzionali che il giudice *a quo* riteneva violate sono rappresentate dall'articolo 38, 3° comma, Cost. e dall'articolo 10 (*recte*, art. 117, primo comma), in relazione al parametro interposto costituito dall'articolo 24 della Convenzione Onu sui diritti delle persone con disabilità[68]. Ma, sullo

[68] Con riguardo all'uso dell'articolo 24 della Convenzione Onu come parametro interposto nel giudizio di legittimità costituzionale, va anzitutto rilevato che il giudice a quo avrebbe dovuto invocare non tanto l'articolo 10 della Costituzione (che ha riguardo verso il diritto internazionale generale) quanto piuttosto l'articolo 117, 1° comma, in virtù della natura manifestamente pattizia dell'obbligo internazionale discendente dalla Convenzione. Come osserva D. AMOROSO, *Inutiliter data? La Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità nella giurisprudenza italiana*, cit., la Convenzione non è opportunamente valorizzata dalla Consulta in questa pronunzia, atteso il brevissimo richiamo contenuto nel punto 20 del Considerato in diritto ("*Rimangono assorbite le ulteriori censure formulate in riferimento all'art. 10 Cost., in relazione all'art. 24 della Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità*"): più precisamente, secondo l'A., "la risposta data dalla Corte, pur pienamente

sfondo, tutto si riconduce alla centralità, nel disegno costituzionale, degli articoli 2 e 3, cui il diritto all'istruzione dei soggetti disabili è strettamente connesso.

La Corte ha stabilito che "*l'indeterminatezza del finanziamento determina un vulnus all'effettività del servizio di assistenza e trasporto, come conformato dal legislatore regionale, con conseguente violazione dell'art. 38, terzo e quarto comma, Cost*.".

---

condivisibile nel merito (…), si segnala *in negativo* per il ruolo del tutto marginale cui è stata relegata la Convenzione. Dopo aver ricordato, in apertura di sentenza, che il diritto del disabile all'istruzione «è tutelato anche a livello internazionale dall'art. 24 della Convenzione» (par. 5), la Corte ha infatti deciso (e accolto) la questione di costituzionalità sulla sola base del parametro interno (par. 5-19). La censura riferita al parametro convenzionale è stata invece ritenuta assorbita (par. 20), con la conseguenza che il riferimento alla Convenzione ha assunto le forme di un mero (e del tutto privo di effetti) richiamo di stile (…). La scarsa propensione della Corte Costituzionale – quantomeno nella sua attuale composizione – a servirsi della Convenzione nell'affrontare questioni attinenti ai diritti dei disabili appare ancor più evidente in una pronuncia resa all'inizio del 2016 (sent. 2/2016)". In occasione della sentenza 2/2016, in particolare, "la Consulta ha inteso rimarcare, nel modo più netto possibile, la sostanziale inidoneità della Convenzione *nel suo complesso* a fungere da parametro interposto di costituzionalità. Il Giudice delle leggi ha difatti qualificato il 'necessario rispetto' della Convenzione in parola come 'obbligo di risultato'. Di conseguenza, agli Stati aderenti sarebbe accordata la più ampia libertà «di individuare in concreto – in relazione alle specificità dei singoli ordinamenti e al correlativo e indiscusso margine di discrezionalità normativa – i mezzi ed i modi necessari a darvi attuazione» (…): in una parola, dunque, **la Convenzione non conterrebbe una disciplina «autoapplicativa».** D'altro canto, le conclusioni raggiunte dalla Corte in merito alla natura non «autoapplicativa» della Convenzione appaiono **inesatte sotto molteplici profili**. In primo luogo, occorre sottolineare che l'efficacia *self-executing* non può essere valutata in relazione al trattato nel suo complesso, come fatto dalla Consulta nella sentenza n. 2 del 2016, ma avendo riguardo alla singola norma rilevante (…). Né, in senso contrario, può invocarsi la presenza nella Convenzione di una "clausola di esecuzione", con la quale gli Stati si sono impegnati ad adottare tutte le misure necessarie per darvi attuazione (art. 4). Com'è stato osservato, tali clausole, lungi dall'escludere *ipso iure* l'efficacia interna delle disposizioni pattizie, si limitano a ribadire «la volontà e l'aspettativa del trattato di… essere applicato» (…). Il ragionamento della Consulta appare inoltre censurabile nella misura in cui fa discendere la natura «non autoapplicativa» delle disposizioni convenzionali dal tenore degli obblighi in esse contenuti. In realtà, la distinzione tra disposizioni *self-executing* e non *self-executing* va operata non solo (e non tanto) sulla base delle caratteristiche della norma pattizia, quanto piuttosto osservando il «modo in cui [l'ordinamento interno] si presta ad accoglierl[e]» (…). Il carattere vago o programmatico di una determinata norma pattizia, in altri termini, non costituisce un elemento decisivo al fine di escluderne la natura *self-executing*, mentre invece può esserlo l'assenza degli organi e delle procedure indispensabili alla sua applicazione o la presenza di impedimenti di ordine costituzionale (…). In ogni caso, la natura «non autoapplicativa» di un trattato internazionale non ne esclude, di per sé, l'utilizzabilità come parametro interposto *ex* art. 117 Cost. Pronunciandosi in tema di rapporti tra legislazione statale e diritto dell'Unione europea, la Consulta ha chiarito – con argomenti che sembrano potersi estendere al diritto pattizio – che il carattere non *self-executing* di una direttiva non implica la sottrazione della legislazione statale al «controllo di conformità al diritto comunitario, che spetta a questa Corte, davanti alla quale il giudice può sollevare questione di legittimità costituzionale» (Corte Cost., sentenza n. 28 del 2010, par. 5)".

E l'affermazione di maggior rilievo contenuta in questa pronuncia è indubbiamente quella secondo cui, ferma restando la discrezionalità del legislatore nell'individuazione della misura di tutela dei diritti dei disabili, "*una volta normativamente identificato, il nucleo invalicabile di garanzie minime per rendere effettivo il diritto allo studio e all'educazione degli alunni disabili non può essere finanziariamente condizionato in termini assoluti e generali*", per cui "*è di tutta evidenza che la pretesa violazione dell'art. 81 Cost. è frutto di una visione non corretta del concetto di equilibrio del bilancio, sia con riguardo alla Regione che alla Provincia cofinanziatrice. È la garanzia dei diritti incomprimibili ad incidere sul bilancio, e non l'equilibrio di questo a condizionarne la doverosa erogazione*" [69].

Ciò comporta, in altri termini, che "nel difficile bilanciamento tra il principio dell'equilibrio finanziario e la tutela costituzionale dei diritti incomprimibili"[70], la Corte fa prevalere questi ultimi, affermando che il rilievo costituzionale del diritto in oggetto "*costituisce un limite invalicabile all'intervento discrezionale del legislatore, così che il nucleo di garanzie minime per renderlo effettivo dovrebbe essere assicurato al di là di ogni esigenza di bilancio*".

Pertanto, può dirsi che "le esigenze di bilancio non hanno carattere assoluto"[71], con il logico corollario per cui è necessario respingere la tesi secondo la quale la Corte è "tenuta ad applicare il principio di equilibrio di bilancio come una sorta di super-valore costituzionale, capace cioè di prevalere in modo assoluto, ovvero senza adeguata e ragionevole ponderazione, sui diritti costituzionalmente garantiti allorché questi comportino oneri finanziari che alterano il preesistente quadro di

[69] Parla di "perentorietà del messaggio", con riferimento al passo in grassetto, F. PALLANTE, *Diritti e bilancio: quale equilibrio? Un commento alla sentenza 275/2016 della Corte Costituzionale,* in *SIDI Blog*, 2 febbraio 2017. Secondo l'A., a questa perentorietà, sovente non si accompagnano nella sentenza precisione e limpidezza nel linguaggio: per es., è "difficile immaginare una categoria di diritti «incomprimibili» in un contesto costituzionale improntato al pluralismo politico: più agevole ritenere che i giudici intendessero far riferimento al «nucleo incomprimibile» – o «nucleo duro» o «livello essenziale» – dei diritti".

[70] In questi termini, E. FURNO, *Pareggio di bilancio e diritti sociali. La ridefinizione dei confini nella recente giurisprudenza costituzionale in tema di diritto all'istruzione dei disabili,* cit., p. 18.

[71] Così F. BLANDO, *Soggetti disabili e istruzione: la lotta per il diritto,* cit., p. 4.

riferimento degli impegni di finanza pubblica collegati ad un determinato obiettivo di bilancio"[72].

E, allora, specie allorquando vengano in rilievo situazioni giuridiche costituzionalmente garantite di soggetti deboli, come tali particolarmente meritevoli di tutela, "il legislatore dovrebbe, in ogni caso, attivarsi per garantirli, non potendo giustificarne la mancata attuazione a fronte della generica carenza di disponibilità finanziarie, magari destinate a diverse, voluttuarie e facoltative voci di spesa"[73].

Dunque, a ben vedere, il bilanciamento che la Corte è chiamata ad operare è un "bilanciamento ineguale"[74], in cui sono le esigenze di carattere economico-finanziario ad essere condizionate dalla superiore necessità di garantire la pienezza e l'effettività dei diritti fondamentali, e la *supremitas* della dignità umana che ne è fondamento.

Il piatto della bilancia della Corte, allora, non può non pendere verso la tutela dei diritti fondamentali, in considerazione del "valore centrale intorno al quale è costruito il sistema costituzionale: la persona umana e la sua dignità"[75]: in altre parole, "la razionalizzazione della spesa pubblica non può non essere contingentata dal personalismo costituzionale"[76].

La Corte, insomma, è chiamata a far valere una questione di "priorità costituzionali"[77] – a partire dalla tutela della persona umana e della sua dignità, nell'ottica del suo continuo, progressivo e pieno sviluppo – "che comportano

[72] Così G. M. SALERNO, *La sentenza n.70 del 2015: una pronuncia non a sorpresa e da rispettare integralmente*, in *Federalismi*, 10/2015, p. 4.

[73] In questi termini R. CABAZZI, *Diritti incomprimibili degli studenti con disabilità ed equilibrio di bilancio nella finanza locale secondo la sent. della Corte costituzionale n. 275/2016*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 29 gennaio 2017, p. 2.

[74] M. LUCIANI, *Sui diritti sociali*, in R. ROMBOLI (a cura di), *La tutela dei diritti fondamentali davanti alle Corti costituzionali*, Giappichelli, Torino 1994, p. 79.

[75] Cfr. L. CARLASSARE, *Diritti di prestazione e vincoli di bilancio*, in *Costituzionalismo.it*, 3/2015, p. 138.

[76] Così F. MASCI, *L'inclusione scolastica dei disabili: inclusione sociale di persone*, cit., p. 170.

[77] C. COLAPIETRO, *Una scuola aperta a tutti e a ciascuno: la scuola inclusiva ai tempi della crisi*, in G. MATUCCI (a cura di), *Diritto all'istruzione e inclusione sociale*, cit., p.28.

destinazioni di fondi costituzionalmente doverose, dal momento che vincolano a fini costituzionalmente imposti la legge"[78].

Si può affermare, allora, che la Corte Costituzionale si staglia sempre di più come "custode (…) vigile e (…) rigoroso dei soggetti disabili, ponendosi al centro della lotta per il diritto e non tirandosi indietro neanche in questo periodo di disponibilità limitata di risorse"[79].

Invero, già in precedenza, sia pure in vigenza del vecchio testo dell'art. 81 Cost., la Corte aveva avuto modo di chiarire, nella sentenza n. 80 del 2010, che la discrezionalità del legislatore incontra un limite insuperabile[80] nel rispetto di un "*nucleo indefettibile di garanzie*" connesso al godimento del diritto sociale fondamentale all'istruzione delle persone con disabilità, alla luce della doppia positivizzazione costituzionale e internazionale: in altri termini, "lo snodo fondamentale sta (…) nell'individuazione di un nocciolo duro di garanzie come argine all'intervento del legislatore in materia di politiche sociali che intercettino diritti fondamentali e nel rintracciare, nel caso di specie, una delle possibili forme di manifestazione di quel nucleo non superabile"[81].

4. (segue) *La sentenza n. 83/2019 della Corte Costituzionale e la sentenza G.L. contro Italia della Corte europea dei diritti dell'uomo*

[78] *Ibidem.*

[79] Così F. BLANDO, *Soggetti disabili e istruzione: la lotta per il diritto,* cit., p. 17.

[80] "*Le disposizioni censurate che prevedono, da un lato, un limite massimo nella determinazione del numero degli insegnanti di sostegno e, dall'altro, l'eliminazione della citata possibilità di assumerli in deroga, si pongono in contrasto con il riportato quadro normativo internazionale, costituzionale e ordinario, nonché con la consolidata giurisprudenza di questa Corte a protezione dei disabili fin qui richiamata. E' vero che, secondo costante giurisprudenza di questa Corte, il legislatore nella individuazione delle misure necessarie a tutela dei diritti delle persone disabili gode di discrezionalità (da ultimo, ex plurimis, sentenze n. 431 e 251 del 2008, ordinanza n. 269 del 2009). Si deve tuttavia riaffermare che, sempre secondo la giurisprudenza di questa Corte, detto potere discrezionale non ha carattere assoluto e trova un limite nel «[…] rispetto di un nucleo indefettibile di garanzie per gli interessati» (sentenza n. 251 del 2008 che richiama sentenza n. 226 del 2000). Risulta, pertanto, evidente che le norme impugnate hanno inciso proprio sull'indicato «nucleo indefettibile di garanzie» che questa Corte ha già individuato quale limite invalicabile all'intervento normativo discrezionale del legislatore*".

[81] Così F. GAMBARDELLA, *Diritto all'istruzione dei disabili e vincoli di bilancio nella recente giurisprudenza della Corte Costituzionale*, in *Nomos – Le attualità del diritto*, 1/2017, p. 2.

Su questa scia si colloca anche la più recente sentenza n. 83 del 2019. Tale decisione del Giudice delle Leggi trae origine dal ricorso presentato in via principale da parte della Regione Veneto nei confronti della legge 205/2017 (recante il bilancio di previsione dello Stato per l'anno 2018, nonché il bilancio pluriennale per gli anni 2018/2020), segnatamente con riferimento al comma 70 dell'articolo 1, il quale – disponendo il rifinanziamento per 75 milioni di euro ad ogni Regione, ritenuti insufficienti rispetto al fabbisogno richiesto, di alcune funzioni (di competenza regionale all'indomani della conclusione del processo di riordino delle Province), inerenti all'assistenza agli alunni diversamente abili ed ai servizi di supporto per l'istruzione dei medesimi, solo per l'anno 2018 e non già per gli anni seguenti – "*non assicurerebbe alcuna certezza sulla proiezione pluriennale del relativo finanziamento e perciò non consentirebbe alle Regioni di programmare adeguatamente il servizio in favore degli alunni con disabilità*".

L'asserita violazione degli articoli 38, 3° comma, e 97 Cost. è stata però negata dalla Corte. Parimenti, l'invocata violazione dell'articolo 119, nella parte in cui il rifinanziamento provvisorio lederebbe il principio di autonomia finanziaria di entrata e di spesa delle Regioni, è stata anch'essa denegata dalla Consulta. Come condivisibilmente osservato, "con riferimento a questo ultimo aspetto, la Corte ha dichiarato inammissibile la questione sulla base della estrema genericità del ricorso che, sul punto, non specifica né l'entità delle risorse in precedenza destinate alle Province e Città metropolitane per lo svolgimento delle funzioni in discorso, né evidenzia la differenza fra quanto riassegnato e quanto trattenuto da parte dello Stato. Peraltro la Corte puntualizza che «*resta riservata alla legislazione statale la quantificazione delle risorse da trasferire, tenuto conto del costo delle funzioni stesse e delle complessive esigenze di bilancio*»"[82] (corsivo nostro).

Per quanto riguarda, invece, i punti precedenti, le questioni – quantunque ammissibili – vengono dichiarate non fondate. Secondo la Corte, infatti, "*in una complessa fase di transizione, com'è quella che si è innescata con il riordino delle Province,*

[82] Così E. VIVALDI, *Il diritto all'istruzione delle persone con disabilità: continuità dei finanziamenti e tutela del nucleo essenziale del diritto (nota a Corte costituzionale n. 83/2019*), in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 23 settembre 2019, p. 3.

può ritenersi non irragionevole che il legislatore scelga di disporre il finanziamento di anno in anno, senza peraltro mai farlo mancare e procedendo contestualmente all'istruttoria strumentale alla determinazione delle risorse necessarie a regime": la legge di bilancio per il 2018, del resto, si inserisce in una prassi consolidata (si pensi alle analoghe disposizioni delle leggi di bilancio del 2016 e del 2017), resasi necessaria – e non irragionevole – in conseguenza del perfezionamento del summenzionato processo di riordino dell'assetto delle Province.

Senza dimenticare, poi, che "*il sopravvenuto art. 1, comma 561, della legge 30 dicembre 2018, n. 145 (Bilancio di previsione dello Stato per l'anno finanziario 2019 e bilancio pluriennale per il triennio 2019-2021) (…), conclusasi la fase di passaggio, incrementa le risorse disponibili di ulteriori 25 milioni di euro per ciascuno degli anni 2019, 2020 e 2021 e doverosamente assicura allo stanziamento un orizzonte temporale più ampio, utile per un'adeguata programmazione triennale dell'esercizio delle funzioni di assistenza scolastica agli studenti con disabilità da parte delle Regioni*".

In conclusione, quindi, quantunque la Regione Veneto ponga l'accento "sulla impossibilità di far conto su risorse certe per un lasso di tempo che le consenta di svolgere l'ordinaria attività di programmazione del servizio a favore degli studenti con disabilità"[83], atteso che il metodo programmatorio è ormai divenuto centrale nell'elaborazione delle politiche pubbliche regionali "a partire dal processo di regionalizzazione attuato a seguito della legge delega n. 281/1970 e n. 382/1975"[84] – la Corte nondimeno osserva: "*la disposizione impugnata, diversamente da quanto riscontrato da questa Corte con la richiamata sentenza n. 275 del 2016, non è affetta da quella aleatorietà e incertezza, nell' an e nel quantum, che ne determinerebbe l'illegittimità costituzionale. Piuttosto, si tratta di una disposizione che, in linea con le leggi di bilancio dei due anni precedenti, rinnova il finanziamento per l'anno di riferimento, senza alcuna discontinuità e senza pregiudicare l'effettiva erogazione dei servizi che attengono al nucleo essenziale dei diritti delle persone con disabilità; erogazione che deve essere sempre comunque assicurata e finanziata*".

[83] Ivi, p. 4.
[84] *Ibidem.*

In altre parole, dunque, non è compromessa – secondo la Corte – l'erogazione dei servizi attinenti al nucleo essenziale e incomprimibile del diritto all'istruzione dei disabili – diritto costituzionalmente garantito dall'articolo 38, 3° comma, ed oggetto di consolidato riconoscimento giurisprudenziale, a partire dalla storica sentenza 215/1987.

Sotto questi ultimi profili, in particolare, la sentenza appare di notevole interesse: pur dichiarando la questione infondata, infatti, la Corte si ricollega al precedente del 2016, richiamando di fatto implicitamente l'assunto per cui "è la garanzia dei diritti incomprimibili ad incidere sul bilancio, e non l'equilibrio di questo a condizionarne la doverosa erogazione". Anzi, essa precisa questo assunto, facendo menzione non già di "diritti incomprimibili" (atteso che è "difficile immaginare una categoria di diritti «incomprimibili» in un contesto costituzionale improntato al pluralismo politico"[85]) ma piuttosto di un "nucleo incomprimibile" di un unico diritto all'istruzione del soggetto disabile, ampliandone ed allargandone lo spettro per includervi anche i servizi di assistenza oggetto del caso: "*l'assistenza alle persone con disabilità costituisce un nucleo incomprimibile di un diritto fondamentale e deve essere integralmente finanziata*".

Questi servizi, d'altronde, rispondono pienamente a quella nozione di "accomodamenti ragionevoli" di cui fa menzione l'articolo 24 della Convenzione Onu sui diritti delle persone con disabilità del 2006, opportunamente richiamato in due passaggi della decisione.

Colpisce, però, come la Corte Costituzionale, nella sentenza in esame, pur valorizzando adeguatamente la fonte internazionale, si riferisca – sotto il profilo delle norme costituzionali – soltanto all'articolo 38, 3° comma, evitando di richiamare sia l'articolo 34 sia gli articoli 2 e 3 della Costituzione: un approccio riduzionista, questo, che pretende "di affrontare i problemi delle persone con disabilità solo alla luce del comma 3 dell'art. 38 Cost., dimenticando che queste persone sono anzitutto titolari di tutte le situazioni soggettive garantite in generale

[85] F. PALLANTE, *Diritti e bilancio: quale equilibrio? Un commento alla sentenza 275/2016 della Corte Costituzionale*, cit.

dalla Costituzione"[86], e obliterando – in tal modo – la potente vocazione inclusiva del 1° comma dell'articolo 34 e la sua stretta, diretta e immediata connessione con i principi fondanti del sistema costituzionale italiano, vale a dire il principio personalista, il principio solidarista e il principio di eguaglianza, nella sua duplice accezione formale e sostanziale.

Un aspetto, questo, che la Corte non può dimenticare – e che anzi essa ha adoperato con sapienza nella storica sentenza n. 215/1987 – tanto più oggi, nel momento in cui si consolida sempre più, di fronte ad un legislatore sovente confuso e inerte, il suo ruolo di autentica custode dei diritti fondamentali.

Non è mancato, proprio in tema di rapporti tra equilibrio di bilancio e tutela del diritto all'istruzione dei disabili, il monito della Corte europea dei diritti dell'uomo, che, sia pur muovendo dalla differente prospettiva visuale del rispetto del principio di non discriminazione (non ponendosi, invece, la questione nell'ottica dell'effettività dei diritti sociali), nella sentenza G. L. contro Italia del 10 settembre 2020[87], a fronte delle argomentazioni del Governo italiano – rivolte ad incentrare la questione sulle necessità del bilancio, le cui privazioni avevano in concreto determinato l'assegnazione di fondi a favore delle persone affette da SLA, con sacrificio del finanziamento del sostegno scolastico – rileva la situazione di discriminazione generatasi in danno della ricorrente: pur essendo astrattamente riconoscibili le esigenze di tenuta dei bilanci pubblici, nell'ambito del margine di

[86] U. DE SIERVO, *Libertà negative e positive*, cit., p. 36.

[87] Cfr. M. MARCHEGIANI, *"La disabilità è negli occhi di chi la guarda" (e resta a guardare): lo iato tra previsioni normative e attuazione concreta in tema di educazione inclusiva nella prospettiva della Corte Europea. Considerazioni a margine del caso G. L. contro Italia*, in *SIDI Blog*, 5 ottobre 2020; F. GARELLI, *I limiti al sostegno scolastico del minore con disabilità grave giustificati da ragioni di bilancio non sono conformi alle disposizioni della Cedu*, in *Ordine internazionale e diritti umani. Osservatorio L'Italia e la Cedu*, 4/2020, pp. 1007 ss.; G. MATUCCI, *La rivincita del diritto all'inclusione scolastica innanzi alla Corte EDU. Riflessioni a margine della Corte EDU, Sez. I, G.L. c. Italia, 10 settembre 2020, ric. 59751/15*, in *Osservatorio AIC*, 6/2020, pp. 508 ss.; v. anche, più in generale, F. SANCHINI, *I diritti delle persone con disabilità tra dimensione costituzionale, tutela multilivello e prospettive di riforma*, in *Federalismi.it*, 24/2021, pp. 168-197 (in particolare, in relazione alla sentenza in esame, v. pp. 183-188). Sulle prospettive multilivello, v., tra gli altri, L. POLI, *Sistemi scolastici inclusivi tra empowerment delle persone con disabilità ed 'educazione alla diversità'*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2/2021, pp. 500-510 e D. FERRI, *La giurisprudenza costituzionale sui diritti delle persone con disabilità e lo Human Rights Model of Disability: "convergenze parallele" tra Corte costituzionale e Comitato ONU sui diritti delle persone con disabilità*, in *Dirittifondamentali.it*, 1/2020, pp. 523-552.

apprezzamento di cui gli Stati Parti godono, nel caso di specie, tuttavia, la ricorrente non ha potuto continuare a frequentare la scuola primaria "in condizioni equivalenti a quelle di cui beneficiavano gli alunni non affetti da handicap", ed essendo tale disparità di trattamento unicamente riconducibile alla sua condizione di disabilità.

In altri termini, "l'accertamento dell'esistenza di una condizione di vulnerabilità incide sul meccanismo di ponderazione cui lo Stato è tradizionalmente tenuto nel tentativo di realizzare un bilanciamento adeguato tra esigenze contrapposte"[88]: di conseguenza, "eventuali restrizioni finanziarie avrebbero dovuto avere un impatto sull'offerta formativa della totalità degli studenti, piuttosto che gravare esclusivamente sugli alunni con disabilità"[89]. Orbene, le autorità, nelle valutazioni della Corte, non hanno "cercato di determinare le vere necessità della ricorrente e le soluzioni che potessero rispondervi al fine di permetterle di frequentare la scuola elementare in condizioni equivalenti, per quanto possibile, a quelle di cui beneficiavano gli altri bambini senza per questo imporre all'amministrazione un onere sproporzionato o eccessivo".

Detto altrimenti, "la considerazione della vulnerabilità si traduce dunque, nelle pieghe del ragionamento della Corte, nell'individuazione di un vero e proprio obbligo, per gli Stati, di agire secondo un criterio di solidarietà e di equa ripartizione degli eventuali sacrifici connessi al calo delle risorse economiche": "la disabilità della minore e dunque la sua condizione di particolare vulnerabilità avrebbe dovuto indurre le istituzioni coinvolte, a livello amministrativo e giudiziario, ad una «ripartizione dei sacrifici», dettati dai tagli finanziari, in modo proporzionale tra la generalità degli studenti, piuttosto che farne gravare le conseguenze unicamente sugli alunni con disabilità"[90]. In conclusione, le autorità italiane non hanno operato "con la diligenza richiesta per garantire alla ricorrente il godimento del suo diritto all'istruzione su un piano di parità con gli altri alunni", così determinando la violazione degli articoli 14 Cedu e 2 del Protocollo n.1.

[88] Così, ancora, S. MARCHEGIANI, cit.
[89] *Ibidem*
[90] *Ibidem*

5. *Il nuovo PEI: punti di forza, criticità e giustizia amministrativa*

Alla luce delle considerazioni di ordine generale svolte sino a questo punto, può allora apprezzarsi da vicino la vicenda dell'adozione del nuovo modello di Piano Educativo Individualizzato, che ha suscitato un ampio dibattito nel mondo degli insegnanti, delle dottrine pedagogiche e delle associazioni di categoria.

Nel periodo dell'emergenza sanitaria[91], infatti, si è finalmente provveduto ad elaborare – con il decreto interministeriale n. 182 del 29 dicembre 2020 – il nuovo schema del PEI, previsto dal decreto legislativo 66/2017 (sarebbe dovuto entrare in vigore già il 1 gennaio 2019), da utilizzare obbligatoriamente a partire dal successivo anno scolastico. Rinviando ad altra trattazione meriti e vizi del decreto legislativo 66/2017 sull'inclusione scolastica[92], basti qui evidenziare alcuni profili legati al nuovo PEI, soffermando l'attenzione non solo sulle principali novità positive ma anche sulle non poche criticità.

Tra le prime, spicca la notevole precisione degli adempimenti – complice la chiarezza del testo del decreto, apprezzabile tanto alla luce dell'ampiezza della platea di operatori cui è diretto, quanto se consideriamo la tendenziale oscurità della legislazione più recente –, cui si accompagna la previsione della stesura del nuovo Piano Educativo Individualizzato su base ICF, ovverosia utilizzando la Classificazione Internazionale del funzionamento, della disabilità e della salute prevista dall'Organizzazione Mondiale della Sanità.

Bisogna, inoltre, sottolineare come – in piena conformità allo spirito della legislazione vigente – il decreto dia centralità al principio di autodeterminazione dello studente con disabilità, nella prospettiva del pieno sviluppo della sua personalità e della tutela della sua intrinseca dignità, al punto da prevedere l'ingresso dell'alunno nel Gruppo di Lavoro Operativo (GLO) sin dalla scuola

[91] Sull'emergenza sanitaria in generale, e sull'impatto di essa nell'ambito dell'istruzione dei disabili in particolare, sia consentito il rinvio ad A. LAMBERTI, *Emergenza sanitaria, Costituzione, soggetti deboli: vecchi e nuovi diritti alla prova della pandemia*, in *Federalismi.it*, 6/2022, pp. 159-239.

[92] Si rinvia ad A. LAMBERTI, *Il diritto all'istruzione delle persone con disabilità e inclusione scolastica*, cit., pp. 85 ss.

secondaria di primo grado, in quanto titolare del "diritto ad essere ascoltato" ai fini della predisposizione del PEI.

In tal senso, il decreto interministeriale – sulla scia del decreto legislativo 66/2017, che "assicura" il pieno coinvolgimento dello studente con disabilità – appare collocarsi pienamente nel solco delle indicazioni della Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità, che enuncia tra i suoi fondamenti proprio il principio di autodeterminazione ("il rispetto per la dignità intrinseca, l'autonomia individuale – compresa la libertà di compiere le proprie scelte – e l'indipendenza delle persone", di cui all'art. 3 lett. a).

Accanto al principio di autodeterminazione della persona con disabilità, può certamente affermarsi che l'altra colonna portante del decreto interministeriale in esame sia rappresentata dal principio della personalizzazione degli apprendimenti, che richiede la predisposizione di un Piano adeguato alle specificità e alle peculiarità del singolo alunno, quali emergono dalle circostanze concrete, tanto di tipo medico quanto di tipo psicologico e sociale.

Nondimeno, come si è accennato, non mancano i profili di criticità che richiedono un'attenzione particolare da parte degli operatori della scuola, oltre che della dottrina e, soprattutto, delle istituzioni.

Ci si riferisce, per esempio, alla Tabella per l'individuazione del fabbisogno risorse professionali per il sostegno didattico e l'assistenza, caratterizzata da un rinnovato (e inaccettabile) automatismo nella quantificazione delle ore di sostegno basato sul concetto del "debito di funzionamento"; ed al problema della quantificazione delle ore previste per gli assistenti alla comunicazione e all'autonomia, laddove le risorse professionali sono attribuite dagli Enti preposti sulla base delle richieste dei Dirigenti scolastici (ma, stranamente, non vi è menzione del ruolo essenziale del Gruppo di Lavoro Operativo per l'inclusione), tenendo conto del principio dell'accomodamento ragionevole.

L'augurio dell'interprete, a questo punto, è che il principio dell'accomodamento ragionevole, consacrato dall'articolo 2 della Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità, non sia oggetto di un *misunderstanding*: l'idea

dirittifondamentali.it

dell'utilizzo non sproporzionato di una risorsa non può certo tradursi un una furbesca accettazione della contrazione delle risorse da parte degli enti locali, a maggior ragione alla luce dei moniti più volte lanciati dalla Corte Costituzionale (chiaro è il riferimento alle importantissime sentenze 80/2010 e 275/2016) e, più recentemente, dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo (caso G.L. contro Italia, Prima sezione, 10 settembre 2020).

Un'ulteriore criticità emerge dalla possibilità di esonero dello studente da alcune materie di studio: una previsione, questa, che sembra introdurre il rischio di un ritorno ad un (superato) modello di percorsi educativi differenziati, alimentando il paradosso per cui la massima individualizzazione del trattamento finisce col trasformare l'inclusione in una supina accettazione, senza valorizzazione, delle diversità.

Il riferimento all'esonero, inoltre, appare particolarmente vago ed indefinito, senza specificare a quali discipline possa essere riferito ed entro quali limiti orari sia ammissibile; a ciò si aggiungono la mancata imposizione di un obbligo di motivazione e l'assenza di specifici criteri giustificativi di una simile scelta didattica (attesa la scarsa precisione dei passi dedicati al tema nell'Allegato B al decreto ministeriale).

Sebbene la possibilità dell'esonero sia spiegabile alla luce del principio della personalizzazione degli apprendimenti (già oggetto della legge 53/2003), tuttavia, la mancata previsione di una adeguata base motivazionale potrebbe inficiare il pieno godimento del diritto all'istruzione dell'allievo, ravvisandosi così un possibile profilo di contrarietà al disposto dell'articolo 12, comma 4, della legge 104/1992 ("L'esercizio del diritto all'educazione e all'istruzione non può essere impedito da difficoltà di apprendimento né da altre difficoltà derivanti dalle disabilità connesse all'handicap") e, indirettamente, con le stesse norme costituzionali, essendo il diritto all'istruzione delle persone con disabilità ricostruibile quale diritto fondamentale ex artt. 2, 3, 34, comma 1, e 38, comma 3 della Costituzione.

dirittifondamentali.it

Tra le altre novità del decreto interministeriale, si segnala l'introduzione di un'apposita sezione del PEI dedicata ad una presentazione personale da parte dell'allievo, a seguito di colloqui ad hoc, prevista per le scuole secondarie di secondo grado.

Pur accogliendo positivamente questa novità, certamente conforme al principio di autodeterminazione quale è oggetto della Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità, tuttavia appare poco comprensibile – proprio nella prospettiva della massima attuazione ed esplicazione del principio di autodeterminazione, oltre che nell'ottica dell'acquisizione del maggior numero possibile di elementi conoscitivi per la predisposizione di un piano quanto più adeguato alle specificità del singolo studente – la scelta di limitare questa presentazione ai soli allievi delle scuole secondarie di secondo grado.

Non stupisce affatto, infine, che le criticità prima rilevate, invero, siano state al centro della sentenza del TAR Lazio n. 9795 del 14 settembre 2021, che ha annullato il decreto interministeriale n. 182/2020.

Non soltanto, infatti, non sono mancate censure di carattere formale – atteso che il decreto, per i suoi contenuti innovativi, presenta tutti i caratteri di una fonte secondaria *sub specie* di regolamento, "con conseguente violazione delle norme procedimentali per la sua adozione"; dettate dall'articolo 17 della legge 400/1988 – ma numerose, invero, sono state quelle di carattere sostanziale.

In primo luogo, infatti, è stata dettata un'autonoma disciplina del GLO, che appare ultronea rispetto alla delega ricevuta e che finisce col conferire in via autonoma un potere autorizzativo in capo al Dirigente Scolastico tale da incidere, a dispetto di quanto contemplato dalle fonti legislative, sulle garanzie procedimentali delle famiglie degli studenti con disabilità.

In secondo luogo, si introduce in maniera del tutto arbitraria un requisito di partecipazione procedimentale al GLO nei confronti di specialisti privati.

Soprattutto, la rigida predeterminazione delle ore di sostegno, la possibilità di esonero generalizzato degli studenti con disabilità da alcune attività didattiche della classe e la stessa possibilità di predisporre un orario ridotto di frequenza

senza recuperare le ore di lezione perdute per motivi di ordine terapeutico o sanitario, si pongono in contrasto con le disposizioni dei decreti legislativi, con la stessa legge delega e, soprattutto, con i principi desumibili dalla Convenzione Onu (a partire dal principio dell'accomodamento ragionevole) – giustamente richiamata dal Tar quale parametro interposto ai sensi dell'articolo 117, comma 1, della Costituzione. Invero, il Tar avrebbe potuto rilevare il contrasto diretto delle disposizioni del decreto impugnato con gli articoli 2, 3, 34, 1° comma e 38, 3° comma, della Costituzione, per le ragioni su esposte.

Tuttavia, il Consiglio di Stato, con sentenza 3196/2022, ha ribaltato la decisione del TAR Lazio, senza intervenire nel merito della vicenda, ma limitandosi a negare natura regolamentare al decreto interministeriale e ad evidenziare la mancanza delle condizioni necessarie per sostenere la diretta impugnabilità dell'atto. Per i giudici di Palazzo Spada, infatti, "l'atto in questione presenta valenza generale per la ampiezza organizzativa includente anche temi di possibile rilevanza di talune specificità rispetto alle altre", ma "l'indubbia rilevanza di tali specificità non vale a stabilire una natura innovativa nell'ordinamento giuridico, giacché non vengono in siffatta organizzazione richiamati nuovamente per la soluzione dei problemi, i principi introduttivi della disciplina in questione, ma, per l'appunto le esigenze organizzative della pubblica amministrazione", di talché può dirsi che "il tipo di intervento al quale si è dato luogo con il decreto numero 182 del 2020, dunque, è caratteristico dell'atto amministrativo generale giacché esso regola non già una serie indeterminata di casi ai quali attribuisce, innovando l'ordinamento, uno specifico rilievo giuridico prima non esistente, bensì singole diverse concrete situazioni e vicende per le quali la norma di rango primario (…) necessitava di un atto amministrativo di carattere *lato sensu* applicativo". Una ricostruzione, questa, che non convince del tutto, in quanto il decreto inter-ministeriale, invece di dettare mere disposizioni di coordinamento e di organizzazione, innova fortemente la materia, come evidenziato dal Tar Lazio, "con disposizioni che non paiono poter essere ricomprese né nel perimetro tracciato dalla legge delega (riordino, semplificazione e codificazione), né in quello sussumibile dal richiamato art. 7, co.

2-ter del d.lgs. n. 66/2017". In ogni caso, per il Consiglio di Stato mancherebbe qualsiasi idoneità dell'atto impugnato a ledere interessi concreti (altrimenti configurabile attraverso la mediazione di un provvedimento applicativo, tale da rendere attuale un eventuale pregiudizio), con conseguente accoglimento del ricorso in appello dell'amministrazione (di talché si potrebbe affermare che il giudice abbia voluto rinviare all'amministrazione la scelta organizzativa).

E' evidente, però, che le censure nel merito relative al nuovo PEI, *supra* rilevate, restano impregiudicate, di talché non può certo dirsi posta la parola "fine" alla vicenda giudiziaria, ché anzi proprio la sentenza del Consiglio di Stato può aprire la strada a numerosi ricorsi individuali ogniqualvolta si faccia applicazione, nei casi concreti, del nuovo Piano Educativo Individualizzato.

dirittifondamentali.it

dirittifondamentali.it

Dirittifondamentali.it - Fascicolo 3/2022
Data di pubblicazione – 15 settembre 2022

Tra l'amore e il dolore: sulla filosofia giuridica e politica di Aldo Moro
(I - Il periodo formativo)

di
Mario Sirimarco*

Sommario: 1. Premessa: Aldo Moro nell'Università di Bari. – 2. Un giovane intellettuale cattolico e il fascismo. – 3. Aldo Moro, la FUCI, i Littoriali. – 4. Moro-Capograssi, prime annotazioni

dirittifondamentali.it

1. Premessa: Aldo Moro nell'Università di Bari

L'interesse e l'approccio filosofico allo studio del diritto sono costantemente presenti nelle opere giuridiche di Aldo Moro e, successivamente e fino alla sua tragica vicenda, nei suoi seguitissimi corsi universitari. Come ha ricordato il suo allievo prediletto Franco Tritto[1], i suoi corsi di Istituzioni di diritto e procedura penale prevedevano sempre una prima parte di teoria generale del diritto sui problemi del diritto e dello Stato che riprendeva molte delle riflessioni presenti fin dalle sue prime lezioni baresi di Filosofia del diritto che, anche per questo, assumono un ruolo centrale nella ricostruzione del pensiero giuridico e politico dello statista pugliese[2].

* Ricercatore presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Teramo.

[1] M. SIRIMARCO, *Il diritto penale dal volto umano. Ricordando Francesco Tritto allievo di Aldo Moro,* in M. SIRIMARCO (a cura di), *Itinerari di cultura giuridica e politica. Omaggio a Francesco Tritto*, Aracne, Roma, 2006.

[2] A. MORO, *Lo Stato. Corso di lezioni di Filosofia del diritto tenute presso l'Università di Bari nell'a.a. 1942-43*, Cedam, Padova, 1943. Queste lezioni riprendono e sviluppano quelle svolte durante il primo corso tenuto nell'anno accademico 1940-41 (consultabili ma in una redazione curata presumibilmente da studenti presso l'Archivio Flamigni).

Contributo sottoposto a referaggio

Come è noto, Aldo Moro, che si era laureato presso la Regia Università di Bari (allora dedicata a Benito Mussolini oggi Università "Aldo Moro") discutendo una tesi in Diritto penale con il prof. Biagio Petrocelli, aveva pubblicato la sua prima monografia dal titolo *La capacità giuridica penale* nel 1939 a cui aveva fatto seguito nel 1942 *La subiettivazione della norma penale*, che nello stesso anno gli aprì le porte della libera docenza in Diritto penale[3]. Grazie alla sua prima monografia Moro, intanto assistente di Petrocelli, aveva ottenuto l'incarico di Filosofia del diritto nell'a.a. 1940-41 che manterrà per alcuni anni.

L'incontro con la Filosofia del diritto, disciplina solo apparentemente lontana dai suoi studi penalistici, risulterà fondamentale nel suo percorso culturale perché offrirà al giovane studioso l'occasione per riflettere sul diritto e sullo Stato coniugando gli interessi della ricerca scientifica con la sua via via crescente passione politica e con gli interessi culturali, religiosi ed ecclesiali che caratterizzavano la sua vita. Ed è proprio la Filosofia del diritto degli anni giovanili a fornire la base a tutto il suo pensiero giuridico-politico a partire dalla sua di certo non ordinaria partecipazione all'Assemblea costituente (forse ancora non adeguatamente studiata) e nella successiva attività di governo e di uomo politico

[3] Le altre opere penalistiche di Moro sono *L'antigiuridicità penale* del 1947 e *Unità e pluralità dei reati* del 1951 (con l'editore Cedam) grazie alle quali vinse il concorso a professore ordinario nel 1951. A Bari rimase fino al 1963 anno del suo trasferimento alla Facoltà di Scienze politiche di Roma "La Sapienza" nella cattedra di Istituzioni di diritto e procedura penale. Qui Moro, nonostante i suoi numerosi impegni politici e di governo, continuerà ad insegnare fino al 16 marzo del 1978. Tra le borse che Moro portava con sé quella tragica mattina c'era quella con le tesi dei suoi studenti. Alla Sapienza fino al 2005 il suo allievo Francesco Tritto ha tenuto in affidamento l'insegnamento del suo maestro ma soprattutto ha tenuto vivo il ricordo di Aldo Moro (non tanto del Moro vittima delle BR ma del Moro studioso e docente) per le nuove generazioni. È motivo di grande soddisfazione per chi scrive aver collaborato a questa esperienza. Poco prima della sua scomparsa, Tritto ha pubblicato le *Lezioni di Istituzioni di diritto e procedure penale* (Cacucci, Bari, 2005) che Moro tenne nel 1975-76. Sulla importanza di questo lavoro e sul suo inquadramento nel pensiero penalistico moroteo rinvio alla *Presentazione* di Giuliano Vassalli e al saggio di A. GARGANI, *Diritto penale e verità morale. Una teleologia della vita sociale (a proposito delle Lezioni di Istituzioni di diritto e procedura penale di Aldo Moro)*, in "Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno", 2006. Rinvio invece alla *Introduzione* di Tritto per una ricostruzione del rapporto di Moro con le sue Università e con i suoi studenti. Cfr. anche, per una biografia più approfondita, G. CAMPANINI, *Aldo Moro. Cultura e impegno politico*, Edizioni Studium, Roma, 1988, R. MORO, *La formazione giovanile di Aldo Moro*, in "Storia contemporanea", n. 4-5/1983.

capace di indagare e spiegare i tratti del suo tempo e di cogliere anticipatamente i tempi nuovi.

Nelle sue lezioni giovanili troviamo un Moro straordinariamente maturo rispetto alla sua età, con un pensiero politico-giuridico già compiuto, senza tanti debiti a maestri o a scuole, con una padronanza sorprendente dei temi affrontati. E troviamo, lo ha notato tra i primi Norberto Bobbio, un Moro con uno stile completamente diverso rispetto allo studioso di Diritto penale, anche per la forma con cui esse sono presentate: infatti "queste lezioni non sono lezioni accademiche nel senso usuale della parola. Sono per molta parte espressione di un pathos etico-religioso che dà ad esse un timbro insolito, e le trasforma in discorsi vibranti e volti non solo a conoscere o a far riflettere ma anche a persuadere, a esortare, a scuotere, a suscitare emozioni e a formare convinzioni"[4].

Dalle lezioni baresi emerge una complementarietà di diritto, politica e morale come momenti della vita, come categorie radicate nella persona umana, come tappe di un percorso etico attraverso il quale "il soggetto realizza la sua vita più vera, ascendendo dal piano della sua particolarità empirica a quello della universalità, che rappresenta il suo valore propriamente umano … l'eticità è in ogni caso slancio spontaneo della persona che, superando le angustie del suo limite particolare, spazia nell'universale"[5].

Per cogliere in modo appropriato il senso del pensiero giuridico e politico di Aldo Moro, partendo dalla elaborazione che l'autore fa in quelle antiche lezioni raccolte per i suoi primi studenti, è sembrato opportuno ricostruire, in questa prima parte, il quadro culturale e storico-politico nel quale esse si collocano rappresentando non solo il momento culminante di un percorso formativo certamente personale e originale. Ma questo momento formativo moroteo assume un significato più ampio per lo scenario complesso e fondamentale nella vita del nostro paese dal quale esso scaturisce e nel quale tanti giovani hanno compiuto, con alterne vicende, il tormentato percorso dal fascismo alla democrazia. È stato giustamente sostenuto

[4] N. BOBBIO, *Il giovane Aldo Moro,* in ID., *Dal fascismo alla democrazia. I regimi, le ideologie, le figure e le culture politiche,* Baldini&Castoldi, Milano, 1997, p. 295.

[5] A. MORO, *Lo Stato. Corso di lezioni di filosofia del diritto*, cit., p. 1.

dirittifondamentali.it

che la formazione intellettuale del giovane Moro appare emblematica sia per cogliere in modo corretto la congerie culturale in cui ebbe a formarsi tutta una generazione cresciuta nel ventennio, sia per comprendere e riflettere sulle grandi trasformazioni subite dal movimento cattolico durante il fascismo[6].

Successivamente si tenterà di focalizzare la visione giuridico-politica e l'ispirazione filosofica che emerge dalle lezioni.

2. Un giovane intellettuale cattolico e il fascismo

Per ricostruire il quadro culturale del tempo occorre velocemente toccare alcune questioni di carattere generale ma indispensabili per cogliere alcuni tratti della formazione di Moro e per offrire un contributo a quello che mi sembra il tema a tutt'oggi, nel momento in cui la bibliografia su Moro appare corposa, di più ardua soluzione, cioè quello delle prime matrici culturali del suo pensiero filosofico e giuridico-politico. Questioni che si intrecciano inevitabilmente col problema dei rapporti col fascismo del futuro statista democristiano che, come i giovani del tempo, si forma negli anni in cui il regime era nel periodo del suo massimo "consenso" per usare l'espressione defeliciana (che, seppure ormai di uso corrente nella storiografia sul fascismo, non deve far però passare in secondo piano, anche per capire meglio alcuni atteggiamenti, la natura violenta e l'uso terroristico della violenza del movimento e del regime come costante de ventennio, perché se l'uso della forza e della violenza, come strumento politico, precede storicamente quello

[6] R. MORO, *La formazione giovanile di Aldo Moro*, in "Storia contemporanea", n. 4-5/1983, p. 805, per il quale Moro "appare come uno dei rappresentanti più emblematici di quella generazione che fu il prodotto diretto delle trasformazioni […] e che incarnò la natura nuova del movimento cattolico uscito dal fascismo. Da un punto di vista cronologico, infatti, Moro cominciò ad operare nel movimento cattolico alla fine degli anni Trenta, appartenne cioè, anche da un punto di vista generazionale, all'ultima leva prima del crollo del fascismo, quella che aveva subìto in pieno il clima degli anni del consenso ed era cresciuta in un ambiente cattolico in cui ogni legame con il prefascismo ed ogni ricordo di esso erano ormai banditi" (p. 807). Dello stesso autore, *La formazione della classe dirigente cattolica (1929-1937)*, Il mulino, Bologna, 1979 e *Il mito dell'Italia cattolica. Nazione, religione e cattolicesimo negli anni del fascismo*, Edizioni Studium, Roma, 2020.

del consenso, il momento della forza e della violenza continuerà sempre ad essere presente in ogni fase della storia del regime, anche quando il consenso di massa sarà stato in larghi settori della popolazione ormai definitivamente conquistato[7]).

Spesso, per esempio e ingenerosamente oltreché strumentalmente, avversari interni ed esterni hanno ricordato la presenza di Moro ai Littoriali del 1937 e 38 e la sua militanza nelle associazioni universitarie fasciste[8].

È il caso allora di puntualizzare alcune cose perché si tratta di un tema che, superate le contingenze della propaganda politica, necessita di un approfondimento, nei limiti dello spazio a disposizione e delle competenze di chi scrive, non in prospettiva agiografica o edulcorante ma per meglio ricostruire lo scenario filosofico e storico-politico nel quale si colloca la presenza dei cattolici in rapporto al fascismo e, per come accennato, al particolare ed emblematico ruolo che in esso ricopre la figura di Aldo Moro (non a caso considerata da Bobbio tra le figure più significative nel suo lavoro *Dal fascismo alla democrazia*[9]).

---

[7] Cfr. E. GENTILE, *Violenza e milizia nel fascismo, alle origini del totalitarismo in Italia,* in E. GENTILE, F. LANCHESTER, A. TARQUINI (a cura di), *Alfredo Rocco: dalla crisi del parlamentarismo alla costruzione dello Stato nuovo,* Carocci, Roma, 2010, p. 39 ss., che ricorda come, spesso agevolata dalle autorità locali, "l'offensiva della violenza fascista fu giustificata come legittima reazione contro la violenza dei socialisti. In realtà, anche se il predominio socialista ebbe molti aspetti di prepotenza, che sfociarono in episodi di violenza contro persone e cose, il partito socialista non fece un uso sistematico della violenza paramilitare per eliminare i partiti avversari, come fecero invece i fascisti, estendendo successivamente la prassi della violenza dall'aggressione al partito socialista all'aggressione agli altri partiti che non simpatizzavano per il fascismo". Nasce il "partito milizia" nel senso che non solo si fa uso della violenza come strumento di lotta politica ma anche perché "il partito stesso si identificava con l'organizzazione militare e considerava la violenza, cioè l'uso terroristico dell'organizzazione militare, elemento costitutivo fondamentale del suo metodo di azione nei confronti degli avversari". È proprio con riferimento a questo "metodo" che Giovanni Amendola, lo ricorda Emilio Gentile, introdusse il termine "totalitario".

[8] Oltre alle più note accuse di N. TRIPODI, *Italia fascista in piedi! Memorie di un Littore*, B e C ed. Associati, Milano, 1971 (e riprese alla bisogna dalla stampa propagandistica di destra in occasione delle varie ricorrenze su Moro), è il caso di ricordare l'ostilità che Moro incontrò in occasione della nascita della Democrazia Cristiana a Bari quando i vecchi popolari si opposero alla sua adesione al nuovo partito, anche a dimostrazione, come meglio vedremo, della difficoltà di dialogo generazionale tra cattolici, in particolare tra gli ex popolari che avevano vissuto nell'Italia prefascista e i giovani cattolici venuti dall'esperienza del fascismo (Moro aveva sei anni appena nel 1922).

[9] N. BOBBIO, *Dal fascismo alla democrazia. I regimi, le ideologie, le figure e le culture politiche*, cit., p. 284, per il quale "il giovane studioso non aveva aspettato la caduta del regime per formarsi liberamente un proprio pensiero politico, e che anzi si era preparato seriamente per il momento in cui ciascuno avrebbe dovuto assumersi le proprie responsabilità dopo la catastrofe percepita come inevitabile e imminente". E, evidenziando convergenze col proprio percorso,

dirittifondamentali.it

Se tutto ciò è vero, è necessario riflettere su alcuni passaggi cruciali di quello che è stato innanzitutto un grande travaglio culturale, che non era solo legato al tema dell'antifascismo, filofascismo, profascismo o afascismo dei cattolici (poiché esso riguardava in realtà tutti), ma che partiva da una riflessione ancora più radicale perché toccava in definitiva il problema, che è teoretico e pratico, del rapporto tra cristianesimo e modernità, tra Chiesa e mondo moderno nel quale anche il problema specifico del rapporto tra Chiesa e fascismo va collocato. Gran parte del dibattito che, si può dire dalla *Rerum Novarum* in poi per rimanere nell'ambito sociale, ha come oggetto l'etica sociale cattolica si articola attorno a questo nucleo problematico dividendo, da allora e fino ai nostri giorni, i cattolici sulla polarità di moderno/antimoderno[10].

Questa prospettiva è stata individuata, con il solito acume, da Augusto Del Noce (filosofo di straordinaria, ma forse ancora poco riconosciuta, importanza) per il quale "i termini di fascismo e di antifascismo sono inadeguati per intendere sia la posizione ufficiale della Chiesa sia lo stato d'animo della generazione giovanile cattolica di quel decennio"[11]. La tesi delnociana merita di essere brevemente ripresa

---

"nonostante le differenze di formazione e d'ispirazione, l'esigenza fondamentale era la stessa, e analogo era il progetto politico … il superamento, da un lato, dell'individualismo classico, proprio delle correnti liberali, che non erano riuscite a difendersi, almeno in Italia, dall'urto con la società di massa e dalle richieste sempre più impellenti e prepotenti di azione protettiva dello stato, dall'altro, di quelle forme di collettivismo, di statalismo, di organicismo, che avevano finito di impadronirsi dell'individuo singolo e di ridurlo a ingranaggio di una grande macchina di cui non conosceva né il movimento né il fine. Mettere l'accento sulla persona voleva dire richiamare l'attenzione sulla irriducibilità dell'individuo all'ente collettivo, ma nello stesso tempo cogliere nell'individuo la sua essenziale relazione all'altro, la sua socialità" (p. 287).

[10] Emblematica, da questo punto di vista, la vicenda che ha riguardato il principio di sussidiarietà, vero e proprio architrave della dottrina sociale della Chiesa e considerato, da alcuni, come il tentativo di ricostruire un mondo premoderno, da altri invece, come uno dei più significativi contributi sul piano della filosofia giuridica e politica e dell'etica sociale di coniugare cristianesimo e modernità. Su questo punto sia consentito rinviare al mio *Il principio di sussidiarietà. Alcune puntualizzazioni teoriche*, in M. SIRIMARCO, M.C. IVALDI (a cura di), *Casa Borgo Stato. Intorno alla sussidiarietà*, Edizioni Nuova Cultura, Roma, 2011, diffusamente.

[11] A. DEL NOCE, *Cristianesimo tra fascismo e marxismo nel pensiero italiano*, in *Fascismo e antifascismo. Errori della cultura*, Leonardo editore, Milano, 1995, p. 67 e, naturalmente la sua opera forse maggiore, *Il problema dell'ateismo*, Il mulino, Bologna, 1990 (1964). Per inquadrare la figura di Del Noce rinvio al fondamentale lavoro di P. PRINI, *La filosofia cattolica italiana del Novecento*, Laterza, Roma-Bari, 1997, p. 216 ss., per il quale Del Noce ha affidato alla filosofia il compito essenziale di esplicitazione "del senso più profondo, più universalmente umano, della attualità storica" (p. 216). Sul pensiero di Del Noce, cfr. P. ARMELLINI, *Razionalità e storia in*

perché mi sembra di grande aiuto per ricostruire le coordinate teoretiche e politiche in cui i cattolici, soprattutto i giovani che si stanno formando, si muovono negli anni Trenta del secolo passato. Per cogliere adeguatamente la problematicità del rapporto cattolici-fascismo occorre considerare quell'alone di ambiguità che al fascismo sembrava essenziale: cioè, era il regime che, da un lato, aveva stipulato i Patti Lateranensi con l'accettazione della dottrina cristiana ricevuta dalla tradizione cattolica, dall'altro, però, esso manifestava e rivendicava l'anima irrazionalista delle origini; per non parlare della formazione di molti dei suoi maggiori esponenti culturalmente legati ad alcuni tra i movimenti più dichiaratamente anticattolici ("a tutti aveva partecipato colui che era il suo duce"[12]).

Augusto Del Noce, Aracne, Roma, 1999 e *Le avventure della modernità in Augusto Del Noce*, Edizioni Nuova cultura, Roma, 2017; G. LAMI, *Introduzione ad Augusto Del Noce*, Antonio Pellicani Editore, Roma, 1999; L. SANTORSOLA, *Il problema dell'etica nella società secolarizzata secondo il pensiero di Agusto Del Noce*, Mursia, Roma, 1999; F. MERCADANTE, V. LATTANZI (a cura di), *Augusto Del Noce. Essenze filosofiche e attualità storica,* Edizioni Spes, Roma, 2000 e il numero monografico della "Rivista Internazionale di Filosofia del diritto", n.3/4 del 2019, *Da Cartesio a Rosmini, da Vico a Del Noce. Saggi su Augusto Del Noce nel trentesimo anniversario della scomparsa*.

[12] A. DEL NOCE, *Cristianesimo tra fascismo e marxismo nel pensiero italiano*, cit., p. 67. La lettura delnociana del fascismo, che presenta tratti in comune con quella di Renzo De Felice, merita di essere brevemente ripresa: "Il fascismo sorse in realtà su un'intuizione estremamente notevole, quella secondo cui, al di sotto della realtà delle classi, c'è una realtà più profonda, ignorata dal comunismo, la realtà delle nazioni. E il fatto dell'arresto tra il 1920 e il 1921 di una rivoluzione pensata inizialmente come mondiale, ne è la prova. Ma questa intuizione fu ripensata da Mussolini secondo le categorie del socialismo rivoluzionario in cui era cresciuto e per questo l'affermazione della realtà delle nazioni diventò quella della lotta delle nazioni e, notiamo, non lotta per la libertà ma lotta per la potenza. all'ideale della rivoluzione si sostituì quello della guerra. Dalla mescolanza di nazionalismo e socialismo derivarono diverse conseguenze: a) la natura del fascismo come nazionalismo che raggiunge le masse. Vera e propria singolarità, perché il nazionalismo (è da notare che la sua origine è abbastanza recente: la dottrina nazionalista non preesiste di fatto a Maurras, o se si vuole a Barrés) è un fenomeno aristocratico; b) le due anime del fascismo, quella tradizionalistica (che porta alla conciliazione) e quella socialista ed eversiva. Da ciò la sua instabilità ...; c) la conclusione della politica di potenza del fascismo e il punto della sua massima unione con le masse, in quel momento innegabile, nella guerra di Etiopia. Dopo cominciò la sua decadenza e la sua perdita di iniziativa; e la sua fine avvenne nel 1940 con la partecipazione alla guerra nazista e la totale subordinazione a una posizione politica del tutto diversa, come era appunto il nazismo" (A. DEL NOCE, *I cattolici e il progressismo*, Leonardo editore, Milano, 1994. pp. 50-51). Lo stesso De Felice ha riconosciuto l'importanza degli studi di Del Noce sul tema sostenendo che si tratta di scritti "assai stimolanti e ricchi di indicazioni metodologiche e interpretative particolari, che fanno di essi uno dei maggiori contributi che la cultura storicistica ha dato all'interpretazione del fenomeno fascista" (R. DE FELICE, *Le interpretazioni del fascismo*, Laterza, Roma-Bari, 1973, p. 87-88). Sul rapporto Del Noce-De Felice, cfr. G. CALABRÒ, *De Felice, Del Noce e l'interpretazione transpolitica del fascismo*, in *Augusto Del Noce. Essenze filosofiche e attualità storica*, cit.

Questa ambiguità può aiutare a spiegare, per esempio, perché tra i giovani cattolici del tempo, almeno tra tutti quelli che seguirono la linea politico-religiosa di Pio XI, non è facile trovare sia cattolici il cui consenso al regime fosse integrale, sia cattolici che avessero, invece, un atteggiamento di opposizione radicale al fascismo. Certamente ce ne furono, così degli uni come degli altri, ma in numero relativamente esiguo rispetto alla stragrande maggioranza posta nei punti intermedi di quella polarità.

Lo stesso Del Noce, come è noto, maturò l'adesione all'antifascismo proprio con la lettura delle opere di Maritain. Un filosofo che ha avuto il merito di aver riscoperto il tomismo non solo dal punto di vista teoretico, ma di averlo riproposto come strumento culturale per mettere in evidenza e denunciare i limiti del pensiero moderno, in particolare il suo immanentismo, la negazione della trascendenza, la sua deriva nichilistica (da qui il carattere 'antimoderno' del personalismo di Maritain); ma nello stesso tempo la lettura di San Tommaso porta ad una visione "aperta" del suo sistema filosofico per essere in grado di cogliere gli aspetti positivi della modernità non necessariamente confliggenti col cristianesimo (da qui il suo definirsi 'ultramoderno') [13].

Del Noce vede in *Umanesimo integrale*, tradotto in italiano nel 1936, "la critica definitiva del profascismo cattolico, che non ha avvertito come il fascismo rappresenti la forma ultima, irrazionalistica, della reazione della borghesia, coinvolgente tutte le forme reazionarie"[14].

[13] Cfr. A. DEL NOCE, *Cristianesimo tra fascismo e marxismo nel pensiero italiano,* cit. Questo tema, su cui si tornerà brevemente più tardi con riferimento alla FUCI e a Moro, meriterebbe di essere approfondito perché significativo della influenza del filosofo francese sui cattolici italiani del tempo. Cfr. P ARMELLINI, *Razionalità e storia*, cit., p. 72: "la lettura di *Umanesimo integrale* permette a Del Noce di criticare il profascismo cattolico, legato alla permanenza dell'ideale ierocratico medioevalista, pensato come modello assoluto del pensiero cattolico, o del machiavellismo *ad maiorem Dei gloriam* dell'età barocca, quale strumento di restaurazione".

[14] P. ARMELLINI, *Razionalità e storia in Augusto Del Noce*, cit., p. 74. Armellini, tra gli ultimi allievi di Del Noce, ci aiuta a comprendere anche le ragioni della divergenza tra i due filosofi maturata sul giudizio che Maritain riserva al comunismo (e direi sulla possibilità di un dialogo politico tra cattolici e marxisti), giudizio che per Del Noce è frutto di una illusione: "benché Maritain abbia rilevato il carattere primario ed essenziale dell'ateismo nella filosofia di Marx, ha continuato a vedervi, sul piano della interpretazione storica, 'l'ultima eresia cristiana', in qualche modo recuperabile in un'alleanza laico-cattolico-comunista sotto la direzione ideale del

Ma non tutti nell'arcipelago cattolico avevano ancora letto Maritain, soprattutto negli ambienti più provinciali dove il legame tra cattolici e fascismo era più stretto e confuso e l'atteggiamento di diffidente, a volte opportunistica, prudenza e di reciproca diffidenza continuava a dominare la convivenza tra giovani cattolici e giovani fascisti, come la storiografia più seria ha ampiamente documentato[15].

Ma l'ambiguità era reciproca poichè il fascismo veniva considerato, almeno da certi ambienti cattolici, come lo strumento filosofico e politico per una universale restaurazione cattolica, in chiave antimoderna e teocratica, di contro all'interpretazione del processo storico come processo di secolarizzazione e di contro, inoltre, al liberalismo e al socialismo considerati sul piano politico le tappe del processo di decomposizione iniziato con la modernità. La nascita nel primo dopoguerra di movimenti che si proponevano gli stessi avversari storici della Chiesa cattolica, il liberalismo e il socialismo, aveva portato i cattolici a considerarli certamente come momento essi stessi della crisi in atto, che col loro aspetto irrazionalistico e nichilistico contribuivano in qualche modo alla dissoluzione. Ma questa constatazione era accompagnata dalla convinzione, però, che tutta la loro carica negativa potesse diventare positiva solo ritrovando e recuperando il momento religioso e, quindi, solo incontrando il pensiero politico cattolico e solo organizzando la loro progettualità politica in modo conforme al cristianesimo della Chiesa cattolica[16]. Se, come afferma lo stesso Del Noce, è ingiustificato sostenere la nascita di un fascismo cattolico, e se forse neppure di vero e proprio "idillio" si può parlare, certo che l'illusione di una convergenza durò, con alterne vicende, sino a

---

pensiero cattolico" (p. 74-75). Cfr. anche P. ARMELLINI, *Modernità e politica in Augusto Del Noce*, in M. SIRIMARCO, S. PRATESI (a cura di), *Cattolici, diritto e politica*, Aracne, Roma, 2004.

[15] R. MORO, *La formazione giovanile di Aldo Moro*, cit. e ID., *La formazione della classe dirigente cattolica*, cit.; M.C. GIUNTELLA, *La FUCI tra modernismo, partito popolare e fascismo*, Edizioni Studium, Roma, 2000; AA.VV., *FUCI: coscienza universitaria, fatica del pensare, intelligenza della fede*, San Paolo Edizioni, Milano, 1996.

[16] Cfr. A. DEL NOCE, *Cristianesimo tra fascismo e marxismo*, cit., pp. 68-69. Ancora una volta significativa ed esemplare appare la storia del principio di sussidiarietà che, frutto del pensiero sociale della Chiesa, sembrò erroneamente potersi coniugare col corporativismo che invece ne rappresentava una deviazione (cfr. M. SIRIMARCO, *Il principio di sussidiarietà*, cit.). Per un corretto inquadramento e per un approfondimento storico e filosofico sul principio di sussidiarietà, cfr. C. MILLOL-DELSOL, *Lo Stato e la sussidiarietà*, a cura di M. Sirimarco, Edizioni Nuova Cultura, Roma, 2009.

quando il carattere anticristiano del nazismo si rivelò completamente e drammaticamente, prendendo la guida europea dei movimenti fascisti e facendo sì che l'evoluzione del fascismo avvenisse in una altra direzione: accettando la sua subordinazione al nazismo, sempre più accentuando il carattere del razzismo, avventurandosi nella seconda guerra mondiale che, con la Resistenza, segnò la fine di quella illusione[17].

Ma pur sempre di illusione si era trattato … perché alla base del pensiero che il regime potesse essere impiegato per una restaurazione cattolica in senso antimoderno c'era un errore di fondo che consisteva nel ritenere che il fascismo fosse una pura forza, mera passività, riducibile e utilizzabile come strumento; senza riflettere, però, sul fatto che in questa forza conteneva una implicita ma ben definita filosofia che Del Noce sintetizza nella felice espressione "galvanizzare rivoluzionariamente il marxismo attraverso Nietzsche", esaltando così la lettura che di Nietzsche si faceva nel primo Novecento[18].

Il fascismo, in altri termini, poiché era stato fondato da chi aveva accostato Nietzsche come maestro d'azione, non poteva non cogliere ed accettare il corollario essenziale del suo pensiero compendiabile nella tesi secondo la quale la caduta dell'idea di Dio comporta inevitabilmente la caduta dell'idea di verità. Se è così è chiaro che il fascismo non poteva adempiere a quel compito di recupero

[17] Cfr. A. DEL NOCE, *Cristianesimo tra fascismo e comunismo*, cit., p. 70.

[18] A. Del Noce, *Cristianesimo tra fascismo e comunismo*, cit., p. 72: "subito dopo la fine della Seconda guerra mondiale si aprì il processo per la riabilitazione di Nietzsche, inteso a mostrare come il suo pensiero nulla avesse a che fare col fascismo e col nazismo. Dura da allora, e può continuare all'infinito, tanto ingenui sono i termini in cui è stato posto, che si riducono a questi: Nietzsche era un genio, fascismo e nazismo sono stupidità e crudeltà; dunque Nietzsche non può essere collocato tra i precursori di quello che è negatività pura. Ora è un fatto che Nietzsche possa venir letto in due modi del tutto diversi. Come colui che, in quanto fu il più acuto fenomenologo dell'ateismo, ha pure enunciato la veduta profetica di quel che sarebbe accaduto nel nostro tempo; sotto questo rapporto guida interpretativa insuperabile (e oggi viene generalmente letto in questo modo). Ma è pur vero che nella sua opera vi è anche un altro aspetto, quello per cui si propone come maestro d'azione; e non si può negare il fatto che in questi termini fosse letto nel primo Novecento e che in questo senso lo leggessero, anche se in modo diverso, così D'Annunzio come Mussolini". Tra i pochi, in quegli anni, a leggere diversamente la figura di Nietzsche è Giuseppe Capograssi, cfr. M. SIRIMARCO, *Oltre il nichilismo giuridico. Il realismo cristiano di Giuseppe Capograssi*, in "Nomos. Le attualità nel diritto", 1/2021 e ID., *Poesia pensante e pensiero poetante. Note leopardiane nella filosofia di Giuseppe Capograssi*, in "Nomos. Le attualità nel diritto", 1/2022.

archeologico che una certa filosofia della storia gli voleva affidare perché doveva invece, col nichilismo che lo ispirava, esplicare una sua diversa funzione etico-pedagogica che partiva proprio dal tentativo di abolire la disposizione spirituale a pensare in termini di verità. Ed è quindi altrettanto evidente che in questa direzione etico-pedagogica il fascismo "non poteva affatto servire a un risveglio cattolico"[19].

A rafforzare quella convergenza di interessi, contribuivano altri momenti di contatto anche di natura filosofica: tra l'individualismo borghese, che antepone i diritti della molteplicità all'esigenza di unità e l'organicismo fascista, che sacrifica il molteplice in funzione dell'unità, indubbiamente il secondo si avvicinava, almeno in apparenza, a quel concetto di organicità del reale di cui avevano parlato autori, certamente noti negli ambienti della FUCI del tempo e letti dal giovane Moro, come Mons. Francesco Olgiati[20] e Giorgio La Pira per il quale "organico è dunque il reale: tutti gli enti sono fra loro uniti da un vincolo organico di solidarietà e di integrazione reciproca"[21]. Si tratta di un punto assai rilevante, anche per la nostra ricerca, perché spesso Moro è stato considerato legato all'organicismo e al suo corollario politico-giuridico dello Stato etico. È il caso allora di fare chiarezza prima sul tema in generale poi con riferimento a Moro.

Il riferimento all'organicismo dei cattolici è da intendersi in senso molto diverso da quello a cui pensano i filosofi e giuristi di regime. La caratteristica dell'organicismo sociale cattolico, a partire dalla *Rerum Novarum*, è data dall'idea ottimistica che le formazioni sociali naturali siano destinate ad una pacifica coesistenza fatta di rispetto, mirante alla reciproca cooperazione, e che quindi nella società tutte le sue varie componenti siano in grado di sviluppare le energie materiali e spirituali per superare le varie difficoltà e per perseguire non solo le proprie finalità ma per contribuire al bene comune. Da qui l'idea che la vita sociale deve trovare alimento e

[19] A. DEL NOCE, *Cristianesimo tra fascismo e marxismo*, cit. p. 73. Cfr. L. CECI, *La Chiesa e il fascismo. Nuovi paradigmi e nuove fonti*, in "Studi storici", n. 1/2014.

[20] F. OLGIATI, *L'organicità del reale*, in "Rivista di filosofia neoscolastica", 1915 e, più in generale, ID., *Il concetto di giuridicità in San Tommaso d'Aquino*, Vita e Pensiero, Milano, 1955.

[21] G. LA PIRA, *Il concetto di legge secondo San Tommaso*, in "Rivista di filosofia neoscolastica", 1930, maggio-agosto, p. 5 e, ancor più importante, ID., *Il diritto naturale nella concezione di San Tommaso d'Aquino*, in "Rivista di filosofia neoscolastica", 1934.

forza non dall'intervento dello Stato ma dallo sviluppo della solidarietà tra le parti e quindi l'idea che allo Stato deve attribuirsi un compito sussidiario nei confronti del libero e autonomo esplicarsi delle forze sociali organiche, qualora esse siano in grado di perseguire quelle finalità (e naturalmente attribuendo allo Stato un obbligo d'intervento nel caso contrario).

Nel corporativismo di matrice fascista lo Stato, invece, assorbe la società poiché esso diventa una grande impresa in cui ogni elemento sociale (ogni formazione, ogni gruppo, ogni individuo) è chiamato obbligatoriamente a svolgere una funzione centralmente stabilita e sotto la guida di un comando unitario, in una struttura verticale e gerarchica. Come è noto, l'unità massima cui questo tipo di organicismo aspira è la considerazione e l'unificazione indivisibile dell'intera società secondo un unico principio di vita organica, identificata addirittura come la vita di un unico organismo vivente. In questa visione, evidentemente, non c'è spazio per l'autonomia dei gruppi intermedi e delle formazioni sociali naturali e lo Stato si atteggia come quell'unico organismo in cui l'individuo, opportunamente privato del suo essenziale e vitale legame sociale, è posto senza intermediazioni e senza difese sotto il potere totale e totalmente assorbente dello Stato[22].

Certamente sul piano della realizzazione pratica dell'idea corporativa le cose andarono diversamente. Il tema è estremamente complesso ed esula dallo scopo del presente lavoro ma, come ha sostenuto con la consueta lucidità e profondità, Paolo Grossi, la versione pluralistica del corporativismo europeo si trovò a fare i conti in Italia con un regime autoritario che la utilizzò, a partire dalla legge del 1926, per i propri fini ma che non poté fare a meno di esorcizzarne del tutto il pluralismo che lo caratterizzava. Il corporativismo rappresentò infatti "una croce per il regime: una realtà addomesticata e mai interamente domata, che permise per tutto il corso del ventennio, posizioni estrose e conclusioni controcorrente,

[22] Cfr. G. ZAGREBELSKY, *Società - Stato - Costituzione*. *Lezioni di dottrina dello Stato*, Giappichelli, Torino, 1988, p. 61 ss. Cfr. I. MASSA PINTO, *Il principio di sussidiarietà. Profili storici e costituzionali*, Napoli, 2003, p. 179. Cfr., anche, M. SIRIMARCO, *Il principio di sussidiarietà. Alcune puntualizzazioni teoriche,* cit., p. 9 ss. e C. MILLOL-DELSOL, *Lo Stato e la sussidiarietà*, cit., diffusamente.

dirittifondamentali.it

segnalando un rivolo pluralista che continuava a scorrere pur tra mille difficoltà"[23]. Questa ricostruzione è molto convincente ed aiuta a capire anche perché l'associazionismo cattolico continuasse ad operare, appunto, nonostante gli attriti e le mille difficoltà, ed è totalmente condivisibile il giudizio finale che Grossi dà sull'esperienza corporativa: una esperienza che rappresenta la versione deformata e autoritaria di un ordinamento corporativo perché corporativismo non significa solo riconoscimento e considerazione delle collettività organizzate dai corpi sociali, e dei loro interessi particolari, ma significa anche necessità di ricomporli in un superiore interesse nazionale. Ne consegue il rischio che il suo volto si possa presentare mutato e trasformato se nella sua realizzazione pratica si esaltano maggiormente gli interessi collettivi rispetto all'interesse generale. Ma, nonostante la deformazione autoritaria, il tentativo di risolvere la società nello Stato non riuscì e, seppur involontariamente, si realizzò il risultato "che la società non si appiattisse interamente sull'apparato"[24].

Certo c'erano state altre profonde e insanabili crepe, altri motivi di tensione a far sì che la diffidenza tra cattolici e fascismo fosse sempre più tangibile e far sì che un antifascismo cattolico si potesse alimentare sempre più, e prima della Resistenza, con un percorso tutto nuovo rispetto ai partiti tradizionali, tanto da far parlare di un "neoantifascismo"[25].

---

[23] P. GROSSI, *Scienza giuridica. Un profilo storico (1860-1950)*, Giuffrè, Milano, 2000, p. 171 ss.

[24] P. GROSSI, *Scienza giuridica. Un profilo storico*, cit., p. 177-178. Naturalmente il corporativismo ha rappresentato un momento di notevole fecondità per la riflessione giuridico e filosofico-giuridica offrendo la possibilità di un ripensamento di molte questioni essenziali per la cultura giuridica italiana, dal problema del rapporto tra diritto ed economia a quello fra statalismo e pluralismo, dalla problematica sulla pluralità degli ordinamenti giuridici alla reimpostazione della dottrina delle fonti, alla necessità di articolazione del rapporto pubblico-privato. Anche nella filosofia del diritto il tema fu affrontato da filosofi (in vivace polemica tra loro) come Arnaldo Volpicelli e, soprattutto, da Widar Cesarini Sforza, un autore probabilmente letto da Moro per la sua attenzione al tema dell'autonomia dei privati e della pluralità degli ordinamenti giuridici, che propose una definizione del giuridico tentando di superare l'idealismo gentiliano. Cfr. G. FRANCHI, *Arnaldo Volpicelli. Per una teoria dell'autogoverno*, ESI, Napoli, 2003.

[25] S. COTTA, *La Resistenza. Come e perché*, Bonacci, Roma, 1994, p. 68 ss., per il quale la generazione dei littoriali giunse all'antifascismo con un percorso autonomo rispetto ai vecchi partiti anche se dopo vi confluì: "in proposito è importante notare che dei tre maggiori teorici dell'antifascismo italiano - Croce, Sturzo e Rosselli (l'opera teorica di Gramsci allora era ignorata) - il più noto, quello che ebbe maggiore influenza sul neoantifascismo, fu proprio il

Molti cattolici avevano evidenziato la radicale antinomia tra cattolici e fascismo per il caratterizzarsi sempre più di questo movimento come religione politica, anticipando le tesi di quanti vedranno in questo elemento uno dei tratti caratterizzanti il fascismo come totalitarismo[26].

Luigi Sturzo aveva quasi subito messo in evidenza l'incompatibilità tra cattolicesimo e fascismo, aveva messo in guardia i cattolici dal carattere "pagano" di molti riti e manifestazioni del regime, aveva richiamato i rischi insiti in una visione che definiva statolatrica e deificata della nazione, aveva denunciato l'uso indiscriminato della violenza come strumento di lotta politica, aveva colto, soprattutto, la tendenza totalitaria e dominatrice ossia il tentativo di trasformazione

primo. E non solo, com'è ovvio, perché i suoi scritti potevano circolare liberamente: infatti la sua influenza sembra esser stata prevalente anche in ambienti ai quali erano accessibili le opere degli altri. Ma soprattutto perché l'opposizione crociana al fascismo, nella sua quasi sacerdotale difesa della religione della libertà, era di carattere più generale, meno ideologicamente delimitata, spirituale e morale prima ancora che politica. Inoltre, l'insegnamento di Croce non era inteso allora nel senso di una semplice restaurazione prefascista. A differenza dei vecchi antifascisti, i giovani non vedevano tanto in lui l'esaltatore del liberalismo ottocentesco o dell'età giolittiana - da lui amati e difesi con passione - quanto il pensatore che, in costante colloquio col marxismo, appariva averlo superato. Le insufficienze di questo superamento sono state poi rilevate, con particolare acume, da Del Noce, ma allora Croce sembrava aprire ai giovani nuove vie al di là della rigida alternativa tra marxismo e fascismo nella quale il regime tentava di richiuderla. E infine col suo *Perché non possiamo non dirci cristiani* (1942), Croce portava la sua religione della libertà a un livello più alto in cui l'incontro tra cattolici e laici, già in atto per la congiunta opposizione al totalitarismo, si poteva alimentare di una più forte e comune spinta ideale". Questa tesi fu avanzata da P. SCOPPOLA, *Dal neoguelfismo alla Democrazia cristiana*, Edizioni Studium, Roma, 1957, pp. 169-170: "quel che conta rilevare a proposito di questi contrasti della Chiesa e del mondo cattolico con il regime è proprio questo: che a fianco dell'antifascismo politico dei cattolici che avevano militato nel Partito popolare, a fianco all'antifascismo di Sturzo e De Gasperi, un nuovo antifascismo, originale, se così può dirsi, andava sorgendo nelle file del mondo cattolico e in particolare in certi settori dell'Azione Cattolica, un antifascismo morale più che politico, fondato sulla coscienza sempre più chiara che il fascismo traeva la sua ispirazione da principi inconciliabili con il cristianesimo e che, se la Chiesa aveva da esso avuto dei vantaggi, questi erano il frutto di una occasionale convergenza di interessi che non toglieva nulla al profondo contrasto fra le due concezioni e i due sistemi di vita".

[26] Il tema della natura "religiosa", o di religione politica, del fascismo è alla base delle ricostruzioni storiografiche che vedono nel fascismo italiano una forma di totalitarismo, cfr. E. GENTILE, *Fascismo. Storia e interpretazioni*, Laterza, Roma-Bari, 2020, p. 11 ss., per il quale fra le caratteristiche essenziali del totalitarismo, che sono riscontrabili fin dalle origini nel fascismo italiano, vi è proprio l'idea di una religione politica, anzi il fascismo si presenta come una delle principali manifestazioni del fenomeno moderno della sacralizzazione della politica.

totalitaria di ogni forza morale, culturale, politica, religiosa in una nuova concezione, appunto quella fascista[27].

Nello stesso anno, 1924, Igino Giordani aveva parlato dell'affermarsi di una religione fascista e aveva, per questo, ammonito la Chiesa sul rischio di un accordo col fascismo che per la sua anima totalitaria, egocentrica, assorbente, non può tollerare altre forze autonome, spontanee, fuori dal suo controllo centralistico e aveva, da subito, sostenuto l'assurdità del proposito di conformare il fascismo ai principi etici della Chiesa perché il fascismo "per cristianizzarsi, ha da rinunziare, non solo a velleità cesaropapiste, ma al suo spirito totalitario, di violenza, di amoralità, di illegalismo e di sopraffazione operati senza discrezioni di mezzi; ha da rinunziare insomma a tutta quella superfetazione d'istinti postbellici che erroneamente o no, in linguaggio comune, si chiama fascismo"[28].

Ma potremmo continuare ricordando altri nomi da don Giovanni Minzoni, ucciso a bastonate nel 1923, a Giuseppe Donati direttore de "Il popolo", da Francesco Luigi Ferrari, che denunciò la politica della 'non politica' della Chiesa a Guido Miglioli delle leghe bianche. O potremmo ricordare l'esperienza e le opere di don Primo Mazzolari che, non certo casualmente, fu invitato da Moro presidente della FUCI a scrivere per Azione Fucina. E don Primo non era certo una figura neutrale o tiepida o sbiadita, ma estremamente discussa per il suo antifascismo e per le aperture al comunismo (poi autore, tra l'altro, del controverso *Il compagno Cristo*, del 1945). In

[27] L. STURZO, *Popolarismo e fascismo*, Storia e letteratura, Roma, 2013 (1924), p. 38 e ID., *Chiesa e Stato, studio sociologico storico*, Storia e letteratura, Roma, 2002 (ma pubblicato la prima volta in Francia nel 1937): "Il Fascismo, avendo fatto del suo stato una concezione etica totale (noi diremmo panteista), ha cercato in tutti i modi di inserirvi la chiesa, senza perciò perdere il suo carattere laico: questo il compromesso unilaterale e paradossale del fascismo. A impedire che la Chiesa vi si opponesse e lo contraddicesse, era nel fondo della mentalità fascista la minaccia tacita e sottintesa (qualche volta affiorata) di una lotta senza limiti. E poiché il fascismo ha potuto progressivamente conquistare tutti i gangli della vita pubblica e privata e sottoporre gli italiani ad una disciplina fatta di soggezione e di paura nei tiepidi e di entusiasmo e superbia nei seguaci, così ha sottoposto al medesimo trattamento politico e mistico il clero e gli organismi ecclesiastici, non mancando di usare con loro i favori e di farli vigilare dall'Ovra". Cfr. L. STURZO, *Il partito popolare italiano*, Rubbettino, Soveria Mannelli, 2007. Sul pensiero di Sturzo, oltre al classico lavoro di G. DE ROSA, *Luigi Sturzo*, UTET, Torino, 1977, cfr. A. FRUCI, *Diritto e stato nel pensiero di Luigi Sturzo*, Edizioni Nuova Cultura, Roma, 2012.

[28] I. GIORDANI, *Motivi di religione fascista*, in "Il Popolo", 10 maggio 1924. Cfr. C. BREZZI, *L'antifascismo cattolico*, in AA.VV., *La Resistenza italiana. Dall'opposizione al fascismo alla lotta popolare*, Mondadori, Milano, 1975.

un articolo del 1937 su "Vita cattolica", rivista sequestrata dalla autorità, si era posto il problema del comunismo e della ineluttabilità del dialogo con i cattolici: "quando una rivoluzione che pur devastando molte cose, altre ne ricostruiscono o pretendono di ricostruire, e viene a durare e a prendere piede fra popoli presso i quali non vale la scusa di primitività o di servaggio, la riflessione si impone anche al più pacifico e fiducioso cittadino" [29]. E questa riflessione si impone, per don Primo, soprattutto, all'uomo di fede se vuole apprestare strumenti e forze di resistenza e se vuole evitare equivoci e confusioni sul piano etico e culturale.

Nel campo della formazione dei giovani il fascismo mostra il suo volto più intransigente e integralista perché, nella prospettiva della costruzione dell'uomo nuovo, era indispensabile acquisire il monopolio dell'educazione. E tutte le riforme approvate stabilivano, infatti, un collegamento organico sempre più forte tra il partito e la scuola e l'università con l'obbligo di frequenza e di iscrizione alle organizzazioni fasciste.

Lo scontro con l'associazionismo cattolico divenne pressoché inevitabile: è del 1931 l'enciclica *Quadragesimo anno* che traccia le linee di una filosofia politica cattolica basata sul principio di sussidiarietà (introdotto in parte nella *Rerum Novarum* del 1891 per rivendicare, in quel diverso contesto, l'intervento di uno Stato latitante), solo strumentalmente avvicinato al corporativismo come accennato, che è soprattutto la rivendicazione dell'autonomia delle formazioni sociali rispetto all'invadenza dello Stato onnipotente e quindi del primato della libertà e della dignità sull'autorità. Nella *Quadragesimo anno* non solo si comincia a delineare una

[29] P. MAZZOLARI, *Istanze comuniste e impegni cristiani*, ATLEM, Mantova, 1945: "Nei rapporti col comunismo conviene sempre tener presente la passione di giustizia che soffre negli umili, più che i postulati filosofici dei suoi intellettuali e le traduzioni economico-sociali che essi ne fanno, per vedere come essa si accordi con la nostra sete di giustizia (non è la stessa sete?) e fin dove possiamo accompagnarci per realizzarla, a quali condizioni, entro quali limiti". Cfr. anche P. MAZZOLARI, *Tempo d'amare. Scritti sulla stampa dell'Azione Cattolica*, AVE, Roma, 2013. In generale sulla figura di don Primo, cfr. L. BEDESCHI, *Cattolici e comunisti. Dal socialismo cristiano ai cristiani marxisti*, Feltrinelli, Milano, 1974, per il quale "l'elemento politico, mai disgiunto dalle componenti religiose, sembra assumere un certo predominio durante il fascismo", da qui i suoi scritti antifascisti, la sua azione nella Resistenza ideologica e armata e successivamente la sua partecipazione attiva alla stesura del programma democratico cristiano e la sua delusione. Cfr. Anche G. CAMPANINI, *Don Primo Mazzolari. Un protagonista del Novecento*, Morcelliana, Brescia 2019.

posizione critica verso lo Stato onnipotente in un momento in cui il regime mostrava il suo vero volto mirando ad una forte limitazione dell'associazionismo cattolico a seguito della decisione di Mussolini di far chiudere i circoli della gioventù cattolica e delle federazioni universitarie cattoliche. Ma, soprattutto, si comincia a prendere consapevolezza della incompatibilità tra Chiesa e fascismo sempre più atteggiantesi a Stato etico con la sua pretesa totalitaria. Nella successiva enciclica di Pio XI *Non abbiamo bisogno* (del giugno del 1931) la Chiesa reagisce al proposito "di monopolizzare interamente la gioventù, dalla primissima fanciullezza fino all'età adulta, a tutto esclusivo vantaggio di un partito, di un regime, sulla base di una ideologia che dichiaratamente si risolve in una vera e propria statolatria pagana non meno in pieno contrasto coi diritti naturali della famiglia che coi diritti soprannaturali della Chiesa".

Riassumendo e sintetizzando al massimo su questo punto possiamo dire conclusivamente: principio di autonomia e solidarietà/sussidiarietà da una parte, gerarchia e autorità dall'altra; dignità e sviluppo della persona da una parte, Stato totalitario ed etico dall'altra. Quindi netta inconciliabilità sul piano teoretico e pratico.

3. Aldo Moro, la FUCI, i Littoriali

In questo contesto politico, culturale ed ecclesiale Moro aveva maturato la sua adesione all'associazionismo cattolico e alla FUCI dove arriva a ricoprire gli incarichi più prestigiosi fino alla Presidenza.

È bene precisare che fino alla immediata vigilia del suo ingresso in politica, gli interessi di Moro sono di natura prettamente culturali-religiosi-ecclesiali, certamente in sintonia con quelle che erano le linee programmatiche della FUCI e con alcune delle tendenze presenti nella galassia cattolica e vivendo pienamente

dirittifondamentali.it

tutta la difficile condizione in cui si trova una intera generazione di giovani cattolici. La sua bussola resta sempre, l'opinione è condivisa da tutti gli studiosi, l'estrema coerenza e la fedeltà ai doveri derivanti dal suo impegno nella FUCI prima e nei laureati cattolici[30].

E solo in questo quadro si può capire e spiegare la sua partecipazione ai Littoriali della cultura e dell'arte. Trattandosi di un tema non ancora adeguatamente approfondito dalla storiografia, resta sempre utile rileggere le pagine di un testimone del tempo, Ruggero Zangrandi, nel suo *Il lungo viaggio attraverso il fascismo*: un testo sempre molto prezioso per ricostruire il travaglio di tutta una generazione che ha attraversato lo "sciagurato ventennio" (per dirla con Capograssi) e per ricostruire le coordinate politiche e culturali in cui si svolgevano i Littoriali[31].

Si trattava di una di quelle manifestazioni nelle quali il fascismo si comportava con una relativa liberalità e apertura; in quei dibattiti potevavo trovare voce quasi tutte le posizioni che il mondo giovanile assumeva di fronte al fascismo. Ecco perché non è inconsueto che in questi momenti potevano intervenire giovani fascisti più o meno ortodossi, giovani critici e dissidenti e anche non pochi che palesavano sentimenti più o meno decisamente antifascisti con discussioni che rappresentavano una vera e propria provocazione rispetto alle posizioni ufficiali. Dalla testimonianza di Zangrandi emerge l'impronta dei Littoriali che fu quella dell'anticonformismo e della vivacità, come dimostra il fatto che "spesso in determinati convegni vennero addirittura a formarsi schieramenti di opposizione quasi palese che i commissari e le autorità avvertirono e contrastarono e soffocarono"[32]. E lo stesso Zangrandi, che pur criticandone la linea difensiva scelta quando fu attaccato dai missini, ricorda che Moro partecipò ai Littoriali come dirigente della FUCI, certamente al tempo una delle organizzazioni cattoliche meno

[30] R. MORO, *La formazione giovanile di Aldo Moro*, cit., diffusamente. Ma quasi tutti gli autori che si sono occupati a vario titolo di questo tema non mettono in dubbio questa premessa.

[31] R. ZANGRANDI, *Il lungo viaggio attraverso il fascismo. Contributo alla storia di una generazione*, Feltrinelli, Milano, 1963.

[32] R. ZANGRANDI, *Il lungo viaggio attraverso il fascismo*, cit, p. 101 ss.

allineate al fascismo con il corollario che essere iscritto ad essa, se non rappresentava un atto di aperta ostilità al regime, significava indubbiamente mettere da parte qualsiasi velleità di carriera politica[33]. Quindi nessun opportunismo o carrierismo in quella partecipazione.

Alla luce di queste considerazioni si può concludere su questo punto prendendo in prestito due riflessioni totalmente condivisibili di Renato Moro (forse lo storico che in modo più approfondito e documentato ha lavorato al tema della formazione di Moro e della classe dirigente cattolica del tempo).

Da una parte è da ribadire la lontananza, innanzitutto anagrafica ma non solo, della generazione di giovani come Moro dalla precedente generazione ancora legata, almeno a livello di reminiscenze, alla tradizione popolare. La generazione di cui Moro è, come detto, esempio emblematico, invece, si era educata completamente in epoca fascista e quindi i legami col popolarismo non erano stati spezzati perché semplicemente non erano mai nati. Da qui la tesi secondo la quale appare poco rilevante il problema di definire in termini precisi la personale posizione del giovane Moro di fronte al fascismo. Che comunque "è quella di un giovane pienamente – e verrebbe da dire naturalmente – inserito nell'universo del consenso e allo stesso tempo portatore non solo di una certa riserva cattolica nei confronti delle tendenze più radicali del regime ma anche di posizioni critiche personali, legate all'anticonformismo e alla fronda presenti nel mondo universitario"[34].

Ma, e questo sembra il dato più importante da sottolineare, la generazione di Moro esce da quella illusione che aveva guidato tanti cattolici nel loro complesso rapporto col regime e abbandona ogni atteggiamento strumentale e ogni velleità di utilizzare il fascismo in chiave di restaurazione cattolica, o anche di ripensamento del regime all'interno di un disegno di significato religioso. Solo superando quella illusione si poteva guardare al regime e al futuro con occhi diversi.

[33] R. ZANGRANDI, *Il lungo viaggio attraverso il fascismo*, cit., p. 105: "Aldo Moro è un sincero democratico, che non dovrebbe sentire il bisogno di mendicare patenti di antifascismo. Tra l'altro, per ciò che ne rammento, anche quando interveniva ai Littoriali, era un dirigente della FUCI, una delle organizzazioni meno ligie al fascismo".

[34] R. MORO, *La formazione giovanile di Aldo Moro*, cit., pp. 894-895.

dirittifondamentali.it

4. Moro-Capograssi: prime annotazioni

Un altro aspetto essenziale sul quale è necessario svolgere qualche considerazione (che vale in qualche modo da introduzione alla seconda parte di questo contributo) riguarda il tema delle matrici culturali e filosofiche del giovane Moro, con particolare riferimento a quella preziosa ma non agevole fonte (senza note e riferimenti bibliografici) che è data dalle sue richiamate lezioni di Filosofia del diritto tenute a Bari (soprattutto quelle pubblicate da Cedam nel 1943) che si presentano in una versione più completa rispetto alle dispense del 1940-41[35].

La maggior parte delle ricostruzioni del periodo formativo di Moro mi sembra siano orientate a rintracciare la maggiore fonte di ispirazione nel pensiero personalista in particolare in Mounier e Maritain (ma occorrerebbe fare diverse puntualizzazioni trattandosi di una corrente filosofica che, al pari di quella vicina dell'esistenzialismo, rischia di presentarsi come un contenitore dove trovare un po' di tutto)[36]. Certamente non si può negare questa presenza (evidente, per esempio,

[35] Successivamente, nel 1978 e nel 2006, l'editore Cacucci di Bari ha pubblicato i corsi delle lezioni di Moro degli anni seguenti.

[36] Cfr. M. SIRIMARCO, *Oltre il nichilismo giuridico*. *Il realismo cristiano di Giuseppe Capograssi*, cit., p. 11 e ss. per alcune considerazioni sull'abuso dell'espressione personalismo che possono valere anche per Moro. Tralasciando le traversie che il termine persona ha subito nella storia del pensiero e alla sua rinascita col cristianesimo, e tenendo conto delle diversissime valenze del personalismo, esso si caratterizza però, nelle sue linee generali, per una netta distinzione/opposizione, che è essenzialmente assiologica soprattutto in Gabriel Marcel ma anche in Maritain, tra individuo e persona, dove individuo è elemento statistico materiale naturalistico passivo inautentico chiuso egoistico di contro alla persona che è attività spiritualità autenticità apertura relazionalità. Non è così in Capograssi che parla di individuo anonimo e statistico, reso senza individualità dalle diverse forme di totalitarismo e di massificazione, ma che resiste come soggetto di tutta la vita. E anzi, lamentando il fatto che la cultura filosofica non abbia studiato in modo adeguato questo individuo statistico, il filosofo sulmonese sostiene che «esistere ed essere individuo sono la stessa cosa» e che questo individuo, pezzo della stessa stoffa degli altri pezzi (che solo esteriormente si determina per negazione dagli altri individui grazie ad una serie di accidenti, *forma*, *figura*, *locus*, *stirps*, *nomen*, *patria*, *tempus*), scopre un *quid* interno, un punto dove vanno a confluire quegli accidenti esterni. Questo *quid* è il suo determinarsi come «una vita positiva nella sua individualità, come una vita che in tanto agisce, in quanto nella sua azione non fa altro che realizzare porre presentare determinare in tutti i modi questo suo essere individuale o individualità»; questo quid è, dunque, il fine profondo che l'individuo nel suo agire si propone: «se mi guardo a fondo veggo che c'è in me, io sono una volontà profonda la quale […] è certo che non vuole altro che porsi come una vita unica e

sul tema del rapporto cristianesimo-modernità o a certi riferimenti alla persona o ad una visione più relazionale o comunitaria dell'esperienza) che era abbastanza scontata, quasi istituzionale, per gli ambienti fucini e montiniani, anche se credo che questa influenza produca i suoi frutti maggiori soprattutto in un periodo successivo, possiamo dire dalla Costituente in poi, e in particolare quando l'impegno politico attivo diventa preponderante nella sua vita[37].

In Moro sembra molto più significativa, restando ferma l'originalità del suo pensiero, la vicinanza più che l'influenza, forse data per scontata ma forse mai realmente approfondita, con Giuseppe Capograssi, una delle personalità più importanti della filosofia cattolica del Novecento italiano, anche se non sempre riconosciuta come tale.

È grazie a Capograssi, che in quegli anni aveva già pubblicato opere di straordinario livello come *Saggio sullo Stato*, *Riflessioni sull'autorità e la sua crisi*, *Analisi dell'esperienza comune*, *Studi sull'esperienza giuridica* e *Il problema della scienza*

---

unitaria, che perché unica non si confonde con nessun'altra, e che perciò raccoglie e dà unità e significato a quelle circostanze e accidenti, che perciò diventano contrassegnanti. L'individuo è proprio questa volontà costitutiva, la quale ha per oggetto e per direzione proprio questo trasformare il fatto negativo e accidentale dell'individuo in vera e propria individualità» (G. CAPOGRASSI, *Incertezze sull'individuo*, in ID., *La vita etica*, Bompiani, Milano, 2008, p. 537). Sul tema resta magistrale la lezione di S. COTTA, *Individuo Persona Mondo umano*, Giappichelli, Torino, 1989.

[37] A conferma di questa tesi, cfr. L. ELIA, *Maritain e la rinascita della democrazia. Schema per una ricerca*, in "Studium", n. 5/1977, p. 586, che, dopo aver ricordato che *Umanesimo integrale* era conosciuto in ristrettissimi circoli dopo la sua uscita in Francia e la traduzione Dore apparve in Italia nel 1946, a dimostrazione dell'influenza di Maritain sui costituenti cattolici sottolinea la divaricazione della posizione di questi ultimi in Assemblea costituente rispetto alle tesi sostenute nel cd. Codice di Camaldoli: "in questa ripresa ammodernata del codice di Malines direi che la parte dedicata ai rapporti uomo-Stato risente più direttamente delle formulazioni e dei suggerimenti di Capograssi, meno prossimo al tomismo, e più legato al pensiero di Vico ed alla filosofia dell'esperienza; anche quando giunge alle stesse conclusioni di Maritain in tema di valorizzazione della persona umana, tuttavia la sensibilità ed il linguaggio sono di timbro diverso". Più in generale, però, resta controverso e ancora molto dibattuto il tema della ricezione di Maritain nel nostro paese. A sostegno della tesi sostenuta in questo mio scritto, cfr. A. RIGOBELLO, *Jacques Maritain e la riflessione filosofica in Italia*, in "Angelicum", n. 1/1987, p. 108 e ss. che, dopo aver precisato la diversa genesi teoretica del personalismo italiano da quello francese e in particolare di Maritain, afferma che "l'influsso di Maritain e il largo ruolo da esso esercitato nel nostro paese si spiegano […] nella richiesta di una giustificazione speculativa da parte dei movimenti cattolici impegnati, da gruppi di cattolici intellettuali che, isolati nella tradizione italiana, si rivolsero al messaggio che dalla Francia giungeva a noi nell'immediato dopoguerra. Maritain quindi è più vivo e ampiamente presente nel testo della nostra Costituzione, che nelle memorie accademiche delle nostre università".

del diritto e altri saggi sulla "Rivista internazionale di filosofia del diritto" (tutte opere che conservano intatta la loro attualità soprattutto nella prospettiva del superamento del nichilismo filosofico e giuridico[38]), che si compie il superamento dell'idealismo, stante l'impossibilità di correggerne dall'interno il sistema, con la sua filosofia dell'esperienza comune. E Capograssi rappresentava, sul versante cattolico, la voce più originale nel campo filosofico giuridico-politico anche grazie alla sua capacità di cogliere e di anticipare a volte i fermenti nuovi (fenomenologici, esistenzialistici, ermeneutici) della filosofia europea e al suo non essere allineato con le posizioni ufficiali che si andavano a istituzionalizzarsi su posizioni antimoderne.

È solo possibile accennare rapidamente ad alcuni punti che tracciano questa convergenza/vicinanza o complementarità tra il pensiero di Moro e quello di Capograssi.

Certamente il concetto di esperienza giuridica, che è il cuore dell'etica di Capograssi, l'idea cioè che il diritto sia concreta espressione della vita, il diritto come modalità della coesistenza, come esperienza comune degli individui che agiscono e agendo creano vichianamente il mondo umano della storia, è anche presente in Moro che non a caso apre le sue le sue lezioni di Filosofia del diritto proprio con le riflessioni sulla vita e sull'esperienza giuridica. Ed è presente, certo con diverse intonazioni, che non è possibile in questa sede indagare e ricostruire, ma soprattutto come comune esigenza di utilizzare il concetto di esperienza come approccio non idealistico alla filosofia del diritto, nonostante evidenti affinità rilevate da diversi autori[39].

E mi sembra che sia comune la matrice fenomenologica del concetto di esperienza, secondo la sensibilità che si andava affermando nella filosofia europea e che Capograssi aveva colto nel suo fondamentale *Studi sull'esperienza giuridica* del 1932, dove si legge: "uno dei risultati più essenziali degli studi moderni, è sato che essi, sottraendosi all'impero degli schemi dedotti dalle filosofie classiche, hanno

[38] M. SIRIMARCO, *Oltre il nichilismo giuridico. Il realismo cristiano di Giuseppe Capograssi*, cit.

[39] Anche N. BOBBIO, *Il giovane Moro*, cit. p. 297, ha messo in evidenza questo tratto di possibile convergenza tra i due autori.

dimostrato tutta la fondamentale importanza e autonomia della vita sentimentale, intendendosi per sentimento non il piacere o il dolore, ma tutta la vita affettiva che culmina nell'amore e nell'odio", con la conseguenza che "l'azione ne è uscita trasformata, perché l'azione trae la sua vita non tanto dall'intelligenza o pensiero riflesso o del calcolo utilitario o dalla legge morale come modo imperativo, ma proprio da questa profonda vita sentimentale e amorevole con cui si realizza la profonda aspirazione del soggetto verso i valori sensibili vitali spirituali che dominano il suo sforzo"[40].

È la logica del cuore che viene messa al centro del pensiero moderno (il riferimento è naturalmente a Max Scheler) che anima anche le pagine delle lezioni morotee, come molto bene è stato messo in evidenza[41]: "il processo etico dello spirito si svolge come intelligenza realizzantesi nella storia o, potremmo dire, come amore illuminato, che realizza la verità luminosa che ne è la legge. Cioè la volontà umana realizzatrice di valori etici nel mondo della storia va intesa appunto come un operante principio di amore"[42]. Principio di amore che è alla base dell'azione e dell'esperienza, nonostante il male, il dolore e la morte.

Ancora, in Capograssi il diritto rappresenta un momento della vita etica, intesa come il percorso che porta l'individuo a raggiungere la sua individualità, secondo la lezione rosminiana, e poi a desiderare leopardianamente l'infinito e quindi Dio[43].

---

[40] G. CAPOGRASSI, *Studi sull'esperienza giuridica*, in *Opere di Giuseppe Capograssi*, Giuffrè, Milano, 1959, II, pp. 224-225.

[41] F. D'AGOSTINO, *Aldo Moro e la teoria del diritto*, in "Iustitia", 2016, pp. 475-476, per il quale la mitezza, la religiosità e soprattutto la bontà con cui spesso viene ricordato Moro trovano uno specifico riferimento non solo sul piano etico o psicologico ma su quello "ontologico" e cioè nel senso della bontà come via di accesso alla comprensione della realtà: "chi non ama, diceva Pascal, non può comprendere il mondo. Ma poiché solo chi è buono è capace di amare, ecco che la bontà va riconosciuta come la cifra, come la chiave ermeneutica fondamentale per la comprensione di tutte le cose, perfino di quelle che più ci turbano, che più fanno orrore". Cfr. R. BOZZI, *La filosofia giuridica*, in AA.VV., *Il messaggio di Aldo Moro*, Edizioni Studium, Roma, 1987, p. 68, per il quale "Moro non intende indagare sull'essenza profonda della struttura ontica dell'uomo: egli soltanto constata la sua vita, in termine non tecnico, potremmo dire la sua verità effettiva: siamo di fronte ad una fenomenologia dell'esistere umano". Cfr. A. SCHILLACI, *Persona ed esperienza giuridica nel pensiero di Aldo Moro*, in "*Videtur Quod*. Anuario del pensamiento critico", 1/2009.

[42] A. MORO, *Lo Stato*, cit. p. 22.

[43] M. SIRIMARCO, *Poesia pensante e pensiero poetante. Note leopardiane nella filosofia di Giuseppe Capograssi*, cit., diff.

In Moro lo stesso: il diritto è espressione della eticità, ponendosi, così come la politica, come una tappa della vita etica intesa come il processo attraverso il quale il soggetto realizza la sua vita più vera, attraverso il quale cioè l'individuo realizza se stesso, ascendendo dal piano della sua particolarità empirica a quello della universalità (e dell'assoluto e dell'eterno).

In questo senso naturalmente anche lo Stato è etico, anzi è necessariamente etico, non in senso idealistico, come Stato che esprime la eticità in quanto si pone come tutto, ma capograssianamente come Stato che, scrive Moro, "accoglie e compone in armonia i valori sviluppati dai singoli e dagli aggregati sociali minori dei quali si compone e senza i quali non sarebbe". Per questo motivo, pertanto, "la sua dignità è null'altro che la dignità stessa della vita e il suo valore nient'altro che il valore proprio dell'umanità"[44].

Comune ai due autori è l'avversione verso l'idea di uno Stato totale e onnipotente ma, allo stesso modo, la diffidenza verso visioni antistatualistiche, sempre presenti in tanta parte del cattolicesimo politico, latamente sussidiarie (non cogliendone il principio in tutta la sua valenza e paradossalità) o che pensano di ridurre al minimo la presenza dello Stato[45]. E da qui anche, in entrambi, l'attenzione verso il pluralismo delle formazioni sociali e le diverse forme di istituzionalismo, francese e romaniano[46].

Infine, c'è fortissima in Moro come in Capograssi la consapevolezza, direi agostiniana, dell'incompletezza della esperienza giuridica e più in generale della stessa vita etica, il loro non realizzarsi mai completamente, il loro continuo tendere

[44] A. MORO, *Lo Stato*, cit., p 145: "Sia ben chiaro dunque che lo Stato è etico, è anzi, se così vogliamo, il tutto etico, a patto che esso in sé accolga tutta le eticità della vita, senza sovrapporsi ad essa con un superiore assurdo criterio … e potrebbe perciò non essere affatto tale, quando la eticità, che è la sua sostanza, esso vada spegnendo con l'esaurire l'autonomia di valore dei singoli e delle parziali istituzioni sociali che esso compone".

[45] P. RIDOLA, *Capograssi, lo stato e i Costituenti*, in AA.VV., *Giuseppe Capograssi e l'impegno dei cattolici in politica*, Italia Nostra, Sulmona, 2020, che parla, a proposito dell'impegno di Moro in Assemblea costituente, di "evidenti suggestioni capograssiane" (p. 77).

[46] A. SCHILLACI, *Persona ed esperienza giuridica nel pensiero di Aldo Moro*, cit.

verso un momento successivo più alto …che si completa solo e necessariamente in Dio[47].

In una delle pagine più belle ed intense delle lezioni baresi il giovane Moro, con un *pathos* che ritroveremo solo nelle lettere dalla prigione delle Brigate Rosse, scrive: "l'evoluzione storica di cui noi saremo stati determinatori, non soddisferà le nostre ideali esigenze; la splendida promessa, che sembra contenuta nell'intrinseca forza e bellezza di quegli ideali, non sarà mantenuta. Ciò vuol dire che gli uomini dovranno pur sempre restare di fronte al diritto e allo Stato in una posizione di più o meno acuto pessimismo. E il loro dolore non sarà mai pienamente confortato. Ma questa insoddisfazione, ma questo dolore sono la stessa insoddisfazione dell'uomo di fronte alla vita, troppo spesso più angusta e meschina di quanto la sua ideale bellezza sembrerebbe fare legittimamente sperare. Il dolore dell'uomo che trova di continuo ogni cosa più piccola di quanto vorrebbe, la cui vita è tanto diversa dall'ideale vagheggiato nel sogno. È un dolore che non si placa, se non un poco, quando sia confessato ad anime che sappiano capire o cantato nell'arte o quando la forza di una fede o la bellezza della natura dissolvano quell'ansia e ridonino la pace. Forse il destino dell'uomo non è di realizzare pienamente la giustizia, ma di avere perpetuamente della giustizia fame e sete. Ma è pur sempre un grande destino"[48].

dirittifondamentali.it

[47] A. MORO, *Lo Stato*, cit., pp. 26-27, "quando il dolore non sia passivamente subito, ma sia attivamente operante, e quindi amore, propriamente la crisi è superata …è solo questa serena coscienza di una verità e di una gioia, che accompagna immancabilmente la vita, che dà significato e valore ad ogni vicenda lieta e triste e, inserendo appunto ogni esperienza nell'assoluto e nell'eterno, in cui essa è per essere nella verità, toglie l'inganno del tempo che travolge ogni cosa, perché quello che è stato nella verità, è. Per questo è bello vivere".

[48] A. MORO, *Lo Stato*, cit., pp. 7-8.

dirittifondamentali.it

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

La Corte ridisegna l'ambito di applicazione della disciplina in materia di patrocinio a spese dello Stato: note a margine di Corte Cost. n. 10/2022

di
Laura Starace*

Sommario: 1. Alcune notazioni preliminari. – 2. L'impossibilità di un'interpretazione *secundum Constitutionem* e l'irragionevolezza della disciplina. – 3. Il contrasto con l'art. 3 comma 2 e con l'art. 24 comma 3 Cost. – 4. Note conclusive.

1. Alcune notazioni preliminari

Di recente, la Corte costituzionale è a tornata pronunciarsi in tema di patrocinio a spese dello Stato, con particolare riferimento all'applicabilità dell'istituto *de quo* nell'ambito dei procedimenti di mediazione. Un aspetto quest'ultimo per lungo tempo rimasto di fatto inattuato dal legislatore.

La sentenza in questione è la n. 10 del 2022, con la quale la Consulta ha dichiarato l'illegittimità costituzionale degli artt. 74, comma 2, e 75, comma 1, del d.p.r. 30 maggio 2002 n. 115[1], nella parte in cui non prevedono che il patrocinio a spese dello Stato sia applicabile anche all'attività difensiva svolta nell'ambito dei procedimenti di mediazione obbligatoria[2], quando nel corso degli stessi sia stato raggiunto un accordo, nonché dell'art. 83, comma 2, del medesimo d.p.r. n. 115 del 2002, nella parte in cui non prevede che, in tali fattispecie, alla liquidazione in favore del

*Dottoranda di ricerca in "Diritti, istituzioni e garanzie nelle società in transizione" - Diritto costituzionale - nell'Università degli Studi di Bari "Aldo Moro".

[1] Trattasi del Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di spese di giustizia. (Testo A).

[2] Il riferimento è ai procedimenti di mediazione di cui all'art. 5, comma 1-bis, del decreto legislativo 4 marzo 2010, n. 28 (Attuazione dell'articolo 60 della legge 18 giugno 2009, n. 69, in materia di mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali).

Contributo sottoposto a referaggio

dirittifondamentali.it

difensore provveda l'autorità giudiziaria che sarebbe stata competente a decidere la controversia.

Com'è noto, il patrocinio a spese dello Stato è l'istituto cui attualmente l'ordinamento affida l'assistenza giudiziaria in favore dei non abbienti, funzione previamente attribuita al c.d. gratuito patrocinio. Inizialmente introdotto quale forma «speciale»[3] di assistenza giudiziaria con riguardo alle sole controversie individuali in materia di lavoro e previdenza[4], in deroga alla forma «ordinaria» di cui al r.d. 3282/1923 (il gratuito patrocinio appunto), il patrocinio a spese dello Stato ha poi visto progressivamente estendersi il proprio ambito di applicazione.

Nondimeno, solo con il d.p.r. 115/2002 il sistema in questione ha definitivamente sostituito quello del "patrocinio gratuito dei poveri". Il testo unico in materia di spese di giustizia, infatti, ha introdotto una disciplina unitaria con riferimento all'assistenza giudiziaria in favore dei non abbienti, consentendo il superamento della previgente normativa, invero disorganica perché risultante dal processo di stratificazione delle fonti[5] cui si è accennato.

Tra i due sistemi, quello del gratuito patrocinio e quello del patrocinio a spese dello Stato, sussistono significative discontinuità[6].

In estrema sintesi, il sistema del gratuito patrocinio, di cui al r.d. 3282/1923[7], attribuiva all'attività difensiva svolta gratuitamente da avvocati e procuratori in

[3] Cfr. R.G. RODIO, *Difesa giudiziaria e ordinamento costituzionale,* Cedam, Padova, 1990, 19.

[4] Legge 11 agosto 1973, n. 533.

[5] In questi termini R.G. RODIO, *L'access to justice dei soggetti non abbienti e l'inclusione sociale: alcune riflessioni sui profili costituzionali,* in *Dirittifondamentali.it*, n. 2/2019, 12-13.

[6] In merito, la Corte costituzionale ha evidenziato che «la disciplina del gratuito patrocinio dei poveri e quella del patrocinio a spese dello Stato, pur collocandosi entrambe nel solco tracciato dall'art. 24, terzo comma, della Costituzione, danno luogo a sistemi fra loro diversi non solo per presupposti, procedimento ed effetti dei provvedimenti di ammissione, ma anche per la concezione che rispettivamente le ispira: la prima è improntata alla solidarietà tra persone, e grava di oneri, presumibilmente sporadici, soggetti iscritti in speciali albi e che proprio dall'iscrizione traggono di norma anche opportunità professionali remunerate; la seconda rimanda ad un'idea della solidarietà che postula l'intervento e il sostegno finanziario dello Stato». In tal senso Corte Cost., 10 maggio 2002, n. 186.

[7] Nei suoi elementi essenziali, il sistema trova le sue origini nel r.d. 2627/1865, c.d. legge Cortese. Sistemi analoghi di assistenza giudiziaria dei poveri, fondati sull'obbligo della difesa gratuita in capo agli avvocati, si affermarono in numerosi Stati nel corso del XIX secolo. Si pensi, su tutti, al sistema francese introdotto con legge del 22 gennaio 1851. Sulle fasi dell'evoluzione storica degli

favore dei meno abbienti il valore di «ufficio onorifico ed obbligatorio»[8]. A ben vedere l'istituto, ispirato ad una logica paternalistica e caritatevole, costituiva per l'indigente poco più che una garanzia meramente formale. La gratuità della prestazione, peraltro obbligatoria, ne ingenerava la tendenziale inefficienza, mentre il rigoroso meccanismo di ammissione al beneficio costringeva l'interessato a dimostrare il proprio stato di povertà, oltre che la probabilità dell'esito favorevole della causa, rendendone ostico il godimento[9].

Ciò nonostante il sistema del gratuito patrocinio è sopravvissuto a lungo, anche dopo l'entrata in vigore della Carta costituzionale, il cui art. 24, terzo comma, sancisce: «Sono assicurati ai non abbienti, con appositi istituti, i mezzi per agire e difendersi davanti ad ogni giurisdizione».

La Corte costituzionale ha infatti mantenuto un atteggiamento prudente ogni qual volta è stata chiamata a pronunciarsi sul gratuito patrocinio, ribadendone a più riprese la legittimità costituzionale, pur avendone riconosciuto le inefficienze e le contraddizioni. Contegno questo espressione di un «evidente *horror vacui*»[10].

---

istituti finalizzati alla difesa giudiziaria dei soggetti non abbienti si veda R.G. RODIO, *Difesa giudiziaria e ordinamento costituzionale,* cit., 69 ss.

[8] Così l'art. 1 del Regio Decreto 30 dicembre 1923, n. 3282.

[9] In tal senso: L.P. COMOGLIO, *ll III comma dell'art. 24. L'assistenza giudiziaria ai non abbienti,* in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione,* vol. "*Rapporti civili*", Zanichelli, Bologna, 1981, 122; G. REPETTO, *Assistenza giudiziaria ai non abbienti (I. Diritto costituzionale),* in *Enc. Giur. Treccani,* Roma, 2006, 3; M. GIALUZ, *Articolo 24*, in S. BARTOLE – R. BIN (a cura di), *Commentario breve alla costituzione*, Cedam, Padova, 2008, 238 ss.

[10] L'efficace espressione è di L.P. COMOGLIO, *ll III comma dell'art. 24,* cit., 124. Emblematico di tale contegno è quanto affermato dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 114 del 1964: «Diversa questione, e non di legittimità costituzionale, è quella della adeguatezza di tale disciplina al fine garantito dalla Costituzione. *De lege ferenda* e da un punto di vista di politica legislativa può anche auspicarsi una diversa e migliore disciplina della difesa dei non abbienti; ma dall'opinione che un diverso ordinamento del servizio potrebbe meglio corrispondere alle finalità dell'art. 24 della Costituzione non si può trarre l'induzione della incostituzionalità dei mezzi ora esistenti, che a quelle finalità sono ugualmente diretti. Considerare, in ipotesi, tali mezzi come insufficienti, o scarsamente efficienti, rispetto allo scopo voluto dalla Costituzione, non potrebbe mai voler dire riconoscerli contrari alla Costituzione stessa, col risultato di privare i non abbienti anche dell'attuale forma di assistenza» (Corte Cost., 22 dicembre 1964, n. 114). Le argomentazioni della Corte sono state oggetto di valutazioni critiche da parte di autorevole dottrina, si veda: C. MORTATI, *Appunti per uno studio sui rimedi giurisdizionali contro comportamenti omissivi del legislatore*, in *Foro.it*, 1970; A. PIZZORUSSO, *L'art. 24, 3° comma, della Costituzione e le vigenti disposizioni sul gratuito patrocinio,* in *Foro.it,* 1967, 2 ss.; M. CAPPELLETTI, *La giustizia dei poveri*, in *Foro.it*, 1968, 115.

Con il d.p.r. 115/2002, il legislatore ha delineato un modello «parzialmente diverso e forse più conforme al dettato costituzionale»[11]. Esso ha senz'altro posto rimedio alle irregolarità più lampanti - si pensi, *in primis*, alla gratuità della prestazione – pur non essendo esente da imperfezioni e lacune, e presentando taluni profili di dubbia costituzionalità[12].

In alcuni dei suoi tratti strutturali, il nuovo sistema si pone in perfetta continuità con il previgente. Innanzitutto, la difesa dei non abbienti rimane affidata ai liberi professionisti (retribuiti però dallo Stato) disattendendo le aspettative di attenta dottrina[13] che aveva auspicato l'istituzione di pubblici uffici a ciò preposti, sul modello dell'Avvocatura dei poveri di età preunitaria[14] nonché di talune esperienze estere.

Inoltre, e per quel che più rileva in questa sede, la disciplina introdotta nel 2002, pur avendo esteso l'applicabilità del patrocinio a spese dello Stato alla generalità dei giudizi, la limita, così come aveva fatto la disciplina del 1923, al solo ambito endoprocessuale. In tal modo, il legislatore assicura ai non abbienti (quasi)

[11]Così R.G. RODIO, *L'access to justice dei soggetti non abbienti e l'inclusione sociale: alcune riflessioni sui profili costituzionali*, cit., 13.

[12] Si pensi, ad esempio, alla scelta di individuare un'unica soglia di reddito per l'accesso al patrocinio a spese dello Stato, come era nella legge n. 533/1973 ma oggi anche nel d.p.r. n. 115/2002. Sul punto v. R.G. RODIO, *op. ult. cit*., 21 ss: «Lo stato di non abbienza non può, pertanto, essere presuntivamente accertato in relazione a limiti teorici ed astrattamente prefissati, ma dovrebbe più correttamente essere dichiarato ogni qualvolta si accerti l'esistenza di uno squilibrio nel rapporto tra le potenzialità economiche del soggetto e l'impegno finanziario richiesto dalla partecipazione al giudizio, indipendentemente dalla semplice valutazione della capacità patrimoniale svincolata da ogni raffronto con i costi, i tempi e la complessità del processo necessario per la tutela della situazione giuridica soggettiva lesa […] per dare effettiva e concreta attuazione al precetto costituzionale e conformarsi alla sua *ratio,* dovrebbe necessariamente prevedersi una pluralità di soglie reddituali (eventualmente connesse a prestazioni assistenziali graduate in relazione alla concreta situazione del non abbiente), al fine di diversificare la gamma delle diverse situazioni soggettive che non sembrano suscettibili di essere tutte indistintamente compresse nello schema concettuale della "abbienza" – "non abbienza"». V., altresì, G. REPETTO, *Assistenza giudiziaria ai non abbienti*, cit., 9-10; nonché M. CAPPELLETTI, *Povertà e giustizia:* Curia pauperibus clausa est, in *Foro.it*, 1969, 58, il quale ragionando sul sistema descritto dal disegno di legge n. 323 presentato al Senato il 23 novembre 1969, ed in particolare sul rigido confine tra abbienza e non abbienza in esso previsto, esprime considerazioni analogamente valide per il caso *de quo.*

[13] Si pensi, *ex multis*, a V. DENTI, *Patrocinio dei non abbienti e accesso alla giustizia: problemi e prospettive di riforma*, in *Foro.it,* 1980.

[14] Disciplinata con la legge del 13 novembre 1859 del Regno di Sardegna, legge sull'ordinamento giudiziario (c.d. legge Rattazzi). L'istituto è stato poi abrogato con la menzionata legge di unificazione 2627/1965.

esclusivamente la difesa tecnica nel processo, trascurando profili extraprocessuali, quali consulenze stragiudiziali e attività informativo-legali, nonché pre-processuali, si pensi in particolare ai procedimenti stragiudiziali.

Prima dell'intervento della Corte costituzionale con la sentenza in commento, invero, l'art. 75, comma 1, stabiliva: «L'ammissione al patrocinio è valida per ogni grado e per ogni fase del processo e per tutte le eventuali procedure, derivate ed accidentali, comunque connesse», consentendo dunque l'accesso al beneficio, anche con riferimento ad eventuali procedure connesse o comunque ad attività difensive svolte al di fuori del processo, solo nel caso in cui un giudizio fosse stato effettivamente instaurato.

Se, da tempo, in dottrina l'assenza di una disciplina volta ad assicurare un servizio gratuito di assistenza che esuli o prescinda dal giudizio in sé è diffusamente considerata una grave lacuna normativa, tale *vulnus* è stato tanto più avvertito ed è parso tanto più irragionevole, quanto più il legislatore ha, in un'ottica di deflazione del contenzioso, sollecitato la soluzione conciliativa delle controversie.

Già in passato, con riferimento a specifiche materie, è stato promosso l'impiego di strumenti non giurisdizionali di risoluzione delle controversie, ma particolare rilievo è da attribuire ai "nuovi" istituti della mediazione e della negoziazione assistita, disciplinati rispettivamente dal d.lgs. 4 marzo 2010, n. 28 e dal d.l. 12 settembre 2014, n. 132.

Sono peraltro numerose le controversie con riferimento alle quali l'ordinamento finanche prescrive quale condizione di procedibilità l'esperimento di una procedura stragiudiziale. Sono tali, ad esempio, e per quel che più interessa in questa sede, le controversie di cui all'art. 5, comma 1 *bis*, del decreto legislativo n. 28/2010[15] in materia di mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali.

[15] Si tratta delle controversie in materia di condominio, diritti reali, divisione, successioni ereditarie, patti di famiglia, locazione, comodato, affitto di aziende, risarcimento del danno derivante da responsabilità medica e sanitaria e da diffamazione con il mezzo della stampa o con altro mezzo di pubblicità, contratti assicurativi, bancari e finanziari.

dirittifondamentali.it

D'altronde, quello dell'applicabilità dell'assistenza giudiziaria in favore dei non abbienti agli istituti di composizione stragiudiziale delle controversie è un tema la cui urgenza è ben nota anche allo stesso legislatore: lo dimostra il fatto che, proprio nel giorno in cui la Corte ha pronunciato la sentenza n. 10 del 2022, è stata definitivamente approvata la legge 26 novembre 2021 n. 206, con la quale, nell'ottica di una generale riforma del processo civile finalizzata ad una maggiore efficienza, è stata attribuita al Governo, la delega ad estendere il patrocinio a spese dello Stato alle procedure di mediazione e di negoziazione assistita. Nel momento in cui si scrive, tuttavia, tale delega risulta ancora inattuata.

2. L'impossibilità di un'interpretazione *secundum Constitutionem* e l'irragionevolezza della disciplina

La questione di legittimità costituzionale su cui la Corte si è pronunciata con la sentenza n. 10/2022 ha ad oggetto, per l'appunto, la mancata previsione del patrocinio a spese dello Stato in favore dei non abbienti in relazione all'attività difensiva svolta nell'ambito della mediazione obbligatoria, con specifico riferimento alle ipotesi in cui il successivo giudizio non venga instaurato per l'intervenuta conciliazione delle parti.

La Corte ha ritenuto fondata la questione di legittimità costituzionale sollevata dai giudici remittenti, impiegando come parametri l'art. 3, primo e secondo comma, e l'art. 24 Cost.

In primo luogo, i giudici costituzionali hanno rilevato che la connotazione "processuale" dell'istituto del patrocinio a spese dello Stato, così come disciplinato dal d.p.r. 115/2002, è tale da non consentire alcuna interpretazione *secundum Constituzionem*[16].

[16] Sul tema dell'interpretazione conforme a Costituzione si veda, tra gli altri, A. GUSMAI, *Il valore normativo dell'attività interpretativo-applicativa del giudice nello stato (inter)costituzionale di diritto*, in *Rivista AIC*, n. 3/2014, 11 ss.: «Attraverso la tecnica dell'interpretazione conforme a Costituzione, si richiede, insomma, al giudice, un vero e proprio sforzo interpretativo finalizzato a ricavare dalla disposizione legislativa oggetto di delibazione una norma (il significato normativo della disposizione) che non si ponga in contrasto con le previsioni della Carta fondamentale. Oggi, i giudici comuni, nel momento in cui interpretano le disposizioni che sono chiamati ad applicare al caso sottoposto al loro esame, non possono fare a meno di interpretarle conformemente a

Basti pensare alla terminologia impiegata dal legislatore, ed in particolare ai riferimenti al «processo» contenuti negli artt. 74 e 75, oltre che nell'art. 83, il quale sembra postulare l'effettiva instaurazione di un giudizio, nel momento in cui affida all'«autorità giudiziaria che ha proceduto» la liquidazione di spese e onorari.

Nello stesso senso si era già espressa, d'altra parte, la Corte di Cassazione, da ultimo con la recente sentenza n. 18123/2020, ed in precedenza con le sentenze n. 24723/2011 e n. 9529/2013[17].

Costituzione, e ciò prima ancora che sorgano dubbi circa la possibile *"rilevanza"* e la *"non manifesta infondatezza"* della questione incidentale, ai fini di un eventuale promovimento del giudizio di costituzionalità innanzi alla Consulta (…) l'interpretazione conforme, piuttosto che apparire come una mera tecnica interpretativa riconducibile in qualche modo ai tradizionali e stringenti dogmatismi ermeneutici contenuti nell'art. 12 delle Preleggi, sembra piuttosto rappresentare uno strumento argomentativo utilizzabile dal decidente atto a storicizzare costantemente il dato normativo. Essa è infatti idonea ad incidere effettivamente su situazioni giuridiche concrete ed ha il precipuo scopo di far penetrare la Costituzione e i suoi principi fondamentali finanche nell'anfratto più nascosto dell'ordinamento giuridico formale».

[17] Com'è noto, la Corte costituzionale «non può non tenere il debito conto di una costante interpretazione giurisprudenziale che conferisce al precetto legislativo il suo effettivo valore nella vita giuridica» (Corte cost. 30 maggio 1977 n. 88). La Suprema corte, negli anni, si è espressa in questi termini sulla questione: «La censura articolata sotto il profilo della violazione di legge non concorre posto che, espressamente, la norma ex art 74 dPR 115/02 limita l'operatività del patrocinio a spese dello Stato all'ambito del procedimento sia penale che civile, eppertanto postula l'intervenuto avvio della lite giudiziale. […] la disciplina portata nel d.lgs. 28/2010, non già, ha omesso ogni considerazione alla questione del patrocinio a spese dello Stato, bensì quando l'ha ritenuto applicabile - art 17 comma 5 bis - ne ha fatta espressa menzione, precisando inoltre che dal procedimento di mediazione non può conseguire oneri economici a carico dello Stato. Dunque correttamente il Giudice patavino ha ritenuto non liquidabile compenso al difensore per la fase della mediazione, cui non è seguita la proposizione della lite poiché non consentito dalla attuale disciplina legislativa in tema ed un tanto non superabile con l'attività d'interpretazione, come richiesto dal ricorrente - che in effetti sconfinerebbe nella produzione normativa» (Cassazione civile sez. II, 31/08/2020, n. 18123); «Le disposizioni citate non lasciano alcun dubbio che il patrocinio a spese dello Stato è previsto esclusivamente per la difesa in giudizio del cittadino non abbiente, avendo il legislatore inteso in tal modo dare attuazione al dettato dell'art. 24 Cost.» (Cassazione civile sez. II, 23/09/2011, n. 24723); e ancora «l'attività professionale di natura stragiudiziale che l'avvocato si trova a svolgere nell'interesse del proprio assistito non è ammessa al patrocinio, in quanto esplicantesi fuori del processo, con la conseguenza che il relativo compenso si pone a carico del cliente […] ove si tratti di attività professionale svolta in vista della successiva azione giudiziaria - così qualificata anche l'attività espletata dall'avv. C.L. -, essa deve essere ricompresa nell'azione stessa ai fini della liquidazione a carico dello Stato: sicchè in relazione ad essa il professionista non può chiedere il compenso al cliente ammesso al patrocinio a spese dello Stato» (Cassazione civile sez. un., 19/04/2013, n. 9529). A ben vedere, sporadicamente, la giurisprudenza di merito si è espressa, al contrario, non escludendo la possibilità di beneficiare del patrocinio a spese dello Stato quando all'esito di mediazione obbligatoria sia stato raggiunto un accordo. Il riferimento è alle sentenze del Tribunale di Firenze del 13 gennaio 2015 e del 13 dicembre 2016,

Giova evidenziare sin da subito che la Consulta, nella pronuncia in questione, non ha affatto inteso intaccare il carattere processuale della disciplina sull'assistenza gratuita ai non abbienti. Al contrario, dalla lettura della sentenza, tale connotazione appare rafforzata. La Corte, invero, non ha censurato le suddette norme perché non applicabili alla fase stragiudiziale, ne ha dichiarato l'incostituzionalità in ragione del fatto che la mediazione obbligatoria, pur rimanendo dal punto di vista formale una procedura stragiudiziale, presenta un nesso di strumentalità con il giudizio vero e proprio, tale da imporre, in ossequio ai principi costituzionali, l'estensione dell'applicabilità del patrocinio.

In altre parole i giudici costituzionali non sembrano aver preso posizione sul risalente dibattito dottrinale inerente alla legittimità costituzionale di una disciplina che ometta di assicurare ai non abbienti un servizio gratuito di assistenza stragiudiziale. E neppure si sono pronunciati sull'applicabilità del patrocinio con riferimento alla generalità dei casi in cui si sia pervenuti ad una soluzione conciliativa delle controversie con l'assistenza di un legale. La sentenza, infatti, tratta specificamente dell'attività difensiva svolta nell'ambito dei procedimenti di mediazione di cui all'art. 5, comma 1-bis, del d.lgs. n. 28 del 2010, allorché nel corso degli stessi sia stato raggiunto un accordo, tale da rendere superflua l'instaurazione del giudizio. E tanto proprio in ragione della peculiarità della mediazione obbligatoria, il cui esperimento, con l'assistenza di un avvocato[18], è condizione di procedibilità della domanda in determinate materie (art. 5, comma 1-bis, del suddetto decreto legislativo).

Nondimeno, come si vedrà in seguito, almeno in parte le argomentazioni impiegate dai giudici costituzionali nella sentenza *de qua* possono forse indurre ad una più

del Tribunale di Ascoli Piceno del 12 settembre 2016, del Tribunale di Bologna del 13 settembre 2017. Trattasi tuttavia di un orientamento certamente minoritario.

[18] Dal combinato disposto degli artt. 5 e 8 del d.lgs. 28/2010, sembra potersi dedurre, quantomeno con riferimento alle ipotesi in cui la mediazione è obbligatoria, che l'assistenza di un avvocato sia imposta alle parti. D'altronde tanto appare quanto mai necessario proprio al fine di proteggere la parità di armi tra le parti, in considerazione del fatto che la procedura di mediazione, sin dalla sua attivazione, richiede specifiche cognizioni tecniche, e che l'eventuale esito conciliativo potrebbe essere condizionato dall'asimmetria tecnica ed economica tra le parti.

ampia riflessione circa l'opportunità di estendere il sistema di assistenza gratuita ai non abbienti anche ad una fase pre-processuale.

In primis, la Corte costituzionale ha rilevato il contrasto tra la richiamata normativa e l'art. 3, primo comma, in relazione al principio di ragionevolezza.

Come si è anticipato, la procedura di mediazione rientra nelle forme di giurisdizione condizionata[19] predisposte dal legislatore in un'ottica di generale *favor* per la soluzione stragiudiziale delle controversie. Si è già detto, altresì, che il testo dell'art. 75, comma 1, consente l'estensione del patrocinio gratuito a tutte le procedure connesse al giudizio, purché, per l'appunto, la lite giudiziale venga instaurata.

Fatte queste premesse, il rischio sembra essere quello di pervenire ad un esito paradossale ogni qual volta la mediazione raggiunga l'auspicata finalità deflattiva, rendendo superflua la proposizione della lite. Pur ricorrendo ogni altro presupposto prescritto dalla legge, l'attività del difensore sarà infatti esclusa dal patrocinio a spese dello Stato, e dunque posta a carico del cliente in quanto attività di natura stragiudiziale. Al contrario, il soggetto non abbiente beneficerebbe del patrocinio qualora, fallito il tentativo di conciliazione, fosse adita l'autorità giudiziaria.

La soluzione conciliativa delle controversie, in definitiva, risulta fortemente ed irragionevolmente disincentivata. Come rilevato dai giudici remittenti e dalla Consulta, verosimilmente «i non abbienti e i loro difensori potrebbero essere indotti a non raggiungere l'accordo e ad adire quindi comunque il giudice, all'unico scopo di ottenere, una volta introdotto il processo, le relative spese difensive»[20].

Verrebbe vanificato, così, ogni sforzo di deflazione del contenzioso e la mediazione obbligatoria resterebbe per i non abbienti, se non un ostacolo insormontabile, una formalità svuotata della sua ragion d'essere. Non solo: per i soggetti in questione l'esperimento della procedura, laddove neppure giustificato da un interesse

[19] Sulle fattispecie di giurisdizione condizionata, v. M. GIALUZ, *Articolo 24*, cit., 212 ss.

[20] Corte Cost., 20 gennaio 2022, n. 10, considerato in diritto 9.1.

pubblico all'efficienza delle prestazioni della giurisdizione, rischia forse di assumere le connotazioni di un'illegittima limitazione del diritto costituzionale volto a tutelare, dinnanzi all'autorità giudiziaria, le proprie situazioni giuridiche soggettive che si presumono lese[21].

Si rammenti, in proposito, che la Corte costituzionale ha sostenuto in passato che la previsione di tentativi obbligatori di conciliazione non è contraria al disposto dell'art. 24 Cost., in considerazione del fatto che questi ultimi devono essere considerati oneri in grado di «soddisfare l'interesse generale sotto un duplice profilo», perché idonei a contrastare il «sovraccarico dell'apparato giudiziario, con conseguenti difficoltà per il suo funzionamento» e a favorire «la composizione preventiva della lite, che assicura alle situazioni sostanziali un soddisfacimento più immediato rispetto a quella conseguita attraverso il processo»[22]. Il ragionamento della Corte sembra attagliarsi perfettamente anche alla mediazione obbligatoria, con la conseguenza che, laddove tali finalità fossero del tutto frustrate, potrebbero sorgere dubbi sulla stessa legittimità costituzionale della previsione di cui all'art. 5, comma 1-bis, del d.lgs. n. 28 del 2010.

La contraddittorietà che discende dall'inapplicabilità dell'istituto del patrocinio a spese dello Stato alle procedure conciliative che si concludano positivamente risulta ancor più evidente se si considera che «gli interventi dello Stato intesi ad attuare forme più efficaci di assistenza ai poveri», sono sovente ricondotti in dottrina alla medesima matrice di quelli il cui fine è «promuovere e rendere accessibile un tipo di giustizia (…) "coesistenziale", basata cioè sulla conciliazione e mediazione e su criteri di equità sociale distributiva»[23]. Invero, l'introduzione del patrocinio a spese dello Stato e, più in generale, la previsione di misure volte a

[21] Sulla portata del diritto di azione sancito dall'art. 24 Cost. primo comma v. S. BARTOLE, *Il potere giudiziario*, in G. AMATO – A. BARBERA (a cura di), *Manuale di diritto pubblico*, Il Mulino, Bologna, 1986, 639: «L'affermazione del diritto di azione implica, anzitutto, l'illegittimità di ogni limitazione del ricorso alla tutela giudiziaria di situazioni giuridiche soggettive che non risulti giustificata dall'interesse pubblico ad un adeguato svolgimento dei processi, ovvero alla necessità di evitare abusi o iniziative defatigatorie nelle iniziative volte a provocare l'intervento degli organi del potere giurisdizionale».

[22] Corte Cost., 13 luglio 2000, n. 267.

[23] In questi termini M. CAPPELLETTI, *Accesso alla giustizia*, in *Enc. Giur. Treccani*, Roma, 1988, vol. I, *ad vocem*, 1 ss.

garantire assistenza giudiziale gratuita in favore dei non abbienti sono espressione di una dimensione sociale del diritto, che fa della promozione di una giustizia più accessibile a tutti il suo principale obiettivo. Il medesimo «movimento» per l'accesso alla giustizia, sempre più spesso negli ultimi anni, si è estrinsecato proprio in riforme volte ad istituire alternative "informali" ai tribunali[24]. Secondo una parte della dottrina, i due temi, *informal justice* e assistenza giudiziaria, «appaiono in ogni caso strettamente connessi, poiché ogni strategia di riforme in questo settore dell'amministrazione della giustizia deve oggi muoversi necessariamente nell'una e nell'altra direzione, senza possibilità di isolare in ambiti separati le soluzioni adottate»[25].

Se negli ultimi decenni i metodi alternativi[26] di composizione delle controversie (i c.d. *Alternative Dispute Resolution* - ADR) sono stati sempre più incentivati, in Italia ed in generale in Europa[27], ragione primaria, lo si è detto, è senz'altro la volontà di

[24] Cfr. V. DENTI, *Assistenza giudiziaria ai non abbienti (V. Diritto comparato e straniero),* in *Enc. Giur. Treccani,* Roma, 2006, 6, il quale ritiene che l'elemento più rilevante nel dibattito europeo sul tema dell'assistenza giudiziaria ai non abbienti sia «l'attenzione per la soluzione su un diverso piano dei problemi dell'accesso alla giustizia, come l'introduzione di procedure semplificate, rapide e non costose per le liti minori (gli *small claims*) e l'istituzione di organi conciliativi non giudiziali per la composizione delle controversie». Sul tema della relazione tra strumenti alternativi di soluzione delle controversie e accesso alla giustizia si veda altresì M. CAPPELLETTI, *Accesso alla giustizia*, cit.; ancora V. DENTI, *Patrocinio dei non abbienti e accesso alla giustizia*, cit. A giudizio dell'A. «il patrocinio legale non rappresenta se non un aspetto della più ampia strategia dell'accesso alla giustizia e solo in questo quadro complesso, che va dalla semplificazione delle procedure all'attuazione di mezzi alternativi di soluzione delle controversie, può trovare soluzioni che non incontrino costi insostenibili da finanze pubbliche in crisi, come sono quelle dei paesi come l'Italia, travagliati da problemi economici destinati probabilmente ad aggravarsi (…) In altri termini, il problema si muove tra le previsioni dell'art. 24 e quelle dell'art. 3, 2° comma, Cost., nel senso che gli "appositi istituti" intesi ad assicurare ai non abbienti "i mezzi per agire e difendersi davanti ad ogni giurisdizione" di cui parla il 3° comma dell'art. 24, sono soltanto uno dei mezzi per realizzare il diritto di "tutti", al di là degli ostacoli di ordine economico e sociale, di fruire della piena tutela giurisdizionale». Sul punto si veda anche G. REPETTO, *Assistenza giudiziaria ai non abbienti*, cit., 13, secondo il quale «gli effetti negativi della burocratizzazione sulle forme di accesso alla giustizia possono essere compensati dall'incremento di forme processuali flessibili, "coesistenziali"».

[25] V. DENTI, *Assistenza giudiziaria ai non abbienti*, cit., 6.

[26] Sulla portata da attribuirsi al termine «alternativi» si vedano le riflessioni di F.P. LUISO, G*iustizia alternativa o alternativa alla giustizia?*, in *Judicium.it.*

[27] Si rammenti che il d.lgs. n. 28/2010 contiene nel suo preambolo un espresso riferimento, oltre che all'art. 60 della legge 18 giugno 2009, n. 69 recante la relativa delega al Governo in materia di mediazione e di conciliazione delle controversie civili e commerciali, alla Direttiva 2008/52/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 21 maggio 2008, relativa a determinati

porre rimedio alle inefficienze della giustizia, mediante strumenti che favoriscano la deflazione del contenzioso[28]. Soprattutto nel nostro Paese, poi, l'introduzione di procedure stragiudiziali è parsa quasi una reazione all'«incapacità dello Stato di rispondere efficientemente ed adeguatamente alla domanda di giustizia della società civile»[29].

Nondimeno i metodi di ADR sono parsi portatori di «un valore aggiunto rispetto alla giustizia civile statale, quand'anche questa funzioni in modo efficiente. (…) essi sono chiamati a far emergere il contenzioso sommerso, cioè quelle controversie che non sono portate alla cognizione dei tribunali poiché hanno un valore inferiore ai costi immediati fisiologici del ricorso all'amministrazione della giustizia, e ad offrire una composizione di certi tipi di controversie più adeguata, nella prospettiva della "giustizia coesistenziale"»[30].

In sintesi, sia per il loro valore intrinseco, sia per le inefficienze dei canali giurisdizionali ordinari, la mediazione e in generale le procedure stragiudiziali costituiscono strumenti per favorire un effettivo accesso alla giustizia.

---

aspetti della mediazione in materia civile e commerciale. Tale Direttiva, il cui ambito di applicazione è limitato alle controversie transfrontaliere, richiama espressamente, nel "considerando" n. 2, il fondamentale principio dell'accesso alla giustizia, mentre il "considerando" 5 recita: «L'obiettivo di garantire un migliore accesso alla giustizia, come parte della politica dell'Unione europea di istituire uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia, dovrebbe comprendere l'accesso ai metodi giudiziali ed extragiudiziali di risoluzione delle controversie».

[28] Ciò appare tanto più vero con riferimento alla mediazione obbligatoria introdotta in Italia con il d.lgs. n. 28/2010, il cui «dichiarato intento» è quello di «decongestionare la giustizia civile, afflitta da un cronico arretrato». Così A. LORENZETTI, *Il tessuto costituzionale della mediazione*, in *Costituzionalismo.it*, n. 3/2015, 231. D'altronde, la stessa relazione illustrativa allo schema di decreto legislativo recante: «Attuazione dell'articolo 60 della legge 18 giugno 2009, n. 69, in materia di mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali», con riferimento all'art. 5 del menzionato schema di decreto legislativo, oggi d.lgs n. 28/2010, chiarisce che «Il comma 1 intende così allargare a una vasta serie di rapporti la condizione di procedibilità, sul presupposto che solo una simile estensione possa garantire alla nuova disciplina una reale spinta deflattiva e contribuire alla diffusione della cultura della risoluzione alternativa delle controversie». Sul punto si veda anche G. SERGES, *La «mediazione civile» e la costituzione (riflessioni a margine dell'ordinanza tar Lazio, sezione prima, n. 3202 del 2011)*, in *Federalismi.it*, 27 luglio 2011. Nello stesso senso R. CAPONI, *La conciliazione stragiudiziale come metodo di ADR («Alternative Dispute Resolution»)*, in *Foro.it*, 2003, 173, il quale esprime con riferimento al tentativo obbligatorio di conciliazione riflessioni che paiono ben attagliarsi alla mediazione obbligatoria di cui al d.lgs. n. 28/2010.

[29] In questi termini R. CAPONI, *La conciliazione stragiudiziale come metodo di ADR*, cit., 165.

[30] *Ibidem*, 172. Di «valore intrinseco» ha parlato T.E. FROSINI, *Un diverso paradigma di giustizia: le* alternative dispute resolution, in *Rivista AIC*, n. 2/2011, 5.

È evidente che una tale finalità rischia di essere invalidata in assenza della contestuale garanzia di un'opportuna assistenza legale, anch'essa funzionale ad assicurare l'accesso alla giustizia e la tutela delle posizioni giuridiche esposte a tentativi di lesione[31]. E forse persino imprescindibile, tanto da indurre i non abbienti, stando alle parole della Corte, a considerare le procedure stragiudiziali, (solo) laddove obbligatorie, quali mere formalità cui adempiere in vista della instaurazione della lite vera e propria che dia loro diritto alla difesa tecnica gratuita.

Fintanto che sarà negata un'adeguata assistenza a chi avvii tentativi di bonaria definizione delle controversie, sembra quanto meno improbabile che i metodi di ADR possano aspirare a presentarsi, almeno per quanto riguarda i non abbienti, come realmente "alternativi" al giudizio. Men che meno ad esso preferibili.

3. Il contrasto con l'art. 3 comma 2 e con l'art. 24 comma 3 Cost.

I giudici costituzionali hanno, altresì, ravvisato nella normativa in vigore una violazione dell'art. 3, secondo comma, e 24, terzo comma, della Carta.

Tra le due norme menzionate sussiste un'innegabile connessione. Infatti, il comma 3 dell'art. 24 sembra costituire «un'estrinsecazione dell'art. 3, co. 2, Cost.», una sua proiezione nella dimensione processuale in quanto preordinato a garantire l'eguaglianza sostanziale sul piano della protezione giudiziaria dei diritti[32]. Per

[31] D'altra parte, come evidenziato dai giudici remittenti quale profilo di irragionevole disparità, nel nostro ordinamento il patrocinio a spese dello Stato è effettivamente esteso ai procedimenti stragiudiziali previsti come obbligatori dalla legge oppure disposti dal giudice, ma con riferimento alle sole controversie transfrontaliere, dall'art. 10 del Decreto Legislativo 27 maggio 2005, n. 116, attuativo della Direttiva 2003/8/CE intesa a migliorare l'accesso alla giustizia nelle controversie transfrontaliere attraverso la definizione di norme minime comuni relative al patrocinio a spese dello Stato in tali controversie. Peraltro, l'art. 6 del medesimo decreto legislativo, sempre in conformità alla Direttiva europea, prevede che, ai fini di «un accesso effettivo alla giustizia», il patrocinio a spese dello Stato garantisca anche «la consulenza legale nella fase precontenziosa al fine di giungere a una soluzione prima di intentare un'azione legale».

[32] M. GIALUZ, *Articolo 24*, cit., 237. Si veda altresì: G. REPETTO, *Assistenza giudiziaria ai non abbienti*, cit., 4; M. CAPPELLETTI, *La giustizia dei poveri*, cit., 115; A. PIZZORUSSO, *L'art. 24, 3° comma, della Costituzione e le vigenti disposizioni sul gratuito patrocinio,* cit. A giudizio dell'A. «l'art. 24, 3° comma costituisce una delle numerose disposizioni della Costituzione che specificano il fondamentale indirizzo stabilito, per tutta l'attività dei pubblici poteri, dal 2° comma dell'art. 3».

dirla con le parole del giudice delle leggi, l'art. 24, comma 3, mira ad assicurare ai non abbienti «l'effettività del diritto ad agire e a difendersi in giudizio, che il secondo comma del medesimo art. 24 Cost. espressamente qualifica come diritto inviolabile»[33], rimuovendo «le difficoltà di carattere economico che possono opporsi al concreto esercizio del diritto medesimo»[34].

Ferma restando l'imprescindibilità, in uno Stato di diritto, del riconoscimento costituzionale del diritto di difesa, «il fondamento di una Costituzione improntata ad una democrazia conseguente non può restringersi a questo: a fissare i diritti formali del cittadino, senza preoccuparsi delle condizioni che garantiscono il godimento, l'uso di questi diritti, delle possibilità di esercitarli, dei mezzi per esercitarli. (…) Nel caso concreto, non basta proclamare che la difesa è un diritto inviolabile e che tutti possono far valere le loro ragioni e tutelare i loro interessi legittimi. Occorre, invece, assicurare realmente la possibilità di questa difesa, dare il modo di esercitare questo diritto, stabilendo una sanzione legislativa al fatto che ognuno dev'essere assistito, convenientemente, in giudizio»[35].

A ben vedere, può rilevarsi l'esistenza di una stretta interconnessione tra l'effettività della garanzia della tutela giurisdizionale e la connotazione di un ordinamento in termini di Stato sociale[36]. Invero, all'interno del *Welfare State*, la

---

[33] Corte Cost., 20 luglio 2021, n. 157, sentenza espressamente richiamata nella pronuncia n. 10 del 2022. Sull'ampia portata da attribuirsi al concetto di «difesa» impiegato dal costituente nel secondo comma dell'art. 24, nel sancirne l'inviolabilità, cfr. R.G. RODIO, *Difesa giudiziaria e ordinamento costituzionale*, cit., 1 ss.

[34] Corte Cost., 18 marzo 1957, n. 46.

[35] Sono parole tratte dall'intervento di V. LA ROCCA in Assemblea costituente, seduta pomeridiana di mercoledì 26 novembre 1947, *Atti dell'Assemblea costituente*, 2532 s. Si veda anche l'intervento di G. PERSICO, *Atti dell'Assemblea costituente*, 2534 s.: «è inutile proclamare dei principi astratti, quando poi concretamente non vi è nessuna possibilità di realizzarli. È vero che tutti hanno diritto di agire in giudizio per la difesa dei loro diritti, è vero che la difesa è diritto inviolabile, ma se questo diritto non è assicurato, rimane un diritto astratto, privo di ogni sanzione e di ogni realizzazione pratica».

[36] V. ancora R.G. RODIO, *Difesa giudiziaria e ordinamento costituzionale*, cit., 10 ss.: «tale correlazione è invero agevolmente coglibile ove si tenga presente che nello Stato sociale la tutela delle posizioni giuridiche sostanziali non solo assolve allo scopo di dirimere le controversie in qualsiasi modo insorte in relazione ad esse, ma viene utilizzata in modo dinamico, quale strumento di raggiungimento degli obiettivi posti a fondamento di tale forma di Stato. In tal modo si è dunque in presenza di un peculiare modello di attuazione della forma di Stato, nel quale alla dichiarazione o riconoscimento di una serie di posizioni giuridiche sostanziali fa

previsione di efficaci strumenti di assistenza giudiziaria più o meno gratuita in favore dei non abbienti è posta a presidio della possibilità di «adeguatamente difendere i propri diritti e quindi le proprie possibilità di inclusione sociale»[37]. Allora, un sistema di assistenza giudiziaria gratuita per i soggetti economicamente più deboli non è soltanto garanzia dell'effettività dell'accesso alla giustizia, e dunque della tenuta dell'«intero impianto dell'inviolabile diritto al processo di cui ai primi due commi dell'art. 24 Cost.»[38]. Esso è anche mezzo perché si realizzi il «pieno sviluppo della persona umana» ai sensi dell'art. 3, secondo comma.

Tanto premesso, non sorprende che la Corte costituzionale abbia voluto ricomprendere i costi relativi al patrocinio a spese dello Stato in favore dei non abbienti nella categoria delle «spese costituzionalmente necessarie, inerenti all'erogazione di prestazioni sociali incomprimibili»[39]. Ne consegue che, a parere dei giudici costituzionali, nel caso di specie le esigenze di contenimento della spesa pubblica[40] debbano necessariamente recedere, al fine di garantire il diritto nel suo contenuto essenziale. Nulla osta pertanto, da questo punto di vista, a che il

---

seguito la previsione della loro tutelabilità, anche al fine di assicurarne la piena e completa attuazione».

[37] R.G. RODIO, *L'access to justice dei soggetti non abbienti e l'inclusione sociale: alcune riflessioni sui profili costituzionali*, cit., 2. Sul punto anche V. DENTI, *Patrocinio dei non abbienti e accesso alla giustizia*, cit., il quale ritiene che una delle prospettive di fondo per l'approccio al problema dell'assistenza legale ai non abbienti sia «l'esigenza di considerare il patrocinio dei non abbienti nel più ampio quadro del problema dell'accesso alla giustizia come problema di promozione sociale».

[38] Corte Cost., 20 gennaio 2022, n. 10, considerato in diritto 9.2.

[39] Così Corte Cost., 20 luglio 2020 n. 152, espressamente richiamata dalla pronuncia n. 10 del 2022 con riferimento al patrocinio a spese dello Stato.

[40] Com'è noto, il "nuovo" art. 81 Cost., novellato con l. cost. 1/2012, ha costituzionalizzato il principio dell'equilibrio di bilancio. Sul punto A.M. NICO, *Riflessioni in tema di giustizia, economia e certezza del diritto*, in *Federalismi.it*, n. 13/2018, 5 s: «Tale stato di cose ha comportato che laddove era doveroso e possibile che lo Stato intervenisse efficacemente per attuare i diritti sociali si è giustificata la sua inazione con la mancanza di risorse o con l'alibi dell'equilibrio di bilancio (art. 81 Cost.) (…) La costituzionalizzazione del parametro economico ha in un certo senso limitato gli obblighi della Repubblica che, invece di rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, ha di fatto inserito l'ostacolo economico alla realizzazione dello Stato sociale». Sul tema del difficile bilanciamento tra diritti "che costano", limitatezza delle risorse disponibili e i vincoli di bilancio, in particolare alla luce del novellato art. 81 Cost., si veda A. BONOMI, *Brevi osservazioni sugli aspetti più problematici del delicato bilanciamento fra universalismo selettivo, diritti fondamentali e vincoli di bilancio: alla ricerca dell'universalismo selettivo temperato*, in *Federalismi.it*, n. 7/2018.

patrocinio a spese dello Stato sia esteso anche alla mediazione obbligatoria conclusasi con esito positivo.

Per converso, in precedenza, la Corte costituzionale aveva ritenuto di dover rintracciare, in tema di patrocinio a spese dello Stato, un «punto di equilibrio tra garanzia del diritto di difesa per i non abbienti e necessità di contenimento della spesa pubblica in materia di giustizia». In particolare si pensi alla sentenza n. 16 del 2018, relativa però alla diversa questione della legittimità dell'art. 106 del d.P.R. n. 115 del 2002, che a giudizio della Corte, lungi dal limitare irragionevolmente (o finanche impedire come nel caso *de quo*) l'accesso al diritto di difesa, intende «scoraggiare la proposizione, a spese dello Stato, di impugnazioni del tutto superflue, meramente dilatorie o improduttive di effetti a favore della parte, il cui esito di inammissibilità sia largamente prevedibile o addirittura previsto prima della presentazione del ricorso»[41].

La giurisprudenza costituzionale, invero, ha chiarito che «pur dovendosi ammettere la "dignità costituzionale" del bilancio e il principio che le scelte di finanza pubblica devono appartenere alla discrezionalità legislativa, nulla però può giustificare la lesione del nucleo fondamentale dei diritti costituzionali. Se pertanto esiste una gerarchia, ovvero una diseguaglianza fra diritti e bilancio, essa non è data aprioristicamente ma dipende sostanzialmente dal fatto che i diritti che vengono in considerazione devono essere fondamentali e dal fatto che l'atto compressivo di tali diritti dev'essere tale da intaccarne il nucleo essenziale»[42].

[41] Corte Cost., 30 gennaio 2018, n. 16.

[42] Così A. BONOMI, *Brevi osservazioni sugli aspetti più problematici del delicato bilanciamento fra universalismo selettivo, diritti fondamentali e vincoli di bilancio*, cit., 18. Il riferimento è, in particolare, alle pronunce 16 dicembre 2016, n. 275 e 12 luglio 2017, n. 169 della Corte costituzionale. Sulla prima si veda, altresì A. LONGO, *Una concezione del bilancio costituzionalmente orientata: prime riflessioni sulla sentenza della Corte costituzionale n. 275/2016*, in *Federalismi.it*, n. 10/2017.

Garantire l'effettività del diritto alla tutela giurisdizionale vuol dire anche assicurare tra le parti la parità delle *chances* di successo nelle liti. E altresì, a monte, di accesso alla giustizia[43].

Venendo al caso di specie, si è già anticipato che l'assistenza dell'avvocato in sede di mediazione obbligatoria non può considerarsi meramente facoltativa, ma prescritta dalla legge[44].

A ciò si aggiunga, più in generale, che gli effetti di una procedura di mediazione (sia essa obbligatoria o meno) nel cui ambito sia stata formulata una proposta di conciliazione, ai sensi dell'art. 13 del d.lgs. n. 28/2010, possono riverberarsi anche sull'esito del successivo contenzioso giudiziario, con specifico riferimento alla statuizione sulle spese processuali. Il legislatore, infatti, per incentivare la bonaria definizione delle controversie ha previsto conseguenze sfavorevoli in capo alla parte vittoriosa che abbia precedentemente rifiutato una proposta di mediazione, il cui contenuto corrisponda interamente al provvedimento che ha poi definito il giudizio[45].

---

[43] In questi termini G. REPETTO, *Assistenza giudiziaria ai non abbienti*, cit., 1. Sembrano deporre in tal senso anche le riflessioni di: L.P. COMOGLIO, *ll III comma dell'art. 24*, cit., 118-119; M. GIALUZ, *Articolo 24*, cit., 238.

[44] In tal senso la giurisprudenza di legittimità (in particolare Corte di cassazione, sezione terza civile, sentenza 27 marzo 2019, n. 8473) e la circolare del Ministero della giustizia 27 novembre 2013 (Entrata in vigore dell'art. 84 del d.l. 69/2013 come convertito dalla l. 98/2013 recante disposizioni urgenti per il rilancio dell'economia, che modifica il d.lgs. 28/2010. Primi chiarimenti), dove si legge: «l'art. 5 comma 1 bis, nel reintrodurre la c.d. mediazione obbligatoria, stabilisce altresì che nelle controversie riguardanti le materie ivi elencate, chi intende agire in giudizio deve preliminarmente esperire il procedimento di mediazione "assistito da un avvocato". Tali nuove disposizioni pongono l'esigenza di fornire alcune specifiche indicazioni (…) Deve essere altresì chiarito che l'assistenza dell'avvocato è obbligatoria esclusivamente nelle ipotesi di c.d. mediazione obbligatoria (ivi compresa quella disposta dal giudice ex art. 5 comma 2), ma non anche nelle ipotesi di mediazione facoltativa».

[45] Tanto è previsto dal primo comma dell'art. 13 d.lgs. n. 28/2010: «Quando il provvedimento che definisce il giudizio corrisponde interamente al contenuto della proposta, il giudice esclude la ripetizione delle spese sostenute dalla parte vincitrice che ha rifiutato la proposta, riferibili al periodo successivo alla formulazione della stessa, e la condanna al rimborso delle spese sostenute dalla parte soccombente relative allo stesso periodo, nonché al versamento all'entrata del bilancio dello Stato di un'ulteriore somma di importo corrispondente al contributo unificato dovuto. Resta ferma l'applicabilità degli articoli 92 e 96 del codice di procedura civile. Le disposizioni di cui al presente comma si applicano altresì alle spese per l'indennità corrisposta al mediatore e per il compenso dovuto all'esperto di cui all'articolo 8, comma 4». Peraltro, anche il secondo comma prevede talune conseguenze in caso di rifiuto della proposta di mediazione e instaurazione di un successivo giudizio: «Quando il provvedimento che definisce il giudizio

Per di più, come riconosciuto dalla Corte, «la mediazione presuppone, in ogni caso, sin dalla sua attivazione il possesso di specifiche cognizioni tecniche di cui la parte non abbiente potrebbe essere priva»[46]. La mancanza della difesa tecnica non può che consolidare la condizione di subalternità di quest'ultima rispetto alla parte abbiente.

D'altronde, una parte della dottrina non ha mancato di rilevare che anche la tendenziale informalità che caratterizza la mediazione e le altre ADR, potrebbe di fatto finire per avvantaggiare la parte dotata di una maggior "forza", soprattutto dal punto di vista economico: «l'assenza di regole sostanziali e procedurali, rischia di amplificare lo squilibrio di potere e la possibile coercizione e manipolazione della parte più debole del conflitto»[47]. Parte che non sia adeguatamente assistita, è forse il caso di aggiungere.

Pertanto, la Corte non ha potuto che concludere riconoscendo «il radicale *vulnus* arrecato dalle norme censurate al diritto di difendersi dei non abbienti in un procedimento che, per un verso, è imposto *ex lege* in specifiche materie e che, per l'altro, è strumentale al giudizio al punto da condizionare l'esercizio del diritto di azione e il relativo esito»[48].

4. Note conclusive

L'impianto motivazionale della pronuncia fin qui esposto sembra potersi condividere.

Proprio per questo motivo parrebbe del tutto ragionevole l'estensione della disciplina in materia di patrocinio a spese dello Stato anche alle ipotesi in cui il tentativo di conclusione di una convenzione di negoziazione assistita rivesta

non corrisponde interamente al contenuto della proposta, il giudice, se ricorrono gravi ed eccezionali ragioni, può nondimeno escludere la ripetizione delle spese sostenute dalla parte vincitrice per l'indennità corrisposta al mediatore e per il compenso dovuto all'esperto di cui all'articolo 8, comma 4. Il giudice deve indicare esplicitamente, nella motivazione, le ragioni del provvedimento sulle spese di cui al periodo precedente».

[46] Corte Cost., 20 gennaio 2022, n. 10, considerato in diritto 9.2.1.

[47] Così A. LORENZETTI, *Il tessuto costituzionale della mediazione*, cit., 239-240.

[48] Corte Cost., 20 gennaio 2022, n. 10, considerato in diritto 9.2.1.

carattere di condizione di procedibilità della domanda[49] (e tale tentativo pervenga ad esito positivo). Tale estensione analogica pare poi opportuna, più in generale, con riferimento a tutte le ipotesi di giurisdizione condizionata: ogni qual volta cioè sussista quel «nesso di strumentalità necessaria con il processo» individuato dalla Corte costituzionale con riferimento alla mediazione obbligatoria. Questo obiettivo sembra essere, d'altronde, perseguito dallo stesso legislatore con la già menzionata legge delega 26 novembre 2021 n. 206.

Come anticipato, tuttavia, le argomentazioni impiegate dal giudice delle leggi nella sentenza in commento possono forse incentivare una più ampia riflessione circa l'opportunità di estendere ulteriormente l'applicazione del sistema di assistenza gratuita ai non abbienti nella fase pre-processuale.

Sebbene «gli studi effettuati in *subiecta materia* [abbiano] da sempre sottolineato la presenza di una grave lacuna nell'ordinamento italiano, costituita dall'assenza di una disciplina normativa che persegua la finalità di assicurare un servizio di assistenza legale stragiudiziale (…) in verità, siffatta lacuna non sembra però riscontrabile alla luce del dettato normativo di cui al terzo comma dell'art. 24 Cost. Quest'ultima disposizione, infatti, mediante l'utilizzazione della preposizione "per" ("per agire e difendersi davanti ad ogni giurisdizione") sembra coordinare teleologicamente l'assistenza giudiziaria esclusivamente alla instaurazione di un procedimento giurisdizionale. La tutela approntata dal terzo comma dell'art. 24 sembra avere quindi una portata limitata all'ambito endoprocessuale»[50].

Peraltro, una tale interpretazione pare conforme alle intenzioni del costituente, stando a quanto emerge dalla lettura degli Atti dell'Assemblea costituente[51].

Tanto prospettato, è forse il caso di concludere che non è possibile ravvisare un'illegittimità *stricto sensu* per violazione dell'art. 24, terzo comma, Cost. di una normativa che limiti l'assistenza legale ai non abbienti al giudizio e ai procedimenti ad esso connessi e strumentali, a prescindere dall'effettiva instaurazione del primo.

[49] Si tratta delle ipotesi di cui all'art. 3 del d.l. 12 settembre 2014, n. 132

[50] Così R.G. RODIO, *Difesa giudiziaria e ordinamento costituzionale,* cit., 61-62.

[51] Numerosi sono i riferimenti al «giudizio» negli interventi dei fautori dell'introduzione di una garanzia di assistenza legale gratuita ai meno abbienti.

Nondimeno, anche alla luce di quanto affermato dalla Corte in questa sede, parrebbe auspicabile che si apportassero taluni miglioramenti alla disciplina del patrocinio a spese dello Stato, in primo luogo mediante la sua estensione alle procedure stragiudiziali di composizione delle controversie il cui esperimento sia meramente facoltativo.

Invero, affinché gli strumenti di ADR possano affermarsi come realmente alternativi al ricorso all'autorità giudiziaria, e persino ad esso preferibili, soprattutto con riferimento alle *small claims* che spesso coinvolgono soggetti economicamente più svantaggiati e contribuiscono a colmare i ruoli dei tribunali, sembra opportuno mettere i soggetti meno abbienti nelle condizioni di non dover più scegliere tra effettivo esercizio del diritto di difesa e definizione bonaria della controversia. Occorre assicurarsi, cioè, che i canali alternativi di composizione dei conflitti siano in concreto idonei a tutelare i soggetti più deboli.

Una scelta legislativa in questo senso, oltre che favorire un effettivo accesso alla giustizia, potrebbe poi incidere positivamente sull'ormai annoso problema della "crisi della giustizia". Com'è noto, in Italia le corti sono investite da un carico di lavoro tale da comprometterne la capacità di giudicare in tempi certi e rapidi[52] e da ingenerare preoccupazioni circa l'adeguatezza delle decisioni, anche in termini qualitativi. Il fenomeno, determinato dal concorso di numerosi fattori[53], «è anche la conseguenza indiretta dell'allargato "accesso" agli organi giurisdizionali voluto» proprio dal movimento per l'*access to justice*[54], che ha dato luogo ad una crescita della domanda di giustizia.

[52] E tanto a dispetto della costituzionalizzazione della ragionevole durata del processo nel novellato art. 111 Cost.

[53] Si tratta di un tema estremamente complesso. Tra le cause che concorrono ad alimentare il problema, merita di essere menzionato il «ruolo di supplenza» cui i giudici sono, per così dire, costretti dall'incapacità dei soggetti tradizionali della rappresentanza di fare sintesi degli interessi particolari e di rispondere in modo efficace ai bisogni diffusamente avvertiti dai cittadini, le cui domande si riversano, in modo disordinato, su sedi istituzionali diverse, in particolare sulle corti. Sul punto v: A. GUSMAI, *Il gruppo parlamentare. Profili evolutivi di un soggetto della rappresentanza politica,* Cacucci, 2019, Bari, 230 s; A. RUGGERI, *I malati gravi (e incurabili?) degli Stati costituzionali: i partiti politici,* in *Federalismi.it*, n. 22/2017, 4 s.

[54] M. CAPPELLETTI, *Accesso alla giustizia*, cit., 3.

E così, paradossalmente, proprio la durata imprevedibile e tendenzialmente eccessiva dei processi è divenuta uno dei principali ostacoli[55] in cui i non abbienti incorrono nell'esercizio del proprio diritto alla tutela giurisdizionale.

Una disciplina del patrocinio a spese dello Stato che tenga conto dei metodi alternativi di risoluzione delle controversie potrebbe incentivarne il fruttuoso esperimento, specialmente per ciò che attiene alla microconflittualità, favorendo così l'accesso, sia direttamente che indirettamente, alla giustizia per la generalità dei cittadini. Invero, oltre a consentire ai soggetti economicamente più deboli un accesso più agevole ed equo ai mezzi di ADR, potrebbe contribuire ad una riduzione delle liti giudiziali, incidendo così sulla durata dei processi e sulle inefficienze del sistema giustizia. In tal modo esso finirebbe per agevolare dunque la definizione in tempi ragionevoli delle controversie più complesse.

dirittifondamentali.it

[55] In assenza della previsione nel nostro ordinamento di una consulenza stragiudiziale gratuita, l'ostacolo più rilevante all'effettivo esercizio del diritto alla tutela giurisdizionale resta, probabilmente, quella barriera costituita «dalla ignoranza circa i propri diritti e il modo opportuno di tutelarli, dai condizionamenti di uno *status* sociale che di per se stesso emargina il povero rispetto al sistema delle corti e a tutto l'apparato legale». In questi termini V. DENTI, *Patrocinio dei non abbienti e accesso alla giustizia*, cit. Sul punto si veda altresì M. CAPPELLETTI, *La giustizia dei poveri*, cit., 116. A giudizio dell'A. il principio *ignorantia iuris non excusat* è espressione di un sistema non democratico: «La realtà è infatti che il ricco può, pagando il proprio consulente legale, eliminare gli effetti di quell'ignoranza, che invece paralizza il povero nell'esercizio e nella tutela dei propri diritti (…) In moltissimi casi, i più poveri non sanno neppure della esistenza di certi loro diritti e della possibilità di farli valere in giudizio giovandosi del gratuito patrocinio». L'assistenza stragiudiziale sembrerebbe peraltro strumento idoneo ad arginare l'esasperata conflittualità dinnanzi ai tribunali. A tal proposito, giova rammentare che, nel nostro ordinamento, seppur con riferimento alle sole controversie transfrontaliere, il patrocinio a spese dello Stato è espressamente comprensivo della «consulenza legale nella fase precontenziosa al fine di giungere a una soluzione prima di intentare un'azione legale» ai sensi dell'art. 6 del d.lgs. n. 116/2005, attuativo della Direttiva 2003/8/CE.

dirittifondamentali.it

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

Le "riunioni" *online* tra crescente interesse internazionale e specificità costituzionali italiane

di
Daniele Coduti*

Sommario: 1. La riunione, un diritto "primordiale". – 2. La tutela della riunione nel diritto sovranazionale e internazionale: cenni introduttivi. – 3. Il Consiglio d'Europa e la "Guida dei diritti umani per gli utenti di internet". – 4. Il Patto internazionale sui diritti civili e politici e la sua interpretazione più recente. – 5. La libertà di riunione nell'ordinamento italiano: breve inquadramento generale. – 6. Le "riunioni" telematiche nell'ordinamento italiano. – 7. La libertà di riunirsi *online* tra opportunità tecnologiche e mutamenti sociali.

dirittifondamentali.it

1. La riunione, un diritto "primordiale"

La riunione di più persone nel medesimo luogo e nello stesso momento per scambiarsi delle idee, condividere le rispettive esperienze, rendere note le proprie esigenze o coordinare le attività che riguardano interessi comuni può considerarsi un «bisogno insopprimibile dell'uomo»[1], una sorta di «diritto primordiale e naturale»[2], che, indipendentemente dalle modalità di svolgimento, è «il portato della socievolezza umana»[3].

Questa forma di aggregazione, basata sulla vicinanza fisica, dunque, è in qualche modo innata in qualunque gruppo sociale e, con il tempo, ciò ha portato al riconoscimento giuridico di tale fenomeno come un diritto, con la conseguente

* Professore associato di Diritto costituzionale presso l'Università degli Studi di Foggia.

[1] Così G. SABATINI, *Riunioni e assembramenti*, in *Nuovo digesto italiano*, vol. XI, Torino, 1939, p. 872.

[2] Così A. BRUNIALTI, *Associazione e riunione (diritto di)*, in *Digesto italiano*, vol. IV, pt. II, Torino, 1893-1899, p. 34.

[3] Così O. RANELLETTI, *La polizia di sicurezza*, in V.E. ORLANDO (a cura di), *Primo trattato completo di diritto amministrativo*, vol. IV, pt. I, Milano, 1908, p. 491.

Contributo sottoposto a referaggio

previsione di una disciplina contenente anche dei limiti al suo esercizio. In effetti, dal punto di vista giuridico, il diritto di riunirsi è ampiamente riconosciuto nelle costituzioni nazionali[4] e nel diritto internazionale e sovranazionale, ma l'evoluzione tecnologica, i mutamenti sociali e – da ultimo – la pandemia da Covid-19 hanno consentito e incentivato un diffuso utilizzo degli strumenti informatici per ricorrere a quelle che sono comunemente definite "riunioni" telematiche. Di conseguenza, il tema di tali forme di riunione, già discusso anche nella dottrina italiana, è divenuto talmente rilevante da indurre alcuni organi di diritto internazionale a pronunciarsi nel senso del rafforzamento della tutela delle "riunioni" telematiche, al fine di garantire ad esse una tutela analoga a quella delle riunioni, per così dire, tradizionali, che si caratterizzano per la vicinanza fisica tra i partecipanti.

In questa sede, dunque, si prenderanno in considerazioni tali tentativi di assimilare nella tutela le riunioni che si svolgono tramite *internet* a quelle fisiche, per poi valutare come i *meeting* telematici possano essere tutelati nell'ordinamento italiano.

2. La tutela della riunione nel diritto sovranazionale e internazionale: cenni introduttivi

La libertà di riunirsi è contemplata sia dal diritto dell'Ue sia dal diritto internazionale. Quanto al primo, nel periodo anteriore all'approvazione del Trattato di Lisbona[5], la Corte di giustizia ha affermato che la libertà di riunione rientra tra i diritti meritevoli di tutela all'interno dell'ordinamento comunitario[6], riconoscendone la natura fondamentale, tale da giustificare anche restrizioni alla libertà di circolazione delle merci sancita nei trattati istitutivi[7]. Il Trattato di

[4] Per un'analisi comparata si rinvia a N. JARMAN, D. BRYAN, *General Principles Governing Freedom Of Assembly And Public Events*, 29 maggio 2004, pp. 1 ss., consultabile in *www.osce.org*, A. PETERS, I. LEY (eds.), *The Freedom of Peaceful Assembly in Europe*, Baden-Baden, 2016, *passim*, e O. SALÁT, *The right to freedom of assembly A comparative study*, Oxford, 2017, *passim*.

[5] Trattato del 3 dicembre 2007, ratificato in Italia con l. 130/2008.

[6] Cfr. CGCE, sent. 8 luglio 1999, C-235/92, *Montecatini s.p.a.*, part. § 137.

[7] In questo senso CGCE, sent. 12 giugno 2003, C-112/00, *Schmidberger*, part. §§ 74 ss., sulla quale V. BRINO, *La Corte di giustizia europea e il processo di valorizzazione dei diritti fondamentali: la libertà d'espressione e di riunione come limite ad una libertà economica fondamentale*, in *Rivista giuridica del*

Lisbona, poi, ha modificato l'art. 6, co. 1, del Trattato sull'Ue (TUE), sicché, la Carta dei diritti fondamentali dell'Ue[8] ha ottenuto «lo stesso valore giuridico dei trattati»[9] e, dunque, ora può farsi riferimento anche ad essa.

La Carta in questione, all'art. 12 – contenuto nel Titolo II, dedicato alle libertà –, contempla le libertà di riunione e di associazione. In particolare, la citata disposizione prevede: «Ogni persona ha diritto alla libertà di riunione pacifica e alla libertà di associazione a tutti i livelli, segnatamente in campo politico, sindacale e civico, il che implica il diritto di ogni persona di fondare sindacati insieme con altri e di aderirvi per la difesa dei propri interessi. I partiti politici a livello dell'Unione contribuiscono a esprimere la volontà politica dei cittadini dell'Unione»[10]. Tuttavia, tale articolo non fa espresso riferimento alle riunioni telematiche, né la Corte di giustizia se ne è mai occupata. Invero, l'Ue ha adottato alcune dichiarazioni che puntano a tutelare l'esercizio dei diritti connessi alla rete *internet*[11], ma si tratta di documenti che non hanno un valore giuridico vincolante e non contengono uno specifico riferimento alla libertà di riunione.

Passando al diritto internazionale, in esso si riscontrano frequenti riferimenti alla libertà di riunione, ad esempio nella Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo[12], nella Convenzione americana sui diritti umani[13], nella Carta africana dei diritti dell'uomo e dei popoli[14], nella Carta araba dei diritti dell'uomo[15], oppure

---

lavoro e della previdenza sociale, 2004, n. 1, pp. 175 ss., e A. TANCREDI, *L'emersione dei diritti fondamentali "assoluti" nella giurisprudenza comunitaria*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2006, n. 3, pp. 644 ss.

[8] Proclamata a Nizza il 7 dicembre 2000.

[9] Su tale articolo si v. C. GRABENWARTER, K. PABEL, *Article 6*, in H.-J. BLANKE, S. MANGIAMELI (eds.), *The Treaty on European Union (TEU) A Commentary*, Berlin-Heidelberg, 2013, pp. 287 ss.

[10] Sul quale si rinvia a P. CARETTI, P. MILAZZO, *Art. 12*, in R. MASTROIANNI, O. POLLICINO, S. ALLEGREZZA, F. PAPPALARDO, O. RAZZOLINI (a cura di), *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Milano, 2017, pp. 239 ss.

[11] Si tratta, in part., della *Dichiarazione europea sui diritti e i principi digitali per il decennio digitale* (COM(2022) 28 final), del 26 gennaio 2022, e della *Declaration for the Future of the Internet*, proposta il 28 aprile 2022. Entrambe sono consultabili in *www.ec.europa.eu*.

[12] Proclamata dall'Assemblea generale delle Nazioni unite il 10 dicembre 1948, che, all'art. 20, co. 1, prevede: «Ogni individuo ha diritto alla libertà di riunione e di associazione pacifica».

[13] Adottata a San José di Costarica il 22 novembre 1969 ed entrata in vigore il 18 luglio 1978, della quale si v. l'art. 15.

[14] Adottata a Nairobi il 28 giugno 1981 ed entrata in vigore il 21 ottobre 1986, di cui si v. l'art. 11.

nella Convenzione internazionale sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione razziale[16], nella Convenzione quadro per la protezione delle minoranze nazionali[17] e nella Convenzione sui diritti del fanciullo[18], ma nessuno di questi documenti contempla espressamente le riunioni telematiche. Alcuni sviluppi interessanti in relazione a queste ultime, invece, riguardano la Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU) e il Patto internazionale sui diritti civili e politici (PIDCP), sui quali, pertanto, occorre soffermarsi.

3. Il Consiglio d'Europa e la "Guida dei diritti umani per gli utenti di internet"

Un primo sviluppo interessante riguarda il Consiglio d'Europa e gli strumenti ad esso connessi. In effetti, la CEDU[19] contempla la libertà di riunione insieme a quella di associazione, nello specifico, nell'art. 11, ai sensi del quale: «Ogni persona ha diritto alla libertà di riunione pacifica e alla libertà d'associazione, ivi compreso il diritto di partecipare alla costituzione di sindacati e di aderire a essi per la difesa dei propri interessi. L'esercizio di questi diritti non può essere oggetto di restrizioni diverse da quelle che sono stabilite dalla legge e che costituiscono misure necessarie, in una società democratica, alla sicurezza nazionale, alla pubblica sicurezza, alla difesa dell'ordine e alla prevenzione dei reati, alla protezione della salute o della morale e alla protezione dei diritti e delle libertà altrui. Il presente articolo non osta a che restrizioni legittime siano imposte all'esercizio di tali diritti da parte dei membri delle forze armate, della polizia o dell'amministrazione dello Stato».

---

[15] Adottata il 15 settembre 1994 con Risoluzione n. 5437 dal Consiglio della Lega degli Stati Arabi, emendata in occasione del *summit* della Lega Araba del 22 e 23 maggio 2004, entrata in vigore il 15 marzo 2008, della quale si v. l'art. 24, co. 6 e 7.

[16] Adottata dall'Assemblea generale delle Nazioni unite il 21 dicembre 1965 e ratificata dall'Italia con l. 654/1975; cfr. art. 5, lett. *d*, n. ix.

[17] Adottata dal Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa l'1 febbraio 1995, ratificata dall'Italia con l. 302/1997, della quale si v. l'art. 7.

[18] Approvata dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite il 20 novembre 1989 e ratificata dall'Italia con l. 176/1991, di cui si v. l'art. 15.

[19] Stipulata a Roma il 4 novembre 1950 e ratificata dall'Italia con l. 848/1955.

Si tratta di una previsione più ampia di quelle contenute in altri documenti internazionali e sovranazionali, ma che comunque non fa espresso riferimento al ricorso agli strumenti telematici nell'esercizio del diritto di riunione. Inoltre, questa eventualità non è stata – sinora – presa in considerazione neanche dalla Corte europea dei diritti dell'uomo nella sua pur copiosa giurisprudenza sull'art. 11 Cedu.[20]; nondimeno, il tema è stato ugualmente affrontato in seno all'ordinamento costituito dal Consiglio d'Europa.

Infatti, il Comitato dei ministri[21] ha adottato una raccomandazione nella quale si legge che «[g]li Stati membri sono tenuti a garantire a ogni persona soggetta alla loro giurisdizione i diritti umani e le libertà fondamentali sanciti dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo (...). Tale obbligo è valido ugualmente nel contesto dell'utilizzo di Internet»[22]; inoltre, gli Stati devono adoperarsi affinché «i diritti umani e le libertà fondamentali si applichino in ugual misura online e offline»[23].

Alla Raccomandazione è allegata una guida destinata agli utenti di *internet*[24], cui gli Stati devono dare diffusione, la quale, con particolare riferimento ai diritti di riunione, associazione e partecipazione, afferma: «Avete il diritto di riunirvi e di associarvi con altri in modo pacifico utilizzando Internet. In pratica, significa che: 1. siete liberi di scegliere qualsiasi sito Internet, qualsiasi applicazione o altro servizio per costituire, aderire, mobilitarvi o partecipare a un gruppo sociale, o un'associazione, che siano o meno ufficialmente riconosciuti dalle autorità

[20] Ci si limita ad osservare che la Corte di Strasburgo si è occupata di recente anche delle limitazioni al diritto di riunirsi adottate per contrastare la pandemia: cfr. Corte Edu, III sez., 15 marzo 2022, *Communauté genevoise d'action syndicale (CGAS) v. Svizzera*, sulla quale F. GIANONI, G. GRASSO, *Divieto della libertà di riunione e tutela giurisdizionale al tempo della pandemia. Note critiche sulla decisione della Corte Edu nella causa* Communauté genevoise d'action syndicale (CGAS) c. Svizzera *del 15 marzo 2022*, in *Diritti comparati*, 21 aprile 2022, pp. 1 ss.

[21] Che è un organo del Consiglio d'Europa composto dai ministri degli affari esteri di tutti gli Stati membri o dai loro supplenti (cfr. artt. 13 ss. Statuto del Consiglio d'Europa).

[22] Così Raccomandazione CM/Rec(2014)6, adottata il 16 aprile 2014, p. 5. Per un commento si v. P. FERNÁNDEZ GARCÍA-ARMERO, *Una visión crítica desde el derecho español de la recomendación CM/Rec(2014)6 sobre una guía de los derechos humanos para los usuarios de internet*, in R. MIRANDA GONÇALVES, P.S. DE BRITO (coords.), F. DA SILVA VEIGA, D. PIRES FINCATO (dirs.), *Estudos de Direito, Desenvolvimento e Novas Tecnologias*, Porto, 2020, pp. 444 ss.

[23] Così Raccomandazione CM/Rec(2014)6, cit. p. 6.

[24] Definita *Guida dei diritti umani per gli utenti di internet*.

pubbliche. Dovreste ugualmente essere in grado di utilizzare Internet per esercitare il vostro diritto di costituire sindacati e di aderirvi; 2. avete il diritto di protestare pacificamente online, essendo tuttavia consapevoli del fatto che potete esporvi a eventuali conseguenze legali, qualora le vostre proteste online provochino blocchi o interruzioni dei servizi e/o danno alla proprietà altrui; 3. siete liberi di utilizzare gli strumenti online disponibili per partecipare a dibattiti pubblici a livello locale, nazionale o mondiale, a iniziative legislative e al controllo pubblico del processo decisionale e avete segnatamente il diritto di firmare petizioni e di partecipare all'elaborazione delle politiche relative alla gestione di Internet»[25].

Tale guida evidenzia come la rete *internet* possa essere utilizzata per organizzare delle riunioni, ma anche come strumento per svolgerle, sebbene il riferimento complessivo ai diritti di riunione, associazione e partecipazione non consenta di ricondurre in maniera univoca le attività che si svolgono *online* al solo diritto di riunirsi.

Occorre altresì considerare che le raccomandazioni del Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa non sono vincolanti per gli Stati membri; nondimeno, la raccomandazione del 2014 è significativa perché evidenzia la crescente attenzione che a livello internazionale viene riservata ai diritti esercitabili attraverso la rete *internet*, il che deve indurre a una riflessione anche a livello nazionale, seppure tenendo in considerazione le peculiarità (anche) giuridico-costituzionali di ciascun ordinamento degli Stati membri di tale organizzazione internazionale.

4. Il Patto internazionale sui diritti civili e politici e la sua interpretazione più recente

Passando dal PIDCP[26], neanche quest'ultimo fa espresso riferimento alle riunioni telematiche, in quanto il suo art. 21 afferma: «È riconosciuto il diritto di riunione pacifica. L'esercizio di tale diritto non può formare oggetto di restrizioni tranne quelle imposte in conformità alla legge e che siano necessarie in una società

[25] Cfr. Raccomandazione CM/Rec(2014)6, cit. p. 10.

[26] Adottato dall'Assemblea generale delle Nazioni unite il 16 dicembre 1966 e ratificato in Italia con l. 881/1977.

democratica, nell'interesse della sicurezza nazionale, della sicurezza pubblica, dell'ordine pubblico o per tutelare la sanità o la morale pubbliche, o gli altri diritti e libertà». Tuttavia, uno degli aspetti più interessanti e recenti che riguardano tale documento internazionale è offerto dal commento generale del 2020[27] del Comitato per i diritti umani delle Nazioni unite[28], che riguarda proprio l'interpretazione dell'art. 21 e, di conseguenza, il diritto di riunione pacifica, di cui è utile sottolineare alcuni profili.

Innanzitutto, il commento conferma che quello di riunirsi è un diritto fondamentale strettamente connesso alla democrazia sia perché consente di partecipare a modellare la società, sia perché permette di concretizzare altri diritti, di carattere economico, sociale e culturale[29].

In secondo luogo, si ribadisce che il diritto in questione è riconosciuto a tutti, cittadini, stranieri (regolari e non), richiedenti asilo, rifugiati e apolidi[30], ma anche che il suo esercizio richiede che si radunino più persone, poiché la manifestazione di una sola persona non è riconducibile al diritto di riunione, bensì alla libertà di espressione di cui all'art. 19 del Patto[31].

Inoltre, nonostante lo svolgimento di una riunione sia di solito preceduto da un'attività di organizzazione, che può consistere anche nell'avvisare le autorità[32], il

[27] Ci si riferisce a HUMAN RIGHTS COMMITTEE, *General comment No. 37 (2020) on the right of peaceful assembly (article 21)*, 17 settembre 2020, consultabile in *www.ohchr.org*, pp. 1 ss., datato 17 settembre 2020, sul quale si v. S.W. FEBRIANA, *Assessing the Human Rights Committee's General Comment No. 37: is the interpretation sufficient to protect the freedom of assembly in times of public health emergency?*, in *IIUM Law Journal*, 2021, n. 2, pp. 1 ss., M. HAMILTON, *Comments on draft General Comment 37 on Article 21 ICCPR: the Right of Peaceful Assembly*, in *www.ueaeprints.uea.ac.uk*, 21 febbraio 2020, pp. 1 ss., e N. ZIMMERMANN, *La liberté de réunion pacificque, garante d'un espace civique menacé: commentaire en marge de l'observation générale n° 37 du Comité des droits de l'homme*, in *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 2021, n. 128, pp. 829 ss.

[28] Si tratta di un organo previsto dagli artt. 28 ss. del Patto, composto di diciotto esperti indipendenti che hanno il compito di supervisionare l'applicazione del Patto stesso da parte degli Stati aderenti. Il Comitato può anche interpretare il contenuto delle disposizioni relative ai diritti dell'uomo per favorire l'adempimento da parte degli Stati membri dei loro obblighi in relazione ai diritti contemplati dal Patto medesimo. Tali interpretazioni vengono adottate e pubblicate con i c.d. commenti generali (*general comments* o *observations générales*), come previsto dagli artt. 76-77 delle norme di procedura adottate dallo stesso organo.

[29] Cfr. HUMAN RIGHTS COMMITTEE, *General comment No. 37*, cit., p. 1.

[30] Cfr. HUMAN RIGHTS COMMITTEE, *General comment No. 37*, cit., p. 2.

[31] Si v. HUMAN RIGHTS COMMITTEE, *General comment No. 37*, cit., p. 3.

[32] Cfr. HUMAN RIGHTS COMMITTEE, *General comment No. 37*, cit., p. 3.

mancato rispetto delle regole che richiedono una comunicazione alle autorità non comporta l'illegittimità della riunione, né giustifica il suo scioglimento[33]. Talvolta le riunioni sono spontanee, ma anche in tali casi si rientra nella tutela dell'art. 21 del Patto[34], purché la libertà di riunione – di qualunque tipo – sia esercitata senza l'uso della violenza[35]. Una questione particolarmente interessante al riguardo è quella che attiene alla presenza di armi, che non necessariamente comporta l'illegittimità della riunione, dovendosi valutare tale circostanza caso per caso, anche in considerazione delle norme nazionali sul possesso di armi, delle tradizioni culturali locali, di prove sulla volontà di provocare violenze o dei rischi che la presenza di tali "oggetti" possa provocare delle violenze[36]. Nel rispetto di tali condizioni, anche le contromanifestazioni sono riconducibili alla tutela dell'articolo citato[37].

Quanto agli obblighi degli Stati, il commento conferma che su di essi gravano obblighi di astensione, ma anche obblighi positivi, poiché le autorità pubbliche sono tenute a garantire e favorire l'esercizio del diritto di riunione[38], mentre vietare le riunioni deve essere l'*extrema ratio*[39], cui ricorrere nei soli casi previsti dalla legge e in riferimento alle caratteristiche della singola riunione, poiché le restrizioni di carattere generale sono presumibilmente sproporzionate[40].

Si tratta di un'interpretazione della previsione del PIDCP di indubbio interesse, tuttavia, uno degli aspetti più innovativi e – nell'ottica dell'ordinamento italiano – problematici che emerge dal commento generale cui si sta facendo riferimento è quello relativo all'utilizzo delle nuove tecnologie e, in particolare, della rete *internet*.

[33] Cfr., ancora, HUMAN RIGHTS COMMITTEE, *General comment No. 37*, cit., p. 12.
[34] Cfr. HUMAN RIGHTS COMMITTEE, *General comment No. 37*, cit., p. 3.
[35] Si v. HUMAN RIGHTS COMMITTEE, *General comment No. 37*, cit., p. 3.
[36] Cfr. HUMAN RIGHTS COMMITTEE, *General comment No. 37*, cit., p. 4.
[37] Cfr., ancora, HUMAN RIGHTS COMMITTEE, *General comment No. 37*, cit., p. 3.
[38] Cfr. HUMAN RIGHTS COMMITTEE, *General comment No. 37*, cit., pp. 4 ss.
[39] Si v. anche HUMAN RIGHTS COMMITTEE, *General comment No. 37*, cit., pp. 16-17, con riferimento all'esercizio del diritto in questione durante le situazioni di emergenza o di conflitto armato.
[40] Cfr. HUMAN RIGHTS COMMITTEE, *General comment No. 37*, cit., p. 7. Invero, nel testo in inglese si afferma: «*Blanket restrictions on peaceful assemblies are presumptively disproportionate*»; mentre, in quello in francese (p. 8) si legge: «*Les restrictions systématiques imposées aux réunions pacifiques sont présumées disproportionnées*».

Invero, già nel 2012[41], lo *Human Rights Council* aveva adottato una risoluzione nella quale riconosceva il ruolo di *internet* nello sviluppo dei diritti umani (in particolare, della libertà di espressione)[42] e si affermava che gli stessi diritti che le persone hanno *offline* devono essere protetti *online*[43]. Il commento generale del 2020 dello *Human Rights Committee* si spinge oltre, poiché entra nel dettaglio della protezione dei diritti in rete e, in particolare, si occupa delle riunioni che vengono organizzate o si svolgono tramite *internet*[44].

In primo luogo, si riconosce che *internet* può essere utilizzato per organizzare le riunioni, sicché, le autorità pubbliche non devono impedire l'accesso alla rete per ostacolarne l'organizzazione[45]. Ma il Comitato per i diritti umani riconosce altresì che i luoghi in cui può svolgersi la riunione possono essere all'interno o all'aperto, in luoghi pubblici o privati, *online* oppure in una combinazione di tali luoghi[46]. Il Comitato, dunque, ritiene che le nuove tecnologie consentano di svolgere nuove forme di riunione, che possono tenersi integralmente o parzialmente *online*[47], pertanto, anche queste ultime, sebbene non consistano in un assembramento fisico di più persone, sono comunque ricondotte alla libertà tutelata dall'art. 21 del Patto[48]. Ne consegue che le autorità pubbliche non debbano ostacolare l'esercizio delle riunioni da remoto, né utilizzare strumenti tali da dissuadere chi voglia partecipare alla riunione, sebbene sia possibile utilizzare forme di controllo telematico per contrastare fenomeni violenti; inoltre, esse devono altresì vigilare affinché le riunioni non siano ostacolate in maniera ingiustificata dai fornitori di servizi *internet*, oppure per evitare che siano poste in essere attività capaci di

[41] Cfr. HUMAN RIGHTS COUNCIL, *Resolution* A/HRC/RES/20/8, consultabile in *www.ohchr.org*, pp. 1-2, e datata 5 luglio 2012.
[42] Cfr. HUMAN RIGHTS COUNCIL, *Resolution* A/HRC/RES/20/8, cit., p. 1.
[43] Si v. HUMAN RIGHTS COUNCIL, *Resolution* A/HRC/RES/20/8, cit., p. 2.
[44] Come osserva M. SCHEININ, *U.N. Human Rights Committee General Comment No. 37 on Freedom of Assembly: An Excellent and Timely Contribution*, in *Just Security*, 30 luglio 2020, «*[i]t is both ironic and apropos that because of the COVID-19 pandemic the whole session where General Comment No. 37 was adopted was conducted online*».
[45] Cfr. HUMAN RIGHTS COMMITTEE, *General comment No. 37*, cit., p. 6.
[46] Cfr., ancora, HUMAN RIGHTS COMMITTEE, *General comment No. 37*, cit., p. 2.
[47] Cfr. HUMAN RIGHTS COMMITTEE, *General comment No. 37*, cit., p. 2.
[48] Si v. HUMAN RIGHTS COMMITTEE, *General comment No. 37*, cit., p. 3.

invadere la *privacy* dei partecipanti alla riunione *online*[49]. Si prevede, peraltro, che ogni eventuale restrizione ai sistemi di diffusione delle informazioni debba rispettare il *test* per le limitazioni alla libertà di espressione[50].

Questa lettura del diritto di riunione appare particolarmente innovativa, poiché – alla luce dell'evoluzione tecnologica – punta ad estendere la tutela relativa al diritto in questione alle riunioni che si svolgono in un "luogo" virtuale, superando così una delle caratteristiche proprie della riunione, ovverosia la fisica compresenza di più individui nel medesimo luogo. Tuttavia, si tratta di una lettura tanto innovativa quanto problematica, che non recide il legame dei *meeting* da remoto con la libertà di espressione, richiamata nello stesso commento generale e che pare destinata a scontrarsi con le peculiarità delle discipline giuridiche nazionali e con l'intreccio tra differenti diritti e libertà che l'utilizzo degli strumenti telematici rende ancora più intricato. Inoltre, occorre considerare che il commento generale in questione non ha valore giuridico vincolante, ma si pone piuttosto come uno strumento di *soft law*, destinato a suggerire e orientare le migliori pratiche per tutelare (in questo caso) la libertà di riunione anche di fronte agli sviluppi della tecnologia e della società.

Occorre pertanto considerare se e come queste aperture nella tutela dei *meeting* telematici possano trovare un riscontro nell'ordinamento italiano.

5. La libertà di riunione nell'ordinamento italiano: breve inquadramento generale

Passando dunque all'ordinamento italiano, la libertà di riunione è espressamente contemplata dall'art. 17 Cost.[51], contenuto nella Parte I della

[49] Cfr. HUMAN RIGHTS COMMITTEE, *General comment No. 37*, cit., p. 6.

[50] Cfr., ancora, HUMAN RIGHTS COMMITTEE, *General comment No. 37*, cit., p. 6, che rinvia a HUMAN RIGHTS COMMITTEE, *General comment No. 34 Article 19: Freedoms of opinion and expression*, 12 settembre 2011, consultabile in *www.ohchr.org*, part. pp. 6 ss.

[51] Sul quale si rinvia a A. PACE, *La libertà di riunione nella Costituzione italiana*, Milano, 1967, *passim*, nonché ai commenti di ID., *Art. 17*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, 1977, pp. 145 ss., R. D'ALESSIO, *Art. 17*, in V. CRISAFULLI, L. PALADIN (a cura di), *Commentario breve alla Costituzione*, Padova, 1990, pp. 102 ss., G. TARLI BARBIERI, *Art. 17*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, vol. I, Torino, 2006, pp. 383 ss., F. GAMBINI, *Art. 17*, in S. BARTOLE, R. BIN (a cura di), *Commentario breve alla Costituzione Crisafulli-Paladin*, 2ª ed., Padova, 2008, pp. 135 ss., e F. ROSA, *Articolo 17*, in F.

Costituzione, dedicata ai diritti e doveri dei cittadini, nel suo Titolo I, intitolato ai diritti civili (artt. 13-28 Cost.). La collocazione della libertà in questione all'interno della Carta costituzionale consente di comprendere immediatamente come essa sia connessa alla partecipazione politico-democratica[52]. Il testo della citata disposizione costituzionale prevede: «I cittadini hanno diritto di riunirsi pacificamente e senz'armi. Per le riunioni, anche in luogo aperto al pubblico, non è richiesto preavviso. Delle riunioni in luogo pubblico deve essere dato preavviso alle autorità, che possono vietarle soltanto per comprovati motivi di sicurezza o di incolumità pubblica». L'articolo in questione configura una libertà collettiva, ovverosia una libertà il cui esercizio presuppone una pluralità di soggetti, in quanto, per esservi una riunione, è necessaria la presenza contestuale di più persone in uno stesso luogo per i perseguimento di uno scopo comune, sicché, si tratta di una libertà che non può essere esercitata *uti singuli*, sebbene sia riconosciuta a ciascun individuo. Infatti, la Costituzione non tutela solo le libertà del singolo, ma anche quelle libertà che attengono più propriamente al profilo sociale della persona; quest'ultimo è un tratto che la libertà di riunione condivide con quella di associazione di cui all'art. 18 Cost., considerato che entrambe le libertà possono agire come moltiplicatori dell'azione individuale[53], favorendo la partecipazione alla sfera pubblica e l'esercizio di altre libertà costituzionalmente tutelate[54].

Senza poter entrare nel dettaglio dell'art. 17 Cost. in questa sede, si può quantomeno osservare che alcuni suoi contenuti sono ricorrenti nelle diritto

---

CLEMENTI, L. CUOCOLO, F. ROSA, G.E. VIGEVANI (a cura di), *La Costituzione italiana*, vol. I, 2ª ed., Bologna, 2021, pp. 131 ss.

[52] Secondo C. SCHMITT, *Verfassungslehre*, [1928], trad. it., *Dottrina della Costituzione*, Milano, 1984, p. 222, la libertà di riunione rientrerebbe tra quei diritti che «possono (...) perdere facilmente il loro carattere non-politico e cessano quindi di essere diritti individualistici di libertà», perdendo, di conseguenza «anche l'assolutezza della loro difesa» e diventandone necessaria una regolamentazione.

[53] Così M. OLIVETTI, *Diritti fondamentali*, 2ª ed., Torino, 2020, p. 359.

[54] Come osservano C. COLAPIETRO, M. RUOTOLO, *Diritti e libertà*, in F. MODUGNO (a cura di), *Diritto pubblico*, 5ª ed., Torino, 2021, p. 684, plurisoggettività e scopo comune rappresentano caratteristiche proprie di entrambe le libertà, mentre la riunione si differenzierebbe dall'associazione sostanzialmente per l'assenza del vincolo ideale intercorrente tra i componenti di una associazione.

comparato e nel diritto internazionale, in particolare, i riferimenti alla necessaria pacificità delle riunioni e al loro svolgimento in assenza di armi, per quanto non manchino le eccezioni, poiché occorre tenere conto delle differenze socioculturali – oltre che normative – dei diversi contesti (si pensi, ad esempio, all'ampiezza con cui è riconosciuto il diritto di possedere e portare armi negli Stati uniti d'America[55]).

Analogamente, sovente si riscontrano richiami ai luoghi delle riunioni, di solito, per giustificare una disciplina più rigorosa per le riunioni *en plein air*[56] rispetto a quelle che si svolgono in luoghi privati. Tuttavia, l'art. 17 Cost. non si limita a distinguere le riunioni che si svolgono in luoghi pubblici dalle altre, bensì richiama tre tipologie di luoghi, in quanto è possibile distinguere il luogo pubblico, cui fa riferimento il co. 3, dal luogo aperto al pubblico di cui al precedente co. 2, dal luogo privato, al quale l'art. 17 Cost. non fa espresso riferimento ma che si ricava dal generale riconoscimento della libertà di riunione, nonché dalla circostanza che il citato co. 2 distingua dalle riunioni in luogo pubblico «anche» quelle in luogo aperto al pubblico, differenziando il regime delle prime da quello delle altre. Questa sorta di tripartizione è particolarmente rilevante perché, siccome le riunioni sono assoggettate a regole diverse sulla scorta del luogo in cui si svolgono, occorre individuare un criterio che consenta di distinguere i diversi luoghi ai fini della disciplina della libertà in questione. Tale criterio non dovrebbe consistere nella

[55] Infatti, il I emendamento (del 1791) alla Costituzione USA fa riferimento alla pacificità delle riunioni ma non all'assenza di armi: «*Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the Government for a redress of grievances*». Su tale previsione si v. M.M. RUSSELL (ed.), *Freedom of Assembly and Petition: The First Amendment, Its Constitutional History and the Contemporary Debate*, New York, 2010, *passim*. Utile un rinvio anche a G. GROTTANELLI DE' SANTI, *Rassegna di giurisprudenza della Corte Suprema degli Stati Uniti in materia di diritto di riunione*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1958, n. 3-4, pp. 843 ss.

[56] Si riprende l'espressione di uno dei più risalenti riconoscimenti costituzionali della libertà di riunione in Europa, l'art. 19 della Costituzione belga del 1831: «*Les Belges ont le droit de s'assembler paisiblement et sans armes, en se conformant aux lois qui peuvent régler l'exercice de ce droit, sans néanmoins le soumettre à une autorisation préalable. Cette disposition ne s'applique point aux rassemblements en plein air, qui restent entièrement soumis aux lois de police*». Su tale testo costituzionale, Su tale Costituzione si v. J. GILISSEN, *La Constitution belge de 1831: ses sources, son influence*, in *Res Publica*, 1968, pp. 107 ss.

"proprietà" – privata o pubblica – del luogo in cui si intende tenere la riunione[57] (sebbene talvolta proprietà e "tipo" di riunione possano coincidere), bensì nell'utilizzo che intende farsene[58] e nella possibilità di accedervi da parte di coloro che vogliono riunirsi, talché, il medesimo luogo potrebbe prestarsi, di volta in volta, ad essere utilizzato per riunioni di carattere diverso[59].

Indipendentemente dai criteri utilizzati per distinguere i diversi "luoghi" in cui si esercita il diritto di riunirsi, la disciplina della riunione nell'ordinamento italiano, con la sua attenta distinzione in base ai luoghi, appare coerente con una nozione di luogo in senso materiale, ovverosia come luogo nello spazio che può essere fisicamente occupato da persone o cose (sedie, palchi, veicoli, ecc.), sebbene i mutamenti tecnologici e sociali mettano in discussione tale nozione.

6. Le "riunioni" telematiche nell'ordinamento italiano

Invero, l'evoluzione tecnologica offre nuovi strumenti, che permettono alle persone di "riunirsi", ma senza essere fisicamente vicine. Si tratta, ovviamente, degli strumenti messi a disposizione dall'utilizzo della rete *internet* e dei *software* ad essa collegati, come i *social network* e le applicazioni per la comunicazione da remoto, che ormai da tempo sollevano ampi dibattiti nella dottrina (anche) con riferimento al loro inquadramento giuridico, alle nuove istanze di tutela che comportano e ai rischi che ne derivano[60].

---

[57] Secondo A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali*, Parte speciale, 2ª ed., Padova, 2002, p. 321, nt. 13, «[i]l criterio di distinzione delle riunioni in luogo pubblico che si basasse sulla natura del diritto di proprietà porterebbe a conseguenze assurde: ad es. di una riunione di studenti nei cortili di un'università dovrebbe darsi preavviso all'autorità di polizia; per converso, nessun preavviso dovrebbe essere dato alla polizia della riunione in una strada di proprietà privata, ma di pubblico transito. Nel primo caso sussisterebbe inoltre la possibilità del divieto preventivo, nel secondo no».

[58] Parlano di "uso" cui è destinato dall'avente diritto il luogo della riunione A. PACE, *Problematica*, cit., p. 321, e di "destinazione" C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, vol. II, 9ª ed., Padova, 1976, p. 1094. Sulla connessione tra uso e proprietà, si v. M. PACELLI, *Libertà di riunione e uso dei beni pubblici*, in *Rassegna di diritto pubblico*, 1967, pt. I, part. p. 240.

[59] «Ciò richiede una verifica da condursi caso per caso», come osserva A. PACE, *Problematica*, cit., p. 321.

[60] Il tema non può essere affrontato in questa sede, ma, per un suo inquadramento, si può rinviare a P. COSTANZO, *Internet (Diritto pubblico)*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, Agg.,

Con specifico riferimento alla libertà di riunione, l'utilizzo delle nuove tecnologie è divenuto negli ultimi anni un fenomeno sempre più rilevante, per un verso, perché – negli ordinamenti con un insufficiente tasso di democrazia – esse consentono a minoranze e opposizioni politiche di riunirsi "virtualmente", esponendosi a minori rischi di repressione; per altro verso, perché la pandemia da Covid-19 e l'esigenza di mantenere il distanziamento fisico per contrastare la diffusione del *virus* hanno incentivato a livello globale l'utilizzo di tali strumenti sia per consentire di continuare a svolgere le attività quotidiane di studio e lavorative, sia per permettere di preservare i rapporti interpersonali, di qualunque tipo: familiari, amicali, ma anche culturali e politici. In tal modo, la rete *internet*, oltre ad essere uno strumento utile per programmare e organizzare alcune attività – tra cui, le riunioni –, si è trasformata altresì in un "luogo" all'interno del quale svolgere tali attività, sebbene sia privo di materialità e non consenta una fisica vicinanza tra le persone[61]. Quindi, l'idea che essa sia un "luogo", diverso e distinto da quelli fisici, nel quale è anche possibile esercitare alcuni diritti[62], pone il problema della riconducibilità delle attività che in esso si svolgono alle disposizioni che tali diritti riconoscono e tutelano, come l'art. 17 Cost.[63]. Inoltre, l'accelerazione nella diffusione dell'utilizzo di tali mezzi a causa della pandemia e il loro impiego in maniera capillare da parte di ampie fasce della popolazione mondiale hanno

Torino, 2000, pp. 347 ss., G. CORASANITI, *Diritti nella rete. Valori umani, regole, interazione tecnologica globale*, Milano, 2006, *passim*, M. BETZU, *Regolare internet*, Torino, 2012, *passim*, M. NISTICÒ, P. PASSAGLIA (a cura di), Internet *e Costituzione*, Torino, 2014, *passim*, E. BERTOLINI, V. LUBELLO, O. POLLICINO (a cura di), *Internet: regole e tutela dei diritti fondamentali*, Roma, 2015, *passim*, T.E. FROSINI, O. POLLICINO, E. APA, M. BASSINI (a cura di), *Diritti e libertà in Internet*, Milano, 2017, *passim*, T.E. FROSINI, *Liberté Egalité Internet*, 2ª ed., Napoli, 2019, *passim*, e P. COSTANZO, P. MAGARÒ, L. TRUCCO (a cura di), *Il diritto costituzionale e le sfide dell'innovazione tecnologica*, Napoli, 2022, *passim*.

[61] Un «non-luogo», per utilizzare le parole di N. IRTI, *Norma e luoghi*, Roma-Bari, 2002, part. p. 65.

[62] Sulla questione si v. A. PAPA, *Espressione e diffusione del pensiero in internet*, Torino, 2009, pp. 30 ss., e P. PASSAGLIA, Internet *nella Costituzione italiana: considerazioni introduttive*, in *Consulta Online*, 2014, part. pp. 18 ss., anche in M. NISTICÒ, P. PASSAGLIA (a cura di), Internet, cit., pp. 1 ss.

[63] Tuttavia, secondo M. CUNIBERTI, *Tecnologie digitali e libertà politiche*, in *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2015, n. 2, p. 285, «non ha senso discorrere di libertà che si esercitano *nella rete*, ma occorrerebbe, se mai, ragionare di libertà che si esprimono (anche) *attraverso la rete*».

ulteriormente evidenziato la necessità delle istituzioni politiche di confrontarsi con tale fenomeno, per provare a disciplinare e tutelare le c.d. riunioni telematiche.

Come si è visto[64], la questione è stata affrontata a livello internazionale dallo *Human Rights Committee*[65], secondo il quale sarebbe necessario estendere la tutela riconosciuta alle riunioni "fisiche" anche a quelle "virtuali". Infatti, secondo tale organo, le riunioni che si volgono – integralmente o parzialmente – *online* godrebbero della tutela offerta dall'art. 21 del PIDCP, con la conseguenza che le autorità pubbliche non dovrebbero ostacolarne l'esercizio, né utilizzare strumenti tali da dissuadere chi voglia prendervi parte; inoltre, esse dovrebbero anche vigilare affinché tale tipologia di riunioni non sia ostacolata in maniera ingiustificata dai fornitori di servizi *internet*, oppure per evitare che siano poste in essere attività capaci di invadere la *privacy* dei partecipanti. In ogni caso, le autorità pubbliche sarebbero legittimate a porre in essere forme di controllo per contrastare fenomeni violenti. Si tratta di un'apertura importante nei confronti di una libertà "classica", della quale si ritiene di dover tutelare anche le nuove modalità di svolgimento; tale apertura trova un riscontro – meno deciso – anche nella "guida" adottata dal Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa[66], ma nell'ordinamento italiano pone delicati problemi.

Invero, nell'ordinamento italiano il tema non è nuovo, ma non è stato disciplinato dal legislatore, né su di esso si è sinora espressa la Corte costituzionale. Il dibattito, dunque, è stato animato prevalentemente dalla dottrina, la quale ha da tempo posto in evidenza come le riunioni siano caratterizzate dalla compresenza fisica di più persone[67], il cui stato di vicinanza fisica «permette un contatto uditivo,

[64] Cfr. *supra*, par. 4.

[65] Il riferimento è al più volte citato HUMAN RIGHTS COMMITTEE, *General comment No. 37*, cit., pp. 2 ss.

[66] Come si è visto *supra*, par. 3.

[67] Osserva M.R. ALLEGRI, *Ubi Social, Ibi Ius*, Milano, 2018, p. 45, che «l'accento posto sull'elemento fisico rappresenta il principale ostacolo alla qualificazione dell'attività di *social networking* alla stregua di una riunione»; l'A., tuttavia, partendo da una lettura filosofica del concetto di luogo, giunge a ritenere che l'attività di *social networking* potrebbe essere «considerata una forma di riunione "immateriale" *ex* art. 17 Cost.» (p. 52).

dirittifondamentali.it

visivo, olfattivo e tattile diretto»[68], consentendo agli intervenuti di comunicare «fra loro in modo immediato e senza bisogno di mezzi artificiali»[69]. Infatti, la riunione attraverso gli strumenti messi a disposizione dalle nuove tecnologie non consente di utilizzare tutti i sensi dell'uomo, i quali possono aiutare a capire se e come impostare un rapporto con altre persone[70]. Inoltre, solo la presenza fisica in uno spazio materiale consentirebbe di percepire la moltitudine di persone che manifestano e la suggestione che ne può derivare, mentre i mezzi di comunicazione potrebbero solo estenderne la portata, favorendo la diffusione delle relative immagini in maniera ampia e tempestiva[71].

La questione è resa più complessa da una pronuncia della Corte di cassazione del 2014, riguardante il reato di molestia o disturbo alle persone di cui all'art. 660 c.p.[72]. In tale pronuncia, infatti, la Corte ha affermato – con specifico riferimento al *social network Facebook* – che esso «rappresenti una sorta di ἀγορά virtuale. Una "piazza immateriale" che consente un numero indeterminato di "accessi" e di visioni, resa possibile da un'evoluzione scientifica, che certo il legislatore non era arrivato a immaginare. Ma che la lettera della legge non impedisce di escludere una nozione di luogo e che, a fronte della rivoluzione portata alle forme di aggregazione e alla tradizionali nozioni di comunità sociale, la sua *ratio* impone di considerare»[73].

Tale pronuncia stimola alcune riflessioni, ma richiede prima qualche precisazione. Innanzitutto, i giudici della Suprema Corte non attribuiscono a *Facebook* il riconoscimento giuridico di luogo pubblico o aperto al pubblico, bensì

[68] Così R. BORRELLO, *Riunione (diritto di)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XL, Milano, 1989, p. 1401.
[69] Così M. MAZZIOTTI DI CELSO, G.M. SALERNO, *Manuale di diritto costituzionale*, 7ª ed., Padova, 2018, p. 223.
[70] In questo senso, ancora, R. BORRELLO, *Riunione*, cit., p. 1438.
[71] Si v. ancora R. BORRELLO, *Riunione*, cit., pp. 1438-1439.
[72] L'articolo prevede: «Chiunque, in un luogo pubblico o aperto al pubblico, ovvero col mezzo del telefono, per petulanza o per altro biasimevole motivo, reca a taluno molestia o disturbo è punito con l'arresto fino a sei mesi o con l'ammenda fino a lire cinquemila».
[73] Così Cass. pen., sez. I, sent. 12 settembre 2014, n. 37956, sulla quale L. DIOTALLEVI, *Reato di molestia e* Facebook, *tra divieto di analogia in materia penale, (presunta) interpretazione "evolutiva" dell'art. 17 Cost. e configurabilità di un diritto di accesso ad* Internet, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2014, n. 5, pp. 4104 ss. Utile anche un rinvio alle successive sentt. sez. I, 8 giugno 2015, n. 24431, e sez. V, 1 marzo 2016, n. 8328.

sembrano abbastanza cauti quando affermano che la «legge non impedisce di» considerare le forme di aggregazione che le nuove tecnologie affiancano a quelle tradizionali. In secondo luogo, la Corte è consapevole della circostanza che, di solito, i *social network* si prestino a un utilizzo diversificato, che consente di restringere o allargare la platea dei soggetti destinatari dei messaggi veicolati tramite tali strumenti tecnologici, con la conseguenza che il medesimo strumento possa consentire un utilizzo riservato oppure pubblico. Infine, la pronuncia non ha avuto un seguito, poiché – a causa della sopraggiunta prescrizione del reato contestato all'imputato – la Corte di Cassazione non ha potuto adottare una sentenza di annullamento con rinvio, bensì una di annullamento senza rinvio. La sentenza in questione, quindi, sembrerebbe evidenziare la novità della diffusione dei mezzi messi a disposizione dall'evoluzione della rete *internet* e, in particolare, dei *social network*, riconoscendone la complessità e l'impatto sulla vita di relazione, ma nella consapevolezza dell'assenza di un'adeguata disciplina giuridica.

Invero, occorre partire da un dato evidenziato anche nella sentenza della Corte di Cassazione, che è quello relativo alla duttilità degli strumenti messi a disposizione dalla rete *internet*, i quali, come si è detto, possono essere impostati diversamente, consentendo di relazionarsi in maniera riservata con un numero definito di persone, oppure di esprimere le proprie opinioni verso una platea indeterminata, o, ancora, di ampliare o limitare la possibilità dei destinatari del messaggio di replicare, commentare o semplicemente reagire ad esso. Anzi, nel tempo, diversi *social network* hanno aggiunto la possibilità di definire le impostazioni di utilizzo proprio per tutelare maggiormente gli utenti sia nella loro riservatezza sia nella possibilità che gli altri utenti possano replicare ai messaggi pubblicati. Questa flessibilità nell'utilizzo degli strumenti telematici e la possibilità di limitare le interazioni che essi consentono pongono alcune difficoltà interpretative sul piano della loro riconducibilità ai diritti contemplati dalla Costituzione.

Innanzitutto, provando a ricondurre i *meeting* telematici alla libertà di riunione, sottoponendo le costruzioni giuridiche vigenti a un'interpretazione

evolutiva che tenga conto degli sviluppi determinati da *internet*[74], risulterebbe alquanto problematico comprendere in quale luogo essi si svolgano[75], considerato che – sulla scorta del *software* utilizzato e delle impostazioni definite volta per volta dall'utente che organizza l'incontro – si potrebbe ritenere che il luogo sia privato (come una "rimpatriata" virtuale tra famigliari su *Google Meet*), aperto al pubblico (ad esempio, una riunione sulla piattaforma *Zoom*, alla quale possono partecipare tutti coloro che hanno richiesto il relativo *link*), oppure pubblico (quale potrebbe essere un *forum* aperto di discussione in diretta su *Facebook* o su *Twitter*, cui possono prendere parte tutti coloro che hanno accesso al relativo *social network*). Va poi aggiunto che, non di rado, l'utilizzo dei mezzi telematici affianca le riunioni fisiche, anziché sostituirle, ad esempio, trasmettendo in diretta *streaming* una riunione che si svolge un luogo pubblico o aperto al pubblico, eventualmente consentendo pure l'interazione tra i soggetti presenti nel luogo della riunione e quelli collegati da remoto.

Anche a voler dare per valida questa incerta distinzione, poi, non è chiaro come potrebbero tutelarsi le garanzie riguardanti la libertà di riunione in tali casi né come attuare i controlli sul suo corretto esercizio, per tacere del preavviso di cui al co. 3 dell'art. 17 Cost., che pare del tutto incoerente con il "luogo pubblico virtuale". Inoltre, i caratteri base della riunione, costituiti dalla pacificità e dall'assenza di armi, sembrano ugualmente incoerenti con le "riunioni" telematiche, giacché la presenza di armi oppure i comportamenti non pacifici riguarderebbero il luogo fisico in cui si trova il singolo partecipante alla riunione e non il luogo virtuale della stessa[76], il che, peraltro, comporta l'ulteriore complicazione causata dalla circostanza che i partecipanti potrebbero fisicamente trovarsi in qualunque luogo nel mondo, sottratti, così, al potere sovrano delle

[74] Come ritiene necessario fare M. MEZZANOTTE, Facebook *come "luogo aperto al pubblico"*, in *Federalismi.it*, 2016, n. 2, p. 4.

[75] Sul punto, A. PIROZZOLI, *La libertà di riunione in Internet*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2004, n. 4-5, pp. 603 ss.

[76] Non sembra della medesima opinione M. MEZZANOTTE, Facebook, cit., p. 8, secondo il quale «l'espressione "senz'armi" nelle riunioni virtuali resterebbe assorbita nella prima ("pacificamente"), costituendo solo una causa eventuale, un dispiegamento nel reale di ciò che è avvenuto nel *web*».

autorità italiane e soggetti a regole forse diverse da quelle contemplate dall'ordinamento italiano. Il paradosso – e il rischio – è che, a voler ricondurre ad ogni costo i *meeting* telematici alla libertà di riunione di cui all'art. 17 Cost., si possa favorire un'espansione dei poteri di controllo delle autorità pubbliche, le quali, alla luce delle caratteristiche del mezzo utilizzato per riunirsi, potrebbero ritenere che il bene da tutelare – l'ordine pubblico – debba essere inteso in senso estensivo, spostandone la lettura verso una concezione ideale anziché materiale,[77] con il conseguente pericolo di ampliare l'invasività dei controlli pubblici sull'esercizio delle libertà costituzionali: la riunione, ma anche la comunicazione, la manifestazione del pensiero e il domicilio.

Pertanto, ricondurre i *meeting* telematici alla libertà di riunione – nell'ordinamento italiano – sembra un'operazione difficile e anche rischiosa. Infatti, il fenomeno in questione sembra più agevolmente riconducibile alla libertà e segretezza della corrispondenza di cui all'art. 15 Cost., oppure alla libertà di manifestazione del pensiero tutelata dall'art. 21 Cost., che riguardano le diverse modalità attraverso le quali l'essere umano può comunicare[78]. Peraltro, le due

[77] Su tale concetto si v. A. PACE, *Il concetto di ordine pubblico nella Costituzione italiana*, in *Archivio giuridico Filippo Serafini*, 1963, pp. 111 ss., G. CORSO, *L'ordine pubblico*, Bologna, 1979, *passim*, ID., *Ordine pubblico (dir. pubbl.)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXX, Milano, 1980, pp. 1057 ss., G. PANZA, *Ordine pubblico I) teoria generale*, in *Enciclopedia giuridica*, vol. XXII, Roma, 1991, pp. 1 ss., A. CERRI, *Ordine pubblico II) Diritto costituzionale*, ivi, pp. 1 ss., G. CAIA, *L'ordine pubblico e la sicurezza pubblica*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, Diritto amministrativo speciale, tomo I, 2ª ed., Milano, 2003, pp. 281 ss., e F. ANGELINI, *Ordine pubblico e integrazione costituzionale europea*, Padova, 2007, *passim*.

[78] In questo senso, ad es., M. BETZU, *Interpretazione e sovra-interpretazione dei diritti costituzionali nel cyberspazio*, in *Rivista AIC*, 2012, n. 4, p. 5, pubblicato anche in M. VILLONE, A. CIANCIO, G. DE MINICO, G. DEMURO, F. DONATI, *Nuovi mezzi di comunicazione e identità*, Roma, 2012, pp. 451 ss., M. OLIVETTI, *Diritti*, cit., pp. 362-363, e R. BIFULCO, *I diritti della sfera civile nella dimensione collettiva*, in M. BENVENUTI, R. BIFULCO (a cura di), *Trattato di diritto costituzionale*, vol. III, Torino, 2022, p. 142. Di diverso avviso P. MARSOCCI, *Lo spazio di Internet nel costituzionalismo*, in *Costituzionalismo.it*, 2011, n. 2, p. 11 non num., secondo la quale: «Nel caso di Internet, l'esperienza giuridica inusitata consiste nel fatto che tale mezzo risulta idoneo all'esercizio di pressoché tutti i diritti di libertà, nonostante la letteratura sia ancora molto proiettata a studiarlo nella prospettiva dell'art. 21 e dell'art. 15. Per tutti, basta fare l'esempio della libertà di riunione, rispetto alla quale il presupposto fattuale fino a ieri era inequivocabilmente individuato nella compresenza fisica; oggi invece è possibile immaginare che tale fattispecie entri in gioco quando più persone sono "insieme" nelle *chat* o sui *social networks*, liberi di entrare e uscire, liberi di non perseguire uno scopo necessariamente comune e condiviso ecc…. Così il web può utilmente supportare il domicilio telematico, la partecipazione politica, la libertà di professare religione,

disposizioni costituzionali, prevedendo e tutelando diversamente i due fenomeni della comunicazione e della manifestazione del pensiero, rendono difficoltoso comprendere a quale delle due discipline siano da ricondurre le attività svolte da remoto, anche a causa della già indicata flessibilità dei mezzi che *internet* mette a disposizione. Tuttavia, non solo tali fenomeni virtuali sembrano più facilmente riconducibili agli artt. 15 e 21 Cost. anziché all'art. 17 Cost., ma le prime due disposizioni offrono anche una migliore garanzia, poiché non richiedono alcun avviso preventivo, né contemplano la possibilità di divieti preventivi[79]; sicché – per quanto riguarda la vigente disciplina nazionale – le attività svolte sui *social network* e sugli altri strumenti che *internet* mette a disposizione per comunicare sembrerebbero da ricondurre – a seconda delle circostanze da valutare caso per caso – alle libertà di comunicazione oppure a quella di manifestazione del pensiero.

7. La libertà di riunirsi online *tra opportunità tecnologiche e mutamenti sociali*

Dunque, nel diritto internazionale si assiste a una spinta verso una tutela dei *meeting* telematici analoga a quella delle riunioni caratterizzate dalla compresenza fisica dei partecipanti, riconoscendo la rete *internet* come un "luogo" virtuale. In tal modo, si punta a favorire l'esercizio del diritto di riunirsi soprattutto per quei settori minoritari della società che, quantomeno in alcuni contesti nazionali, risultano discriminati o addirittura perseguitati; e tale spinta ha subito un'ulteriore accelerazione a causa della pandemia, che ha fortemente ridimensionato la possibilità di organizzare riunioni caratterizzate dalla vicinanza fisica tra le persone, sebbene, anche a tal riguardo, non siano mancate le differenze nella gestione dell'emergenza sanitaria tra i diversi Stati.

---

l'insegnamento e l'apprendimento attraverso lo studio, il lavoro e l'impresa ecc.». Favorevoli alla riconduzione delle riunioni telematiche all'art. 17 Cost. anche A. PIROZZOLI, *La libertà*, cit., part. pp. 605 ss., e M. VILLONE, *Internet e la politica*, in M. VILLONE, A. CIANCIO, G. DE MINICO, G. DEMURO, F. DONATI, *Nuovi*, cit., p. 567, secondo il quale «si può sostituire la virtualità alla materialità rimanendo per altro verso eguali gli elementi costitutivi della fattispecie costituzionalmente protetta».

[79] In questo senso anche M. CUNIBERTI, *Tecnologie*, cit., p. 286.

Nondimeno, nell'ordinamento italiano, le caratteristiche della Costituzione non sembrano lasciare molto margine alla riconduzione dei *meeting* da remoto in seno alla libertà di cui all'art. 17 Cost., sembrando più calzanti le tutele offerte dagli artt. 15 e 21 Cost., per quanto l'utilizzo degli strumenti messi a disposizione da *internet* renda più labile la distinzione tra i fenomeni tutelati da queste due ultime disposizioni costituzionali. Si tratta di una valutazione svolta *de iure condito*, con specifico riferimento all'ordinamento italiano, il che, da un lato, non impedisce di comprendere le ragioni per cui – a livello internazionale – si auspichi una tutela delle riunioni telematiche analoga a quella delle riunioni "fisiche", considerate le differenze con cui le varie libertà possono essere tutelate nei diversi ordinamenti nazionali; dall'altro, non esclude che future riforme costituzionali relative alla tutela dei diritti qui considerati possano indurre a ripensare la loro configurazione. Per di più, occorre considerare che la "rivoluzione" digitale è in continuo divenire e può porre rapidamente dinanzi a nuove e diverse sfide[80].

Tuttavia, quantomeno con riferimento alla riunione, non sembra facile sottrarsi alla considerazione – che pare anche un monito – secondo la quale l'aggregazione che si basa sulla vicinanza fisica sembri «insurrogabile o surrogabile soltanto a prezzo di una inammissibile logicamente e fors'anche pericolosa, sul piano assiologico, torsione della datità umana verso l'apparenza»[81]. In altri termini, l'eventuale piena assimilazione dei *meeting* telematici alle riunioni *tout court* non comporterebbe solo il riconoscimento giuridico di un'evoluzione tecnologica, bensì anche l'accettazione di un mutamento socioculturale, relativo sia ai rapporti interpersonali sia alla natura stessa dell'uomo e la sua innata socialità, che diverrebbe sempre più virtuale.

[80] In senso analogo M. OLIVETTI, *Diritti fondamentali e nuove tecnologie*, in *Revista Estudos Institucionais*, 2020, n. 2, p. 430.

[81] Così M. ESPOSITO, *Riunione (libertà di)*, in S. CASSESE (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, vol. V, Milano, 2006, p. 5374.

dirittifondamentali.it

Dirittifondamentali.it - Fascicolo 3/2022
Data di pubblicazione – 7 ottobre 2022

Oltre il Covid. Verso l'obbligo di cura per i sani?

Il pericoloso tentativo di scardinare ex post la *ratio* liberal-democratica dell'obbligo vaccinale per 'giustificare' «scelte tragiche» rivelatesi errate per razionalità postuma*

di
Carlo Iannello**

"Questa idea di curare i sani è solo l'ultimo atto di una strategia che inizialmente è partita allargando artificialmente la platea dei malati. Non è un caso che i valori-soglia considerati un tempo normali per la glicemia, il colesterolo o la pressione arteriosa siano stati progressivamente abbassati: per ognuno di questi aggiustamenti, è cresciuto a dismisura il numero di persone cui prescrivere medicinali". E se la prossima volta che leggerete sul giornale un mega inserto sulla salute dove si parla di doloretti alla schiena, tenete a mente questa battuta rapida ma efficace: "La fibromialgia, per esempio, è una 'nuova' malattia che sembra fatta apposta allo scopo di vendere analgesici". Silvio Garattini, direttore dell'Istituto di ricerche farmacologiche Mario Negri di Milano, *Il Fatto quotidiano on line*, 29 novembre 2011

Sommario: 1. Oltre il Covid. Una decisione sul nostro futuro. 2. Le numerose ordinanze di rinvio alla Consulta e i vizi denunciati. 2.1 Le ordinanze del CGARS e del Tribunale di Padova, entrambe volte a far dichiarare l'incostituzionalità della medesima legge in tema di obbligo vaccinale possono produrre effetti pratici radicalmente diversi. 3. La duplice risposta delle liberal-democrazie di fronte all'obbligo vaccinale: dall'assenza di obbligo alla sua legittimità in presenza di una precisa razionalità. 4. L'emergenza (passata) come giustificazione per introdurre deroghe radicali ai principi ordinari destinate a diventare le regole ordinarie del futuro. 5. Verso le cure obbligatorie per i sani?

1. Oltre il Covid. Una decisione sul nostro futuro.

Il 30 novembre 2022 la Corte costituzionale si pronuncerà sulla legittimità costituzionale dell'obbligo vaccinale. In tema si rinvia alle argomentazioni sostenute in altra sede, di cui questo scritto rappresenta un aggiornamento[1].

* Ringrazio vivamente il Presidente Giancarlo Montedoro per un proficuo scambio di idee avuto con lui sull'argomento.

Contributo sottoposto a referaggio

Quello che mi pare opportuno mettere chiaramente in evidenza è che la posta in gioco, questa volta, è molto alta. Non si tratta di una di quelle decisioni in cui il bilanciamento fra diritti e interessi opposti si può spostare di poco, oscillando di più verso la libertà o verso i suoi limiti, ma restando saldamente ancorato al solco tracciato dalla Costituzione e ribadito da decenni di giurisprudenza costituzionale.

La decisione in tema di legittimità costituzionale dell'obbligo vaccinale imposto ai sanitari per il Sars-Cov-2, per come è stata impostata e portata sul tavolo della Consulta, rischia, infatti, di compromettere seriamente una libertà fondamentale, superando – inaspettatamente – una consolidata giurisprudenza della Corte costituzionale, intere biblioteche sull'art. 32 Cost., e ponendo – infine – le premesse per un radicale cambiamento del rapporto tra i cittadini e le autorità sanitarie: la libertà di cura, per come è stata tradizionalmente intesa, potrebbe diventare un ricordo del passato.

Pare incredibile che l'opinione pubblica, sempre attenta a ogni movimento che possa mettere in pericolo la tenuta della Costituzione e dei suoi principi, non si sia resa conto della rilevanza della posta in gioco. L'assenza di un dibattito serio, acceso, articolato, plurale, lascia perplessi[2].

** Professore associato di Diritto costituzionale.

[1] C. IANNELLO, *L'«interpretatio abrongans» dell'art. 32 della Costituzione. L'obbligo vaccinale per il Sars-Cov-2 e le ordinanze di rinvio alla Consulta,* Editoriale scientifica, Napoli, 2022, *passim*.

[2] Sulle ordinanze di rimessione alla Consulta delle disposizioni in tema di obbligo vaccinale per il Sars-Cov-2 la comunità dei giuristi non si è praticamente espressa. A fronte, come si metterà in rilevo più avanti nel testo, di ben 12 ordinanze di rimessine, molte concernenti la ragionevolezza delle conseguenze relative al mancato adempimento dell'obbligo, alcune che contestano la disciplina perché in diretto contrasto con l'art. 32 Cost, la produzione scientifica è pressoché inesistente. Si contano infatti pochissimi articoli su tale questione, a fronte di una letteratura ampia sul cd. Green pass e sull'obbligo vaccinale Covid in termini generali. Con riferimento al primo filone cfr. C.I. BUONOCORE, *La posizione della giurisprudenza sul rifiuto di vaccinarsi con sospensione dal lavoro non retribuita,* in *ADAPT (Associazione per gli Studi Internazionali e Comparati sul Diritto del lavoro e sulle Relazioni industriali)* , 2022, 1 e ss.; C. CORBO, *Critiche crescenti all'obbligo dei vaccini per il personale sanitario: quale posizione assumerà la Corte Costituzionale?*, in *Labor. Il lavoro nel diritto,* 6 luglio 2022. Un solo articolo invece è relativo all'ordinanza del CGARS, apparso questa volta su una rivista di diritto pubblico e costituzionale: M. CALAMO SPECCHIA, Uti singuli v. uti universi. *L'obbligo vaccinale anti Covid-19 dinanzi alla Consulta e la sorte del diritto di autodeterminazione. Riflessioni su ordinanza n. 351 del 22 marzo 2022 del Consiglio di Giustizia Amministrativa della Regione siciliana* in *Diritto Pubblico Europeo, Rassegna on line,* n. 1 del 2022.

Non si è compresa la portata della questione sottoposta alla Corte perché si ritiene, erroneamente, che la Consulta sia stata chiamata a decidere se i vaccini per il Sars-Cov-2 siano buoni o meno, efficaci o inefficaci. Come se la Consulta fosse un'autorità medica e il dibattito fosse rimasto bloccato agli argomenti che lo hanno caratterizzato nel corso degli ultimi due anni, del quale si ripropongono, fuori tempo massimo, i medesimi stereotipi. Chi dubita dell'efficacia dei vaccini, è visto come un no vax. Chi invece si fida della loro bontà, un pro vax.

Le cose, purtroppo, non stanno affatto così. Non sarà affatto questo il copione che troverà sul proprio tavolo la Consulta.

Innanzitutto, la Consulta è un giudice, non un'autorità medica: non è chiamata a dare alcun giudizio medico sulla vicenda, ma solo risposte giuridiche a questioni giuridiche. Inoltre, la sua decisione non potrà in alcun modo modificare il modo in cui la pandemia è stata gestita, ma ben potrà, al contrario, condizionare pesantemente il nostro futuro[3].

Ad essa sono state poste delle questioni giuridiche: su queste dovrà pronunciarsi, avallandole o meno, con la sua autorevolezza di interprete ultimo della Carta costituzionale e con la sua profonda cultura giuridica.

Il problema è che il 30 novembre i giudici costituzionali si troveranno a dover affrontare alcune argomentazioni 'inedite', che contrastano radicalmente non solo con l'interpretazione consolidata dell'art. 32 Cost., ma anche con la stessa razionalità liberal-democratica delle vaccinazioni obbligatorie. Argomentazioni proposte, paradossalmente, proprio da chi, per primo, ha avanzato i dubbi di illegittimità costituzionale della normativa in tema di obbligo vaccinale per il Sars-Cov-2.

Dalla risposta che la Consulta darà alle domande e – soprattutto – alle argomentazioni giuridiche prospettate dipenderà il modo in cui, come comunità nazionale, interpreteremo la libertà di cura nei prossimi anni. In particolare,

[3] Circa la portata e le conseguenze che potrà avere la decisione della Consulta in questa materia, specie con riferimento alla questione proposta dal CGARS, si rinvia a C. IANNELLO, *L'«interpretatio abrongans» dell'art. 32 della Costituzione,* Editoriale scientifica, Napoli, 2022, *passim* e, in particolare, all'introduzione del lavoro (p. 11 e ss).

dirittifondamentali.it

sapremo se di questo diritto rimarrà inalterata la sua tradizionale consistenza oppure se questa libertà è destinata a cambiare radicalmente contenuto, fino ad annullarsi.

Non si riesce davvero a comprendere da cosa derivi non solo l'assenza di consapevolezza, ma addirittura la ritrosia ad approfondire il tema. Rari sono stati i commenti alle numerosissime ordinanze che si trovano sul tavolo della Consulta. Assenti i dibattiti che normalmente precedono importanti decisioni della Corte cui, normalmente, tutta la comunità accademica partecipa nella forma di «*amicus curiae*». Così come mancano i consueti interventi sulla stampa che danno conto delle questioni proposte e delle soluzioni possibili.

Non c'è nulla di tutto questo.

Come se, si ribadisce, si immaginasse che sul tavolo della Consulta si inscenerà uno dei tanti scontri tra no vax e pro vax cui l'informazione mediatica degli ultimi anni ci ha abituato. Si vagheggia, cioè, un contenzioso irreale e ci si affida, ancora una volta, agli stereotipi che si sono consolidati, soprattutto nell'informazione di massa, in questi ultimi anni.

Stereotipi che se erano inadatti a comprendere la complessità delle posizioni in campo due anni fa, figuriamoci come possono aiutarci oggi nello studio di questioni squisitamente giuridiche poste dalle ordinanze di rinvio, i cui esiti, si ribadisce, se certamente non potranno cambiare il passato, potrebbero invece condizionare il nostro futuro, ben oltre il Covid.

Sarebbe il caso di lasciare alle nostre spalle questa rappresentazione, assieme a tutte le lacerazioni che ha prodotto nel tessuto sociale del Paese, nel tentativo di offrire una chiave di lettura critica dei processi in corso, anche su questo tema.

Il CGARS, il massimo organo di giustizia amministrativa in Sicilia, prima a marzo e poi a settembre, ha sollevato, con identiche motivazioni, due questioni di legittimità costituzionale volte a far dichiarare l'illegittimità della normativa che ha imposto ai sanitari l'obbligo vaccinale per il Sars-Cov-2[4]. Il CGARS, che pure

[4] Il CGARS ha prima emanato un'ordinanza istruttoria (in forza degli ampi poteri istruttori oramai riconosciuti al giudice amministrativo) il 17.1.2022, per acquisire alcune informazioni da parte delle autorità del Paese che si occupano di sanità pubblica (ord. n. 38 del 2022, Reg. Ric. n.

prospetta una pluralità di vizi di costituzionalità importanti, con serie e convincenti argomentazioni (come, fra gli altri, il superamento della soglia della normale tollerabilità degli effetti avversi, l'assenza del ruolo del medico di base nel prescrivere i vaccini, l'irragionevolezza di una disciplina sul consenso «libero» e informato da prestare a fronte dell'«obbligo» normativo, la sospensione dal lavoro e dall'intera retribuzione per il caso di mancato rispetto dell'obbligo) ha, tuttavia, posto alla base del proprio ragionamento un argomento davvero pericoloso per la sopravvivenza stessa della libertà di cura.

Un vero e proprio paradosso su cui pare il caso di soffermarsi.

Benché, come osservato, i dubbi di costituzionalità sollevati dal CGARS siano molti ed importanti, è il fondamento su cui si regge la motivazione fornita dal CGARS (in particolare, sull'integrazione del presupposto di costituzionalità, come si vedrà tra breve) che lascia perplessi.

1272/2021). A valle delle relazioni acquisite, ha poi promosso il giudizio di costituzionalità con ordinanza emanata il 22 marzo 2022 (ord. n. 351 del 2022, Reg. Ric. n. 1272/2021), pubblicata in G.U. Serie speciale n. 17 del 27 aprile 2022). Oltre a questa ordinanza il CGARS ha sollevato a settembre di questo anno un'ulteriore questione di legittimità costituzionale: il 7 settembre 2022, con ordinanza n. 947 del 2022, Reg. Ric. n. 678/2022 ha effettuato un nuovo rinvio alla Consulta. Quest'ultima ordinanza non risulta ancora pubblicata in G.U. A tale proposito, è bene precisare che le due ordinanze hanno una pressoché identica motivazione, ma si differenziano per una particolarità di non poco conto. La prima ordinanza del marzo 2022 è, infatti, a rischio di inammissibilità. Ciò perché essa si fonda su un ricorso proposto da un tirocinante in medicina che era stato escluso dalla frequenza dei corsi con atto del rettore in un momento in cui l'obbligo vaccinale non si dirigeva *espressamente* ai tirocinanti in medicina. Il CGARS ha, tuttavia, affermato che tale obbligo andasse esteso anche al tirocinante in medicina per identità di ratio con la disciplina impositiva dell'obbligo. L'art. 4 del d.l. n. 44 del 2022 intendeva, infatti, proteggere i pazienti fragili dal rischio di contagio ed anche i tirocinanti, al pari di medici, infermieri e altri esercenti le professioni sanitarie, ha osservato il CGARS, sono in contatto con tali pazienti. Solo successivamente al provvedimento di esclusione del Rettore l'obbligo vaccinale è stato espressamente esteso al tirocinante. Non è pertanto escluso che la Consulta possa dichiarare inammissibile la questione per difetto di rilevanza, ove ritenesse che, quando il rettore ha assunto il provvedimento, il tirocinante non fosse soggetto all'obbligo. Rischio che non sussiste, invece, per l'ordinanza del CGARS di settembre che, per il resto, cioè quanto ad impianto motivazionale, è sovrapponibile alla prima. Si segnala, infine, che anche il Tribunale di Padova ha emesso, il 14 luglio, un'ulteriore ordinanza in cui si solleva il dubbio di costituzionalità della legge in questione, sempre con riferimento all'art. 32 Cost., ma questa volta per violazione della riserva di legge in esso contenuta (dato l'ampio potere attribuito dalla legge alle circolari del Ministero della sanità di integrare e completare il disposto legislativo). Su tale ordinanza si rinvia sempre a C. IANNELLO, *L'«interpretatio abrongans» dell'art. 32 della Costituzione,* cit., in particolare all'appendice al volume.

Tale argomentazione, infatti, è la base su cui si reggono tutte le numerose censure formulate, rivolte, come accennato, contro una serie di modalità di dubbia ragionevolezza con cui opera l'obbligo vaccinale. Il pericolo che si prospetta in questa sede risiede proprio nella eventualità che il pilastro su cui si regge la motivazione proposta dal CGARS non sia corretto dalla Corte costituzionale. Se così fosse, anche se, eventualmente, fossero accolte tutte le censure proposte, gli esiti del giudizio di costituzionalità, lungi dal produrre un ampliamento della libertà di autodeterminazione con riferimento alla propria salute, potrebbero espandersi ben al di là del Covid, incidendo sulla tradizionale lettura della liberà di cura e minacciando la sua stessa consistenza.

Come osservato, rari sono stati i commenti a questa ordinanza e in alcuno di essi questo punto è stato messo in luce[5]. Alcuni commenti si sono avuti non con riferimento all'ordinanza di rinvio alla Corte della questione da parte del CGARS, ma in relazione alla precedente ordinanza istruttoria del medesimo giudice, del gennaio 2022, con la quale il collegio giudicante ha fatto esercizio dei suoi ampi poteri riconosciuti dal codice del processo amministrativo per ottenere informazioni dalle autorità italiane preposte alla tutela della salute pubblica[6]. Buona parte di questi commenti si segnalano perché non hanno affrontato la questione giuridica contenuta nell'ordinanza, ma in quanto si sono concentrati piuttosto a rinverdire la banalizzazione mediatica delle posizioni in campo, come se si trattasse di un immaginario scontro tra no vax e pro vax, riuscendo addirittura ad additare gli stessi giudici siciliani come dei «no vax»[7], in quanto si sono posti il

[5] Cfr. nota n. 3.

[6] Ord. n. 38 del 2022 del 17 gennaio 2022, Reg. Ric. n. 1272/2021. Cfr. la nota n. 4.

[7] Cfr. G. CORSO, *Un manifesto giudiziario No vax?*, in *Nuove Autonomie*, numero speciale 1/2022; cfr. inoltre, M. ARMANNO, *L'istruttoria ai fini della valutazione della non manifesta infondatezza delle questioni di legittimità costituzionale sull'obbligo vaccinale. Profili problematici e possibili sviluppi sistemici alla luce dell'ordinanza n. 38/2022 del Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione Siciliana*, in *Nuove autonomie*, numero speciale, 1-2022; A. POLICE, *Una "questione di massima di particolare importanza"*, ivi; M. MAZZAMUTO, *Il difetto di una visione d'insieme della vicenda pandemica*, ivi. Cfr., inoltre, per una posizione adesiva all'ordinanza, M. Calamo Specchia, Uti singuli v. uti universi. *L'obbligo vaccinale anti Covid-19 dinanzi alla Consulta e la sorte del diritto di autodeterminazione. Riflessioni su ordinanza n. 351 del 22 marzo 2022 del Consiglio di Giustizia Amministrativa della Regione siciliana* in *Diritto Pubblico Europeo, Rassegna on line,* n. 1 del 2022.

«dubbio» - di costituzionalità! (non quello individuale relativo alla necessità di sottoporsi a vaccinazione) della normativa impugnata.

A parte questi rari commenti, non risulta affatto diffusa la consapevolezza che la decisione della Consulta sull'ordinanza del CGARS possa avere importanti effetti per il nostro futuro e per il futuro stessa della libertà di cura, come tradizionalmente intesa. Per usare una metafora, tale ordinanza appare come un gigante (per l'importanza delle domande rivolte alla Consulta) con i piedi d'argilla (per il presupposto assunto a base della motivazione dell'ordinanza stessa).

2. Le numerose ordinanze di rinvio alla Consulta e i vizi denunciati

Per comprendere le questioni che la Consulta dovrà affrontare il 30 novembre mi pare opportuno fare il punto della situazione perché sono oramai numerosissime le ordinanze di rinvio alla Corte costituzionale in tema di obbligo vaccinale per il Sars-Cov-2.

Occorre premettere che nessuna questione relativa alla certificazione verde né agli obblighi per le altre categorie di lavoratori sarà sul tavolo della Consulta. Ciò in quanto, fino alla primavera 2022, l'orientamento granitico della giurisprudenza è stato quello del rigetto di ogni eccezione di incostituzionalità (relativo sia alla normativa in tema di onere vaccinale previsto dalle disposizioni in tema di certificazione verde, sia a quella in tema di obbligo vaccinale, imposto, dopo i sanitari, ad altre categorie di lavoratori[8]).

La posizione dei giudici, amministrativi e ordinari, infatti, è cominciata a modificarsi proprio a seguito della prima ordinanza dei giudici siciliani, alla fine di marzo 2022, cioè in un periodo in cui le questioni giudiziarie sulle altre misure (onere vaccinale e obbligo per le altre categorie) gradualmente abbandonavano le aule dei tribunali, per il venir progressivamente meno della obbligatorietà della

[8] Cfr., per tutti, Cons. Stato, sez. III, 20 ottobre 2021, n. 7045 (per la magistratura amministrativa) e Cass. pen. 22 febbraio 2022, n. 14275 (per la magistratura ordinaria).

certificazione verde per accedere a numerosi contesti della vita associata (che, al momento, è ancora necessaria per l'accesso alle RSA e agli ospedali) e degli stessi obblighi relativi alle altre categorie di lavoratori.

Ad ogni modo, ad oggi abbiamo dodici ordinanze di rinvio alla Consulta, tutte relative alla legislazione che ha introdotto l'obbligo per i sanitari (art. 4 d.l. n. 44 del 2021 e successive modificazioni), che è anche la normativa più 'longeva', dato che è destinata a restare in vigore fino al 31 dicembre 2022.

Da ultimo, si segnalano un'ordinanza del Tribunale di Padova del 14 luglio[9], una del Tribunale di Brescia del 22 agosto e, come osservato, una ulteriore questione promossa dallo stesso CGARS a settembre, praticamente identica alla prima.

Ogni ordinanza è, ovviamente, una questione a sé stante perché diversi sono i casi concreti che sono sottoposti all'attenzione del giudice. Il giudice si deve attenere alle specificità del caso portato al suo esame per porre una questione alla Consulta. È vincolato alla domanda presentata dalle parti, non è libero di sollevare ogni aspetto di costituzionalità che eventualmente individuasse nella disciplina. Ogni questione che pone alla Corte, infatti, deve essere innanzitutto rilevante (cioè determinate per la conclusione del processo in corso), oltre che non manifestamente infondata.

Per cercare di fare ordine e di orientarci mi pare utile classificare queste numerose ordinanze in due differenti filoni.

Un primo filone, il più numeroso, riguarda le modalità con cui è stato introdotto l'obbligo. La maggior parte delle ordinanze, infatti, non contesta la legittimità costituzionale dell'obbligo in sé, ma accende i riflettori su alcune specifiche e gravi conseguenze relative al mancato rispetto dell'obbligo. Ad esempio, vi è il caso di una psicologa sospesa dall'albo e quindi anche dal diritto a esercitare ogni prestazione lavorativa, nonostante avesse chiesto di poter svolgere il proprio lavoro (terapie psicologiche) da remoto. Il giudice ha sollevato alla Corte la questione dell'irragionevolezza della normativa (per contrasto con l'art. 3 Cost.) in

[9] Su tale ordinanza cfr. C. IANNELLO, *L'«interpretatio abrogans» dell'art. 32 della Costituzione*, cit., pp. 129 e ss. in cui è presente un'appendice, poiché tale ordinanza è stata emanata quando il volume era in corso di stampa.

quanto non avrebbe senso impedire lo svolgimento dell'attività da remoto, visto che usando tale modalità non sussiste alcun pericolo di contagio per il paziente.

L'ultima ordinanza di questo tipo, in ordine temporale, è quella sollevata dal Tribunale di Brescia nel mese di luglio[10], ma non ancora pubblicata nella Gazzetta Ufficiale. In questo caso, il Tribunale ha affermato che contrasta con la dignità umana la previsione della completa assenza di ogni forma di retribuzione per il non vaccinato sospeso, ivi compresa quella di un assegno alimentare o di mantenimento (si sospetta, dunque, un contrasto con il diritto al lavoro, art. 4 Cost.). Infatti, osserva il giudice, mentre è riconosciuto un assegno alimentare al dipendente sospeso cautelativamente (quindi, ad esempio, anche a un dipendente in carcere, in attesa di giudizio perché sotto processo per la commissione di reati persino gravissimi), nessuna forma di aiuto alimentare è stata prevista per chi abbia deciso di non sottoporsi alla vaccinazione[11].

Occorre ribadire che tutte queste ordinanze che abbiamo classificato nel primo filone non contestano l'impianto dell'obbligo vaccinale in sé considerato. Ove le censure di costituzionalità fossero accolte, dunque, non verrebbe meno la legittimità dell'obbligo vaccinale, ma cadrebbero solo alcune conseguenze discendenti dal suo mancato rispetto, oppure risulterebbe modificata la disciplina su alcuni aspetti, importanti (come, ad esempio, la necessità di prestare un consenso *libero* e informato in presenza di un obbligo), ma non essenziali. Non verrebbe, cioè, meno l'imposizione dell'obbligo, che ne risulterebbe anzi corretta. L'impalcatura della disciplina dell'obbligo vaccinale contro il Sars-Cov-2 sarebbe resa meno dura nelle conseguenze discendenti dal mancato rispetto dell'obbligo e, dunque, più stabile (in quanto meno censurabile), perché finirebbe con l'essere

[10] Tribunale di Brescia, sezione lavoro, 4 luglio 2022, Reg. Gen. n. 1008 1-2022.

[11] Si segnala che con l'ordinanza n. 47 ordinanza del 22 marzo 2022 del Tribunale di Brescia, pubblicata in G.U. del 9 maggio 2022, si solleva una questione di legittimità costituzionale della normativa simile: secondo il tribunale appare irragionevole che un dipendente pubblico detenuto in custodia cautelare anche per reati gravissimi abbia diritto ad un assegno alimentare, mentre ciò non sia previsto a fronte della sospensione dal lavoro per non aver prestato il consenso alla vaccinazione contro il Sars-Cov-2. Questione simile è sollevata anche dal Tribunale di Catania, Sez. Lav., 14 marzo 2022, ordinanza n. 70 pubblicata in G.U. del 22.6.2022.

smussata di quelle disposizioni su cui, sin dall'inizio, sono stati sollevati dubbi proprio per la radicalità delle conseguenze, che non si erano mai viste prima di allora all'interno di normative che si proponevano la realizzazione di obiettivi di salute pubblica.

Vi sono, poi, altre ordinanze che, invece, hanno contestato proprio la legittimità dell'obbligo per contrasto diretto rispetto all'art. 32 Cost. Queste ordinanze sono, ovviamente, le più importanti perché pongono dubbi sullo stesso impianto della normativa in tema di obbligo vaccinale per il Sars-Cov-2. Tali questioni sono state sollevate da due giudici: a marzo dal CGARS (il massimo organo della giustizia amministrativa della regione siciliana: i suoi giudici sono, in parte, consiglieri di Stato) e, ad aprile, dal Tribunale di Padova. Da ultimo, come rilevato, si segnala un'ulteriore ordinanza del settembre 2022 promossa sempre dal CGARS, che ripropone la medesima questione.

Quest'ultimo filone, tuttavia, a differenza del primo, è omogeneo solo apparentemente. Le ordinanze che vi rientrano, infatti, nonostante mirino allo stesso obiettivo (dichiarazione dell'incostituzionalità della legge impositiva dell'obbligo) e abbiano indicato come parametro di costituzionalità violato la medesima disposizione costituzionale (art. 32 Cost.), presentano delle motivazioni talmente diverse che l'accoglimento dell'una o dell'altra impostazione potrebbe avere effetti pratici radicalmente differenti. Questo perché mentre il giudice siciliano ricostruisce una nuova (e non condivisibile) razionalità su cui si potrebbero in futuro basare le normative volte ad introdurre trattamenti sanitari obbligatori, il giudice padovano ancora la sua motivazione alla consolidata razionalità liberal-democratica, che da sempre fonda, nel nostro ordinamento, come in quelli degli stati democratici, la legittimità di ogni politica di vaccinazione obbligatoria. Il suo eventuale accoglimento non modificherebbe, dunque, né la tradizionale lettura della dottrina e della giurisprudenza sull'art. 32 Cost. né la libertà di cura nella sua attuale consistenza.

dirittifondamentali.it

A seconda che la Corte Costituzionale sposi il ragionamento del giudice siciliano o di quello padovano si potranno avere, dunque, in termini di principi volti a presidiare nel futuro la libertà di cura, effetti opposti, cioè tra di loro incompatibili.

2.1. Le ordinanze del CGARS e del Tribunale di Padova, entrambe volte a far dichiarare l'incostituzionalità della medesima legge in tema di obbligo vaccinale possono produrre effetti pratici radicalmente diversi

Per comprendere le questioni poste alla Consulta con le ordinanze che abbiamo classificato in questo secondo filone, occorre fare una breve premessa.

Come è noto, l'art. 32 Cost. consente un trattamento sanitario obbligatorio, ma solo a determinate condizioni. Vi deve essere, cioè, un *doppio* «beneficio»: per la collettività e, allo stesso tempo, per l'individuo[12].

La sussistenza del beneficio per la collettività non è solo requisito di costituzionalità, ma rileva in via preliminare, fungendo da vero e proprio presupposto di costituzionalità di ogni normativa in tema di obbligo vaccinale. Esso rappresenta il fondamento di qualsiasi politica di obbligo vaccinale perché integra il solo obiettivo di salute pubblica che legittima la deroga all'autodeterminazione individuale in materia sanitaria. Inoltre, tale requisito-presupposto, logicamente, non può che precedere la valutazione della sussistenza dell'altro requisito, quello attinente al beneficio individuale. Solo se un trattamento sanitario è in grado di apportare un beneficio per la collettività, si può ipotizzare di

[12] Cfr. sul punto, F. MODUGNO, *Trattamenti sanitari "non obbligatori" e Costituzione (A proposito del rifiuto delle trasfusioni di sangue)*, in *Diritto e Società*, 1982, p. 303 ss. ID., *I «nuovi» diritti nella giurisprudenza costituzionale*, Giappichelli, Torino, 1995; M. LUCIANI, *Diritto alla salute (dir. cost.)*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, XI, Roma 1989, p. 1 ss.; ID., *Il diritto costituzionale alla salute*, *Diritto e Società*, 1980, p. 769 ss.; V. ONIDA, *Dignità della persona e "diritto di essere malati"*, in *Questione giustizia*, n. 2/1982, p. 361 ss.; S. PANUNZIO, *Trattamenti sanitari obbligatori e Costituzione*, in *Diritto e società*, 1979, p. 900 ss.; ID., *Vaccinazioni*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, vol. XXXII, Roma, 1994. Si veda, inoltre, D. MORANA, *La salute come diritto costituzionale. Lezioni*, Giappichelli, Torino, 2015; ID., *La salute nella Costituzione italiana. Profili sistematici*, Giuffrè, Milano, 2002. C. IANNELLO, *Salute e libertà. Il fondamentale diritto all'autodeterminazione individuale*, Editoriale scientifica, Napoli, 2020, passim e, in particolare, al capitolo III, 133 e ss.

renderlo obbligatorio[13]. Dunque, solo quando si è risposto affermativamente a questa domanda preliminare, si può passare alla verifica della sussistenza del beneficio individuale, cioè che il farmaco abbia effetti positivi per la salute di chi si sottopone al trattamento e che, inoltre, gli effetti collaterali siano di modesta entità, cioè transitori e lievi.

Tradizionalmente, il beneficio per la collettività è sempre stato ancorato all'impedimento della trasmissione dell'infezione, che riesce a determinare il blocco della sua circolazione attraverso la cosiddetta immunità di gregge. Solo così si garantisce, infatti, che il trattamento sanitario obbligatorio realizzi un obiettivo di tutela della salute pubblica, unica motivazione che legittima, secondo l'unanime posizione della dottrina costituzionalista, la coartazione della libertà di autodeterminazione individuale rispetto alle cure[14].

Nelle ordinanze di rimessione alla Corte, entrambi i giudici prendono atto che il vaccino non blocca la trasmissione del virus, perché ciò rappresenta un dato

[13] Come affermato dalla sentenza 22 giugno 1990, n. 307, la costituzionalità degli interventi normativi che dispongano l'obbligatorietà di determinati trattamenti sanitari (nel caso di specie si trattava del vaccino antipolio), risulta subordinata al fatto che il trattamento sia diretto «non solo a migliorare o a preservare lo stato di salute di chi vi è assoggettato, ma anche a preservare lo stato di salute degli altri, giacché *è proprio tale ulteriore scopo, attinente alla salute come interesse della collettività, a giustificare la compressione di quella autodeterminazione dell'uomo che inerisce al diritto di ciascuno alla salute in quanto diritto fondamentale*» (corsivo mio).

[14] Su questo punto, che fa emergere il nesso inscindibile tra immunità di gregge, obbligo vaccinale e principio solidaristico la dottrina è sempre stata concorde. Cfr. S. PANUNZIO, *Trattamenti sanitari obbligatori e Costituzione*, in *Diritto e società*, 1979, p. 900 ss.; ID., *Vaccinazioni*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, vol. XXXII, Roma, 1994. Si veda, inoltre, D. MORANA, *La salute come diritto costituzionale. Lezioni*, Giappichelli, Torino, 2015; ID., *La salute nella Costituzione italiana. Profili sistematici*, Giuffrè, Milano, 2002. Scrive a tale proposito, L. PRINCIPATO, *Obbligo di vaccinazione, "potestà" genitoriale e tutela del minore*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, fasc.6, 1 dicembre 2017, pag. 3139: «Pur nella variegata articolazione dei mezzi, immutata è rimasta l'esigenza dei fini, ossia assicurare la c.d. immunità di gregge per limitare la circolazione di agenti patogeni, al contempo proteggendo la salute collettiva e quella del singolo destinatario dell'obbligo». Allo stesso modo M. PLUTINO, *Le vaccinazioni. Una frontiera mobile del concetto di "diritto fondamentale" tra autodeterminazione, dovere di solidarietà ed evidenze scientifiche*, in *Dirittifondamentali.it*, n. 1/2017, 8; cfr. anche Id., *Le vaccinazioni. Lineamenti ricostruttivi di diritto costituzionale su un tema dominato dalle evidenze scientifiche*, in *Biolaw*, 2/2019, 541 e ss. efficacemente osserva: «la motivazione ultima su cui riposano le vaccinazioni, in particolare se obbligatorie, è nella preservazione del bene-salute sia dell'individuo che della collettività, attraverso il raggiungimento di soglie di copertura ritenute sufficienti a limitare drasticamente la circolazione degli agenti patogeni e a garantire la cd. immunità di gregge».

risultante dall'esperienza quotidiana di ciascuno di noi, acquisendolo quindi al processo alla stregua di un fatto notorio.

Subito dopo, però, imboccano percorsi argomentativi del tutto contrastanti tra loro.

Il CGARS ritiene, infatti, che nonostante il vaccino non blocchi la trasmissione dell'infezione, il presupposto costituzionale delle vaccinazioni obbligatorie, ossia il beneficio per la collettività, sia integrato ugualmente. Afferma cioè il giudice siciliano che la vaccinazione obbligatoria per il Sars-Cov-2 ha rappresentato, comunque sia – e solo limitatamente a questo presupposto – una politica costituzionalmente legittima. Ciò in quanto la vaccinazione per il Sars-Cov-2, anche se non incide sul contagio e sulla trasmissione del virus, riduce la pressione sugli ospedali. In ciò risiederebbe il beneficio per la collettività. In questo modo, però, l'argomentazione utilizzata capovolge la logica tradizionale in materia, ammettendo che un obbligo di trattamento sanitario possa essere adottato anche se non realizza un obiettivo di salute pubblica, ma si limita a migliorare l'efficienza degli ospedali.

I dubbi che il CGARS solleva alla Corte Costituzionale riguardano, pertanto, altri aspetti, in primo luogo la sussistenza del beneficio individuale, inteso come assenza di reazioni avverse che superino la normale tollerabilità.

Il CGARS dà, quindi, una lettura del tutto originale sia dell'art. 32 che della pregressa giurisprudenza costituzionale. Questa lettura nuova appare, in realtà – oggettivamente – volta a 'giustificare' (come si di dice nel linguaggio comune: con il senno di poi) il presupposto di legittimità di «scelte tragiche», per usare le parole della Consulta[15], il cui fondamento è però venuto meno per razionalità postuma. Senza rendersi conto che così facendo si rischia di modificare la razionalità liberal-democratica delle vaccinazioni obbligatorie, che ha sempre presieduto la

[15] Corte cost. Corte cost. n. 118 del 1996, rileva che la decisione di rendere obbligatoria la vaccinazione rappresenta una delle «"scelte tragiche" del diritto», punto 4 del considerato in diritto. Osserva successivamente che « 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».

limitazione della libertà di autodeterminazione terapeutica, ossia di un diritto – peraltro – esplicitamente definito in costituzionale come «fondamentale», con le conseguenze che saranno messe in evidenza più avanti.

Secondo il ragionamento del giudice siciliano, il beneficio per la collettività sarebbe integrato, soddisfatto dalla minore pressione che il vaccino determinerebbe sulle strutture ospedaliere. Tale beneficio si risolverebbe nella riduzione della pressione ospedaliera, nel senso che, vaccinandoci, abbiamo la ragionevole sicurezza di poter accedere alle cure ospedaliere in caso di bisogno per qualsiasi motivo, anche indipendente dal Covid. Il beneficio individuale, invece, sarebbe rappresentato dalla protezione che il vaccino offre rispetto alle forme gravi della malattia.

Difetterebbe, invece, quello che il CGARS individua come un ulteriore autonomo requisito, scollegato dal beneficio individuale, cioè l'assenza di effetti collaterali che superano la normale tollerabilità (normalmente, tuttavia, quest'ultimo aspetto è sempre stato ritenuto assorbito dal beneficio individuale)[16].

Nello specifico, il CGARS si è convinto a sollevare la questione perché, nel caso delle vaccinazioni per il Sars-Cov-2, sulla base degli approfondimenti istruttori compiuti con precedente e separata ordinanza, si sono manifestati molti più effetti avversi rispetto a quelli che si verificano per i vaccini tradizionali[17].

---

[16] La Consulta, invero, ha sempre fatto riferimento a un doppio beneficio, per la collettività e per l'individuo: se gli effetti avversi fossero troppi e gravi dovrebbe, conseguentemente, difettare proprio il beneficio individuale. Anche nella sentenza della Corte Costituzionale n. 5 del 2018 il punto appare chiaro: «In particolare, questa Corte ha precisato che la legge impositiva di un trattamento sanitario non è incompatibile con l'art. 32 Cost.: se il trattamento è 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; se si prevede che esso non incida negativamente sullo stato di salute di colui che è obbligato, salvo che per quelle sole conseguenze che appaiano normali e, pertanto, tollerabili; e se, nell'ipotesi di danno ulteriore, sia prevista comunque la corresponsione di una equa indennità in favore del danneggiato, e ciò a prescindere dalla parallela tutela risarcitoria (sentenze n. 258 del 1994 e n. 307 del 1990)».

[17] Scrive il CGARS nell'ordinanza di settembre: «la raccolta dei dati che emergono dalla consultazione della banca dati europea (EudraVigilance, facilmente accessibile attraverso il sito AIFA) permette di rilevare che a fine gennaio 2022 risultavano somministrati in ambito EU/EEA 570 milioni di dosi (ciclo completo e *booster*) del vaccino Cominarty (BioNTech and Pfizer), in relazione al quale esultano acquisite 582.074 segnalazioni di eventi avversi, dei quali 7.023 con esito fatale; quanto al vaccino Vaxzevria (AstraZeneca), a fronte di 69 milioni di dosi si registravano 244.603 segnalazioni di eventi avversi, dei quali 1447 con esito fatale; quanto al vaccino Spikevax (Moderna), a fronte di 139 milioni di dosi risultavano segnalati 150.807 eventi

Anzi, questo punto è stato oggetto di un rigoroso approfondimento in entrambe le ordinanze del CGARS (sia quella di marzo che quella di settembre), svolto a valle dell'ordinanza istruttoria sollevata dallo stesso giudice nel febbraio 2022, volta ad ottenere – dalle autorità nazionali che si occupano di salute pubblica – informazioni dettagliate in merito agli effetti avversi e alle modalità con cui svolge la farmacovigilanza[18].

Entrambe le ordinanze del CGARS mettono in rilevo non solo l'altissimo numero di effetti avversi e la loro gravità (se comparate a quelli che si verificano con i vaccini tradizionali), ma anche la sottostima di tali effetti avversi, dovuta a più fattori, che sono dettagliamene spiegati.

Innanzitutto, a causa dell'algoritmo predisposto dall'OMS per la valutazione degli effetti avversi, che scarta in automatico le reazioni al farmaco avvenute oltre i 14 giorni dalla somministrazione e, in secondo luogo, a causa dell'assenza di un sistema di farmaco vigilanza attiva, che, come è a tutti noto, sottostima di molto il numero di effetti avversi, per ragioni puntualmente spiegate nell'ordinanza stessa, che mette in rilevo anche la gravità delle patologie classificate tra tali effetti.

avversi, dei quali 834 con esito fatale; quanto al Covid-19 Vaccine Janssen, a fronte di 19 milioni di dosi risultavano 40.766 segnalazioni, delle quali 279 con esito fatale».

[18] Scrive sempre il CGARS: «Limitandosi alle informazioni desumibili dalla relazione istruttoria e dalla lettura dei report vaccinali recentemente pubblicati, si evince che il flusso dei dati trasmessi viene intercettato dai responsabili locali e dei centri regionali di farmacovigilanza, i quali effettuano diverse scremature, sia in ordine alla completezza delle informazioni inserite nel modulo di segnalazione, sia in merito alla ricerca del nesso di causalità attraverso l'algoritmo dell'OMS, impostato al fine di valutare la probabilità dell'associazione evento/vaccino. Per quello che emerge dalla lettura della relazione istruttoria e dei report vaccinali, un profilo di criticità discende dalla richiesta connessione temporale tra la vaccinazione e la manifestazione dell'evento avverso, congiuntamente alla circostanza che gli operatori sanitari sono tenuti, in base all'art. 22 del decreto del Ministero della salute del 30 aprile 2015, a segnalare tempestivamente "sospette reazioni avverse" dai medicinali di cui vengano a conoscenza nell'ambito della propria attività.
Ma nell'ipotesi di farmaci sottoposti ad autorizzazione condizionata, il profilo di rischio a medio e lungo termine deve emergere proprio dallo studio di fenomeni avversi che possono anche intervenire a distanza di tempo dalla somministrazione del farmaco (collocandosi, quindi, fuori dalla finestra temporale di riferimento tra somministrazione del vaccino e sospetta reazione su cui è impostato l'algoritmo) ed essere imprevisti o inconsueti rispetto gli eventi avversi conosciuti e attesi, e quindi suscettibili di essere scartati dagli operatori sanitari perché erroneamente non ritenuti "sospetti"».

Osserva, ad esempio il CGARS che «gli eventi avversi più seri comprendono disordini e patologie a carico del sistema circolatorio (tra cui trombosi, ischemie, trombocitopenie immuni), linfatico, cardiovascolare (incluse miocarditi), endocrino, del sistema immunitario, dei tessuti connettivo e muscolo-scheletrico, del sistema nervoso, renale, respiratorio; neoplasie».

Il CGARS, tuttavia, non si rende conto che indugiare sugli effetti collaterali, sul loro grande numero, sulla loro sottostima, nonché sulla loro gravità, compromette anche la prima parte del suo ragionamento.

Infatti, il CGARS osserva che i dati noti, di per sé già allarmanti, sono sottostimati perché «rischiano di andare perdute informazioni cruciali per la rilevazione degli eventi avversi e, conseguentemente, per una corretta ed esaustiva profilazione del rapporto rischi-benefici dei singoli vaccini»[19].

Questi dubbi sulla grande quantità di effetti avversi e sulla loro sottostima mettono in crisi anche la prima parte del ragionamento sviluppato dal CGARS, relativa al beneficio per la collettività che ha ritenuto di considerare integrato (in contraddizione con la razionalità tradizionale dell'obbligo vaccinale) nella riduzione della pressione ospedaliera.

Per validare il ragionamento sostenuto dal CGARS nella prima parte della motivazione, cioè che il vaccino riduce la pressione sugli ospedali in virtù di minori ospedalizzazioni a causa del Covid-19, infatti, occorrerebbe, a questo punto, mettere sull'altro piatto della bilancia anche il numero delle ospedalizzazioni prodotte dagli effetti collaterali dei vaccini. Che lo stesso GGARS ci dice essere molte e addirittura sottostimate. Considerazioni che si svolgono solo sulla base dello stesso ragionamento effettuato dal CAGRS e delle relazioni medico scientifiche provenienti dalle autorità che si occupano di tutela della salute

[19] Osserva ancora il CGARS: « Né possono riporsi eccessive aspettative sulle segnalazioni spontanee dei cittadini, vuoi per l'eterogeneità della popolazione (non tutti, per variegate età e condizioni socio economiche, hanno la dimestichezza con gli strumenti informatici e le procedure burocratiche necessaria per compilare ed inoltrare un modulo di segnalazione eventi avversi completo di tutti i dati richiesti), vuoi perché il cittadino colpito da una patologia grave (per non parlare di quello deceduto) verosimilmente avrà altre preoccupazioni che non inoltrare la segnalazione».

pubblica, cioè indipendentemente da un'abbondante letteratura scientifica ormai esistente in materia, che conferma la deduzione appena svolta.

Ma se le cose, in termini di effetti collaterali, stanno come il CGARS le espone (ed è difficile mettere in dubbio la sua ricostruzione, fondandosi su dati forniti allo stesso giudice dalle autorità sanitarie del paese), l'interpretazione che il CGARS dà al beneficio per la collettività è doppiamente problematica. In primo luogo, perché contrasta con la lettura tradizionale data all'articolo 32 Cost. e con la pregressa giurisprudenza costituzionale (per cui è giuridicamente molto debole); in secondo luogo perché si fonda, in base ai dati esposti nella stessa ordinanza, su un presupposto di fatto tutt'altro che certo, cioè che ci sia *effettivamente* una diminuzione *complessiva* delle ospedalizzazioni (cioè contando non solo i ricoveri Covid, ma anche quelli per gli effetti avversi) determinata dal vaccino Sars-Cov-2 (se vi sono ricoveri per – i numerosi – effetti avversi del farmaco, come si può dedurre una diminuzione complessiva delle ospedalizzazioni?).

Il giudice padovano, invece, ha seguito la strada opposta, che risulta limpida e lineare perché si è attenuto scrupolosamente all'impostazione tradizionale: ha ritenuto, cioè, che la vaccinazione obbligatoria per il Sars-Cov-2 non abbia raggiunto l'obiettivo che si era esplicitamente proposta (formalizzato nelle stesse leggi impositive dell'obbligo, che discorrono di «prevenzione dell'infezione» o del «contagio»). Nella lettura del giudice padovano, dunque, la legge in esame non ha realizzato quella «prevenzione dal contagio», che era l'obiettivo cui essa, esplicitamente, mirava.

Il giudice padovano ne trae l'unica logica, ed obbligata, conseguenza possibile sul piano costituzionale, in coerenza con il diritto tradizionale in materia: la legge in esame non ha realizzato l'obiettivo di tutela della salute pubblica prefissato, che rappresenta il presupposto (e, allo stesso tempo, requisito) di costituzionalità di ogni politica in tema di obbligo vaccinale (innervandone la stessa *ratio*). Secondo il Tribunale di Padova, dunque, la disciplina sull'obbligo vaccinale è incostituzionale perché difetta il suo presupposto costituzionale: la tutela della salute pubblica, cioè, appunto, il beneficio per la collettività; presupposto essenziale e logicamente

preliminare rispetto ad ogni altra valutazione (come quella relativa anche allo stesso beneficio individuale, legato anche alla gravità delle reazioni avverse).

In questo caso, secondo il giudice padovano, data l'assenza del presupposto legittimante l'obbligo, la vaccinazione non si distinguerebbe da qualsiasi altra cura, perché sarebbe volta solo ad evitare le forme gravi della malattia, e dovrebbe essere, dunque, retta dal principio di libertà e soggetta alle ordinarie regole che presiedono la relazione terapeutica: tutti coloro che vogliono vaccinarsi possono farlo, ma nessuno può essere obbligato a un trattamento sanitario, nemmeno se la cura si rivelasse salvavita. Un principio su cui è difficile trovare una voce dissenziente nel panorama del costituzionalismo italiano.

Dunque, se si consolidasse la tesi – per ora isolata, debole nel suo fondamento giuridico e tutta da anche verificare per quanto attiene al presupposto di fatto – sostenuta dal CGARS, per cui la diminuzione delle ospedalizzazioni può essere considerato un obiettivo in grado di giustificare un obbligo sanitario, la libertà di cura potrebbe diventare un ricordo del passato. Ogni farmaco potrebbe essere imposto come obbligatorio. Se questa tesi avesse l'avallo della Consulta, il risultato sarebbe quello di cancellare, in via interpretativa, l'articolo 32 Cost, che è un articolo che pone la libertà di cura tra i diritti «fondamentali» e che lo tutela addirittura con un controlimite, cioè con «*un limite invalicabile anche ai trattamenti sanitari che possono essere imposti per legge come obbligatori a tutela della salute pubblica*»[20], come ribadito dalla stessa Consulta. La giurisprudenza costituzionale in materia, assieme all'art. 32 Cost. e al suo controlimite, sarebbero spazzati via. Nessun argine si potrebbe più porre al potere pubblico di interferire con il rispetto della persona umana[21] attraverso la previsione di trattamenti sanitari obbligatori.

[20] Cfr. Corte cost. 282 del 2002 secondo la quale la pratica terapeutica si situa «all'incrocio fra due diritti fondamentali della persona malata: quello ad essere curato efficacemente, secondo i canoni della scienza e dell'arte medica; e quello ad essere rispettato come persona, e in particolare nella propria integrità fisica e psichica, diritto questo che l'art. 32, 2° co., secondo periodo, Cost. pone come *limite invalicabile anche ai trattamenti sanitari che possono essere imposti per legge come obbligatori a tutela della salute pubblica*» (corsivo mio).

[21] Che consiste nella difesa della sua autonomia di scelta. Cfr. sul punto, per tutti, M. LUCIANI, *Diritto alla salute (dir. cost.)*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, XI, Roma 1989, p. 10 osserva lucidamente che «il rispetto della persona umana coincide con il rispetto della libertà di scelta

Se invece passasse, come auspicabile, la prospettazione avanzata dal Tribunale di Padova, non cambierebbe nulla rispetto alla tradizionale interpretazione che la dottrina costituzionalista e la giurisprudenza del Giudice delle leggi hanno, costantemente e in modo unanime, dato all'art. 32 Cost. sino ad oggi. Le politiche di vaccinazione obbligatoria resterebbero sempre possibili e compatibili con la Costituzione a condizione che si rispetti la razionalità, democratica e costituzionale, della vaccinazione obbligatoria: cioè che il vaccino, in quanto capace di fermare la trasmissione del virus, determini il raggiungimento del solo obiettivo di salute pubblica in grado di legittimare l'obbligo dal punto vista costituzionale e liberal-democratico[22].

3. La duplice risposta delle liberal-democrazie di fronte all'obbligo vaccinale: dall'assenza di obbligo alla sua legittimità in presenza di una precisa razionalità

Mi pare opportuno, a questo punto, fare un breve approfondimento circa il rapporto tra obblighi di trattamento sanitario e ordinamenti liberal-democratici.
Occorre premettere che nessuno contesta che l'assenza di obbligo vaccinale sia del tutto coerente con gli ordinamenti liberal-democratici (è il caso, ad esempio, della Spagna o dell'Inghilterra). In questi paesi, cioè, le politiche di vaccinazione, che

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». Così anche 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.,

[22] Su questo punto, che fa emergere il nesso inscindibile tra immunità di gregge, obbligo vaccinale e principio solidaristico, la dottrina è sempre stata concorde. Scrive, ad esempio, L. PRINCIPATO, *Obbligo di vaccinazione, "potestà" genitoriale e tutela del minore*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, fasc.6, 1 dicembre 2017, pag. 3139: «Pur nella variegata articolazione dei mezzi, immutata è rimasta l'esigenza dei fini, ossia assicurare la c.d. immunità di gregge per limitare la circolazione di agenti patogeni, al contempo proteggendo la salute collettiva e quella del singolo destinatario dell'obbligo». Allo stesso modo M. PLUTINO, *Le vaccinazioni. Una frontiera mobile del concetto di "diritto fondamentale" tra autodeterminazione, dovere di solidarietà ed evidenze scientifiche*, cit., 8; cfr. anche Id., *Le vaccinazioni. Lineamenti ricostruttivi di diritto costituzionale su un tema dominato dalle evidenze scientifiche*, in *Biolaw*, 2/2019, 541 e ss.

ovviamente sono contemplate come in tutti gli altri paesi, sono solo raccomandate, per cui sono rette dal principio di libertà.

Nessuna sanzione è applicata in caso di mancata vaccinazione. È appena il caso di sottolineare che i numeri delle vaccinazioni in questi paesi non si distanziano affatto da quelli in cui sussiste l'obbligo, ma addirittura li superano, come mostrato, ad esempio, dal caso della Spagna[23].

L'imposizione dell'obbligo, invece, in quanto coarta una libertà fondamentale, può essere coerente con gli ordinamenti democratici, ma a condizione che si rispettino alcuni rigorosi presupposti.

L'obbligo vaccinale si fonda interamente sul principio solidaristico.

Il principio solidaristico richiede che tutti si vaccinino per proteggere chi non può farlo: c'è un nesso indissolubile tra immunità di gregge, tutela dei vulnerabili, obbligo solidaristico. La solidarietà impone di raggiungere l'immunità di gregge in modo da proteggere i fragili, cioè coloro che non possono vaccinarsi per ragioni mediche. La solidarietà regge interamente la razionalità dell'impianto: non solo la compressione dell'autodeterminazione individuale (l'obbligo), ma anche la limitazione della *singola* libertà con cui si 'sanziona' il mancato adempimento dell'obbligo: se anche il vaccinato trasmettesse il virus, infatti, non avrebbe alcun senso (cioè non vi sarebbe alcuna *ratio* giuridica) escludere il non vaccinato da una data attività della vita associata.

Se la Corte costituzionale non dovesse chiarire che l'obbligo vaccinale per il Sars-Cov-2 è incostituzionale «*proprio*» perché manca la razionalità che da sempre lo sostiene, non solo in Italia ma anche negli altri paesi democratici, e invece affermasse che il beneficio per la collettività si risolve nella diminuzione della pressione ospedaliera, si scardinerebbe interamente la razionalità del sistema.

Si realizzerebbe così un'operazione che assumerebbe le tinte del paradosso: il risultato finale, infatti, indipendentemente da come dovesse andare la decisione

[23] In Spagna, infatti, i tassi di vaccinazione sono più alti rispetto ai paesi in cui è previsto l'obbligo. Anche i dati relativi alla vaccinazione per il Sars-Cov-2 ha confermato questa particolarità. In Spagna, in assenza sia di certificazione verde che di obbligo vaccinale, i tassi di vaccinazione sono risultati superiori a quelli italiani e di molti altri paesi.

finale in tema di legittimità della disciplina in tema di obbligo vaccinale per il Sars-Cov-2, finirebbe per scardinare *ex post* il sistema al fine di legittimare «scelte tragiche» che sono diventate criticabili per razionalità postuma. Tali politiche sono state, infatti, assunte proprio sulla base della razionalità tradizionale, scrupolosamente ribadita, a suo tempo, nello stesso testo legislativo (che dichiara l'obiettivo di impedire il «contagio»), che ha sempre giustificato le limitazioni di libertà (di autodeterminazione terapeutica come la conseguente esclusione da un dato contesto della vista sociale) determinate dalle politiche di vaccinazione obbligatoria.

Pertanto, anche qualora la Consulta annullasse la legge, se non fossero opportunamente precisate e corrette le motivazioni addotte dal CGARS, ribadendo la tradizionale *ratio* su cui si è sempre incardinato l'obbligo vaccinale, si rischierebbe un'abrogazione in via interpretativa dell'art. 32 Cost.

In altri termini, se non si respingesse l'idea per cui un farmaco può essere reso obbligatorio solo perché capace di ridurre il carico ospedaliero, verrebbe meno ogni argine all'imposizione di obblighi. Anche il farmaco contro il colesterolo o quello contro l'ipertensione o qualsiasi altro farmaco potrebbero diventare obbligatori! Tutti i farmaci, infatti, per essere autorizzati, devono dimostrare di essere efficaci per la cura di determinate patologie. Ma non finirebbe qui. Persino l'assenza di risorse economiche per il SSN potrebbe legittimare un obbligo! Si introdurrebbe, così, una serie di nuovi presupposti su cui fondare le politiche di trattamento sanitario obbligatorio, dal contenuto così vago e fluido per cui sarebbe vanificato, di fatto, anche ogni successivo controllo di costituzionalità[24].

Insomma, si rischia di modificare radicalmente il presupposto di costituzionalità degli obblighi di trattamento sanitario introducendo una 'nuova' razionalità, lasciando il potere politico completamente libero di imporre limiti alla libertà di auto-determinazione terapeutica. Con la conseguenza che l'art 32 Cost. ne

[24] Quale sarebbe la percentuale di occupazione delle terapie intensive o dei posti letto idonea a legittimare un obbligo? E in quale periodo la si dovrebbe calcolare, al momento dell'introduzione della legge impositiva dell'obbligo in base a una previsione? Con tutta l'aleatorietà delle previsioni in una dinamica così complessa e praticamente imprevedibile

risulterebbe cancellato in via interpretativa, e a farne le spese sarebbero la libertà di cura e il controlimite al potere, posto a garanzia della prima, che rappresenta uno degli aspetti più originali della Costituzione repubblicana, fortemente voluto da Aldo Moro.

In conclusione, il cardine su cui ha ruotato la libertà di cura durante tutto il periodo repubblicano rischia seriamente di essere sconficcato, peraltro, senza che si realizzi, in tal modo, alcuno scopo di interesse pubblico.

4. L'emergenza (passata) come giustificazione per introdurre deroghe radicali ai principi ordinari destinate a diventare le regole ordinarie del futuro

È bene ribadire che la legge introduttiva dell'obbligo vaccinale per il Sars-Cov-2 non si è affatto discostata da questa razionalità tradizionale. Studiando la legge impositiva dell'obbligo vaccinale per il Sars-Cov-2 non si riscontra, infatti, nessuna deroga a questa razionalità basilare. E non sarebbe potuto essere diversamente, del resto. Il legislatore ha cercato di conseguire, infatti, l'obiettivo della prevenzione del contagio o dell'infezione, come è chiaramente scritto nei decreti legge e nelle leggi di conversione.

È stato poi il CGARS, una volta preso atto che il vaccino, in realtà, non blocca affatto la trasmissione del virus, a dare una nuova e pericolosa interpretazione a questa razionalità. Insomma, come sopra già accennato, ha proposto una argomentazione che finisce oggettivamente per scardinare *ex post* la razionalità intrinseca all'obbligo, solo perché, sempre *ex post*, non si è potuto che prendere atto che la legge non poteva più essere giustificata sulla base di questa stessa razionalità su cui era stata fondata. Non senza elementi paradossali, in quanto il CGARS, sulla base di questa motivazione, comunque sia, richiede l'annullamento della legge per *altri* vizi di incostituzionalità. Come se, una volta sciolta un'organizzazione vietata dalla legge, poi si scoprisse che si trattava in realtà di un'associazione sportiva. Si pensi a un giudice che fosse, comunque sia, contrario a tale conseguenza, e che

ponesse a base della sua richiesta di annullare lo scioglimento effettuato, non la circostanza che l'associazione era meramente sportiva, ma la singolare premessa per cui anche le associazioni meramente sportive possono essere legittimamente sciolte. Seppure si annullasse lo scioglimento ingiusto dell'associazione sportiva, si rischierebbe di consolidare il principio per cui anche le associazioni sportive possono essere sciolte perché ritenute pericolose per la convivenza civile.

Un ragionamento davvero singolare che rischia di mettere a rischio la tenuta di diritti e principi consolidati, conducendoci su di un terreno scivoloso nel quale potrebbero riemergere tendenze organiciste, proprio quelle che il Costituente volle relegare al passato, ponendo un argine invalicabile rappresentato dal citato controlimite (posto a presidio dell'inammissibilità del sacrificio individuale per l'interesse collettivo).

In realtà, l'elemento cui si vorrebbe ancorare, *ex post*, la «nuova» razionalità dell'obbligo vaccinale (rischiando di trasformarlo in obbligo di cura) è evidentemente rappresentato dall'emergenza. Ma proprio questa strada si manifesta pericolosa. Se in base all'emergenza fossimo disposti a sacrificare ogni limite al potere, le derive potrebbero essere davvero inquietanti.

Primi segnali che il pendio che abbiamo iniziato a percorrere è inclinato e scivoloso li abbiamo già nella giurisprudenza dei tribunali.

Una volta accantonata la via maestra, ossia quella che lega inscindibilmente l'obbligo vaccinale all'immunità di gregge[25], la strada della dilatazione del concetto di beneficio per la collettività conduce a ragionamenti che solo tre anni fa sarebbe stato impossibile trovare formalizzati in sentenze di giudici della repubblica. Infatti, a questo punto, il percorso argomentativo volto a giustificare la legge in tema di obbligo vaccinale[26] passa necessariamente attraverso il tentativo di dilatare

[25] Si ripete: perché si è preso atto, successivamente all'introduzione dell'obbligo, che non si può più sostenere la sua legittimità in base al criterio tradizionale, non essendo il vaccino in grado di bloccare il contagio – un dato che emerge dalla quotidiana esperienza, secondo l'ordinanza del CGARS.

[26] Ragionamenti che il CGARS non intraprende, sia chiaro, chiedendo anzi l'annullamento della legge impositiva dell'obbligo per una serie di ragioni, del tutto condivisibili.

dirittifondamentali.it

il concetto di normale tollerabilità, con l'incredibile conseguenza che anche la morte finisce così per essere considerata «normale e tollerabile».

Di tale tenore sono infatti alcune recenti pronunce di Tribunali ordinari che, preso atto del rinvio alla Consulta della legge (art. 4 del d.l. n. 44 del 2021) proprio ad opera del CGARS, si sforzano addirittura di suggerire (sic!) alla Consulta le argomentazioni da usare per respingere la questione di costituzionalità proposta dagli stessi giudici siciliani.

Il Tribunale di Roma si è incamminato proprio su questa strada, pretendendo anche, incredibilmente, di indicare alla Consulta le motivazioni che «dovrà» (sic!) adottare nella decisione sulle ordinanze di rinvio in questione, auspicando che i «canoni della *normale tollerabilità possano essere ampliati* in relazione alla portata eccezionale del fenomeno pandemico »[27].

Il tribunale di Rovereto, in modo assolutamente adamantino, ha, dal canto suo, espressamente giustificato il sacrificio individuale per l'interesse collettivo (facendo peraltro riferimento ad irreali scenari apocalittici)[28], sempre in base alla giustificazione dell'emergenza. Secondo il Tribunale di Rovereto (sent. 57/2022) «un rischio di evento anche gravissimo come la morte o la grave malattia deve essere considerato come normale e tollerabile [sic!] a condizione, ben inteso, sia in

[27] Tribunale di Roma del 6.6.2022, N. R.G. 23807/2022 in cui il giudice, correttamente, rigetta una domanda cautelare contro una normativa sulla certificazione verde non più in vigore, difettando *il periculum in mora*, requisito indefettibile della tutela cautelare. Avrebbe potuto fermarsi qui. Il giudice, tuttavia, ha ben pensato di dispensare consigli alla Consulta in vista dell'udienza del 30 novembre. «La Corte Costituzionale dovrà [sic!] – scrive il giudice – modulare necessariamente i propri precedenti». In che senso dovrebbe andare questa rivisitazione viene chiarito senza lasciar adito a dubbi: «è altamente prevedibile»» che la Corte costituzionale «attualizzerà quelle condizioni che lo stesso giudice delle leggi aveva peraltro già descritto come legittimanti misure normative recanti obblighi di vaccinazione alla luce della ritenuta prevalenza, nel caso di specie, di conclamate e documentate condizioni emergenziali». Infatti, ribadisce il giudice, «alcuni dei parametri saranno necessariamente attualizzati ed adeguati alle condizioni di contesto nelle quali le norme sono state chiamate ad operare. Non può, infatti, escludersi che quei canoni della *normale tollerabilità possano essere ampliati* in relazione alla portata eccezionale del fenomeno pandemico, in un'ottica che miri alla proporzionalità della misura *rispetto all'obiettivo da raggiungere*, in uno con la cura della popolazione in un contesto di emergenza sanitaria» (corsivo mio).

[28] Cfr. la nota successiva.

grado di scongiurare rischi ben maggiori (sempre di morte o di grave malattia, ma con un'incidenza statistica ben maggiore)»[29].

Queste recenti pronunce che finiscono con il ritenere che in emergenza persino «la morte o la grave malattia deve essere considerato come normale e tollerabile» non possono che scuotere profondamente, e in primo luogo, il senso di umanità.

In uno stato emergenziale, quindi, seguendo questo ragionamento, ci sarebbe poco da valutare. Ogni politica sarebbe idonea, anche se non rispettasse i presupposti logici, giuridici e persino etici cui misure di un dato tipo sono state tradizionalmente legate[30].

Siamo pertanto in presenza di una pluralità di indizi che sono esemplificativi di una tendenza in atto, volta a disancorare l'emergenza dal rispetto dei principi tradizionali e dalla stessa razionalità che sorregge fondamentali istituti giuridici, come, nel nostro caso, l'obbligo vaccinale[31]. Così facendo, è la stessa emergenza a

---

[29] L'affermazione appare già chiara nella sua durezza, ma il giudice è stato generoso di esempi. «A conferma del ragionamento sopra espresso – scrive – si ipotizzi una gravissima pandemia che, se non fermata, colpisca tutta la popolazione garantendo una mortalità del 10 per cento. Su una popolazione di 100 milioni di persone, ciò significa 10 milioni di morti. Davvero si vuol sostenere che sia incostituzionale una previsione di legge che, in un simile contesto, preveda l'obbligo vaccinale qualora il vaccino in questione determini, poniamo, 10 o anche 100 morti? Ciò significherebbe che per salvare le 10 o le 100 persone che morirebbero col vaccino si sacrificano 10 milioni di persone che morirebbero in assenza di vaccino. Né si può porre alcuna questione etica perché qualsiasi scelta produce delle morti e perché le persone che moriranno le sceglie il caso, non il legislatore».

Ora, a parte il rilievo, frutto della logica elementare, che si sta discutendo dell'obbligo della vaccinazione, e non certo dell'introduzione di un «divieto» a vaccinarsi, che nessuno ha mai immaginato di introdurre (mentre nel ragionamento inverosimile del giudice appare una fantomatica alternativa tra un obbligo – sussistente – e un immaginario divieto – per cui i milioni di italiani che volessero proteggersi dai rischi resterebbero assolutamente liberi di farlo anche in assenza di obbligo), un ragionamento di questo tenore si commenta da sé.

È la prevalenza del collettivo sull'individuale che giustifica il sacrificio individuale per il bene della collettività; l'individuazione in concreto del bene per la collettività, inutile dirlo, è frutto di una decisione dallo Stato.

[30] Ed a queste tentazioni di ribaltamento del sistema non è rimasto estraneo nemmeno il Consiglio di Stato. Nella già citata sentenza della III sezione, la n. 7045 del 2021, lo sesso concetto di precauzione è stato ribaltato nel suo contrario, affermando che la precauzione, nelle situazioni di emergenza, opera in modo contro intuitivo (sic!), cioè, se le parole hanno un senso, non indica più prudenza, ma imprudenza! Un paradosso logico e linguistico allo stesso tempo. Precauzione vuol dire prudenza. Se opera in modo *contro* intuitivo, la prudenza si trasforma nel suo contrario, cioè nell'*imprudenza*.

[31] Cfr. sul punto, condivisibilmente, A. MORELLI, Illegittimità dei Dcpm Covid: c'è un giudice a Frosinone? Quando il fine non giustifica i mezzi, in *Giustizia, istituzioni*, 1° settembre 2020, . G

mutare di significato. Tradizionalmente, infatti, è sempre stata considerata come una situazione giuridica, che resta, comunque sia, sottoposta all'ordine costituito, retta dai principi costituzionali e da quelli generali. Le «nuove» emergenze, invece, finiscono per avvicinarsi a una vera e prioria situazione di eccezione, che attribuisce al sovrano, secondo la ricostruzione dominante in dottrina, il potere di decidere al di fuori di limiti giuridici[32] .

A parte la circostanza che un ragionamento simile, da un punto di vista giuridico, è debole e contrario alla nostra tradizione in materia[33], pare il caso di osservare che, allo stato attuale, non esiste più quasi nessun ambito della vita associata che non sia toccato dall'emergenza. Abbiamo emergenza sanitaria, ambientale, energetica, economica, e adesso, da ultimo, anche l'emergenza bellica, che potrebbero durare – tutte – anni. La motivazione data dalle forze politiche all'ultima emergenza cui ho fatto riferimento, dando sostegno militare all'Ucraina attraverso la fornitura di armi, sta proprio nella necessità di proteggere la libertà contro il dispotismo. Allora chiariamo un punto: o le democrazie riescono ad affrontare le emergenze difendendo le libertà, oppure avremo democrazie senza libertà, che però non potremo più chiamare democrazie.

AGAMBEN, A che punto siamo? L'epidemia come politica, Quodlibet, Macerata, 2020, pp. 11 ss. G. AZZARITI, Editoriale. Il diritto costituzionale di eccezione, in *Costituzionalismo.it*, n. 1/2020, pp. I ss.; E. RAFFIOTTA, Sulla legittimità dei provvedimenti del Governo a contrasto dell'emergenza virale da Coronavirus, in BioLaw Journal, Special Issue 1/2020, pp. 95 ss.; G. D'AMICO, La libertà "capovolta". Circolazione e soggiorno nello Stato costituzionale, Napoli, 2020, pp. 37 ss.; A. VENANZONI, *L'innominabile attuale. L'emergenza Covid-19 tra diritti fondamentali e stato di eccezione*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 26 marzo 2020, p. 9.

[32] Si evoca, a questo proposito, la nota tesi smithiana che si può leggere in C. SCHMITT, *Teologia politica*, in C. SCHMITT (a cura di G. Miglio e P. Schiera), *Le categorie del "politico"*, Il Mulino, Bologna, 1972, p. 33. In questi termini, con riferimento però alla prima fase della pandemia, cfr. G. Azzariti, *Il diritto costituzionale d'eccezione*, in *Costituzionalismo.it*, 1/2020, 10 e ss.; per una critica a questa ricorrente impostazione cfr., da ultimo, M. Luciani, *Il diritto e l'eccezione*, in AIC, 2/2022, 29 e ss. In generale, sul tema, cfr., fra i tanti, G. Mazzarita, *L'emergenza costituzionale. Definizioni e modelli*, Milano, Giuffrè, 2003, *passim.*

[33] Cfr. la giurisprudenza costituzionale in tema di ordinanze di urgenza e necessità: Corte cost. 2 luglio 1956, n. 8, in Giur. cost., 1956, 602; . Corte cost. 27 maggio 1961, n. 26, in Giur. cost., 1961, 525; Corte cost. 12 gennaio 1977, n. 4, in Giur. cost., 1977, 20; Corte cost. 3 aprile 1987, n. 100, in Giur. cost., 1987, 764 e Corte cost. 30 dicembre 1987, n. 617, in Giur. cost., 1987, 3688. Cfr., in generale, per tutti, G.U. RESCIGNO, *Ordinanza e provvedimenti di necessità e di urgenza (Diritto costituzionale e amministrativo)*, in *Nss. Dig. it*., XII, 91-94; cfr., in particolare, F. MIGLIARESE, *Ordinanze di necessità*, in *ENC. GIUR*., XXII, par. 2.1.

Insomma, la strada volta a salvare *ex post* scelte che sono diventate irragionevoli in base a razionalità postuma, appare davvero piena di insidie.

5. Verso le cure obbligatorie per i sani?

Occorre, poi, considerare che, oltre alla posizione del CGARS[34], ci sono altri indici da tenere in considerazione.

In particolare, pare che si stia formando un movimento di pensiero teso, questa volta in modo esplicito, cioè perseguendolo specificamente come obiettivo da raggiungere per il futuro, a modificare la razionalità delle politiche di trattamento sanitario obbligatorio; un movimento che travalica gli stessi confini nazionali. Tale indice è contenuto nei documenti ufficiali della massima autorità mondiale in materia salute.

Si legge, infatti, in un documento recente dell'OMS, del 30 maggio 2022, su etica e trattamenti sanitari obbligatori[35]: «Mandatory vaccination should be considered only if it is necessary for, and proportionate to, the achievement of one or more important societal or institutional objectives (typically but not exclusively public health objectives, **which may also be in service of social and economic objectives**). Among others, such objectives may include interrupting chains of viral transmission, preventing morbidity and mortality, protecting at-risk populations and **preserving the capacity of acute health care systems or other critical infrastructure**».

Insomma, esistono più indici della presenza di una vera e propria tendenza in atto volta ad ampliare l'ambito di operatività delle politiche di trattamenti sanitari obbligatori al di là di quello che è stato il loro tradizionale ambito di applicazione e oltre la loro consolidata giustificazione. Gli obiettivi di carattere sociale ed

[34] Che abbiamo inquadrato come un'interpretazione *oggettivamente* (cioè al di là delle intenzioni) volta a dare una giustificazione postuma a una scelta che, *ex ante*, poteva apparire ragionevole, ma che si è rilevata *ex post* priva di ragionevolezza

[35] https://www.who.int/publications/i/item/WHO-2019-nCoV-Policy-brief-Mandatory-vaccination-2022.1

economico si andrebbero ad aggiungere ai tradizionali obiettivi di tutela della salute pubblica come fonte di legittimazione di politiche impositive di obblighi di trattamento. Per cui «preserving the capacity of acute health care systems or other critical infrastructure», in altri termini, anche diminuire la pressione sugli ospedali, finirebbe per diventare una giustificazione all'imposizione di obblighi.

L'OMS, tuttavia, è un'organizzazione internazionale che si occupa di salute, ma che non ha alcun potere di interferire con i principi costituzionali dei singoli stati che concernono le libertà, proponendo letture che metterebbero in pericolo l'art.32 Cost., la sua consolidata interpretazione nonché la stessa razionalità democratica dell'obbligo vaccinale. Dovrebbe essere interesse collettivo arginare sul nascere una simile tendenza, per evitare che in un prossimo futuro anche obiettivi economici o sociali, come scrive l'OMS, possano legittimare politiche volte all'imposizione di trattamenti sanitari. I trattamenti sanitari obbligatori dovrebbero restare, invece, saldamente ancorati alla loro classica razionalità, cioè al raggiungimento di obiettivi salute pubblica, il solo cardine su cui (con consenso unanime dei costituzionalisti) sono stati fino ad oggi inscindibilmente legati[36].

[36] Tale aspetto è assolutamente pacifico in dottrina. Si veda, a tale proposito, D. MORANA, *La salite come diritto costituzionale. Lezioni,* Giappichelli, 2015, 39, che scrive: «Dal modo in cui l'art. 32, comma 1, Cost., è formulato, si trae dunque un dato sufficientemente evidente: è la salute, non l salute individuale, ad essere protetta come interesse della collettività. Sicché saranno soltanto le ragioni legate alla salute collettiva a poter abilitare un intervento limitativo della libertà di salute del singolo» per cui «la sua limitazione potrà avvenire – nel rispetto delle ulteriori garanzie stabilite dall'art. 32 Cost. – soltanto per perseguire la finalità dell'interesse della collettività alla salute (collettiva), e non già per ulteriori generiche ragioni di interesse pubblico selezionate di volta in volta dal legislatore». Cfr., inoltre, S. P. PANUNZIO, *Vaccinazioni,* cit., 2, il quale scrive: «concretandosi la dignità dell'uomo anche nella garanzia della sua autodeterminazione, ne discende che allorquando è in gioco solo la salute del singolo – senza alcuna incidenza *diretta* sulla salute dei terzi – questi non può essere obbligato a vaccinarsi» (corsivo mio). Il punto è pacifico nella dottrina che ha studiato l'art. 32 Cost.
Che le vaccinazioni, peraltro, fossero mezzi «di *prevenzione* rispetto ai morbi infettivi» (G. ZUNO, Voce Sanità pubblica, in Enciclopedia Giuridica Italiana, Vol. XV. P. I, Milano, 1905, p. 418) è una constatazione che è sempre stata di assoluta evidenza. Così come è sempre stato parimenti evidente che la razionalità della vaccinazione obbligatoria riposa sulla cosiddetta immunità di gregge («La felice influenza della vaccina s'aumenta ancora se, in luogo di studiarla sopra un individuo preso isolatamente, no la studiamo sopra una popolazione di vaccinati (*ed è proprio quello che bisogna fare fare ai fini della polizia sanitaria*», Ibidem, 423, il corsivo è nel testo originale).

Se questa tendenza dovesse prendere il sopravvento, anche diminuire la pressione degli ospedali, come nel caso sottoposto all'esame della Consulta, potrà consentire, in futuro, obblighi di trattamento sanitario.

In conclusione, si dovrebbe prendere atto che le posizioni radicali fino ad oggi sostenute sono state mosse da sentimenti, umanamente comprensibili perché fondati sulla paura, ma oramai, sulla base dell'esperienza quotidiana che ognuno di noi ha dell'efficacia di questi vaccini, della giurisprudenza pregressa della Consulta, dell'art. 32 della Costituzione, sarebbe logico affermare l'incostituzionalità della disciplina in tema di obbligo vaccinale per il Sars-Cov-2 in conformità con il diritto consolidato in materia, riassunto efficacemente nell'ordinanza del Tribunale di Padova.

L'emergenza Covid ha prodotto due anni di confusione istituzionale e di profonda lacerazione sociale, per cui si dovrebbe oramai riflettere su tali questioni cercando di guardare al futuro, non al passato. Il Covid, con tutte le conseguenze che ha prodotto, sia sul piano medico che su quello dei rapporti personali e sociali, a partire dal distanziamento «sociale» (non fisico, si badi!)[37] dovremmo lasciarlo alle nostre spalle.

[37] Osserva condivisibilmente G. MONTEDORO, *Il dialogo Habermas-Günther riletto dalla cultura giuridica italiana, parte seconda. I giuspubblicisti* Intervista di F. Francario a D. Sorace, F. G. Scoca e G. Montedoro, in *Giustizia insieme*, 26 giugno 2020 che non ci sono solo aspetti giuridici del tema: «Ci sono conseguenze antropologiche forse di lungo periodo (le epidemie agiscono nel profondo, su abitudini consolidate come l'alimentazione, l'affettività, il sesso). Alcune aporie etiche – significative sul piano antropologico - sono state rivelate da Agamben (che pur errando nel ritenere l'epidemia un'invenzione entrando in un campo non suo e prendendo per buone alcune minoritarie opinioni espresse inizialmente da una parte degli scienziati esprime avvisi ai naviganti degni di considerazione). Agamben si è espresso così : "la paura è una cattiva consigliera, ma fa apparire molte cose che si fingeva di non vedere. La prima cosa che l'ondata di panico che ha paralizzato il paese mostra con evidenza è che la nostra società non crede più in nulla se non nella nuda vita. È evidente che gli italiani sono disposti a sacrificare praticamente tutto, le condizioni normali di vita, i rapporti sociali, il lavoro, perfino le amicizie, gli affetti e le convinzioni religiose e politiche al pericolo di ammalarsi. La nuda vita – e la paura di perderla – non è qualcosa che unisce gli uomini, ma li acceca e separa. Gli altri esseri umani, come nella pestilenza descritta da Manzoni, sono ora visti soltanto come possibili untori che occorre a ogni costo evitare e da cui bisogna tenersi alla distanza almeno di un metro. I morti – i nostri morti – non hanno diritto a un funerale e non è chiaro che cosa avvenga dei cadaveri delle persone che ci sono care. Il nostro prossimo è stato cancellato ed è curioso che le chiese tacciano in proposito. Che cosa diventano i rapporti umani in un paese che si abitua a vivere in questo modo non si sa per quanto tempo? E che cosa è una società che non ha altro valore che la sopravvivenza?"

L'art. 32 della Costituzione e la consolidata giurisprudenza costituzionale in tema di libertà di cura dovrebbero essere un bene prezioso da conservare per il futuro.

Le libertà di cui disponiamo in quanto cittadini e in quanto persone riguardano, infatti, il nostro futuro, quello del nostro paese e dei nostri figli.

Non scardinare la razionalità liberal-democratica e costituzionale dell'obbligo vaccinale dovrebbe essere l'auspicio di tutti, anche perché il tempo presente presenta sfide inedite.

Una dichiarazione di incostituzionalità basata sull'interpretazione consolidata dei principi della Carta, peraltro, non potrebbe avere alcun effetto su quanto già accaduto nel nostro Paese durante l'emergenza pandemica. Viceversa, accogliere la singolare motivazione del CGARS significherebbe modificare radicalmente il tema della libertà di cura e aprire un varco verso l'ignoto di cui è impossibile prevedere le conseguenze. E chi vorrebbe assumersi, nella situazione drammatica in cui ci troviamo, la responsabilità di condurci in una situazione dagli effetti imprevedibili?

Lo scontro attuale non è, semmai lo sia stato, tra no vax e pro vax, ma tra chi difende la razionalità liberal-democratica dell'obbligo vaccinale e chi, certamente senza mirare a questo obiettivo, porta avanti un ragionamento volto a scardinarla *ex post* per difendere «scelte tragiche» diventate errate per razionalità postuma, senza rendersi conto, però, che così si apre un varco verso l'ignoto.

L'auspicio è che il 30 novembre 2022 l'equilibrio, la logica, l'umanità e la cultura giuridica repubblicana prendano il sopravvento, ponendo un argine, forte e duraturo, contro derive di cui non si avverte alcun bisogno.

Si tratta del paradigma dell'immunizzazione – su cui ha riflettuto Roberto Esposito (immunitas come opposizione a communitas) – che diventa un problema quando si diffonde nel corpo sociale perché lo paralizza e lo svuota.

Canetti – in Massa e potere – riteneva che la società si avesse con i movimenti di massa come neutralizzazione dell'atavica umana paura di essere toccati, la pandemia distanzia la massa, quindi ci lascia soli.

Anche la diseguaglianza può cambiare segno, può, nell'emergere di nuove gravi povertà, divenire quello che Papa Francesco (e Bauman), chiama lo scarto.

Lo scarto non è solo il diseguale per comparazione con il più abbiente, è il socialmente distanziato».

dirittifondamentali.it

Dirittifondamentali.it - Fascicolo 3/2022
Data di pubblicazione – 7 ottobre 2022

I DOVERI COSTITUZIONALI VISTI DA UN PENALISTA. CONSIDERAZIONI A PARTIRE DAL *CONTRIBUTO ALLO STUDIO DEI DOVERI COSTITUZIONALI* DI GIORGIO M. LOMBARDI[1]

di
Roberto D'Andrea*

Dalla lettura del *Contributo allo studio dei doveri costituzionali* di Giorgio M. Lombardi[2] lo studioso del diritto penale può trarre molti preziosi insegnamenti; può anche imbattersi, nel corso della lettura, in alcuni nodi irrisolti. Nel presente lavoro si cercherà di mettere in luce i primi e di proporre possibili soluzioni ai secondi. Ci si soffermerà, quindi sulle luci e sulle ombre di questo importante classico del diritto costituzionale.

L'Autore dà in primo luogo una chiara risposta ad un insidioso interrogativo sulla natura stessa del parametro costituzionale alla base di tutti i doveri previsti in Costituzione, cioè dell'art. 2 Cost., nella parte in cui sancisce che la Repubblica "richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale". Quantunque campeggiassero ancora teorie volte ad individuare nei "doveri inderogabili" un carattere eminentemente etico-politico (teorie peraltro sorrette dalla derivazione mazziniana della disposizione in esame e dalla natura

* Dottorando in diritto penale presso la Scuola Superiore Sant'Anna di Pisa.

[1] In argomento, cfr., recentemente, V. TONDI DELLA MURA, *La frontiera aperta da Giorgio Lombardi nella sistematica dei doveri costituzionali: dall'idealismo mazziniano al personalismo costituzionale,* in *federalismi.it*, 2021 e A. GUSMAI, *(Ri)leggere Lombardi, un esercizio "doveroso"*, in *dirittifondamentali.it,* 2022. Sul "sostanziale deserto della riflessione scientifica" riguardo ai doveri, deserto appunto in buona parte colmato da Lombardi, cfr. 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, p. 10.

[2] G. M. LOMBARDI, *Contributo allo studio dei doveri costituzionali,* Giuffrè, Milano, 1967.

moralistico-filosofica che storicamente le attribuirono i membri della I Sottocommissione[3]), Lombardi non esita a rimarcare come, a dispetto delle intenzioni dei Padri e delle Madri costituenti, ormai l'art. 2, nella sua interezza, formi parte integrante del testo costituzionale e vada pertanto inteso a pieno titolo come dato normativo, anche alla luce del "principio di coerenza" e del "criterio di massima operatività della Costituzione"[4].

Risolta la questione preliminare sulla natura dei doveri *ex* art. 2 Cost., l'Autore affronta quella logicamente consequenziale, relativa alla *portata* della normatività dei medesimi. Si può anzi affermare che da questo punto in avanti l'intera opera in esame sia un tentativo di risolvere questo problema. S'affaccia subito all'orizzonte una realtà inquietante: la formulazione sui doveri inderogabili dell'art. 2 non solo si manifesta di una tale latitudine, genericità ed indeterminatezza da rischiare di precludere, di primo acchito, qualsivoglia "possibilità di applicazione positiva"[5], ma i valori ad essa sottesi "si configurano caratterizzati da una assolutezza e, ad un tempo, genericità tali da rappresentare veramente un tendenziale pericolo per la sfera dei diritti, di sorta che la complementarietà che lega gli uni agli altri dovrebbe logicamente risolversi a danno di questi ultimi[6]". Presi a sé, dunque, i doveri di solidarietà politica, economica e sociale sembrano assumere una portata applicativa sostanzialmente onnivora. Uno dei principali meriti dell'opera del Lombardi consiste proprio nell'aver evitato questo esito mediante un'interpretazione sistematica del testo costituzionale. In particolare, l'Autore si sofferma sulle

[3] G. M. LOMBARDI, *op. cit.,* p. 7. L'Autore traccia un interessante parallelismo con l'art. 107 del progetto di costituzione di Weimar, simile per formulazione all'art. 2 Cost. e che fu scartato in virtù del suo asserito carattere "vacuo e declamatorio".

[4] ID., *op. cit.,* p. 8. Si è sul punto sottolineato un duplice merito dell'Autore: "l'uno, esplicito, consistente nel riconoscimento della forza giuridica e non solo morale accordata dal Costituente a situazioni soggettive sino a quel momento deficitarie di considerazioni specifiche nel settore pubblicistico, specie in campo costituzionale, tali da far emergere la portata autonoma, piuttosto che complementare, delle dichiarazioni costituzionali di dovere rispetto a quelle dei diritti; l'altro, implicito, riguardante i presupposti culturali di una simile prescrittività, da cogliere nel senso del ripudio di ogni forma di teologia politica da parte del medesimo Costituente a vantaggio di un sistema in sé compiuto, plurale e suscettibile di continuo sviluppo nel segno del principio personalistico" (V. TONDI DELLA MURA, *op. cit.,* 2021, p. 3).

[5] G. M. LOMBARDI, *op. cit.,* p. 6.

[6] *Ivi,* p. 32.

modalità operative dei doveri costituzionali inderogabili, distinguendoli dai limiti e dagli obblighi (costituzionali o di rilevanza costituzionale), ponendoli in un certo qual modo in rapporto ai diritti inviolabili e ricordandone il fondamento personalistico. Analizziamo ora partitamente ciascuno di questi passaggi logico-giuridici.

Anzitutto l'Autore chiarisce come l'inderogabilità non equivalga ad assenza di limiti alle restrizioni dei diritti (anche, come si vedrà, quando tali diritti siano *diversi* da quelli inviolabili), in quanto una simile equivalenza finirebbe per ribaltare totalmente la prospettiva liberale in cui si colloca la Costituzione[7]: se l'inviolabilità dei diritti di cui alla prima parte dell'art. 2 Cost. ha una connotazione dinamico-evolutiva, i doveri inderogabili invece "non sono altro che quelli espressi analiticamente dalle altre norme costituzionali riferibili alla categoria [dei doveri inderogabili] […] e come tali destinati ad individuarla specificando le varie situazioni soggettive ad essa sussumibili"[8]. Il testo costituzionale determina peraltro tali doveri *nominativamente*[9], talché va condotta una interpretazione sistematica dell'art. 2 in rapporto agli altri articoli in cui *espressamente* siano previsti doveri. D'altronde, non solo il concetto di inderogabilità, ma anche quello di solidarietà "non può essere determinato sulla base del solo art. 2"[10]: a precisarne il contenuto materiale soccorrerà in prima istanza la stessa Costituzione (e in un secondo momento, come si vedrà, il legislatore). Di questa precisazione il penalista non dovrebbe mai essere dimentico: non bisognerebbe mai (ci soffermeremo meglio a breve su questo punto) appellarsi, per legittimare costituzionalmente un obbligo di garanzia penalmente rilevante *ex* art. 40 cpv. c.p., al mero dovere di

[7] *Ivi,* p. 36.

[8] *Ivi,* p. 40. *Contra,* C. CARBONE, I doveri pubblici individuali nella Costituzione, Giuffrè, Milano, 1968, p. 97: "[s]e il costituente avesse voluto limitare i doveri individuali a quelli che risultano specificamente dalla costituzione, avrebbe fatto a meno di introdurre una disposizione come quella dell'art. 2, con cui sancisce dei doveri generali di solidarietà".

[9] *Ivi,* p. 42, in virtù della "tangibile esigenza" avvertita da Lombardi "di assicurare la perdurante attuazione del principio della certezza del diritto" (A. GUSMAI, *op. cit.*, p. 13). Lombardi opera poco dopo un riferimento ai doveri costituzionali c.d. propri, dando così ad intendere, *a contrario,* come possano esservi anche doveri costituzionali "impropri" (non nominativamente indicati?). Il tema sarebbe da approfondire, ma non vi è modo di soffermarvisi in questa sede.

[10] *Ivi,* p. 45.

solidarietà di cui all'art. 2 Cost, in quanto quest'ultima disposizione non è appunto costituzionalmente autosufficiente[11].

D'altra parte, ai fini della concreta limitazione di determinate posizioni giuridiche soggettive di libertà non sono neppure di per sé stessi sufficienti i singoli doveri nominativamente previsti dalla Costituzione: i doveri devono essere *resi effettivi* mediante "l'organizzazione dei pubblici poteri […] secondo l'ordine delle competenze costituzionalmente stabilite, precisate e determinate dalle leggi"[12]. Un simile assunto, delineato subito dall'Autore nei suoi contorni generali, viene nel corso dell'opera precisandosi e caricandosi di significato, sia pur in relazione soltanto a doveri specifici: in particolare, con riguardo a prestazioni personali o patrimoniali ad opera del privato, l'art. 23 Cost. stabilisce al tempo stesso il principio di certezza degli obblighi (che costituiscono, per così dire, la "materializzazione legislativa" dei doveri costituzionali) e il criterio secondo cui fra Costituzione e attività di esecuzione "si inserisce, quale necessaria fonte di obblighi, l'*auctoritatis interpositio* della legge"[13]. L'art. 23, così, non solo "fissa in modo definitivo il criterio di tassatività dei doveri anche a livello legislativo", ma "esprime in modo indefettibile la regola che, nella misura in cui implica materiali e positive prestazioni limitative della sfera economica e personale, la Costituzione stessa non è suscettibile di venire immediatamente a contatto con le posizioni soggettive individuali. In altre parole, i doveri costituzionali, nella misura in cui implicano positive limitazioni della sfera individuale non possono venire direttamente realizzati mediante l'attività della pubblica amministrazione"[14].

---

[11] Cfr. G. M. LOMBARDI, *op. cit.*, pp. 32-33: l'art. 2 sarebbe caratterizzato da una *lacuna tecnica o intra legem,* denotativa dell'incompletezza non già dell'ordinamento ma di singole norme in virtù dell'ambito troppo lato di applicazione, sì da autorizzare la sussunzione in esso di condotte antinomiche: non ne deriverebbe, secondo l'Autore, una sfera di libertà, ma solamente una "condizione di incertezza", equivalente alla *mancanza di una norma certa* e trasfigurata così anche in una lacuna *extra legem*. Sull'obbligo di garanzia *ex* art. 40 cpv. c.p., cfr., *ex multis,* F. ANTOLISEI, *L'obbligo di impedire l'evento,* in *Riv. it.,* 1936, p. 121 ss.; F. SGUBBI, *Responsabilità penale per omesso impedimento dell'evento,* Cedam, Padova, 1975; A. BATTIATI, *Considerazioni critiche in ordine ai più recenti orientamenti giurisprudenziali sui reati omissivi impropri e sull'obbligo di impedire l'evento, in Giust. Pen.,* 2012.

[12] *Ivi,* p. 20.

[13] *Ivi,* p. 107.

[14] *Ibidem.*

In ordine, poi, all'art. 54, I comma, Cost., l'Autore osserva che la Carta costituzionale è direttamente osservabile solo "in quanto ponga norme dotate di sufficiente determinatezza, tali cioè da fungere univocamente da regole di condotta"[15], riannodandosi concettualmente e giuridicamente all'art. 23 e, in materia penale, all'art. 25 Cost.[16] Pertanto, fatti salvi taluni casi-limite in cui la stessa Costituzione preveda (almeno secondo una certa parte della dottrina, ivi compreso l'Autore del testo in analisi) direttamente regole di condotta con sufficiente precisione ed esaustività (come, secondo l'Autore, l'art. 90 Cost., su cui pur su potrebbe avanzare in proposito qualche riserva[17]), si renderà sempre necessaria una legge per trasformare i doveri costituzionali in obblighi e così incidere sulle posizioni giuridiche soggettive di libertà.

Sia pur *en passant*, l'Autore legittima inoltre i doveri costituzionali attraverso il loro *fondamento personalistico*. Esso si radica, in prima istanza, nella contiguità testuale di doveri inderogabili e diritti inviolabili dell'uomo, quantunque sul punto, come si vedrà, permangano, all'esito dell'opera in commento, alcuni aspetti non compiutamente chiariti. Si tornerà a brevissimo sul rapporto fra le due figure. In secondo luogo, le norme sui doveri inderogabili, così come tutte le norme costituzionali di principio, "esprimono […] quel minimo *standard* sul quale i gruppi costituenti hanno trovato una base di intesa" e che si rende necessario in ragione della disomogeneità politico-sociale della nostra società[18]. Si potrebbe osservare

[15] *Ivi*, p. 91.

[16] *Ivi*, pp. 92-93.

[17] Sulla questione della responsabilità del Presidente della Repubblica *ex* art. 90 Cost., cfr. G. RAGNO, *I delitti di alto tradimento e di attentato alla Costituzione*, Giuffrè, Milano, 1967; G. ZUCCALÀ, *Irresponsabilità del Presidente della Repubblica e tutela penale*, in *Studi in memoria di E. Guicciardi*, Cedam, Padova, 1975; S. ANTONELLI, *Le immunità del Presidente della Repubblica italiana*, Giuffrè, Milano, 1971; M. LAUDI, *Responsabilità penale del Presidente della Repubblica* ex *art. 90 Costituzione e principio di legalità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1972, p. 460 ss.; U. DE SIERVO, *Responsabilità penale del Capo dello Stato*, in *Indice pen.*, 1996, p. 629 ss.; P. VERONESI, *Responsabilità penale costituzionale del Presidente della Repubblica (giudizio sulla)*, in *Dig. discipl. pubbl.*, XIII, 1997, p. 273 ss.

[18] *Ivi*, p. 48. La considerazione inerente al *minimo standard* costituzionalmente garantito in una società fortemente disomogenea "attesta come la vera linea d'indagine del metodo prescelto sia stata spinta ben oltre il dato meramente positivo, sino a dare conto della realtà costituzionale per come effettivamente riflessa dal testo scritto. Più ancora, evidenzia l'essenzialità di un'interpretazione sistematica decisamente proiettata sul piano della legittimità; con ciò, per

peraltro che anche in una società fortemente omogenea si renderebbe quanto mai necessaria l'esistenza di una costituzione a tutela delle minoranze *disomogenee*, in quanto queste ultime sarebbero tanto più in pericolo quanto maggiore sia il loro isolamento (che, a sua volta, sarebbe tanto maggiore quanto più elevato è il grado di omogeneità della società di riferimento).

Ancora: i doveri costituzionali si colorano, potremmo dire, di ulteriori contenuti personalistici, tra cui, segnatamente, il principio di eguaglianza sostanziale di cui all'art. 3, comma II, ed il disposto dell'art. 4 cpv. Cost.: la solidarietà si traduce, per via di essi, nella "*integrazione* della persona nella vita dello Stato e della comunità sociale", integrazione di cui il cittadino non è esclusivamente il destinatario ma anche il "centro operante"[19]. Se è vero che a rimuovere gli ostacoli *politici* al pieno sviluppo della persona umana provvede già la seconda parte della Costituzione (ragion per cui, forse, non si è inserito l'aggettivo "politico" accanto ad "economico e sociale" nel cpv dell'art. 3), per la rimozione di quelli *economici e sociali,* invece, serviranno anche ulteriori interventi della Repubblica[20]. A complemento dell'integrazione si aggiunge, ancora, l'accezione di solidarietà intesa come *tolleranza* e come perno attorno al quale ruota la "nozione costituzionale di convivenza"[21]. Si allontana, infine, dalla accezione personalistica la solidarietà legata all'*utilità sociale*, sfuggente concetto di cui all'art. 41 cpv Cost. che assume "portata unificatrice" dei "postulati economici e sociali" anche in relazione agli artt. 43, 44 e 45 Cost.[22]: qui, però, lo si vedrà, secondo l'Autore *si fuoriesce* dall'area della doverosità costituzionale in senso stretto.

---

inciso, dando conferma delle critiche al giuspositivismo mosse dalla successiva dottrina, a proposito dell'irruzione nel diritto della categoria della "legittimazione" quale necessaria conseguenza del passaggio dallo Stato di diritto classico allo Stato costituzionale" (V. TONDI DELLA MURA, *op. cit.,* p. 7).

[19] G. M. LOMBARDI, *op. cit.,* p. 50 ss.

[20] *Ivi,* pp. 53-54. Curiosamente, tuttavia, l'Autore conclude poi nel senso di ritenere i doveri di solidarietà politica più estesi rispetto a quelli di solidarietà economica e sociale: dalle premesse appena tracciate nel testo parrebbe potersi dedurre esattamente l'opposto.

[21] *Ivi,* pp. 54-56. Si è al riguardo efficacemente parlato della funzione della solidarietà *ex* art. 2 di "strutturare o arricchire la trama di doveri finalizzati a rafforzare condizioni di pacifica convivenza" (A. GUSMAI, *op. cit.,* p. 9).

[22] *Ivi,* p. 58.

Il carattere personalistico si spiega infine anche con il riferimento dei doveri inderogabili, insieme con i diritti inviolabili, all'*uomo* (come singolo e nelle formazioni sociali "ove si svolge la sua personalità", secondo la formulazione dell'art. 2 Cost.), da cui consegue che la titolarità dei doveri sorge in capo al soggetto *privato,* cittadino o straniero, persona fisica o ente giuridico[23]. Se, sul piano meramente letterale, *dell'uomo* sono soltanto i diritti inviolabili che la Repubblica riconosce e garantisce, sul piano logico-sistematico si riconnettono all'uomo, secondo l'impostazione lombardiana, anche i doveri inderogabili il cui adempimento la Repubblica richiede.

I doveri si distinguerebbero poi, oltre che, come si è visto, dagli obblighi, anche dai meri *limiti* delle attività costituzionali: questi ultimi, unitamente, dal lato attivo, alle competenze, "concorrono ad individuare, da un lato, gli strumenti organizzativi destinati, tra l'altro, a determinare la specifica attuazione dei doveri postulati dall'art. 2 Cost. e, d'altro canto, ad accompagnarne e indirizzarne la realizzazione circoscrivendo per un verso il contenuto – non tanto sul piano astratto, quanto su quello concreto – e tracciando limiti di forma e di procedura alle attività in cui le competenze in parola si estrinsecano"[24]. La distinzione, tuttavia, come si vedrà più avanti, non sembra poter reggere fino in fondo.

L'Autore lumeggia da ultimo la fisionomia della relazione fra doveri inderogabili e diritti inviolabili. Passaggio logico preliminare è una innovativa e rigorosa definizione (oltre che, come si è esposto, dei doveri inderogabili) del secondo termine della relazione, cioè dei diritti inviolabili: essi *non si identificano semplicemente nei diritti menzionati in Costituzione e perciò qualificabili come costituzionalmente garantiti.* Si tratta invece di una categoria più circoscritta e corrispondente, essenzialmente, all'insieme dei diritti *della personalità*. Riportiamo per esteso il fondamentale passo: "[d]iritti inviolabili sembrano […] essere *soltanto* quelli propri dell'individuo visto nella sua essenza di persona umana, incentrandosi quindi su quelli che, nelle consuete classificazioni dei diritti pubblici

[23] *Ivi,* p. 10.
[24] *Ivi,* p. 21.

subiettivi, vengono configurati come *diritti della personalità* [corsivo nostro]. Sembra quindi possibile rilevare […] una posizione costituzionalmente *privilegiata* proprio a quel nucleo primigenio di garanzie di libertà collaudato dalla ininterrotta serie delle dichiarazioni costituzionali: quelli che, soprattutto, la dottrina di lingua tedesca […] definisce […] come *echte Grundrechte* [e che] trovano nel testo costituzionale italiano una espressione di garanzia normativa, che vale ad isolarli dai restanti 'diritti fondamentali'"[25].

Così definiti i diritti inviolabili, si fa più nitido il quadro della relazione fra questi ed i doveri inderogabili: sulle posizioni giuridiche soggettive, "opposte per contenuto", di *diritto* e di *dovere*, l'Autore chiarisce che si riferiscono ambedue alla persona umana ma "le une per garantirne la sfera di privata autonomia, le altre per comprimerla e circoscriverla, in funzione dei superiori interessi della collettività"[26]. Si delinea così un aspetto fondamentale dell'impostazione lombardiana, discendente dalla (pur, si ritiene, imprecisa) premessa appena esposta: è da rigettarsi qualunque funzionalizzazione dei diritti inviolabili dell'uomo "nel quadro del comportamento complessivo del soggetto privato della vita costituzionale", in quanto sarebbero "[a]ffermazioni, queste, collegantisi con molta chiarezza ad un certo qual moralismo costituzionale, ma altrettanto chiaramente rivelatrici di una tendenza volta ad offuscare la portata giuridica autonoma delle dichiarazioni costituzionali di dovere"[27]. Ne deriva l'impossibilità giuridica di conferire nell'ordinamento la cittadinanza alle bislacche figure dei cc.dd. "diritti-doveri", ossia situazioni giuridiche soggettive funzionalizzate ad interessi altrui od oggettivi: "situazioni soggettive sicuramente qualificabili come diritti soggettivi

[25] G. M. LOMBARDI, *op. cit.*, p. 34. La centralità dei diritti inviolabili (così definiti) potrebbe comportare precise conseguenze anche sul terreno penalistico: i diritti inviolabili potranno costituire il grimaldello risolutivo del macro-problema relativo alla necessità di rinvenire nel sistema costituzionale un criterio di delimitazione della potestà punitiva statale. Il tema meriterebbe, tuttavia, una trattazione a sé, giusta la sua complessità.

[26] *Ivi*, p. 13.

[27] *Ivi*, p. 24. Ad essere funzionalizzati dunque non sono i diritti, ma esclusivamente i "doveri costituzionali in vista della ricerca di condizioni minimali di integrazione "solidale", senza degenerare in asfittiche logiche impositive" (GUSMAI A., *op. cit.*, p. 12.

dirittifondamentali.it

pubblici – e compresi, come tali, fra i diritti inviolabili di cui all'art. 2 – non sono in alcun caso suscettibili, per nostro diritto positivo, di funzionalizzazione"[28].

Quand'anche nei diritti di libertà costituzionalmente presidiati difetti, come si è appena detto, qualsiasi funzionalizzazione, essi, nondimeno, racchiudono in sé non solamente un profilo individualistico (cfr. artt. 3, comma 1; 15, comma 1; 21, comma 1 e 33 Cost.), ma anche una dimensione collettiva (cfr. 21, comma 2; art. 22; art. 49; art. 18; art. 52 u.c.; artt. 98, 67, comma 1 e 3; art. 97 Cost.), la quale si radica in una "progressiva integrazione delle opinioni [e libertà] individuali in una sintesi più articolata e complessa atta a favorire l'influenza nella vita politica dello Stato"[29].

Un importante corollario di tutto quel che si è detto si incentra sul modo in cui va inteso il dovere costituzionale di difesa della patria, previsto dall'art. 52, comma 1 Cost. L'Autore in proposito rigetta la c.d. teoria, di matrice teutonica, della "democrazia militante", secondo cui il dovere costituzionale di fedeltà (di cui all'art. 54, comma 1 Cost) si dissolverebbe in quello di difesa dello Stato, trasfigurandosi in una richiesta ai consociati, da parte dell'ordinamento, di una "adesione totale" ai valori costituzionali. Il dovere di difesa è invece meno esigente, e si riannoda agli artt. 11 e 78 Cost., insorgendo dunque con esclusivo riferimento alla sfera internazionale e ai rapporti fra il nostro e gli altri Stati, con la conseguenza che nessuna limitazione, *ex* artt. 78 (e 77) Cost., delle posizioni giuridiche costituzionalmente garantite può ritenersi costituzionalmente legittima se non è volta alla difesa dello Stato da *minacce esterne*[30]. Da qui (242-243) la "nettissima" differenza fra dovere di difesa e dovere di fedeltà, operando quest'ultimo in ogni ambito giuridico, e non solo nei rapporti internazionali dello Stato)[31].

[28] *Ivi*, p. 28.
[29] *Ivi*, p. 64.
[30] *Ivi*, p. 240.
[31] *Ivi*, pp. 242-243. L'Autore distingue poi il dovere di difesa anche da quello di prestazione militare (art. 52, comma II, Cost.), non gravando quest'ultimo, a differenza del primo, su tutti i cittadini, ma solamente su coloro che siano ritenuti idonei alla prestazione dell'obbligo militare, ed essendo "esplicato col mezzo delle armi", laddove invece del diritto di difesa la Carta costituzionale non specifica le modalità di adempimento.

dirittifondamentali.it

È giunto ora il momento, evidenziati i principali meriti, ad avviso di chi scrive, del testo in esame sul piano generale (senza, dunque, essersi inoltrati in tutti singoli doveri costituzionali trattati nell'opera, su una parte soltanto dei quali si farà ancora riferimento quando ciò si riveli utile all'economia del discorso), sottolineare taluni profili di criticità, che riposano, essenzialmente, nelle seguenti questioni teoriche: la relazione intercorrente fra i diritti inviolabili e i doveri inderogabili e, ancor più in generale, fra diritti e i doveri[32], meritevole di alcune ulteriori osservazioni; il rapporto fra doveri e meri limiti o fra doveri e "raccomandazioni"; la distinzione, non delineata nel testo, fra piano precettivo e piano sanzionatorio nell'ambito dei doveri costituzionali.

Dal punto di vista della relazione diritti-doveri, per quanto l'Autore abbia operato, come si è visto, diverse e rilevanti distinzioni fra diritti inviolabili e doveri inderogabili, un punto sembra da mettere più nettamente in rilievo: l'inderogabilità dei doveri si differenzia qualitativamente dall'inviolabilità dei diritti in quanto della prima il legislatore è autorizzato o talora anche vincolato a delimitarne l'estensione e la misura, circoscrivendone così la portata applicativa; la seconda invece ha, a giudizio dello scrivente, carattere assoluto, con il solo limite, normativo ma prima ancora logico, della pacifica coesistenza fra più diritti inviolabili in capo ai diversi soggetti dell'ordinamento. Così, se i doveri inderogabili possono, nel tramutarsi in obblighi per via legislativa, rinvenire propri limiti *interni* legislativamente tracciati (pur non fino a dissolverli, naturalmente, a pena di sopprimere gli interessi costituzionali cui i doveri si funzionalizzano), i diritti inviolabili, al contrario, non possono trovare alcun limite interno (se non quello, naturalmente, derivante dalla loro stessa fisionomia logico-letterale), ma arrestano il proprio cammino solamente incontrando altri diritti o interessi *esterni*. La Corte costituzionale ne ha dato esplicita, sia pur non ampiamente sviluppata né sistematica, conferma[33].

[32] Su tale grande questione, cfr. in generale F. MARONE (a cura di), *La doverosità dei diritti: analisi di un ossimoro costituzionale?.*, cit.

[33] Cfr. Corte cost., sent. n. 9 del 1965, punto 1 *Considerato in diritto*: "non si nega che una libertà garantita dalla Costituzione possa trovare dei limiti al suo esercizio, ma codesti limiti devono

Lo stesso rapporto, in generale, fra diritti e doveri abbisogna forse di qualche ulteriore precisazione. Nel testo in analisi, ad esempio, non si dà conto di come sia possibile che i compiti genitoriali di cui all'art. 30 Cost. siano qualificati *al contempo* come diritti e doveri, analogamente al diritto/dovere al lavoro e, anche se non è espressamente stabilito in costituzione che si tratta di un diritto, al voto. Ancora: a determinate condizioni, quando cioè entri in gioco l'interesse della collettività inteso come tutela della salute *altrui*[34], anche il diritto alla salute si colora di doverosità (*ex* art. 32, comma 2 Cost.). Ciò sembra confliggere con la necessità, ben rimarcata dall'Autore, di non funzionalizzare mai i diritti e le libertà costituzionali a fini eteronomi e segnatamente a fini ordinamentali: questo assunto sembrerebbe appunto, in assenza di ulteriori notazioni, contraddetto dalla stessa Carta costituzionale, nella misura che si è detta. Ebbene, si ritiene che le cose non stiano così. Lo si può evincere, ci si augura, dal seguente ragionamento: una singola posizione giuridica soggettiva può, sì, talora dispiegarsi sia sotto forma di diritto che nelle fogge di dovere; tuttavia, mai si potrà avere al contempo un diritto ed un dovere sotto il medesimo profilo, nella medesima situazione e con riferimento alla medesima condotta, a pena di *contradictio in adiecto*: il diritto può infatti *esercitarsi* ma anche *non esercitarsi*. In assenza della possibilità di esercitarlo, si avrà un *limite* al medesimo, ovverosia una sua *violazione* (se siano questi costituzionalmente legittimi o meno è altra questione; cfr. quanto si dirà a breve circa la differenza fra limiti e violazioni); in assenza della possibilità di *non* esercitare la condotta che ne forma oggetto, si avrà un *dovere*.

Un esempio è offerto dallo stesso Autore, quando afferma come il *dovere* di istruzione costituisca il perno attorno a cui ruotano anche l'insegnamento e la scuola (sebbene fra i tre elementi intercorra un nesso di reciproca strumentalità)[35]. Vero è che l'insegnamento (art. 33 Cost.) è *libero*, ma il suo alveo operativo è

nascere da diritti e beni 'concorrentemente' tutelati dalla Costituzione o da questa posti contestualmente alla concessione del diritto di libertà, il quale nasce, così, subordinato al rispetto di determinate condizioni".

[34] Cfr. al riguardo Corte cost., sent. 307 del 1990.

[35] G. M. LOMBARDI, *op. cit.*, p. 427: "è l'*istruzione* il concetto normativo fondamentale in materia. E ad esso il Testo costituzionale subordina, in funzione di strumentalità, sia pure su piani e con gradazioni diverse, gli altri due: insegnamento e scuola".

appunto circoscritto dal *dovere di istruire* il minore. È solo al di fuori dei confini di doverosità dell'istruzione che può dispiegarsi la libertà (quindi il diritto) di insegnamento. Lo stesso schema opera con riguardo ai diritti/doveri genitoriali *ex* art. 30, al diritto/dovere legato al lavoro (dovere di cercare un lavoro, diritto di ottenerlo ove possibile; diritto di scegliere, in quanto possibile, il proprio lavoro, dovere di svolgerlo una volta conseguito), alla salute (diritto di essere in salute nella generalità dei casi, dovere di curarsi quando possa derivare dall'omesso assolvimento al medesimo un pregiudizio alla salute altrui) al voto (dovere di votare, diritto di scegliere un determinato partito o una determinata coalizione, così come di non sceglierne alcuno/alcuna[36]).

Dalla considerazione appena svolta in ordine all'insussistenza di limiti *interni* ai diritti ed alla necessità che i diritti trovino gli unici limiti *all'esterno,* discende l'imprescindibilità di mettere meglio a fuoco il rapporto fra doveri costituzionali e meri limiti. L'Autore li distingue rigidamente, come si è visto sopra. Per esemplificare, gli artt. 41, commi 2 e 4, e 42, commi 2 e 4 Cost. (ma anche 43, 44, 45, 46 e 47, sui quali non è il caso di soffermarsi), pongono, ad avviso dell'Autore, esclusivamente dei *limiti* (talora addirittura mere *raccomandazioni* derivanti da principi e direttive) ai diritti ivi riconosciuti (rispettivamente, libera iniziativa economica e proprietà): mancherebbe, perché siano configurati autentici doveri, il riferimento soggettivo tipico del dovere; le norme avrebbero inoltre confini troppo labili per dar luogo a doveri, e sarebbero piuttosto denotative di mere situazioni di soggezione[37].

Si ritiene che le cose non stiano esattamente così. In particolare, occorre prendere le mosse da un'assunzione: se è vero che tutti i doveri costituzionali sono, come si è visto, *nominativamente indicati* dalla Costituzione, è altrettanto vero che sussiste nel sistema costituzionale un *primo, grande dovere*, che presuppone tutti gli altri: non violare i diritti inviolabili. Solo mediante questo assunto si può comprendere come i diritti inviolabili siano limitati dagli altri diritti inviolabili. La Costituzione detta,

[36] *Ivi,* p. 345.
[37] *Ivi,* p. 449 ss.

naturalmente, solo i criteri di massima ed i valori di fondo cui deve ispirarsi il legislatore ordinario nel bilanciare i diversi diritti inviolabili in gioco (se ne farà subito un esempio con riguardo all'art. 41), e spetta, nei limiti del rispetto della Costituzione, alla sfera di discrezionalità politica esercitare l'*actio finium regundorum* dei medesimi.

Se però si unisce quest'ultimo rilievo con la sopra riportata impossibilità di coesistenza nella medesima situazione giuridica e sotto il medesimo profilo di un diritto e di un dovere, ne deriva che a ben vedere il diritto finisce proprio quando subentra il dovere (nel concreto, come si è detto spetterà poi al legislatore determinarlo) di rispettare i diritti inviolabili (o quando subentra un altro dovere costituzionale non immediatamente legato ai diritti inviolabili ma a questi strumentale), i quali fungono perciò da *limiti*, in questo senso, al diritto in questione. Ecco dunque perché in realtà doveri e limiti non sono (o almeno non sono sempre) posizioni giuridiche ontologicamente distinte ma piuttosto due differenti aspetti della medesima dinamica, due differenti angolature da cui guardare al rapporto fra diritti inviolabili e doveri inderogabili: si discorre consuetamente di un dovere se si guarda solo alla condotta cui è tenuto il soggetto in capo al quale esso incombe, e di limite se invece si guarda anche al diritto che egli avrebbe in assenza del limite che lo comprime.

Un esempio chiarirà subito quanto si è detto: l'art. 41, comma 2 Cost. prevede che l'iniziativa economica "non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla salute, all'ambiente, alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana". La norma in questione segna, a giudizio di chi scrive, un autentico *dovere costituzionale in senso stretto*, ribadendo qui esplicitamente il *primo dovere costituzionale implicito*, cioè la necessità di rispettare i diritti inviolabili[38] (e addirittura, anche l'utilità sociale e l'ambiente, che ai diritti inviolabili sono o devono intendersi come direttamente strumentali): essa ha un valore rafforzativo di un dovere già immanente nel sistema in quanto l'iniziativa economica costituisce

[38] Tale dovere si differenzia da quello, contiguo ma distinto, di rispettare i *valori* della Repubblica, di cui all'art. 54, comma I, Cost., per come interpretato da Lombardi (*op. cit.*, p. 129 ss.).

una tipica modalità di violazione di detti doveri. Questi ultimi possono esse peraltro riguardati anche come appunto *limiti* all'estensione del diritto soggettivo legato alla libera iniziativa economica. La Costituzione non segna certo direttamente e precisamente la *misura* di tale limite, ma dall'art. 41 cpv si può enucleare il *criterio* al quale il legislatore ordinario dovrà improntare la propria attività ed i propri bilanciamenti, e cioè il criterio della *prevalenza*, in linea di principio, di utilità sociale, salute, ambiente, sicurezza, libertà e dignità umana sulla libera iniziativa economica[39].

Non vale obiettare che la vaghezza dell'art. 41 osterebbe alla configurazione di un dovere in senso stretto[40]. Siffatta obiezione finirebbe infatti per provare troppo: come non riproporla anche, ad es., con riguardo all'art. 52 Cost., che sancisce un generale (e generico) dovere di difesa della patria, senza specificarne le modalità? Si potrebbe anzi rimarcare che l'intera Carta costituzionale non contiene, nella maggior parte dei casi, disposizioni così puntuali da poter essere applicate indipendentemente dall'approvazione di fonti primarie che ne riempiano i (plurimi) coni d'ombra.

Come, infine, si sono ricondotti doveri e limiti ad una medesima medaglia, così bisogna, al contrario, *separare* concettualmente in modo netto i *limiti* ai diritti dalle relative *violazioni*. Il limite indica una *assenza* del diritto (l'impossibilità, cioè, che questo si estenda al di là del confine segnato) al di là di tale limite. La violazione, invece, *presuppone proprio la presenza e persistenza del diritto*, che viene tuttavia, *appunto*, *violato*, risultandone *leso il libero esercizio*: se il diritto non vi fosse, non avrebbe infatti alcun senso parlare di una sua violazione. Un esempio chiarirà subito quanto si è detto: sul piano precettivo, una norma penale determinerà una condotta *vietata*: tale divieto, ove sia costituzionalmente legittimo[41], vale a stabilire

[39] È chiaro che tale prevalenza non si può sicuramente, a pena di vanificare il primo comma dell'art. 41 (che sancisce appunto la *libertà* della iniziativa economica), risolvere in una compressione totale o irragionevole dell'iniziativa economica. Non si può però d'altro canto neppure negarla.

[40] G. M. LOMBARDI, *op. cit.*, p. 449, che, come si è anche ricordato nel testo, fa riferimento alla mancanza di un riferimento soggettivo tipico del dovere e alla labilità dei contorni della norma.

[41] Ché altrimenti il limite si trasforma, sul piano costituzionale, in una violazione del diritto costituzionalmente illegittima.

che *non vi è alcun diritto di libertà di porre in essere quella condotta,* in quanto appunto il diritto di libertà personale *ex art. 13 Cost. termina, cioè non sussiste, proprio dove comincia il perimetro applicativo della norma penale*. La norma, nel dettare il divieto, enuncia dunque un *limite.* Ove, invece tale limite sia illegittimamente oltrepassato, ne seguirà una *sanzione,* tipicamente *detentiva* e quindi *restrittiva della libertà personale*: in questo secondo caso, il diritto alla libertà personale *permane* ma è *violato,* cioè ne è *leso il libero esercizio,* e la violazione sarà legittima solo nella misura in cui la sanzione (o a monte il precetto) non risulti in contrasto con la Costituzione.
Con un'immagine, si può concludere che il limite comprime il diritto *a monte,* cioè impedisce che sorga o, in caso di limite sopravvenuto, semplicemente cancella il diritto e quindi ne erode *ex tunc*, nella misura del limite, non solo il libero esercizio ma la stessa titolarità[42]; la violazione, invece, lo comprime *a valle*, cioè ne lede il libero esercizio una volta che sia sorto, senza però pregiudicare in alcun modo la titolarità del diritto: il detenuto rimane infatti titolare della diritto alla libertà personale, che è solo (momentaneamente, nella fisiologia dell'ordinamento[43]) compresso nel suo libero esercizio, in attesa (sempre, beninteso, nella fisiologia del sistema) della relativa riespansione.
Si intende concludere l'analisi con un'ultima notazione critica dell'opera: un *fil rouge* che sembra interamente permearla si radica nella costante sovrapposizione, dal punto di vista dei doveri costituzionali, fra piano *precettivo* e piano *sanzionatorio*: ogniqualvolta, infatti, ad avviso dell'Autore, la Costituzione ponga in essere un

[42] In caso di modificazioni legislative del perimetro del diritto, è chiaro che un limite introdotto successivamente *fa vanir meno un diritto precedentemente sorto*: più che comprimerlo, però, semplicemente lo "toglie dal campo"
[43] Ecco una importante ragione in più per negare cittadinanza nel nostro ordinamento al c.d. ergastolo ostativo: arrogarsi il potere di tenere imprigionato un individuo per la sua intera esistenza è incompatibile con uno Stato di diritto, in quanto equivarrebbe a recare al medesimo un pregiudizio totale alla libertà personale tutelata dall'art. 13 Cost: finirebbe in sostanza per sottrargli persino la titolarità su tale diritto, operazione giuridicamente non consentita, potendo l'ordinamento esclusivamente comprimerne l'esercizio. Una compressione, tuttavia, *definitiva* dell'esercizio non può non assimilarsi ad una sottrazione anche della titolarità sul diritto in parola. Sul tema degli ergastoli cfr., in particolare, T. PADOVANI, *Ergastolo in luogo della pena di morte: un'eredità giacente,* in C. E. PALIERO-F.VIGANÒ-F. BASILE-G. L. GATTA (a cura di), *La pena, ancora: fra attualità e tradizione. Studi in onore di Emilio Dolcini,* tomo II, Giuffrè, Milano, 2018, p. 29 ss.; S. ANASTASIA-F. CORLEONE- A. PUGIOTTO (a cura di), *Contro gli ergastoli,* Futura, Roma, 2021.

dovere inderogabile, sembra potersi ricavare in automatico[44] la legittimità costituzionale di una sanzione penale per la violazione di tale dovere. L'Autore infatti conferisce il crisma di costituzionalità a numerose norme incriminatrici per il sol fatto che queste vadano a presidiare un dovere inderogabile: attraverso il dovere di fedeltà alla Repubblica, ad esempio, egli giustifica costituzionalmente il reato di vilipendio alla bandiera, anche oggi punito ex art. 292 c.p.: secondo l'Autore, verrebbe meno persino "quel minimo di accettazione dei postulati di legittimità dello Stato, espressi dalla forza integratrice dei simboli"[45]; ancora: l'Autore legittima costituzionalmente *tutti i reati volti a presidiare il dovere di difesa*[46], o, addirittura, profila anche una possibile incriminazione del mancato esercizio del dovere di voto[47]; lumeggia, infine, finanche un possibile *obbligo costituzionale di incriminazione*[48] rispetto all'inadempimento del dovere di istruzione[49], oggi presidiato dalla blanda sanzione penale contenuta nell'art. 731 c.p.

---

[44] Esemplarmente, G. M. LOMBARDI, *op. cit.*, p. 164, ove l'Autore afferma: "occorre distinguere, nelle varie ipotesi penalistiche che vengono in considerazione, se esse si basano sulla fedeltà, di cui attraverso lo strumento dell'obbligo penalmente sanzionato, tendono ad atteggiarsi come specificazione, oppure se loro supporto concettuale siano altri valori", concludendo che "nel primo caso il problema della legittimità costituzionale sembra da risolversi positivamente".

[45] *Ibidem*.

[46] *Ivi,* p. 250, con riferimento agli artt. 295, 296, 297, 299, 244 e 288 c.p. L'Autore legittima anche i reati che puniscono le relazioni illecite intrattenute con lo straniero, le condotte di spionaggio, di utilizzazione di segreti di stato etc., individuando nella *ratio* di tutela il connubio fra il dovere di difesa e quello di fedeltà.

[47] *Ivi,* p. 312, ove l'Autore precisa che i costituenti intesero "aprire al legislatore la possibilità di configurare l'esercizio del voto come 'obbligo' giuridico, e perciò munito di sanzione, libero rimanendo di disporre variamente la natura di quest'ultima, a seconda della sua operatività, sul piano penale o amministrativo"; *ivi,* pp. 340-341, secondo cui il legislatore "*può* configurare, stabilendo le opportune sanzioni, il voto come obbligatorio, in quanto, essendo esso previsto in sede costituzionale come dovere, tale vincolo non può legittimamente essere vanificato in sede di legislazione ordinaria: libera la legge elettorale di presidiare con sanzioni di varia natura l'obbligo di voto, scegliendo *tra quelle penali* [corsivo nostro] o, altrimenti, tra le varie gradazioni che possono assumere quelle amministrative, o, ancora, quelle costituzionali [cioè?], ma illegittima sarebbe in ogni caso da ritenere la legge per la quale fosse indifferente, sotto il profilo giuridico, il mancato esercizio del voto".

[48] Sull'ampio tema degli obblighi costituzionali di incriminazione, cfr. C. PAONESSA, *Vincoli costituzionali e tutela penale: l'occasione per fare il punto, a partire da alcune recenti vicende giurisprudenziali,* in *discrimen.it,* 2021; ID., *Gli obblighi di tutela penale. La discrezionalità legislativa nella cornice dei vincoli costituzionali e comunitari,* Edizioni ETS, Pisa, 2009; D. PULITANÒ, *Obblighi costituzionali di tutela penale?,* in *Riv. it. dir. proc. pen.,* 1983, p. 484 ss.; G. MARINUCCI-E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, vol. I, 3ª ediz., Milano, Giuffrè, 2001, p. 501 ss.

[49] G. M. LOMBARDI, *op. cit.,* p. 438.

Va senz'altro valorizzato il merito dell'Autore di avere, in buona parte, anche *circoscritto* il potere legislativo di incriminazione, escludendo dal novero dei reati costituzionalmente legittimi quelli non riconducibili ad alcun dovere costituzionale inderogabile o alla tutela di un valore o interesse costituzionale (l'Autore sembra qui preconizzare la notissima teoria bricoliana sull'aggancio del bene giuridico a interessi o valori di ordine costituzionale)[50]; tuttavia, va rimarcato che se la non riconducibilità dei reati ai doveri e ai valori costituzionali conferisce alle disposizioni che li prevedano una indubbia patente di *illegittimità*, non vale la proposizione inversa, secondo cui la semplice conformità di una incriminazione all'esigenza di tutela di un valore costituzionale conferirebbe *ex se* una patente di *legittimità* costituzionale. Ché altrimenti, se non altro, si valorizzerebbe, dal punto di vista del fondamentale principio costituzionale di ragionevolezza, esclusivamente l'elemento teleologico, e non anche quello, imprescindibile, della necessità e proporzionalità dei mezzi adoperati per perseguirlo. Privare della libertà personale[51] chi vilipenda una bandiera è forse una risposta sanzionatoria ragionevole per il semplice fatto che il fine perseguito è il valore di fedeltà alla Repubblica? In ogni caso, prima di affermare la legittimità costituzionale di una norma incriminatrice, occorrerà fare i conti con tutti i principi costituzionali in materia penale, anche ricavati implicitamente dalla Carta fondamentale (come ad

[50] *Ivi*, p. 168 ss., ove l'Autore ha ritenuto costituzionalmente illegittime le disposizioni incriminatrici incompatibili con i valori costituzionali, come ad es. i delitti contro l'ordine pubblico, in quanto la Costituzione farebbe riferimento soltanto alla incolumità e sicurezza pubblica, "concetti più circoscritti e meno arbitrariamente dilatabili". I doveri costituzionali renderebbero quindi superfluo il concetto *costituzionale* di ordine pubblico, mentre la sua variante amministrativistica si ridurrebbe alla nozione di convivenza e "coesistenza fra le varie sfere di libertà", ragion per *cui* "viene nettamente respinta quella concezione volta a ravvisare [nell'ordine pubblico] un limite immanente a tutto l'ordinamento delle garanzie individuali", con conseguente illegittimità costituzionale di tutte quelle fattispecie non riconducibili ai doveri costituzionali (in particolare, di osservanza, fedeltà e difesa) o alla nozione di convivenza. Attraverso tale circoscrizione l'Autore sembra, come si è sostenuto nel testo, anticipare la notissima teoria generale del reato elaborata da F. BRICOLA, *Teoria generale del reato,* Tipografia Sociale Torinese, Torino, 1974, p. 14 ss.

[51] Vero è che l'arsenale sanzionatorio penale non comprende solo pene detentive, ma non può trascurarsi che tale tipo di pena costituisce ancor oggi lo strumento privilegiato in materia penale.

es. il principio di offensività, di materialità, di diritto penale come *extrema ratio* etc.)[52].

L'Autore ha, nella sua celebre opera, ricostruito (e ne si sono evidenziati gli elementi salienti e, ad avviso dello scrivente, talune criticità) il volto costituzionale del dovere. Rimane da ricostruire, anche, auspicabilmente, sulla base delle riflessioni qui tracciate, il volto costituzionale del dovere e della sanzione per il relativo inadempimento in campo *penale*.

dirittifondamentali.it

[52] Cfr. T. Padovani-L. Stortoni, Diritto penale e fattispecie criminose. Introduzione alla parte speciale del diritto penale, Il Mulino, Bologna, 2002, p. 66: "il modulo organizzativo adottato dal codice Rocco nella strutturazione della parte speciale riflette una realtà politica e istituzionale non conciliabile con l'ordinamento costituzionale repubblicano. Vero è che l'assetto normativo originario ha subito nel corso degli oltre sessant'anni di vigenza e, a partire dal 1944, rimaneggiamenti e modifiche talvolta profondi. […] Ma tali rimaneggiamenti e tali modifiche, nonché modificare la trama originaria, ne hanno vieppiù denunciato l'obsolescenza, riducendola ad un ammasso di orrendi cascami sfilacciati e consunti. La bussola del codice Rocco è letteralmente impazzita, e sulle sue mappe corrose dal tempo non è più possibile decifrare alcuna rotta. […] Si è, per così dire, versato il vino nuovo in botti vecchie, anzi vetuste".

dirittifondamentali.it

Dirittifondamentali.it - Fascicolo 3/2022
Data di pubblicazione – 17 ottobre 2022

La libertà di circolazione e soggiorno come "pietra angolare" della cittadinanza europea: il problema dei cittadini economicamente inattivi

di
Leonardo Mellace*

SOMMARIO: 1. Una breve premessa. – 2. Dal "cittadino del mercato" alla cittadinanza europea come status fondamentale dei cittadini degli Stati membri: il ruolo decisivo della Corte di Giustizia dell'Unione Europea. – 3. Libertà di circolazione e soggiorno: lo *strano* caso dei cittadini "economicamente inattivi". – 4. Conclusioni.

1. Una breve premessa

Non v'è dubbio che la nozione polisemantica di cittadinanza sia oggetto, oggi più che mai, di una forsennata evoluzione, tanto teorica quanto giurisprudenziale, che impegna il dibattito in un'affannosa ricerca di caratteristiche identificative sufficientemente stabili in grado di dare risposta alle sfide della post-modernità e della transnazionalità[1].

I tradizionali modelli teorici di attribuzione della cittadinanza, tanto il modello basato sullo *ius sanguinis*, ovverosia sull'appartenenza etnica ad una comunità

* Assegnista di ricerca presso il Dipartimento di Giurisprudenza, Economia e Sociologia dell'Università degli Studi *Magna Graecia* di Catanzaro. Indirizzo e-mail: lmellace@unicz.it.

[1] Per una panoramica sul concetto di "cittadinanza" e sulla sua evoluzione nel tempo, fra i tantissimi, si vedano almeno P. COSTA, *Cittadinanza*, Laterza, Roma-Bari, 2005; P. COSTA, *Civitas. Storia della cittadinanza in Europa.* Volumi 1-4, Laterza, Roma-Bari, 1999-2002; M. LA TORRE, *Cittadinanza e ordine politico. Diritti, crisi della sovranità e sfera pubblica: una prospettiva europea*, Giappichelli, Torino, 2004; F. BELVISI, *Cittadinanza*, in A. BARBERA (a cura di), *Le basi filosofiche del costituzionalismo*, Laterza, Roma-Bari, 1997, pp. 117-144.

Contributo sottoposto a referaggio

dirittifondamentali.it

storica o di destino, quanto il modello basato sullo *ius soli*, l'essere cioè nati entro i confini di un determinato Stato, non sembrerebbero più in grado di dare efficienti risposte ad una società in continuo cambiamento. Si potrebbe allora pensare ad un modello diverso, maggiormente aderente ai mutamenti della quotidianità, che potrebbe basarsi sulla "residenza effettiva", o "dimora abituale", come tale sganciato da elementi di rigorosa pre-definizione culturale o temporale[2]. Questa diversa modalità di concepire la cittadinanza, espunta da caratteristiche idealtipiche prepolitiche o meramente ascrittive, tipiche dei modelli classici, potrebbe infatti condurre verso una ridefinizione normativa dello status di cittadino, aderendo ad un diverso approccio, quello appunto basato sulla *residenza*, che assume un diverso criterio per l'attribuzione della cittadinanza che si sostanzia semplicemente nel risiedere sul territorio di un determinato Stato. Il criterio della residenza potrebbe invero funzionare, anche, come un formidabile paradigma catalizzatore per l'integrazione sociale e, pure, per la formazione di vincoli solidaristici, rappresentando un modello certamente più inclusivo rispetto ai modelli tradizionali.

Non è però di modelli di acquisizione della cittadinanza che qui si intende discutere. La presente analisi intende piuttosto concentrare la sua attenzione sullo stato di salute della cittadinanza europea, che, com'è noto, è una cittadinanza *derivata*[3], che si aggiunge a quella nazionale, senza sostituirla[4], e, più in particolare,

---

[2] Sintesi che corrisponde a quanto preconizzato da Bruno Nascimbene (B. NASCIMBENE, *Towards a European Law on Citizenship and Nationality?*, in S. O' LEARY, T. TILIKAINEN, *Citizenship and Nationality Status in the New Europe*, Londra, 1998, pp. 63-79) secondo cui: «la cittadinanza perderà gradualmente la sua posizione a favore della residenza, la quale diverrà il criterio più appropriato per stabilire il rapporto e il legame tra l'individuo e la comunità civile o sociale». Si veda anche P. CARROZZA, *Noi e gli altri. Per una cittadinanza fondata sulla residenza e sull'adesione ai doveri costituzionali*, in E. ROSSI, F. BIONDI DAL MONTE, M. VRENNA (a cura di), *La governance dell'immigrazione. Diritti, politiche e competenze*, il Mulino, Bologna, 2013.

[3] Cfr. C.A. STEPHANOU, *Identité et citoyenneté européenne*, in *Revue du Marché commun et de l'Union européen*, 343, 1991, p. 35.

[4] A norma degli articoli 9 TUE e 20 TFUE: «È cittadino dell'Unione chiunque abbia la cittadinanza di uno Stato membro. La cittadinanza dell'Unione si aggiunge alla cittadinanza nazionale e non la sostituisce». Si è molto discusso sul significato da attribuire all'attuale *addizionalità* della cittadinanza europea rispetto alla *complementarità* di cui alla precedente formulazione. Sul punto, si vedano A. SCHRAUWEN, *European Union Citizenship in the Treaty of Lisbon: Any Change at All?*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 15(1), 2008; A.

sulla libertà di circolazione e soggiorno delle persone, considerata alla luce della sua lunga evoluzione giurisprudenziale e normativa. Per far ciò passerò in rassegna alcune pronunce della Corte di Giustizia dell'UE, quelle, a mio avviso, più emblematiche, con lo scopo di riflettere su tale libertà, che, com'è noto, costituisce la pietra angolare della cittadinanza dell'Unione Europea[5]. Mostrerò come essa, inizialmente prerogativa del *lavoratore*, sia ora diventata prerogativa di *tutti* i cittadini europei, ma anche come, nonostante la sua importanza, permangano ancora notevoli ostacoli in termini di attuazione pratica. Le diverse prospettive d'analisi che il tema apre avrebbero in verità richiesto un approfondimento maggiore, allargando il discorso ben oltre le considerazioni qui fatte, ma lo spazio di un articolo, com'è ovvio, non è sufficiente ad approfondire una questione, come è quella oggetto di questo lavoro, tanto vasta da risultare difficilmente comprimibile persino in uno studio monografico. Tenterò, pertanto, di concentrare la mia analisi solo su alcune questioni, pur consapevole di tralasciarne molte altre, non per questo però meno importanti.

Nello specifico, focalizzerò la mia attenzione preliminarmente sul passaggio che si è avuto da quella che è stata definita "protocittadinanza" europea – pensata per soddisfare le esigenze dei lavoratori comunitari –, che riconosceva la libertà di circolazione e soggiorno solamente a coloro i quali esercitavano una determinata attività economica, alla cittadinanza europea vera e propria – riconosciuta dal Trattato di Maastricht e diventata lo *status fondamentale* dei cittadini degli Stati membri –, che ha invece riconosciuto la predetta libertà a tutti i cittadini europei nella loro totalità considerati. Tenterò di evidenziare, poi, come una serie di pronunce della Corte di Lussemburgo, che potremmo definire "di rottura", siano andate in questa direzione: da una parte slegando la nozione di "lavoratore" da

---

DUFF, *The Struggle for Europe's Constitution*, Federal Trust for Education & Research, London, 2005; H. DE WAELE, *EU Citizenship: Revisiting its Meaning, Place and Potential*, in *European Journal of Migration and Law*, 12(3), 2010, pp. 319-336; J. SHAW, *Citizenship: Contrasting Dynamics at the Interface of Integration and Constitutionalism*, in P. CRAIG, G. DE BÚRCA (eds.), *The Evolution of EU Law*, II ed., Oxford University Press, Oxford, 2011.

[5] La base giuridica della libertà di circolazione e soggiorno si rinviene nell'articolo 3(2) del Trattato sull'Unione Europea (TUE); nell'articolo 21 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea (TFUE); e nell'articolo 45 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

quella di "occupazione", dall'altra – complice anche il ruolo giocato dal principio di non discriminazione in base alla nazionalità – affermando vincoli di solidarietà oltre confine, che hanno permesso l'attribuzione di determinati vantaggi sociali anche ai cittadini "economicamente inattivi".

Da ultimo, cercherò di mostrare come la giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'UE, dopo aver riempito di contenuto lo status di cittadino europeo, più di recente, abbia adottato un approccio più rigido, mutando il suo orientamento con riguardo alla parità di trattamento e al principio di non discriminazione nei confronti dei cittadini economicamente inattivi, ai quali, per soggiornare sul territorio di uno Stato membro dell'UE diverso da quello di cui hanno la cittadinanza, si chiede di essere "autosufficienti" in modo da non costituire un *onere eccessivo* per l'assistenza sociale dello Stato ospitante. In tal senso, metterò anche in luce come a tutto ciò abbia fatto il verso la legislazione europea in materia, che sembra dare preferenza alla salvaguardia dei sistemi di *welfare* nazionali rispetto alla libertà di circolazione e soggiorno dei cittadini economicamente inattivi. Chiuderò, infine, il contributo con una riflessione critica che permetta di tirare le fila del discorso ed evidenziare gli elementi che potrebbero essere rimasti sottotraccia nel corso dell'analisi.

2. Dal "cittadino del mercato" alla cittadinanza europea come status fondamentale dei cittadini degli Stati membri: il ruolo decisivo della Corte di Giustizia dell'Unione Europea

Indissolubilmente legata alla libertà di circolazione delle persone, la cittadinanza europea fu inizialmente pensata per soddisfare le esigenze dei lavoratori comunitari, ossia dei soggetti "economicamente attivi", di coloro i quali erano cioè in grado di partecipare "attivamente" al mercato comune attraverso l'esercizio di un'attività economica[6]. Rivolgendosi ai lavoratori, la libera circolazione ha fatto

[6] Cfr. G. CONTALDI, *Diritto europeo dell'economia*, Giappichelli, Torino, 2019, pp. 71 ss.; E.D.H. OLSEN, *The Origins of European Citizenship in the first two decades of European Integration*, in *Journal*

dirittifondamentali.it

nascere una figura nuova, quella del "cittadino del mercato" o, meglio, dello "straniero privilegiato", dando così vita ad una "protocittadinanza" europea[7]. Solo gradatamente nel tempo, e grazie alla giurisprudenza *costituente* della Corte di Giustizia dell'Unione Europea[8], si è ampliata la platea dei beneficiari del diritto alla libera circolazione fino ad arrivare alla formalizzazione della cittadinanza europea, istituita con il Trattato di Maastricht del 7 febbraio 1992[9], che ha riconosciuto il diritto «di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri» a *tutti* i cittadini dell'Unione Europea e non più solo ai soggetti economicamente attivi[10]. *Martínez Sala* e *Baumbast* vanno in questa direzione, rompendo il legame tra

---

of European Public Policy, vol. 15, n. 1, 2008, pp. 40-57; C. MARGIOTTA, *Cittadinanza europea. Istruzioni per l'uso*, Laterza, Roma-Bari, 2014.

[7] Cfr. A.J. MENÉNDEZ, E.D.H. OLSEN, *Challenging European Citizenship. Ideas and Realities in Contrast*, Palgrave Macmillan, Londra, 2020; M. CARTABIA, *Cittadinanza europea*, in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, IV, Roma, 1995, pp. 3 ss.

[8] Cfr. S. GIUBBONI, *La solidarietà come "scudo". Il tramonto della cittadinanza sociale transnazionale nella crisi europea*, in *Quaderni Costituzionali*, fascicolo 3, 2018, spec. p. 591, 594.

[9] Cfr. B. NASCIMBENE, F. ROSSI DAL POZZO, *Diritti di cittadinanza e libertà di circolazione nell'Unione Europea*, Cedam, Padova, 2012, pp. 1 ss.; C. MORVIDUCCI, *I diritti dei cittadini europei*, Giappichelli, Torino, p. 117; R. ADAM, *Prime riflessioni sulla cittadinanza dell'Unione*, in *Rivista di diritto internazionale*, 1992, pp. 622 ss.; U. VILLANI, *La cittadinanza dell'Unione europea*, in *Studi in ricordo di Antonio Filippo Panzera*, vol. II, Cacucci, Bari, 1995, pp. 1001 ss.; F. MENEGAZZI MUNARI, *Cittadinanza europea: una promessa da mantenere*, Giappichelli, Torino, 1996, pp. 165 ss.; J.H.H. WEILER, *Les droits des citoyens européens*, in *Revue du Marché Unique Européen*, 1996, pp. 35 ss.; A. MATTERA, *"Civis europaeus sum". La libertà di circolazione e di soggiorno dei cittadini europei e la diretta applicabilità dell'art. 18 (ex art. 8A) del Trattato CE*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 1999, pp. 431 ss.; E. TRIGGIANI, *La cittadinanza europea per la "utopia" sovranazionale*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2006, pp. 441 ss. L.S. ROSSI, *I cittadini*, in A. TIZZANO (a cura di), *Il diritto privato dell'Unione europea*, Giappichelli, Torino, 2006; W. MAAS, *The Genesis of European Rights*, in *Journal of Common Market Studies*, 5/2005, pp. 1009-1025; W. MAAS, *The Origins, Evolution, and Political Objectives of EU Citizenship*, in *German Law Journal*, 2014, pp. 797-819; V. LIPPOLIS, *La cittadinanza europea*, il Mulino, Bologna, 1994; M. CARTABIA, *Cittadinanza europea*, cit.; S. BARTOLE, *La cittadinanza e l'identità europea*, in *Quaderni costituzionali*, 1, 2000, pp. 39 ss.; C. CLOSA, *The Concept of Citizenship in the Treaty on European Union*, in *Common Market Law Review*, 29(6), 1992; C. CLOSA, *Citizenship of the Union and Nationality of Member States*, in *Common Market Law Review*, 23, 1995; A. CELOTTO, *La cittadinanza europea*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, 2005, pp. 379 ss. Sulla migrazione italiana in Belgio, si vedano M. COLUCCI, *Lavoro in movimento. L'emigrazione italiana in Europa 1945-1957*, Donzelli, Roma, 2008; A.S. MILWARD, *The European Rescue of the Nation-State*, Routledge, London, 1992, pp. 47-118; P. COSTA, *Cittadinanza*, cit., pp. 142 ss.

[10] Sulla libertà di circolazione, si veda M. CONDINANZI, A. LANG, B. NASCIMBENE, *Cittadinanza dell'Unione e libera circolazione delle persone*, Giuffrè, Milano, 2006. Cfr. U. VILLANI, *Cittadinanza dell'Unione Europea, Libertà di circolazione e di soggiorno e diritti fondamentali*, in AA. VV., *L'integrazione europea sessant'anni dopo i Trattati di Roma*, Giuffrè, Milano, 2017, p. 51. Interessante anche L. MOCCIA, *Il sistema della cittadinanza europea: un mosaico in composizione*, in ID. (a cura di), *Diritti fondamentali e cittadinanza dell'Unione europea*, FrancoAngeli, Milano, 2010. Per una

la nozione di lavoratore e l'effettivo svolgimento di un impiego[11], mentre *Grzelczyk* e *Trojani* prefigurano l'emergere di vincoli di solidarietà oltre confine, arricchendo il contenuto sostanziale delle facoltà derivanti dal diritto comunitario.

L'attribuzione della cittadinanza europea ha rappresentato la conclusione di un processo diretto ad allargare la platea dei beneficiari del diritto di libera circolazione e soggiorno sul territorio degli Stati membri dell'UE. Per quanto non sia per nulla semplice, se volessimo rintracciare la genesi di tale istituto – seppur con tutte le precisazioni e i distinguo del caso – è alla nascita della Comunità Europea del Carbone e dell'Acciaio (CECA) che probabilmente dovremmo guardare, laddove l'esigenza di esportare manodopera – esigenza propria di paesi come l'Italia – ha inaugurato il cammino di quella che poi, con il Trattato di Maastricht, è diventata la cittadinanza europea. Tant'è, che all'interno del Trattato istitutivo della prima Comunità europea è stato inserito un articolo, l'art. 69, il quale affermava che «gli Stati membri si impegnano ad evitare qualsiasi restrizione, fondata sulla nazionalità, all'occupazione nelle industrie del carbone e dell'acciaio dei lavoratori nazionali di uno degli Stati membri […] fatte salve le limitazioni derivanti da necessità fondamentali di sanità e di ordine pubblico»[12]. Nonostante però tale articolo sancisse un divieto di discriminazione su base nazionale per l'assunzione di lavoratori provenienti da altri Stati membri, l'attuazione pratica di tale disposizione tardò ad arrivare, essendo rimessa ad un accordo attuativo fra gli Stati, che vide la luce soltanto nel 1957, anno in cui la libertà di circolazione della manodopera fu inserita, insieme alla libera circolazione di merci, capitali e servizi, all'interno del Trattato istitutivo della Comunità Economica Europea (CEE), più precisamente all'interno dell'art. 48, che riconobbe la possibilità di muoversi e soggiornare sul territorio di un altro Stato membro per rispondere ad una offerta di lavoro ed in certi casi di rimanervi anche dopo la

ricostruzione della giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'UE sui cittadini "inattivi" si veda S. AMADEO, *Il principio di eguaglianza e la cittadinanza dell'Unione: il trattamento del cittadino europeo "inattivo"*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, 2011, pp. 59 ss.

[11] A tal proposito, si veda quanto statuito nella sentenza *Martínez Sala* al punto 32. Cfr. anche C. BURELLI, *Il mantenimento dello status di lavoratore autonomo per il cittadino dell'Unione che ha perso il lavoro. Breve commento al caso Gusa*, in *Eurojus*, 28/05/2018.

[12] https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:11951K/TXT&from=RO.

cessazione dell'attività lavorativa stessa. Fu però il Regolamento del Consiglio del 15 ottobre 1968, n. 1618, relativo alla *libera circolazione dei lavoratori all'interno della Comunità*, che dispose che ai lavoratori migranti fossero concessi gli stessi benefici sociali e fiscali che sarebbero loro spettati nello Stato di residenza e, inoltre, che il diritto alla libera circolazione fosse esteso anche ai familiari dei lavoratori. È così, dunque, che la libertà di movimento non doveva essere necessariamente riconnessa allo svolgimento di un'attività lavorativa, essendo possibile anche per i "non lavoratori" muoversi liberamente sul territorio della Comunità Europea. In questo contesto, anche grazie al prezioso contributo della Corte di Giustizia dell'Unione Europea, ad essere ampliata non è solo la platea dei beneficiari del diritto di circolare e soggiornare liberamente sul territorio degli Stati membri dell'UE, ma anche la tutela sociale prima prevista unicamente per i cittadini nazionali.

Una sentenza emblematica in tal senso è la *Martínez Sala*[13]. Si tratta di una controversia, assai celebre, sorta tra la signora Martínez Sala e il Freistaat Bayern in ordine al rifiuto di quest'ultimo di concederle un'indennità di educazione per il figlio. La signora Martínez Sala è una cittadina spagnola che, fino al 19 maggio 1984, aveva ottenuto, praticamente senza interruzione, vari permessi di soggiorno in Germania (successivamente a tale data aveva invece ottenuto soltanto il rilascio di documenti attestanti la presentazione della domanda di proroga del permesso di soggiorno). Nel gennaio 1993, senza avere un regolare permesso di soggiorno, la Martínez Sala richiedeva un'indennità di educazione per il figlio al Freistaat

[13] Corte di Giustizia dell'Unione Europea, 12 maggio 1998, C-85/96, *Martínez Sala contro Freistaat Bayern*. Per un commento, cfr. M. POIARES MADURO, *Striking the Elusive Balance Between Economic Freedom and Social Rights in the EU*, in P. Alston (ed.), *The EU and Human Rights*, Oxford University Press, Oxford, 1999, p. 456; M. PROTTO, *María Martínez Sala v. Freistaat Bayern e la cittadinanza europea*, in *Diritto Pubblico*, 2000, pp. 877-888; C. TOMUSCHAT, *Case C-85/96, María Martínez Sala v. Freistaat Bayern, Judgment of 12 May 1998*, Full Court [1998] ECR I-2691, in *Common Market Law Review*, 2000, pp. 449-457; S. FRIES, J. SHAW, *Citizenship of the Union: First Steps in the European Court of Justice*, in *European Public Law*, 1998, pp. 533-559; P. CABRAL, *La jurisprudence de la Cour de justice et du Tribunal de première instance*, in *Revue du marché unique européen*, n. 3/1998, p. 254; C. JACQUESON, *Union Citizenship and the Court of Justice: something new under the sun? Towards social Citizenship*, in *European Law Review*, n. 3/2002, p. 264; A. ALBORS-LLORENS, *A Broader Construction of the EC Treaty Provisions on Citizenship?*, in *The Cambridge Law Journal*, 57(3), 1998, pp. 429-471; J.A. MENÉNDEZ, *La ciudadanía europea tras "Martínez Sala y Baumbast": ¿La consecución de un derecho europeo más humano pero menos social?*, in *Revista española de Derecho Constitucional*, n. 89, 2010, pp. 289-336.

Bayern, che però respinse la domanda per il motivo che la richiedente non possedeva né la cittadinanza tedesca né un regolare permesso di soggiorno. Ciò detto, nonostante la Martínez Sala non avrebbe avuto diritto ad ottenere l'indennità richiesta, la Corte di Giustizia dell'UE, considerata l'indennità di educazione rientrante nel campo di applicazione *ratione materiae* del diritto europeo e la ricorrente rientrante nel campo di applicazione *ratione personae* del Trattato[14], le ha riconosciuto, a prescindere dall'esercizio di un'attività lavorativa, il diritto all'indennità di educazione per il figlio, focalizzandosi, per la concessione di questa, sullo status di cittadino europeo anziché su quello di lavoratore[15]. Negare l'indennità di educazione, questa la motivazione, avrebbe comportato una discriminazione in ragione della nazionalità, tenuto conto che ai cittadini tedeschi, che si fossero trovati nelle medesime condizioni della signora Martínez Sala, il beneficio sociale sarebbe invece stato concesso[16].

Il processo di valorizzazione delle disposizioni del Trattato di Maastricht sulla cittadinanza europea è stato portato avanti dalla Corte del Lussemburgo anche con la nota sentenza *Baumbast* (C-413/99) del 2002[17]. Qui è il caso di un cittadino tedesco, il signor Baumbast, che, tra il 1990 ed il 1993, svolge attività economica nel Regno Unito, inizialmente in qualità di lavoratore dipendente e successivamente in qualità di imprenditore. Tuttavia, a seguito del fallimento della sua impresa, non essendo riuscito ad ottenere un posto di lavoro sufficientemente retribuito nel Regno Unito, presta, a decorrere dal 1993, attività lavorativa presso società tedesche operanti in Cina e nel Lesotho, motivo per il quale gli è negato il rinnovo del permesso di soggiorno nel Regno Unito; si rileva infatti che il sig. Baumbast, svolgendo ora la sua attività lavorativa per conto di aziende tedesche in paesi terzi,

[14] Sentenza *Martínez Sala*, punti 60-63.

[15] Cfr. C. MARGIOTTA, *Cittadinanza europea. Istruzioni per l'uso*, cit., pp. 74 ss.

[16] Cfr. Sentenza *Martínez Sala*, punto 64.

[17] Corte di Giustizia dell'Unione Europea, 17 settembre 2002, C-413/99, *Baumbast*. Per un commento alla sentenza, cfr. A. LANG, *Libera circolazione delle persone in ipotesi atipiche*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 1/2003, pp. 470-474; M. DOUGAN, E. SPAVENTA, *Educating Rudy and the (non)English Patient: A double-bill on residency rights under Article 18 EC*, in *European Law Review*, 28(5), 2003, pp. 699-712. Si veda anche J. BAQUERO CRUZ, *What's Left of the Law of Integration? Decay and Resistance in European Union*, Oxford University Press, Oxford, 2018, pp. 102-103.

non rientra più nella disciplina prevista per i lavoratori comunitari, ed ancora che non rispetta le condizioni previste dalla direttiva 90/364, poiché l'assicurazione contro le malattie di cui dispone non copre le cure di pronto soccorso.

Nondimeno, la Corte di Giustizia dell'Unione Europea, dopo aver ribadito che *lo status di cittadino dell'Unione è destinato ad essere lo status fondamentale dei cittadini degli Stati membri*[18], ha riconosciuto che «un cittadino europeo che non benefici più nello Stato membro ospitante del diritto di soggiorno in qualità di lavoratore migrante può, in qualità di cittadino europeo, ivi beneficiare del diritto di soggiorno in virtù dell'efficacia diretta dell'art. 18, n. 1, CE»[19]. Il Giudice di Lussemburgo ha poi disposto che «l'esercizio di tale diritto è assoggettato alle limitazioni e condizioni previste da tale disposizione, ma le autorità competenti e, all'occorrenza, i giudici nazionali devono verificare che l'applicazione di tali limitazioni e condizioni venga operata nel rispetto dei principi generali del diritto comunitario e, segnatamente, del principio di proporzionalità»[20]. Oltre a ciò – si legge ancora nella sentenza –, i provvedimenti nazionali adottati in ossequio alle limitazioni ed alle condizioni di cui all'art. 18 CE e previste dalla direttiva 90/364 devono essere anche *appropriati* e *necessari* per l'attuazione dello scopo perseguito[21]. La Corte ha pertanto ritenuto che «il diniego nei confronti del sig. Baumbast dell'esercizio del diritto di soggiorno riconosciutogli dall'art. 18, n. 1, CE per effetto dell'applicazione delle disposizioni della direttiva 90/364 sulla base del rilievo che l'assicurazione contro le malattie, di cui il sig. Baumbast dispone, non coprirebbe le cure di pronto soccorso prestate nello Stato membro ospitante costituirebbe un'ingerenza sproporzionata nell'esercizio di tale diritto»[22].

Per ciò che invece concerne l'emergere di vincoli di solidarietà oltre confine, vincoli che hanno permesso – in virtù del ruolo giocato dal principio di non discriminazione in base alla nazionalità – l'attribuzione di determinati vantaggi sociali anche ai cittadini "economicamente inattivi", interessante è la sentenza

[18] Vedi sentenza *Grzelczyk*, punto 31.
[19] Sentenza *Baumbast*, punto 94.
[20] Ibidem.
[21] Ivi, punto 91.
[22] Ivi, punto 93.

dirittifondamentali.it

Grzelczyk (C-184/99)[23], con la quale la Corte ha ribadito quanto aveva affermato in *Martínez Sala*. Qui è questione di un cittadino francese, Rudy Grzelczyk, studente in Belgio che, ai sensi della direttiva 93/96/CEE[24], *relativa al diritto di soggiorno degli studenti*, chiedeva di poter usufruire del *minimex*, un sussidio statale che lo Stato belga concedeva ai suoi cittadini privi di risorse sufficienti al proprio sostentamento[25]. La Corte di Giustizia dell'UE, preso atto del rifiuto del Belgio di concedere il *minimex*, dopo aver enunciato che «lo status di cittadino dell'Unione è destinato ad essere lo status fondamentale dei cittadini degli Stati membri», posizione «che consente a chi tra di loro si trovi nella medesima situazione di ottenere, indipendentemente dalla cittadinanza e fatte salve le eccezioni espressamente previste a tale riguardo, il medesimo trattamento giuridico»[26], ha rilevato come si fosse in presenza di una discriminazione sulla base della nazionalità, considerato che ad uno studente di nazionalità belga, che si fosse trovato nelle medesime condizioni di Grzelczyk, il *minimex* sarebbe stato concesso (ad ostare alla concessione del *minimex* non era dunque lo status di studente, ma la cittadinanza francese del richiedente). Sulla base di tali considerazioni il Giudice europeo ritenne allora che al ricorrente dovesse essere riconosciuto il vantaggio sociale previsto per i cittadini nazionali. Con tale pronuncia, la Corte di Giustizia, sulla base del combinato degli articoli 12 e 18 del TCE, riguardanti rispettivamente il diritto di non discriminazione e il diritto di circolazione, ha ridisegnato i caratteri fondamentali della cittadinanza europea, andando oltre i limiti posti dagli Stati, e ha reciso il nesso tra i benefici sociali e lo svolgimento di un'attività lavorativa. Quanto detto verrà ribadito, poco più in là nel tempo, anche nella sentenza *Trojani*

[23] Corte di Giustizia dell'Unione Europea, 20 settembre 2001, C-184/99, *Grzelczyk*. Per un commento alla sentenza, F. DAVID, *La citoyenneté de l'Union, statut fondamental des ressortissants des États membres*, in *Revue trimestrielle de droit européen*, 3, 2003, pp. 553-578.

[24] Direttiva 93/96/CEE del Consiglio, 29 ottobre 1993, *relativa al diritto di soggiorno degli studenti*, che ha sostituito la direttiva 90/366/CEE, 28 giugno 1990. Questa ultima direttiva era stata annullata dalla Corte di Giustizia con la sentenza del 7 luglio 1992, C-295/90, *Parlamento c. Consiglio*.

[25] Nello specifico, L'art. 1 della legge 7 agosto 1974, che istituisce il diritto al minimo dei mezzi di sussistenza, così dispone: «Tutti i cittadini belgi di maggiore età, effettivamente residenti in Belgio, privi di risorse sufficienti e non in grado di procurarsele con i propri mezzi o altrimenti, hanno diritto al minimo dei mezzi di sussistenza».

[26] Sentenza *Grzelczyk*, punto 31.

(C-456/02) del 2004[27], con la quale la Corte, dopo aver affermato che «una prestazione di assistenza sociale quale il "minimex" rientra nell'ambito d'applicazione del Trattato»[28], ha riconosciuto che «un cittadino dell'Unione economicamente non attivo può invocare l'art. 12 CE qualora abbia soggiornato legalmente nello Stato membro ospitante durante un certo periodo o disponga di un titolo di soggiorno»[29]. Anche in questo caso, dunque, la Corte di Giustizia ha riconosciuto al ricorrente, in quanto cittadino europeo, la parità di trattamento rispetto ai cittadini dello Stato membro ospitante, accogliendo di conseguenza la domanda di accesso alla prestazione di assistenza sociale richiesta.

In questo paragrafo, dopo aver focalizzato la mia attenzione sul passaggio che si è avuto dalla "protocittadinanza" europea, pensata per garantire la libertà di circolazione e soggiorno a coloro i quali esercitavano una determinata attività economica, alla cittadinanza europea vera e propria, riconosciuta dal Trattato di Maastricht e diventata lo *status fondamentale* dei cittadini degli Stati membri, che ha invece riconosciuto la predetta libertà a *tutti* i cittadini europei nella loro totalità considerati, ho brevemente analizzato una serie di pronunce della Corte di Lussemburgo che hanno slegato la nozione di "lavoratore" da quella di "occupazione" e affermato vincoli di solidarietà oltre confine, permettendo l'attribuzione di determinati vantaggi sociali anche ai cittadini "economicamente inattivi". Nel prossimo paragrafo, intendo invece volgere lo sguardo verso la recente giurisprudenza della Corte di Giustizia, che si è fatta più rigorosa sulle questioni connesse alla libertà di circolazione e soggiorno dei cittadini economicamente inattivi, e verso la disciplina prevista nella Direttiva 2004/38, relativa al *diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri*, che ha rappresentato lo sfondo dal quale la giurisprudenza europea che considererò si è mossa.

[27] Corte di Giustizia dell'Unione Europea, 7 settembre 2004, C-456/02, *Trojani*. Per un commento alla sentenza, cfr. B. KOTSCHY, *Droit au minimex en vertu de la citoyenneté? - Arrêt "Trojani"*, in *Revue du droit de l'Union européenne*, 2/2004, pp. 327-330.

[28] Sentenza *Trojani*, punto 42.

[29] Ivi, punto 43.

3. Libertà di circolazione e soggiorno: lo *strano* caso dei cittadini "economicamente inattivi"

Nell'ultimo decennio qualcosa è cambiato nel modo di intendere il *senso* della cittadinanza europea e sono riemerse limitazioni alla libertà di circolazione e soggiorno delle persone, che non riguardano più la "titolarità" del diritto, ma il suo "esercizio", laddove ai destinatari di tale libertà si chiede nuovamente di essere economicamente autosufficienti, così da non costituire un *onere eccessivo* per l'assistenza sociale dello Stato ospitante[30]. Si assiste per certi versi ad una nuova tendenza della giurisprudenza della Corte di Giustizia, che si fa più rigorosa sulle questioni connesse al *welfare tourism*, al punto che le sentenze *Brey*, *Dano*, *Alimanovic*, *Commissione c. Regno Unito* e *Garcia-Nieto*, non sembrano guardare più con benevolenza ai soggetti economicamente inattivi, a prescindere se le prestazioni sociali richieste rappresentino effettivamente un onere eccessivo per le finanze dello Stato ospitante[31]. Prima però di guardare a queste sentenze, è qui opportuno perlomeno accennare alla disciplina prevista nella Direttiva 2004/38, relativa al *diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri*, che ha rappresentato lo sfondo dal quale si è mosso il *nuovo* corso della giurisprudenza europea. Con tale intervento legislativo, che per certi versi ricalca quanto già era stato disposto dalle direttive 93/96[32], 90/364[33] e 90/365[34] riguardo alla nozione di "onere per lo Stato ospitante", le istituzioni europee sembrano aver risposto all'attivismo della Corte di Lussemburgo, di fatto riducendo le speranze di un *welfare* sovranazionale.

---

[30] Su questo specifico aspetto, si veda C. MARGIOTTA, *I presupposti teorici della cittadinanza europea: originarie contraddizioni e nuovi limiti*, in *Freedom, Security & Justice: European Legal Studies*, 1, 2018, p. 61.

[31] Cfr. S. GIUBBONI, *La solidarietà come "scudo". Il tramonto della cittadinanza sociale transnazionale nella crisi europea*, cit., pp. 592-593; S. GIUBBONI, G. ORLANDINI, *La libera circolazione dei lavoratori nell'Unione Europea*, il Mulino, Bologna, 2007, pp. 68 ss.

[32] Relativa al diritto di soggiorno degli studenti.

[33] Relativa al diritto di soggiorno.

[34] Relativa al diritto di soggiorno dei lavoratori salariati e non salariati che hanno cessato la propria attività professionale.

Iniziamo col dire che la Direttiva 2004/38, che ha abrogato la legislazione secondaria antecedente[35], si rivolge a tutti coloro i quali possiedono la cittadinanza di uno Stato membro dell'UE[36], a coloro i quali intendano soggiornare sul territorio di un altro Stato membro[37], e ai familiari di questi[38], riconoscendo loro i diritti di circolare[39], soggiornare[40] e alla parità di trattamento[41], ma condizionando il soggiorno dei cittadini stranieri superiore a tre mesi alla prova di possedere risorse sufficienti per il proprio sostentamento[42].

Con riguardo al soggiorno, la direttiva distingue tre diverse situazioni: il caso in cui un soggiorno duri sino a tre mesi, il caso in cui il soggiorno sia superiore a tre mesi e, infine, il caso del soggiorno "permanente". Più nello specifico, l'art. 6 riconosce a tutti i cittadini dell'Unione (ed anche ai familiari) il diritto di soggiorno per un periodo inferiore o uguale a tre mesi "senza alcuna condizione", salvo il possesso di un passaporto o di una carta di identità in corso di validità. Tale diritto può essere limitato esclusivamente per motivi di ordine pubblico, di pubblica sicurezza o di sanità pubblica[43] o, ancora, nel caso in cui il suo esercizio diventi un "onere eccessivo" per il sistema sociale del paese ospitante[44]. La direttiva prevede poi all'art. 7 l'ipotesi di un soggiorno superiore a tre mesi: a) per i cittadini dell'Unione che siano lavoratori autonomi o dipendenti; b) per coloro i quali dispongano per sé e per i propri familiari di risorse economiche sufficienti, affinché non diventino un onere eccessivo a carico dell'assistenza sociale dello Stato membro ospitante durante il periodo di soggiorno, e di un'assicurazione medica che copra tutti i rischi nello Stato che li ospita; c) per coloro i quali siano studenti e dispongano di un'assicurazione medica, nonché dichiarino di disporre, per sé e per i propri

[35] La Direttiva 2004/38 ha modificato il Regolamento (CEE) n. 1612/68 e abrogato le Direttive 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE e 93/96/CEE.
[36] Direttiva 2004/38, art. 2(1).
[37] Ivi, art. 3(1).
[38] Ivi, art. 2(2).
[39] Ivi, artt. 4 e 5.
[40] Ivi, artt. 6, 7 e 8.
[41] Ivi, art. 24.
[42] Cfr. Ivi, artt. 7 e 24.
[43] Ivi, artt. 27 e 29.
[44] Ivi, art. 14(1).

familiari, di risorse economiche sufficienti; d) per coloro i quali siano familiari che accompagnino o raggiungano un cittadino dell'Unione rispondente alle condizioni cui alle lettere *a*, *b* e *c*. Ai sensi dell'art. 16, la Direttiva 2004/38 prevede poi l'ipotesi di un *soggiorno permanente* per coloro i quali abbiano risieduto nello Stato membro ospitante, legalmente e senza interruzioni, per almeno cinque anni. In tal caso, i titolari di tale diritto possono soggiornare nello Stato ospitante senza essere più subordinati al possesso dei requisiti imposti per i soggiorni superiori ai tre mesi[45]. Anche ai familiari del cittadino è riconosciuto il diritto di soggiorno permanente, ma diversa – occorre ricordarlo – sarà la posizione dei familiari che possiedono la cittadinanza dell'UE – ai quali è riconosciuto il diritto di soggiorno permanente se tale diritto è stato acquisito dal cittadino con cui ci si è ricongiunti o se abbiano risieduto per almeno cinque anni sul territorio dello Stato ospitante – da quelli che non la possiedono – i quali invece acquistano il diritto di soggiorno permanente solo dopo aver soggiornato nello Stato ospitante, legalmente e senza interruzioni, per almeno cinque anni. L'art. 24(2) statuisce, poi, che «lo Stato membro ospitante non è tenuto ad attribuire il diritto a prestazioni d'assistenza sociale durante i primi tre mesi di soggiorno o, se del caso, durante il periodo più lungo previsto all'articolo 14, paragrafo 4, lettera b), né è tenuto a concedere prima dell'acquisizione del diritto di soggiorno permanente aiuti di mantenimento agli studi, compresa la formazione professionale, consistenti in borse di studio o prestiti per studenti, a persone che non siano lavoratori subordinati o autonomi, che non mantengano tale status o loro familiari».

Specularmente a questo progressivo irrigidimento della legislazione europea ha fatto il verso – lo abbiamo detto – la giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'UE, che, con le sentenze *Brey*, *Dano*, *Alimanovic*, *Commissione c. Regno Unito* e *Garcia-Nieto*, ha adottato un approccio più restrittivo rispetto al passato relativamente alla parità di trattamento ed al principio di non discriminazione nei confronti dei soggetti economicamente inattivi. Con tali arresti, la Corte di

[45] Cfr. R. ADAM, A. TIZZANO, *Manuale di diritto dell'Unione Europea*, Giappichelli, Torino, 2017, p. 398.

dirittifondamentali.it

Giustizia dell'Unione Europea, pur ribadendo che «lo status di cittadino dell'Unione è destinato a diventare lo status fondamentale dei cittadini degli Stati membri» e pur ribadendo «il divieto di discriminazione in base alla nazionalità», ha statuito che, perché si abbia diritto a determinate prestazioni sociali, occorre che il soggiorno in un altro Stato membro rispetti i requisiti previsti dalla direttiva 2004/38, tra i quali figura l'obbligo, per coloro i quali siano economicamente inattivi, di possedere risorse economiche sufficienti per finanziare il proprio sostentamento[46]. In questi arresti sembra dunque aversi una vera e propria "reinterpretazione" del principio della parità di trattamento, declinato ora a favore degli Stati membri più che dei cittadini, laddove ciò che interessa tutelare preliminarmente è la sostenibilità dei sistemi di assistenza nazionali[47].

Un primo arretramento della giurisprudenza della Corte di Giustizia dalla logica espressa in *Martínez Sala* e *Baumbast* si ha, sebbene sia ancora presente un certo grado di solidarietà transnazionale[48], con la sentenza *Brey*[49], nella quale si discute se

[46] Sentenza *Dano*, punti 61, 73 e 76. Sul ruolo svolto dalle sentenze *Dano*, *Alimanovic*, *Brey* e *Garcia-Nieto*, cfr. E. SPAVENTA, *Earned Citizenship – Understanding Union Citizenship through its Scope*, in D. Kochenov (ed.), *EU Citizenship and Federalism: The Role of Rights*, Cambridge University Press, Cambridge, 2017, 204-225; M. VAN DEN BRINK, *The Court and the Legislators: Who Should Define the Scope of Free Movement in the EU?*, in R. Bauböck (ed.), *Debating European Citizenship*, Springer, 2019, pp. 133-138; K. HYLTÉN-CAVALLIUS, *EU Citizenship at the Edges of Freedom of Movement*, Hart Publishing, Oxford, 2020; C. O'BRIEN, *The ECJ Sacrifices EU Citizenship in vain: Commission v. United Kingdom*, in *Common Market Law Review*, 54(1), 2017, pp. 209-244; N.N. SHUIBHNE, *Limits Rising, Duties Ascending: The Changing Legal Shape of Union Citizenship*, in *Common Market Law Review*, 52(4), 2015, 889-937. Sull'influenza esercitata dalla Direttiva 2004/38, cfr. M. JESSE, D.W. CARTER, *Life after the Dano-Trilogy: Legal Certainty and Limitations*, in *EU Citizenship Case Law, in European Citizenship Under Stress: Social Justice, Brexit and Other Challenges*, N. Cambien, D. Kochenov, E. Muir (eds.), Brill Nijhoff, Boston, p. 137; H. VERSCHUEREN, *Free Movement or Benefit Tourism: The Unreasonable Burden of Brey*, in *European Journal of Migration and Law*, 2014, pp. 147 ss.; A. ILIOPOULOU-PENOT, *Deconstructing the former edifice of Union citizenship? The Alimanovic judgment*, in *Common Market Law Review*, 53(4), 2016, 1007-1035; M.E. BARTOLONI, *Lo status del cittadino dell'Unione in cerca di occupazione: un limbo normativo?*, in *European Papers*, 1, 2016, pp. 153-162; J. CAVALLINI, *Citoyen européen économiquement inactif et accès aux prestations d'assistance sociale*, in *La Semaine Juridique – Social*, 44-45, 2013, pp. 39-40; J.-Y. CARLIER, *La libre circulation des personnes dans l'Union européenne*, in *Journal de droit européen*, 4, 2014, pp. 167- 179.

[47] Cfr. C. BURELLI, *Il mantenimento dello status di lavoratore autonomo per il cittadino dell'Unione che ha perso il lavoro. Breve commento al caso Gusa*, cit.

[48] Cfr. M. MESSINA, *I cittadini europei inattivi e le condizioni per l'accesso alle prestazioni di assistenza sociale in uno Stato membro ospitante: quale lezione dall'ordinamento USA?*, in *Freedom, Security & Justice: European Legal Studies*, 3, 2018, p. 61. Vedi anche S. GIUBBONI, *Free movement of persons and European solidarity revisited*, in *Perspectives on Federalism*, vol. 7, 3, 2015, p. 10.

il possesso di risorse sufficienti, per come previsto dall'art. 7 lett. b della Direttiva 2004/38, ai fini della concessione di una prestazione sociale, sia in linea con quanto previsto dal diritto dell'Unione e con la parità di trattamento. In tale arresto, la Corte, dopo aver ribadito che la richiesta di godimento di una prestazione sociale deve essere valutata dalle autorità nazionali in conformità al principio di proporzionalità e che richiedere una determinata prestazione sociale non sia di per sé sufficiente per considerare un soggetto un *onere eccessivo* per lo Stato membro ospitante, e dunque per privarlo del diritto di soggiorno, afferma che il diritto dell'Unione osta alla normativa di uno Stato membro che, anche per il periodo successivo ai primi tre mesi di soggiorno, esclude, in qualsiasi circostanza ed in maniera automatica, un cittadino di un altro Stato membro economicamente inattivo dalla concessione di una determinata prestazione sociale (nel caso di specie l'integrazione compensativa) poiché quest'ultimo non soddisfa le condizioni per beneficiare di un diritto di soggiorno legale per un periodo superiore a tre mesi nel territorio dello Stato membro ospitante[50]. Nondimeno, di fatto preparando il terreno per le pronunce successive, di cui tra breve si dirà, afferma anche che una intensificazione della mobilità dei cittadini economicamente inattivi potrebbe recare pregiudizi alle finanze degli Stati ospitanti, concludendo pertanto che «l'esercizio del diritto di soggiorno dei cittadini dell'Unione può essere subordinato agli interessi legittimi degli Stati membri, nella fattispecie la tutela delle loro finanze pubbliche»[51].

Il decisivo cambio di rotta della giurisprudenza della Corte di Lussemburgo, giurisprudenza che, a partire da *Martínez Sala*, aveva promosso l'accesso dei cittadini economicamente inattivi ai sistemi di *welfare* nazionali in condizioni di parità con i cittadini dello Stato membro ospitante, si ha invece con la sentenza *Dano*[52]. In tale arresto, infatti, il Giudice europeo ha statuito che soltanto laddove

[49] Corte di giustizia dell'Unione Europea, 19 settembre 2013, C-140/12, *Brey*.
[50] Cfr. Ivi, punto 80.
[51] Ivi, punto 55.
[52] Corte di giustizia dell'Unione Europea, 11 novembre 2014, C-333/13, *Dano*. Per un commento, si vedano F. CAPOTORTI, *La Corte si schiera contro il fenomeno del turismo sociale: la sentenza Dano*, in *Eurojus*, 17/11/2014; F. COSTAMAGNA, *"Chi non lavora…". Alcune considerazioni su cittadinanza*

sia rispettato l'art. 7, par. 1, lett. b), della Direttiva 2004/38, relativo alla condizione di autosufficienza economica, è possibile accordare ad un cittadino europeo economicamente inattivo il diritto di soggiorno nello Stato ospitante e, di conseguenza, le garanzie sociali in condizione di parità con i cittadini di detto Stato[53]. Riconoscere pertanto tale diritto ad un soggetto che non rispetti i requisiti di cui alla direttiva 2004/38 si porrebbe in netto contrasto con un obiettivo della direttiva stessa, e cioè quello di evitare che tale soggetto possa trasformarsi in un onere eccessivo per le finanze dello Stato membro ospitante. La Corte, dopo aver quindi disposto che «un cittadino dell'Unione, per quanto riguarda l'accesso a prestazioni sociali come quelle oggetto del procedimento principale, può richiedere la parità di trattamento rispetto ai cittadini dello Stato membro ospitante solo se il suo soggiorno sul territorio dello Stato membro ospitante rispetta i requisiti di cui alla direttiva 2004/38»[54], ha aggiunto che uno Stato membro deve avere la possibilità «di negare la concessione di prestazioni sociali a cittadini dell'Unione economicamente inattivi che esercitino la libertà di circolazione con l'unico fine di ottenere il beneficio dell'aiuto sociale di un altro Stato membro pur non disponendo delle risorse sufficienti per poter rivendicare il beneficio del diritto di soggiorno»[55]. Con la sentenza *Dano*, il Giudice europeo sembra allora preoccuparsi unicamente della situazione economica dei soggetti interessati, tanto da affermare che occorre «effettuare un esame concreto della situazione economica di ogni

---

europea, solidarietà e accesso ai benefici sociali a margine della sentenza Dano, in *SIDIBlog*, 25 novembre 2014; D. THYM, *The Elusive Limits of Solidarity: Residence Rights of and Social Benefit for Economically Inactive Union Citizens*, in *Common Market Law Review*, 2015; H. VERSCHUEREN, *Preventing "Benefit Tourism" in the EU: a narrow or broad interpretation of the possibilities offered by the ECJ in Dano?*, in *Common Market Law Review*, 2015; L. TASCHINI, *Libera circolazione e protezione sociale: limiti all'accesso al welfare system per i cittadini europei. In margine alla Sentenza Dano (C-333/13) della Corte di giustizia dell'Unione Europea*, in *Rivista del diritto della sicurezza sociale*, 2015; E. HANCOX, *Elisabeta Dano, Florin Dano v Jobcenter Leipzig*, in *Journal of Immigration, Asylum and Nationality Law*, 2015, pp. 62 ss.; N.N. SHUIBHNE, *"What I Tell You Three Times Is True": Lawful Residence and Equal Treatment after Dano, in Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 23(6), 2016, pp. 908-936; P. RODIÈRE, *Quel droit de circulation en Europe pour les personnes inactives et démunies?*, in *Journal de Droit Européen*, 4, 2015, pp. 146-151.

[53] Cfr. S. GIUBBONI, *La solidarietà come "scudo". Il tramonto della cittadinanza sociale transnazionale nella crisi europea*, cit., p. 598. Vedi anche Sentenza *Dano*, punto 73.

[54] Sentenza *Dano*, punto 69.

[55] Ivi, punto 78.

interessato, senza tener conto delle prestazioni sociali richieste, per valutare se questi soddisfi il requisito di disporre di risorse sufficienti per poter beneficiare del diritto di soggiorno ai sensi dell'articolo 7, paragrafo 1, lettera b), della direttiva 2004/38»[56]. E proprio con riguardo a questo ultimo aspetto, la Corte ha affermato ancora che, alla luce degli accertamenti del giudice del rinvio, i ricorrenti non dispongono di risorse economiche sufficienti e pertanto non possono né rivendicare il diritto di soggiorno nello Stato membro ospitante in forza della direttiva 2004/38 né avvalersi del principio di non discriminazione di cui all'art. 24 della medesima direttiva. In virtù di ciò, la Corte conclude che «l'articolo 24, paragrafo 1, della direttiva 2004/38, in combinato disposto con l'articolo 7, paragrafo 1, lettera b), della direttiva stessa, e l'articolo 4 del regolamento n. 883/2004 devono essere interpretati nel senso che non ostano alla normativa di uno Stato membro in forza della quale cittadini di altri Stati membri sono esclusi dal beneficio di talune 'prestazioni speciali in denaro di carattere non contributivo' ai sensi dell'articolo 70, paragrafo 2, del regolamento n. 883/2004, mentre tali prestazioni sono garantite ai cittadini dello Stato membro ospitante che si trovano nella medesima situazione, allorché tali cittadini di altri Stati membri non godono di un diritto di soggiorno in forza della direttiva 2004/38 nello Stato membro ospitante»[57].

In continuità con la giurisprudenza precedente, la sentenza *Alimanovic*[58] amplia l'ambito degli effetti preclusivi nell'accesso ai sistemi di *welfare* nazionali, sancendo, in deroga al principio della parità di trattamento, una generalizzata esclusione dei cittadini senza un diritto di soggiorno dal diritto all'assistenza sociale da parte dello Stato ospitante. In tale pronuncia, la signora Alimanovic, che aveva lavorato, insieme alla figlia, in Germania per circa un anno, godeva, in quanto ex lavoratrice subordinata, del diritto di soggiorno legale, per come predisposto dall'art. 7, par. 3, lett. c) della Direttiva 2004/38, secondo il quale «se il

[56] Ivi, punto 80. Cfr. M. MESSINA, *I cittadini europei inattivi e le condizioni per l'accesso alle prestazioni di assistenza sociale in uno Stato membro ospitante: quale lezione dall'ordinamento USA?*, cit., p. 63.

[57] Sentenza *Dano*, punto 84.

[58] Corte di giustizia dell'Unione Europea, sentenza 15 settembre 2015, C-67/14, *Alimanovic*.

lavoratore si trova in stato di disoccupazione involontaria debitamente comprovata al termine di un contratto di lavoro di durata determinata inferiore ad un anno o si è venuto a trovare in tale stato durante i primi dodici mesi e si è registrato presso l'ufficio di collocamento competente al fine di trovare un lavoro, egli conserva la qualità di lavoratore per un periodo che non può essere inferiore a sei mesi». Va da sé che durante questo periodo il cittadino dell'UE conserva il diritto di soggiorno nello Stato membro ospitante e può avvalersi del principio di parità di trattamento, di cui all'art. 24, par. 1, della direttiva 2004/38[59]. Nondimeno, la signora Alimanovic e sua figlia, allo scadere dei sei mesi, dovevano essere considerate persone in cerca di lavoro, come tali rientranti nella disciplina di cui all'art. 14, par. 4, lett. b), della Direttiva 2004/38, secondo il quale i cittadini dell'Unione che siano entrati nel territorio dello Stato membro ospitante per cercare un posto di lavoro non possono essere allontanati fintantoché possano dimostrare di essere alla ricerca di un posto di lavoro e di avere buone possibilità di trovarlo. Nondimeno, nonostante «secondo il giudice del rinvio, la sig.ra Alimanovic e sua figlia Sonita possano invocare un diritto di soggiorno in forza di detta disposizione anche dopo la scadenza del periodo di cui all'articolo 7, paragrafo 3, lettera c), della direttiva 2004/38 per un periodo, coperto dall'articolo 14, paragrafo 4, lettera b), della stessa, che conferisce loro il diritto a una parità di trattamento con i cittadini dello Stato membro ospitante per quanto attiene all'accesso a prestazioni di assistenza sociale, occorre tuttavia rilevare che, in un caso siffatto, lo Stato membro ospitante può invocare la deroga dell'articolo 24, paragrafo 2, della medesima direttiva, per non accordare a detto cittadino la prestazione di assistenza sociale richiesta»[60]. Dal rinvio effettuato dall'articolo 24, paragrafo 2, della direttiva 2004/38 all'articolo 14, paragrafo 4, lettera b), emerge infatti «che lo Stato membro ospitante può negare al cittadino dell'Unione che goda di un diritto di soggiorno unicamente sulla base di quest'ultima disposizione qualsiasi prestazione di assistenza sociale»[61], senza che ciò sia contrario al principio della parità di trattamento. Il Giudice di Lussemburgo

[59] Cfr. Sentenza *Alimanovic*, punto 53.
[60] Ivi, punto 57.
[61] Ivi, punto 58.

ha infatti sostenuto che il diritto europeo non osta alla normativa di uno Stato membro che esclude dal beneficio di determinate prestazioni sociali coloro i quali, cittadini di altri Stati membri, si trovino nella situazione di cui all'articolo 14, paragrafo 4, lettera b), della direttiva 2004/38, mentre tali prestazioni sono garantite ai cittadini di tale Stato membro che si trovino nella stessa situazione[62].

Ad esiti simili arriva anche la sentenza *Commissione c. Regno Unito e Irlanda del Nord*[63], avente ad oggetto un ricorso per inadempimento, ai sensi dell'art. 258 TFUE, con il quale la Commissione chiede al Giudice di Lussemburgo di «accertare che, imponendo a coloro che presentano domanda di assegni familiari o di credito d'imposta per figlio a carico di disporre del diritto di soggiorno nel Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del Nord, tale Stato membro è venuto meno agli obblighi incombentigli in forza dell'articolo 4 del regolamento (CE) n. 883/2004 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 29 aprile 2004, relativo al coordinamento dei sistemi di sicurezza sociale»[64]. Nondimeno, la Corte di Giustizia dell'UE, intervenuta nella questione, respinge integralmente il ricorso della Commissione, ritenendo conforme al diritto dell'UE la normativa del Regno Unito, che richiede ai cittadini europei economicamente inattivi, ai fini dell'accesso a determinati benefici sociali, la titolarità del diritto di soggiorno[65].

[62] Cfr. Ivi, punto 63. Si veda M. MESSINA, *I cittadini europei inattivi e le condizioni per l'accesso alle prestazioni di assistenza sociale in uno Stato membro ospitante: quale lezione dall'ordinamento USA?*, cit., p. 65.

[63] Corte di giustizia dell'Unione Europea, 14 giugno 2016, C-308/14, *Commissione v. Regno Unito e Irlanda del Nord*. Per un commento, si vedano, M. MESSINA, *La Corte di giustizia "tollera" che l'ordinamento britannico riconosca l'accesso ai benefici degli assegni familiari e del credito d'imposta ai soli cittadini degli altri Stati membri titolari di un diritto di soggiorno legale nel Regno Unito*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, 3, 2016, pp. 659-663; M. MESSINA, *I cittadini europei inattivi e le condizioni per l'accesso alle prestazioni di assistenza sociale in uno Stato membro ospitante: quale lezione dall'ordinamento USA?*, cit., p. 66; H. VERSCHUEREN, *Economically Inactive Migrant Union Citizens: only Entitled to Social Benefits if They Enjoy a Right to Reside in the Host State*, in *European Journal of Social Security*, 1, 2017, pp. 71-82.

[64] Sentenza *Commissione v. Regno Unito*, punto 1.

[65] Cfr. Ivi, punto 86.

Sulla stessa scia si colloca la sentenza *Garcia-Nieto*[66]. In questa pronuncia la Corte di Giustizia dell'UE ha statuito che la direttiva 2004/38 non impedisce al diritto statale di negare ai cittadini di un altro Stato membro un beneficio assistenziale in denaro a carattere non contributivo, erogato dallo Stato ospitante, se essi non abbiano lo status di lavoratore autonomo o subordinato o se, pur possedendo tale status, siano nei primi tre mesi di soggiorno. Anzi, pur avendo già chiarito nelle sentenze *Dano* e *Alimanovic* che, con riguardo all'accesso a determinate prestazioni di assistenza sociale, un cittadino europeo può invocare la parità di trattamento con i cittadini di un altro Stato membro soltanto se previamente gli è stato riconosciuto il diritto di soggiorno in detto Stato, la Corte di Lussemburgo in *Garcia-Nieto* aggiunge che affermare che coloro i quali non beneficiano di un diritto di soggiorno ai sensi della direttiva 2004/38 possano rivendicare il diritto a prestazioni sociali alle medesime condizioni applicabili ai cittadini nazionali si porrebbe in aperto contrasto con lo scopo stesso della direttiva[67].

Parzialmente diverso rispetto ai casi esaminati, anche per la questione giuridico-politica che vi è sullo sfondo, ovverosia il recesso del Regno Unito dall'UE, è il caso *CG*[68]. Qui è questione di una cittadina croata e olandese, *economicamente inattiva*, residente, insieme ai suoi due figli, in Irlanda del Nord (Regno Unito), che, dopo essersi separata dal marito per violenza domestica ed essersi trasferita in un centro di accoglienza per donne maltrattate, l'8 giugno 2020, presenta domanda al Department for Communities in Northern Ireland per ottenere il reddito di cittadinanza. Tale domanda viene però respinta, con decisione del 17 giugno 2020, con la motivazione che la richiedente non soddisfaceva le condizioni di soggiorno richieste per poterne beneficiare[69]. L'autorità amministrativa competente ha infatti ritenuto che lo status di residente non permanente (*Pre-Settled Status*), status di cui

[66] Corte di giustizia dell'Unione Europea, 25 febbraio 2016, C-299/14, *Garcia-Nieto*. Per un commento, E. URÍA GAVILÁN, *García Nieto: Another Restrictive Approach in the European Citizenship Case Law*, in *European Papers*, 2/2016.

[67] Cfr. Sentenza *Garcia-Nieto*, punto 39.

[68] Corte di Giustizia dell'Unione Europea, sentenza 15 luglio 2021, C-709/20, *CG contro The Department for Communities in Northern Ireland*.

[69] Sentenza *CG contro The Department for Communities in Northern Ireland*, punto 32.

godeva CG al momento della presentazione della domanda, non era rilevante per fondare la *residenza abituale* nel Regno Unito della richiedente.

La signora CG, ritenendo il diniego *illegittimamente discriminatorio*, presenta allora un ricorso, avverso la decisione del 17 giugno 2020, dinanzi al Tribunale d'Appello dell'Irlanda del Nord, sostenendo che «il diniego di concederle tale prestazione di assistenza sociale, con la motivazione che il suo status non sarebbe rilevante per fondare la "residenza abituale" nel Regno Unito, costituirebbe una differenza di trattamento fra i cittadini dell'Unione residenti legalmente nel Regno Unito e i cittadini britannici e, pertanto, una discriminazione in base alla nazionalità ai sensi dell'articolo 18, primo comma, TFUE»[70]. In virtù di ciò, il Tribunale d'Appello dell'Irlanda del Nord sospende il giudizio e lo rinvia alla Corte di Lussemburgo, ai sensi dell'art. 267 TFUE, perché chiarisca «se l'articolo 18 TFUE debba essere interpretato nel senso che una disposizione nazionale che esclude dalle prestazioni sociali i cittadini dell'Unione che fruiscono di un diritto di soggiorno temporaneo in forza del diritto nazionale ricada nel divieto di discriminazione in base alla nazionalità previsto da tale articolo»[71].

A ciò il Giudice europeo risponde però che il diritto alla parità di trattamento con i cittadini dello Stato ospitante, invocato dalla signora CG, che si è avvalsa «della libertà di circolare e soggiornare nel territorio del Regno Unito prima della fine del periodo di transizione previsto all'articolo 126 dell'accordo sul recesso del Regno Unito»[72], rientra nell'ambito di applicazione della Direttiva 2004/38, ma aggiunge che, non disponendo CG di risorse economiche sufficienti, e potendo essa divenire un *onere eccessivo* per il sistema di assistenza sociale del Regno Unito, non può avvalersi del principio di non discriminazione previsto all'articolo 24(1) della direttiva 2004/38[73]. Di conseguenza, la Corte di Lussemburgo riconosce al Regno Unito la possibilità di rifiutarsi di concedere il beneficio sociale richiesto, affermando che «l'articolo 24 della direttiva 2004/38 deve essere interpretato nel

[70] Ivi, punto 37.
[71] Ivi, punto 60.
[72] Ivi, punto 67.
[73] Cfr. Ivi, punto 80.

senso che esso non osta alla normativa di uno Stato membro ospitante che esclude dalle prestazioni di assistenza sociale i cittadini dell'Unione economicamente inattivi che non dispongono di risorse sufficienti e ai quali tale Stato membro ha concesso un diritto di soggiorno temporaneo, mentre tali prestazioni sono garantite ai cittadini dello Stato membro interessato che si trovano nella stessa situazione»[74]. Tuttavia, ponendo al centro il rispetto dei diritti fondamentali della ricorrente e dei suoi figli, sanciti dalla Carta dei diritti fondamentali dell'UE, la Corte di Lussemburgo aggiunge che «se un cittadino dell'Unione soggiorna legalmente, secondo il diritto nazionale, nel territorio di uno Stato membro diverso da quello di cui ha la cittadinanza, le autorità nazionali competenti a concedere prestazioni di assistenza sociale sono tenute a verificare che il rifiuto di concedere tali prestazioni sulla base di tali norme non esponga tale cittadino, e i figli a suo carico, a un rischio concreto e attuale di violazione dei loro diritti fondamentali sanciti dagli articoli 1, 7 e 24 della Carta»[75]. In conclusione, afferma inoltre che «quando tale cittadino non dispone di risorse per mantenere sé stesso e i suoi figli ed è isolato, queste autorità devono garantire che, in caso di rifiuto delle prestazioni di assistenza sociale, detto cittadino possa comunque vivere con i suoi figli in condizioni dignitose»[76].

In questo paragrafo, per come anticipato, ho mostrato come la giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'UE, dopo aver riempito di contenuto lo status di cittadino europeo, più di recente, abbia adottato un approccio più rigido, mutando il suo orientamento con riguardo alla parità di trattamento e al principio di non discriminazione nei confronti dei cittadini economicamente inattivi, ai quali, per soggiornare sul territorio di uno Stato membro dell'UE diverso da quello di cui hanno la cittadinanza, si chiede di essere "autosufficienti" in modo da non costituire un *onere eccessivo* per l'assistenza sociale dello Stato ospitante. Ho messo anche in luce come a tutto ciò abbia fatto il verso la legislazione europea in materia, che sembra dare preferenza alla salvaguardia dei sistemi di *welfare* nazionali rispetto alla libertà di circolazione e soggiorno dei cittadini economicamente

[74] Ivi, punto 93.
[75] Ibidem.
[76] Ibidem.

dirittifondamentali.it

inattivi. Sulla base dell'evoluzione giurisprudenziale e legislativa europea fin qui considerata, intendo ora, in chiusura, sia pure *en passant*, sviluppare alcune brevi riflessioni critiche che permettano di tirare le fila del discorso.

4. Conclusioni

Pur con diversa rigidità, le sentenze richiamate nel precedente paragrafo hanno rivelato un approccio più restrittivo della Corte di Giustizia dell'UE relativamente alla "solidarietà sociale europea"[77]. Differentemente dalla sua precedente giurisprudenza, infatti, la Corte sembra ora maggiormente preoccupata dallo stato di salute dei sistemi di *welfare* nazionali rispetto alle esigenze sociali dei cittadini europei[78], tanto che sembra di essere passati da una logica "inclusiva", che per lungo tempo ha favorito l'accesso alle prestazioni sociali dei cittadini comunitari in un regime di parità con i cittadini degli Stati membri, ad una logica "escludente", che sembra invece concedere le garanzie sociali solo a chi non si presenti come un *onere eccessivo* per i sistemi di sicurezza sociale degli Stati ospitanti. Ed allora la cittadinanza europea, così come recentemente reinterpretata, non solo non abbatte le barriere tra soggetti comunitari e non comunitari, tra *insider* e *outsider*, quanto ne crea di nuove, condizionando la libertà di circolazione e soggiorno all'essere economicamente attivi. Da una promettente protocittadinanza europea e da un agire della Corte di Lussemburgo ispirato all'inclusione dei soggetti economicamente inattivi, si è passati, dunque, ad una libertà di circolazione e soggiorno che ha connotati prettamente economici, non sociali, e che sembra rivolgersi non ai "deboli" lavoratori di un tempo, ma a coloro i quali siano abbastanza "forti" economicamente da riuscire a mantenersi senza diventare un onere eccessivo per le casse dello Stato ospitante. Nonostante, quindi, all'interno della Carta dei diritti fondamentali di Nizza vi sia un intero capo, il quinto, dedicato alla cittadinanza e nonostante la libertà di circolazione e soggiorno sia,

[77] Cfr. M.E. BARTOLONI, *Lo status del cittadino dell'Unione in cerca di occupazione: un limbo normativo?*, cit., p. 162.
[78] Ibidem.

almeno *formalmente*, garantita ad *ogni* cittadino dell'Unione Europea senza alcun collegamento con un'attività lavorativa, la pratica quotidiana, di cui le sentenze sin qui discusse sono espressione, sembra dimostrare il contrario. Tali ultime, difatti, sembrano aver ristretto la definizione di cittadino europeo, riconnettendo questa nuovamente allo svolgimento di una determinata attività economica, laddove agli inattivi è precluso un diritto assoluto di circolazione e soggiorno ed agli Stati ospitanti non è più richiesto di esercitare «a certain degree of financial solidarity»[79].

Tutto ciò non può che invocare un altro argomento – di grande rilievo per gli studi di teoria del diritto, anche se in questa sede è toccato solo superficialmente e per i fini del discorso in esame –, che è tornato prepotentemente di moda a seguito dello scoppio della pandemia da Covid-19, quello del «costo materiale» dei diritti sociali, categoria giuridica particolarmente "stressata" da austerità e riforme strutturali, che hanno imposto pesanti tagli alla spesa sanitaria, e dunque una riduzione della disponibilità dei posti letto in terapia intensiva, nonché una riduzione del numero degli ospedali e del personale. Benché allora sia stato proclamato il *Pilastro europeo dei diritti sociali*, la questione sociale europea sembra soffrire di tutta una serie di contraddizioni non risolvibili a stretto giro. In mancanza di un *welfare* europeo, il pericolo che si corre è infatti quello di un aumento delle politiche di esclusione in nome dell'ormai noto argomento del *costo* dei diritti[80], argomento che pone la tenuta dei sistemi nazionali di previdenza sociale a limite invalicabile in tema di libertà di circolazione e soggiorno[81] e che, in ossequio alle "logiche di bilancio", rischia di ridurre a mero *flatus vocis* l'accorata invocazione *civis europaeus sum*[82].

[79] Sentenza *Grzelczyk*, punto 44.

[80] Per una panoramica generale, mi sia consentito un rinvio al mio L. MELLACE, *L'Unione Europea tra destino comune e crisi permanente. Profili di teoria del diritto*, ESI, Napoli, 2021, cap. 4.

[81] Cfr. C. MARGIOTTA, *I presupposti teorici della cittadinanza europea: originarie contraddizioni e nuovi limiti*, cit., p. 54. Vedi anche M. FERRERA, *The Boundaries of Welfare, European Integration and the New Spatial Politics of Social Protection*, Oxford University Press, Oxford, 2005.

[82] L'espressione è tratta dalle Conclusioni dell'Avvocato Generale Jacobs, presentate il 9 dicembre 1992, causa 30 marzo 1993, C-168/91, *Konstantinidis*, punto 46.

dirittifondamentali.it

Dirittifondamentali.it - Fascicolo 3/2022
Data di pubblicazione – 17 ottobre 2022

Il valore costituzionale della *buona* informazione

di
Laura Lorello*

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. La libertà di manifestazione del pensiero in Assemblea costituente – 3. Il diritto a ricevere informazioni - 4. Il diritto a ricevere informazioni nella Rete - 5. Quale modello di regolazione? – 6. Gli interventi dell'Unione Europea contro la disinformazione: 6.1. Il Digital Service Act - 6.2. Il Codice di buone pratiche contro la disinformazione - 7. Alcune considerazioni conclusive.

1. Premessa

E' assunto condiviso che nessun sistema può dirsi democratico se non è pienamente assicurata la libertà di manifestazione del pensiero. Questa, infatti, viene configurata come una condizione essenziale per l'esistenza stessa della democrazia[1].

La centralità delle libertà di manifestazione del pensiero trova riscontro nella sistematica del testo costituzionale, che la pone successivamente all'art. 13, che esprime la dimensione individuale della tutela della persona, e la introduce tra quelle disposizioni che proiettano la persona nella prospettiva collettiva, come la libertà di associazione e di riunione. E' proprio in questo contesto va garantita la manifestazione delle idee e delle opinioni, manifestazione che deve essere libera e che può avvenire con *ogni mezzo di diffusione*, oltre alla parola e allo scritto (art. 21.1 Cost.). In questa proclamazione solenne e generale si ritrova l'affermazione del nuovo sistema costituzionale, che recuperava e ricostruiva gli spazi di libertà negati

*Professoressa Ordinaria di Diritto Costituzionale nell'Università di Palermo

[1] Corte Costituzionale, sentenza 2/4/1969, n. 84, cons. dir. 5. Così anche C. LAVAGNA, *Istituzioni di diritto pubblico*, I, Utet, Torino, 1970, 464

Contributo sottoposto a referaggio

dirittifondamentali.it

dalla dittatura fascista. Ciò spiega l'esigenza di abbandonare la ristretta prospettiva dello Statuto Albertino e del suo art. 28: «La stampa sarà libera ma una legge ne reprimerà gli abusi», del tutto insufficiente e inadeguata al disegno della nuova democrazia repubblicana[2]. All'interno della disposizione dell'art. 21 Cost. si condensano due distinti profili: da un lato quello più tradizionale del diritto di libertà, della libertà cioè in senso negativo, che vede la libertà di espressione come un ambito di autonomia sottratto alle ingerenze del potere pubblico; e dall'altro lato quello più innovativo, che lega la manifestazione del pensiero alla partecipazione politica, facendone strumento della costruzione dell'ordinamento democratico[3].

In ciò prende forma il risvolto *positivo* della libertà di manifestazione del pensiero, che da valore «al «contenuto pluralistico» della nostra Costituzione» e che realizza il reciproco arricchimento della comunità e dell'individuo[4]. L'aspetto della partecipazione lega l'art. 21 Cost. al principio pluralista dell'art. 2 a quello dell'eguaglianza sostanziale dell'art. 3.2 Cost., poiché solo la piena libertà di espressione può contribuire alla costruzione di una società plurale e al raggiungimento dell'eguaglianza politica, economica e sociale.

2. La libertà di manifestazione del pensiero in Assemblea costituente

Il valore della libertà di espressione è testimoniato dalla intensità e dalla complessità del dibattito costituente relativo alla definizione del contenuto dell'art. 21 (art. 16 del progetto di costituzione), tanto in sede di I Sottocommissione, quanto in sede di Assemblea.

Tra i diversi aspetti oggetto del dibattito, in riferimento al tema che qui si tratta, emerse già nella I Sottocommissione la questione della responsabilità per i contenuti delle pubblicazioni a stampa. In particolare, fu l'on Basso, relatore

[2] P. BARILE, *Libertà di manifestazione del pensiero*, in *Enc. Dir.*, XXIV (1974), 424 ss., 425

[3] Si vedano per questi aspetti P. CARETTI, *Sistema dell'informazione*, in P. Grossi (a cura di), Giuristi *e legislatori. Pensiero giuridico e innovazione legislativa nel processo di produzione del diritto*, Atti dell'incontro di studio, Firenze, 26-28 settembre 1996, Milano, 1997 e P. COSTANZO, *Informazione nel diritto costituzionale*, in *Dig. Disc. pubbl.*, VIII (1993), 319 ss.

[4] P. BARILE, *op.*, cit., 428

dell'articolo[5], ad evidenziare, in riferimento al sequestro, l'esigenza che venisse indicato il nome del gerente della pubblicazione: «chi vuole avere la libertà deve assumere la responsabilità degli atti che può compiere». In tal senso, aggiungeva, le pubblicazioni che non indicano, ad esempio, il nome del gerente, «portano ad una negazione della responsabilità e allora non si può riconoscere per essa la libertà, dato che si è ammesso il principio che la libertà è connessa alla responsabilità». Dello stesso tenore erano le affermazioni formulate dallo stesso on. Basso nella seduta della I Sottocommissione del 27/9/1946: «quando un cittadino non assume la responsabilità di quello che pubblica, non ha diritto di invocare la tutela della libertà di stampa»[6]. Da qui egli prospettava l'inserimento in Costituzione di norme sulla responsabilità «come un invito e come una traccia per il legislatore» rispetto all'obbligo di indicazione dei bilanci e delle fonti delle notizie, ammonendo sui possibili «sconvolgimenti (che) possono produrre le notizie false o inventate»[7]. Maturò pertanto in I Sottocommissione, riguardo alla stampa periodica, l'esigenza di prevedere un controllo sulle «fonti di notizie» (insieme a «cautele finanziarie»), espressa dall'on. Dossetti e sostenuta, poi, dall'on. Togliatti, che, benché in riferimento all'ipotesi di organi di stampa dotati di maggiori disponibilità finanziarie, evidenziava la necessità di vigilare sulla direzione del giornale, che, in mancanza, avrebbe «potuto agire a suo piacere sull'opinione pubblica», richiedendo un intervento a difesa della democrazia[8]. La discussione si concluse con l'approvazione di questa formulazione: «Per le funzioni speciali della stampa periodica la legge dispone controlli sulle fonti di notizie e sui mezzi di finanziamento, idonei a garantire la fede pubblica». Per quanto questo riferimento alla fede pubblica abbia finito con il legare, prevalentemente la questione della attendibilità delle fonti di informazione all'ambito del diritto penale, si può forse dire, tuttavia, che si poneva già, in linea generale, il problema di garantire

[5] I Sottocommissione, seduta del 26/9/1946, in Camera dei deputati, *La Costituzione della Repubblica*, vol. IV, 1970, 436

[6] I Sottocommissione, seduta del 26/9/1946, in Camera dei deputati, *La Costituzione della Repubblica*, vol. IV, 1970, 448, così anche l'on. Lucifero, 449-450

[7] *Ivi*, 453

[8] *Ivi*, 454

dirittifondamentali.it

un'informazione corretta e veritiera, a tutela della fiducia e dell'affidamento dei suoi destinatari.

Successivamente, nella seduta dell'Assemblea del 14/4/1947[9], l'aspetto del controllo delle fonti di notizie fu ulteriormente oggetto di discussione e fu l'on. Cavallari[10] a rilevare che tale controllo era necessario per rendere la libertà di stampa «veramente realtà operante» e non semplice *dichiarazione di principio*[11]. In questa sede, tornò ad essere sottolineato come le notizie false, se *prese sul serio* dalla popolazione, avrebbero potuto creare «un tale stato di disorientamento dell'opinione pubblica da far correre al nostro Paese dei gravi pericoli»[12]; e la stessa democrazia italiana, data la sua recente affermazione, avrebbe dovuto essere protetta da questo rischio, affidando tale compito allo Stato[13]. Si giunse, così, alla seduta pomeridiana del 14/4/1947, nella quale, dopo un ampio dibattito, si arrivò alla determinazione che la questione dei controlli dovesse essere affrontata non all'interno del testo della Costituzione, ma in una successiva legge di disciplina della stampa[14]. Dunque, il contenuto del quinto comma dell'art. 16 del progetto, fin lì definito, «La legge può stabilire controlli per l'accertamento delle fonti di notizie e dei mezzi di finanziamento della stampa periodica», fu sottoposto a diverse richieste di soppressione e venne, infine, votato per parti separate[15]. Si decise, così, di sopprimere la parte relativa al controllo delle fonti di notizie e di mantenere la parte relativa al controllo dei mezzi di finanziamento, poi transitata nell'attuale quinti comma dell'art. 21 Cost.[16]

---

[9] Assemblea Costituente, seduta del 14/4/1947, in Camera dei deputati, *La Costituzione della Repubblica*, vol. I, 1970, 848

[10] Che aveva presentato con l'on. Montagnana un emendamento da inserire dopo il comma 2 dell'art. 16 del progetto di costituzione, che affermava: «Lo Stato può disporre controlli sulle agenzie di informazione al fine di accertare le fonti di notizie e i mezzi di finanziamento», Assemblea Costituente, seduta del 14/4/1947, 848

[11] L'on. Cavallari, peraltro, riteneva necessario che il controllo avesse ad oggetto non solo la stampa periodica ma anche i quotidiani, Assemblea Costituente, seduta del 14/4/1947, 850

[12] Assemblea Costituente, seduta del 14/4/1947, 851

[13] Di avviso diverso era l'on. Andreotti, che paventava che il controllo sull'informazione e sulle sue fonti finanziarie desse luogo ad interferenze inaccettabili fino «a paralizzare la vita di un giornale», Assemblea Costituente, seduta del 14/4/1947, 851, 853

[14] Assemblea Costituente, seduta del 14/4/1947, seduta pomeridiana, 880

[15] *Ibidem*, 880, 882

[16] *Ibidem*, 882

La complessità e la vivacità del dibattito, che si è brevemente descritto, davano così conferma a quanto affermato dall'on. Ghidini: «Questo articolo 16 è stato uno dei più tormentati e dei più dibattuti (…). Ed è naturale, perché si tratta di una libertà fondamentale, forse della libertà più caratteristica dei reggimenti democratici e civili»[17].

3. Il diritto di ricevere informazioni

Lo stretto rapporto che lega la libertà di espressione e la partecipazione politica caratterizza il profilo *passivo* della libertà: il diritto di ricevere le informazioni e, in particolare, il diritto ad un'*offerta* di informazione, il più completa e imparziale ma anche il più attendibile possibile.

Trova qui voce l'esigenza del pluralismo dei soggetti che forniscono le informazioni e delle fonti di informazione, che chiama in causa il soggetto pubblico, cui spetta di regolare l'esercizio della libertà di informazione nei limiti della Costituzione. Al tempo stesso viene in luce l'obiettivo di costruire un sistema democratico[18], nel quale sia garantito il controllo sulle scelte politiche e sia assicurato l'apporto delle istanze partecipative nella formazione delle decisioni[19].

In sostanza, nel ventaglio delle situazioni contemplate dall'art. 21 Cost., emerge la presenza di un terzo soggetto: accanto a colui che esprime il pensiero, cioè a chi fornisce l'informazione, il c. d. lato attivo , la libertà/ diritto di informare, e accanto al soggetto pubblico che deve farsi *regolatore* dell'esercizio di questa libertà, c'è il destinatario dell'informazione, il c. d. lato passivo, colui che ha diritto di ricevere l'informazione, insieme all'interesse a cercare le notizie, e che ha diritto ad accedere liberamente a tutti i mezzi di informazione.

Ed è proprio assumendo la veste di chi riceve l'informazione, di chi si trova dal lato passivo della libertà di informare, che riaffiora la preoccupazione dei Costituenti, della quale si è fatto cenno in precedenza, cioè quella di garantire controlli adeguati

[17] *Ivi*, 855

[18] P. CARETTI, *I diritti fondamentali*, Giappichelli, Torino, 2005, 290

[19] A. VALASTRO, *Art. 21*, in R. Bifulco, M. Cartabia, A. Celotto, M. Olivetti (a cura di), *Commentario della Costituzione*, I, Utet, Torino, 2006, 451, 457

sulle fonti delle informazioni, per tutelare la fiducia dei cittadini che di quelle informazioni sono destinatari[20].

Si giunge, così, alla questione del contenuto dell'informazione diffusa, che deve essere corretto, completo, attendibile e obiettivo. Si tratta di un'esigenza già nota in passato ma avvertita in prevalenza, in riferimento all'informazione *politica* ed elettorale, allo scopo di garantire la parità di chances tra i candidati[21]; e in riferimento alla informazione *pubblicitaria*, a tutela del consumatore e delle sue scelte. In particolare, lo studio delle modalità attraverso le quali viene costruito il messaggio pubblicitario consente di individuare raffinate tecniche, in grado non solo di orientare ma talora di determinare le decisioni dei consumatori[22]. In questa prospettiva, la scelta delle singole parole e la loro associazione, secondo un certo ordine o un certo schema, può indurre l'utente del messaggio a ricavare una determinata conclusione o a ritenere reale un preciso esito, senza alcun fondamento di verità[23].

Se questo processo viene trasferito nel campo delle informazioni e se queste vengono fornite al di fuori del canale tradizionale e normativamente regolato delle pubblicazioni a stampa, oggi anche digitale, ci si trova su un terreno rischioso, nel quale, come paventato a suo tempo dai Costituenti, le *notizie false* possono causare un grande «disorientamento dell'opinione pubblica», e un grave pericolo per la democrazia.

[20]P. CARETTI, *I diritti fondamentali*, cit., 291, evidenzia la distinzione operata dai Costituenti tra la libertà di comunicazione dell'art. 15 Cost., nella quale l'informazione ha un destinatario preciso ed individuato, e la libertà di espressione dell'art. 21 Cost., nella quale l'informazione è destinata a tutti «con tutto ciò che questo comporta in ordine alla tutela degli interessi dei destinatari del messaggio informativo»

[21] Si vedano le leggi n. 515 del 1993 («Disciplina delle campagne elettorali per l'elezione alla Camera dei deputati e al Senato della Repubblica») e n. 28 del 2000 «Disposizioni per la parità di accesso ai mezzi di informazione durante le campagne elettorali e referendarie e per la comunicazione politica»)

[22] Si veda per tutti l'analisi di E. LOMBARDI VALLAURI, *La lingua disonesta*, Il Mulino, Bologna, 2019, cap. I, II e III, 13 ss., 27 ss., 117 ss.

[23]E. LOMBARDI VALLAURI, *op.*, cit., nelle Conclusioni, 259, richiama l'esperienza francese riguardo all'associazione di realtà diverse, come *topi*, *spazzatura* e *clandestini* o *immigrati*, *delinquenti* e *terroristi*, associazione che aveva l'obiettivo di costruire nella popolazione un giudizio negativo

Se è vero che, come ricordato nelle pagine precedenti, l'attenzione dei Costituenti si concentrò prevalentemente sulla stampa, il principale mezzo di diffusione delle informazioni del tempo e, quindi, quello che aveva subìto le maggiori restrizioni e mortificazioni durante la dittatura fascista,: è vero anche, però, che la voluta generalità e astrattezza della formula dell'art. 21 Cost., *parola*, *scritto e ogni altro mezzo di diffusione*, ha consentito e consente di proiettare le garanzie del disposto costituzionale ad ogni strumento di trasmissione e diffusione del pensiero, come è accaduto per la radio e la televisione e, oggi, per la Rete. In sostanza, ciò che si vuole dire è che l'esigenza di tutelare il profilo attivo e quello passivo della libertà di manifestazione del pensiero e di legarla ai principi del pluralismo e dell'eguaglianza sostanziale, attraversa inalterata la storia repubblicana, per giungere nel nostro tempo e per incidere sui mezzi di comunicazione contemporanei. Ne discende che anche le nuove modalità di manifestazione del pensiero devono ricadere nel perimetro della Costituzione e dei suoi principi e che per esse si pongono esattamente gli stessi bisogni di garanzia e di tutela.

4. Il diritto di ricevere informazioni nella Rete

Dalle brevi considerazioni svolte sembra potersi ricavare che anche le informazioni diffuse attraverso la rete incontrano i limiti dell'art. 21 Cost. Resta da verificare se in questo contesto sia uguale l'interesse da tutelare e quale debba essere il livello o il tipo di protezione da garantire.

Nel mondo di Internet, come è evidente, la condizione dell'utente dell'informazione è affatto diversa rispetto al contesto della stampa, della radio o della televisione. Se l'interesse da proteggere può essere il medesimo, ovvero l'affidamento nella qualità e nella veridicità dell'informazione, la necessità della sua tutela risulta amplificata e approfondita da una pluralità di fattori, che rendono insufficienti i tradizionali e risalenti strumenti di garanzia, pensati per la stampa o per la concorrenza. In sostanza, l'avvento di internet, rivoluzionando il modo di produrre, diffondere e usare l'informazione ha determinato un radicale

dirittifondamentali.it

cambiamento nella società in grado di incidere anche sulla sfera politica[24]. I profili di questa rivoluzione sono molteplici e non tutti rassicuranti e positivi. Ad esempio, attraverso la rete si è prodotta una decentralizzazione della produzione delle informazioni, cioè tutti possiamo creare e diffondere informazioni, il che è certamente un bene sotto il profilo del pluralismo e della partecipazione democratica. Al tempo stesso, però, non vi è alcun controllo sull'informazione immessa nella rete, sulla sua attendibilità e oggettività: ma vogliamo davvero più informazione al prezzo della sua verità[25]?

Inoltre, una volta che l'informazione è immessa nella rete, il suo produttore ne perde il controllo, nel senso che saranno i motori di ricerca, i c. d. *gatekeepers*, a raccoglierla, ordinarla, classificarla e poi collocarla in una posizione di maggiore o minore evidenza, senza alcuna consapevolezza e partecipazione da parte del produttore iniziale. La *mia* informazione, quindi, viene *mediata* e *alterata* dalle piattaforme, smarrendo la sua genuinità e venendo sottratta al contesto originario, per acquisire significati e usi ben diversi.

Se, poi, ci si pone dal lato di chi riceve l'informazione il quadro è ancor più preoccupante. Da un lato, all'interno di una piattaforma l'utente riceve notizie non cercate, che vengono, ad esempio, associate ad un'altra ricerca o ad un altro contesto[26].

Questa ricezione avviene, quindi, in una situazione di disattenzione e di disinteresse del singolo, che, però, non impedisce che la notizia venga comunque percepita e *assorbita*, ma impedisce che egli si trovi nelle condizioni di lucidità e di concentrazione necessarie a rilevarne la falsità, l'erroneità, la parzialità. Una volta acquisita in modo acritico, essa diviene *vera* e verrà divulgata come tale.

Dall'altro lato, è la stessa ricerca di informazioni sulle piattaforme ad essere falsata sin dall'avvio. Come evidenziato in dottrina[27], gli algoritmi, che governano la

[24] Si veda G. PITRUZZELLA, *La libertà dell'informazione nell'era di internet*, in G. PITRUZZELLA, O. POLLICINO. S. QUINTARELLI, *Parole e potere*, Egea, Milano, 2017, 57

[25] Si veda G. PITRUZZELLA, *op.*, cit., 57 ss.

[26] *Ibidem*, 62 ss.

[27] *Ibidem*, 64 ss. Si veda G. MARCHETTI, *Le* fake news *e il ruolo degli algoritmi*, in *Medialaws*, 1/2020, p. 29 ss.

dirittifondamentali.it

selezione delle informazioni sulle piattaforme *conoscono* ed *imparano* le nostre preferenze e ci propongono solo notizie e dati che sono di nostro gradimento o di nostro interesse, lasciando fuori tutto ciò che vi è estraneo. Viene, così confezionata un'informazione *personalizzata*, che risponde solo ai nostri gusti e ai nostri orientamenti culturali, politici, sociali etc. e che non rispecchia la realtà, la sua dimensione plurale, la sua complessità, le sue contraddizioni e i suoi conflitti. Ma io crederò che quell'informazione sia vera e completa, che la realtà si esaurisca nel suo perimetro, che non esistono idee, opinioni, esperienze diverse dalle mie. In definitiva, viene meno proprio quell'assetto pluralista che l'art. 21 Cost., vuole proteggere e che rappresenta la sostanza di un ordinamento democratico[28].

5. Quale modello di regolazione?

In questo quadro emerge, allora, la necessità di ricercare strumenti adeguati, che possano garantire che le previsioni dell'art. 21 Cost. e le tutele da questo introdotte possano applicarsi anche alle informazioni trasmesse attraverso la rete, guardando in modo particolare al diritto di riceverle.

La soluzione accolta nel modello nordamericano esclude qualunque intervento del soggetto pubblico, sulla base della considerazione che le informazioni e le idee siano come le merci, che si muovono all'interno del mercato: il *free marketplace of ideas*. In questo senso, solo la più ampia libertà di circolazione può condurre, così come per le merci, alla selezione e all'affermazione della informazione migliore e veritiera e all'eliminazione *naturale* delle notizie false e inattendibili.

Presupposto di questo ragionamento, però, è che i soggetti della rete operino le loro scelte in modo razionale e consapevole, disponendo di *tutte* le informazioni, senza

[28] Le implicazioni di questo modello dell'informazione, la c. d. *filter bubble*, sono estremamente pericolose e minacciose per la tenuta della democrazia e del pluralismo. Infatti, l'ignoranza delle opinioni e delle idee di altri rende l'individuo auto proiettato, rafforza le sue posizioni di pregiudizio, lo mette in contatto solo con chi la pensa come lui, creando un mondo *virtuale*, lontano da quello reale, determinando il suo rifiuto e accrescendo la sua aggressività verso chi è diverso da lui, e annullando, in tal modo, la dimensione pluralista e solidaristica della Costituzione repubblicana. Senza considerare gli effetti negativi su un altro essenziale profilo di un assetto democratico, il dibattito pubblico: il carattere non contestuale del confronto nella rete, sul piano temporale e spaziale, impedisce il fisiologico dispiegarsi del confronto delle idee e la definizione di posizioni comuni e condivise

filtri o selezioni operate da altri. Si tratta, tuttavia, di un presupposto di difficile, se non di impossibile, realizzazione nel mondo di internet, nel quale l'offerta delle notizie è prevalentemente affidata alle piattaforme e ai loro algoritmi. Peraltro, l'impostazione accolta oltreoceano si radica in una concezione della libertà di espressione praticamente illimitata, consacrata nel Primo Emendamento della Costituzione americana, che vieta al potere legislativo di «abridging the freedom of speech, or of the press»[29].

Si tratta di una concezione che è lontana dall'approccio europeo, che pone precisi limiti alla libertà di espressione a tutela di altri diritti fondamentali, come si ricava dall'art. 10 della Cedu[30], dall'art. 11 della Carta Europea dei Diritti[31] e dallo stesso art. 21 della Costituzione italiana.

La soluzione, dunque, non può essere quella di lasciare che il libero mercato delle idee trovi da sé il suo equilibrio, espungendo autonomamente le cattive notizie. Prende forma, quindi, la necessità di un intervento di regolazione della circolazione e della produzione delle informazioni nella rete.

Ma chi deve essere il regolatore?

Affidare questo compito esclusivamente al soggetto pubblico non appare decisivo, in quanto il suo intervento potrebbe risultare inefficace, senza contare i rischi,

[29] Per un'analisi di questo profilo di veda O. POLLICINO, *La prospettiva costituzionale sulla libertà di espressione nell'era di internet*, in G. PITRUZZELLA, O. POLLICINO. S. QUINTARELLI, *Parole e potere*, cit., 23 ss.

[30] Articolo 10 Cedu Libertà di espressione «1. Ogni persona ha diritto alla libertà d'espressione. Tale diritto include la libertà d'opinione e la libertà di ricevere o di comunicare informazioni o idee senza che vi possa essere ingerenza da parte delle autorità pubbliche e senza limiti di frontiera. Il presente articolo non impedisce agli Stati di sottoporre a un regime di autorizzazione le imprese di radiodiffusione, cinematografiche o televisive. 2. L'esercizio di queste libertà, poiché comporta doveri e responsabilità, può essere sottoposto alle formalità, condizioni, restrizioni o sanzioni che sono previste dalla legge e che costituiscono misure necessarie, in una società democratica, alla sicurezza nazionale, all'integrità territoriale o alla pubblica sicurezza, alla difesa dell'ordine e alla prevenzione dei reati, alla protezione della salute o della morale, alla protezione della reputazione o dei diritti altrui, per impedire la divulgazione di informazioni riservate o per garantire l'autorità e l'imparzialità del potere giudiziario»

[31] Articolo 11 Carta dei diritti fondamenti dell'Unione Europea, Libertà di espressione e d'informazione «1. Ogni individuo ha diritto alla libertà di espressione. Tale diritto include la libertà di opinione e la libertà di ricevere o di comunicare informazioni o idee senza che vi possa essere ingerenza da parte delle autorità pubbliche e senza limiti di frontiera. 2. La libertà dei media e il loro pluralismo sono rispettati.»

sempre presenti, di praticare una qualche forma di censura. Ma anche la scelta di una soluzione di totale autoregolazione, cioè da affidare solo alle piattaforme private, non si presenta adeguata e potrebbe rivelarsi rischiosa, in quanto sarebbe un soggetto privato, portatore di forti interessi economici, ad esercitare un controllo e una selezione sulle informazioni da far circolare all'interno del proprio *social network*[32]. A ciò si aggiunge il fatto che, almeno nel contesto statunitense, il principio fondamentale della libertà di parola del Primo Emendamento non può essere fatto valere nei rapporti tra individui, come il gestore di una piattaforma e il suo utente, poiché esso opera solo nelle relazioni tra il potere pubblico e i soggetti privati. Ed è sulla base di questo assunto che, nel caso della rimozione dell'*account* dell'ex Presidente americano Trump da parte di Twitter, un giudice della California ha escluso che potesse configurarsi una violazione della libertà di espressione del Presidente uscente, anche se ha riconosciuto la legittimità dell'operato della piattaforma, poiché le affermazioni formulate da Trump rappresentavano *fighting words*, ovvero una forma di istigazione alla violenza[33].

Una terza, possibile, soluzione è quella di immaginare un sistema misto, nel quale sia il soggetto pubblico a dettare le regole generali che le piattaforme private sono poi chiamate ad applicare e a implementare.

In sostanza, esse dovrebbero agire in un quadro predefinito, controllando le informazioni prima dell'immissione nella rete e rimuovendo i contenuti falsi, contrari alla legge o lesivi dei diritti fondamentali. Soltanto nel caso di violazione

[32] G. PITRUZZELLA, *op.*, cit., 92 ss.

[33] United States District Court- Northern District of California, order no. 138, 6/5/2022. Più recentemente, nel contesto italiano, il Tribunale di Varese, con l'ordinanza n. 1181 del 2/8/2022, ha riconosciuto ai social network la possibilità di sospendere gli account di utenti, che si erano espressi in modo contrario alla somministrazione di vaccini, nel caso in cui diffondano disinformazione sanitaria. Nella vicenda concreta, si è trattato delle sospensione, operata da Facebook, dell'account di una donna che aveva condiviso sul proprio profilo il video di un parlamentare, nel quale si incitava a rifiutare la somministrazione dei vaccini, considerati letali. Secondo il social network tale condotta violava le condizioni di contratto relative alla pubblicazione di contenuti dannosi e di informazioni false sull'epidemia da Covid-19, ritenute pericolose per la salute pubblica. Il Tribunale, nel respingere la richiesta della donna, che configurava tali condizioni contrattuali come vessatorie e contrastanti con la libertà di manifestazione del pensiero dell'art. 21 Cost., ha affermato che, anche per gli utenti dei social network, la libertà di espressione non è illimitata ma soggetta al rispetto di altri interessi, quali il diritto alla salute degli altri utenti della piattaforma

delle regole stabilite per via normativa o di inefficacia dell'opera delle piattaforme, si avrebbe l'intervento di un terzo soggetto indipendente, intervento successivo e sussidiario, volto a dare tutela ai diritti coinvolti[34].

Un'ipotesi di questo tipo si ritrova nelle Conclusioni dell'Avvocato Generale G. Pitruzzella, nel giudizio su rinvio pregiudiziale, operato dalla Corte federale di Giustizia tedesca[35].

Il quesito sottoposto alla Corte di Giustizia UE riguardava l'interpretazione dell'art. 17, paragr. 3, a) del Regolamento UE 2016/679 del PE e del Consiglio UE, sulla protezione delle persone fisiche rispetto al trattamento dei dati personali e sulla libera circolazione di essi, in riferimento alla richiesta di deindicizzazione di alcuni link visualizzati nelle ricerche effettuate sulla piattaforma Google, che rimandavano ad articoli di un terzo soggetto, pubblicati in rete, e in riferimento alla richiesta della cessazione della visualizzazione delle foto presenti in uno degli articoli, nella forma di miniature.

L'Avvocato Generale mette in evidenza come il diritto alla deindicizzazione, reclamato dai ricorrenti, dipende dall'accertamento delle informazioni presenti nel contenuto deindicizzato e per dare consistenza a questo diritto è necessario definire una procedura adeguata, una *procedural fairness*[36].

Partendo, infatti, dalla considerazione che nel sistema di Internet operano *poteri privati* in grado di incidere sui diritti fondamentali (come quello all'oblio), e ciò in relazione al loro ruolo di *gatekeepers* dell'informazione, l'unica via per rendere effettivi tali diritti è quella di stabilire «sufficienti garanzie procedurali», che i privati possono attivare verso le piattaforme digitali responsabili del trattamento dei dati, garanzie alle quali debbono corrispondere «correlativi obblighi» in capo

[34] G. PITRUZZELLA, *op.*, cit., 92 ss. Si tratta di un modello sperimentato in Italia dalla Commissione di Garanzia per l'attuazione della legge sullo sciopero nei servizi pubblici essenziali, legge n. 146 del 1990, modificata con la legge n. 83 del 2000, che fissa il quadro generale della disciplina dello sciopero nei servizi pubblici, lasciando alle associazioni datoriali e ai sindacati il compito di darvi attuazione, attraverso forme di autoregolazione condivise, sulla base di apposite procedure. La Commissione interviene solo nel caso di mancato accordo tra le parti

[35] Causa C 146/20, TU, RE/Google LLC

[36] Conclusioni dell'Avvocato Generale G. Pitruzzella, 7/4/2022, Causa C 460/2020, TU, RE/Google LLC, paragr. 42

dirittifondamentali.it

alle piattaforme[37]. Così, il privato che ha il diritto di chiedere al gestore del motore di ricerca la deindicizzazione di una pagina web, che riporta dati personali che egli ritiene non veritieri, deve dare «un principio di prova» della falsità dei contenuti di cui chiede la deindicizzazione, sempre che ciò non sia «manifestamente impossibile o eccessivamente difficile»[38]; il gestore del motore di ricerca, dal canto suo, deve svolgere le ricerche necessarie a confermare la fondatezza o meno della domanda, esaminando sia i dati presenti nella sua piattaforma che quelli diffusi dall'editore della pagina web in cui si trova il contenuto oggetto della richiesta di deindicizzazione, anche attivando un contraddittorio con questo. Alla fine del procedimento, il gestore del motore di ricerca dovrà stabilire se accogliere o meno la domanda di deindicizzazione con una decisione motivata[39].

In caso di rigetto della domanda, il soggetto privato potrà rivolgersi all'autorità giudiziaria o all'autorità di controllo prevista dall'art. 51 del RGPD[40], in qualità di organi terzi e imparziali, con un reclamo contro la decisione del gestore del motore di ricerca[41].

La procedura delineata nelle Conclusioni sembra configurarsi, in sostanza, quale concretizzazione di quel modello misto, cui si è fatto cenno, nel quale solo il mancato accordo tra le parti private, utente e gestore della piattaforma o motore di ricerca, permette l'ingresso *ex post* di un ulteriore attore, che si colloca a valle della procedura e che ha un ruolo solo sussidiario.

6. Gli interventi dell'Unione Europea contro la disinformazione

6.1. Il *Digital Service Act*

[37] *Ivi*, paragr. 43, «Nel mondo di Internet», prosegue l'Avvocato Generale, «si avverte, a mio modo di vedere, il bisogno di una qualche forma di «*procedural data due process*»»

[38] Conclusioni dell'Avvocato Generale G. Pitruzzella, 7/4/2022, Causa C 460/2020, TU, RE/Google LLC, cit., paragr. 44

[39] *Ivi*, paragr. 45

[40] Regolamento Generale sulla protezione dei dati personali, Regolamento UE 2016/679 del PE e del Consiglio UE, 27/4/2016

[41] Conclusioni dell'Avvocato Generale G. Pitruzzella, 7/4/2022, Causa C 460/2020, TU, RE/Google LLC, paragr. 47

L'approccio misto al problema della regolazione delle piattaforme, a garanzia della qualità delle informazioni da esse veicolate, è quello seguito dalla Proposta di Regolamento del PE e del Consiglio UE del 15/12/2020, relativa a un mercato unico dei servizi digitali (legge sui servizi digitali), il c. d. *Digital Service Act*, approvata nel 2022[42].

In questo documento al paragr. 3, relativo ai «Risultati delle valutazioni ex post, delle consultazioni dei portatori di interessi e delle valutazioni d'impatto», si legge già l'obiettivo di tutelare «efficacemente i diritti e i legittimi interessi di tutte le parti interessate, in primo luogo i cittadini dell'Unione», introducendo «importanti garanzie per consentire ai cittadini di esprimersi liberamente», rafforzando la posizione degli utenti «nell'ambiente online» e «l'esercizio di altri diritti fondamentali come il diritto a un mezzo di ricorso efficace e alla non discriminazione, i diritti dei minori e la protezione dei dati personali e della vita privata online».Di rilievo il riferimento alla promozione della «libertà di ricevere informazioni e manifestare opinioni»[43]. Riguardo alle piattaforme di dimensioni molto grandi, il Considerato n. 58 indica poi le azioni da intraprendere, quali la previsione di misure correttive, ad es. l'eliminazione di introiti pubblicitari per alcune tipologie di contenuti o l'accrescimento della «visibilità delle fonti di informazione autorevoli», anche «avviando codici di condotta o aderendo a codici di condotta esistenti o ad altre misure di autoregolamentazione»[44].

L'atteggiamento della Commissione appare qui *mediano*, poiché si evidenzia da un lato l'incoraggiamento all'elaborazione di codici di condotta che contribuiscano all'applicazione del Regolamento, garantendo sempre il loro carattere volontario e la libertà di aderirvi; dall'altro lato si sottolinea l'importanza che «le piattaforme online di dimensioni molto grandi cooperino all'elaborazione di specifici codici di

[42] Proposta di Regolamento del PE e del Consiglio UE del 15/12/2020, relativa a un mercato unico dei servizi digitali (legge sui servizi digitali) e che modifica la Direttiva 2000/31/CE. L'atto è stato oggetto di un accordo di PE e Consiglio UE raggiunto nell'aprile 2022

[43] *Ibidem*, 13

[44] *Ivi*, Considerato n. 58

condotta e vi aderiscano»[45]. Ancora la Commissione indica, come possibile ambito di intervento dei codici, anche «gli eventuali effetti negativi dei rischi sistemici sulla società e sulla democrazia», tra i quali vi è la disinformazione o le attività di manipolazione e abuso. E sempre la Commissione sottolinea l'esigenza di azioni coordinate contro condotte quali «l'utilizzo di bot o account falsi per la creazione di informazioni false o fuorvianti, talvolta a scopo di lucro», particolarmente dannosi per i soggetti più vulnerabili destinati del servizio, come i minori. Qui si evidenzia che «l'adesione a un determinato codice di condotta e il suo rispetto da parte di una piattaforma online di dimensioni molto grandi possono essere ritenuti una misura di attenuazione dei rischi adeguata». L'eventuale rifiuto di aderire, senza adeguate motivazioni, potrebbe essere valutato nell'accertamento di una violazione degli obblighi del Regolamento da parte delle piattaforme on line[46].

Nel testo dell'articolato del provvedimento si individuano poi le misure concrete.

[45] *Ivi*, Considerato n. 67 «La Commissione e il comitato dovrebbero incoraggiare l'elaborazione di codici di condotta per contribuire all'applicazione del presente regolamento. L'attuazione dei codici di condotta dovrebbe essere misurabile e soggetta a controllo pubblico, tuttavia ciò non dovrebbe pregiudicare il carattere volontario di tali codici e la libertà delle parti interessate di decidere se aderirvi. In determinate circostanze è importante che le piattaforme online di dimensioni molto grandi cooperino all'elaborazione di specifici codici di condotta e vi aderiscano. Il presente regolamento non osta a che altri prestatori di servizi, attenendosi agli stessi codici di condotta, aderiscano alle stesse norme in materia di dovere di diligenza, adottino le migliori pratiche e traggano beneficio dagli orientamenti emanati dalla Commissione e dal comitato.»

[46] *Ibidem*, Considerato n. 68 «È opportuno che per i suddetti codici di condotta il presente regolamento individui determinati ambiti da prendere in considerazione. In particolare è opportuno valutare, mediante accordi di autoregolamentazione e di coregolamentazione, misure di attenuazione dei rischi riguardanti specifici tipi di contenuti illegali. Un altro ambito da prendere in considerazione riguarda gli eventuali effetti negativi dei rischi sistemici sulla società e sulla democrazia, quali la disinformazione o le attività di manipolazione e abuso. Ciò comprende operazioni coordinate volte ad amplificare informazioni, compresa la disinformazione, come l'utilizzo di bot o account falsi per la creazione di informazioni false o fuorvianti, talvolta a scopo di lucro, che sono particolarmente dannose per i destinatari del servizio vulnerabili, quali i minori. In relazione a tali ambiti l'adesione a un determinato codice di condotta e il suo rispetto da parte di una piattaforma online di dimensioni molto grandi possono essere ritenuti una misura di attenuazione dei rischi adeguata. Il fatto che una piattaforma online rifiuti, senza IT 38 IT adeguate spiegazioni, l'invito della Commissione a partecipare all'applicazione di un tale codice di condotta potrebbe essere preso in considerazione, se del caso, nel determinare se la piattaforma online abbia violato gli obblighi stabiliti dal presente regolamento.»

Così si attribuisce a qualsiasi persona o ente la possibilità di segnalare alle piattaforme la presenza al loro interno di contenuti illegali (art. 14)[47]. Alle piattaforme è affidato il compito di svolgere i necessari accertamenti e ad adottare, eventualmente, una decisione motivata di rimozione delle informazioni o di disabilitazione dell'accesso alle stesse (art. 15)[48]. Esse, inoltre, devono predisporre un sistema interno di gestione dei reclami (art. 17)[49], che si affianca alla possibilità

[47] Proposta di Regolamento del PE e del Consiglio UE del 15/12/2020, cit., articolo 14 Meccanismo di notifica e azione «1. I prestatori di servizi di hosting predispongono meccanismi per consentire a qualsiasi persona o ente di notificare loro la presenza nel loro servizio di informazioni specifiche che tale persona o ente ritiene costituiscano contenuti illegali. Tali meccanismi sono di facile accesso e uso e consentono la presentazione di notifiche esclusivamente per via elettronica. 2. I meccanismi di cui al paragrafo 1 sono tali da facilitare la presentazione di notifiche sufficientemente precise e adeguatamente motivate, in base alle quali un operatore economico diligente può rilevare l'illegalità dei contenuti in questione. (…)»

[48] *Ivi*,articolo 15 Motivazione «1. Qualora un prestatore di servizi di hosting decida di rimuovere specifiche informazioni fornite dai destinatari del servizio o disabilitare l'accesso alle stesse, indipendentemente dai mezzi utilizzati per individuare, identificare o rimuovere tali informazioni o disabilitare l'accesso alle stesse nonché dal motivo della propria decisione, tale prestatore informa il destinatario della decisione, al più tardi al momento della rimozione o della disabilitazione dell'accesso, fornendo una motivazione chiara e specifica di tale decisione. 2. La motivazione di cui al paragrafo 1 contiene almeno le informazioni seguenti: a) una precisazione volta a confermare se la decisione comporti la rimozione delle informazioni o la disabilitazione dell'accesso alle stesse e, ove opportuno, la portata territoriale della disabilitazione dell'accesso; b) i fatti e le circostanze su cui si basa la decisione adottata, compresa, ove opportuno, una precisazione volta a confermare se la decisione sia stata adottata in base a una notifica presentata a norma dell'articolo 14; c) ove opportuno, informazioni sugli strumenti automatizzati usati per adottare la decisione, anche nel caso in cui la decisione sia stata adottata in merito a contenuti individuati o identificati per mezzo di strumenti automatizzati; d) se la decisione riguarda presunti contenuti illegali, un riferimento alla base giuridica invocata e una spiegazione delle ragioni per cui l'informazione è considerata contenuto illegale in applicazione di tale base giuridica; e) se la decisione si basa sulla presunta incompatibilità delle informazioni con le condizioni generali del prestatore, un riferimento alla clausola contrattuale invocata e una spiegazione delle ragioni per cui le informazioni sono ritenute incompatibili con tale clausola; f) informazioni sui mezzi di ricorso a disposizione del destinatario del servizio in relazione alla decisione, in particolare attraverso i meccanismi interni di gestione dei reclami, la risoluzione extragiudiziale delle controversie e il ricorso per via giudiziaria. 3. Le informazioni fornite dai prestatori di servizi di hosting a norma del presente articolo devono essere chiare e facilmente comprensibili e il più possibile precise e specifiche tenuto conto delle circostanze del caso. In particolare le informazioni devono essere tali da consentire ragionevolmente al destinatario del servizio interessato di esercitare in modo effettivo i mezzi di ricorso di cui al paragrafo 2, lettera f). 4. I prestatori di servizi di hosting pubblicano le decisioni e le motivazioni di cui al paragrafo 1 in una banca dati pubblicamente accessibile gestita dalla Commissione. Tali informazioni non contengono dati personali»

[49] *Ivi*, articolo 17 Sistema interno di gestione dei reclami «1. Le piattaforme online forniscono ai destinatari del servizio, per un periodo di almeno sei mesi dalla decisione di cui al presente paragrafo, l'accesso a un sistema interno di gestione dei reclami efficace, che consenta di

di richiedere l'intervento di «un qualunque organismo di risoluzione extragiudiziale delle controversie» e che non esclude, comunque, il ricorso all'organo giurisdizionale (art. 18)[50].

La natura mista dello schema seguito, in cui la regolazione pubblica si sviluppa nell'azione successiva delle piattaforme private, nell'ambito di una procedura predefinita[51], viene più chiaramente espressa dai successivi articoli 35 e 36. In

presentare per via elettronica e gratuitamente reclami contro le seguenti decisioni adottate dalla piattaforma online a motivo del fatto che le informazioni fornite dai destinatari costituiscono contenuti illegali o sono incompatibili con le sue condizioni generali: a) le decisioni di rimuovere le informazioni o disabilitare l'accesso alle stesse; b) le decisioni di sospendere o cessare in tutto o in parte la prestazione del servizio ai destinatari; c) le decisioni di sospendere o cessare l'account dei destinatari. 2. Le piattaforme online provvedono affinché i loro sistemi interni di gestione dei reclami siano di facile accesso e uso e affinché consentano e agevolino la presentazione di reclami sufficientemente precisi e adeguatamente motivati. 3. Le piattaforme online gestiscono i reclami presentati attraverso il loro sistema interno di gestione dei reclami in modo tempestivo, diligente e obiettivo. Se un reclamo contiene motivi sufficienti per indurre la piattaforma online a ritenere che le informazioni oggetto del reclamo non siano illegali né incompatibili con le sue condizioni generali, o se tale reclamo contiene informazioni indicanti che il comportamento del reclamante non giustifica la sospensione o la cessazione del servizio o dell'account, la piattaforma online annulla senza indebito ritardo la decisione di cui al paragrafo 1. 4. Le piattaforme online comunicano senza indebito ritardo ai reclamanti la decisione da esse adottata in merito alle informazioni cui si riferisce il reclamo e li informano della possibilità di risoluzione extragiudiziale delle controversie di cui all'articolo 18 e delle altre possibilità di ricorso a loro disposizione. 5. Le piattaforme online provvedono affinché le decisioni di cui al paragrafo 4 non siano prese avvalendosi esclusivamente di strumenti automatizzati.»

[50] *Ibidem*, articolo 18 Risoluzione extragiudiziale delle controversie «1. I destinatari del servizio ai quali sono rivolte le decisioni di cui all'articolo 17, paragrafo 1, hanno il diritto di scegliere qualunque organismo di risoluzione extragiudiziale delle controversie certificato in conformità al paragrafo 2 ai fini della risoluzione delle controversie inerenti a tali decisioni, compresi i reclami che non è stato possibile risolvere mediante il sistema interno di gestione dei reclami di cui a IT 58 IT tale articolo. Le piattaforme online si impegnano in buona fede con l'organismo selezionato al fine di risolvere la controversia e sono vincolate dalla decisione adottata da tale organismo. Il primo comma lascia impregiudicato il diritto del destinatario in questione di impugnare la decisione dinanzi a un organo giurisdizionale conformemente al diritto applicabile. (…)»

[51] Si veda il Considerando n. 22 della Proposta di Regolamento del PE e del Consiglio UE del 15/12/2020, cit.: «Al fine di beneficiare dell'esenzione dalla responsabilità per i servizi di hosting, il prestatore dovrebbe agire immediatamente per rimuovere i contenuti illegali o per disabilitare l'accesso agli stessi non appena ne venga effettivamente a conoscenza o ne divenga consapevole. La rimozione dei contenuti o la disabilitazione dell'accesso agli stessi dovrebbe essere effettuata nel rispetto del principio della libertà di espressione. Il prestatore può effettivamente acquisire tale conoscenza o consapevolezza, in particolare mediante indagini volontarie o notifiche inviategli da persone o enti conformemente al presente regolamento, nella misura in cui tali notifiche sono sufficientemente precise e dimostrate da consentire a un operatore economico diligente di individuare ragionevolmente, valutare e, se del caso, contrastare i presunti contenuti illegali.» Così anche il Considerando n. 44: «I destinatari del

particolare, l'art. 35[52], relativo proprio ai codici di condotta, esplicita l'atteggiamento degli organismi europei verso *l'incoraggiamento* e *l'agevolazione* dell'adozione di codici di condotta, volti alla corretta applicazione del regolamento, invitando le piattaforme on line e i prestatoti di servizi di intermediazione, ma anche le organizzazioni della società civile e le altre parti interessate, a partecipare alla loro elaborazione; lo stesso invito è rivolto in riferimento all'elaborazione di codici di condotta per la pubblicità on line dall'art. 36[53].

---

servizio dovrebbero poter contestare efficacemente e con facilità determinate decisioni delle piattaforme online che hanno un impatto negativo nei loro confronti. Le piattaforme online dovrebbero pertanto essere tenute a predisporre sistemi interni di gestione dei reclami che soddisfino determinate condizioni volte a far sì che tali sistemi siano facilmente accessibili e portino a risultati rapidi ed equi. È inoltre opportuno prevedere la possibilità della risoluzione extragiudiziale delle controversie, comprese quelle che non è stato possibile risolvere in modo soddisfacente mediante i sistemi interni di gestione dei reclami, da parte di organismi certificati che possiedano l'indipendenza, i mezzi e le competenze necessarie per esercitare le loro attività in modo equo, rapido ed efficace sotto il profilo dei costi. Le possibilità così create di contestare le decisioni delle piattaforme online dovrebbero integrare, pur lasciandola impregiudicata sotto tutti gli aspetti, la possibilità di presentare ricorso per via giudiziaria conformemente alla legislazione dello Stato membro interessato.»

[52]*Ivi*,articolo 35 Codici di condotta «1. La Commissione e il comitato incoraggiano e agevolano l'elaborazione di codici di condotta a livello di Unione per contribuire alla corretta applicazione del presente regolamento, tenendo conto in particolare delle sfide specifiche connesse alla lotta ai diversi tipi di contenuti illegali e ai rischi sistemici, conformemente al diritto dell'Unione, in particolare in materia di concorrenza e protezione dei dati personali. 2. Qualora emerga un rischio sistemico significativo ai sensi dell'articolo 26, paragrafo 1, che interessa diverse piattaforme online di dimensioni molto grandi, la Commissione può invitare le piattaforme online di dimensioni molto grandi interessate, altre piattaforme online di dimensioni molto grandi, altre piattaforme online e altri prestatori di servizi intermediari, a seconda dei casi, nonché le organizzazioni della società civile e altre parti interessate, a partecipare all'elaborazione dei codici di condotta, anche stabilendo impegni ad adottare misure specifiche di attenuazione dei rischi nonché un quadro di comunicazione periodica sulle misure adottate e sui relativi risultati. 3. Nell'attuare i paragrafi 1 e 2, la Commissione e il comitato mirano a garantire che i codici di condotta definiscano chiaramente i relativi obiettivi, contengano indicatori chiave di prestazione per misurare il conseguimento di tali obiettivi e tengano debitamente conto delle esigenze e degli interessi di tutte le parti interessate, compresi i cittadini, a livello di Unione. La Commissione e il comitato mirano inoltre a garantire che i partecipanti riferiscano periodicamente alla Commissione e ai rispettivi coordinatori dei servizi digitali del luogo di stabilimento in merito a tutte le misure adottate e ai relativi risultati, misurati sulla base degli indicatori chiave di prestazione contenuti nei codici di condotta. 4. La Commissione e il comitato valutano se i codici di condotta rispondano alle finalità di cui ai paragrafi 1 e 3 e monitorano e valutano periodicamente il conseguimento dei loro obiettivi. La Commissione e il comitato pubblicano le loro conclusioni. 5. Il comitato monitora e valuta periodicamente il conseguimento degli obiettivi dei codici di condotta, tenendo conto degli indicatori chiave di prestazione che possono contenere.»

[53]*Ibidem*, articolo 36 Codici di condotta per la pubblicità online «1. La Commissione incoraggia e agevola l'elaborazione di codici di condotta a livello di Unione tra le piattaforme online e altri

6.2. Il Codice di buone pratiche contro la disinformazione

Ancor prima dell'approvazione della proposta del DSA, tuttavia, in una prospettiva più generale di contrasto alla disinformazione, l'Unione Europea era intervenuta con il Code of Practice on Disinformation del 2018[54].

Il Codice si caratterizzava per il tentativo di definire alcuni principi comuni volti a guidare le piattaforme nell'individuazione delle fake news e nella lotta contro la disinformazione[55]. In questa attività le piattaforme potevano scegliere le modalità e gli strumenti che ritengono più vicini al loro modo di operare, così come alla loro libera scelta era affidata l'adesione al Codice. Il documento, inoltre, forniva una definizione di disinformazione, configurata come *un'informazione verificabilmente falsa o fuorviante*, che viene creata, presentata e diffusa per ottenere un vantaggio economico o per ingannare intenzionalmente il pubblico e che può causare danni pubblici, intesi come monacce al sistema democratico in generale e ai beni pubblici, quali la tutela della salute dei cittadini dell'UE, l'ambiente o la sicurezza[56].

---

prestatori di servizi interessati, quali i prestatori di servizi intermediari per la pubblicità online o le organizzazioni che rappresentano i destinatari del servizio, e le organizzazioni della società civile o le autorità competenti, al fine di contribuire a una maggiore trasparenza della pubblicità online al di là di quanto prescritto dagli articoli 24 e 30. IT 71 IT 2. La Commissione mira a garantire che i codici di condotta perseguano un'efficace trasmissione delle informazioni, nel pieno rispetto dei diritti e degli interessi di tutte le parti coinvolte, e un ambiente competitivo, trasparente ed equo nella pubblicità online, conformemente al diritto dell'Unione e nazionale, in particolare in materia di concorrenza e protezione dei dati personali. La Commissione mira a garantire che i codici di condotta abbiano ad oggetto almeno: a) la trasmissione di informazioni detenute dai prestatori di servizi intermediari per la pubblicità online ai destinatari del servizio per quanto riguarda le prescrizioni di cui all'articolo 24, lettere b) e c); b) la trasmissione di informazioni detenute dai prestatori di servizi intermediari per la pubblicità online ai registri a norma dell'articolo 30. 3. La Commissione incoraggia l'elaborazione dei codici di condotta entro un anno dalla data di applicazione del presente regolamento e la loro applicazione entro sei mesi da tale scadenza.»

[54] EU Code of Practice on Disinformation, 2018. Questo costituisce lo sviluppo della Comunicazione della Commissione UE «Tackling on line disinformation: a European approach» del 2018. Si veda F. SCIACCHITANO, A. PANZA, Fake news *e disinformazione on line: misure internazionali*, in *Medialaws*, 1,/2020, 202 ss., 206 ss.

[55] Si veda M MONTI, *Il* Code of Practice on Disinformation *dell'UE. Tentativi in fieri di contrasto alle* feake news, in *Medialaws*, 1/2019, 320 ss.

[56] EU Code of Practice on Disinformation, 2018, cit., Preamble «As provided under the Commission's Communication, for the purpose of this Code, the Commission as well as the High Level Expert Group in its report define "Disinformation" as "verifiably false or misleading information" which, cumulatively, (a) "Is created, presented and disseminated for economic gain or to intentionally deceive the public"; and (b) "May cause public harm", intended as "threats to democratic political and policymaking processes as well as public goods

Le finalità del Codice[57]ponevano, tuttavia, al centro ancora la volontà di collaborazione delle piattaforme, lasciando, di fatto, alla loro iniziativa la concreta realizzazione degli obiettivi. Si trattava, in sostanza, di una forma di autoregolazione, anche se fondata su principi stabiliti da un soggetto pubblico[58], che ha incontrato tutti i limiti tipici dei meccanismi di *self regulation* e che non ha prodotto i risultati sperati[59].

L'adozione del nuovo Codice rafforzato di buone pratiche contro la disinformazione del 2022[60] sembra aver fatto tesoro dell'esperienza precedente e sembra segnare un cambio di prospettiva.

In tal senso, l'Unione Europea abbandona il modello nord americano incentrato sulla sola autoregolazione, preferendo seguire in modo più esplicito un sistema di coregolazione, più vicino all'approccio europeo alla libertà di espressione, approccio che ne afferma la piena tutela ma che ne riconosce anche i limiti, a garanzia di altri diritti fondamentali[61].

---

such as the protection of EU citizens' health, the environment or security".[5] The notion of "Disinformation" does not include misleading advertising, reporting errors, satire and parody, or clearly identified partisan news and commentary, and is without prejudice to binding legal obligations, self-regulatory advertising codes, and standards regarding misleading advertising». M MONTI, *Il* Code of Practice, cit., 320, osserva come la definizione contenuta nel Codice sia costruita sulla nozione di notizia, che viene appositamente perimetrata perché ne restino escluse altre forme di manifestazione del pensiero, come la satira, le comunicazioni politiche e gli errori giornalistici. La definizione di *fake news* proposta dal Codice si affianca a quella fornita dall'AGCOM italiana nel Report del 2018 *News vs* fake news *nel sistema dell'informazione*, 25 ss. La nozione di fake news è ampiamente analizzata in dottrina, si vedano, tra gli altri, T. E. FROSINI, No news is fake news, in *Dir. pubb. Comp. Europ.*, 4/2017 e A. PAPA*"Democrazia della comunicazione" e formazione dell'opinione pubblica*, in P. BILANCIA (a cura di), *Crisi della rappresentanza politica nella democrazie contemporanea*, Giappichelli, Torino, 2018, 301 ss. Sul punto anche F. PIZZETTI, Fake news *e allarme sociale: responsabilità, non censura*, in *Medialaws*, 1/2017, 49 e V. VISCO COMANDINI, *Le* fake news *sui social network: un'analisi economica*, in *Medialws*, 2/2018, 183 ss

[57] EU Code of Practice on Disinformation, 2018, cit., 4-5

[58]M MONTI,*op.*, cit., 323 parla di *soft law*

[59]M MONTI,*op.* cit., 323. Osserva come l'approccio del Codice del 2018 sembrava seguire l'impostazione del modello nord americano, che rifiuta ogni intervento pubblico sulla libertà di espressione, il che lascia ai soggetti privati eventuali forme di regolazione. L'A. richiama la posizione di G. PITRUZZELLA, *op.*, cit., 94, che ammonisce, come già ricordato, sul rischio di introdurre una forma di censura privata, operata dalle grandi piattaforme

[60] The Strengthened Code of Practice on Disinformation del giugno 2022

[61] Il nuovo Codice rafforzato è stato preceduto dall'adozione delle linee guida della Commissione nel maggio 2021, Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni. Orientamenti

In questa prospettiva di coregolazione, sono in primo luogo la Commissione dell'UE e agli altri organismi europei ad intervenire con una più decisa e precisa definizione di principi, obiettivi e misure concrete; successivamente vengono coinvolte le piattaforme on line in modo più diretto, individuandone adempimenti e impegni.

Si può forse dire che con il nuovo Codice vengano ristrette le maglie costruite nel 2018, sia sotto il profilo dei contenuti che sotto quello della partecipazione dei partner privati.

In tal senso, può ritenersi significativo che il numero dei firmatari del Codice si sia accresciuto a 34, dai 16 del 2018, includendo piattaforme come Google, Meta, Microsoft, Tik Tok, Twitter.

Gli impegni e le misure specifiche stabilite riguardano azioni quali: il taglio degli introiti finanziari ai fornitori di disinformazione (*demonetisation*), specie quelli derivanti dalla pubblicità[62]; la messa in opera di interventi adeguati per rendere più trasparenti i messaggi pubblicitari, in modo da individuarne il contenuto politico[63]; l'accrescimento dei livelli di sicurezza, per ridurre i comportamenti manipolativi, usati per propagare la disinformazione[64]; il rafforzamento della consapevolezza degli utenti, fornendo loro strumenti più efficaci per riconoscere e comprendere la disinformazione, ciò anche attraverso iniziative di *media literacy*, alfabetizzazione dei media[65]; il rafforzamento degli strumenti disponibili ai ricercatori contro la disinformazione, anche attraverso un accesso più efficace ai dati conservati dalle piattaforme[66]; il rafforzamento dell'attività di *fact-checking*[67]; il controllo delle informazioni immesse in rete, con l'erogazione di contributi finanziari e maggiore possibilità di accesso alle notizie[68]; infine, la creazione di una *task-force* permanente,

della Commissione Europea sul rafforzamento del codice di buone pratiche sulla disinformazione, volte a rafforzare le misure contenute nel Codice del 2021

[62] The Strengthened Code of Practice on Disinformation, cit., 4 ss.

[63] *Ivi*, 9 ss.

[64] *Ivi*, 15 ss.

[65] *Ivi*, 18 ss.

[66] *Ivi*, 26 ss.

[67] *Ivi*, 31 ss.

[68] *Ivi*, 35

chiamata ad aggiornare e adeguare il Codice in base agli sviluppi tecnologici, sociali, commerciali e legislativi[69].

7. Alcune considerazioni conclusive

La strategia adottata dall'Unione Europea nella definizione di politiche di contrasto alla disinformazione, come si è brevemente descritto nelle pagine precedenti, ha seguito un percorso che si potrebbe dire *tipico* dell'esperienza comunitaria. Un percorso che in un primo momento, forse in sintonia con le origini del disegno comunitario, ha privilegiato l'iniziativa dei soggetti privati, lasciando sullo sfondo l'intervento del soggetto pubblico. Come già in altri ambiti, tuttavia, questo approccio si è rivelato insufficiente quando entra in gioco la tutela di quei diritti fondamentali che rappresentano il patrimonio costituzionale comune, nel quale l'Unione Europea affonda le proprie radici. Ciò produce un inevitabile cambio di prospettiva, che richiede alla stessa Unione Europea di farsi garante dei valori richiamati dall'art. 2 del Trattato UE: la dignità umana, la libertà, la democrazia, l'eguaglianza, lo stato di diritto, il rispetto dei diritti umani.

In riferimento alla libertà di espressione, la strada seguita a livello europeo si salda, in tal modo, con la vicenda costituzionale italiana, che ben conosceva il rischio di *disorientamento* dell'opinione pubblica causato dalle notizie false e la necessità di configurare una responsabilità di chi produce e diffonde le informazioni.

Queste esigenze sono fortemente amplificate, come già ricordato, nel mondo di internet, nel quale la *pluralizzazione* e la *parcellizzazione* dei soggetti che producono le notizie, la disponibilità di mezzi di trasmissione di immediato accesso e di uso

[69] *Ivi*, 36 ss. O. POLLICINO (*Sulla disinformazione un nuovo codice che cambia paradigna*, in *Il Sole 24 ore*, 17/6/2022) ritiene che il codice possegga «un potenziale davvero innovativo", in grado di "fornire una risposta finalmente adeguata a livello europeo e in conformità, questa volta, alle radici costituzionali del vecchio continente». Dello stesso A. si veda anche *Il Codice contro la disinformazione: il peccato originale*, in *Lavoce.info*, 2/10/2022 e *Codice di condotta europeo contro la disinformazione: ecco a che servirà anche in Italia*, in *Agendadigitale.eu*, 3/8/2022. Un primo risultato del nuovo Codice può ricondursi alla decisione assunta da Google, nell'agosto 2022, di modificare l'algoritmo di ricerca delle notizie (con l'aggiornamento denominato Helpful Content Update), in modo da penalizzare i siti e le informazioni che diffondono notizie false, imprecise e non soggette a preventiva verifica

incontrollato, l'intermediazione delle piattaforme e dei motori di ricerca nella raccolta, selezione, organizzazione e diffusione delle informazioni rendono urgente la definizione di strumenti in grado di rendere effettiva la tutela dei diritti dei destinatari di quelle informazioni.

In questo contesto, la garanzia di una informazione vera, attendibile, obiettiva, in una parola *buona* non esaurisce il suo effetto nella sola dimensione dell'individuo ma si proietta sull'intera società, facendosi strumento di difesa della democrazia e possibilità della sua stessa sopravvivenza[70].

dirittifondamentali.it

[70] Se è vero quanto affermato dal giornalista inglese Amol Rajan «Stiamo vivendo nel mondo della post-verità popolato da fake news e fatti alternativi. Il pubblico crede in ciò che vuole e scarta tutto il resto. La verità è dura, costosa e noiosa. Le bugie sono facili, economiche ed elettrizzanti», è anche vero che va diffondendosi una cultura della buona informazione tra gli utenti. Ciò si può ricavare dal Rapporto internazionale di Global Disinformation Index del 2022, che afferma che 8 consumatori su 10, pari all'85%, dichiara che non utilizzerebbe più un marchio se accanto all'annuncio pubblicitario venissero visualizzate notizie false o provocatorie

dirittifondamentali.it

Dirittifondamentali.it - Fascicolo 3/2022
Data di pubblicazione – 2 novembre 2022

Data quality issues in EU digital procedures of border control

di
Mirko Forti*

Sommario: I. INTRODUCTION – II. UNDERSTANDING DATA QUALITY ISSUES IN DIGITAL SOCIETIES 1. Definitions and Dimensions of Data Quality. – 2. Data quality in the EU Legal Framework: a brief analysis. – III. DATA QUALITY AND DIGITAL BORDERS: TECHNICAL ASPECTS AND FUNDAMENTAL RIGHTS SAFEGUARDS – 1. Data Quality and Data Processing Phases. – 2. Data Quality as Fundamental Rights Safeguard. - IV. FINAL REMARKS AND RECOMMENDATIONS

I. INTRODUCTION

The digitalization process[1] of the external borders is a constant trend of EU border management policies in the last years. The European Border Surveillance System (Eurosur)[2] is a paradigmatic example of the implementation of such digital frontiers[3]. Eurosur consists of a framework for information exchange and cooperation between the European Border and Coast Guard Agency (Frontex) and Member States to perform data-driven border control operations. More specifically, Frontex coordinates the Eurosur Fusion Services that collect data from surveillance tools, including satellites and drones, to maintain an updated situational picture of EU external frontiers and pre-border areas. In addition to such surveillance

* Postdoctoral Researcher – Sant'Anna School of Advanced Studies – mirko.forti@santannapisa.it

[1] G. GLOUFTSIOS, S. SCHEEL, *An inquiry into the digitisation of border and migration management: performativity, contestation and heterogenous engineering*, in *Third World Quarterly*, 2021, 42:1, 123-140

[2] Regulation (EU) No 1052/2013 of the European Parliament and of the Council of 22 October 2013 establishing the European Border Surveillance System (Eurosur), OJ L 295, 6.11.2013, 11–26.

[3] J. RJIPMA, M. VERMEULEN, *Eurosur: saving lives or building borders?*, in *European Security*, 2015, 24:3, 454-472.

Contributo sottoposto a referaggio

dirittifondamentali.it

procedures, an interconnected network of large-scale information systems operating at EU borders store personal data collected from third-country nationals for a variety of purposes[4], including migration management and law enforcement. The upcoming ETIAS database is an example of such data-driven identification procedures. The ETIAS Regulation[5] will require visa-exempt third-country nationals to share their data to check whether they pose any risk to the European Union. These data will be compared with other databases and evaluated according to specific risk indicators elaborated by an algorithm.

This digitalization process is gradually transforming the idea of border itself. Data-driven frontiers no longer consist of static lines of territorial demarcation, but they multiply in a distributed and dispersed landscape[6] that brings together human actors (national border guards, EU agents, NGOs, etc.) and technological artefacts[7].The intertwinings between human beings and surveillance infrastructures contribute to the production of digital borders[8].

Data-driven frontiers shape the surrounding environment, despite the technological neutrality principle[9]. Digital border control procedures may influence the agency of migrants, refugees and asylum-seekers, pushing them to adopt alternative (more dangerous) behaviours to avoid surveillance

[4] N. VAVOULA, *Interoperability of European centralised databases: another nail in the coffin of third-country nationals' privacy?*, in EU Migration Law Blog, 8 July 2019 https://eumigrationlawblog.eu/interoperability-of-european-centralised-databases-another-nail-in-the-coffin-of-third-country-nationals-privacy/, (accessed 28/06/2022).

[5] Regulation (EU) 2018/1240 of the European Parliament and of the Council of 12 September 2018 establishing a European Travel Information and Authorisation System (ETIAS) and amending Regulations (EU) No 1077/2011, (EU) No 515/2014, (EU) 2016/399, (EU) 2016/1624 and (EU) 2017/2226, OJ L 236, 19.9.2018, p. 1–71.

[6] D. BROEDERS, J.HAMPSHIRE, *Dreaming of seamless: ICTs and the pre-emptive governance of mobility*, in *Journal of Ethnic and Migration Studies*, 2013, 39:8, 1201-1218.

[7] R. BELLANOVA, D. DUEZ, *A different view on the 'making' of European security: the EU Passenger Name Record system as a socio-technical assemblage*, in *European Foreign Affairs Review*, 2012, 17, 109-124.

[8] P. TRAUTTMANSDORFF, *The politics of digital borders*, in C. GÜNAY, N. WITJES (eds.), *Border Politics. Defining spaces of governance and forms of transgressions*, Cham, 2017, 107-126.

[9] C. DUMBRAVA, *Artificial Intelligence at EU borders. Overview of applications and key issues*, European Parliamentary Research Service, 2021 https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2021/690706/EPRS_IDA(2021)690706_EN.pdf (accessed 29/06/2022).

infrastructures. As a mere example of this tendency, several cases of individuals burning their fingertips to prevent the collection of their fingerprints are reported[10].

A pervasive and diffuse surveillance environment at the borders represents the policy answer against incoming migration flows, intended as potentially security threats and destabilizing factors. As an example of this securitization approach, Eurosur has the goals to monitor, identify, prevent and intercept any unauthorised border crossing movement in an effort against international terrorism and transnational crime episodes (art.2.1 Reg. 1052/2013). Borders become sites of (in)security production that encompass anxieties and fears about several issues, like illegal immigration and terrorist threats[11].

Data-driven borders act as filters[12] in an attempt to ban third-country nationals that could represent a danger to the security and internal stability of the EU and its Member States[13]. In other words, the digitalization process of EU external frontiers aims to deflect any security menaces that migratory flows could bring[14]. As a consequence, digital governance of migration facilitates mobility of privileged social groups[15], such as businesspeople, while tracking the movements of racialized social groups like refugees and asylum seekers[16]. The implementation of digital borders comes with socio-political consequences worth mentioning.

[10] M. LATONERO and others, *Digital identity in the refugee and migration context. Italy case study*, 2019 https://datasociety.net/library/digital-identity-in-the-migration-refugee-context/ (accessed 29/06/2022).

[11] W. WALTERS, *Putting the migration-security complex in its place*, in L. AMOORE, M. DE GOEDE (eds.), *Risk and the War on Terror*, London, 2008, 158-177.

[12] W. WALTERS, *Rethinking borders beyond the State*, in *Comparative European Politics*, 2006, 4, 141-159.

[13] D. BIGO, *Globalised (in)security: the field and the ban-opticon*, in D. BIGO, A. TSOUKALA (eds.), *Terror, insecurity and liberty. Illiberal practices of liberal regimes after 9/11*, New York, 2008, 10-48.

[14] L. STIELIKE, *Migration multiple? Big data, knowledge practices and the governability of migration*, in M. SANDBERG and others (eds.), *Research methodologies and ethical challenges in digital migration studies*, Cambridge, 2022, 113-138.

[15] M. LEESE, *Exploring the security/facilitation nexus: Foucault at the 'smart' border*, in *Global Society*, 2016, 30:3, 412-429.

[16] A. PELIZZA, *Processing alterity, enacting Europe: migrant registration and identification as co-construction of individuals and polites*, in *Science, Technology and Human Values*, 2020, 45 (2), 262-288; G. GLOUFTSIOS, S. SCHEEL, (1).

A similar datafication[17] of migration management procedures creates different possibilities to access fundamental rights according to potentially discriminatory elements and features like cultural background, race, capital, class, gender, sexual orientation, and political ideas[18]. EU digital border management policies may exploit existing power hierarchies and contribute to social divisions[19] between EU citizens and third-country nationals. The data-driven filtering of human mobility is, therefore, the product of a politics of discrimination[20] hidden behind technological neutrality assumptions[21]. The term "technocolonialism" explains how data exploitation practices could exacerbate existing vulnerabilities of third-country nationals, intended as "others" in the EU context, and foster forms of technological dependency between a dominant Global North and a dependent Global South, divided by the Mediterranean Sea[22]. The global diffusion of data-driven border governance instruments embodies such relationships, where African and Asian countries adopt the most modern surveillance technologies, in an effort to reach the so-called 'biometric ideal' that cound ensure the inviolability of their frontiers[23].

Biopolitical[24] ideas drive the implementation of digital borders to make complex phenomena like migration flows knowable through data collection activities. However, surrounding circumstances and deployed technologies are in a relation

[17] D. BROEDERS, H. DIJSTELBLOEM, *The datafication of mobility and migration management: the mediating state and its consequences*, (2016) in I. VAN DER PLOEG, J. Pridmore (eds.), 'Digitizing identities: doing identity in a networked world', London/New York, 2016, 242-260.

[18] M. LEESE, S. NOORI, S. SCHEEL, *Data matters: the politics and practices of digital borders and migration management*, in *Geopolitics*, 2022, 27:1, 5-25.

[19] R. CSERNATONI, *Constructing the EU's high-tech borders: Frontex and dual-use drones for border management*, in *European Security*, 2018, 27:2, 175-200.

[20] G. GLOUTFSIOS, P. LOUKINAS, *Perceiving and controlling maritime flows. Technology, kinopolitics and the governmentalization of vision*, in *International Political Sociology*, 2022, 16 (3), 1-21.

[21] A. HABIB, *The ongoing digitisation of Europe's borders*, Digital Freedom Fund, 18 June 2021, https://digitalfreedomfund.org/the-ongoing-digitisation-of-europes-borders/ (accessed 29/06/2022).

[22] M. MADIANOU, *Technocolonialism: digital innovation and data practices in the humanitarian response to refugee crises*, in *Social Media+Society*, 2019, 5 (3), 1-13.

[23] P. M. FROWD, *Security at the borders. Transnactional practices and technologies in West Africa*, (2018) Cambridge, 2018, 53-81.

[24] L. T. LIESEN, M.B. WALSH, '*The competing meanings of 'biopolitics' in political science. Biological and postmodern approaches to politics*', in *Politics and the Life Sciences*, 2012, 31 (1/2), 2-15.

of mutual influences. Marcuse introduced the idea of technological rationality[25] to explain how the implementation of technology into a society governs the rationality of society itself. In other words, the technology design and deployment influence the choices of individuals using such technologies. Data practices are not merely a technical exercise but a political statement that enacts a specific representation of reality. As Latour pointed out, data are a matter of concern instead of a matter of fact[26].

Despite these considerations, EU border control and migration management policies rely acritically on data-realism assumptions[27] according to which data are indisputable descriptors of reality. Any claims of data justice are not considered, depoliticizing the experiences of vulnerable data subjects like migrants, refugees and asylum seekers. The fact that the European Union Agency for the Operational Management of Large-Scale IT Systems in the Area of Freedom, Security and Justice (eu-Lisa) registers the refusal of third-country nationals to provide information about themselves as "noise data" to be cancelled from their databases, without any further investigation about the reasons of similar behaviour[28], is just an example of such detrimental consequences.

This brief introduction shows how data collection and processing activities are of crucial importance in modern border control and migration management policies. The results of such practices can have dramatic consequences on the lives of migrants, refugees and asylum seekers, contributing to deciding their fate.

Despite the importance of such digital policies, data quality issues are often disregarded in the implementation of data-driven borders.

This paper argues that EU borders are getting digitalised without an adequate consideration to data quality issues to secure fair treatment of third-country nationals. The use of high-quality data would strike an appropriate balance

[25] H. MARCUSE, *Some social implications of modern technology*, in *IX Studies in Phylosophy and Social Sciences*, 1941, 138-162.

[26] B. LATOUR, *Why has critique run out of steam? From matters of facts to matters of concern*, in *Critical Inquiry*, 2004, 30:2, 225-48.

[27] G. GLOUFTSIOS, S. SCHEEL, (1).

[28] H. STEYERL, *A sea of data: pattern recognition and corporate animism (forked version)*, (2019) in C. APPRICH and others (eds.), *Pattern discrimination*, Minneapolis, 2019, 1-22.

between safeguarding national security and protecting the fundamental rights of migrants. On the one hand, reliable information could guarantee efficient border control policies to prevent actual security threats. On the other hand, high-quality data can ensure transparent decision-making processes in border control policies and safeguard substantive and procedural rights of third-country nationals. The deployment of low-quality data in human mobility governance may propagate discriminatory attitudes and exacerbate the vulnerabilities of migrants, refugees and asylum seekers.

The first part of the paper addresses the concept of data quality, building on computer science notions to understand how the current legal framework could ensure the highest data quality standards in the design and implementation of data-driven border control procedures. The second part of this contribution interrogates the actual scenario at digital borders to understand how low-quality data could affect the fundamental rights of migrants, refugees and asylum seekers. The last part of the paper formulates a few recommendations to overcome data quality issues and, therefore, contributing to a safe and secure border environment.

II. UNDERSTANDING DATA QUALITY ISSUES IN DIGITAL SOCIETIES

Data quality issues are of utmost importance in digital societies. Low-quality data may produce mediocre outcomes, according to the principle of "garbage in, garbage out"[29]. Despite their importance, it is a challenging task to define data quality standards. Data-driven activities employ different types of information from a variety of sources to accomplish various tasks through disparate processing modalities. Such variables make it difficult to formulate harmonised benchmarks and even a unanimous definition of data quality.

[29] M. F. KILKENNY, K. M. ROBINSON, *Data quality: "garbage in-garbage out"*, in *Health Information Management Journal*, 2018, 47 (3), 103-105.

dirittifondamentali.it

1. *Definitions and Dimensions of Data Quality*

Although the importance of using accurate data has been evident since the first steps of computer science[30], data quality issues have often been disregarded until recent times[31] when scholars from different research fields have tried to formulate definitions of data quality[32].

Wang and Strong expands the notion of data quality beyond the mere information accuracy, talking about data fit for purpose[33]. Bygrave considers how data processing activities could serve a variety of goals and argues that data quality benchmarks should take into appropriate account the surrounding circumstances (e.g. data processing modalities and goals, needs of data users, etc.)[34]. As a consequence of this approach, data quality standards could change accordingly to the purposes of the data-driven activities, raising technical problems in terms of secondary uses of information[35]. Accurate data could not be adequate for a specific data processing goal because of their inherent structure or terminology.

The lack of uniform assessment modalities makes data quality measurable according to dimensions[36] such as relevance, comprehensibility and completeness that consider the specific data processing environment. Such dimensions are correlated[37] and the data quality focus could be on one aspect instead of another[38].

---

[30] K.L. KARST, '*The Files': legal controls over the accuracy and accessibility over stored personal data*', , in *Law and Contemporary Problems*, 1966, 31 (2) (4), 343.

[31] L.A. BYGRAVE, *Ensuring right information on the right persons, Legal controls of the quality of personal information, Part I*, 1996, https://www.jus.uio.no/ifp/om/organisasjon/afin/forskning/notatserien/1996/4_96.html (accessed 01/07/2022).

[32] D. DIMITROVA, *The rise of personal data quality principle: is it legal and does it have an impact on the right to rectification?*,) in *European Journal of Law and* Technology, 2021, 12(3), https://ejlt.org/index.php/ejlt/article/view/768/1042, (accessed 01/07/2022).

[33] R.Y. WANG, D. STRONG, *Beyond accuracy: what data quality means to data consumers*, in *Journal of Management Information Systems*, 1996, 12 (4), 5-33.

[34] L.A. BYGRAVE, *Data protection law: approaching its rationale, logic and limits*, London/New York, 2002,25.

[35] P. ILLARI, *IQ: purposes and dimensions*, (2014) in L. FLORIDI, P. ILLARI, *The Philosophy of Information Quality*, New York/London, 2014, 281-301.

[36]D. DIMITROVA, (32).

[37] *ibidem*.

Cai and Zhu explain that data quality is an even more relevant topic in the Big Data era[39]. There is no unanimous consensus around the technical definition of Big Data[40]. As far as the goals of this paper are concerned, this term indicates the vast amounts of diverse data that modern computers are capable of elaborating to produce their diagnostic and analytical outcomes[41]. Cai and Zhu note how several variables, including the variety of data sources and the massive data volume, may hinder reaching the highest data quality standards.

Thus, they propose an alternative point of view to address these issues. More specifically, a user-centric perspective that defines data quality taking into account the data processing environment. This bottom-up methodology should ensure adequate safeguards to the rights of data users in specific contexts. Cai and Zhu do not try to formulate an aprioristic definition of data quality because they observe how such a concept could be influenced by other circumstances, like data processing goals, modalities and subjects. Dimitrova labels data quality is a multi-layered and goal-dependent idea[42]. This defining vagueness contributes to a lack of clarity regarding the regulatory aspects of data quality.

2. *Data quality in the EU Legal Framework: a brief analysis*

European Union law does not formulate any legal definition of data quality[43]. The Regulation (EU) 2016/679 (GDPR)[44] does not address data quality as a standalone

---

[38] C. BATINI, M. SCANNAPICCO, *Data and information quality: dimensions, principles and techniques*, London/New York, 2016, 43.

[39] L. CAI, Y. ZHU, *The challenges of data quality and data quality assessment in the big data era*, (2015), in *Data Science Journal*, 2015, 14:2, 1-10.

[40] M. FAVARETTO and others, *What is your definition of Big Data? Researchers' understanding of the phenomenon of the decade*, in *Plos One*, 2020, https://journals.plos.org/plosone/article?id=10.1371/journal.pone.0228987 (accessed 03/07/2022).

[41] A. GANDOMI, M. HAIDER, *Beyond the hype: big data concepts, methods and analytics*, in *International Journal of Information Management*, 2015, 35(2), 137-144.

[42] D. DIMITROVA, (32).

[43] *Ibidem*.

[44] Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, and repealing Directive 95/46/EC (General Data Protection Regulation), OJ L 119, 4.5.2016, p. 1–88.

principle but considers its elements, like the principles of lawfulness, fairness, transparency and accuracy (Art. 5).

Notwithstanding the lack of a uniform definition, the importance of data quality issues is evident to EU regulators and policymakers, especially at a time when Artificial Intelligence (AI) is becoming increasingly important in many sectors[45]. According to the European Council of 2018, data quality is a crucial requirement for a fair and proportionate development of AI algorithms[46]. The High-Level Expert Group on Artificial Intelligence (AI HLEG) states that data quality could represent a valid safeguard against algorithmic biases and misconduct[47]. The Committee on Civil Liberties, Justice and Home Affairs of the European Parliament (LIBE Committee) warns that not updated, incorrect or low-quality data can produce unreliable algorithmic results that may infringe the fundamental rights framework[48].

As far as law enforcement context is concerned, the EU Directive 2016/680[49] requires competent authorities to investigate data quality standards before sharing information with other law enforcement agencies (Art. 7.2). More specifically, such investigation should address the completeness, accuracy and reliability of shared data.

[45] European Union Agency for Fundamental Rights, 'Data quality and Artificial Intelligence – mitigating bias and error to protect fundamental rights', (2019) https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/fra-2019-data-quality-and-ai_en.pdf (accessed 04/07/2022).

[46] European Council conclusions, 29 June 2018, https://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2018/06/29/20180628-euco-conclusions-final/ (accessed 04/07/2022).

[47] AI HLEG, Ethical Guidelines for Trustworthy AI, https://ec.europa.eu/futurium/en/ai-alliance-consultation.1.html, (accessed 04/07/2022).

[48] Opinion of the Committee on Civil Liberties, Justice and Home Affairs on a comprehensive European industrial policy on Artificial Intelligence and Robotics, 11 December 2018, https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2019-0019_EN.html#title4 (accessed 04/07/2022).

[49] Directive (EU) 2016/680 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data by competent authorities for the purposes of the prevention, investigation, detection or prosecution of criminal offences or the execution of criminal penalties, and on the free movement of such data, and repealing Council Framework Decision 2008/977/JHA, OJ L 119, 4.5.2016, p. 89–131.

III. DATA QUALITY AND DIGITAL BORDERS: TECHNICAL ASPECTS AND FUNDAMENTAL RIGHTS SAFEGUARDS

The first section of the paper introduces the concept of data quality and its main features to explain how external variables and the surrounding digital environment could influence data quality assessments. The second part of this contribution moves from the previous analysis to investigate how data quality issues could play a crucial role in the correct functioning of digital borders. More specifically, the focus is on how the deployment of low-quality, mediocre data could threaten the fundamental rights of migrants, refugees and asylum seekers.

However, this paragraph needs firstly to interrogate what could be the technical obstacles that prevent data-driven activities from reaching the highest data quality standards compliant with the fundamental rights framework.

1. *Data Quality and Data Processing Phases*

Liu and Chi observe how data processing activities could transform data[50]. As a consequence of these changes, data quality assessments could radically differ between each data elaboration phase[51]. Technical errors could affect data at every single stage of data processing operations: measurement errors during data collection, entry errors during data elaboration or algorithmic biases during the interpretation of information[52] are a few examples in this sense.

[50] L. LIU, L. N. CHI, *Evolutional data quality: a theory-specific view*, in *Proceedings of the Seventh International Conference of Information Quality* (ICIQ-02), 2002, http://mitiq.mit.edu/ICIQ/Documents/IQ%20Conference%202002/Papers/EvolutionalDataQualityATheorySpecificView.pdf (accessed 05/07/2022).
[51] D. DIMITROVA, (32).
[52] L. LIU, L. N. CHI, (50).

Article 29 Working Party indicates four different phases of data processing activities: a) data collection, b) data analysis, c) data profiling d) data-driven decision-making[53]. Each of these stages could reveal different data quality issues[54].

The Court of Justice of the European Union (CJEU) states that data formatting and presentation should be clear and leave no room for ambiguous interpretation[55] in data-driven personal identification procedures. Data organisation is an essential prerequisite for ensuring the proper functioning of large-scale information systems at EU external borders. The Report on the evaluation of the Schengen Information System (SIS II) signals errors deriving from non-functioning links, such as biometric data of an individual associated with the alphanumeric information of a different person[56]. Thus, incorrect associations between correct data could have detrimental effects on data quality and threaten the rights of affected individuals[57].

The EU Regulations on the interoperability between EU information systems in the field of Freedom, Security and Justice[58] enable information transmission between such databases, thus possbily propagating uncorrect data.

Data quality issues are particularly relevant to the operation of AI algorithms in the profiling and decision-making stages. Machine learning algorithms use training

[53] Article 29 Working Party, 'Guidelines on Automated individual decision-making and Profiling for the purposes of Regulation 2016/679', 22 August 2018, https://ec.europa.eu/newsroom/article29/items/612053/en (accessed 05/07/2022).

[54] D. DIMITROVA, (31).

[55] Court of Justice of the European Union, U v. Stadt Karlsruhe, Judgment of 2 October 2014, Case C-101/13 – U, ECLI:EU:C:2014:2249.

[56] Commission Staff Working Document, Report from the Commission to the European Parliament and the Council on the evaluation of the second generation Schengen Information System (SIS II) in accordance with articles 24 (5), 43 (3) and 50 (5) of Regulation (EC) no. 1987/2006 and articles 59 (3) and 66 (5) of Decision 2007/553/JHA, COM (2016) 880 final, 21 December 2016, https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52016SC0450&from=EN (accessed 06/07/2022).

[57] D. DIMITROVA, (32).

[58] Regulation (EU) 2019/817 of the European Parliament and of the Council of 20 May 2019 on establishing a framework for interoperability between EU information systems in the field of borders and visa and amending Regulations (EC) No 767/2008, (EU) 2016/399, (EU) 2017/2226, (EU) 2018/1240, (EU) 2018/1726 and (EU) 2018/1861 of the European Parliament and of the Council and Council Decisions 2004/512/EC and 2008/633/JHA, OJ L 135, 22.5.2019, p. 27–84; Regulation (EU) 2019/818 of the European Parliament and of the Council of 20 May 2019 on establishing a framework for interoperability between EU information systems in the field of police and judicial cooperation, asylum and migration and amending Regulations (EU) 2018/1726, (EU) 2018/1862 and (EU) 2019/816, OJ L 135, 22.5.2019, p. 85–135.

data to find new patterns that could be applicable in different contexts[59]. These AI technologies elaborate raw, unprocessed data (called input data) to produce diagnostic outcomes that could influence human decision-making processes.

Malgieri and Comandè explain in this regard how quality standards should cover not only input data but also the design of the algorithms[60]. The internal structure of low-quality machine learning technologies could contain embedded biases and defects and produce incorrect outcomes as a result of a mediocre working routine[61]. The CJEU requires high-quality standards on abstract profiling models used by algorithms. The Court, addressing the legitimacy of PNR (Passenger Name Record) data collection and elaboration activities, states that data profiling models must be specific and reliable to efficiently identify only individuals who could seriously represent a security risk[62]. High-quality algorithmic models require an efficient identification of the purposes they should achieve (e.g. protecting national security from external threats). A mediocre conceptualization of such goals should cause low-quality algorithmic functioning and, therefore, unreliable outcomes[63].

2. *Data Quality as Fundamental Rights Safeguard*

Low-quality data processing activities could endanger the fundamental rights framework in many ways. Outdated, unreliable data, as well as mediocre technology design, could seriously undermine data-driven activities and lead to the production of discriminatory results.

dirittifondamentali.it

[59] European Union Agency for Fundamental Rights, (44).
[60] G. MALGIERI, G. COMANDÈ, '*Why a right to legibility of automated decision-making exists in the General Data Protection Regulation*', in *International Data Privacy Law*, 2017, 7 (4), 243-265.
[61] T. HOEREN, *Big Data and the legal framework for data quality*, in *International Journal of Law and Information Technology*, 2017, 25 (1), 26-37.
[62] Court of Justice of the European Union, Opinion on the Agreement PNR UE-Canada, Opinion Of the Court of 26 July 2017, Opinion 1/15, ECLI:EU:C:2016:656.
[63] L. A. BYGRAVE, (31).

The CJEU states[64] that data-driven identification procedures at the border interfere with the privacy rights enshrined in the art. 7 and 8 of the Charter of the Fundamental Rights of the European Union (CFREU)[65]. Thus, the Court requires such digital operations to be necessary and proportionate to accomplish clearly established purposes.

The interoperability between databases brings into discussion several rights of the data subjects (e.g. Right to access and Right to rectification – art.15 and 16 GDPR) due to the technical complexity of tracing the original data input source[66]. Thus, interoperability features can hinder modifying inaccurate or outdated data and, therefore, lead to detrimental consequences on the lives of affected individuals (e.g. refusal of an entry permit based on inaccurate information).

A plurality of parties (EU border agencies, national authorities) interacts with data collected at the border for a variety of purposes (border control, migration management, law enforcement, counter-terrorism). Such a situation conflicts with data minimisation and purpose limitation principles (art.5 GDPR) and does not allow a clear identification of data quality standards. As explained before, accurate data for a specific purpose could be useless in the accomplishment of another goal.

Non-transparent decision-making processes may hinder the right to effective legal remedies and a fair trial (art. 47 CRFEU). The inherent opaqueness of AI algorithms may prevent external human observers from understanding the logical reasoning behind specific data-driven outputs[67]. Such a lack of transparency may challenge data quality standards impeding the assessment of the accuracy of deployed algorithmic models. Opaque data-driven border control activities may decide for

[64] Court of Justice of the European Union, Ligue des droits humains ASBL v Conseil des ministres, Judgment of 21 June 2022, Case C-817/19, ECLI:EU:C:2022:491.

[65] Charter of the Fundamental Rights of the European Union, OJ C 326, 26.10.2012, p. 391–407.

[66] T. QUINTEL, *Why should we care about the privacy of asylum seekers*, EUI Migration Policy Centre, https://migrationpolicycentre.eu/data-privacy-of-asylum-seekers/ (accessed 07/07/2022).

[67] Y. BATHAEE, *The Artificial Intelligence black box and the failure of intent and causation*, in *Harvard Journal of Law and Technology*, 2018, 31 (2) 890-938.

rejections on grounds not detailed enough to permit an appeal[68]. Such lack of transparency may hinder the right to protection in the event of expulsion as well (art.18 CFREU). Poor data quality could cause failures in data-driven identification procedures and, therefore, in a lacking ackonwoledgment of peculiar vulnerabilities of concerned individuals that may risk unlawful expulsions.

Digital borders may threaten the principle of non-discrimination (art.21 CFREU). Processing data through mediocre and unsuitable technologies can produce detrimental and prejudicial results. Data-driven migration management operations could propagate biases embedded in the technology or the datasets and, therefore, shape the outcomes of the decision-making process. AI algorithms collect and elaborate data according to statistical measures so such software could label as "wrong" individuals who do not belong to majority groups[69]. As a consequence of this working routine, algorithmic outcomes could exacerbate the vulnerabilities of minorities like migrants.

Thus, data quality problems could contribute to addressing asylum seekers and refugees as potential security threats infringing the prohibition (art.31 of the 1951 Geneva Convention[70]) of criminalizing those looking for international protection[71].

IV. FINAL REMARKS AND RECOMMENDATIONS

This paper sheds light on an often overlooked issue: the importance of data quality issues in digital border control and migration management procedures. Poor quality data in such contexts may cause the implementation of discriminatory

[68] T. ZANDSTRA, E. BROUWER, *Fundamental rights at the digital border: ETIAS, the right to data protection, and the CJEU's PNR Judgment*, 24 June 2022, Verfassungblog, https://verfassungsblog.de/digital-border/ (accessed 07/07/2022).

[69] Tetyana Krupiy, 'Understanding digital discrimination: analysing Marshall McLuhan's work through a human rights lense', (2021) 2 (1) New Explorations. Studies in Culture & Communication, 34-55.

[70] Convention and Protocol relating to the Status of Refugees, https://www.unhcr.org/3b66c2aa10 (accessed 08/07/2022).

[71] T. QUINTEL, (66).

dirittifondamentali.it

policies and the aggravation of socio-cultural divisions between national citizens and third-country nationals. Low-quality data-driven activities may contribute to framing migrants, refugees and asylum seekers as potential security threats and hindering their integration within the EU territory.

Data quality could, therefore, protect the fundamental rights of individuals affected by data-driven activities.

This contribution explains how data quality is a complex and multi-layered concept that refers to various features and benchmarks, including accuracy, reliability, and completeness. Data quality assessments should also consider the surrounding circumstances and the goals of the specific data-driven activities. Thus, this paper calls for a clear conceptualization of the aims of digital frontiers to ensure the fair treatment of third-country nationals. The variety of purposes of such policies does not allow reaching the highest data quality standards.

This contribution argues for periodical quality assessments of data-driven border control practices to ensure their compliance with the fundamental rights framework. In addition to that, such evaluation procedures should take into account if these digital operations are still necessary and proportionate to the considered goals. These assessments should consider the entire data processing cycle, including the technological means deployed, to detect any embedded biases that could propagate discriminatory outcomes.

Attention to data quality would imply a paradigm shift in current border control and migration management policies, focusing on protecting the fundamental rights of third-country nationals and not considering migrants as potential security threats.

dirittifondamentali.it

dirittifondamentali.it

Dirittifondamentali.it - Fascicolo 3/2022
Data di pubblicazione – 2 novembre 2022

Mitologie giuridico-politiche della modernità alla prova della pandemia

di
Claudio Sartea*

Sommario: 1. La *catastrofe*, e dopo: a modo di premessa. - 2. Perimetrare socialmente e giuridicamente il bene salute, oggi. - 3. Salute in pandemia: un istruttivo paradosso. - 4. Mitizzazione e demitizzazione della scienza. *4.1 Dallo scientismo alla tecnocrazia. - 4.2. Il nuovo ruolo della rete. - 4.3. Gli effetti morali della cultura tecnomorfica. - 4.4 L'aspirazione all'invulnerabilità e la trasfigurazione tecnologica dell'uomo.* - 5. Gli esiti giuridico-politici problematici dell'antropologia individualista. - 6. Mito e realtà della democrazia dei moderni. - 7. Oltre le mitologie della modernità? E verso quali lidi?

1. La catastrofe, e dopo: a modo di premessa

Giuseppe Capograssi, all'indomani di una catastrofe ben diversa dalla pandemia del Covid-19, come fu la Seconda guerra mondiale, scrisse un celebre saggio intitolato: "Il diritto dopo la catastrofe"[1]. In esso sviluppava considerazioni elevate sul ruolo delle istituzioni giuridiche dopo lo stravolgimento che la guerra aveva provocato in tutto il mondo, e specialmente in quello che da allora divenne in modo probabilmente definitivo "il vecchio mondo", l'Europa. Precisato che non mi ritrovo nella retorica guerresca che ha caratterizzato la comunicazione istituzionale e giornalistica durante le fasi più acute della recente crisi sanitaria, mi avvalgo comunque dell'analogia catastrofista per sviluppare e condividere qualche considerazione su ciò che è del diritto e dello Stato di diritto dopo questa

*Professore Associato di Filosofia del Diritto – Università degli Studi di Perugia.
[1] G. CAPOGRASSI, *Incertezze sull'individuo*, Giuffrè, Milano, 1969, pp. 3 e ss.

Contributo sottoposto a referaggio

dirittifondamentali.it

pandemia[2]. Come sarà via via più chiaro nel corso delle riflessioni che seguono, l'ipotesi da cui muovo è che la pandemia non abbia costituito un'emergenza nel senso etimologico: *ex-mergere*, venire fuori dall'acqua (il significato opposto, in virtù dei prefissi differenti, del verbo immergere), dunque cambiare prospettiva e posizione, provocare una discontinuità. Indubbiamente la crisi sanitaria globale avrebbe potuto essere questo: una radicale messa in discussione non solo di alcuni dei principi e dei valori su cui si reggono le nostre società, ma anche dell'intero paradigma retrostante (paradigma politico, giuridico, economico, sociale, culturale, psicologico). Tuttavia non lo è stata, ed anzi nella reazione immediata e poi nella gestione dell'emergenza, a tutti i livelli, non siamo affatto usciti, e-mersi, dai nostri schemi e dalla mitologia (anche quella giuridico-politica) precedente, che al contrario si è consolidata e forse rafforzata. Questo può alimentare, a seconda dei punti di vista, un grande entusiasmo e ridefinire la resilienza, di cui tanto si parla, in termini di ritorno all'assetto precedente la crisi, oppure generare un certo sconforto in coloro che alla resilienza assegnano il compito di portarci fuori non solo dalla crisi, ma anche dai fattori di lungo periodo che l'hanno provocata o almeno alimentata. In ogni caso, credo si possa affermare con una certa sicurezza che dopo quasi tre anni dal primo scatenarsi della crisi registriamo reazioni ed atteggiamenti che s'iscrivono abbastanza bene in un'ermeneutica della continuità[3]: la pandemia si è inserita in un contesto socioculturale molto strutturato e non solo non lo ha scalfito, ma al contrario è stata affrontata e superata anche grazie al massiccio ricorso ai suoi miti da parte di ideologi, intellettuali, comunicatori e governanti. Al contempo, tuttavia, tali miti hanno mostrato i propri punti deboli e,

[2] Sebbene logora, non è qui di troppo la citazione della metafora hegeliana sul ruolo della filosofia, anche nei riguardi delle vicende giuridiche e politiche: "L'idealità appare davanti alla realtà soltanto nella maturità della Realtà, e allora l'idealità si costruisce il medesimo mondo, colto nella sua sostanza, nella figura di un regno intellettuale. Quando la Filosofia tinge il suo grigio sul grigio, allora una figura della vita è invecchiata, e con grigio su grigio non è possibile ringiovanirla, ma soltanto conoscerla: la civetta di Minerva inizia il suo volo soltanto sul far del crepuscolo" (G.W.F. HEGEL, *Lineamenti di filosofia del diritto*, *Prefazione*, trad. it., Bompiani, Milano, 2006, p. 65).

[3] La legge così anche A. MUSIO, *Tra arresto, emergenza ed eccezione. Linee per un'etica della sovranità pandemica*, in AA.VV., *Vulnus. Persone nella pandemia*, a cura di A. Pessina, Mimesis, Milano-Udine, 2022, pp. 41 e ss.

dirittifondamentali.it

per certi versi, la propria inadeguatezza: chiedendo implicitamente una revisione, o almeno un aggiornamento. Un'emersione necessaria, e magari urgente.

2. Perimetrare socialmente e giuridicamente il bene salute, oggi

Il bene umano attorno al quale ruota tutta la vicenda pandemica è senza dubbio il bene salute. Il nuovo virus ha rappresentato ovviamente anzitutto un'aggressione inedita alla salute umana, e la scienza medica ha dovuto improvvisamente fronteggiare un avversario sconosciuto (sconosciuti i meccanismi di contagio, sconosciuti gli effetti di medio e lungo termine, sconosciute le terapie, sconosciute le metodiche di prevenzione e le possibilità di vaccinazione). Una preliminare riflessione è dunque doverosa, per perimetrare lo spazio che la salute (ed il relativo diritto a questo bene umano) occupa nella mentalità dominante: almeno, nel contesto socioculturale dei cosiddetti "paesi del benessere". È persuasione di chi scrive che tale bene sia divenuto, e da tempo, uno dei referenti mitici della società liberali postmoderne, e per questo motivo e nelle dimensioni abnormi che lo contrassegnano sia stato poi preso in carico dagli ordinamenti giuridici e politici.

Non è fuori luogo, anzitutto, collegare l'inusitata crescita di importanza di questo bene nell'ultimo secolo, non solo ed ovviamente agli sviluppi delle conoscenze ed abilità nell'ambito della biologia e genetica umana, e della cura e prevenzione delle malattie[4], ma anche al parallelo processo secolaristico che nel frattempo ha investito, con gigantesche conseguenze culturali, il mondo occidentale: un processo esordito ai remoti albori della modernità, con il soggettivismo del pensiero postcartesiano ed il laicismo delle prospettive politico-giuridiche ispirate al groziano *etsi Deus non daretur*, ma resosi diffuso e visibile, e poi popolarizzatosi, solo a partire dagli anni del benessere, nella seconda metà del secolo ventesimo. È a suo modo interessante, per lo meno in chiave simbolica, osservare che l'anno di pubblicazione de *La peste* di Albert Camus, uno dei precedenti letterari della

[4] Senza esagerare l'apporto tecnico a scapito di quello delle abitudini comportamentali dei singoli e delle comunità: come è stato dimostrato, una parte significativa di questo innalzamento dell'età media nei contesti occidentali avanzati deriva dal miglioramento delle condizioni igieniche, dall'investimento su educazione ed istruzione, dalle precauzioni più infermieristiche ed assistenziali che mediche che hanno cominciato a circondare la maternità, e così via. Cfr. D. CALLAHAN, *La medicina impossibile. Le utopie e gli errori della medicina moderna*, (1998), Baldini&Castoldi, Milano, 2009.

dirittifondamentali.it

recente pandemia più citati nelle discussioni che l'hanno accompagnata, è il 1947: per illustrativa coincidenza l'apparizione della narrazione secolarista più celebre di un'epidemia[5] coincide con la fine della seconda guerra mondiale e l'avvio di quella fase di sviluppo ed opulenza che ha contribuito a consolidare l'atteggiamento antireligioso o almeno l'indifferenza, di cui proprio quel romanzo straordinario celebrava l'eroe, un medico ateo.

In uno scenario appiattito sul livello orizzontale, quello terreno, *salus* smette di significare salvezza e si riduce appunto a salute come bene supremo[6]: di conseguenza, non vale più il noto brocardo canonistico *salus animarum suprema lex*, ma semmai *salus corporum suprema lex*, proprio come spiegavano i capi dei governi al momento di presentare e tentare di giustificare le misure incisive sui diritti fondamentali che venivano adottate per fronteggiare la diffusione del nuovo virus.

[5] Superfluo ricordare che di un'altra epidemia gravissima nelle sue conseguenze per l'Europa aveva parlato, ma in chiave schiettamente cristiana e profondamente religiosa, Alessandro Manzoni nel suo capolavoro, poco più di cent'anni prima di Camus.

[6] Giocano almeno in parte su questa ambiguità le parole di cui Camus intesse il noto dialogo tra il dottor Rieux, protagonista del romanzo, ed il reverendo Paneloux, cappellano: "Rieux si lasciò andare sul suo panchetto; guardava i rami, il cielo, ritrovando lentamente il suo respiro, eliminando a poco a poco la sua stanchezza. 'Perché avermi parlato con tanta collera?', disse una voce dietro di lui. 'Anche per me, lo spettacolo era insopportabile'. Rieux si voltò verso Paneloux: 'È vero', disse, 'mi perdoni. Ma la stanchezza è una follia. E ci sono delle ore in questa città in cui non sento altro che la mia rivolta'. 'Capisco', mormorò Paneloux. 'È rivoltante in quanto supera la nostra misura. Ma forse dobbiamo amare quello che non possiamo comprendere. Rieux si alzò di colpo. Guardava Paneloux, con tutta la forza e la passione di cui era capace, e scuoteva la testa. 'No, Padre', disse, 'io mi faccio un'altra idea dell'amore. E rifiuterò sino alla morte di amare questa creazione dove dei bambini sono torturati'. Sul viso di Paneloux passò un'ombra di turbamento. 'Dottore', fece con tristezza, 'ora ho capito quello che chiamano la grazia'. Ma Rieux si era di nuovo lasciato andare sul suo panchetto. Dal fondo della sua ritornata stanchezza, rispose con più dolcezza.: 'È quello che non ho, lo so. Ma non voglio discuterne con lei. Noi lavoriamo insieme per qualcosa che ci riunisce oltre le bestemmie e le preghiere. Questo solo è importante'. Paneloux sedette vicino a Rieux. Aveva un'aria commossa. 'Sì', disse, 'anche lei lavora per la salvezza dell'uomo'. Rieux tentava di sorridere. 'La salvezza dell'uomo è una parola troppo grande per me. Io non vado così lontano. È la sua salute che m'interessa, la sua salute anzitutto'. Paneloux esitò. 'Dottore', disse. Ma si fermò. Anche sulla sua fronte cominciava a scorrere il sudore. Mormorò 'Arrivederci', ed i suoi occhi brillavano quando si alzò. Stava per allontanarsi, quando Rieux, ch'era pensieroso, si alzò e fece verso di lui un passo. 'Mi perdoni ancora', disse, 'il mio scatto non si ripeterà'. Paneloux tese la mano dicendo con tristezza: 'E tuttavia non l'ho convinta!'. 'Che importa?', disse Rieux. 'Quello che odio, è la morte e il male, lei lo sa bene. E che lei lo voglia o no, noi siamo insieme per soffrirli e combatterli'. Rieux trattenne la mano di Paneloux. 'Lei vede', disse evitando di guardarlo, 'Dio in persona non può adesso separarci'" (A. CAMUS, *La peste*, (1947), Gallimard, Paris, 1996, pp. 238 e s., mia la traduzione).

Il neomaterialismo implicito nella rinuncia alla trascendenza può finire con il concentrare nel benessere corporale (e psicosomatico in genere) il senso della cura del sé e della cura degli altri: riconducendo a questo più modesto programma ogni finalismo anche politico, e subordinandogli altri aspetti antropologicamente cruciali ma com'è noto assai mortificati nei mesi di pandemia, specialmente durante i cosiddetti *lockdown* (ma, nei casi di quarantena individuale, anche ben oltre tali termini temporali). È senz'altro vero che la Costituzione italiana, per esempio, annovera tra i beni garantiti come fondamentali dalla nostra Repubblica anche la libertà (personale, religiosa, comunicativa), il lavoro, la famiglia, così come l'arte e la scienza, l'istruzione, la difesa processuale; così com'è indubitabile, prendendo in prestito le espressioni utilizzate dalla Corte Costituzionale in alcune note decisioni, che "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. La tutela deve essere sempre 'sistemica e non frazionata in una serie di norme non coordinate ed in potenziale conflitto tra loro'[7]. Se così non fosse, si verificherebbe l'illimitata espansione di uno dei diritti, che diverrebbe 'tiranno' nei confronti delle altre situazioni giuridiche costituzionalmente riconosciute e protette, che costituiscono, nel loro insieme, espressione della dignità della persona"[8].

Tuttavia, proprio la vicenda pandemica ci ha confermato il sospetto che nella loro effettiva attuazione gli altri beni giuridicamente tutelati anche a livello costituzionale rischiano di risultare recessivi rispetto alla protezione effettiva del bene operativamente prioritario, quello della salute[9]. *Se c'è la salute, c'è tutto*, si dice

[7] La citazione interna è di Corte Costituzionale, n. 264 del 2012.

[8] Corte Costituzionale, n. 85 del 2013.

[9] Possiamo osservare che in questo orizzonte immanente, la salute è bene cruciale anche perché il benessere del corpo è un riferimento obiettivo non ulteriormente manipolabile: un parametro di verità in un contesto di relativismo. Per la verità, prendere sul serio questo argomento ci porta molto più lontano di quanto quelli che di solito lo sostengono siano disposti ad ammettere: siffatta valorizzazione della salute psicofisica, infatti, va rigettata o acquisita in modo completo e coerente, e non risulta compatibile con una visione del corpo e del benessere di tipo soggettivista (come avviene, per fare un esempio, nel contesto della fecondazione artificiale non curativa, o in quello di certa chirurgia estetica). Ma il discorso che qui si apre sarebbe immenso, ed è certamente ultroneo rispetto ai limitati scopi di questo scritto.

popolarmente: e per quanto antropologicamente riduttivo e rozzo tale detto possa apparire, è difficile negare che abbia in fin dei conti costituito il referente dei nostri governanti nei mesi candenti della buriana epidemiologica, dimenticando il lacerante grido della donna malata di tubercolosi di cui racconta Simone de Beauvoir. Per invitarla ad assumersi con convinzione il peso dei trattamenti, l'isolamento, la sofferenza, qualcuno le aveva detto: "Coraggio, adesso pensa a guarire, che tutto il resto non conta". E lei aveva esclamato: "Ma se tutto il resto non conta, perché guarire?"[10].

3. Salute in pandemia: un istruttivo paradosso

A ben guardare, le strategie adottate in tutto il mondo per contenere la diffusione del virus hanno sacrificato scientemente tutti gli altri beni sull'altare non della salute *tout court*, ma dell'arginamento del Sars-Cov2: e, paradosso estremo, hanno così nuociuto anche alla salute di tutte le persone che si son viste costrette a rimandare l'ordinaria attività preventiva, diagnostica e terapeutica di malattie la cui autonoma letalità era fin dall'inizio molto più certificata, ed i rimedi già ben conosciuti – ma divenuti in quei mesi pressoché impraticabili. È probabile che ognuno di noi sia in proposito in grado di presentare episodi, magari gravi, che esemplificano questa dolorosa constatazione: qui posso limitarmi a menzionare il recente volume "I numeri del cancro", che registra, nella parte relativa agli "screening oncologici in era Covid-19"[11], una riduzione degli inviti e degli esami per le neoplasie della cervice, della mammella e del colon-retto (i tumori più diffusi presso la popolazione italiana ed in generale tra le principali cause patologiche di morte nei Paesi del benessere) rispettivamente del 33/43%, del 26/37%, e del 31/45%. Come spiega quell'accurato ed allarmante rapporto, i mesi standard di ritardo su diagnosi ed intervento che si sono manifestati a causa del *lockdown* pandemico nella prima metà del 2020 soprattutto sono per le stesse tre categorie di tumori 5.2, 4.5 e 5.5. E questo limitando il discorso a tre tipologie di cancro: ma tutti conosciamo molto bene le preoccupazioni manifestate dai Presidenti delle varie

[10] Devo l'illuminante citazione ad E. COLOMBETTI, *Contaminazioni, dalla* dis*topia alla* eu*topia delle relazioni*, in AA.VV., *Vulnus*, cit., p. 118.

[11] A cura di P. Mantellini, P. Falini, G. Gorini, F. Battisti, M. Zappa.

società scientifiche (cardiologia[12], pediatria[13], chirurgia generale[14], e così via) con riferimento al blocco o ai rallentamenti che le misure di contenimento del contagio da coronavirus hanno comportato per il normale funzionamento dei reparti e dei servizi, con rilevanti conseguenze in danno della salute dei pazienti attuali o potenziali. Non c'è bisogno di appesantire il quadro ricordando la sofferenza anche psicologica ed emotiva dei malati isolati negli ospedali e dei loro familiari tenuti a distanza, l'atrocità della morte in solitudine, l'incubo fantascientifico di relazioni medico-paziente rese anonime ed impersonali dalla presenza di scafandri, schermi e barriere di ogni tipo.

Al netto delle scarsissime conoscenze che si avevano sul virus, quello che in realtà sembra essere avvenuto, e non solo nel nostro Paese, ha consistito più in una prassi amministrativa volta al tentativo di controllo del contagio che in un'autentica strategia di sanità pubblica. Siccome i casi più gravi del nuovo morbo esigevano, per la stessa sopravvivenza dei pazienti, il ricovero in terapia intensiva e l'applicazione di ausili macchinici per la respirazione, la consapevolezza dei governanti circa l'insufficienza numerica di tali presidi e servizi clinici ha spinto i decisori a stabilire regole che *in radice*, intervenendo non già sul pian sanitario bensì su quello sociale, bloccassero o almeno rallentassero la diffusione del virus. Sembra essersi trattato pertanto di un problema pratico, organizzativo: su cui, a parte la riflessione da molti avviata sulla riduzione della spesa pubblica in ambito sanitario (che secondo vari interpreti addossa alla politica dei primi anni del nuovo millennio – e segnatamente ai tagli alla spesa in materia sanitaria – una parte rilevante di responsabilità dell'incapacità successiva di gestire la pandemia), può ben valere l'atteggiamento pragmatico, in altri casi inadeguato, di cui per esempio Lord Sumption, già giudice della corte suprema britannica, si è fatto banditore. In un'intervista rilasciata al *Times* durante i *lockdown* questo rispettato giurista d'oltre

[12] Cfr. tra i tanti riferimenti possibili https://www.sanita24.ilsole24ore.com/art/medicina-e-ricerca/2022-02-24/covid-cardiologi-saltano-interventi-e-posti-letto-e-allarme-mortalita-infarto-e-ictus-160740.php?uuid=AEW1kxFB&refresh_ce=1

[13] Uno dei più recenti in https://ilritrattodellasalute.tiscali.it/notizie/articoli/Covid-19-pediatri-di-famiglia-Enorme-ritardo/

[14] Si veda per esempio https://www.panoramasanita.it/2021/09/27/400mila-interventi-rinviati-per-il-covid-il-grido-di-allarme-dei-chirurghi-italiani-servono-soluzioni-urgenti/

Manica osservava anzitutto che "siamo diventati molto più avversi al rischio. Non accettiamo più che giri la ruota della fortuna. Diamo per scontata la sicurezza"; quindi che "abbiamo acquisito un irrazionale orrore della morte. Oggi la morte è la grande oscenità". Anche in questa cornice culturale diffusa, egli ritiene "estreme ed indiscriminate" le misure adottate dai governi, che "rappresentano un'interferenza con la nostra vita e la nostra autonomia personale che è intollerabile in una società libera. Dire che sono necessarie per fini sociali più ampi, per quanto preziosi possano essere, è trattare gli esseri umani come oggetti, meri strumenti di politica". La conclusione, che resta nel segno del pragmatismo tanto caratteristico dell'approccio inglese ai problemi, è molto decisa e provocatoria: "La verità è che nelle politiche pubbliche non ci sono valori assoluti, nemmeno la conservazione della vita. Ci sono solo pro e contro. Non permettiamo forse di circolare con le automobili, tra le armi più letali che siano state mai concepite, anche se sappiamo con certezza che ogni anno verranno uccise o mutilate migliaia di persone? Lo facciamo perché riteniamo che sia un prezzo che val la pena pagare per muoversi in velocità e comodità. Ognuno di noi che guida è parte tacita di quel patto faustiano. […] Nella migliore delle ipotesi, le misure di isolamento sono comunque solo un modo di guadagnare tempo"[15].

Tornando ad un punto di vista meno pragmatico e più giusfilosofico, resta doveroso ricordare ancora una volta che ogni diritto fondamentale va declinato, pensato e tutelato in relazione con gli altri: come la dottrina dei diritti umani ha chiarito da tempo, tali spettanze hanno tra le loro caratteristiche più tipiche quella dell'indivisibilità, per una ragione antropologica profonda. I diritti umani infatti sono, oltre che inderogabili, imprescrittibili, indisponibili, anche indivisibili e non separabili perché non frammentabile è la persona umana, che necessita certo di vita e possibilmente di salute per godere ed esercitare ogni altro diritto, ma che

[15] La traduzione italiana dell'intervista a Lord Sumption, che sto utilizzando, è apparsa su https://www.milanofinanza.it/news/lord-sumption-se-continua-cosi-la-cura-sara-la-minaccia-piu-pericolosa-per-l-umanita-202004062049205118. Rammento che, in base alle statistiche divulgate ufficialmente dall'ISTAT, nel 2021 (quindi ancora in un periodo di restrizioni alla circolazione, di *smart working* e di istruzione in DAD per alcune categorie), gli incidenti stradali segnalati in Italia sono stati 151.875, 204.728 i feriti (per una media di 561 al giorno), e 2.875 le vittime (8 al giorno).

appunto è persona umana in pienezza proprio perché e quando gode della libertà, del rispetto della sua dignità, delle relazioni umane, del lavoro come garanzia di un ruolo sociale e di un'effettiva indipendenza, della sua famiglia, dell'incontro con gli altri, della libera espressione del suo pensare e sentire, e non ultimo della possibilità di manifestare la propria fede attraverso il culto, anche pubblico.

Presentare la salute come un bene assoluto, ed il relativo diritto come un diritto supremo, potrebbe dunque scaturire da un atteggiamento verso l'essere umano che risente del riduzionismo tipico della mentalità secolarista: essa mortifica il sentire religioso, considerandolo secondario e privatizzabile, perché più in generale semplifica la persona umana riducendola ad un agglomerato biologico per proteggere e coltivare il quale è sufficiente occuparsi dei suoi aspetti somatici, e magari solo di alcuni di essi. Questa antropologia riduzionista è anche lo sfondo di quello che è stato chiamato "trionfo del terapeutico" e che "ha esiti paradossali, in quanto sembra implicare un accrescimento della dignità umana, ma in realtà può finire per umiliarla"[16]: si tratterebbe in altri termini della pretesa, ingenua quanto pervasiva ed oggi diffusa, di inquadrare ogni malessere umano nel patologico, e dunque risolverlo nel trattamento (vedremo tra un momento che siffatto atteggiamento s'innerva anche di un'altra componente tipica del progetto secolarista: il controllo totale). Niente di più lontano, si capisce, dallo sguardo etico e teologico che, magari talora esagerando, attribuiva ad ogni disagio un'origine morale, invocando l'intervento divino al posto del rimedio medico, interpretando i malanni come segni celesti o diabolici e cercandone sempre e solo una soluzione soprannaturale[17]. Gli innegabili e giustamente celebrati progressi delle conoscenze e delle abilità della medicina scientifica ci hanno permesso di emanciparci

[16] Così C. TAYLOR, *L'età secolare*, (2007), trad. it., Feltrinelli, Milano, 2009, p. 775.

[17] Atteggiamento che, nella sua radicalità, persino Gesù nel Vangelo ripudia (Gv 9, 3), quando pare redarguire questa impostazione e correggerla in un senso più equilibratamente provvidenziale: "Né lui né i suoi genitori hanno peccato – spiega ai discepoli dinnanzi al cieco nato – ma è così perché si riveli la potenza di Dio" (che in effetti attraverso il suo potere taumaturgico poi guarisce il malato). Dunque la spiegazione colpevolista della patologia viene corretta ma non in senso fisicistico, bensì nella direzione di un'ermeneutica soprannaturale positiva, costruttiva perché imperniata sulla misericordia di Dio più che sulla sua giustizia punitiva.

dall'atteggiamento superstizioso e fatalista, ma non legittimano la caduta nella opposta e prometeica pretesa di onnipotenza che oggigiorno è tanto diffusa ed a volte assume addirittura le sembianze del transumanesimo e del postumanesimo, che si propongono, esiti ultimi del secolarismo, come dottrine dell'immortalità e del superamento della vulnerabilità umana.

Ulteriore problema è dato dal fatto che – eccoci di fronte ad un altro mito molto diffuso – attualmente il concetto di salute è diventato quasi onnicomprensivo: Zygmunt Bauman ha scritto che nelle società contemporanee del benessere è in atto una transizione impercettibile ma radicale[18] dalla salute come assenza o cura della malattia alla salute come *fitness*, come *sentirsi* (più ancora che *essere*) *in forma*. Esaurito nell'orizzonte terreno il destino umano, la vita biologica individuale è tutto quello che ognuno ha: non uno dei suoi beni più preziosi, ma proprio l'unico: così tutto diventa salute, e non vi sono limiti agli sforzi ed ai sacrifici che ognuno si impone e che i pubblici poteri sono autorizzati, per contratto sociale, a pretendere da tutti.

"La salute – conclude Bauman – viene sempre più identificata con l'ottimizzazione dei rischi"[19]: e qui si apre un altro sviluppo della mitologia salutista che stiamo analizzando, quello del potere di controllo e della conseguente iper-responsabilità. Prima però di analizzarlo e verificarne l'incidenza nella gestione dell'emergenza sanitaria, vorrei soffermarmi brevemente su uno dei suoi elementi condizionanti, la visione postmoderna della scienza – che pure costituisce a suo modo un fattore culturale indispensabile per comprendere quello che è avvenuto durante la pandemia anche nelle sue ripercussioni istituzionali.

[18] Propiziata al massimo livello dalle Nazioni Unite, con la definizione della salute come "non mera assenza di malattia ma completo benessere fisico, psichico e sociale", sottoposta specie negli ultimi decenni a penetranti critiche sia dottrinarie che politico-sociali. Si veda parallelamente lo sforzo effettuato da alcuni Comitati di Bioetica (per esempio quello statunitense, e non ultimo quello italiano con un importante Parere del 2001 che riprende alcuni temi di quello nordamericano: https://bioetica.governo.it/it/pareri/pareri-e-risposte/scopi-limiti-e-rischi-della-medicina) per aggiornare il concetto di medicina in seno ad una riflessione epistemologica che ruota anche attorno alla risemantizzazione del concetto di salute. Che sia questo uno dei punti chiave del dibattito postmoderno, anche se generalmente tenuto in ombra per concomitanti interessi della ricerca e del commercio, è quanto da tempo assevera F. D'AGOSTINO, *Bioetica nella prospettiva della filosofia del diritto*, Giappichelli, Torino, 1997.

[19] Z. BAUMAN, *Modernità liquida*, (2000), trad. it., Laterza, Roma-Bari, 2002, p. 84.

4. Mitizzazione e demitizzazione della scienza

Mi pare si possa dire che tra i miti di cui si alimenta la nostra cultura occupa un posto importante il mito scientista: la percezione della scienza modernamente intesa come fonte inesauribile ed inarrestabile di progresso tecnico e dunque di presa degli esseri umani sulla realtà[20], compresa la realtà materiale del proprio corpo come base materiale del proprio destino – che infatti diventa anti-destino[21]. Trionfante nell'epoca del positivismo ottocentesco, ma sorprendentemente sopravvissuta alla critica delle epoche successive (critica della storia e critica del pensiero: si pensi tra gli altri a Popper, Kuhn, Feyerabend), la prospettiva scientista insiste nel proporre come paradigma esclusivo di comprensione del reale quello della scienza moderna: per intenderci la scienza fondata da Newton e Galileo, la scienza che ha matematizzato la conoscenza della natura ed ha sedotto anche la filosofia a partire da Cartesio, per arrivare almeno fino ad Auguste Comte. Essa si nutre di un modello di sapere ispirato alla certezza, all'univocità dei concetti, all'assoluta affidabilità del metodo, all'obiettività dei risultati – da cui dipenderebbe la sua stupefacente capacità di previsione e dunque anche di controllo. Difficile negare che i risultati di questo paradigma siano stati straordinari, anche in ambito medico. Ma è doveroso concordare anche con le sue premesse ideologiche? Si tratta in verità di miti: è un mito quello della certezza, non solo perché la medicina è un sapere largamente probabilistico[22], come il dibattito pandemico ha evidenziato fino al grottesco e come la ricerca su terapie e vaccini di questi mesi ha confermato. Così come è un mito quello dell'univocità,

[20] Secondo l'ideale baconiano: *scientia propter potentiam*, antipodico a quello contemplativo precedente. La saldatura teoretica tra scienza moderna e tecnica, che ha generato la tecnologia, è meditata profondamente e con intuizioni e previsioni sorprendentemente precoci da J. ELLUL, *La tecnica, rischio del secolo*, (1954), trad. it., Giuffrè, Milano, 1969, e in Italia da S. COTTA, *La sfida tecnologica*, Il Mulino, Bologna, 1968.

[21] Secondo l'indovinato titolo di un libro dell'attuale Presidente del Comitato Nazionale per la Bioetica, L. D'AVACK, *Verso un antidestino. Biotecnologie e scelte di vita*, Giappichelli, Torino, 2009.

[22] Basti vedere il volumetto di G. COSMACINI, *La medicina non è una scienza. Breve storia delle sue scienze di base*, Raffaello Cortina, Milano, 2008. Ma specie negli ultimi anni vanno moltiplicandosi anche nel panorama internazionale gli studi che insistono sul carattere probabilistico e fallibile del sapere scientifico: si veda per esempio D. COEN, *L'arte della probabilità. Certezze e incertezze della medicina*, Raffaello Cortina, Milano, 2021.

alla luce delle discussioni interminabili e delle logomachie – non solo televisive e giornalistiche, anche propriamente scientifiche, sulle riviste e nei convegni – che si sono animate attorno al nuovo coronavirus. La stessa convinzione della linearità del progresso cognitivo e pratico in ambito medico-scientifico è stata chiaramente messa alla prova dall'andamento delle strategie di reazione al virus, molto più oscillante ed altalenante di quello che ci saremmo forse aspettati[23]. Si è anche messo in mostra il *gap* tra scienziati veri e propri e divulgatori, perché quando i primi hanno cercato di indossare gli abiti dei secondi, invece di farsi strada la chiarezza si è moltiplicata la confusione. Conferma della sensazione che ciascuno debba fare la propria parte, e solo quella: evitando che i medici facciano gli informatori o addirittura i politici, che i governanti deleghino le proprie responsabilità ai tecnici, i giornalisti assumano atteggiamenti professorali o pretendano di dettare l'agenda politica, ed esigendo da tutti che assumano fino in fondo onori ed oneri del proprio ruolo sociale. Persino Lord Sumption, col suo pragmatismo inglese, lo dice chiaramente: "Gli scienziati possono aiutarci a valutare le conseguenze cliniche dei diversi modi di contenere il coronavirus. Ma non sono più qualificati di noi per dire se valga la pena di mettere sottosopra il nostro mondo e di infliggergli gravi danni a lungo termine. Tutti noi abbiamo la responsabilità di mantenere il senso delle proporzioni, soprattutto quando molti stanno perdendo il loro"[24].

4.1 Dallo scientismo alla tecnocrazia

Figlia della cultura scientista e del suo sviluppo tecnocratico, che si affianca ed unisce alla mentalità liberale, è la pretesa di controllo sulla realtà: sulla vita, sulla natura, sul corpo umano. In una battuta cinematografica, "a più potere corrisponde più responsabilità": il motto di Spiderman – che riflette peraltro una certa visione del mondo ben presente nella cultura statunitense, di cui il supereroe della Marvel è una delle icone più celebri – sintetizza molto efficacemente l'ambizione del controllo totale. La scienza a livello cognitivo, e poi, a livello operativo, la tecnica

[23] In epoca non sospetta lo aveva già teorizzato in via generale D. CALLAHAN, *La medicina impossibile*, cit.

[24] Così si conclude l'intervista a *Times* già citata.

divenuta visione del mondo (tecno-logia[25]), hanno consegnato all'uomo poteri che sembrano sconfinati – e secondo alcuni lo sono, come per i profeti del postumanesimo. Ma vi sono anche i risvolti negativi della mentalità tecnomorfica: uno dei primi ad essere stato diagnosticato è la cosiddetta "vergogna prometeica" di cui ha parlato Gunther Anders[26]. Il filosofo tedesco sin dagli anni Cinquanta ha sottilmente individuato un complesso psicologico sempre più diffuso nell'occidente tecnologico, il complesso d'inferiorità dell'essere umano nei confronti dei propri artefatti: uno spiazzante senso di imperfezione che verrebbe esaltato ed impietosamente esposto al pubblico ludibrio dalla contrapposta perfezione delle macchine, dal nitore dei loro infallibili meccanismi, dalla loro superiore potenza operativa, dalla loro invincibilità, dalla loro immortalità. Dove nel regno naturale dell'animale umano abbiamo fragilità, malattia, vecchiaia, debolezza, vulnerabilità, declino, morte, in quello artificiale delle macchine prodotte dall'uomo abbiamo potenza, riparabilità pressoché completa, indistruttibilità o almeno sostituibilità. Questo determina la sensazione di non essere all'altezza e fa scaturire una vergogna inedita ma penetrante, che spinge all'emulazione delle macchine, al trapianto, all'ibridazione, alla digitalizzazione.

4.2. Il nuovo ruolo della rete

Un piccolo *excursus* sia allora consentito. Da trent'anni internet costituisce l'orizzonte sempre più invasivo del nostro sapere e del nostro agire quotidiano, del nostro lavoro e delle nostre relazioni intersoggettive. Forse, un nuovo mito postmoderno, che alcuni propongono come candidato ideale a contenuto di un nuovo diritto umano[27]. La pandemia, ed in particolare i cosiddetti *lockdown*, hanno rafforzato la sua pervasiva presenza, rendendolo indispensabile. Vorrei allora qui suggerire, incidentalmente, un'interpretazione critica: l'idea che la massima prova di forza di internet sia stata anche la prova della sua debolezza, che la sua

[25] D'Agostino ha parlato anche, con un neologismo molto efficace, di tecnomorfismo: F. D'AGOSTINO, *Tecnomorfismo*, in ID., *Bioetica e biopolitica. Ventuno voci fondamentali*, Giappichelli, Torino, 2011.

[26] G. ANDERS, *L'uomo è antiquato. Considerazioni sull'anima nell'epoca della seconda rivoluzione industriale*, (1954), trad. it., Bollati Boringhieri, Torino, 2007.

[27] Tra i tanti, di natura istituzionale questo *locus citationis*: https://www.unicef.it/media/accesso-a-internet-un-diritto-umano-lo-dice-onu/

indispensabilità abbia confermato la sua insufficienza. Non mi riferisco tanto, pur essendo ovvio che anche questo elemento conta, alle imperfezioni tecniche, alle difficoltà di connessione, al bisogno di energia elettrica, alle individuali incapacità di utilizzo del mezzo: tutte condizioni in fondo perfettibili con sforzi non eccessivi. Si tratta piuttosto delle questioni antropologiche che l'esaurimento dell'esperienza vitale nella rete (la cosiddetta *onlife*) ha sollevato e messo sotto gli occhi di tutti: evocando proprio la riflessione di Anders, e trasferendola ad una tecnologia che il pensatore tedesco non poteva nemmeno immaginare, c'è chi ha parlato di ambiguità ontologica prodotta dalla rete[28], ed ha sottolineato con efficacia che "la tecnologia ha inaugurato una nuova forma di isolamento, in cui la reale separazione tra l'io e gli altri, tra l'io e il resto del mondo, è celata dall'invasione del mondo, delle sue immagini, dei suoi suoni, nella psiche dello spettatore digitale"[29]. Non è strano che a risentirne di più siano stati gli spettatori meno attrezzati sul piano dell'esperienza di realtà, vale a dire i bambini ed i ragazzi: confortati purtroppo nel loro affidamento alla rete dall'inedita ufficialità del suo utilizzo come surrogato scolare, prolungatosi per tanti mesi. Di più: la pandemia ha preteso di validare l'idoneità del virtuale a costituire un surrogato dell'ontico e persino dell'ontologico, riducendo gli scambi intersoggettivi a flussi di informazioni e prestazioni che li hanno resi effimeri, privi di un luogo comune e dunque incapaci di propiziare l'incontro delle persone: per di più confondendo, come è stato ben notato[30], la dimensione prestazionale con la dimensione personale, spazio pubblico e lavorativo con lo spazio privato e domestico. Lo spazio ed il tempo, lo sappiamo molto bene, si richiamano l'un l'altro, e la confusione sugli spazi, l'impossibilità di separarli chiaramente, ha generato l'invasione e la colonizzazione reciproca, con costi maggiori per l'elemento fragile, che è senza dubbio l'intimità. La tecnologia di internet presenta ulteriori insidie, come qui possiamo solo accennare ma che il massiccio ricorso che durante la pandemia abbiamo fatto ad essa, e che ancora

[28] A. PESSINA, *La "buona solitudine". Oltre il crocevia tecnologico dell'isolamento pandemico*, in AA.VV., *Vulnus*, cit., pp. 27 e ss.
[29] Ivi, p. 35.
[30] E. COLOMBETTI, *Contaminazioni, dalla* dis*topia alla* eu*topia delle relazioni*, in AA.VV., *Vulnus*, cit., p. 113 e ss.

continua e forse è destinato a permanere, ha confermato inappellabilmente. La rete *non è neutrale*, perché dipende da attività commerciali che si finanziano attraverso la pubblicità e dunque selezionano i prodotti e le informazioni, profilano gli utenti, inviano messaggi più o meno palesi di propaganda, e siccome si tratta di contesti artificiali impediscono al fruitore di scegliere in libertà dove dirigersi, quali fonti attingere, come formarsi le sue opinioni o acquistare in autonomia i beni che desidera. La rete, inoltre, *non è salubre*: oltre ai danni fisici che provoca agli occhi, alla colonna vertebrale, alle articolazioni delle mani, essa produce danni psicologici importanti, e non solo nelle menti giovani: crea dipendenza, come studi recenti provenienti persino da uno dei più prestigiosi centri di studi mondiale sulle tecnologie, il Massachusetts Institute of Technology, confermano impietosamente[31].

4.3. Gli effetti morali della cultura tecnomorfica

Tornando alla critica della tecnocrazia, possiamo ricordare quel che ha osservato da tempo Michael Joseph Sandel[32]: l'altra faccia dell'inebriante potere sulla realtà e sulla natura – senza dire dei danni che le inferiamo – è il peso di una responsabilità crescente, che tende a divenire universale. Se posso diagnosticare dalle prime settimane di gestazione patologie genetiche del nascituro, divengo responsabile della sua cura (o, se la cura non esiste, della decisione di non sopprimerlo come magari la legge consente di fare, con la conseguenza familiare ed anche sociale di costi rilevanti nei casi della nascita di figli nati con disabilità, e magari dello stesso, paradossale "danno da nascita"[33]). Se siamo in grado di prevedere una tempesta o un terremoto, diveniamo indirettamente responsabili di non aver adottato le misure (pubbliche o private) che impediscono a questi eventi naturali di arrecare il

[31] Rimando qui alle ricerche di Sherry Turkle, che da decenni insegna psicologia delle tecnologie al MIT di Boston ed il cui itinerario di pubblicazioni costituisce un'eloquente parabola dall'ottimismo tecnoscientista a preoccupazioni antropologiche molto serie: si veda da ultimo S. TURKLE, *Insieme ma soli. Perché ci aspettiamo sempre più dalla tecnologia e sempre meno dagli altri*, (2018), trad. it., Einaudi, Torino, 2019.

[32] M.J. SANDEL, *Contro la perfezione. L'etica nell'età dell'ingegneria genetica*, (2007), trad. it., Vita e Pensiero, Milano, 2022.

[33] Ne parla con la consueta precisione F. REGGIO, *La vita come danno. Alcune note in margine ad una recente sentenza in tema di 'diritto a non nascere'*, in *Il filo delle Parche. Opinioni comuni e valori condivisi nel dibattito biogiuridico*, a cura di F. ZANUSO, Franco Angeli, Milano, 2009, pp. 155 e ss.

loro tipico danno. Se l'inquinamento delle attività umane ha un effetto sulla temperatura terrestre, e questo nuoce ai ghiacciai da cui dipende l'equilibrio del pianeta, o desertifica alcune zone e determina l'estinzione di alcune specie vegetali ed animali, siamo noi in ultima analisi a doverne rispondere, a noi stessi ed alle future generazioni: secondo modalità e dimensioni peraltro molto ardue da determinare. Abbiamo visto che si tratta, alla lettera, dell'ideale baconiano: con l'inconveniente che il pensatore inglese non aveva messo nel conto, vale a dire l'insostenibile peso delle responsabilità che da questa scienza e da questo potere discendono per gli esseri umani, come collettivo e come singoli[34].

"Uno dei benefici del vedere noi stessi come creature della natura, di Dio o della sorte è che non siamo completamente responsabili di come siamo. D'altra parte, più diventiamo padroni del nostro retaggio genetico, più grande è la responsabilità che grava su di noi per le nostre capacità e le nostre performance"[35]: e la validità di questa considerazione si estende ben al di là del solo ambito della genetica cognitiva e manipolativa di cui si occupa quel saggio del filosofo di Harvard[36]. C'è di più: anche la bellezza della realtà, l'attrattiva della fragilità costitutiva dei viventi[37] (anche di noi umani), perdono molto a causa di questo delirio di controllo. E le matrici genuine della solidarietà (la comprensione, l'empatia, la misericordia) vengono surclassate dall'efficienza: "Paradossalmente, l'esplosione di responsabilità per la propria sorte e quella dei figli può diminuire il senso di solidarietà verso i meno fortunati. Più siamo sensibili al ruolo del caso nella nostra vita, più ragioni abbiamo di affrontare il fato insieme agli altri"[38]. E conclude, generalizzando la pratica genetica verso un modello culturale pervasivo: "È

[34] Un potere che tradizionalmente viene attribuito a Dio dall'atteggiamento religioso, che funge così anche da sgravio: per questo ordine di considerazioni si veda l'interessante capitolo "Religione" del libro di R. SPAEMANN, *Persone. Sulla differenza tra 'qualcosa' e 'qualcuno'*, (1998), trad. it., Laterza, Roma-Bari, 2005: "La responsabilità morale esige lo sgravio dalla responsabilità universale. Questo sgravio si chiama 'religione'" (p. 96).

[35] M.J. SANDEL, *Contro la perfezione*, cit., p. 90.

[36] Sugli sviluppi bioetici, biogiuridici e persino biopolitici di questi temi si veda lo studio sul potenziamento umano di L. PALAZZANI, *Il potenziamento umano. Tecnoscienza, etica e diritto*, Giappichelli, Torino, 2015.

[37] Si tratta di un punto già segnalato da M.C. NUSSBAUM, *La fragilità del bene*, (1986), Il Mulino, Bologna, 1986.

[38] M.J. SANDEL, *Contro la perfezione*, cit., p. 92.

possibile guardare all'ingegneria genetica come all'espressione più recente della nostra intenzione di vederci in sella al mondo, come i signori e i padroni della natura. Ma una simile immagine della libertà è ingannevole. Rischia di bandire la nostra capacità di apprezzare la vita in quanto dono, e di lasciarci senza più niente da affermare o vedere al di là della nostra volontà"[39].

4.4. L'aspirazione all'invulnerabilità e la trasfigurazione tecnologica dell'uomo

Il connubio tra tecnoscienza e assolutizzazione della salute come bene individuale e collettivo ha a sua volta generato un mito contemporaneo che la pandemia non ha minimamente smussato (pur costituendone la più formidabile minaccia potenziale): l'aspirazione all'invulnerabilità. Da sempre la tecnica è prodotta dall'uomo per superare i propri limiti e sfidare i cosiddetti oltraggi della natura o della sorte: ma la nuova tecnologia, che, lo abbiamo visto, non è solo tecnica, ma una visione del mondo dipendente dalla tecnica, un vero e proprio tecnomorfismo, va molto al di là di questa tradizionale funzione dell'artefatto[40]. Se non ci attrezziamo, anzitutto culturalmente, per assegnarle i suoi spazi e ridimensionarne le pretese, essa infatti punta direttamente ad una faustiana plenipotenziarietà. La fecondazione artificiale, di cui il capolavoro di Goethe aveva affacciato l'ipotesi come sfida cruciale al potere creatore di Dio, è solo uno degli esempi che possiamo fare in proposito: aver messo le mani sull'origine della vita ha dato ad alcuni medici e scienziati la sensazione di poterla controllare *in toto*, fino alla sua fine naturale ed anche oltre, quando se ne daranno le condizioni. Intanto, suicidio assistito ed eutanasia legalizzati possono servire allo scopo provvisorio di consentire un controllo clinico del decesso riconducendolo al volere del paziente, dei suoi familiari, degli operatori sanitari – o persino, più cinicamente, alle esigenze sociali[41]. Più avanti, per effetto del progresso nelle terapie contro le patologie letali, quelle degenerative ed in generale l'invecchiamento, la morte stessa potrà essere debellata: se non altro, riusciremo a beffarla mediante la trasformazione elettronica

[39] Ivi, p. 100.

[40] È quanto persuasivamente sostiene S. COTTA, *La sfida tecnologica*, cit.

[41] Profetico in tal senso il poco noto ma brillante racconto distopico di C.-H. WIJKMARK, *La morte moderna*, (1978), trad. it., Iperborea, Milano, 2008.

dirittifondamentali.it

del soggetto, la sua reincarnazione informatizzata o più incisivamente la sua ibridazione[42]. Tali evoluzioni, ogni giorno meno fantascientifiche, hanno dalla loro l'imponente forza dei fatti: esse *funzionano*, la tecnologia *funziona*, la medicina tecnologica *funziona*. Come Woody Allen intitola un suo film di successo, *Whatever Works*, *basta che funzioni*: e poco importa se in quella storia egli racconta una vicenda amorosa, perché il principio generale del pragmatismo funzionalista si è esteso ad ogni campo dell'esperienza umana. Il progresso cerca e trova nella sua implementazione fattuale una dimostrazione inconfutabile di validità: e siccome la verità non è più una preoccupazione centrale nell'atmosfera relativistica che ci avvolge, la validità è più che sufficiente per legittimare i processi.

5. Gli esiti giuridico-politici problematici dell'antropologia individualista

Veniamo allora ad un altro mito che la pandemia ha sollecitato e poi paradossalmente rafforzato, non più sul versante epistemologico e tecnico, ma sul piano politico e giuridico della coesistenza sociale. È noto che all'origine della visione liberale oggi dominante nella cultura politica consista in un'antropologia individualista che sostituisce all'animale sociale aristotelico il singolo hobbesiano o lockeano o, tutt'al più, il buon selvaggio di Rousseau. Lo sviluppo di questo paradigma antropologico ha portato come sappiamo all'elaborazione di una teoria politica e giuridica schiettamente individualista: sia le premesse conflittualistiche di Thomas Hobbes sia quelle più ireniste di John Locke ed a suo modo di Jean Jacques Rousseau convergono nel presentare l'esperienza civile come conseguenza di un patto o contratto artificiale, dipendente dunque (nel se e nei suoi specifici contenuti) dalla volontà degli individui e non vincolato alla loro natura ed alle sue esigenze obiettive. Da ciò la caratteristica precarietà degli assetti giuridici e politici, la provvisorietà dei contenuti assiologici e l'idea che la democrazia dei moderni (diversissima anche in questo da quella degli antichi) dipenda dalla garanzia delle libertà individuali e non da beni oggettivi da proteggere persino da esse. Il compito assegnato alle istituzioni, pertanto, è secondo tutti questi autori ed i loro epigoni

[42] Uno sguardo originale sulle radici culturali e ideologiche di questa problematica, e su alcune sue bizzarre manifestazioni, in A.C. AMATO MANGIAMELI, *Corpi docili Corpi gloriosi*, Giappichelli, Torino, 2007.

dirittifondamentali.it

quello di tutelare il principio del *noli me tangere*: per questo motivo la democrazia statunitense, orgogliosa di essere la prima e la più autentica, è caratteristicamente dominata dal *right to privacy* che ne costituisce per molti aspetti la filigrana[43]. Su questa scia, l'esperienza delle democrazie contemporanee occidentali è la storia dell'espansione dei diritti (addirittura, secondo la famosa tesi di Bobbio[44], la nostra andrebbe compresa come l'età dei diritti, e l'incremento delle libertà individuali altro non sarebbe che il destino delle società liberali), con la nefasta – ma prevedibile – compressione dei doveri, con il progressivo offuscamento del senso di appartenenza e l'affievolimento della richiesta di partecipazione[45]. Questo percorso ha il proprio esito naturale in quella che è stata definita *immunitas* molto prima dell'avvento delle crisi pandemiche[46], ma che oggi le assume quasi ad ambientazione naturale del proprio avverarsi: la *communitas* scompare dietro la priorità ed anzi la necessità della *immunitas*, perché la partecipazione ed ogni prossimità che essa implica sono addirittura pericolose, nocive, da evitare ad ogni costo.

La pandemia, però, ha mostrato che esistono anche malattie (sociali) autoimmuni, da cui non è possibile proteggersi se non proteggendosi dalla protezione: fuor di metafora, stiamo imparando ad un prezzo assai elevato che un nostro avversario è anche "l'immunizzazione assoluta"[47]. Preso sul serio, questo argomento revoca in dubbio l'intera prospettiva democratica per come la intendiamo modernamente: essa infatti alberga un paradosso che alla lunga, o sotto il peso di sollecitazioni specialmente intense come una crisi sanitaria, esplode con le sue contraddizioni, ed è quello dell'unione di individui pensati come originariamente ed ontologicamente solitari. La negazione della naturalità dell'esperienza sociale (ed anche giuridica,

[43] Non senza altalenanti contraddizioni ermeneutiche, come mostra il noto, recente scricchiolio in materia di giurisprudenza suprema federale sull'aborto: cfr. sentenza Dobbs e Mississipi c. Jackson Women Health Organization, del 24 giugno 2022.

[44] N. BOBBIO, *L'età dei diritti. Dodici lezioni sui diritti fondamentali*, Einaudi, Torino, 2014.

[45] Che peraltro Alexis de Tocqueville aveva ampiamente previsto nel suo classico studio sulla democrazia americana.

[46] In seno ad una complessa critica della filosofia politica moderna e contemporanea, così si esprime R. ESPOSITO, *Immunitas. Protezione e negazione della vita*, Einaudi, Torino, 2020.

[47] D. DI CESARE, *Virus sovrano?*, citata in A. MUSIO, *Tra arresto, emergenza ed eccezione. Linee per un'etica della sovranità pandemica*, cit., p. 49.

che invece guida la prospettiva socionomica difesa per esempio da Sergio Cotta[48]), ha portato ad un esito decisamente deludente proprio perché è autoconfutatoria, e lo era sin dall'inizio. Nei mesi della pandemia è stato giocoforza per i governanti invocare principi assai poco di moda, come quello di solidarietà e di collaborazione: con la difficoltà ad articolarli in modo coerente, vista la scarsa dimestichezza di politici e divulgatori con questi termini ed i contenuti a cui essi rimandano in altre, ben diverse tradizioni di pensiero politico e giuridico. Inoltre, si è dovuto revocare in dubbio uno dei miti fondativi del progressismo liberale, l'insindacabilità sul piano oggettivo delle scelte assiologiche soggettive, l'indiscutibilità, in altri termini, del pluralismo etico che sembra costituire l'unico ancoraggio del relativismo assiologico[49]. La pandemia ci ha ricordato invece che la solidarietà e la forza dei legami sociali sono il vero sostrato che assicura la tenuta delle comunità e dunque anche delle comunità democratiche, sfatando il mito individualista che in teoria le fonderebbe e ridimensionando il nesso tra espansione dei diritti individuali e rafforzamento della democrazia nonché l'identificazione tra arbitrarietà dei valori e vitalità democratica[50]. Forse si è trattato dell'ennesima conferma empirica del cosiddetto "teorema di Böckenförde": certamente è una riprova della scarsa autosufficienza teoretica del modello antropologico su cui la modernità ha creduto di poter erigere la propria casa giuridica e politica, trascurando troppo frettolosamente fonti di senso giudicate secondarie o addirittura superflue, mentre erano decisive[51] per fondare non solo i doveri di

[48] Si veda per tutti S. COTTA, *Il diritto nell'esistenza. Linee di ontofenomenologia giuridica*, Giuffrè, Milano, 1991.

[49] Nel contesto italiano, un testo classico in argomento può considerarsi quello di U. SCARPELLI, *L'etica senza verità*, Il Mulino, Bologna, 1982, a cui si aggiunge poi il saggio di N. IRTI, *Diritto senza verità*, Laterza, Roma-Bari, 2011. Ma sulla scena internazionale ha dettato a suo modo l'agenda il classico studio di J. RAWLS, *Liberalismo politico*, (1993), trad. it., Einaudi, Torino, 2012.

[50] Difeso dal Kelsen teorico della democrazia praticamente in tutti i suoi scritti, da quando affermava che "il diritto può avere qualsiasi contenuto" nei *Lineamenti di dottrina pura del diritto* del 1932 a quando cercò di dimostrare che la democrazia si erige sul relativismo nel saggio su *Essenza e valore della democrazia*.

[51] Una discussione proprio su questi temi si ebbe a Monaco di Baviera nel 2004 tra Joseph Ratzinger ed Jürgen Habermas: per alcune penetranti riflessioni a partire da quel celebre dialogo, si veda F. D'AGOSTINO, *Jus quia justum. Studi di filosofia del diritto e della religione*, Giappichelli, Torino, 2011.

solidarietà, ma anche i principali luoghi comuni liberali, quali l'uguaglianza, le libertà civili e persino i diritti umani.

6. Mito e realtà della democrazia dei moderni

Come ultimo mito che qui vorrei presentare colloco allora proprio la democrazia non come forma organizzativa ma come vero e proprio valore o, se si preferisce, struttura politica ultima, definitiva e dunque intangibile[52]. Almeno nella concezione dei moderni, quella struttura è stata seriamente manipolata e sfigurata nei mesi della pandemia: e ad opera di governi sedicenti democratici, con il beneplacito ed anzi molto spesso con la pressione esplicita della comunità internazionale. Brevemente:

- le *libertà individuali* di cui la democrazia si è da sempre fatta garante (si pensi al *Bill of Rights* della Costituzione americana o alla *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* della Prémière République, che sono per certi versi gli atti fondativi della concezione moderna di democrazia giunta fino a noi), sono state sistematicamente compresse, limitate, rimandate (voto compreso), talora addirittura sospese nel loro esercizio se non nella loro enunciazione formale, in ragione – si è detto – della necessità invincibile di contenere la diffusione del morbo. Appare difficile sostenere la coesistenza di normalità democratica e sospensione di diritti fondamentali[53] (come la libertà di movimento ed espressione, la libertà di cura, il diritto di voto, il diritto al lavoro ed all'istruzione). Va anche notato che l'eventuale obiezione del carattere temporaneo di tali sospensioni non è un argomento del tutto convincente, visto che in base alle premesse giuridico-politiche espresse nel discorso pubblico, nel nostro Paese come in tanti altri, tale temporaneità non era affatto deducibile con certezza: se infatti il morbo avesse continuato a galoppare

[52] Interessanti le chiarificazioni concettuali in proposito fornite da R. DI MARCO, *Breve nota a margine delle disposizioni emanate dallo Stato per contrastare la pandemia del coronavirus SARS-CoV-2. Spunti per alcune riflessioni gius-filosofiche*, in *Dirittifondamentali.it*, 2/2020, p. 1511.

[53] Lo reputano non pochi costituzionalisti: sono note le posizioni di Sabino Cassese, più volte manifestate anche ai giornalisti; ma si veda a titolo esemplificativo delle diverse critiche anche quel che scrivono M. RUGGERI, *Il disordine delle fonti e la piramide rovesciata al tempo del Covid-19*, in *consultaonline*, 3/2020, pp. 684 e ss. (https://www.giurcost.org/contents/giurcost//studi/ruggeri116.pdf), ed in vari contributi V. BALDINI (per tutti può vedersi uno dei primi editoriali dedicati all'argomento, apparso in *Dirittifondamentali.it*, 1/2020, pp. 561 e ss., con il titolo *Emergenza sanitaria e Stato di prevenzione*).

come nella primavera del 2020, ed anche alla luce dei modesti progressi nelle terapie (al netto dei rapidi ma discussi risultati conseguiti nella ricerca sui vaccini ed attraverso la loro generalizzata imposizione), le restrizioni di diritti così essenziali alla democrazia avrebbe potuto durare molto più a lungo, e persino oggi, a quasi tre anni di distanza, vi è chi ipotizza il ritorno ai divieti del *lockdown* ove lo richiedessero le circostanze sanitarie, per questo o per qualsiasi altro virus o per una sua variante;

- il sistema di *comunicazione ed informazione* che quasi tutti i teorici della democrazia, e certamente tutti i suoi sostenitori, reputano cruciale non solo per il suo funzionamento, ma anche in coerenza con i suoi principi, è risultato chiaramente alterato dalla situazione pandemica. Non mi riferisco solamente, è ovvio, alle sbavature istituzionali[54]: va considerata qui primariamente una prassi che contrasta frontalmente con i principi democratici e la parresia che dovrebbe caratterizzarne lo spirito. Nei mesi candenti della crisi sanitaria, infatti, persino presentare riflessioni critiche sul piano tecnico-medico, per non dire su quello giuridico e politico, rischiava di essere tacciato di dissenso inaccettabile, di comportamento eversivo e di inammissibile intralcio alla soluzione rapida ed efficiente dei problemi sollevati dalla pandemia[55]. Questo ha reso arduo, quando non ha represso del tutto, il dibattito e lo scambio, essenziale ad ogni democrazia, tra opinioni differenti, nonché il connesso doveroso rispetto delle minoranze, non solo in senso tecnico-politico. L'ipotesi è che l'esistenza, la protezione e la valorizzazione delle differenze, da cui dipendono la pluralità di opinioni e la possibilità stessa del dialogo, appartenga più al proscenio che alle quinte del *récit* democratico, e si vada

[54] Ragion per cui uno dei primi provvedimenti del successivo governo è stato quello di revocare la libertà di parola dei ministri ed imporre una rigida disciplina nei rapporti con gli organi di comunicazione.

[55] Forse erano funzionali ad ottenere questo risultato le similitudini guerresche abusate nel linguaggio della comunicazione pubblica, anche istituzionale: ogni dissenso poteva agevolmente essere condannato alla stregua della condotta di chi mira a "fiaccare il morale delle truppe".

diffondendo anche nelle culture liberali un pensiero unico (il politicamente corretto?) di per sé ostile alla vita della democrazia[56];

- infine, è lo stesso principio di uguaglianza, cardine determinante negli assetti democratici, che ha risentito degli atteggiamenti (anche istituzionali) nei mesi di crisi acuta, con strascichi fino ai nostri giorni. Non solo chi era ed è di opinione diversa (sul piano scientifico, o sul piano sociale, politico e giuridico) viene accusato di pericoloso negazionismo, nocivo per la comunità. Ben più penetrantemente, la sostanziale differenziazione di trattamento legata all'introduzione del certificato verde ha prodotto sottoclassi di cittadini che godevano dei propri diritti fondamentali e potevano pienamente esercitarli solo alla condizione di sottoporsi ad un trattamento sanitario che tuttavia ci si è guardati bene dal definire obbligatorio[57]. Non entro qui nel merito della discussione sui vaccini anti-Covid, sulla sicurezza garantita loro dalla sperimentazione straordinariamente accelerata che li ha caratterizzati o sulla rilevanza economica della loro produzione e distribuzione mondiale: è sufficiente per il mio scopo risaltare la difficile compatibilità con i principi chiave di una società democratica della strenua resistenza anche lessicale (ma per il diritto la forma è anche sostanza) insita nella perdurante negazione del carattere di trattamento sanitario obbligatorio al vaccino. Era questa, con ogni probabilità, la via più trasparente (e dunque più democratica) per gestire l'imposizione generalizzata del ricorso a questa strategia di contenimento del virus e di immunizzazione della popolazione, dei cui rischi dovevano assumersi la responsabilità i decisori politici, non i singoli consociati.

Da questa, e consimili constatazioni, è lecito inferire che anche la democrazia come mito delle società liberali ha avuto, almeno nei mesi acuti della pandemia, un

[56] Hannah Arendt, che di democrazia sapeva molto (ma amava soprattutto la democrazia degli antichi), ha scritto per l'appunto pagine memorabili sulla disobbedienza civile: H. ARENDT, *Disobbedienza civile*, (1970), Chiarelettere, Milano, 2017.

[57] Per alcune considerazioni di rango costituzionale si rimanda a A.M. CITRIGNO, *Obbligo del* green pass *vaccinale: le questioni aperte*, in *Dirittifondamentali.it*, 1/2022, pp. 1 e ss., anche per ulteriori riferimenti bibliografici sull'abbondante letteratura giuridica sviluppatasi in questi mesi sul delicato argomento.

trattamento ambiguo, mostrando una consistenza assai più fragile di quella che siamo disposti ad attribuirle di solito.

7. Oltre le mitologie della modernità? E verso quali lidi?

La crisi sanitaria globale ha obbligato ad un rilevante ridimensionamento di alcuni addentellati del tecno-progressismo contemporaneo, che abbiamo cercato di considerare nelle pagine che precedono: dalla sconfinatezza del potere tecno-scientifico (e delle sue manifestazioni culturali più tipiche, tecnocrazia e tecnomorfismo), alla pretesa di controllo crescente sulla natura (già minata dalla crisi ecologica); dalla fiducia cieca nella scienza e nella medicina, con la confutazione della loro infallibilità, e la conseguente caduta delle false certezze teoriche così come delle false sicurezze pratiche, alla stessa indesiderabilità del mondo tecnomorfo (con la correlata indiretta sconfessione del transumanesimo e del postumanesimo); dal ritorno ad un certo romanticismo naturalista (neoecologismo, ambientalismo, rimpianto del biologico e dell'organico contro il manipolato), alla critica della democrazia e dello Stato di diritto, con la crisi dei dogmi che dovrebbero modernamente caratterizzarli, rivelatisi assai fragili (priorità dei diritti ed uguaglianza, separazione dei poteri, trasparenza, formazione dell'opinione pubblica, e così via).

L'illuminismo ha cercato di dimostrare che la maturità umana (individuale e di specie) porta all'abbandono delle religioni e dei miti, che ottenebrano la ragione e generano mostri. Il positivismo scientista ha accentuato questo programma promettendo la definitiva emancipazione da ogni contaminazione prescientifica. La pandemia sembra però porsi di traverso su questo itinerario socioculturale, e mette in luce impietosamente la consistenza ancora una volta mitologica delle comunità postmoderne come di tutte quelle che le hanno precedute. Può l'umanità fare a meno di mitologie di riferimento? Forse lo sforzo di un'autentica resilienza dovrebbe più modestamente concentrarsi nella direzione di una purificazione del diritto e della politica dall'atteggiamento mitizzante che a causa del secolarismo ha caratterizzato la considerazione della città terrena: con la conseguente trasformazione di numerosi miti (salute perfetta, sicurezza, controllo,

dirittifondamentali.it

autodeterminazione totale) in diritti fondamentali, o a seconda del caso in strutture totemiche dell'organizzazione politica (certezza del diritto, legalità[58], divisione dei poteri, criterio della maggioranza). Non si tratta, è chiaro, di ripudiare acquisizioni teoriche che hanno mostrato di accrescere la civiltà del diritto allontanando, almeno provvisoriamente, la barbarie: ma di non assolutizzarne la portata, di non ricadere nella stessa ingenuità che condanniamo in chi è venuto prima di noi ed ha coltivato mitologie alternative.

Andremo almeno prima o poi, come auspicava il compianto Paolo Grossi[59], "oltre le mitologie giuridiche della modernità"? È una domanda legittima, che attende risposta. Intanto possiamo meditare le poetiche espressioni di Thomas Stearn Eliot, che propongono una ricontestualizzazione del potere umano in disegni superiori:

"Il destino attende nelle mani di Dio / mentre dà forma alle cose / che sono ancora informi. Tutto questo/ io l'ho visto come riflesso in un raggio di sole. / Il destino attende nelle mani di Dio, / non nelle mani degli uomini di Stato, che agiscono / ora bene, ora male, fanno progetti, fanno piani, / ma intanto la trama del tempo trasforma / i loro scopi nelle loro mani"[60].

dirittifondamentali.it

[58] A cui Paolo Grossi ha dedicato le sue ultime fatiche: cfr. P. GROSSI, *L'invenzione del diritto*, Laterza, Roma-Bari, 2020, ed ID., *Oltre la legalità*, Laterza, Roma-Bari, 2020.

[59] P. GROSSI, *Mitologie giuridiche della modernità*, Giuffrè, Milano, 2007.

[60] T.S. ELIOT, *Assassinio nella Cattedrale*, atto primo, Coro.

dirittifondamentali.it

Dirittifondamentali.it - Fascicolo 3/2022
Data di pubblicazione – 2 novembre 2022

La libertà di espressione in rete fra *content moderation* dei *social network* e regolazione dell'Unione Europea

di
Maria Esmeralda Bucalo[*]

Sommario: 1. Internet e libertà di manifestazione del pensiero: dati, *content moderation* e regolazione; 2. Una nuova declinazione della sovranità e del principio democratico attraverso la lente della libertà di manifestazione del pensiero *on line*; 3. *Fake news* ed *hate speech*: i diversi approcci giurisprudenziali fra le due sponde dell'Atlantico; 4.1 La moderazione privata dei contenuti pubblicati sui *social networks* e l'intervento della giurisprudenza italiana nei casi CasaPound e Forza Nuova; 4.2 (segue) la creazione dell'*Oversight Board* di *Facebook*: l'istituzionalizzazione delle piattaforme attraverso l'esercizio di funzioni pubblicistiche di natura para-giurisdizionale; 5. Qualche riflessione conclusiva sulla necessità di una (etero)regolazione flessibile a partire dal *Digital Service Act*.

1. Internet *e libertà di manifestazione del pensiero: dati,* content moderation *e regolazione*

L'erompere della tecnologia digitale su larga scala e la diffusione di *Internet* a livello globale ha determinato la percezione della necessità di "rivedere" le categorie del costituzionalismo tradizionale, in modo che il rapporto tra la Rete e il diritto possa muoversi e progredire nella prospettiva di un "nuovo costituzionalismo" [1], o anche "oltre il costituzionalismo"[2] nelle sue tradizionali declinazioni, con lo scopo di rafforzarne e aggiornarne i canoni sui quali si fonda[3].

[*] Professore associato di diritto costituzionale nell'Università degli Studi di Palermo.

[1] Di "nuovo costituzionalismo" parla E. CHELI, *Conclusioni*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2/2021, 955 e 956, il quale più specificatamente parla di *"costituzionalismo digitale"*. Si deve fin d'ora menzionare quella autorevole dottrina che al "nuovo costituzionalismo digitale" muove non poche critiche ed in particolare M. LUCIANI, *Relazione conclusiva,* in P. Costanzo, P. MAGARO', L. TRUCCO, *Il diritto costituzionale e le sfide dell'innovazione tecnologica,* Atti del Convegno di

dirittifondamentali.it

Tali trasformazioni sembrano aggiungere alla identità fisica una identità digitale[4]: un soggetto nuovo costituito dalla combinazione dei dati raccolti e processati dai *devices* connessi costantemente alla Rete, mentre la comunicazione interpersonale si svolge grazie a "nuovi strumenti" e le informazioni si scambiano e le opinioni si manifestano presso "nuove strutture aggreganti" ‹‹del tutto diverse da quelle conosciute in passato e, perciò, tali da incidere profondamente anche nelle dinamiche della vita politica››[5].

Utilizzando la forza immaginifica delle parole di Rodotà, all'inizio della *quarta rivoluzione industriale* e con l'avvento di *Internet* sembrava potersi rifondare il mito originario della democrazia, una nuova ‹‹*agorà di Atene,* […] (una) immensa piazza virtuale, […] (nella quale) ricreare le condizioni della democrazia diretta››[6].

Ben presto però la realtà evidenziò come l'era digitale non fosse l'età dell'oro e il rapporto fra diritto (e diritti) e nuove tecnologie si rivelò non privo di ambiguità[7], che gli strumenti giuridici tradizionali faticano a tutt'oggi a risolvere. Tale ambiguità è stata evidenziata magistralmente già nel 1995 nell'opera di Van de Donk, Snellen e Tops, *Orwell in Athens,* nella quale già dal titolo veniva analizzata la tensione lacerante alla quale la tecnologia aveva sottoposto la democrazia: da un lato l'idea che la democratizzazione del sistema dal basso ("democrazia a portata di

---

Genova, 18 e 19 giugno 2021, Editoriale Scientifica, Napoli, 2022, p. 497 - 498, che lo ritiene un ‹‹azzardo, di dubbia utilità sul piano dell'inquadramento dommatico dei problemi›› e che preferisce piuttosto un ‹‹costituzionalismo senza aggettivi, che rivendica le proprie categorie e il loro uso, valorizzando la massima cattura possibile del potere da parte dei cittadini››. In questo l'A. condivide l'opinione di M. BETZU, *Poteri pubblici e poteri privati,* ivi, p. 64-65, il quale ritiene il "costituzionalismo digitale" un abuso di denominazione, dotata di ‹‹carica svalutativa nei confronti delle Costituzioni statali, di cui si presuppone una inadeguatezza›.

[2] Richiamando L. FERRAJOLI, *Costituzionalismo oltre lo Stato*, Mucchi, Modena, 2017.

[3] La tesi è sostenuta anche da E. CELESTE, *Digital Constitutionalism: a new systematic theorization,* in *International Review of Law,* vol. 33, 1, 2019, p. 88 e 93, il quale sostiene che il processo di costituzionalizzazione dell'ambiente digitale serva a bilanciare le alterazioni dell' "equilibrio costituzionale" prodotte dalle tecnologie digitali.

[4] S. RODOTA', *Il diritto di avere diritti,* Laterza, Roma – Bari, 2012, 327, il quale ne aveva già discusso in ID., *Tecnopolitica. La democrazioa e le nuove tecnologie della comunicazione,* Laterza, Roma – Bari, 2004.

[5] E. CHELI, *Conclusioni,* cit., 955.

[6] S. RODOTA, *Il diritto di avere diritti,* cit., 380.

[7] Sulle ambiguità del rapporto fra diritto e tecnologia C. COLAPIETRO, *Le sfide del "costituzionalismo digitale": un approccio originale al rapporto fra diritto e tecnologia,* in *Rivista del Gruppo di Pisa,* fascicolo speciale, 3, 2021, 7.

tutti") potesse realizzarsi per mezzo dell'avanzamento della tecnica (il mito di Atene); dall'altro la consapevolezza che attraverso la tecnologia si realizza un meccanismo orwelliano grazie al quale il potere politico (o privato) riesca a controllare in modo capillare i singoli. La tecnologia dunque comporterebbe da un lato la espansione dei diritti della sfera pubblica, cui si contrappone però una riduzione di quelli della sfera privata[8].

L'idea della necessità dell'adeguamento degli strumenti giuridici alle nuove esigenze della società digitale e ai progressi della tecnica costituisce dunque la premessa fondamentale di questo studio, volto a individuare in ultima battuta quali potrebbero essere gli strumenti regolativi atti alla disciplina di questa nuova dimensione dei diritti in "ambiente digitale".

In questo quadro allora, dovendo necessariamente procedere settorialmente, l'indagine si svolge attraverso la lente della libertà di espressione, che assume forme del tutto nuove proprio grazie allo sviluppo della tecnica[9] e costituisce la *sedes materiae* privilegiata per studiare il possibile inquadramento costituzionale di *Internet*, poiché è attraverso l'analisi degli strumenti posti a sua protezione che può misurarsi il grado di democraticità degli ordinamenti[10].

Prima dell'avvento del digitale e per circa due secoli infatti la manifestazione del pensiero, l'espressione e lo scambio delle opinioni, sulla base delle quali poi si formavano anche le scelte elettorali e politiche di ciascuno, dipendevano

---

[8] I. T.M. VAN DE DONK, W. B. H. SNELLEN, P. W. TOPS, *Orwell in Athens. A Perspective on Informatization and Democracy*, IOS, Amsterdam, Oxford, Tokyo, 1995, 10, ritengono che i sistemi integrati di comunicazioni tendano a rafforzare la posizione di potere relativa delle burocrazie e ad essere impiegate per migliorare le posizioni di potere degli attori più potenti a spese di quelli meno potenti. È interessante notare come gli autori si premuravano di specificare che il titolo della loro opera fosse *Orwell in Athens* e non *Orwell and Athens* proprio per evidenziare questa lotta titanica cui le democrazie contemporanee sono sottoposte a causa del progresso tecnologico: perché se da un lato i sistemi informatici supportano chiaramente l'ideale modello di una democrazia dal basso che ci proviene dal mito di Atene (*the revival of some athenian charatteristics of democratic decision making*), dall'altro è evidente che ‹*the orwellian potential of ITC are becaming well entrenched*›. Cfr. anche J. N. DANZINGER, W. H. DUTTON, R. KLING, K. L. KRAMER, *Computers and Politics: High Technology in American Local Governments*, Columbia University Press, New York, 1982.

[9] Sul punto E. CHELI, *Conclusioni*, cit., 956.

[10] L. SCAFFARDI, *Oltre i confini della libertà di espressione: l'istigazione all'odio raziale*, CEDAM, Padova, 2009, 53 e 107.

necessariamente dall'industria della informazione, la quale era nelle mani dei pochi soggetti economicamente capienti, in grado di sostenere gli ingenti investimenti che essa comportava, causati fra l'altro dal carattere finito delle risorse su cui si basavano certe forme di comunicazione.

Tale assunto non sembra più aderente alla realtà odierna: grazie al bassissimo costo della connessione oggi basta uno *smartphone,* un *tablet*, un *computer* o anche una televisione per comunicare, per essere informati e per produrre informazione; basta un *click* per divenire *opinion maker* o *influencer* in grado di orientare le opinioni e i gusti degli altri, oppure è sufficiente aprire un sito, un *blog* o ancora più facilmente un *account* o una pagina in uno *social network* o partecipare ad una *chat* su una piattaforma di messaggistica istantanea[11].

Questo effetto caratteristico della Rete ha subito per altro una amplificazione molto recente dovuta soprattutto all'evolversi dei *digital service providers* da "semplici" *gatekeepers* della Rete a *user-genereted-content,* contenitori di contenuti generati dagli utenti. In tal senso un ruolo fondamentale è ovviamente svolto dai *social networks,* i quali consentono agli utenti di far circolare le loro idee e le loro opinioni a livello globale, redendoli così anche produttori di informazioni[12].

Il sorgere e l'affermarsi del *"sesto potere"*[13], quello appunto determinato dallo scambio di dati attraverso la Rete, ha determinato l'avvento di una "nuova era" della informazione, caratterizzata dal decentramento della stessa presso ogni utente, che potenzialmente può assumere le vesti sia del produttore di informazioni sia del consumatore, dalla disponibilità universale degli strumenti per comunicare e dal continuo scambio di dati[14].

---

[11] Concorda C. COLAPIETRO, *Le sfide del "costituzionalismo digitale"*, cit., 8. Sul punto si vedano anche le illuminati pagine di A. BARICCO, *The Game,* Einaudi, Torino, 2018, il quale a p. 118 evidenzia la immensa semplificazione del reale dovuta alla tecnologia e ai suoi ritrovati (dall'Iphone a Google, da Amazon a Facebook, da YouTube a Spotify), essi ‹‹schierano una semplicità dove l'immensa complessità del reale risale in superficie lasciando dietro di sé qualsiasi scoria che appesantisca il cuore essenziale››.

[12] M. BASSINI, *Internet e libertà di espressione,* Roma, 2019, 164.

[13] Come appunto lo hanno definito nella loro opera Z. *BAUMAN, D. LYAON, Sesto potere. La sorveglianza nella modernità liquida, Roma-Bari, 2014.*

[14] Per definire questo nuovo modo di fare e ricevere informazioni Y. BENKER, *The Wealth of Networks. How Social Production Tranforms Markets and Freedom*, Yale University Press, New

È bene però anche ricordare che i dati non forniscono di per sé informazioni, né sono beni che da soli producono valore o ricchezza, poiché essi vanno lavorati, trattati e aggregati. Ecco perché a tal fine assumo un rilievo giuridico fondamentale le modalità attraverso le quali tali aggregazioni ed elaborazioni si svolgono, nonchè la trasparenza e la intellegibilità dei procedimenti algoritmici, che determinano l'associazione a quel complesso di dati di quelle (e di quelle soltanto) informazioni[15].

In questa operazione il ruolo svolto dai *gatekeepers* evidenzia la conformazione oligopolistica della Rete e la capacità di pochissime *tech companies* di influenzare l'orientamento degli utenti attraverso la aggregazione, l'indicizzazione e la profilazione dei dati[16]. A questo penetrante potere deve poi aggiungersi quello della autoregolazione, che consente alle piattaforme ed in particolare ai *social networks* di dettare le norme volte alla moderazione dei contenuti pubblicati dagli utenti e di gestirne la eventuale rimozione.

Il potere di influenza dei *gatekeepers*, in uno con quello di moderazione dei contenuti, costituiscono dunque i fronti più avanzati di una aggiornata riflessione libertà di espressione e di manifestazione del pensiero.

I sovracitati "meccanismi orwelliani", che stanno alla base della *società digitale*, definita anche *"società della sorveglianza"*[17], nella quale il *sesto potere* è in grado di

---

Heaven – London, 2006, parla in proposito di "ricchezza delle reti". Cfr. anche C. COLAPIETRO, A. MORETTI, *L'Intelligenza Artificiale nel dettato costituzionale: opportunità, incertezze e tutela dei dati personali*, in *BioLaw Journal*, 3, 2020, 359-360.

[15] Sul tema della *neutralità dell'algoritmo* e sulla necessità dell'introduzione di regole che ne governino l'impiego F. MATTASOGLIO, *Algoritmi e regolazione. Circa i limiti del principio di neutralità tecnologica,* in *Rivista della regolazione dei mercati,* 2, 2018; C. NARDOCCI, *Intelligenza Artificiale e discriminazioni,* in *Rivista del Gruppo di Pisa,* 3, 2021, 9 e ss.

[16]Da ultimo su questi temi C. CARUSO, *I custodi di silicio. Protezione della democrazia e libertà di espressione nell'era dei* social network, in Liber amicorum *per Pasquale Costanzo, consultaonline,* 17 marzo 2020, 2 e A. MORELLI, O. POLLICINO, *Metaphors, Judicial Frames and Fundamental Rights in Cyberspace*, in *American Journal of Comparative Law*, 2020, 23. Secondo M BETZU, *Poteri pubblici e poteri privati,* cit. p. 63, il corretto riconoscimento dell'oligopolio delle *tech companies* può comportare la valorizzazione del principio della libera concorrenza, volto a impedire la formazione di soggetti economici così forti da condizionare l'esercizio delle libertà e il funzionamento delle democrazie. Secondo l'A. quindi sono le Costituzioni e i loro valori a guidare il potere politico nella disciplina dei rapporti fra libertà e autorità private.

[17] Secondo la fortunata definizione di Z. BAUMAN, D. LYON, *Sesto potere. La sorveglianza nella modernità liquida, Laterza, Roma-Bari, 2014.*

controllare in modo capillare e diffuso i comportamenti individuali e collettivi, tanto che la vita dei singoli si riduce ad un aggregato di dati gestito dallo Stato o il più delle volte da soggetti privati.

Questa "cessione" della propria intimità avviene peraltro volontariamente da parte degli individui controllati, tanto che può dirsi che l' "economia dei *big data"*[18] è possibile solo grazie a questa involontaria alleanza fra il *sesto potere* e i soggetti che volontariamente cedono i loro dati.

L'analisi dunque vorrebbe dimostrare in prima battuta che gli ordinamenti costituzionali, ed in particolare quello italiano, possiedono già delle solide guarentigie, idonee a presidiare i settori che oggi sono maggiormente incisi dalla Rete, ma che esse devono essere adeguate in termini ermeneutici, attraverso una loro interpretazione estensiva[19]. In tal modo si eviterebbe di irrigidire in formule positive l'evoluzione tecnologica, che ha dimostrato la capacità di rendere obsolete le normative in breve tempo[20].

In secondo luogo, sarebbe necessario che tali principi costituzionali degli Stati vengano uniformati a livello europeo attraverso un sistema di regole elastico e flessibile, che garantista il fluire del progresso e della l'innovazione tecnologica[21].

2. Una nuova declinazione della sovranità e del principio democratico attraverso la lente della libertà di manifestazione del pensiero on line

[18] V. S. ZUBOFF, *The Age of Surveillance Capitalism. The Fight for a Human Future at the New Frontier of Power*, Prifile Books Ldt, New York, 2019, si concentra su i profili economici di questo nuovo modo di vivere, che definisce «capitalismo della sorveglianza», nel quale i dati raccolti sugli utenti del *web*, le loro scelte, idee e preferenze sono trasformati in informazioni sui comportamenti, utilizzati in alcuni casi per migliorare prodotti e servizi, ma anche «in prodotti predittivi in grado di vaticinare cosa faremo», prodotti che «vengono scambiati in un nuovo tipo di mercato per le previsioni comportamentali», il «mercato dei comportamenti futuri». Il capitalismo della sorveglianza, dunque, avrebbe dato vita ad un vero e proprio «nuovo ordine economico», che sfrutta l'esperienza umana come «materia prima per pratiche commerciali segrete di estrazione, previsione e vendita»

[19] C. COLAPIETRO, A. MORETTI, *L'Intelligenza Artificiale nel dettato costituzionale*, cit., 386 ss. Analogamente P. COSTANZO, *Miti e realtà dell'accesso a* Internet *(una prospettiva costituzionalitica)*, in P. CARETTI (a cura di), *L'informazione. Un percorso di libertà,* Passigli Editore, Firenze, 2012, 9 e ss.

[20] F. LAVIOLA, *Regolazione della tecnologia e dimensione del tempo*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 3/2021, 1177.

[21] Così C. COLAPIETRO, *Le sfide del "costituzionalismo digitale"*, cit., 10-11..

La Rete ha evidentemente contribuito alla rimodulazione di alcune categorie del costituzionalismo classico prima fra tutte la *sovranità* e nella sua dimensione *territoriale* e nella sua dimensione *politica e normativa.*

Quanto all'incisione della dimensione territoriale della sovranità il caso che per la prima volta la porta e che per la prima volta porta alla ribalta il ruolo delle piattaforme come "motori" della libertà di espressione in Rete è *Ligue contre le racisme et l'antisémitisme (Li.C.R.A.) et Union des étudiants juifs de France c. Yahoo! Inc.* e *Yahoo! France)* risolto con sentenza del 22 maggio 2020 *Tribunal de la Grand Istance* di Parigi[22], che ordinò l'oscuramento per il territorio nazionale di un sito (ospitato sulla piattaforma e gestito negli Stati Uniti) che vendeva *online* cimeli nazisti, per violazione di una disposizione del codice penale francese che vietava espressamente la circolazione di questi oggetti[23].

Avverso tale ordine Yahoo! oppose l'impossibilità di limitare l'oscuramento al solo territorio francese e che dunque l'ordine del Tribunale Parigino avesse interferito col più ampio ambito di protezione assicurato alla libertà di espressione dal Primo Emendamento della Costituzione degli Stati Uniti, imponendo "a livello globale" diritto francese.

Il caso è evidentemente emblematico della diversa sensibilità della tutela delle libertà di espressione fra le due sponde dell'Atlantico e, conseguentemente, del rischio che margini di tutela diversi dello stesso diritto attraverso la Rete abbiano la possibilità di abbattere i confini statali potenzialmente ingenerando conflitti fra ordinamenti diversi[24].

L'apparente svanire dei confini fra gli Stati causati dalla tecnologia di *Internet* fa emergere anche l'idea per la quale gli Stati avrebbero perso la loro sovranità sotto il

[22] Fra i vari commenti deve segnalarsi anche quello presente nell'opera di J. GOLDSMITH e T. WU, *Who controls the Internet? Illusions of a Bordless,* Oxford University Press, Oxford, 2006, 1-10.

[23] Il caso aveva suscitato l'interesse di molti commentatori, *ex plurimis* P. COSTANZO, *La magistratura sfida* Internet. *A margine di un caso francese, ma non solo…*, in *Dir. inf.*, 2, 2001, 223 e ss.

[24] Si veda anche di recente la giurisprudenza della Corte di Giustizia UE nel caso *Eva Glawishnig – Piesczek c. Facebook Ireland* C-18/18 del 3 ottobre 2019 (commenti di G. DE GREGORIO, *Google v. CNIL e Glawishnig – Piesczek c. Facebook Ireland: content and data in algorithmic society,* in *MediaLaws,* 1, 2020 e P. CAVALIERE, *Glawishnig – Piesczek c. Facebook on the expandingscope of Internet service providers'Monitoring Obligation,* in European Data Protection Law Review, 4, 2020).

profilo dell'esercizio della forza legittima, attraverso l'imposizione di norme giuridiche in condizioni di monopolio, in favore di piattaforme e *social network*, poiché da loro dipende la dimensione e l'estensione dell'esercizio globale del diritto di espressione.

Questi soggetti di natura eminentemente privata, da un lato instaurano rapporti con gli utenti attraverso la conclusione di contratti, imponendo loro il rispetto degli "*Standard* (o regole) della *community*", dall'altro svolgono un'attività che assume sempre di più i caratteri di quella pubblicistica, poiché sono chiamate a svolgere una azione di filtro (i.e. "censura") dei contenuti pubblicati dagli utenti, controllandone la conformità rispetto ai termini e alle condizioni contrattuali, divenendo così "arbitri della legittimità" dei contenuti pubblicati dagli utenti e di fatto esercitando dei poteri "para-pubblicistici".

L'azione di filtraggio infatti viene operata dalle piattaforme e dai *social networks* due volte, per così dire "a monte" e "a valle" della pubblicazione del contenuto. Il filtro "a monte" opera attraverso la raccolta e la conseguente profilazione dei dati per mezzo di operazioni algoritmiche ed è in grado di "predire" in futuro i comportamenti degli utenti; quello "a valle" invece è determinato dalla azione di *content moderation* svolta dai *social networ*, della quale si tratterà più avanti[25].

Questo funzionamento del *web* ha degli indubitabili vantaggi dal punto di vista del consumatore, quanto a velocità dei risultati e degli acquisti e quanto a soddisfazione nella interazione con gli altri, ma anche un risvolto negativo della medaglia[26]. Poiché infatti questi meccanismi non sono chiari e facilmente intellegibili la Rete appare come una realtà "opaca", una *black box society*[27], nella quale l' ambiguità si esprime in modo duplice: da un lato la "scatola nera" registra le attività della nostra vita ogni volta che ci connettiamo a *Internet*, perché i dati che lasciamo nella Rete restituiscono un "profilo" di noi stessi, utile poi alle piattaforme

[25] Si vedano i par. 4.1. e 4.2.

[26] G. PITRUZZELLA, *La libertà di informazione nell'era di* Internet, in *MediaLaws*, 1, 2018, 8 e in G. PITRUZZELLA, O. POLLICINO, S. QUINTARELLI, *Parole e potere. Libertà d'espressione, hate speech e fake news*, AGEA, Milano, 2017, 62 ss.

[27] F. PASQUALE, *The Black Box Society. The Secret Algorithms That Control Money and Information*, Harvard University Press, Harvard, 2015, 9 ss.

dirittifondamentali.it

per indirizzarci nelle ricerche successive. Dall'altro però, il procedimento seguito per aggregare gli "indizi" relativi alla nostra personalità (i dati appunti) e che "prediranno" i nostri comportamenti futuri è del tutto "oscuro".

Il "filtro a monte" introduce nella riflessione l'elemento problematico della profilazione dei contenuti e della conseguente *personalizzazione della selezione delle informazioni,* operata per ciascun utente da motori di ricerca e *social network*. Infatti i risultati di qualsiasi ricerca sono visualizzati dall'utente secondo un ordine (il cd. *news feed*), che è stabilito da quello stesso algoritmo, che la piattaforma o il *social network* hanno calcolato per quella persona, sulla base dei dati che ha lasciato in Rete e che costituiscono gli "indizi" per ricostruire la sua personalità virtuale.

Le conseguenze sulla libertà di espressione sono evidenti, perché la profilazione produrrà come effetto la visualizzazione da parte dell'utente solo e soltanto delle informazioni che saranno conformi al suo pensiero, convincendolo che nella realtà esistono solo e soltanto persone che esprimono le sue stesse opinioni, limitando la possibilità di accedere a fonti di informazione o pareri che discordino dalle sue convinzioni.

La *filter bubble*[28] nel quale ciascuno è chiuso, disattende dunque l'idea di *agorà ateniese* e anzi ‹‹amplifica le divisioni e le polarizzazioni, tradendo una delle missioni più profonde della libertà di espressione e del confronto: la tolleranza reciproca fra opinioni differenti››[29], incidendo così sul *government by discussion,* che costituisce il fondamento del *principio democratico*[30].

Quella odierna è allora una *bubble democracy*, nella quale il principio democratico vive una crisi profonda dovuta alla creazione di comunità chiuse e fra loro non

[28] Secondo la fortunate definizione di E. PARISIER, *Filter Bubble: How the New Personalized Web Is Changing What We Read and how We Think*, Penguin Books, New York, 2011.

[29] C. BOLOGNA, *Libera di espressione e "riservatezza" nella Rete? Alcune osservazioni sul mercato delle idee nell'*agorà *digitale,* in *Rivista del Gruppo di Pisa,* fascicolo speciale monografico, 3, 2021, 81.

[30] Riprendendo il pensiero di A. D'ALOIA, *Il diritto verso "il mondo nuovo" . Le sfide dell'Intelligenza artificiale*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 1/2019, 22 ss. e C. BOLOGNA, *Libera di espressione e "riservatezza" nella Rete?*, cit.

comunicanti[31] e alla concentrazione degli strumenti di controllo delle informazioni nelle mani di pochi *Gatekeepers*, in grado dunque di influenzare anche le scelte politiche dei singoli[32].

3. Fake news *ed* hate speech: *i diversi approcci giurisprudenziali fra le due sponde dell'Atlantico*

Il ridimensionamento del principio democratico è anche dovuto alla diffusione attraverso la Rete di *fake news* ed *hate speech*[33], la cui proliferazione è amplificata dai *social media*.

Nell'ecosistema digitale la propagazione di questi fenomeni assume una velocità mai avuta in età analogica[34], per una molteplicità di ragioni. Esse possono riassumersi sommariamente nel decentramento della "produzione della informazione" presso i singoli utenti, i quali non sono soggetti ai controlli legalmente imposti agli editori[35]; nella progressiva perdita di fiducia in tv e carta stampata come strumenti di informazione oramai tacciate sovente di parzialità e commistione con gli apparati pubblici o con i grandi poteri economici; nel menzionato assetto oligopolistico degli *Internet Service Providers*, i quali agendo sulla base di algoritmi, possono contribuire alla diffusione di notizie fase

[31] Secondo D. PALANO, *La democrazia alla fine del «pubblico» sfiducia, frammentazione, polarizzazione: verso una «bubble democracy»?*, in *Governare la paura*, 2019, aprile, 35 ss. e ID., *Bubble Democracy, la fine del pubblico e la nuova polarizzazione,* Morcelliana, Brescia, 2020.

[32] Non può dimenticarsi l'inveramento di questa semplice considerazione nel caso *Cambridge Analytica,* in occasione dell'elezione a Presidente degli Stati Uniti di Donald Trump e del *referendum* britannico relativo all'uscita del Regno Unito dall'Unione Europea. Del fenomeno si è anche occupato il Garante per la protezione dei dati personali con il provvedimento n. 96 del 18 aprile 2019, emesso in occasione delle elezione europee del successivo maggio 2019.

[33] *Ampliter* E. CATELANI, *Fake news e democrazia: verso una democrazia tecnologica?*, 21 maggio 2020, in *Liber Amicorum per Pasquale Costanzo*, I, *Costituzionalismo, reti e intelligenza artificiale*, in *Consulta OnLine*. Per una definizione di *fake news* G. PITRUZZELLA, *La libertà di informazione nell'era di* Internet, in *MediaLaws,* 1, 2018, 13

A definire invece i discorsi di odio si veda invece la relazione finale della *Commissione sull'intolleranza, la xenofobia, il razzismo e i fenomeni di odio* istituita nella XVII legislatura (detta Commissione Jo Cox, dal nome della deputata della Camera dei Comuni, uccisa mentre si apprestava a partecipare ad un incontro con gli elettori).

[34] Sul tema G. PITRUZZELLA, *La libertà di informazione nell'era di internet*, cit., 70 ss.

[35] G.E. VIGEVANI, *L'informazione e i suoi limiti: il diritto di cronaca*, in G.E. VIGEVANI, O. POLLICINO, C. MELZI D'ERIL, M. CUNIBERTI, M. BASSINI, *Diritto dell'informazione e dei media*, Giappichelli, Torino, 2019, 25 ss.

semplicemente rilanciandole nella prima pagina della ricerca e nella progressiva frammentazione attraverso le *filter bubbles* della società in piccoli gruppi chiusi e autoreferenziali.

Ancora, il potere della disinformazione ha anche assunto le vesti di un nemico ancor più pericoloso nel periodo della pandemia da COVID-19. Durante la fase del *lockdown*, l'eccesso di informazioni di segno uguale e contrario ha generato disorientamento e comportamenti non sempre corretti in termini di diffusione delle notizie. Per questo è stato coniato il termine "*infodemia*": un neologismo nato dalla carsi fra "informazioni" e "pandemia", che racconta della pluralità di informazioni diffusesi nel periodo pandemico nel "ambiente virtuale" non vagliate con accuratezza che rendono difficoltoso orientarsi in un certo ambito[36].

Davanti a questi fenomeni, se da un lato è evidente la necessità di porvi un argine, dall'altro ciò potrebbe determinare il rischio che le limitazioni così imposte alla libertà di espressione possono essere bene di manifestazione del pensiero siano ben più radicali di quelli positivizzati nelle Costituzioni e comportare conseguentemente una lesione anche di altri diritti ad esso legati[37].

La diversità dei modelli di tutela della manifestazione del pensiero fra le due sponde dell'Atlantico rende ancora più difficile il reperimento di soluzioni efficaci volte ad arginare *fake news* e discorsi di odio.

Il modello statunitense, fondato sulla valenza eminentemente negativa del Primo Emendamento, impone allo Stato un vero e proprio divieto e l'obbligo di astenersi dal turbarne l'esercizio da parte di ognuno del diritto di parola (*free speech*).

Al contrario il modello europeo, originato nell'art. 9 del *Bill of Rights* del 1689 e 11 della *Dichiarazione universale dell'Uomo e del Cittadino* del 1789, ha trovato le sue coordinate nell'art. 10 della CEDU e 11 della Carta dei diritti fondamentali

[36] A. SCIORTINO, *Fake news e post-verità nella società dell'algoritmo*, in *dirittifondamentali.it*, 2/2021, 432 – 433.

[37] O. POLLICINO, *La prospettiva costituzionale sulla libertà di espressione nell'era di Internet*, in G. PITRUZZELLA, O. POLLICINO, S. QUINTARELLI, *Parole e potere*, cit., 1, in proposito sostiene che possa realizzarsi il cd. "paradosso di Böckenförde", secondo il quale «*lo Stato liberale secolarizzato vive di presupposti che non può garantire*» E.W. BOCHENFORDE, *La formazione dello Stato come processo di secolarizzazione*, Morcelliana, Brescia, 2006.

dell'Unione Europea, i quali proclamano tale libertà come diritto fondamentale, declinando però le situazioni giuridiche nelle quali essa trova espressione[38].

Da qui la diversa posizione della giurisprudenza statunitense rispetto a quella europea. La prima volta a garantire alla libertà di espressione una tutela a tutto tondo, poiché nel sistema statunitense non esiste "la notizia falsa", ma ‹‹"la notizia com'è presentata" alla luce delle convinzioni dell'oratore, alla quale si può reagire non censurandola, ma esponendo versioni diverse››[39]. Conseguentemente il rimedio alle *fake news* non è la censura, ma al contrario il *"more speech"*, la prosecuzione del dibattito.

Il *leading case* in materia è costituito dalla nota sentenza *Reno v. American Civil Liberties Union (ACLU)* del 1997[40], con la quale fu dichiarata l'incostituzionalità di alcune disposizioni del *Communications Decency Act* del 1996, poiché la Corte, pur definendo apprezzabile il fine del Legislatore volto alla tutela dei minori dal fenomeno della pedopornografia in Rete, aveva ritenuto che l'ampiezza dei divieti disposti era tale da includervi non solo materiali osceni, ma anche contenuti che non vi era ragione di vietare anche agli adulti e che ciò dunque comportasse la lesione della libertà di espressione come sancita dal Primo Emendamento[41].

La giurisprudenza europea invece è più incline a valutare caso per caso le ipotesi di violazione della stessa libertà e a operare i relativi bilanciamenti laddove essa entri in conflitto con altri diritti.

In tema sono note alcune "sentenze manifesto" della Corte di Strasburgo, che indicano in modo chiaro quale sia l'attitudine europea in tema di interpretazione dell'art. 10 CEDU.

---

[38] In tema O. POLLICINO, *La prospettiva costituzionale sulla libertà di espressione in internet*, cit., 3 ss. *Ampliter* M. BASSINI, *Internet e libertà di espressione*, Roma, 2019, 163 e ss.

[39] M. MANETTI, *Facebook, Trump e la fedeltà alla Costituzione*, in *Quaderni costituzionali*,1, 2021, 198, che riprende *Supreme Court of United States of America, Gertz v. Robert Welch, Inc.*, 418 U.S. 323 (1974).

[40] *Supreme Court of United States of America, Reno v. American Civil Liberties Union (ACLU)*, 521 U.S. 844 (1997).

[41] Il precedente *Reno* è stato poi ribadito fino alla sentenza *Ashcroft v. Free Speech Coalition*, 535 U.S. 234 (2002).
Analoga sensibilità ha dimostrato la sezione penale della *Court of Appeal* britannica nel caso *The Queen v. Smith and Others* del 2011.

La prima è certamente la sentenza *Handyside c. Regno Unito* del 1976[42], che aveva ad oggetto il ricorso proposto da un editore, che aveva riportato una condanna penale nel Regno Unito per aver pubblicato un manuale scolastico con contenuti sessualmente espliciti. Nel rigettare il ricorso la Corte affermava che il sequestro del libro fosse una misura proporzionata rispetto al par. 2 dell'art. 10 CEDU, poiché chi esercita la libertà di espressione assume dei doveri e delle responsabilità la cui portata dipende dalla situazione o dai mezzi tecnici che utilizza.

La giurisprudenza della Corte EDU in tema di libertà di espressione registra una ulteriore contrazione nell' "era digitale", essendosi consolidata l'idea che l'uso della Rete possa potenzialmente presentare un grado di offensività maggiore rispetto ad altri interessi, con i quali l'esercizio del *free speech* deve coniugarsi. A riguardo deve menzionarsi la sentenza *Delfi AS c. Estonia* del 2015[43], che riguardava la pubblicazione in forma anonima di commenti diffamatori e insultanti in calce ad una notizia diffusa da un portale di informazioni *online* (gestita dalla società *Delfi AS*). Essendo stata condannata in entrambi i gradi di giudizio al risarcimento del danno in favore delle persone offese, la società propose ricorso avanti la Corte EDU per violazione dell'art. 10 della Convenzione. Nel rigettarlo la Corte operò il bilanciamento fra la libertà di espressione e l'interesse di ciascuno alla tutela della reputazione e ritenne che la misura sanzionatoria del risarcimento del danno (seppur minimo) in favore delle persone diffamate non costituisse una restrizione "sproporzionata" della libertà di espressione stessa ai sensi dell'art. 10 co. II della CEDU[44].

[42] Corte E.D.U., *Handyside c. Regno Unito*, 7 dicembre 1976, n. 5493/72.

[43] Corte E.D.U. G.C., *Delfi c. Estonia*, 16 giugno 2015, n. 64569/09, diffusamente commentata; v., per tutti, F. VECCHIO, *Libertà di espressione e diritto all'onore in Internet secondo la sentenza Delfi AS contro Estonia*, in *Dir. informaz. informatica*, 2014, 43 ss., e G.E. VIGEVANI, *La responsabilità civile dei siti per gli scritti anonimi: il caso Delfi c. Estonia*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 4-2-2014.

[44] Deve segnalarsi che la Corte sempre operando il bilanciamento e valutando caso per caso, ha anche deciso nel senso opposto e dunque in favore della libertà di espressione nel caso *Magyar Tartalomszolgáltatók, Index.hu Zrt c. Ungheria,* 2 maggio 2016, n. 22947/13, fra l'altro introducendo per la prima volta nella sua giurisprudenza il concetto della responsabilità dell'*Internet Service Provider*,. A commento di questa come della sentenza *Delfi c. Estonia* P. COSTANZO, *Quando in internet la Corte di Strasburgo continua a navigare a vista,* in *DPCE online*, 3, 2017, 763 e ss., nonchè L. NANNIPIERI, *L'aggiunta di commenti offensivi in calce ad un articolo di un portale informativo*

Le Corti sulle due sponde dell'oceano dunque sembrano animate da convinzioni di segno del tutto opposte. Quella statunitense presume che la *content regulation* e dunque il controllo della libertà di manifestazione del pensiero, a maggior ragione quella che si esprime *online*, da parte del legislatore o della giurisprudenza non sortisca maggiori benefici della libertà stessa; quella europea invece ritiene verosimile che il mezzo digitale generi pericolo e possa ledere gli altri diritti costituzionalmente garantiti e dunque sostiene la necessità e la legittimità di correttivi che possano limitare l'esercizio del *free speech*[45].

Deve comunque segnalarsi che a fronte del suo maggiore rigore nella tutela della libertà di espressione, la Corte Suprema ha comunque individuato delle "eccezioni", nei quali la tutela della libertà di espressione deve necessariamente cedere. Si tratta ovviamente di casi limite, nei quali espressioni particolarmente odiose, intolleranti e offensive, basate su discriminazioni razziali, religiose o etniche non sono tollerate.

Tale dottrina, nota come "*clear and present danger*"[46], afferma che le oscenità, le minacce, le *fighting words,* l'incitamento o l'istigazione alla violenza non possono essere protetti dal Primo Emendamento, soprattutto quando il rischio coincida con il rovesciamento dell'ordinamento costituito, mettendo potenzialmente a rischio la tenuta democratica[47].

Analogamente sul fronte europeo, non mancano pronunce che si occupano di un'ampia casistica di discorsi di odio, fra le quali va menzionata certamente la sentenza *Ivanonv c. Russia* del 2007[48], avente ad oggetto un ricorso presentato da un editore russo, condannato per incitamento all'odio etnico, religioso e razziale

online in una recente sentenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, in *MediaLAWS*, 13 gennaio 2014.

[45] O. POLLICINO, *La prospettiva costituzionale sulla libertà di espressione nell'era di Internet,* in *Media Laws,* 1, 2018, 55.

[46] Il primo teorico della dottrina del *clear and present danger* fu il giudice della Corte Suprema Holmes nel caso *Schenck v. United States* del 1919, ma celebri sono anche le pronunce *Chaplinsky v. New Hampshire* del 1942 e *Brandeburg v. Ohio* del 1969. Sul punto oltre alla dottrina sovracitata anche A. FRICANO, *Prove tecniche di resilienza costituzionale: l'assalto a* Capitol Hill *e la censura mediatica di Donald Trump,* in *Rivista del Gruppo di Pisa,* fascicolo speciale monografico, 3, 2021, 742-743.

[47] O. POLLICINO, *La prospettiva costituzionale sulla libertà di espressione nell'era di Internet,* cit., 65.

[48] Corte E.D.U. *Pavel Ivanov v. Russia,* 20 febbraio 2007, n. 35222/04.

attraverso l'uso dei *mass media*, poiché con alcune pubblicazioni sul suo giornale aveva invocato l'esclusione degli ebrei dalla vita sociale, sostenendo che essi fossero la causa dei disagi sociali, economici e politici russi. La Corte ha facilmente rigettato il ricorso e negare qualsiasi forma di tutela ai discorsi di incitamento all'odio sulla scorta dell'art. 17 della Convenzione[49].

4.1 La moderazione privata dei contenuti pubblicati sui social network *e l'intervento della giurisprudenza italiana nei casi CasaPound e Forza Nuova*

Il tema della diffusione *online* di *fake news* ed *hate speech* e della loro diffusione *online*, in particolare attraverso le piattaforme *social*, introduce il discorso sulle regole relative alla moderazione dei contenuti pubblicati, poiché esso costituisce il fronte più avanzato della riflessione sul ruolo della Rete nella libertà di manifestazione del pensiero. In particolare, come è noto, tali regole sono dettate dai già menzionati *Standard della Community*, che prevedono esplicitamente fra i "contenuti discutibili" e dunque potenzialmente rimuovibili dalla piattaforma, proprio i discorsi di odio, nonché le notizie palesemente false[50].

Per rispondere alle diffuse esigenze di tutela i *social network* hanno implementato notevolmente i loro termini e condizioni d'uso, individuando da un lato conseguenze sempre più rigide derivanti dalla loro violazione e affidandosi dall'altro a formule sempre più generiche per individuare i comportamenti (i. e. contenuti) non conformi alle regole.

Se, quindi, la via che indiscutibilmente è stata scelta dalle piattaforme è quella della auto-regolazione, non si può non evidenziare che ciò comporti un primo sostanziale mutamento nella natura di questi soggetti: da grandi società tecnologiche di natura dunque eminentemente privata (*big tech societies*), a soggetti capaci di valutare in prima battuta i contenuti pubblicati e eventualmente

[49] Analoghe pronunce in tema: *Norwood c. Regno Unito,* 2004, n. 23131/03, *HizbUt-Tahir e altri c. Germania,* 2012, n. 31098/08 e *Belkacem c. Belgio,* 2017, n. 34367/14. Si vedano i commenti di M. CASTELLANETA, *La Corte europea dei diritti umani e l'applicazione del principio dell'abuso del diritto nei casi di* hate speech, in *Diritti umani e diritti fondamentali,* 2017, 745 e ss. e C. MORINI, *Blasfemia e tutela della pace religiosa: i limiti alla libertà di espressione in un recente caso davanti alla Corte europea dei dell'uomo,* in *MediaLaws,* 1, 2019, 288 e ss.

[50] Così C. BOLOGNA, *op. cit*., 73.

rimuoverli, con una sostanziale "privatizzazione della censura" assolutamente inedita nel panorama del costituzionalismo.

La genericità delle formule che individuano i contenuti non ammessi ha comportato sovente la cancellazione da parte delle piattaforme di contenuti e sospensione di *account.* Emblematici in Italia i casi Forza Nuova e CasaPound del 2019, la cui sospensione delle pagine da parte di *Facebook* ha determinato l'instaurazione di tre diversi giudizi, risolti dai giudici in modo differente e sulla scorta di argomentazioni giuridiche diverse[51].

Ancor prima dell'analisi delle fattispecie, deve essere rilevato in primo luogo che la giurisprudenza ha indicato in alcune disposizioni costituzionali la via per risolvere le questioni ancora non disciplinate esplicitamente. Ciò evidenzia la tenuta del nostro ordinamento le cui disposizioni costituzionali, interpretate estensivamente, sono in grado di fornire ai giudici gli strumenti volti alla risoluzione dei casi di violazione della libertà di espressione *online.*

In secondo luogo e sempre in via preliminare, la giurisprudenza ha anche evidenziato il superamento di una valutazione strettamente contrattuale del rapporto fra utenti e *social media,* in ragione della evoluzione di questi ultimi in strumento a disposizione dei partiti politici "per concorrere a determinare la politica nazionale".

La prima vicenda, risolta dal Tribunale di Roma nel dicembre del 2019, si originava da un ricorso per provvedimento di urgenza ex art. 700 c.p.c., presentato da CasaPound Italia nei confronti di *Facebook Ireland Limited*, che in base alle condizioni d'uso piattaforma (i cosiddetti *standards* della *community*) ne aveva oscurato le pagine, poiché fra i contenuti pubblicati erano stati reperiti casi di "incitamento all'odio e alla violenza" verso talune minoranze.

Il Tribunale, nell'accogliere il ricorso e disporre l'immediato ripristino delle pagine, qualificava CasaPound partito legittimamente attivo dal 2009, affermando che ‹‹*libera espressione del pensiero politico su una piattaforma così rilevante come quella di*

[51] Fra i commenti alle tre pronunce *ex plurimis,* I.M. LO PRESTI, *CasaPound, Forza Nuova e* Facebook. *Considerazioni a margine delle recenti ordinanze cautelari e questioni aperte circa la relazione tra partiti politici e* social network, in *forumcostituzionale,* 2020, 2, 924 e ss.

Facebook›› non poteva essere interdetta, perché ciò contrastava con il diritto di partecipazione al dibattito politico e del pluralismo sancito dall'art. 49 Cost.[52], equiparando l'attività svolta dal *social network* alla informazione pubblica.

Una seconda pronuncia rilevante sul tema fu emessa il 19 gennaio 2020 questa volta dal Tribunale di Siena, che era stato chiamato a pronunciarsi questa volta da un attivista del partito CasaPound, il quale lamentava la cancellazione del suo profilo *Facebook* a seguito della diffusione di messaggi ritenuti a contenuto pericoloso e diffamatorio nei confronti di un'altra persona.

Seguendo un *iter* motivazionale diverso, il giudice toscano riconosceva alla piattaforma *social* il diritto di rimuovere contenuti e sospendere profili e pagine in violazione degli *standard* della *community*, negando la parificazione di *Facebook* ad un soggetto pubblico, "depoliticizzando" la relazione tra *social* e utenti e riconoscendo la legittimazione della piattaforma a esercitare il "diritto di recesso" previsto dal rapporto di natura contrattuale che li lega[53].

Infine con ordinanza del 23 febbraio 2020 nuovamente il Tribunale di Roma è stato chiamato a esprimersi in merito ad un ricorso promosso questa volta da Forza Nuova, con il quale lamentava la cancellazione del profilo *social* per motivi analoghi a quelli oggetto delle pronunce sopra esaminate. In questo caso però il Tribunale rigettava il ricorso ritenendo che, sulla scorta dell'art. 21 Cost., la libera manifestazione del pensiero non potesse essere tutelata laddove il suo esercizio fosse finalizzato alla diffusione di discorsi di odio, ostili e discriminatori e riconosceva *Facebook* non solo un obbligo generale di sorveglianza sui contenuti pubblicati dagli utenti, ma anche un dovere giuridico di intervento in ragione, tra l'altro, del peculiare ruolo svolto da tale piattaforma, che pur essendo a stretto rigore un soggetto privato ‹‹*svolge un'attività di indubbio rilievo sociale*››.

4.2 (segue) *la creazione dell'*Oversight Board *di* Facebook: *l'istituzionalizzazione delle piattaforme attraverso l'esercizio di funzioni pubblicistiche di natura para-giurisdizionale*

[52] C. CARUSO, *I custodi di silicio. Protezione della democrazia e libertà di espressione nell'era dei* social network, in Liber amicorum *per Pasquale Costanzo, consultaonline,* 17 marzo 2020, 1.
[53] C. CARUSO, *I custodi di silicio,* cit., 7.

La consapevolezza della problematicità delle questioni relative alla moderazione dei contenuti, ha convinto *Facebook* a istituire il suo *Oversight Board*, il Comitato di controllo, col fine –dichiarato nel suo atto istitutivo[54]- di ‹‹proteggere la libertà di espressione, prendendo decisioni autonome e bastate su principi determinati riguardo contenuti importanti ed emettendo pareri consultivi relativi alle normative sui contenuti di *Facebook*››.

Sotto il profilo delle funzioni dunque l'organo svolge in favore delle due piattaforme di proprietà della società *META* (*Facebook* e *Instagram*) quella "consultiva" relativamente alle "normative sui contenuti" (in sostanza le condizioni di uso)[55] e quella di "revisore di seconda istanza" nell'attività di *content moderation,* controllando la legittimità delle decisioni già operate dalla piattaforma, relativamente alla cancellazione di contenuti e alla rimozione o sospensione temporanea degli *account* degli utenti.

Quanto alla sua composizione, i membri del *Board* sono quaranta fra esperti (accademici, magistrati, avvocati) o *leader* pubblici (*ex* politici, attivisti per i diritti umani), restano in carica tre anni e possono essere riconfermati una sola volta e sono stati scelti attraverso un articolato meccanismo, che ha visto anche la collaborazione "dal basso" degli stessi utenti[56], in modo da garantire un pluralismo geografico, culturale e "politico" interno.

Insieme al Comitato, che è legato a *META a* da un contratto di prestazione di servizi, è stato istituito anche un organo di controllo dello stesso (il *Trust*) e un

[54] Disponibile al seguente link *https://oversightboard.com/governance/*

[55] Il primo "parere normativo" è stato emesso dal *Board* su richiesta di *Facebook* nel gennaio 2022 è ha avuto ad oggetto la condivisione di informazioni private sulla residenza. Reperibile al seguente link *https://oversightboard.com/news/673967193790462-oversight-board-publishes-policy-advisory-opinion-on-the-sharing-of-private-residential-information/*

[56] Definito un "procedimento di consulenza globale", svolto tramite la richiesta di *Feedback* sia a esperti sia a utenti e persone comuni, attraverso fra l'altro l'organizzazione di discussioni pubbliche in tavole rotonde, e *workshop* in tutte le parti del mondo. Tutto il procedimento di formazione è pubblico e consultabile al seguente link *https://about.fb.com/news/2019/06/global-feedback-on-oversight-board/*

azienda indipendente di supporto, che consentono di offrire un "controllo e una gestione estesi del *Board*" [57].

Quanto al procedimento di controllo sulla moderazione dei contenuti, esso si organizza similmente ad un procedimento giurisdizionale, la cui "struttura processuale" sembra un'ibridazione fra il modello statunitense e quello delle Corti internazionali.

Intanto quanto ai presupposti, il Comitato adotta decisioni di secondo grado rispetto alla moderazione del contenuto già operata dalle piattaforme, avverso le quali l'utente insoddisfatto deve proporre ricorso nel termine (sembra perentorio) di 15 giorni. Il Comitato valuta discrezionalmente quali delle richieste meritano la sua decisone, poiché non tutte saranno ammesse, ma solo quelle ritenute più importanti e idonei ad un'analisi approfondita, con un chiaro richiamo al *certiorari* della Corte Suprema statunitense.

Il caso è esaminato da una "giuria", in composizione ristretta, sulla base dei documenti forniti dalla parti e attraverso una istruzione, che può comportare per esempio l'ascolto dei pareri di esperti. Prima di essere pubblicata, la proposta di decisione viene condivisa col Comitato in composizione plenaria e questo può anche apportarvi modifiche. La decisione, pubblicata sul sito in 90 giorni (termine ordinatorio), comporta l'obbligo di adempiervi, sia delle piattaforme sia degli utenti, a meno che questa non comporti violazioni di legge.

Quanto al contenuto delle decisioni, deve segnalarsi che il *Board* non prende mai in considerazione, ai fini della decisione, le leggi del Paese in cui è avvenuta la presunta violazione, ma solo *standard* giuridici internazionali, da un lato per trovare la maggiore condivisione possibile e un comune nucleo forte di valori e

[57] Si legge nella sezione del sito dedicata alla *governance* dell'*Oversight Board https://oversightboard.com/governance/*, nonché all'art. 6 dell'atto istitutivo che i *trustees* (sei in totale, di cui uno con funzioni di presidente) hanno ‹‹*la responsabilità di tutelare l'indipendenza del Comitato* e di assicurare che quest'ultimo operi in modo efficace per compiere il suo obiettivo definito›. Essi presiedono al finanziamento dei membri del *Comitato* e al finanziamento e alle attività della sua "amministrazione"››. Schematizzando potrebbe dirsi che la struttura della *governanca* appare come quella di un triangolo equilatero, i cui vertici sono costituiti da *META,* l *Board* e il *Trust.*

diritti a fondamento delle proprie decisioni, dall'altro per conferire alle stesse carattere essenzialmente transnazionale, del tutto svincolato dal controllo statuale.

Sotto il profilo della forma, le decisioni adottate seguono la sistematicità tipica di quelle della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo: partono dal definire gli *standard*s rilevanti ai fini della decisione, per poi metterli a paragone con di valori contenuti nel codice di condotta di *Facebook*, per terminare infine con la valutazione delle eventuali scriminanti.

In tal senso può dirsi che il Comitato nelle sue decisioni utilizzi un metodo analitico che lo avvicina all'operato delle giurisdizioni internazionali in materia di tutela dei diritti dell'uomo, accompagnando sovente le sue decisioni con moniti di diverso tenore rivolti alla piattaforma.

Pochi mesi dopo la sua istituzione il *Board* si è trovato ad affrontare il caso relativo alla sospensione dell'*account* dell'allora ancora Presidente degli Stati Uniti Trump, che attraverso diversi contenuti aveva incitato i suoi sostenitori ad assaltare *Capitol Hill,* nel momento in cui il Senato stava ratificando l'esito elettorale che lo vedeva sconfitto.

Anche nel caso Trump, nel confermare la sospensione predisposta da *Facebook,* il Comitato si è basato solo su fonti di livello internazionale, ha preso in considerazione elementi di fatto (il *contesto* di alta tensione politica di quei giorni, lo *status dell'autore* che rivestendo la carica di Presidente degli Stati Uniti consentiva ai suoi post una visibilità, la *forma* ed il *contenuto* delle comunicazioni dell'ex presidente, la *portata* ed la *copertura* dei *post* in considerazione al grande seguito del *leader,* ecc…) e soprattutto "il *pericolo imminente* per l'incolumità pubblica e la tenuta costituzionale" dato lo svolgimento in quelle ore della procedura di certificazione del risultato elettorale[58]. Sulla scorta di questi rilievi la cancellazione a tempo indeterminato dell'*account* di Trump è stato confermato, sebbene però il *Board* abbia espresso perplessità circa la natura permanente della sanzione,

[58] M. MANETTI, *Facebook, Trump e la fedeltà alla Costituzione,* cit., 198, che ritiene che nel "caso Trump" *Facebook* abbia compiuto una scelta fondamentale per la sorte delle istituzioni democratiche americane, che andava oltre il suo potere di *advocacy.*

esortando l'azienda ad elaborare nuovi protocolli e raccomandazioni più chiare al fine di ovviare ad una più semplice risoluzione di controversie simili in futuro.

Oltre i numerosi e gravi interrogativi sollevati intorno alla neutralità e imparzialità dei membri del *Board* e del *Trust* e alla loro indipendenza, in quanto finanziati (sebbene indirettamente) dallo stesso soggetto controllato, bisogna soffermarsi anche altri su tre elementi. In primo luogo, le funzioni assegnate con l'atto istitutivo all'*Oversight Board* e che gli sono valse l'appellativo di Corte Suprema di *Facebook*, sono certamente definibili nel senso di *paragiurisdizionali* (per quanto riguarda quelle relative alla *content moderation*) e *paraconsultive* (per quanto riguarda invece quelle relative ai pareri emessi sulla "normativa" delle piattaforme e sui loro adeguamenti).

Vieppiù, le funzioni *paragiurisdizionali* sembrano andare ben oltre, non solo perché, come nel "caso Trump", non possono ascriversi al solo rispetto degli *Standard della Community*[59], ma anche in ragione della loro "natura definitiva" (*Oversight Board* è infatti giudice di "unica istanza"), poiché non è chiaro avanti chi siano eventualmente impugnabili "decisioni illegittime" per violazioni di legge (di quale legge? e davanti a quale giudice? di quale Stato?).

Tutti questi dubbi sollevano a loro volta ulteriori questioni, non soltanto quanto alla limitazione del potere censorio delle piattaforme (che come abbiamo visto è oramai pacificamente riconosciuto in giurisprudenza), ma anche e soprattutto quanto alla «(auto)legittimazione» che, con l'istituzione del *Board*, *Facebook* e *Instagram* si sono date, all'interno di dinamiche di natura pubblicistica, che vengono sottratte progressivamente al potere pubblico e attratte dalla forza centripeta di soggetti privati[60].

Emerge quindi in modo chiaro nelle questioni riguardanti il diritto di manifestazione del pensiero attraverso le piattaforme *social*, la tensione fra

[59] L. RINALDI, *Le piattaforme tra diritto pubblico e diritto privato: libertà d'espressione, discorso politico e* social network *in alcuni casi recenti tra Italia e Stati Uniti,* in *Rivista del Gruppo di Pisa*, Fascicolo speciale n. 3, 2021, 2, 222

[60] Così G. CERRINA FERONI, *L'Oversight Board di Facebook: il controllo dei contenuti tra procedure private e norme pubbliche* (16 febbraio 2021), in *https://www.garanteprivacy.it/home/docweb/-/docwebdisplay/docweb/9542545* e C. BOLOGNA, *op. cit.*, 77.

dimensione del diritto pubblico e dimensione del diritto privato, perché sotto le mentite spoglie di istituiti di diritto privato (le condizioni di uso, i contratti di prestazione di servizi che legano le piattaforme agli utenti e le piattaforme agli organi di controllo, ecc…) si «nasconde (l') esercizio di poteri pubblicistici»[61] dei quali le *Internet Platforms* sono riuscite ad appropriarsi, sottraendoli alla dimensione della sovranità degli Stati, che restano immobili[62].

5. *Qualche riflessione conclusiva sulla necessità di una (etero)regolazione flessibile a partire dal* Digital Service Act

L'uso prioritario e globale della Rete ed in particolare delle piattaforme ai fine dell'esercizio della libertà di manifestazione del pensiero ha sviluppato anche la coscienza della necessità di trovare degli argini in grado di contenere e controllare le attività che si svolgono attraverso le tecnologie digitali.

Da un lato la soluzione di disciplinare in modo compiuto i nuovi strumenti tecnologici presenta il fondato rischio che l'eccessiva rigidità comporti un freno alla innovazione in continuo progresso, oltre che quello della precoce obsolescenza delle norme stesse.

Al contrario la scelta di non disciplinare per nulla i nuovi strumenti digitali potrebbe facilmente portare al consolidamento delle posizioni di potere dei *gatekeepers*, delle piattaforme e dei *social media*, rafforzandone le posizioni oligopolistiche quanto all'accesso a *Internet* e al controllo e alla gestione dei dati in Rete, generando diseguaglianze e possibili compressioni all'esercizio delle libertà individuali[63].

D'altro canto, l'esame della giurisprudenza italiana, ma anche internazionale e straniera, ci informa della poca utilità di costituzionalizzare i cosiddetti nuovi diritti dell'era digitale, potendosi dirimere le situazioni giuridiche via via sottoposte alla giurisdizione attraverso l'interpretazione estensiva delle

[61] M. MANETTI, *op. cit*., 197 e C. BOLOGNA, *op. cit*., 78,. Analogamente si veda S. RODOTÀ, *Una costituzione per internet?*, in *Politica del diritto*, 3/2010, 3.

[62] G. CERRINA FERONI, *L'Oversight Board di Facebook*, cit.

[63] G. RESTA, *Governare l'innovazione tecnologica: decisioni algoritmiche, diritti digitali e principio di eguaglianza*, in *Pol. dir.*, n. 2/2019, 201

disposizioni già presenti nelle Carte costituzionali, nelle convenzioni internazionali e nelle fonti sovranazionali.

Quanto ai *social media,* a queste constatazioni, pur valide, si deve aggiungere quella relativa alla loro "triplice natura" di operatori economici, operatori della comunicazione e di "spazio sociale e quindi politico", poiché proprio quest'ultima spinge verso la loro regolazione, a causa dell'impatto che hanno ‹‹sulla dinamica democratica della società e sulla struttura istituzionale dello Stato contemporaneo››[64].

Sul fronte dell'Unione Europea, alla fine del 2020 la Commissione europea ha esitato la proposta di Regolamento per la adozione del cosiddetto *Digital Service Act (DSA),* definitivamente approvato dal Consiglio il 4 ottobre 2022, dopo essere stato modificato dal Parlamento a fine gennaio dello stesso anno[65].

La proposta di Regolamento è concepita come parte di un più ampio pacchetto, che comprende anche il *Digital Market Act (DMA)*[66] e che dovrà costituire un insieme comune di norme relative agli obblighi e alle responsabilità degli intermediari all'interno del mercato unico, garantendo nel contempo un elevato livello di tutela a tutti gli utenti, indipendentemente dal luogo in cui risiedono nell'Unione. In particolare, la normativa nel suo complesso modificherà la direttiva europea sull'*e-commerce* del 2000, mantenendo le regole di natura sostanziale relative alla responsabilità degli intermediari *online,* ma potenziandone il livello di trasparenza e *accountabilty,* attraverso *misure di carattere procedurale*, relative al cosiddetto *notice and takedown* dei contenuti illegali e alla possibilità di contestare le decisioni di moderazione dei contenuti delle piattaforme[67].

---

[64] P. BONINI, *L'autoregolamentazione dei principali Social Network. Una prima ricognizione delle regole sui contenuti politici*, in *federalismi.it*, n. 11/2020, 265 ss.

[65] Al momento della consegna di questo lavoro se nei attende la pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea, entrerà in vigore dopo cinque mesi. Il testo è attualmente disponibile sul sito istituzionale del Consiglio al seguente link *https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-9342-2022-INIT/x/pdf*

[66] L'accordo fra Parlamento e Consiglio sul *Digital Market Act (DMA)* è stato raggiunto il 24 marzo 2022, approvato definitivamente il 15 settembre 2022 e pubblicato nella Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea il 13 ottobre 2022.

[67] La procedura di *notice and takedown* è gestita dagli *host online* in risposta a ordini di un Tribunale o ad accuse secondo cui il contenuto è illegale. Il contenuto viene rimosso dall'*host* a

Tali obblighi, tuttavia, non si estenderanno a tutte le piattaforme**,** poichè la proposta opera una distinzione fra le micro e piccole imprese da un lato e le "*very large online platforms*" (definite tali secondo una soglia stimata in oltre 45 milioni di destinatari del servizio), imponendo dunque a queste ultime uno *standard* più elevato di trasparenza e responsabilità, per quanto concerne sia la moderazione dei contenuti, sia la trasparenza dei processi algoritmici.

L'obiettivo della disciplina voluta dalla Commissione è allora quello di fornire un nuovo quadro giuridico dei servizi digitali, che, partendo dalle regole sostanziali già esistenti relative alla responsabilità degli intermediari *online*, sia in grado di rafforzare il mercato unico digitale e garantire il rispetto dei diritti e dei valori dell'Unione, mantenendo alti *standards* di tutela dei diritti fondamentali in Rete, sempre più influenzati dalla *governance* dei soggetti privati.

Inoltre, la normativa appare di primaria importanza anche al fine di evitare la estrema frammentazione normativa a livello dei singoli Stati membri, che comporterebbe da un lato ostacoli **a**llo sviluppo delle imprese europee, rafforzando il potere dei *tech giants*, dall'altro non consentirebbe ai cittadini di fare affidamento su garanzie armonizzate contro la rimozione discrezionale dei contenuti.

L'esperienza normativa in corso nell'Unione europea ci dice dunque che la "costituzionalizzazione" di *Internet* e delle nuove tecnologie, al fine di evitare i rischi determinati dall'oligopolio delle *big tech societies*, passa attraverso l'intersezione delle vie della autoregolazione (da parte delle piattaforme) e della eteroregolazione (da parte dei decisori politici)[68].

La validità dell'intervento regolatore dei pubblici poteri si rivelerà infatti ancora preferibile rispetto all'intervento di *enforcement* dei prestatori di servizi privati, laddove però si coniughi e si adegui alla attività di questi ultimi che sono chiamati a pubblicare e moderare i contenuti in Rete[69].

---

seguito di una notifica all'utente. La procedura menzionata è ampiamente, utilizzata in relazione alla violazione del *copyright*, nonché nei casi di reati di diffamazione, o *hate speech.*

[68] E. CHELI, *Presentazione*, in G. DE MINICO, *Antiche libertà e nuova frontiera digitale,* Torino, 2016 e G. PITRUZZELLA, *La libertà di informazione nell'era di* Internet, in *MediaLaws*, 1, 2018, 26.

[69] Cfr. *contra* la tesi di K. KLONICK, *The New Governors: The People, Rules, and Processes Governing Online Speech, in Harvard Law Review*, 2018, vol. 131, 1669.

Si tratta quindi di adeguare la libertà di espressione e gli strumenti costituzionali posti a sua tutela con il paradigma di un nuovo "costituzionalismo digitale", ma anche di porre nuove regole che governino l'attività delle piattaforme in modo flessibile e che si affianchino alle *policies* poste da queste ultime in un movimento di osmosi fra fonti di natura (pubblica e privata) e matrice (provenienti sia da pubblici poteri sia dalla società di servizi di informazione) diverse. In questo modo si soddisferà quella necessità di «non irrigidire eccessivamente il quadro normativo, adottando tecniche che consentono un più facile adattamento alle innovazioni tecnologiche e un più agevole scambio tra bisogno di regole e valori sociali»[70].

L'insufficienza delle impostazioni tradizionali, che incasellano le libertà fra i diritti di natura pubblicistica operanti nei confronti dello Stato e i diritti dei privati in posizione di reciproca simmetria, si palesa oggi nel ruolo svolto dalle piattaforme e in particolare i *social media*, i quali esprimono dunque un "potere privato", volendo in tal senso intendersi «potere che è privato per quanto concerne la sua fonte […] ma che proprio all'atto del suo esercizio si realizza con quelle forme di cogenza e di autorità avvicinabili sostanzialmente alle categorie […] che sono proprie dei poteri di diritto pubblico»[71].

Si è ben consci, che la tesi sostenuta in queste pagine sia opposta a quella di autorevole dottrina che ritiene non necessario un "costituzionalismo digitale" inteso come adeguamento dei valori costituzionali alla nuova società digitale,

---

Deve segnalarsi altresì la tesi di G. PITRUZZELLA, *La libertà di informazione nell'era di internet*, cit., 26, il quale quasi preconizzando l'avvento dell'*Oversight Board* di *Facebbok,* proponeva l'introduzione di «istituzioni specializzate, terze e indipendenti (giudici o autorità indipendenti) che, sulla base di principi predefiniti, intervengano successivamente, su richiesta di parte e in tempi rapidi, per far rimuovere dalla rete quei contenuti che sono palesemente falsi o illegali o lesivi dei diritti fondamentali e della dignità umana». *Contra* N. ZANON, *Fake news e diffusione dei social media: abbiamo bisogno di un'"Autorità Pubblica della Verità"?*, in *MediaLaws*, 1/2018, 12 ss.

[70] S. RODOTÀ, *Tecnologia e diritti*,Il Mulino, Bologna, 1995, 148 ss. Analogamente anche F. RIMOLI, *Appunti per uno studio sul diritto alla procreazione*, in *Dir soc.*, 1994, 144 ss. e A. GIUBILEI*, Il nuovo* Oversight Board *istituito per il controllo dei contenuti su Facebook alla luce delle sue prime decisioni: tra natura paragiurisdizionale e tutela della libertà d'espressione,* in *Rivista del Gruppo di Pisa*, Fascicolo speciale n. 3, 2021, 179-180.

[71] La tesi è quella di G. LOMBARDI, *Potere privato e diritti fondamentali*, Giappichelli, Torino, 1970, 86 e ss. Analogamente si veda O. POLLICINO, *L'efficacia orizzontale dei diritti fondamentali previsti dalla Carta. La giurisprudenza della Corte di giustizia in materia di digital privacy come osservatorio privilegiato*, in *MediaLaws*, 3/2018, 140

poiché esso comporterebbe ‹‹slittamenti semantici e confusione concettuale››[72]. Resta però in chi scrive la convinzione che esso costituisca il necessario presupposto di un equilibrato bilanciamento fra l'esigenza di tutelare i diritti dei singoli e quella di non ostacolare il fluire spedito dell'innovazione tecnologica, anche grazie a discipline che privilegino gli aspetti procedurali (potremmo dire *in progress*) delle regole più che quelli sostanziali[73].

dirittifondamentali.it

[72] E. GROSSO, *Recensione a M. Betzu, Stati e istituzioni economiche sovranazionali, Giappichelli, 2018*, in *Dirittto Pubblico,* 3, 2020, 1025. M. LUCIANI, *Relazione conclusiva,* cit., 498, concorda, preferendo un "costituzionalismo senza aggettivi".

[73] Cfr. M. FIORAVANTI, *Stato costituzionale in trasformazione,* Morcelliana, Modena, 2021, 49, il quale auspica un costituzionalismo che trascenda i modelli teorici finora utilizzati, optando invece per una rifondazione della democrazia costituzionale mediante l'introduzione di adeguate tecniche e funzioni di garanzia e C. COLAPIETRO, *op. cit.,* 12, che, riprendendo la tesi di V. FROSINI, *Il giurista e le tecnologie dell'informazione*, Bulzoni Editore, Roma, 1998, 58, sostiene che, conformemente al percorso avviato dall'ordinamento europeo, occorre guardare ad un "modello antropocentrico" di nuovo costituzionalismo digitale.

dirittifondamentali.it

Dirittifondamentali.it - Fascicolo 3/2022
Data di pubblicazione – 14 novembre 2022

THE LAST SHIP
Pandemia e (sovra)strutture costituzionali tra fantasia e realtà*

di
Luca Buscema*

Sommario: 1. *The last ship*: presagi distopici dell'emergenza pandemica. 2. La ricerca della cura tra verità scientifica e selezione "naturale" della specie. 3. Emergenze sanitarie e unità ed indivisibilità dello Stato (federale o regionale) al cospetto della crisi. 4. La preservazione della *salus rei publicae* tra elementi simbolici e solidarietà.

1. *The last ship*: presagi distopici dell'emergenza pandemica

In seguito al compimento di una missione, condotta senza poter mantenere, per diversi mesi, il contatto radio con la Madrepatria, un'unità della Marina Militare americana, la USS Nathan James - cacciatorpediniere lanciamissili classe Arleigh Burke - è chiamata a fronteggiare una sfida inattesa: in seno ad uno scenario (quasi) apocalittico, l'improvviso diffondersi di un virus letale ha sterminato i quattro quinti della popolazione mondiale, con ciò mettendo a dura prova, tra l'altro, la tenuta dei sistemi di governo democratico a fronte dell'insorgere di derive autoritarie ed anarchiche.

* Versione ampliata della relazione che sarà riprodotta negli atti del Convegno organizzato dall'Associazione di Diritto Pubblico comparato ed europeo su "La rappresentazione delle tradizioni giuridiche nella *pop culture*. Narrazione e percezione del giuridico tra immagini statiche e immagini dinamiche", che si è svolto presso l'Università di Foggia nei giorni 23 e 24 giugno 2022.

* Ricercatore t.d. di tipo B in Istituzioni di diritto pubblico (SSD Ius 09) - Università degli Studi di Messina. Abilitato a professore di seconda fascia - settore concorsuale 12/C1 - SSD Ius 08.

Contributo sottoposto a referaggio

dirittifondamentali.it

In assenza di ordini precisi, interrotta la catena di comando e pur se privo di alcuna certezza in merito alla stessa sopravvivenza della Nazione, l'equipaggio intraprende un nuovo viaggio in acque sempre più "perigliose".

L'obiettivo principale diviene la ricerca di una cura, in particolare, grazie alla presenza, a bordo, di una scienziata, animata dal desiderio di "servire l'umanità" a qualunque costo, che, suo malgrado, sarà costretta a misurarsi anche con il "tradimento" di un collega asservito al soldo dello storico "antagonista", in quel contesto rappresentato da una unità navale battente bandiera sovietica.

Seguiranno, poi, nuovi e diversi "confronti ed ingaggi" con altri "avversari" desiderosi di cogliere l'occasione per instaurare un "nuovo ordine mondiale", sotto l'egida e l'influenza di dittature già radicate nella parte orientale del globo, ovvero animati da istinti di vendetta, sovente sorretti da convincimenti rivelatisi, in seguito, non rispondenti a verità.

I presunti nemici diverranno, quindi, i nuovi alleati onde contrastare il vero pericolo annidatosi nella prepotenza e tracotanza di regimi autoritari il cui unico obiettivo si traduce nello sfruttare il senso di smarrimento insorto in seguito alla diffusione del virus per annichilire, definitivamente, ogni sacca di resistenza posta a difesa della dignità umana.

Nel perenne dilemma tra il "mito" dell'eroe, rappresentato dalla figura dell'"uomo solo al comando" (della USS Nathan James), e l'imperativo categorico morale "*no man left behind*"[1], verrà intrapresa, quindi, una lunga battaglia, "contro tutti i nemici"[2].

Le alterne fortune dell'equipaggio si snoderanno attraverso la ricerca di una cura, lo stress cui viene sottoposto il principio democratico di governo al cospetto dell'emergenza, il confronto con "gli immuni", i deliri di onnipotenza di chi vorrebbe poter dare vita ad una nuova umanità di eletti e privilegiati, gli unici a

[1] Per una disamina del significato etico riferibile al motto, maturato in seno al sistema militare statunitense, v. L. WONG, *Leave No Man Behind: Recovering America's Fallen Warriors*, in *Armed Forces & Society*, 2005, Volume: 31 issue: 4, 599 ss.

[2] Circa la valenza simbolica di siffatta espressione verbale con riferimento ai temi del conflitto asimmetrico ed in ordine alla vasta eterogeneità delle forme di attentato all'ordine costituito americano, v. R. A. CLARKE, *Against All Enemies: Inside America's War on Terrorism*. New York, 2004.

poter beneficiare della inoculazione del vaccino, la diffidenza della popolazione maturata circa la somministrazione del farmaco, la mutazione del virus, capace non solo di attentare alla salute umana, ma, aggredendo le coltivazioni e gli allevamenti, di divenire causa di una carestia globale.

Molteplici dimostrano di essere, in questa direzione, pur tenendo in debita considerazione le ovvie iperboli dovute ad "esigenze di scena", le analogie con quella triste realtà con la quale, ormai da più di un biennio, l'intera popolazione mondiale è stata chiamata a confrontarsi in conseguenza della emergenza pandemica, dovuta alla propagazione del virus Sars-Cov2, improvvisamente inveratasi a distanza di alcuni anni dalla "messa in onda" della fiction che, col senno di poi, sembra quasi assumere una valenza distopica.

Le vicissitudini vissute dall'equipaggio della USS Nathan James sembrano quasi predire, descrivere e rappresentare scenari che, almeno in parte, hanno coinvolto, a distanza di poco tempo, molti popoli e Nazioni, prefigurando situazioni, sviluppi, assetti politico-sociali e mutamenti nella vita dei singoli Stati (e nello scacchiere internazionale) intrinsecamente pericolosi per la tenuta dei modelli democratici di governo e per la stessa sopravvivenza di intere comunità[3].

In questo senso, alcuni passaggi chiave dello sviluppo della trama, immaginaria e immaginifica, meritano attenzione e riflessione, sia in considerazione delle questioni problematiche e (sovente) irrisolte legate ai temi descritti, sia perché, ancorché, alla fine, nella fiction, come da consolidata tradizione cinematografica, trionferà il bene, verrà pur sempre confermato il convincimento secondo il quale,

[3] Cfr., *ex multis*: S. ENGLER, P. BRUNNER, R. LOVIAT, T. ABOU-CHADI, L. LEEMANN, A. GLASER, D. KÜBLER, *Democracy in times of the pandemic: explaining the variation of COVID-19 policies across European democracies*, in *West European Politics*, 2021, Volume 44, Issue 5-6, 1077 ss.; S. WALBY, *The COVID pandemic and social theory: Social democracy and public health in the crisis*, in *European Journal of Social Theory*, 2021, Volume: 24, Issue: 1, 22 ss.; D. W. MCIVOR, J. HOOKER, A. ATKINS, A. ATHANASIOU, G. SHULMAN, *Mourning work: Death and democracy during a pandemic*, in *Contemporary Political Theory*, 2021, volume 20, 1655 ss.; A. PEDRAZZANI, M. MARAFFI, *La concezione della democrazia al tempo della pandemia*, in N. MAGGINI, A. PEDRAZZANI (a cura di), *Come siamo cambiati?: Opinioni, orientamenti politici, preferenze di voto alla prova della pandemia*, Milano, 2021, 35 ss.; F. PALLANTE, *Pandemia, sicurezza, democrazia*, in *Questione giustizia*, 2021, 1 ss.; B. PENDÁS, *Pandemia e democrazia*, in *Nuova antologia*, 2020, 3, 39 ss.

anche nel corso di una (drammatica) situazione di crisi, debba essere sempre ritenuta "maledetta la nazione che ha bisogno di eroi"[4].

2. La ricerca della cura tra verità scientifica e selezione "naturale" della specie

Al cospetto della immane tragedia umanitaria dovuta al propagarsi di un virus letale, capace di sterminare buona parte della popolazione mondiale, la USS Nathan James dovrà misurarsi con il tentativo di ricercare una cura avvalendosi delle competenze scientifiche di alcuni operatori che profonderanno il massimo impegno, in alcune occasioni sino al compimento dell'estremo sacrificio, per poter efficacemente contrastare l'emergenza sanitaria così improvvisamente inveratasi.

Alfine, si giungerà alla predisposizione di un vaccino, utile anche ad eliminare i sintomi in caso di contagio già avvenuto e a debellare la malattia; ciononostante, l'equipaggio sarà obbligato a fronteggiare un duplice, correlato pericolo.

Da un lato, neutralizzare i tentativi di deriva autoritaria e settaria dell'ordinamento intrapresi da parte degli "immuni", categoria composta da individui che, per ragioni naturali, risulta essere refrattaria al virus e, per questa ragione, anche ricorrendo alla mistificazione della realtà, alla delegittimazione ed al plagio delle menti, ritiene di poter affermare il proprio predominio; dall'altro lato, superare la diffidenza della popolazione, non più adusa a prestare fede alla (e nella) pubblica autorità perché disillusa da precedenti informazioni carenti e contraddittorie, nonché condizionata dalla condivisione di suggestioni, si scoprirà, inattendibili e prive di alcun riscontro scientifico.

Temi, in verità, non solo frutto di fantasia cinematografica, bensì strettamente attuali e con i quali ci si misura tutt'ora con riguardo all'emergenza sanitaria legata alla diffusione del virus Sars-Cov2.

Invero, è ormai noto ed incontroverso che, al cospetto di molteplici, potenziali fattori di crisi, il decisore politico sia sovente chiamato ad instaurare un dialogo con la comunità scientifica[5].

[4] In tema di "*heroism in disasters*" v., *ex plurimis*: A. EYRE, *The Making of a Hero: An Exploration of Heroism in Disasters and Implications for the Emergency Services*, in P. MURPHY, K. GREENHALGH (eds), *Fire and Rescue Services*, Springer, Cham, 2018 113 ss.

Un serio ed approfondito dibattito, condotto alla luce di meditate riflessioni, implica, ovviamente, la possibilità di procedere ad un confronto dialettico tra diverse posizioni mediante l'instaurazione di un ideale contraddittorio basato non certo su estremismi ideologici (tanto più pericolosi quanto più mossi e sorretti da intendimenti che nulla hanno a che vedere con il dialogo costruttivo), bensì su di un raffronto sincero e non preconcetto[6].

Al cospetto di (sempre possibili) diversificate opinioni, va colta ogni occasione di reciproco arricchimento grazie alla quale poter "ragionare insieme" sulle metodologie ed in merito agli strumenti ritenuti maggiormente efficaci per fronteggiare la crisi, all'esito di:

a) un apprezzamento, sorretto dai caratteri dell'indipendenza e dell'autorevolezza degli studi ed approfondimenti condotti, della reale consistenza del pericolo;

b) una valutazione del rischio, soppesando potenziali costi e benefici per la salute, individuale e collettiva, correlata all'applicazione, o meno, di misure di contenimento della crisi;

c) una gestione del rischio che coniughi precauzione, proporzionalità, flessibilità ed efficacia degli strumenti di governo della situazione di emergenza[7].

Peraltro, proprio mediante la "condivisione dei saperi", non rimessa, in via esclusiva, a beneficio dei "tecnici", ma indirizzata, specie nel corso dell'emergenza, in favore della collettività, si consente di rendere pienamente cosciente la comunità in merito al complesso delle informazioni rilevanti onde poter formare, ciascuno, il proprio convincimento e, per tale via, contribuire, con metodo democratico, alla maturazione di una "consapevolezza comune"[8].

---

[5] Cfr. L. DEL CORONA, *Le decisioni pubbliche ai tempi del Coronavirus: la tutela dei diritti tra fondatezza scientifica, trasparenza e principio di precauzione*, in *BioLaw Journal, Special Issue* n. 1/2020, 71 ss.

[6] Cfr. A. IANNUZZI, *Leggi "science driven" e CoViD-19. Il rapporto fra politica e scienza nello stato di emergenza sanitaria*, in *BioLaw Journal, Special Issue* n. 1/2020, 119 ss.

[7] Cfr. N. VETTORI, *L'evoluzione della disciplina in materia di vaccinazioni nel quadro dei principi costituzionali*, in *Riv. it. Med. Leg*., 2018, 243 ss.

[8] In tema di acclarata crisi dello "statuto della scienza" al cospetto della pandemia e di conseguente crisi del sapere v. R. D'AGOSTINO, *Emergenza, pandemia, crisi del sapere e funzioni pubbliche necessitate: i diritti fondamentali scientificamente condizionati al tempo del covid-19*, in *Persona e Amministrazione*, 2/2020, 403 ss. In tema di rapporto tra libertà della scienza e integrità

dirittifondamentali.it

Ciò, specie al cospetto dell'affioramento di dinamiche e dialettiche polarizzanti che rinvengono, proprio entro le coordinate dell'incertezza derivante dalla crisi, terreno fertile per affermarsi in cui alla sempre più evidente vaghezza delle notizie, che si rincorrono a velocità crescente, si accompagna l'imprevedibilità delle reazioni della comunità politica, avvinta da un profondo senso di smarrimento e priva(ta), in questo modo, della possibilità di comprendere appieno intensità del pericolo e adeguatezza delle misure contenitive adottate[9].

In un siffatto contesto, cova la minaccia di pulsioni e derive estremistiche pronte a cogliere l'occasione per dare sfogo ai propri istinti eversivi, non necessariamente, almeno in prima battuta, ricorrendo alla violenza fisica, bensì sfruttando la propria capacità di mimetizzarsi onde non consentire una immediata identificazione del rischio per la tenuta delle libere Istituzioni[10].

Al contempo, però, ricorrendo alla mistificazione della realtà, all'interno di un contesto sociale non pienamente aduso a procedere ad un vaglio critico delle informazioni (passivamente) ricevute, viene gradualmente insinuato il seme del dubbio, tipico delle teorie cospirazioniste e/o complottiste, allo scopo di delegittimare le iniziative attivate per contrastare efficacemente e rimuovere definitivamente il pericolo inveratosi[11].

---

della ricerca applicata all'individuazione di strumenti di contenimento e risoluzione della crisi pandemica v. L. BUSATTA, *l'integrità della ricerca nel tessuto costituzionale: prime notazioni a partire dal contesto pandemico*, in *Rivista AIC*, 2020, 4, 404 ss.

[9] In tema di disinformazione ed in ordine agli effetti deteriori derivanti dalla propagazione di fake-news nel corso dell'emergenza pandemica v., *ex multis*: R. FERRARI ZUMBINI, *Cosa significa fake-news? (Un concetto non chiaro e il rischio di far peggio)*, in *Federalismi, Osservatorio Emergenza Covid-19*, 10 aprile 2020, 1 ss.; A. ZAFFANELLA, *Doppio taglio: il diritto d'informazione ai tempi dell'emergenza "CoViD-19"*, in *BioLaw Journal, special issue* 1, 2020, 667 ss.; C. MAGNANI, *Emergenza sanitaria e libertà d'informazione: cenni sul contrasto alla disinformazione nei giorni del coronavirus*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2, 2020, 1 ss.

[10] Cfr., *ex multis*: G. DAVIES, E. WU, R. FRANK, *A Witch's Brew of Grievances: The Potential Effects of COVID-19 on Radicalization to Violent Extremism*, in *Studies in Conflict & Terrorism*, 2021, 1 ss.; A. W. KRUGLANSKIA, R. GUNARATNA, M. ELLENBERG, A. SPECKHARDC, *Terrorism in time of the pandemic: exploiting mayhem*, in *Global Security: Health, Science and Policy*, 2020, Volume 5, Issue 1, 121 ss.; A. BASIT, *COVID-19: a challenge or opportunity for terrorist groups?*, in *Journal of Policing, Intelligence and Counter Terrorism*, 2020, Volume 15, Issue 3, 263 ss.

[11] Cfr., *ex multis*, B. LUCINI, *Extremisms, viral violence and pandemic: Fusion Extreme Right and future perspectives*, in Id (a cura di), *Sicurezza, terrorismo e società, Special Issue Covid-19 pandemic*, 2/2020, 69 ss.

Facendo leva, quindi, sul senso di scoramento, si persegue l'obiettivo di divenire portatori, agli occhi della collettività ormai turbata e demoralizzata, della verità non detta, (mal)celata in ragione della difesa di egoistici interessi ascrivibili ad una élite desiderosa esclusivamente di mantenere il potere a scapito della comunità inerme.

Al cospetto di consimili evenienze, onde arginare siffatte derive antidemocratiche (tali perché volte surrettiziamente a pregiudicare le fondamenta dello Stato di diritto e la più intima consistenza dei valori del pluralismo, del confronto dialettico e del principio democratico di governo), va contrapposta la promozione di una "cultura costituzionale" quale "quarto elemento costitutivo dello Stato"[12] mediante la quale consolidare un *idem sentire* cosciente e consapevole dell'irrinunciabile saldezza dei valori di libertà da erigere a barriera invalicabile, anche nel corso di uno stato di crisi, contro ogni autoritarismo[13].

3. Emergenze sanitarie e unità ed indivisibilità dello Stato (federale o regionale) al cospetto della crisi

Al cospetto della pandemia improvvidamente inveratasi, di impatto così grave da aver condotto alla morte i quattro quinti dell'intera umanità, la USS Nathan James è chiamata a doversi misurare non solo con l'emergenza sanitaria e con i pericoli derivanti dall'aggressione perpetrata da forze militari straniere ostili, ma deve anche perseguire l'obiettivo di salvaguardare la tenuta dell'assetto politico/costituzionale democratico a fronte di tentativi di deriva, al contempo, autoritaria ed anarchica che mirano a sostituire il Governo federale con un diverso modello istituzionale in cui verrebbe meno l'unità, ideale, simbolica e territoriale, del Paese mediante il conferimento di "pieni poteri" a novelli "Stati minori confederati".

[12] Cfr. *Dalla Staatsrechslehre alla società aperta del diritto costituzionale comparato ed europeo. Peter Häberle in un'intervista di Robert Christian van Ooyen*, in *Nomos*, 2014, 10 ss.

[13] In tema di rapporto tra emergenza pandemica e rigurgiti di autoritarismo, v., *ex multis*: M. FILSINGER, M. FREITAG, *Pandemic threat and authoritarian attitudes in Europe: An empirical analysis of the exposure to COVID-19*, in *European Union Politics*, 2022; S. THOMPSON, E. C. IP, *COVID-19 emergency measures and the impending authoritarian pandemic*, in *Journal of Law and the Biosciences*, 2020, 1 ss.

Ciò, preso atto del convincimento secondo il quale l'emergenza sanitaria abbia messo in luce le ataviche criticità di una "democrazia non più vitale" che necessita di essere rapidamente rimpiazzata da novelli "poteri forti" che, pur comportando la soccombenza di libertà e diritti inviolabili dell'individuo, sia capace di rispondere efficacemente alle esigenze emergenti di singole collettività ormai non più avvinte da un comune *idem sentire*, bensì bisognose di una guida sicura, capace di compiere, in loro vece, le migliori scelte per un radioso futuro[14].

Prevarrà, anche in questo caso, dopo lunghe battaglie e conflitti (anche ideali e di coscienza, che albergano nell'animo di alcuni protagonisti), il senso di unità assistendo al trionfo del Governo federale, in quel contesto, "democraticamente nominato".

Ovviamente, al di là delle peculiarità proprie della fiction, le vicende così brevemente descritte richiamano alla mente, nella realtà, il tema della previsione di modelli di disciplina dello stato di emergenza (per vero, non solo sanitaria) che possano assicurare la difesa delle libere istituzioni e della incolumità della popolazione senza dover, di necessità, richiedere la mortificazione dei principi democratici di governo e delle libertà fondamentali della persona, vieppiù mantenendo salda ed inalterata l'unità (non solo geografica o territoriale) dello Stato[15].

Per vero, nel fronteggiare episodi critici di vaste (incontrollate e, *prima facie*, incontrollabili) proporzioni, le *best practices* sviluppate a livello territoriale, è noto, possono sì offrire il proprio contributo alla risoluzione della situazione emergenziale, ma, di per sé, non possono prescindere da un coordinamento unitario, sperimentando nuove forme di dialogo e sostegno interistituzionale che

[14] Per contro, in tema di coordinate etiche che possano rilevare, nel corso della gestione di un'emergenza, riduzione del danno, libertà, giustizia distributiva, trasparenza, onestà ed inclusione, v. G. CORBELLINI, *Etica e gestione delle emergenze*, in *Rivista italiana di public management*, 2020, Vol. 3. n. 2, 209 ss.

[15] Cfr., *ex multis*: F. F. PAGANO, *Il principio di unità e indivisibilità della Repubblica ai tempi dell'emergenza CoViD-19*, in in *BioLaw Journal, Special Issue* n. 1/2020, 209 ss.

necessitano, però, di una strutturata cabina di regia per non essere abbandonate ad estemporanei tentativi dagli esiti (oltremodo) incerti[16].

La complessità delle procedure organizzative, logistiche, diagnostiche e terapeutiche che connotano la gestione di crisi sanitarie, difatti, oltrepassano le anguste "frontiere" (non solo) degli enti territoriali "minori" e richiedono un approccio incentrato su modelli di prevenzione comuni innanzitutto a livello nazionale (o federale), ancorché dotati di elasticità sufficiente ad ammetterne l'adattamento ai peculiari bisogni territoriali.

Ciò, peraltro, non pone certo in discussione le attribuzioni costituzionalmente riconosciute in favore delle diverse articolazioni territoriali di cui si compone lo Stato (federale e/o unitario); al contrario, è proprio dalla sinergia tra i diversi livelli di governo che risulta possibile meglio affrontare e contrastare la crisi inveratasi per il tramite di un'azione congiunta, probabilmente ancor più efficace, in realtà, se coordinata mediante l'attuazione di un modello di disciplina (costituzionale) dell'emergenza già in vigore - e da attivare nei casi previsti - piuttosto che rimessa ad una estemporanea concertazione basata sugli ordinari strumenti di dialogo interistituzionale o intergovernativo.

In quest'ottica, maturano gli studi concernenti la categoria dei *Complex intergovernmental problems* (CIPs)[17] in riferimento ai quali, a fronte di una situazione di crisi in atto, all'interno di un sistema intergovernativo, emerge preponderante la necessità di procedere alla pianificazione di interventi funzionali al perseguimento di un duplice obiettivo: a livello territoriale, in prima battuta, in misura diversificata e modulata sulla scorta della peculiare intensità dell'emergenza inveratasi, nella prospettiva della mitigazione delle conseguenze pregiudizievoli, pur al cospetto di una comune regia; a livello nazionale (federale), rafforzando gli

[16] In merito, ad esempio, al ruolo rivestito dalle regioni italiane in tema di contrasto alla pandemia v., *ex multis*: U. ALLEGRETTI, E. BALBONI, *Autonomismo e centralismo nella lotta contro la pandemia coronavirus*, in *Forum Quaderni Costituzionali*, n. 2/2020, 9 aprile 2020, 537 ss. In merito, sia consentito anche il rinvio a L. BUSCEMA, *Emergenza sanitaria (inter)nazionale e regionalismo (differenziato): un ossimoro?*, in *Diritti regionali – Forum La gestione dell'emergenza sanitaria tra Stato, Regioni ed Enti locali*, 24 marzo 2020, 406 ss.

[17] Cfr., *ex multis*: B.G. PETERS, E. GRIN, F.L. ABRUCIO, *American Federal Systems and COVID-19: Responses to a Complex Intergovernmental Problem*, Bingley, 2021.

strumenti di cooperazione, anche rivisitandone i tradizionali contenuti in vista della formazione di politiche pubbliche efficaci e condivise[18].

Un tentativo intrapreso in questa direzione è maturato, in un recente passato, al cospetto dell'emergenza sanitaria insorta nel corso dei primi anni del secondo millennio e si è tradotto nella formulazione del "Model State Emergency Health Powers Act", documento redatto all'indomani dei tragici eventi dell'11 settembre 2001 dal Center for Law and the Public's Health at Georgetown and Johns Hopkins Universities nel più generale quadro del sistema di risposta pubblica all'emergenza divisata in seno al National Emergencies Act del 1976[19] ed al Stafford Disaster Relief and Emergency Assistance Act del 1988[20], "archetipo di disciplina" posto all'attenzione dei singoli Stati allo scopo di consentire di modellare le proprie legislazioni per meglio e più efficacemente contrastare i pericoli derivanti dal bioterrorismo[21] o da epidemie e/o pandemie[22].

[18] Sul punto, per un approfondimento, v. M. PAQUET, R. SCHERTZER, *COVID-19 as a Complex Intergovernmental Problem*, in *Canadian Journal of Political Science*, 2020, 2 ss. In merito, v. anche E. THOMANN, P. TREIN, M. MAGGETTI, *What's the Problem? Multilevel Governance and Problem-Solving*, in *European Policy Analysis*, 2019, 37 ss.; E. VERSLUIS, M. VAN ASSELT, K. JINHEE, *The Multilevel Regulation of Complex Policy Problems: Uncertainty and the Swine Flu Pandemic*, in *European Policy Analysis*, 2019, 80 ss.

[19] Per una disamina v., *ex plurimis*: G. SLATER, *The National Emergencies Act of 1976- End of Emergency Government?*, 1977, in *Iustitia* Vol. 4, No. 2 , Article 4; A. S. KLIEMAN, *Preparing for the Hour of Need: The National Emergencies Act*, in *Presidential Studies Quarterly*, 1979, Vol. 9, No. 1, 47 ss.

[20] Cfr. P. MAGARÒ, *La Corte Suprema degli Stati Uniti d'America all'epoca del COVID-19 (uno sguardo d'insieme)*, in *Consulta-online*, n. 1/2020, 21 aprile 2020, 249 s.

[21] Cfr., *ex multis*: G.J. ANNAS, *Bioterrorism and public health law*, in *JAMA*, 2002, 2685 s. ID., *Bioterrorism, public health and human rights*, in *Health Aff.*, 2002, 94 ss.; R. BAYER, J. COLGROVE, *Bioterrorism, public health and the law*, in *Health Aff.*, 2002, 98 ss.; J. G. HODGE, *Bioterrorism Law and Policy: Critical Choices*, in *Public Health J Law, Med & Ethics*, 2002, 30, 254 ss.; H. HORTON, J.J. MISRAHI, G. W. MATTHEWS, P.L. KOCHER, *Disease Reporting as a Tool for Bioterrorism Preparedness*, in *J Public Health J Law, Med & Ethics*, 2002, 30, 262 ss.; D. E. SHALALA, *Bioterrorism: How Prepared Are We?*, in *Emerging Infectious Diseases*, 1999, 5, 492 s.; J.B. TUCKER, *Historical Trends Related to Bioterrorism: An Empirical Analysis*, in *Emerging Infectious Diseases*, 1999, 5, 498 ss.; J. A. PAVLIN, *Epidemiology of Bioterrorism*, in *Emerging Infectious Diseases*, 1999, 5, 528 ss.

[22] Cfr. The Centers for Law and the Public's Health: A Collaborative at Johns Hopkins and Georgetown Universities - *The Model State Emergency Health Powers Act (MSEHPA)* in *www.publichealthlaw.net/ModelLaws/MSEHPA.php*. In merito, v. L. O. GOSTIN, J.W. SAPSIN, S.P. TERET, *The Model State Emergency Health Powers Act: Planning for and Response to Bioterrorism and Naturally Occurring Infectious Diseases*, in *Journal of the American Medical Association*, 2002, 622 ss.

dirittifondamentali.it

Trattasi, in particolare, di un prototipo ideale di regolamentazione della crisi - da modulare, all'interno di uno Stato federale, sulla base delle peculiari esigenze territoriali[23] - elaborato nella prospettiva della ricerca di un (fragile) equilibrio tra interessi pubblici e libertà fondamentali della persona mediante una puntualizzazione delle garanzie (sostanziali e procedimentali) da rispettare onde non mortificare, pur durante una situazione di emergenza sanitaria, il "nocciolo duro" dei diritti inviolabili dell'individuo[24].

Viene conferito il giusto risalto, innanzitutto, ai diversi profili di interesse che implicano la necessità di poter programmare tipologia e consistenza degli interventi in misura proporzionata rispetto all'intensità dell'emergenza da contenere, beneficiando, al contempo, di una chiara rappresentazione dei criteri di bilanciamento da impiegare al fine di commisurare esigenze di sicurezza e integrità psicofisica della popolazione con le libertà fondamentali della persona.

Complessa ed articolata può risultare, però, l'individuazione e la concreta applicazione dei mezzi da impiegare a tale scopo.

Preliminare si dimostra, in questa direzione, definire le attribuzioni e le competenze in merito alla approvazione di una dichiarazione dello stato di emergenza che consenta di attivare le misure di contenimento della crisi in ossequio al principio democratico e nel corretto bilanciamento tra mezzi di prevenzione e contrasto del pericolo inveratosi e limiti alla sospendibilità dei diritti

[23] Per una disamina dei provvedimenti legislativi adottati da parte dei singoli Stati in tema di gestione dell'emergenza sanitaria secondo le indicazioni contenute all'interno del *MSEHPA*, v. *The model state emergency health powers act (msehpa). State legislative activity*; *The Model State Emergency Health Powers Act. Legislative Surveillance Table*, entrambi in *www.publichealthlaw.net*.

[24] In merito, v. L. O. GOSTIN, *The Model State Emergency Health Powers Act: Public Health and Civil Liberties in a Time of Terrorism*, in *Health Matrix*, 2003, 13, 15 ss.; J. G. HODGE, JR., L. O. GOSTIN, *The Model State Emergency Health Powers Act - A Brief Commentary*, in *http://www.publichealthlaw.net/MSEHPA/Center%20MSEHPA%20Commentary.pdf*. Per una esemplificazione dei diritti di libertà da coniugare con l'interesse pubblico - consistente nella salvaguardia della salute individuale e collettiva - correlato ad una situazione di emergenza sanitaria all'interno del modello costituzionale statunitense v. W. E. PARMET, M. S. SINHA, *The Law and Limits of Quarantine*, in *The New England Journal of Medicine*, 09 aprile 2020, 2. Sul punto, v. anche G.L. GATTA, *I diritti fondamentali alla prova del coronavirus. Perché è necessaria una legge sulla quarantena*, in *Consulta-online*, n. 1/2020, 6 aprile 2020, 204 s.

(asseritamente) inviolabili dell'individuo in ossequio alla vigente Carta fondamentale.

La preparazione, pianificazione e programmazione degli interventi da porre in essere in occasione di un'emergenza sanitaria pubblica, peraltro, non può certo prescindere, in una logica di (razionale e precauzionale) prevenzione, dalla affermazione di un "ordinario" sistema di sorveglianza sanitaria, identificando potenziali fattori di rischio e monitorando con la giusta attenzione ogni eventuale focolaio, ancorché in origine (geograficamente e/o numericamente) circoscritto.

Del pari, una corretta gestione delle risorse a disposizione nelle immediatezze dell'evento pregiudizievole, in uno con la pianificazione delle modalità di reperimento degli ulteriori approvvigionamenti indispensabili per contenere e/o contrastare efficacemente l'emergenza, costituiscono strumenti indispensabili per mitigare i rischi di collasso del sistema sanitario qualora insufficiente si dimostri l'impianto organizzativo posto a presidio di una moderna concettualizzazione del c.d. "*Model for Emergency Preparedness and Disaster Health*"[25].

Il sistema di prevenzione e contrasto delle crisi sanitarie immaginato si incentra, poi, su di un modello di cooperazione/concertazione capace di valorizzare, anche in riferimento allo "stato di necessità", le esperienze maturate a livello territoriale in tema di gestione delle catastrofi, naturali e sanitarie[26].

Ciò, a prescindere dal caratteristico assetto politico/costituzionale proprio di uno specifico Stato, sia esso a base federale o regionale.

Difatti, pur essendo il "Model State Emergency Health Powers Act" concepito con riguardo alla struttura organizzativa, di matrice costituzionale, propria dello Stato federale, in ossequio ai peculiari criteri di riparto della competenza riferibili a quel ben individuato assetto politico/costituzionale, ciononostante è possibile ritrarre da esso utili indicazioni anche in merito alla ipotetica (ri)definizione dei rapporti tra centro e periferie all'interno di uno Stato unitario a base regionale, con particolare

[25] Cfr. F. ARCHER, *Model for Emergency Preparedness and Disaster Health*, in *Prehospital and Disaster Medicine*, 2009, 129.

[26] Suggerisce una revisione dei rapporti Stato/Regioni per la gestione delle emergenze in tema di sanità pubblica, L. PANZANI, *COVID-19. Un'emergenza destinata a protrarsi. Appunti per il ''dopo''*, in *Federalismi*, 10, 15/04/2020, 9 s.

attenzione rivolta nella direzione di assumere in considerazione l'opportunità di "regionalizzare" alcune attribuzioni in materia di gestione della crisi, pur sempre, però, entro limiti (non solo spaziali, legati a confini territoriali), di congruità e commisurazione rispetto all'entità dell'emergenza.

Per vero, in quest'ottica, solo in riferimento a situazioni di crisi del tutto estemporanee e circoscritte ben potrebbe essere rimessa in capo alle regioni una competenza diretta che permetta di provvedere al governo dell'emergenza facendo ricorso (esclusivamente, o quasi) alle proprie risorse (non solo finanziarie, bensì strutturali-organizzative in genere), secondo un modello di regolazione e pianificazione degli interventi conformato alle reali, contingenti necessità.

Ed anche in siffatti frangenti, in realtà, non v'è chi non veda, comunque, la possibilità di profilare processi cooperativi tra enti pubblici territoriali (minori), interregionali ovvero con il potere centrale, in ogni caso sempre garante della tutela dei diritti fondamentali della persona a prescindere dalla residenza[27].

Ciò, in verità, in ossequio a procedure concordate e democraticamente approvate, sinonimo della precipua volontà di sottoporre il processo di gestione della crisi a metodi, criteri e procedimenti predeterminati e non rimessi ad una estemporanea e, a priori, indeterminata "deroga" a strumenti di concertazione ordinariamente attivabili non in tempo di crisi.

La leale collaborazione interistituzionale postula, quindi, chiarezza nella definizione dei criteri di riparto delle competenze e trasparenza in merito alla condivisione delle informazioni, onde permettere una pianificazione degli interventi coordinata e, soprattutto, a monte, realmente consapevole[28].

[27] Cfr. C. CIARDO, *Il Servizio Sanitario nazionale alla prova dell'emergenza covid-19: il rischio di una sanità disuguale*, in *BioLaw Journal Instant Forum – Diritto, diritti ed emergenza ai tempi del Coronavirus*, 18 marzo 2020, 1 ss.; S. NERI, *Più Stato e più Regioni. L'evoluzione della governance del Servizio sanitario nazionale e la pandemia*, in *Autonomie locali e servizi sociali*, 2020, 2, 239 ss.

[28] Per una disamina del tema, tra leale collaborazione e coordinamento tecnico, v. Q. CAMERLENGO, *Il governo della pandemia tra Stato e Regioni: ritorno al coordinamento tecnico*, in *Le Regioni*, 4/2020, 739 ss. In generale, v. F. BILANCIA, *Le conseguenze giuridico-istituzionali della pandemia sul rapporto Stato/Regioni*, in *Diritto pubblico*, 2020, 2, 333 ss.

L'efficacia di qualsivoglia iniziativa per tale via intrapresa, però, non può prescindere dal coinvolgimento della popolazione per il tramite di una corretta veicolazione di indicazioni circa intensità e natura del pericolo da affrontare[29].

Difatti, "*l'incedere malsicuro, contraddittorio, fuorviante della comunicazione che sottende l'azione dell'autorità pubblica e che orienta i comportamenti delle masse*"[30], specie nel corso di una situazione di crisi, comporta un'amplificazione del pericolo in corso da sterilizzare mediante piena accessibilità al (ed esaustività del) sistema di comunicazione pubblica in caso di emergenza[31].

Ciò, in realtà, in una duplice prospettiva: da un lato, per garantire, anche nel corso di una crisi, l'immanenza del legame ideale intercorrente tra il popolo ed il potere sovrano, onde impedire ogni tentativo di deriva autoritaria che comporti il declassamento della qualità di cittadino a quella di suddito[32]; dall'altro lato, al fine di attivare il dovere di solidarietà (sociale) imputabile all'intero Stato-Ordinamento solo a fronte, però, della cosciente consapevolezza dell'impegno e del sacrificio richiesto, anche in termini di momentanea limitazione delle libertà fondamentali, nella prospettiva del consolidamento di un condiviso *idem sentire* e della conseguente salvaguardia, di fronte all'emergenza, della *salus rei publicae*[33].

4. La preservazione della *salus rei publicae* tra elementi simbolici e solidarietà

[29] Cfr. A. L'ASTORINA, *Il rapporto scienza – società: una questione di comunicazione?*, in M. MALVICINI, *Il governo dell'emergenza. Politica, scienza e diritto al cospetto della pandemia COVID-19*, Napoli, 2020, 17 ss.

[30] Cfr. C. ACOCELLA, *L'epidemia come metafora della sospensione e della compressione delle libertà fondamentali. Rileggendo La Peste di Camus*, in *Diritti regionali – Forum La gestione dell'emergenza sanitaria tra Stato, Regioni ed Enti locali*, 28 marzo 2020, 469 ss.

[31] Sul punto, v., *ex multis*: S. ROLANDO, *La comunicazione di crisi e di emergenza*, in *Riv. It. Com. Pubbl.*, 2003, 179 ss.

[32] Per un approfondimento, in chiave sociologica, dei processi contemporanei di affermazione dei diritti di cittadinanza in seno ad un ordinamento democratico alla luce del "diritto globale", v. C. THORNHILL, *The Sociology of Law and the Global Transformation of Democracy*, Cambridge University Press, 2018.

[33] Invero, "*la pandemia di Covid-19 e la crisi economico-sociale ad essa connessa interrogano in profondità l'ordinamento costituzionale: da un lato, la pressione del fatto veicolata dal principio salus rei publicae nel suo rapporto con il sistema delle fonti e la forma di governo; dall'altro, la limitazione di numerosi diritti nel nome del diritto alla salute e la valutazione della proporzionalità e della ragionevolezza delle misure adottate*". Così e per un approfondimento A. ALGOSTINO, *Costituzionalismo e distopia nella pandemia di Covid-19 tra fonti dell'emergenza e (s)bilanciamento dei diritti*, in *Costituzionalismo*, 2021, 1 ss.

Intrise di valori ed ideali simbolici, le vicende dell'equipaggio della USS Nathan James sono riconducibili alle storie di alcuni ben definiti personaggi; spicca, tra tutti, il "Commander" Thomas William Chandler che incarna il "mito" dell'eroe, rappresentato dalla figura dell'"uomo solo al comando", sì forte e risoluto, ma perseguitato e tormentato dai suoi "demoni".

Contro ogni potenziale fattore di disgregazione della comunità, assumono, poi, valenza identitaria il rispetto osservato al cospetto della bandiera nazionale e l'amor di Patria, fattori di coesione ideologica e culturale di una collettività politica, entità di raccordo e sintesi degli ideali e dell'identità nazionale di un popolo nel suo storico divenire, "*il cui fondamento o collante è il vissuto convinto di una comune appartenenza*"[34], proteso verso la protezione dei principi di libertà faticosamente conquistati da chi, per il bene comune, non è arretrato anche di fronte a terribili ed intollerabili sofferenze, fino a giungere, in qualche occasione, ai limiti del martirio.

In questa prospettiva, di più ampio respiro, che prescinde dal condizionamento delle sorti della Nazione alle (alterne) fortune di un sol uomo, la battaglia per la sopravvivenza del genere umano (non solo contro il virus, ma anche contro i suoi stessi furori, che condurranno pure alla lotta fratricida, in preda ai deliri di onnipotenza o a visionari ed immaginifici obiettivi di ricerca di una vita migliore), richiederà molteplici sacrifici personali, ne porrà in discussione l'opportunità e metterà in crisi uomini ed istituzioni.

Sarà la forza della comunità avvinta dal medesimo *idem sentire* e non certo (solo) il carisma del "capo" a permettere di fronteggiare la crisi; del resto, giungerà pure il momento in cui dovrà assistersi ad un ideale "passaggio di testimone" che, però, in verità, lungi dal "minimizzare" la figura del "comandante", ne esalterà il ruolo di mentore, così da sugellare l'idea secondo la quale pur "nell'ora più buia", arriverà sempre "un momento speciale nella vita di tutti, un momento per il quale quella persona è nata"[35].

[34] Così M. LIVOLSI, *Chi siamo. La difficile identità nazionale degli italiani*, Milano, 2011, 11.
[35] Così W. CHURCHILL, *Discorso alla Camera dei Comuni*, 18 giugno 1940.

Così, anche quando non si abbia "nulla da offrire se non sangue, fatica, lacrime e sudore […] di fronte a […] molti mesi di lotta e sofferenza"[36], il sacrificio cui il popolo è chiamato presuppone la (ri)affermazione, con maggiore forza, dei valori di solidarietà sintetizzabili nel motto "*No one left behind*".

Sovente, nel corso dell'emergenza, i doveri di solidarietà assumono, per tale via, una connotazione diversa ed ulteriore rispetto alla "mera" osservanza di prescrizioni giuridicamente vincolanti[37] e risposano all'interno di un bagaglio assiologico personale che qualifica l'adempimento del proprio dovere con fedeltà ed onore, davvero fulgido esempio di alte virtù civili e morali, fino all'estremo sacrificio[38].

Al contempo, però, non può certo essere dimenticato come sventurata sia la terra che ha bisogno di eroi[39].

Diviene, quindi, compito ineludibile dello Stato-ordinamento assumere su di sé la responsabilità di perseguire l'obiettivo di superare una situazione di crisi mettendo in campo tutte le risorse a disposizione, non risparmiandosi, ma attivando ogni possibile forma di collaborazione e di cooperazione solidaristica al fine di promuovere, coordinare e organizzare iniziative di soccorso e di aiuto, consapevoli del fatto che "il successo non è mai definitivo, il fallimento non è mai fatale; è il coraggio di continuare che conta"[40] .

dirittifondamentali.it

[36] *Ibidem*.

[37] Cfr. A. MORELLI, *I principi costituzionali relativi ai doveri inderogabili di solidarietà*, in *Forum Quaderni costituzionali*, 2015, 1 ss.

[38] In tema di rapporto tra fedeltà e spirito patriottico, v. *ex multis*: G. SALERNO, *Il dovere di fedeltà tra simbolismo costituzionale e patriottismo repubblicano*, in AA. VV., *Scritti in onore di Giovanni Ferrara*, III, Padova, 2005, 511 ss.

[39] Cfr. B. BRECHT, *Vita di Galileo*, (trad. it. E. Castellani), 1993, 115.

[40] Cfr. W. CHURCHILL, *Discorso*, *cit*.

dirittifondamentali.it

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

Dal consenso informato al consenso obbligato? Una riflessione sul senso della medicina e sull'obbligo vaccinale di massa

di
Paolo Becchi*

dirittifondamentali.it

1. Premessa

Uno degli argomenti più importanti della bioetica è sicuramente quello del consenso informato[1], che è strettamente connesso al ruolo del medico nel suo rapporto col paziente[2]. Il dibattito su questo tema è stato caratterizzato dal conflitto tra il valore conferito all'autonomia del paziente e il valore conferito a un presunto dovere di beneficenza, che porterebbe il medico a perseguire in ogni caso l'imperativo della cura, nonché dal conflitto tra le prospettive valoriali, non sempre necessariamente concordanti, del medico e del paziente[3].

Non interessa in questo contributo discutere i diversi modelli che si possono trovare in letteratura, oggi è comunque piuttosto difficile trovare teorie bioetiche che mettano in discussione quella che è stata una grande conquista nella relazione terapeutica, e cioè il fatto che il paziente viene posto al centro di tale relazione: il paziente non è più oggetto di cure, ma soggetto che deve essere rispettato nella sua dignità [4].

---

* Professore ordinario di filosofia del diritto.

[1] Prendo qui le mosse da alcune considerazioni che ho svolto in P. Becchi, *Cos'è la bioetica. Temi e problemi*, Giappichelli, Torino 2022, pp. 19- 30.

[2] Sul rapporto medico-paziente si vedano ad esempio: E.J., EMANUEL, L.L. EMANUEL, *Four Models of the Physician-Patient Relationship*, in *The Journal of the American Medical Association*, 1992, 267(16), pp. 2221-2226; G. COSMACINI, *La qualità del tuo medico. Per una filosofia della medicina*. Laterza, Roma-Bari 1995; G. COSMACINI, R. MORDACCI, *Salute e bioetica*, Einaudi scuola, Milano 2002.

[3] Sul conflitto tra autonomia decisionale del paziente e dovere di beneficenza da parte del medico si vedano in particolare: D.C. THOMASMA, *Beyond Medical Paternalism and Patient Autonomy: a Model of Physician Conscience for the Physician-Patient Relationship*, in *Annals of Internal Medicine*, 1983, 98(2), pp. 243-248; E.D. PELLEGRINO, *Patient and Physician Autonomy: Conflicting Rights and Obligations in the Physician-Patient Relationship*, in *The Journal of Contemporary Health Law and Policy*, 1994, 10, pp. 47-68.

[4] A tale proposito cfr. R. MORDACCI, *Bioetica della sperimentazione: fondamenti e linee-guida*, Franco Angeli, Milano 1997; J.W. BERG, P.S. APPELBAUM, C.W. LIDZ, L.S. PARKER, *Informed Consent: Legal*

Dopo una rapida illustrazione di ciò che si intende per consenso informato in ambito bioetico, l'attenzione si focalizzerà sul modo in cui la pandemia ha trasformato la funzione della medicina e ciò che ha comportato la vaccinazione forzata di massa per quella che era stata considerata una conquista definitivamente acquisita, il consenso libero e informato necessario in linea di principio per ogni trattamento sanitario, una conquista che è stata messa a repentaglio dalla gestione emergenziale della vaccinazione.

2. *Il consenso informato*

Oggi qualsiasi trattamento sanitario, che non sia legato ad una situazione di urgenza e dunque sia impossibile ottenere il consenso o disposto con legge come trattamento sanitario obbligatorio, è subordinato alla previa manifestazione di un consenso esplicito ed attuale. Un consenso che, ovviamente, deve essere preceduto da corrette informazioni (ecco perché si chiama informato). Da un punto di vista bioetico, un consenso informato valido richiede il soddisfacimento di tre requisiti: *a*) l'*informazione*, ovvero che durante la procedura per acquisire il consenso il medico informi il paziente in modo da consentirgli di compiere una scelta ragionata e autonoma; *b*) la *comprensione*, ovvero la verifica che il paziente abbia davvero compreso l'informazione che gli è stata fornita e che risulta imprescindibile per decidere; *c*) la *volontarietà* dell'atto, ovvero che la scelta del paziente sia davvero libera. Questo terzo criterio racchiude in sé stesso due ulteriori requisiti: da un lato richiede che il paziente sia legalmente capace (in caso di paziente incapace o di soggetto minore è infatti necessaria la presenza di un tutore legale o di un genitore); dall'altro richiede che la scelta di sottoporsi a un trattamento sanitario o di partecipare ad una sperimentazione clinica sia stata l'esito di una condizione priva di elementi tanto di influenza indebita, quanto di coercizione [5].

Una particolare attenzione viene riservata all'uso appropriato del consenso informato nel contesto della sperimentazione clinica su soggetti umani. Se, infatti, l'obiettivo principale nell'ambito terapeutico risulta il perseguimento del beneficio del paziente che si presenta dal medico per ricevere una cura appropriata, nel contesto sperimentale l'obiettivo primario è invece l'ampliamento della conoscenza generalizzabile che si realizza grazie alla disponibilità di chi aderisce al programma

---

Theory and Clinical Practice, Oxford University Press, Oxford 2001; N.C. MANSON, O. O'NEILL, *Rethinking Informed Consent in Bioethics*, Cambridge University Press, Cambridge 2007.

[5] Tali elementi così espressi sono già presenti nel *Belmont Report*. Cfr. NATIONAL COMMISSION FOR THE PROTECTION OF HUMAN SUBJECTS OF BIOMEDICAL AND BEHAVIORAL RESEARCH, *The Belmont Report. Ethical Principles and Guidelines for the Protection of Human Subjects of Biomedical and Behavioral Research*, DHEW Publication n. 78-0012, Washington 1978. Per quanto riguarda il nostro Paese, cfr. i due documenti del Comitato Nazionale per la Bioetica, *Informazione e consenso all'atto medico*, Presidenza del Consiglio dei ministri, Dipartimento per l'informazione e l'editoria, 20 giugno 1992 e *Rifiuto e rinuncia consapevole al trattamento sanitario nella relazione paziente-medico*, 24 ottobre 2008.

di sperimentazione. Questa diversità di obiettivi fa sì che nel contesto sperimentale la pratica del consenso richieda una particolare attenzione.
Nonostante non vi siano dubbi sul fatto che il consenso informato costituisca oggi un criterio etico fondamentale, restano alcune perplessità riguardo alla sua realizzazione pratica. Tra queste viene spesso suggerita l'impossibilità per il paziente di comprendere davvero l'informazione che gli viene data, tanto per ragioni di asimmetria epistemica – il paziente il più delle volte non è esperto nelle questioni che vengono esposte –, quanto per ragioni di asimmetria emotiva –, la strutturale debolezza del paziente farebbe sì che questi venga considerato in ogni caso alla stregua di un soggetto vulnerabile e debba, per ciò stesso, essere tutelato [6].
Tali critiche, però non hanno portato alla messa in questione della pratica del consenso informato, hanno semmai suggerito come essa debba fare i conti con il deterioramento che in molti casi ha subìto nel tempo, finendo col diventare una semplice firma su un modulo spesso troppo lungo e di difficile comprensione, e fungendo quindi quasi più da strumento assicurativo per i medici e/o le case farmaceutiche, piuttosto che come strumento di promozione dell'autonomia individuale del paziente. La forma scritta del consenso resta comunque una garanzia importante.
Cosa resta di tutto questo dopo l'emergenza sanitaria dovuta alla Covid-19 e la vaccinazione a cui sono state costrette molte persone? Come ha influito questa malattia virale nel rapporto medico-paziente? A questo cerchiamo ora di rispondere.

3.Nemesi medica

L'emergenza epidemiologica da Covid-19[7] ha provocato non pochi cambiamenti, ed alcuni di questi hanno investito la bioetica. Molte conquiste come appunto quella del consenso libero e informato sono state rimesse in discussione, la medicina stessa ha assunto un ruolo diverso e persino la nozione di salute appare in qualche modo incerta. Cominciamo da questo ultimo punto.
Negli anni che precedono l'emergenza sanitaria era ancora abbastanza semplice distinguere i sani dai malati. L'uomo sano a differenza del malato non aveva bisogno del medico, anzi se ne teneva alla larga nella convinzione che tanto più era sano quanto più riusciva ad evitare di andare dal dottore. Di Covid-19 invece ci si può ammalare senza neppure saperlo, senza cioè avere alcun significativo sintomo. Qual è la conseguenza? Anche se sani, siamo tutti potenzialmente malati. La malattia diventa, insomma, la condizione normale della nostra esistenza.

[6] Sul tema mi limito qui a segnalare R.R. FADEN, T.L. BEAUCHAMP, *A history and theory of informed consent*, Oxford University Press, Oxford 1986 e N.C. MANSON, O. O'NEIL, *Rethinking informed consent in bioethics*, Cambridge University Press, Cambridge 2012.
[7] Mi sono soffermato su questo tema in due recenti libri a cui qui mi riferisco e a cui rinvio per un approfondimento: P. BECCHI, *L'incubo di Foucault. La costruzione di una emergenza sanitaria*, Lastarìa, Roma 2020 e ID., *Kant col green pass. Dalla sorveglianza al controllo sociale*, Albatros, Roma 2022.

Si tratta di un nuovo e decisivo passo verso quel processo di "medicalizzazione della vita" di cui parlava già Ivan Illich[8]. La medicina non ha più ad oggetto il malato, non interviene più sulla malattia: si occupa della persona sana e interviene per prevenire la malattia. La medicina stessa da curativa diventa, preventiva, palliativa, eugenetica e digitale. Preventiva perché non c'è miglior alibi della prevenzione per non occuparsi della cura[9]. Palliativa perché la società civile non tollera più il dolore[10]. Eugenetica, beninteso, non nel senso delle vecchie degenerazioni totalitarie con la soppressione violenta delle vite "non degne di essere vissute", ma attuando nuovi programmi eutanasici neoliberali, consentendo l'affitto di un utero, il prelievo di organi da "morti cerebrali" senza il consenso, la cremazione non autorizzata del cadavere, e così via[11]. Con il digitale siamo al compimento del percorso, perché ormai con telemedicina, terapie digitali, fascicoli sanitari elettronici, ecosistemi sanitari, si perderà completamente la relazione umana tra il medico e il suo paziente. Al centro dell'attenzione non ci sarà più il malato ma la condivisione dei suoi dati clinici per migliorare la prevenzione generale.

Questi cambiamenti nella medicina incidono anche nel modo di considerare la salute. Il diritto alla salute, ad avere cure adeguate, si trasforma nell'obbligo di prevenire la malattia; nel nostro caso questo significa assumere tutta una serie di misure – mascherine, guanti, misurazione della temperatura prima di entrare in diversi luoghi, distanziamento sociale, *lockdown* e da ultimo vaccinazione forzata e ripetuta nel tempo – che dovrebbero in teoria consentire di impedire il diffondersi della malattia.
Per questo, ad esempio, si è detto che non esistevano farmaci adeguati a curare la Covid-19 (ricordiamo tutti la "vigile attesa") perché tutta l'attenzione doveva essere concentrata sul vaccino. E così si è dato il via ad un programma di vaccinazione di massa, utilizzando prodotti sottoposti ad una sperimentazione clinica piuttosto frettolosa[12], prodotti autorizzati all'immissione in commercio dalla

[8] I. ILLICH, *Medical Nemesis. The Expropriation of Health*, Calder & Boyars, London 1975, trad. it. *Nemesi medica. L'espropriazione della salute*, Mondadori, Milano 1977.
[9] N. BENSAÏD, *Le lumière médicale. Les illusions de la prévention*, Seuil, Paris 1981, trad. it. *Le illusioni della medicina, ovvero la prevenzione come alibi*, Marsilio, Venezia 1988.

[10] B.C. Han, *Palliativgesellschaft*: *Schmerz heute*, *La società senza dolore*, Berlin, Matthes & Seitz, 2020, trad. it. Simone Aglan-Buttazzi, Torino, Einaudi, 2021.
[11] Su questi aspetti biopolitici non intendo qui soffermarmi. Sul concetto di "biopolitica", in generale, cfr. L. Bazzigalupo, *Biopolitica. Una mappa concettuale*, Roma, Carocci, 2010; A. Cutro, *Biopolitica: storia e attualità di un concetto*, Verona, Ombre Corte, 2005; R. Esposito, *Bíos. Biopolitica e filosofia*, Torino, Einaudi, 2004. Qualche spunto, con riferimento ai temi di bioetica, nel mio libro: P. Becchi, *Cos'è la bioetica. Temi e problemi*, Torino, Giappichelli, 2022, 2ed.
[12] Anche la sperimentazione, come si è detto, presuppone il consenso libero e informato del soggetto ad essa sottoposto. In questo caso specifico il consenso dovrà essere esteso anche alla ricerca clinica sui campioni biologici prelevati nel corso della sperimentazione. Ma siamo sicuri che in questo caso la sperimentazione - al di là dell'ottenuto consenso - abbia seguito tutte le indicazioni previste dai protocolli? È stata, ad esempio, rispettata la cosiddetta formula del

European Medicines Agency (EMA) per via dell'urgenza, in modo condizionato, vale a dire sulla base di dati che non sono ancora sufficienti per una approvazione ordinaria e che saranno forniti nel corso del tempo. Insomma, l'impressione (ma è qualcosa di più di una impressione) e che la sperimentazione stia avvenendo su intere popolazioni spinte con forza dai governi a vaccinarsi, con dosi addirittura ripetute a distanza ravvicinata e persino con vaccini "aggiornati" perché questo tipo di vaccini risulta nel tempo poco efficaci, e d'altro canto, la ripetizione delle dosi, lungi dall'ottenere il risultato sperato, ha finito per produrre più danni che vantaggi, considerati gli effetti collaterali rilevati[13].

Insomma, del fatto che questi vaccini sia "imperfetti", come ormai viene riconosciuto nella letteratura scientifica[14], non si tiene ancora conto nel dibattito pubblico, eppure è ormai accertato che questi vaccini non immunizzano e non bloccano la diffusione del contagio, ma – ecco la replica immediata – offrono comunque una protezione di cui non possiamo, anzi non dobbiamo, fare a meno. Nessuno allora può sottrarsi all'esperimento, neppure i bambini che sono stati in larga parte risparmiati dal virus o colpiti in forma lieve e per i quali i vaccini creano più danni che vantaggi[15].

Prima della pandemia nessuno avrebbe mai pensato che la gente sarebbe stata disposta a farsi tre, quattro, o addirittura cinque dosi e forse più di un vaccino che evidentemente non funziona come dovrebbe, con una resistenza da parte dei cittadini al momento tutto sommato piuttosto contenuta. In pratica siamo diventati tutti cavie di un esperimento globale non solo sanitario ma sociale. Testano su di noi nuovi prodotti per verificare non solo la loro efficacia, ma la reazione sociale

---

"doppio cieco", non rivelando ai soggetti sottoposti a sperimentazione il trattamento ricevuto? Sono stata avanzate su questo e altri punti molteplici critiche al riguardo. Basti qui segnalare l'intervento, che fece molto scalpore, del dottor Peter Doshi "This is not science. This is businness" del novembre 2021.

[13] La lista degli eventi avversi è piuttosto lunga, si va dall'aumentata frequenza di infiammazioni cardiache (miocarditi e pericarditi) alle sindromi autoimmuni, ai disturbi della coagulazione del sangue, per indicare qui quelli più frequenti.

[14] Il vaccino è un preparato biologico che si somministra a persone sane per procurare loro una immunità contro un determinato tipo di infezione, i famaci sono prodotti realizzati con molecole che inducono modifiche nell'organismo di una persona malata con lo scopo di farla ritornare allo stato di salute. Nella fattispecie dei vaccini a mRNA si tratta di farmaci che utilizzano materiale genetico, l'acido ribonucleico messaggero (mRNA), che viene attivato e provoca la reazione immunitaria. Più che vaccini sembrano terapie geniche, o comunque un modo nuovo di definire i vaccini. L'argomento meriterebbe ben altra attenzione, mi limito qui a segnalare un libro recente in lingua italiana che contiene un'ampia documentazione scientifica: M. BIZZARRI, *Covid-19. Un'epidemia da decodificare. Tra realtà e disinformazione*. Con un saggio di M. Cacciari, Byoblu edizioni, Milano 2022. Mi sia consentito rinviare anche a P. BECCHI, N. TREVISAN, G. ZIBORDI, *Stop vax. I fatti che vi tengono nascosti*, Byoblu edizioni, Milano 2021.

[15] La vaccinazione in età pediatrica per evitare l'infezione da Covid 19 è un tema controverso sotto il profilo scientifico. Dal punto di vista etico ritengo invece inaccettabile l'argomentazione che spinge a vaccinare i bambini non per assicurare loro un beneficio ma per proteggere gli adulti dall'eventuale contagio. Si tratterebbe di una palese violazione della dignità umana perché in questo caso la vaccinazione implicherebbe un uso strumentale del bambino per una finalità a lui del tutto estrinseca.

che l'esperimento può provocare. Un problema sociopsicologico sarebbe quello di scoprire come tutto questo sia avvenuto con reazioni piuttosto contenute da parte delle popolazioni. Una grossa responsabilità l'hanno avuta certo tutti i media tradizionali e non solo quelli nel trasformare una malattia virale in una minaccia catastrofica per l'intera umanità. Ma è solo questo?

Una volta che si è imboccata questa strada è possibile andare anche oltre. E già lo stiamo facendo. Dall'obbligo vaccinale si può giungere a raccomandare un particolare stile di vita, ritenuto socialmente buono. Dobbiamo tutti vivere una vita sana seguendo un buon stile di vita [16]. Attenzione dunque all'alimentazione, lotta contro il fumo, l'alcool, le droghe e la ludopatia, campagne di sensibilizzazione contro sovrappeso e obesità sono utili come lo sono il consiglio dell'attività fisica quotidiana, lo screening, eccetera, sempre con un occhio sul dispositivo elettronico per contare il numero dei passi giornalieri, le calorie accumulate, il battito cardiaco, la pressione arteriosa, eccetera eccetera. Le vaccinazioni di massa rientrano perfettamente in questo contesto, vengono effettuate su corpi sani e a scopo preventivo.

Una prima conclusione: la salute in questo nuovo contesto non è più un diritto ma un dovere e la medicina non si occupa più della cura e se possibile della guarigione di malati ma di prevenire le malattie. La vaccinazione rientra perfettamente in questo cambio di paradigma. Ma il modo in cui essa è stata realizzata solleva, come ora vedremo, non pochi problemi etici.

4. La solidarietà obbligata. Una critica a Habermas

La vaccinazione di massa sin dall'inizio non è stata presentata su base effettivamente volontaria. Dapprima si è puntato sulla cosiddetta "spinta gentile" [17], poi quella spinta è diventata per così dire sempre meno gentile e per giustificare la necessità di vaccinarsi si è fatto ricorso soprattutto alla retorica della solidarietà. Questa retorica è anche lo sfondo in cui si collocano alcuni documenti del CNB che tuttavia non mi pare, a dire il vero, approfondiscano in modo adeguato il punto centrale. Si insiste sulla desiderabilità della condotta volontaria, ma non si esclude l'obbligo vaccinale in casi di emergenza, pur limitando tale obbligo ad alcune professioni maggiormente espose al rischio infezione e trasmissione[18].

Per avere una discussione giusfilosofica oltre che bioetica del tema è invece opportuno soffermarsi su un recente contributo di Jürgen Habermas, breve ma incisivo, perché solleva l'interrogativo cruciale. La questione è se la solidarietà possa essere imposta per legge e, secondo Habermas, l'obbligo vaccinale sarebbe,

[16] Per avere una idea della direzione in cui ci si sta muovendo è sufficiente leggere l'ultimo libro di S. GARATTINI, *Il futuro della nostra salute*, Edizioni San Paolo, Milano 2021.

[17] R.H. THALER, C.R. SUNSTEIN, *Nudge. Improving Decisions About Health, Wealth, and Happiness*, Penguin Books, London 2009, trad. it. *La spinta gentile. La nuova strategia per migliorare le nostre decisioni su denaro, salute, felicità*, Feltrinelli, Milano 2014.

[18] CNB, *I documenti del CNB sul Covid-19*, maggio 2021. Sono qui raccolti diversi documenti che tuttavia sfiorano appena quello che da un punto di vista bioetico comporta un obbligo di vaccinazione di massa che esclude a priori l'obiezione di coscienza per qualsiasi motivo.

in buona sostanza, un atto di doverosa solidarietà alla quale non ci si può sottrarre: "*senza la possibilità di basare la coercizione legale nella solidarietà dei cittadini*, lo Stato di diritto democratico non può avere esistenza politica. Lo Stato deve fare appello, nel caso di una guerra o di una catastrofe, o come nella pandemia, di una sfida lanciata da un incontrollabile processo naturale, alla solidarietà dei cittadini richiesta in misura straordinaria…" [19]. La solidarietà solitamente è spontanea, anche se, ad esempio, la nostra Costituzione discorre di "doveri inderogabili di solidarietà politica economica e sociale" (art. 2). Sino a che punto però può spingersi la solidarietà quando non è più libera ma imposta, non più spontanea ma costretta? E la solidarietà - da sola - può essere l'unico criterio da considerare nel campo della salute?

Habermas ha risposto a questa domanda in un modo piuttosto semplice: quando è in discussione la vita tutto il resto finisce in secondo piano e in primo piano c'è la solidarietà che perde il suo carattere volontario e va imposta per legge. E questo perché uno Stato non può perseguire politiche con le quali mette in conto un aumento dei contagi e quindi anche un aumento di probabili morti che potrebbero essere evitati. Insomma, "proteggere la vita", questo è il compito principale di uno Stato. Come dargli torto *prima facie*?

Tra i diritti inviolabili dell'uomo c'è al primo posto proprio il diritto alla vita. Habermas, da notare, non è però neppure sfiorato dal dubbio che *lockdown* e vaccinazioni forzate possano essere state misure inadeguate o che si potessero (e si possono) usare misure diverse, proporzionate all'emergenza sanitaria. Insomma, nessun dubbio sul fatto che si potesse proteggere la vita in un modo diverso? No, secondo Habermas. Le decisioni politiche che sono state prese sono giuste e coloro che nelle piazze le contestano fanno parte di "un fenomeno nuovo e inquietante", vale a dire "un negazionismo politico aggressivo e fondato sul complottismo" il cui nucleo è costituito dalla "destra radicale"[20]. Per la verità ad essere umiliati, derisi e denigrati, talvolta in Italia persino sospesi dal lavoro e ora reintegrati trattati come untori, sono stati coloro che dissentivano e che di aggressivo forse avevano il grido con cui manifestavano nelle piazze il loro dissenso.

Non si capisce perché dopo aver etichettato in un modo così *tranchant* chi soltanto la pensa diversamente Habermas aggiunga: "non posso qui affrontare con maggiore precisione questo fenomeno". Un sociologo della levatura di Habermas non può cavarsela in questo modo. Garantire uno spazio per la disobbedienza civile in una situazione d' emergenza è il minimo, se non si vuole rischiare di finire

[19] J. HABERMAS, *Corona und der Schutz des Lebens. Zur Grundrechtsdebatte in der pandemischen Ausnahmesituation*, in *Blätter für deutsche und internationalen Politik*, 9, 2021, pp. 65-78, trad. it. *Proteggere la vita. I diritti fondamentali alla prova della pandemia*, il Mulino, Bologna 2022, p. 106.

[20] Ivi, p. 59. Dello stesso tenore alcune affermazioni di Gustavo Zagrebelsky, nella sua prolissa Introduzione - intitolata *È tempo di riparlarsi* - al volumetto di Habermas. Difficile "riparlarsi" dopo che coloro che pacificamente protestano vengono presentati come una "folla di forsennati" (p. 23), caratterizzata da un "estremismo mascherato da finto libertarismo che nasconde prevaricazione, violenza, alterigia" (p. 24). Le responsabilità dei costituzionalisti italiani (con poche eccezioni) sono state enormi, come mostra anche l'Introduzione di Zagrebelsky qui citata.

in un regime autoritario. Proprio dal modo in cui si reagisce in una situazione di questo tipo si può misurare la tenuta di un sistema democratico. D'altronde gli autorevoli costituzionalisti tedeschi[21] con cui egli nel suo testo polemizza non sono "negazionisti", e neppure "estremisti di destra", ma accademici che assistono con preoccupazione ad una tendenza che non condividono, quella di considerare del tutto legittima la sospensione dei diritti di libertà individuali, perché in caso di emergenza il diritto alla vita e alla salute costituirebbero una sorta di "super diritto fondamentale".

Ora, come già detto, in discussione non è il dovere in sé dello Stato di proteggere la vita dei suoi cittadini, ma a parte il fatto che è controverso se il modo in cui si è preteso di farlo sia stato anche efficace e se non vi fossero possibili alternative (ci sono Stati che in proporzione hanno avuto una minore mortalità senza ricorrere a misure particolarmente invasive sulle libertà dei cittadini) sino a che punto deve farlo, sino al punto di negare le loro libertà, i loro diritti individuali, imponendo anche un dovere della solidarietà, che incide su decisioni riguardanti il proprio corpo?

Prendiamo il caso scottante in Italia della vaccinazione di cittadini che, sia pure con diverse motivazioni, convintamente la rifiutano. Seguendo Habermas lo stato di emergenza sanitaria dovrebbe giustificare la loro vaccinazione coatta con un trattamento sanitario obbligatorio, dal momento che in questo caso il diritto individuale sul proprio corpo verrebbe sospeso da una decisione politica posta a tutela della vita e della salute pubblica? Un mezzo estremo di questo tipo può avere un senso in caso di urgenza e nei confronti di singoli individui affetti da gravi alterazioni psichiche, ma sarebbe giustificato nei confronti di gruppi di persone che per i più diversi motivi non intendono sottoporsi alla vaccinazione?

A ben vedere un obbligo che prevede addirittura l'uso della forza potrebbe essere giustificato in una unica situazione davvero eccezionale: uno stato di necessità tale per cui il contagio e la malattia fossero così estesi da mettere a repentaglio l'esistenza di una intera comunità.

Pensiamo, ad esempio, alla peste nera che uccise almeno un terzo della popolazione del Continente europeo. Nonostante i decessi che ci sono stati in larga parte del mondo, non sono però queste le proporzioni dell'attuale pandemia da Covid-19. L'obbligo vaccinale in senso stretto non è oggi proporzionato al pericolo reale di una estinzione se non della specie sulla terra, quanto meno di alcune comunità umane. Anche ammesso vi sia stato un eccesso di letalità dovuta alla Covid-19, non è questo un motivo sufficiente per imporre una soluzione così estrema come una vaccinazione forzata. Sotto questo profilo, dunque, l'argomentazione di Habermas risulta inadeguata.

Ci sono otto milioni di morti ogni anno a causa del fumo e cinque milioni a causa obesità, ma nessuno sinora ha posto un divieto generalizzzato di fumare (se non in alcuni luoghi pubblici) o di mangiare cibo spazzatura. Si dirà che fumare e mangiare non sono contagiosi, un virus sì, ma pochi ormai, a differenza di

[21] H. M. Heinig, T. Kingreen, O. Lepsius, C. Möllers, U. Volkmann, H. Wissmann, *Verfassungswissenschaft in Zeiten der Corona- Krise*, in „Juristenzeitung", 18 settembre 2012, pp. 861- 912.

Habermas, credono che col vaccino si raggiunga la cosiddetta "immunità di gregge", dal momento che questi vaccini non immunizzano neppure chi si è sottoposto alla vaccinazione ed inoltre presentano una serie di effetti collaterali, che possono persino includere anche la morte. E qui si apre un altro problema. Anche qualora si volesse seguire l'argomentazione di Habermas sulla "solidarietà prescritta dalla legge" la legge può spingersi sino al punto di obbligare i cittadini a sottoporsi ad una vaccinazione che può mettere a rischio la propria salute? Beninteso, farmaci e vaccini possono provocare reazioni avverse, ma nel caso di questi vaccini i rischi sono maggiori come con il passare del tempo diventa sempre più evidente. La solidarietà non può spingersi sino la punto di dover sacrificare la propria salute per la (presunta) salute degli altri.

La vera risposta alla sfida della pandemia sarebbe stata quella di bilanciare il diritto alla vita della collettività anzitutto con il diritto alla vita del singolo individuo e poi con tutti gli altri diritti fondamentali, o - se vogliamo adoperare le categorie habermasiane - la vera sfida sarebbe stata quella di bilanciare libertà e solidarietà, diritto individuale e interesse della collettività e non di fare prevalere uno sull'altro, negando esplicitamente in questo caso "la consueta prassi del bilanciamento tra i diritti fondamentali, nel quale nessuno di essi è privilegiato rispetto agli altri[22]".

Neppure convincente risulta il tentativo di agganciare *in extremis* decisioni politiche come la tutela della vita e della salute in caso di emergenza, alla "dogmatica giuridica", per il tramite del principio della dignità umana, che sta a fondamento della Costituzione tedesca. Quel principio infatti è superiore alla vita stessa e ci impone di non trattare mai un essere umano come un mero mezzo, neppure per raggiungere uno scopo benefico, come nel caso che stiamo discutendo sarebbe la difesa della salute pubblica. Una generalizzata e coatta vaccinazione di massa, senza il libero e informato consenso degli interessati costituisce una palese violazione della dignità umana[23]. Proprio nella Costituzione tedesca vi è un principio che non è bilanciabile e questo principio non è la vita ma la dignità umana. Anche sotto questo profilo quindi l'analisi di Habermas si rivela inadeguata.

Ma il colpo finale lo si ha quando Habermas - in uno scritto ancora più recente - passa dalla riflessione sulla emergenza sanitaria a quella sulla guerra. In questo caso, infatti, la tutela della vita che nel caso della pandemia aveva il primato assoluto, non conta più e "non bisogna sacrificare una esistenza politicamente libera alla mera sopravvivenza"[24]. È paradossale come mutando il tipo di emergenza la protezione della vita che prima acquistava priorità su qualsiasi altra cosa, sia ora invece subordinata ad una "esistenza politicamente libera". La libertà, che prima doveva essere sottoposta alla solidarietà per "proteggere la vita", diventa ora più importante della vita stessa perché si può morire per essa. Per dirla

[22] J. Habermas, *Proteggere la vita*, cit., p. 86.
[23] Cfr. al riguardo, P. Becchi, *Il principio dignità umana,* Brescia, Morcelliana, 2022.
[24] J. Habermas, *Krieg und Empörung*, in „Süddeutsche Zeitung", 28 Aprile, 2022.

in modo diretto: costretti a vaccinarsi per salvare la vita, ma liberi di farsi ammazzare in Ucraina?

Come che sia, Habermas trascura del tutto nella sua analisi gli aspetti squisitamente biopolitici dell'emergenza sanitaria. Non vede che la vita di cui egli parla è la mera sopravvivenza garantita agli obbedienti che accettano prima di vivere sorvegliati nello spazio chiuso dei lockdown e poi, da presunti immuni, controllati col green pass nello spazio aperto. Ad Habermas si potrebbe - con Agamben obiettare - che il risultato del suo "solidarismo" è alla fine un «civismo superlativo in cui gli obblighi imposti vengono presentati come prove di altruismo e il cittadino non ha più diritto alla salute (*health safety*), ma diventa giuridicamente obbligato alla salute (*biosecurity*)»[25]. Obbligato a vaccinarsi per altruismo, per essere appunto "solidale", ma in realtà soprattutto perché il pericolo è ora in te stesso, nel tuo corpo e nella tua stessa vita: per proteggerla, bisogna allora che il governo intervenga direttamente su di essa, sul tuo corpo. Dal governo degli uomini siamo passati - grazie alla pandemia - al governo dei loro corpi. Quello delle leggi è ormai finito da tempo.

5. *Un consenso obbligato?*

Vorrei insistere su questo punto. C'è una differenza sottile, ma essenziale, che di solito non viene colta: nell'età della bio-sicurezza in cui viviamo, la libertà dell'individuo non viene limitata soltanto e forse neppure principalmente per tutelare il diritto alla salute dell'altro, il cosiddetto "interesse della collettività"; essa viene limitata per tutelare il "diritto" stesso di quell'individuo a non ammalarsi, ad essere sano. Che paradosso. Il "diritto" individuale alla salute viene ora tutelato al punto da obbligare l'individuo stesso a non ammalarsi. Il diritto alle cure si trasforma così nel dovere di prevenirle. Questo è il nuovo passo compiuto in quel processo di "medicalizzazione della vita", di cui abbiamo già in precedenza già parlato.
Il controllo del corpo - del corpo, ripeto, non del malato ma di colui che è "in salute" - è arrivato sino ad un punto di non ritorno, per cui chi non vuole vaccinarsi non solo viene colpito nell'"anima", nell'impossibilità di esprimere liberamente il proprio pensiero senza essere denigrato, umiliato e disprezzato, ma persino nel corpo, spinto a inocularsi il vaccino e persino costretto a firmare il modulo del consenso informato, perché alla fine la vaccinazione deve formalmente risultare una sua "libera" decisione. Un consenso ottenuto in queste condizioni è palesemente la negazione dell'idea del consenso libero e informato da cui ho preso le mosse in questo contributo.
Beninteso, non si intende in tal modo contestare che vi siano casi in cui la vaccinazione debba essere obbligatoria, ma allora essa dovrebbe essere effettuata senza la richiesta del consenso. Il consenso obbligatorio, come la solidarietà imposta per legge, sono ossimori, figure retoriche utilizzate, verrebbe da dire, per

[25] G. Agamben, *A che punto siamo? L'epidemia come politica*, Macerata, Quodlibet, 2021, p. 78.

"addolcire la pillola": non è un obbligo, ma un atto di solidarietà a cui - per il bene della comunità - non ci si può sottrarre.

Ma - e con questo voglio concludere - è un vero obbligo quello ci cui stiamo parlando? In realtà nessuno si è spinto sino a proporre un trattamento sanitario obbligatorio per tutti coloro che hanno rifiutato la vaccinazione e a dire il vero neppure per coloro per i quali è previsto giuridicamente l'obbligo vaccinale. Quello che si è verificato è che per poter fare una serie di cose, entrare ad esempio in certi luoghi, era necessario essere vaccinati, o guariti o aver effettuato un test risultato negativo al virus. Insomma, se vuoi fare certe cose devi prima osservare certe disposizioni. Anche nel caso del personale sanitario, inteso in senso ampio, per cui è stato introdotto l'obbligo vaccinale, in realtà le disposizioni stabiliscono propriamente che per poter lavorare ed essere retribuiti bisogna essere vaccinati. Non c'è dubbio che ci sia una differenza rilevante tra il primo e il secondo caso ma la struttura logica sembra la stessa: "se vuoi *b*, devi *a*". Una struttura logica di questo tipo corrisponde giuridicamente più all'onere che all'obbligo, un onere che può diventare particolarmente pressante per la libertà dell'individuo. Un obbligo esige concettualmente una sanzione negativa, vale a dire nel caso di non ottemperanza subentra una sanzione penale (una punizione) o una sanzione civile (un risarcimento). Ma cosa succede nel caso della cosiddetta "vaccinazione obbligatoria"? In questo caso, a ben vedere, sembrerebbero previste due diversi tipi di sanzioni: quella negativa per chi non si vaccina e pertanto viene in qualche modo "punito" e quella positiva per chi si vaccina e viene premiato. Rispetto al singolo individuo viene in linea di principio lasciata la libertà di non fare il vaccino, rispetto alla generalità dei consociati viene tuttavia inviato il messaggio molto chiaro di farsi vaccinare. La possibilità di una libera scelta viene in tal modo vanificata e questo accade anche in assenza di un vero obbligo in senso giuridico. La domanda a questo punto è: era legittimo fare tutto che si è fatto, anche senza l'esistenza di un vero obbligo?

Come molte volte si è sentito ripetere si è cercato di "rende difficile la vita" ai non vaccinati usando una specifica tecnica di controllo sociale che premiava chi teneva un determinato comportamento, in questo modo incentivandolo. Si potrà anche ammettere che la promessa di un premio è stata più efficace della minaccia della punizione, ma alla fine il risultato è stato che la libertà stessa si è trasformata in un premio concesso a determinate condizioni, perdendo così la sua natura fondamentale, quella di essere un diritto inalienabile.

dirittifondamentali.it

dirittifondamentali.it

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

L'utilizzo dello strumento pattizio nell'attuazione della riforma dell'assistenza sanitaria territoriale: percorsi seguiti e mancati raccordi

di
F. G. Cuttaia*

SOMMARIO: *Premessa*. 1. Dal patto per la salute 2019-2021 alle intese, tra lo Stato e le regioni, intervenute in tema di assistenza territoriale a seguito della normativa legislativa statale emanata durante l'emergenza pandemica. 2. Il d.m. 77/2022 e la mancata intesa preventiva in sede di conferenza permanente stato-regioni. 3. L'utilizzo dei contratti istituzionali di sviluppo per "l'attuazione rafforzata" della riforma dell'assistenza territoriale e il problema del loro mancato coordinamento con il d.m. 77/2022. *conclusioni*.

Premessa

La riforma dell'assistenza sanitaria e socio-sanitaria territoriale è giunta a compimento, sul piano normativo, con l'emanazione del regolamento contenuto nel decreto del Ministro della Salute, adottato di concerto con il Ministro dell'Economia e delle Finanze, previa Intesa in Conferenza Stato-Regioni, il 23 maggio 2022, n. 77 e pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale n. 144 del 22 giugno 2022, con cui sono stati fissati gli standard qualitativi, strutturali, tecnologici, di processo e di esito e quantitativi dell'assistenza territoriale nel Servizio sanitario nazionale.

In particolare, detto regolamento è stato emanato sulla base di quanto previsto dal d.l. 19 maggio 2020, n. 34 (c.d. decreto Rilancio), conv. con modif. in l. 7 luglio 2020, n. 77, il cui art. 1 ha disposto il potenziamento dell'assistenza domiciliare e delle strutture di prossimità, e, più specificamente, in esecuzione di quanto previsto dall'art. 1. co. 274, l. 30 dicembre 2021, n. 234 (Bilancio di previsione dello Stato per l'anno finanziario 2022), il quale ha affidato proprio a un decreto del Ministro della Salute, di concerto con il Ministro dell'Economia e delle Finanze, l'implementazione dei relativi standard, adeguandoli a quelli previsti dal Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza.

Le anzidette disposizioni hanno, pertanto, costituito la base legislativa per l'avvio della riforma di cui trattasi, sulla individuazione dei cui contenuti, peraltro, si era svolto in precedenza (e cioè prima della diffusione della pandemia da Covid-19, che, oggettivamente, ha determinato l'accelerazione del processo riformatore) un

* *Dottore di ricerca in Diritto Pubblico e Docente a contratto presso l'Università degli Studi Roma Tre, Funzionario dello Stato*

assiduo lavoro preparatorio culminato in Intese in sede di Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato e le Regioni e le Province Autonome di Trento e Bolzano, le quali hanno tratto linfa dal Patto per la Salute 2019-2021.
Ovviamente, il Patto per la Salute e le Intese non hanno un contenuto in senso stretto negoziale, ma rappresentano l'espressione di una *governance* improntata al principio costituzionale della leale cooperazione tra lo Stato e le Regioni in vista del comune perseguimento di un interesse generale.
Un vero e proprio contenuto negoziale, rientrante comunque nella disciplina pubblicistica, hanno invece gli accordi sottoscritti tra lo Stato e le Regioni qualificati come Contratti Istituzionali di Sviluppo, che sono stati individuati dalla normativa statale quali strumenti per garantire l'attuazione della riforma stessa con lo scopo di assicurare sul piano operativo la costante aderenza al principio costituzionale di leale collaborazione, non senza però qualche discrasia che si avrà modo di evidenziare.

1. Dal Patto per la Salute 2019-2021 alle Intese, tra lo Stato e le Regioni, intervenute in tema di assistenza territoriale a seguito della normativa legislativa statale emanata durante l'emergenza pandemica.

Il Patto per la Salute 2019-2021 è stato sottoscritto il 18 dicembre 2019, poco tempo prima che avvenisse la diffusione della pandemia da Covid-19.
In particolare, nella scheda n. 8 del Patto, dal titolo "Sviluppo dei servizi di prevenzione e tutela della salute. Sviluppo delle reti territoriali. Riordino della medicina generale", viene espressa l'indicazione di delineare un'organizzazione dei servizi che punti in maniera prevalente sull'assistenza sanitaria e socio-sanitaria domiciliare. Nel contempo, è esplicitato l'intento di promuovere il completamento del processo di riordino della medicina generale e della pediatria di libera scelta in modo da favorirne "l'integrazione con la specialistica ambulatoriale interna e con tutte le figure professionali, compresa l'assistenza infermieristica di famiglia/comunità per garantire la completa presa in carico integrata delle persone".
Attraverso le indicazioni contenute nel Patto è stato pertanto delineato un contesto caratterizzato dal potenziamento dell'assistenza territoriale articolata sui due caposaldi del potenziamento dell'assistenza domiciliare e della diffusione delle c.d. strutture di prossimità[1].
Tali indicazioni hanno tracciato l'ambito in cui ha poi operato la decretazione d'urgenza, la quale, nel fronteggiare la drammatica emergenza derivante dalla diffusione del Covid-19, ha individuato proprio nell'assistenza territoriale una

[1] Il termine "prossimità" indica la strategia indirizzata a realizzare forme di assistenza il più possibile vicine alle persone interessate, in modo da dare vita ad un modello organizzativo di assistenza primaria a forte integrazione socio-sanitaria idonea a garantire continuità assistenziale favorendo cure domiciliari in ambienti protetti, mediante il coinvolgimento di differenti professionalità (per i profili evoluti della medicina di prossimità nel corso degli anni, v. G. RAZZANO, *La missione salute del PNRR: le cure primarie, fra opportunità di una "transizione formativa" e unità di indirizzo politico e amministrativo,* in *Corti Supreme e Salute*,2/2022, pp. 12 ss.).

delle soluzioni, anzi la principale, per incrementare la prevenzione e la cura delle persone, con particolare riguardo a quelle fragili.
Al di là della contingenza emergenziale sono state comunque poste le basi legislative per l'avvio di una profonda riforma dell'assistenza territoriale, sulla cui definizione è risultata particolarmente incisiva la cooperazione tra lo Stato e le Regioni attraverso lo strumento delle Intese.
Segnatamente, va citata l'Intesa sottoscritta in sede di Conferenza Stato-Regioni il 4 agosto 2021, avente ad oggetto la predisposizione da parte del Ministero della Salute delle "Linee di indirizzo per la realizzazione dei progetti regionali sulla sperimentazione di strutture di prossimità", nonché l'implementazione e il potenziamento delle azioni di promozione, prevenzione, terapeutiche e assistenziali a livello domiciliare, rivolte non solo ai pazienti in isolamento o sottoposti a quarantena, ma, in generale, a tutti i soggetti con situazioni di fragilità tutelate nell'ambito dei livelli essenziali di assistenza.
Tale obiettivo, di carattere strategico e non meramente contingente, ha conferito all'Intesa un ambito prospettico molto più ampio del contesto emergenziale, allora in atto, da affrontare. Esso è ulteriormente specificato in un passo della premessa del documento sottoscritto, laddove si fa riferimento proprio all' "obiettivo finale", qualificato dalla promozione del benessere, della qualità della vita e dell'autonomia di tutte le persone, con particolare attenzione a quelle fragili, nonché dal soddisfacimento dell'esigenza di prevenire l'aggravamento delle patologie, evitando "ricoveri impropri" e favorendo la permanenza delle persone "nel loro contesto di vita nel rispetto prioritario della cultura e della domiciliarità delle persone".
L'intento così manifestato ha comportato una vera e propria scelta di campo nella individuazione (da parte di Governo e Regioni) dei profili operativi concernenti l'erogazione delle prestazioni sanitarie, quantomeno nei confronti di una componente qualificata di utenti del Servizio sanitario nazionale, segnatamente quelli caratterizzati da fragilità.
L'Intesa in argomento si è resa altresì necessaria per assicurare la sperimentazione (di durata biennale) prevista dall'art. 1, co. 4 – *bis* d.l. 34/2020 e affidata al Ministero della Salute, concernente l'operatività di modelli di strutture di prossimità il cui funzionamento fosse ispirato alla piena integrazione socio-sanitaria e contemplasse "il ricorso a strumenti, quale il budget di salute individuale e di comunità".
Tenuto conto che il periodo di sperimentazione dovrà concludersi (salvo eventuali proroghe) entro il 31 dicembre 2022, l'Intesa non si è limitata ad una generica indicazione delle finalità da perseguire, ma ha dettato specifiche linee di indirizzo per la realizzazione dei progetti regionali sulla sperimentazione di strutture di prossimità. Al riguardo è risultato significativo il richiamo operato alla sperimentazione del modello assistenziale "Case della salute" di cui al decreto del Ministro della Salute 10 luglio 2007, il quale descrive le stesse quali "strutture polivalenti in grado di erogare 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 socio-sanitarie, rappresentando così la struttura di riferimento per l'erogazione dell'insieme delle

cure primarie"[2], nonché "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"[3].

Tale modello organizzativo è stato ripreso dando vita alle Case di comunità, la cui struttura organizzativa è stata delineata dal d.m. 77/2022 (su cui v. *infra*).

Con l'Intesa è stato definito altresì il contesto entro il quale dare il forte impulso e garantire l'investimento prioritario sull'assistenza domiciliare richiesti dal Patto per la Salute 2019-2021[4], il cui contenuto, nella parte che qui interessa, costituisce esplicazione della ulteriore definizione e dell'aggiornamento dei Livelli Essenziali di Assistenza disposti con il d.p.c.m. 12 gennaio 2017. Infatti l'art. 21 di detto d.p.c.m., la cui rubrica riporta l'indicazione dei "percorsi assistenziali integrati", stabilisce che "nell'ambito dell'assistenza distrettuale territoriale sono privilegiati gli interventi che favoriscono la permanenza delle persone assistite al proprio domicilio, attraverso l'attivazione delle risorse disponibili formali e informali".

Ciò permette di configurare l'assistenza domiciliare integrata come un servizio in grado di gestire nel domicilio del paziente interventi di diversa intensità nell'ambito di specifici percorsi di cura e di un piano personalizzato di assistenza.

Come si è avuto modo di accennare in premessa, la necessità di rafforzare il sistema di assistenza territoriale ha costituito uno dei temi centrali del d.l. 34/2020, che ha definito i servizi domiciliari come una componente cruciale dell'offerta sanitaria e socio-sanitaria territoriale.

L'ampliamento, in termini di interventi operativi, di questa prospettiva, ha altresì indotto il legislatore a porsi il problema di meglio definire il quadro autorizzatorio relativo allo svolgimento delle cure domiciliari.

Per tale ragione, con la l. 30 dicembre 2020, n. 178 (Legge di Bilancio 2021) è stato stabilito, all'art. 1, co. 406, di integrare la disciplina introdotta dal d.lgs. 30 dicembre 1992, n. 52 e s.m.i., in tema di procedure autorizzatorie, estendendo l'applicazione del sistema di autorizzazione all'esercizio, di accreditamento istituzionale delle strutture sanitarie e socio-sanitarie, nonché degli accordi contrattuali, anche alle organizzazioni pubbliche e private che erogano cure domiciliari[5].

Oggetto di un specifica Intesa, anch'essa sottoscritta il 4 agosto 2021, è stata proprio la formulazione di una proposta di requisiti strutturali, tecnologici e organizzativi minimi da valutare nei procedimenti per l'autorizzazione all'esercizio e per il

[2] D.m. 10 luglio 2007, All. 1.1.

[3] D.m. 10 luglio 2007, All. 1.9

[4] Al riguardo, la scheda n. 8 del Patto esprime la richiesta di una organizzazione dell'assistenza territoriale che punti in maniera prevalente sull'assistenza socio-sanitaria e sanitaria domiciliare.

[5] Per l'esatta individuazione delle cure domiciliari occorre fare riferimento all'art. 22 d.p.c.m. 12 gennaio 2017, laddove per esse debbono intendersi "percorsi assistenziali a domicilio costituiti dall'insieme organizzato di trattamenti medici riabilitativi, infermieristici e di aiuto infermieristico necessari per stabilizzare il quadro clinico, limitare il declino funzionale e migliorare la qualità della vita".

rilascio dell'accreditamento, che andrà comunque correlata alle previsioni contenute nella legge annuale sul mercato e la concorrenza 2021, recentemente emanata (l. 5 agosto 2022, n. 118), le quali hanno introdotto significative innovazioni al c.d. sistema di concorrenza amministrata in ambito sanitario delineato dal d.lgs. 502/1992 e s.m.i[6].

Nell'Intesa è stato comunque affermato il principio che la *governance* dei percorsi di cure domiciliari rientra nella titolarità dei soggetti pubblici cui è affidata la programmazione, il monitoraggio e il controllo dei percorsi assistenziali attivati[7].

La peculiarità dell'Intesa è stata quella di introdurre una serie di requisiti essenziali ritenuti qualificanti del percorso di cura, quali la presa in cura dell'assistito, la formalizzazione del progetto di assistenza individuale e la predisposizione di tutti gli strumenti per valutarne l'efficacia e l'appropriatezza e monitorarne l'applicazione, attraverso anche la circolazione delle informazioni tra il territorio (in particolare, tutte le articolazioni amministrative e professionali coinvolte) e l'ospedale.

Il rafforzamento del sistema di assistenza territoriale previsto dal d.l. 34/2020 ha trovato una concreta espressione nella predisposizione del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR), la cui attuazione consentirà l'immediata utilizzabilità di cospicue risorse economiche messe a disposizione dall'Unione europea.

In particolare, nella "Missione 5, Inclusione e Coesione" è stato previsto un investimento straordinario sulle infrastrutture sociali, nonché sui servizi sociali e sanitari di comunità e domiciliari per le persone con disabilità, il cui coordinamento è affidato al Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali, con lo stanziamento immediato di 500 milioni di euro per il rafforzamento dei servizi sociali territoriali e di prossimità, in favore delle persone fragili e anziani non autosufficienti[8].

Nella "Missione 6 – Salute" (affidata al coordinamento del Ministero della Salute con un investimento complessivo preventivato in 15,63 miliardi di euro) sono stati previsti interventi volti al miglioramento dei servizi sanitari destinati a persone con

[6] In particolare, l'art. 15, l. 118/2022 ha modificato la disciplina sull'accreditamento istituzionale delle strutture sanitarie e socio-sanitarie, pubbliche e private, eliminando la possibilità, consentita in precedenza, dell'accreditamento provvisorio e inserendo quale peculiare profilo concorrenziale la periodica indizione di bandi per la stipulazione degli accordi. Rispetto alla normativa contenuta nel d.lgs. 502/1992 è stato mantenuto il riferimento alla programmazione regionale e, soprattutto, ai fabbisogni regionali, mentre l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato aveva segnalato di modificare la normativa vigente nel senso di svincolare dalla verifica dei fabbisogni regionali l'accesso dei privati all'esercizio di attività non convenzionate con il S.s.n. (sul laborioso percorso parlamentare di approvazione della legge, con particolare riferimento alle modifiche introdotte alla c.d. concorrenza amministrata in ambito sanitario, si rinvia a F.G. CUTTAIA, *Le nuove prospettive della concorrenza in sanità: dubbi e opportunità*, in *Astrid Rassegna*, 17/2021).

[7] Tali percorsi si articolano in cure domiciliari di base e in cure domiciliari integrate di primo, secondo e terzo livello, sulla base dei gradi di intensità, della complessità e della durata dell'assistenza, ai sensi dell'art. 22 del d.p.c.m. 12 gennaio 2017.

[8] Di tale importo, 300 milioni riguardano la riconversione delle RSA.

fragilità e ad anziani non autosufficienti con investimenti finalizzati prevalentemente all'assistenza di prossimità e all'assistenza domiciliare[9].
Il 12 gennaio 2022 è stata sottoscritta in sede di Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le Regioni e le Province Autonome di Trento e Bolzano l'Intesa contenente il riparto delle risorse per i progetti del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza, nonché del Piano per gli Investimenti Complementari.
L'assegnazione delle risorse è risultata a sua volta propedeutica alla sottoscrizione dei Contratti Istituzionali di Sviluppo del Ministro della Salute con le Regioni/Province Autonome, in base allo schema predisposto dal Ministero e che ha costituito oggetto dell'Intesa intervenuta in sede di Conferenza Stato-Regioni il 20 marzo 2022 (su cui vedi *infra*).
Infine, nel quadro della realizzazione dell'approccio *One Health*, indicato dal PNRR[10], e sulla scorta di quanto previsto dall'art. 27 d.l. 30 aprile 2022, n. 36, recante "Ulteriori misure urgenti per l'attuazione del Piano nazionale di ripresa e resilienza", conv. con modif. il 29 giugno 2022, n. 79, è stata sottoscritta Intesa in sede di Conferenza Stato-Regioni, sulla scorta della quale il Ministro della Salute, con decreto del 9 giugno 2022, ha definito i contenuti del "Sistema nazionale di prevenzione salute dai rischi ambientali e climatici" (SNPS) istituito dal suddetto decreto legge.

2. Il d.m. 77/2022 e la mancata Intesa preventiva in sede di Conferenza permanente Stato-Regioni.

Come si è già avuto modo di osservare, le indicazioni contenute nel d.l. 34/2020 sono state direttamente collegate alla promozione e diffusione dell'assistenza sanitaria e socio-sanitaria territoriale nell'ambito di una spinta riformatrice impressa all'intero sistema sanitario nazionale, che ha alla base l'evidente nesso di strumentalità intercorrente tra le strutture di prossimità e l'assistenza domiciliare. Evidentemente tali indicazioni sono state ben tenute presenti nella sede di cooperazione istituzionale tra lo Stato e le Regioni, da cui sono promanate le Intese

[9] Nello specifico, 2 miliardi di euro sono stati destinati alla realizzazione di "Case della comunità" e altri 4 miliardi all'assistenza domiciliare.
È previsto, inoltre, l'investimento di 1 miliardo per la telemedicina, la cui utilizzazione appare determinante per realizzare il rafforzamento del sistema di assistenza territoriale.
L'implementazione dei servizi sanitari di prossimità, delle strutture e degli standard per l'assistenza sul territorio, con particolare riguardo alla prestazione delle cure domiciliari, è apparsa prefigurare l'avvio di un vero e proprio processo riformatore dell'assistenza sanitaria, che prevede due passaggi fondamentali e cioè l'elaborazione di uno specifico decreto del Ministro della Salute, per la definizione di standard strutturali, organizzativi e tecnologici omogenei per l'assistenza territoriale; la presentazione di un disegno di legge che disciplini l'assetto istituzionale e organizzativo finalizzato a consentire il perseguimento di standard qualitativi di cura in linea con quelli dei Paesi europei più efficienti.
[10] L'approccio *One Health* comporta una più accentuata integrazione dell'ambito sanitario, segnatamente a livello di prevenzione sanitaria, con i profili ambientale e climatico (tale prospettiva è indicata a p. 227 del PNRR).

che hanno costituito il substrato su cui è stato successivamente edificato il sistema delineato dal d.m. 77/2022.

Con la pubblicazione in Gazzetta Ufficiale (n. 144 del 22 giugno 2022) di quest'ultimo[11], è stata posta mano alla pianificazione di ordine normativo e organizzativo volta al potenziamento e alla riorganizzazione della rete assistenziale, improntata, ad esigenze di unitarietà ed omogeneizzazione degli interventi.

Infatti, al regolamento contenuto nel d.m. è stato demandato il compito di definire normativamente l'organizzazione dei servizi assistenziali territoriali dando vita ad un modello base di erogazione delle relative prestazioni, valido e operativo sull'intero territorio nazionale.

In detto regolamento è fornita la puntuale definizione degli standard qualitativi, strutturali e quantitativi relativi all'assistenza sanitaria territoriale e al sistema di prevenzione in ambito sanitario (oltre che ambientale e climatico), contenuta negli allegati I e II del succitato d.m., che ne costituiscono parte integrante, con valore descrittivo il primo e prescrittivo il secondo (quindi, quest'ultimo, con efficacia vincolante per le Regioni, le quali, entro sei mesi dalla entrata in vigore del d.m., sono tenute ad adottare il provvedimento generale di programmazione dell'assistenza territoriale, nonché ad adeguare la propria organizzazione dell'assistenza territoriale e del sistema di prevenzione agli standard in esso indicati, ai sensi dell'art. 1, co. 2 e 3 d.m. 77/2022).

Inoltre è previsto un monitoraggio semestrale degli standard, assicurato dal Ministero della Salute, per il tramite dell'Agenzia Nazionale per i Servizi Sanitari Regionali - AGENAS (art. 2, co. 1 d.m. 77/2022).

In via generale, la strategia perseguita per lo sviluppo dell'assistenza territoriale del Servizio sanitario nazionale poggia sulla pianificazione, il rafforzamento e la valorizzazione dei servizi attraverso lo sviluppo di strutture di prossimità (in particolare, le Case della comunità); il potenziamento delle cure domiciliari affinché l'abitazione possa diventare il luogo privilegiato dell'assistenza; l'integrazione tra assistenza sanitaria e sociale; l'utilizzo di logiche sistematiche di

[11] Il d.m. 77/2022 avrebbe dovuto assumere la numerazione 71 per essere ricollegato idealmente al decreto 2 aprile 2015, n. 70 del Ministro della salute, assunto di concerto con il Ministro dell'Economia e delle Finanze, contenente il "Regolamento recante definizione degli standard qualitativi, strutturali, tecnologici e quantitativi dell'assistenza ospedaliera". Il termine di emanazione, inizialmente indicato entro la fine del 2021, è stato ampiamente superato anche in virtù del fatto che si è reso necessario attendere l'approvazione della legge di Bilancio per il 2022 (l. 30 dicembre 2021, n. 234, con particolare riferimento all'art. 1, co. 163 e co. 274) nonché la prima ripartizione delle risorse derivanti dal PNRR tra le Regioni, disposta con decreto del Ministro della salute del 23 gennaio 2022, dopo che è stata acquisita la relativa Intesa nella seduta della Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le Regioni e le Province Autonome di Trento e Bolzano del 12 gennaio 2022 (per l'esame analitico dei criteri di ripartizione dei fondi si rinvia a F. G. CUTTAIA, *La riforma dell'Assistenza sanitaria e socio-sanitaria territoriale e le problematiche connesse alla sua attuazione,* in *Federalismi.it*, 23/2022, p. 80 ss.).

medicina di iniziativa[12] e di presa in carico attraverso la stratificazione della popolazione per intensità dei bisogni; l'adozione di modelli di servizi digitalizzati, utilizzando al meglio strumenti di telemedicina e telemonitoraggio.

Nella relazione ministeriale illustrativa del regolamento il disegno riformatore dell'assistenza territoriale è indicato come finalizzato a definire un contesto all'interno del quale la persona è posta al centro del sistema di assistenza, e i servizi sanitari si strutturano di conseguenza.

In ragione anche di ciò, resta il fatto che il regolamento si propone di dar vita ad una rete di servizi la più capillare possibile su tutto il territorio nazionale. Esso sembra delineare un vero e proprio sottosistema, utilizzando modelli organizzativi, primo fra tutti il Distretto, e istituendone di nuovi, fissandone standard di funzionalità e utilizzo di specifiche risorse umane e professionali.

Il carattere poco flessibile di tale assetto organizzativo è propedeutico a garantire una uniforme applicazione sull'intero territorio nazionale della rete dei servizi socio-sanitari a livello territoriale.

Il d.m. 77/2022 pone al centro della organizzazione dell'assistenza territoriale il Distretto[13].

La programmazione deve prevedere una serie di standard di ordine strutturale, i quali sono contenuti sono contenuti nell'all. II del d.m. 77/2022, avente valore prescrittivo.

Al riguardo, è il caso di rammentare che si tratta di standard qualitativi, strutturali, tecnologici, di processo e di esito, e quantitativi di cui ai Livelli Essenziali di Assistenza, i quali debbono essere fissati con apposito decreto del Ministro della Salute con il Ministro dell'Economia e delle Finanze, previa Intesa (come stabilito dalla già citata sentenza 134/2006 della Corte Costituzionale) con la Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato e le Regioni.

Tuttavia sullo schema di regolamento *de quo*, non è stato possibile acquisire l'Intesa in quanto, a seguito delle criticità sollevate dalla regione Campania, nel corso della seduta della Conferenza Stato-Regioni del 30 marzo 2022, "le Regioni hanno ritenuto di procedere con una mancata intesa…nonostante sia stato riscontrato

[12] La sanità di iniziativa è da intendersi come un modello assistenziale di prevenzione e di gestione delle malattie croniche orientato alla promozione della salute, che non aspetta di ricevere l'assistito in ospedale o in altra struttura sanitaria, ma lo prende in carico già nelle prime fasi della malattia. Tale sistema combina prevenzione primaria e gestione clinico-assistenziale. La stratificazione della popolazione per profili di rischio, attraverso l'utilizzo di algoritmi predittivi, permette di differenziare le strategie di intervento nei confronti delle persone e per la presa in carico degli assistiti sulla base dei livelli di rischio, dei bisogni di salute e tenuto conto dell'impiego delle risorse.

[13] Il Distretto è un'articolazione organizzativa funzionale dell'Azienda sanitaria locale. La fissazione del numero dei distretti è demandata alla normativa regionale con l'unico limite (tuttavia derogabile) della popolazione non inferiore ai 60 mila abitanti. Il d.m., nel fissare criteri organizzativi più stringenti, indica il livello, per così dire ottimale, della popolazione, in 100 mila abitanti, con variabilità secondo criteri di popolazione e caratteristiche orografiche del territorio (Allegato 1, par. 4 d.m. 77/2022).

dalle Regioni stesse, oltre all'impegno del Governo a reperire le risorse, che l'ultima stesura diramata risulta migliorativa rispetto alla precedente" [14].

In considerazione altresì di un ulteriore, infruttuoso tentativo di raggiungere l'Intesa nella seduta straordinaria del 21 aprile successivo, è stata attivata la procedura di cui all'art. 3, co. 3, d.lgs. n. 281/997, con l'adozione di una deliberazione motivata del Consiglio dei Ministri, in grado di superare l'*impasse* della mancata Intesa, autorizzando il Ministro della Salute e il Ministro dell'Economia e delle Finanze ad adottare in tempo utile il regolamento in questione, in virtù anche della considerazione che la relativa entrata in vigore costituiva una specifica *mile stone* europea del PNRR per il cui conseguimento era stata indicata tassativamente la data del 30 giugno 2022.

La decisione del Consiglio dei ministri non è andata esente da critiche per l'eventualità di possibili contenziosi futuri che traggano linfa dal mancato conseguimento dell'Intesa[15]. È il caso, tuttavia, di sottolineare come a proposito della emanazione del d.m. 77/2022 non si versi in una fattispecie di "attrazione in sussidiarietà", in quanto il suo oggetto è attinente ai profili organizzativi relativi ai Livelli Essenziali di Assistenza, la cui disciplina rientra nella competenza legislativa (e quindi anche amministrativa) dello Stato. Certamente, in ossequio alla costante giurisprudenza costituzionale, poiché si tratta comunque di atti incidenti su materie di competenza regionale, si è reso necessario acquisire la previa intesa della Conferenza Stato-Regioni, non intervenuta la quale, si è rivelato sufficiente seguire la procedura di cui all'art. 3 co. 3 d.lgs. 281/1997

La soluzione adottata induce a ritenere come l'Intesa di cui trattasi sia da ricondurre alla tipologia di cui all'art. 3 d.lgs. 281/1997 e, come tale, sia da ritenere "debole"[16].

3. L'utilizzo dei contratti istituzionali di sviluppo per "l'attuazione rafforzata" della riforma dell'assistenza territoriale. Il problema del loro mancato coordinamento con il d.m. 77/2022.

Con il d.l. 31 maggio 2021, n. 77, conv. in l. 29 luglio 2021, n. 108, recante "Governance del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza e prime misure di

[14] Verbale n. 6 della seduta della Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le Regioni e le Province Autonome di Trento e Bolzano, tenutasi il 30 marzo 2022.

[15] Sul punto cfr. F. PALUMBO, *I nuovi standard per l'assistenza territoriale e i rischi della mancata intesa in Stato-Regioni*, in *quotidianosanità.it*, 26 aprile 2022; E. JORIO, *Il D.m. 71 e i dubbi di legittimità costituzionale sulla scelta del Governo di "procedere" in assenza di Intesa*, in *Ilsole24-ore Sanità* del 04/05/2022.

[16] Sulla scorta delle pronunce della Corte Costituzionale, le Intese definibili "forti" (a parte quelle previste dall'art. 8, co., 6, l. 5 giugno 2003, n. 131 in cui il mancato accordo non è altrimenti superabile) sono invece caratterizzate dal fatto che in caso di mancata convergenza l'adozione del provvedimento finale da parte dello Stato è possibile a seguito di reiterate trattative e con l'impiego di specifici strumenti di mediazione, non esclusa la partecipazione della Regione alle fasi preparatorie del provvedimento medesimo (cfr. Corte Cost. 14 luglio 2005, n. 339; 22 marzo 2010, n. 121; 26 gennaio 2011, n. 33; 11 marzo 2013, n. 39).

rafforzamento delle strutture amministrative e di accelerazione e snellimento", è stato individuato nel Contratto Istituzionale di Sviluppo lo strumento ritenuto in grado di garantire l'attuazione rafforzata degli interventi disposti in materia di assistenza territoriale.

In realtà, non si tratta di un nuovo istituto, essendo esso stato introdotto dal d.lgs. 31 maggio 2011, n. 88, "Disposizioni in materia di risorse aggiuntive ed interventi speciali per la rimozione di squilibri economici e sociali a norma dell'articolo 16 della legge 5 maggio 2009, n. 44" [17], modificato e integrato da successivi interventi legislativi, tra cui il più rilevante è stato il d.l. 20 giugno 2017, n. 91 "Disposizioni per la crescita economia del Mezzogiorno", conv. con modif. in l. 3 agosto 2017, n. 123 [18].

La natura giuridica del CIS non può che essere fatta risalire agi accordi tra Pubbliche Amministrazioni di cui all'art. 15 della l. 7 agosto 1990, n. 241, finalizzati a "disciplinare lo svolgimento in collaborazione di attività di interesse comune" (co. 1).

La denominazione di "Contratto" sembra fare avvicinare tale tipologia di accordo ad un atto avente natura negoziale. Senonché il contratto, nella sua disciplina civilistica costituisce il classico strumento di composizione o contemperamento di contrapposti interessi aventi contenuto patrimoniale, mentre in ambito pubblicistico le amministrazioni sono indotte a sottoscrivere un accordo tra di esse per coordinare i rispettivi ambiti di intervento al fine di conseguire un comune interesse, che sia, pur con diverse specificazioni, attinente alla soddisfazione di bisogni della generalità dei cittadini.

Quel che rileva, da qui il riferimento nominalistico all'istituto del contratto, è la posizione di equiordinazione tra le amministrazioni protagoniste dell'accordo, le quali in tal modo si propongono il migliore svolgimento delle rispettive funzioni aventi ad oggetto materie comuni[19].

È necessario quindi che si verifichi una "sinergica convergenza su attività di interesse comune"[20], pur nella diversità della specifica finalità pubblica perseguita da ciascuna amministrazione e comunque rispondente all'interesse generale della comunità.

Tenuto conto che il regime giuridico degli accordi *ex* art. 15 l. 241/1990 risente della natura pubblicistica dell'oggetto, si pone il problema dei limiti dell'autotutela che può essere esercitata da ciascuna amministrazione allorquando sia ritenuto che il contenuto stesso dell'accordo non sia più rispondente alla valutazione aggiornata degli interessi generali che si intendevano originariamente realizzare.

---

[17] In particolare, con riferimento agli artt. 1 e 6.

[18] In particolare, con riferimento all'art. 7.

[19] In tal senso v. Cons Stato, sez. V 28 marzo 2017, n. 1418, in cui viene chiarito che "le amministrazioni pubbliche stipulanti partecipano all'accordo *ex* art. 15 in posizione di equiordinazione, ma non già al fine di comporre un conflitto di interessi di carattere patrimoniale, bensì di coordinare i rispettivi ambiti di intervento su oggetti di interesse comune. Il quale coordinamento può anche implicare la regolamentazione di profili di carattere economico, ma come riflesso delle attività amministrative che in esso sono interessate".

[20] Cons. Stato, n. 1418/2017 cit.

Al riguardo, la giurisprudenza del Consiglio di Stato ha precisato che l'esercizio di tale potere, che si sostanzia nella revoca degli atti i quali si situano a monte dell'accordo, a causa "della natura contrattuale dell'atto sottoscritto dalle amministrazioni, è subordinato alla sussistenza di determinate condizioni più restrittive rispetto a quelle che ordinariamente governano il generale potere degli atti amministrativi"[21].

In particolare, ciò significa che la revoca, a differenza di quanto previsto dall'art. 21 *quinques* l. 241/1990, non è consentita in relazione ad una diversa valutazione di opportunità a meno che essa non sia riferibile alla sopravvenienza di nuove situazioni[22].

Il CIS costituisce uno strumento di accelerazione degli interventi che utilizzano fondi europei. In particolare, l'art. 56 co. 2 d.l. 77/2021 dispone che si applichi ai programmi indicati nel PNRR di competenza del Ministero della Salute l'istituto del Contratto istituzionale di sviluppo (nonché, in genere, gli istituti della programmazione negoziata di cui all'art. 2, co. 203 l. 23 dicembre 1996, n. 662)[23].

I singoli CIS stipulati da ciascuna Regione o Provincia Autonoma, in qualità di soggetti attuatori, con il Ministero della Salute, nella sua veste di soggetto titolare della Missione 6 del PNRR, hanno lo scopo di delineare una vera e propria *governance* interna, individuando, attraverso i rispettivi piani operativi allegati, responsabilità, tempi e modalità di attuazione degli interventi e definendo il cronoprogramma, le responsabilità dei contraenti, i criteri di valutazione e

[21] Cons. Stato, sez. VI, 20 giugno 2019, n. 4206, cons. in dir. §9.1.

[22] Cons. Stato 4206/2012, cit., secondo cui "la sopravvenienza di fatti nuovi o la sopravvenuta conoscenza di circostanze ignote al momento della decisione di sottoscrivere l'accordo, e che pregiudichino il perseguimento degli interessi pubblici di cui l'amministrazione è istituzionalmente portatrice, giustificano l'esercizio del potere di revoca" (cons. in dir. §9.2). Già in precedenza Cons. Stato sez. IV 4 giugno 2014, n. 2859 e Cons. Stato sez. V 22 marzo 2016, n. 1172 avevano chiarito che il potere di recesso va adeguatamente motivato, tenendo conto delle circostanze verificatesi e delle esigenze di spesa e indicando, altresì, il processo valutativo degli interessi sui quali si va a incidere.

Circa il fatto che l'art. 15 l. 241/1990 non abbia espressamente richiamato il potere di revoca previsto dal comma 4 dell'art. 11, la ragione, secondo costante giurisprudenza amministrativa, "va rinvenuta non tanto nella volontà del legislatore di imporre un divieto di recesso implicito atteso che *ubi lex voluit dixit, ubi noluit taquit,* quanto nella scelta di escludere le tutela indennitarie per le amministrazioni che abbiano sottoscritto l'accordo o che abbiano subìto il recesso di un'altra amministrazione" (Tar Abruzzo, 3 marzo 2021, n. 00089). Quindi, la possibilità per un'amministrazione di recedere dall'accordo stipulato con un'altra amministrazione non trova fondamento nell'art. 11, co. 4 l. 241/1990, ma, nel generale "principio di inesauribilità del potere pubblico, che caratterizza l'esercizio delle pubbliche funzioni" (Cons. Stato sez. VI, 23 novembre 2011, n. 6162, cons. in dir. §7.3.).

[23] Per una valutazione dei profili evolutivi del CIS, alla luce della implementazione delle politiche europee di investimento, cfr. C. ODONE, *Il contratto istituzionale di sviluppo sostenibile – CISS, una proposta operativa,* in *Federalismi.it,* 01/12/2021. In particolare l'A. suggerisce di collegare funzionalmente tale strumento alle politiche ambientali (da ciò l'aggiunta della s di *sostenibile*).

monitoraggio e le sanzioni per le eventuali inadempienze, ivi comprese le condizioni di definanziamento, anche parziale.

Può essere utile sottolineare come lo strumento negoziale possa rivelarsi idoneo altresì per l'attivazione e l'esercizio dei poteri sostitutivi del Governo.

In proposito, giova richiamare il contenuto dell'art. 12 d.l. 77/2021, laddove è specificato che in caso di mancato rispetto da parte delle Regioni o Province Autonome degli obblighi e degli impegni finalizzati all'attuazione del PNRR, assunti in qualità di soggetti attuatori, "il Presidente del Consiglio, ove sia messo a rischio il conseguimento degli obiettivi intermedi e finali del PNRR e su proposta della Cabina di Regia o del Ministro competente, assegna al soggetto attuatore interessato un termine per provvedere non superiore a trenta giorni", scaduto il quale e perdurando l'inerzia "il Consiglio dei ministri individua l'amministrazione, l'ente, l'organo o l'ufficio, ovvero in alternativa nomina uno o più commissari *ad acta*, ai quali attribuisce, in via sostitutiva, il potere di adottare gli atti o i provvedimenti necessari ovvero di provvedere all'esecuzione dei progetti".

La citata clausola contrattuale costituisce, pertanto, quando ne ricorrano i presupposti, lo strumento di cui il Governo può avvalersi per esercitare in modo sollecito il potere sostitutivo previsto dall'art. 120, co. 2 Cost.

I CIS sono stati stipulati tutti entro il 1giugno 2022, sulla base di uno schema di contratto predisposto dal Ministero della Salute con proprio decreto del 5 aprile precedente (il cui testo, come già osservato, è stato preventivamente condiviso dalla Conferenza Stato-Regioni con l'Intesa intervenuta nella seduta del 30 marzo 2022).

Nel dettaglio, lo schema base del CIS prevede che il Ministero della Salute, tramite l'AGENAS, svolga una serie di funzioni, tra le quali rilevano: il coordinamento, la vigilanza e il monitoraggio circa l'attuazione del PNRR e del PNC (Piano Nazionale per gli investimenti Complementari al PNRR); l'eventuale attività di supporto nella realizzazione degli interventi e dei progetti cofinanziati da fondi nazionali, europei e internazionali; la raccolta e la messa a disposizione della documentazione ai fini dei controlli di competenza del servizio centrale per il PNRR, dell'unità di audit, degli organismi comunitari, nonché, quando ne ricorrano le circostanze, dell'autorità giudiziaria e delle forze di polizia nazionali; la promozione di misure di rafforzamento delle capacità amministrative delle stazioni appaltanti (avvalendosi della collaborazione di Consip e Sogei).

Quanto al soggetto attuatore (cioè la Regione o la Provincia Autonoma) gli obblighi più rilevanti concernono: il coordinamento delle attività di progettazione e di realizzazione degli interventi in aderenza ai principi di sana gestione finanziaria, con particolare riguardo alla prevenzione e rimozione di conflitti di interessi, frodi, corruzione e quant'altro possa inerire all'illecita percezione di fondi pubblici; la garanzia del rispetto della tempistica e dei cronoprogrammi, con presentazione, a cadenza bimestrale, della rendicontazione delle spese effettivamente sostenute; l'adozione del sistema informativo utilizzato dal Ministero della Salute per consentire a quest'ultimo il costante monitoraggio delle operazioni svolte.

Al fine di assicurare la *governance* e il controllo dell'attuazione di ogni CIS, è istituito un Tavolo istituzionale, presieduto dal Ministro della Salute o suo

delegato, dal Presidente della Regione/Provincia Autonoma o suo delegato e dal Ministro dell'Economia e delle Finanze o suo delegato, al quale partecipano, senza diritto di voto, il Responsabile Unico del Contratto (RUC), un rappresentante dell'Unità di Missione costituita presso il Ministero della Salute, il Direttore dell'AGENAS, oltre a eventuali rappresentanti di enti e amministrazioni che possono essere chiamati su richiesta del Presidente del Tavolo, anch'essi senza diritto di voto.

Lo schema base del CIS prevede che il Tavolo si riunisca almeno una volta ogni sei mesi o ogniqualvolta occorra al fine di: valutare l'andamento delle attività e il rispetto degli impegni assunti; verificare lo stato di attuazione del Piano; approvare eventuali rimodulazioni degli interventi proposte dal RUC; approvare le proposte di definanziamento eventualmente ritenute necessarie.

Il pregio dello schema base del CIS è soprattutto quello di definire una vera e propria griglia di adempimenti, contenuti nei singoli Piani operativi regionali, concernenti gli interventi da attuare, relativi alla Missione 6 Salute del PNRR e rientranti sia nella Componente 1 (reti di prossimità, strutture intermedie e telemedicina territoriale) sia nella componente 2 (innovazione, ricerca e digitalizzazione del S.s.n., con riferimento anche all'assistenza ospedaliera).

A tutto questo si accompagna una serie di allegati e precisamente: l'all. I, contenente la descrizione del PNRR e degli interventi costituenti da cui non ci si può discostare; gli all. II, III e IV, riportanti rispettivamente le tabelle di localizzazione degli interventi; le note di esclusione del rischio di danni significativi; le schede di monitoraggio; l'all. V "Action Plan M6 C22.2b", contenente indicazioni nazionali sulla strutturazione del corso di formazione sulle infezioni correlate all'assistenza in ambito ospedaliero.

In tal modo e con le specificità individuate regione per regione è stato definito un quadro generale degli interventi da realizzare nell'ambito della Missione 6 (comprendenti, si ribadisce, sia l'assistenza sanitaria territoriale che l'assistenza ospedaliera), improntati a una visione unitaria.

In particolare, si tratta di dispiegare una serie di adempimenti di natura amministrativa, strettamente collegati agli investimenti previsti dal PNRR. Al riguardo proprio ai CIS e agli allegati piani operativi il Consiglio di Stato ha fatto riferimento, nel parere formulato sullo schema di d.m. 77/2022 sottopostogli dal Governo, anche ai fini della individuazione di "responsabilità, tempi e modalità di attuazione degli interventi"[24].

Tuttavia, non si può fare a meno di rilevare al riguardo come i CIS siano stati sottoscritti prima della pubblicazione in G.U. del d.m. n. 77/2022 e quindi in essi non è stato possibile fare alcun riferimento ai modelli e agli standard indicati in detto decreto, ivi incluse le relative determinazioni degli elementi strutturali e degli organici minimi da assicurare.

In conclusione, è stata affidata ai CIS un'attuazione rafforzata dell'assistenza territoriale che nei fatti potrebbe risultare notevolmente attenuata giacché i modelli organizzativi attraverso i quali l'assistenza territoriale stessa deve essere realizzata

[24] Cons. Stato, parere 00881/2022, del 19 maggio 2022, §5.

sono stati definiti solo in epoca successiva alla sottoscrizione dei contratti stessi (anche se, probabilmente, conosciuti in via informale abbondantemente prima). Il che, teoricamente, potrebbe integrare la fattispecie della sopravvenienza di quelle nuove situazioni che il Consiglio di Stato ritiene suscettibili di poter essere fatte valere ai fini dell'esercizio del potere di recesso unilaterale dal contratto.

Connclusioni

Tenuto conto della circostanza che il d.m. 77/2022 risulta sprovvisto della previa Intesa in sede di Conferenza permanente Stato-Regioni, ancorché l'osservanza dell'*iter* procedurale ne abbia legittimato l'emanazione, potrebbe ipoteticamente verificarsi una qualche situazione potenzialmente idonea a generare criticità, specie se correlata a motivazioni derivanti dalla mancata certezza di adeguata copertura finanziaria, come è avvenuto per il mancato raggiungimento dell'Intesa.
Probabilmente non c'è ragione di temere ciò, in virtù della presumibile unanime convergenza sulla opportunità di operare in tempi rapidi per poter acquisire le risorse poste a disposizione dall'Unione Europea.
Pertanto, appare fondatamente auspicabile che prevalga l'intento di ispirarsi a quello che è stato definito un "buon governo a tutti livelli" [25] in modo da assicurare nei fatti la *governance* per il PNRR che il d.l. 77/2021 ha indicato come via maestra da seguire.
Resta però il fatto che la sollecita e compiuta realizzazione del nuovo sistema di assistenza sanitaria territoriale esige che siano sciolti con relativa sollecitudine alcuni nodi, quali la riorganizzazione del Distretto, individuato come centro di imputazione dei profili organizzativi del nuovo assetto di organismi e servizi; la definizione di una strategia di integrazione dei Servizi sanitari regionali con i Servizi socio-assistenziali; l'approntamento di disposizioni intese a regolamentare l'inserimento delle professionalità sanitarie all'interno dei diversi presidi; la rivisitazione, in una prospettiva di breve – medio termine, dei Livelli Essenziali di Assistenza al fine di specificare le prestazioni che debbono essere assicurate dalla sanità territoriale onde evitare duplicazioni o carenze di intervento con l'assistenza ospedaliera; l'adeguamento delle dotazioni di personale necessario a garantire il buon funzionamento del sistema (con la relativa predisposizione di un piano di assunzioni)[26].
È prevedibile che la definizione di tali aspetti organizzativi sarà inquadrata in un contesto normativo delle relazioni istituzionali Stato-Regioni che si appresta ad essere rinnovato, alla luce del fatto che essendo, auspicabilmente, in via di esaurimento l'emergenza pandemica, ritornerà presto all'ordine del giorno la questione dell'attribuzione dell'autonomia differenziata alle Regioni (le quali, quasi

[25] R. BALDUZZI, *Gli standard (e il modello) dell'assistenza sanitaria territoriale: prime considerazioni*, in *Corti supreme e salute*, 2/2022, p. 12.

[26] Al riguardo, sintomatico delle oggettive difficoltà che potrebbero frapporsi alla concreta realizzazione della riforma, appare il quadro riassuntivo delle possibili criticità fornito da M. BERTOLONI, *Sanità territoriale, riforma in salita*, in *IlSole24ore*, 18 ottobre 2022, p. 6.

tutte, a suo tempo si sono attivate in tale direzione) che proprio nella materia della tutela della salute ha uno dei suoi maggiori ambiti di potenziale esplicazione[27].

dirittifondamentali.it

[27] L'ultimo atto, in senso cronologico, finalizzato a dare un assetto al regionalismo differenziato risulta costituito dalla bozza di legge quadro che il 27 novembre 2019 il Ministro per gli Affari Regionali ha inviato ai tre Presidenti di Regione e che nelle intenzioni avrebbe dovuto costituire la cornice normativa unitaria in cui inserire le procedure di attuazione dell'art. 116, co. 3, Cost. In essa sono stati espressamente richiamati i valori solidaristici e cooperativi espressi dalla Costituzione, i quali debbono presiedere sempre allo svolgimento delle funzioni pubbliche territoriali. Come è stato sottolineato in dottrina, gli strumenti cui, nella bozza ministeriale, fare ricorso per assicurare la tenuta unitaria del sistema "sembrano ispirati al principio perequativo, nel senso di tendere ad adeguare i meccanismi di finanziamento delle funzioni pubbliche territoriali al soddisfacimento dell'esigenza di mantenere saldi i valori solidaristici e cooperativi che la Repubblica esprime" (C. COLAPIETRO, *Le tante facce (non tutte auspicabili) del regionalismo differenziato in ambito sanitario*, cit., p. 196. Per una lettura in senso analogo in ordine al principio perequativo, incentrato specificamente sul settore farmaceutico, cfr. G. FARES, *Regionalismo differenziato, analisi delle funzioni di equilibrio di sistema, le possibili ricadute sull'ordinamento farmaceutico*, in *Diritti regionali*, 11 gennaio 2020, p. 37 ss.).

dirittifondamentali.it

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

Strumenti di contrasto alla violenza sulle donne con disabilità

di
F. Girelli*

SOMMARIO:1. L'importanza dell'informazione. – 2. Vulnerabili, meglio, *più* vulnerabili… - 3. … soprattutto *persone*. – 4. L'importanza dell'istruzione. – 5. Giovanissime donne (e un Presidente).

1. L'importanza dell'informazione

Il *thema* della violenza sulle donne o, meglio, della violenza di genere impone, attesa la delicatezza delle questioni implicate, non solo, evidentemente, misure urgenti di contrasto, ma anche, e prima, una corretta, approfondita, analitica conoscenza del fenomeno affinché, appunto, tali misure risultino realmente efficaci.
In questa direzione si è mosso di recente il legislatore con l'approvazione della legge 5 maggio 2022, n. 53 (Disposizioni in materia di statistiche in tema di violenza di genere).
Esplicita è la finalità di questa normativa sancita all'art. 1: «La presente legge è volta a garantire un flusso informativo adeguato per cadenza e contenuti sulla violenza di genere contro le donne al fine di progettare adeguate politiche di prevenzione e contrasto e di assicurare un effettivo monitoraggio del fenomeno».
Viene quindi stabilito che «con cadenza triennale» l'ISTAT (Istituto nazionale di statistica) e il SISTAN (Sistema statistico nazionale) effettuino «un'indagine campionaria interamente dedicata alla violenza contro le donne», i cui indicatori debbono anche tener conto della presenza di figli minori di età (art. 2).
Le ipotesi di reato che si integrano quando si fa riferimento appunto alla violenza contro le donne sono particolarmente riprovevoli; un (terribile) elenco che rende drammaticamente idea di quanto ci occupa è rinvenibile all'art. 5, rubricato «Rilevazioni statistiche del Ministero dell'interno e del Ministero della Giustizia», ove sono indicati i reati per i quali va rilevata in particolare la «relazione autore-vittima».
Sembra utile riportarli qui di seguito per meglio comprendere in cosa consistano effettivamente le condotte subite: omicidio, tentato omicidio, percosse, lesioni

* *Professore associato di Diritto costituzionale nella Facoltà di Giurisprudenza dell'Università Niccolò Cusano di Roma.*

personali, violenza sessuale e violenza sessuale di gruppo, atti sessuali con minorenne e corruzione di minorenne, maltrattamenti contro familiari e conviventi, atti persecutori, diffusione illecita di immagini o video sessualmente espliciti, violazione dei provvedimenti di allontanamento dalla casa familiare e del divieto di avvicinamento ai luoghi frequentati dalla persona offesa, costrizione o induzione al matrimonio, pratiche di mutilazione degli organi genitali femminili, deformazione dell'aspetto della persona mediante lesioni permanenti al viso, interruzione di gravidanza non consensuale, sequestro di persona, violenza privata, violazione di domicilio, violazione degli obblighi di assistenza familiare, violazione degli obblighi di assistenza familiare in caso di separazione o di scioglimento del matrimonio, prostituzione minorile, abbandono di persona minore o incapace, danneggiamento, estorsione, minaccia, favoreggiamento e sfruttamento della prostituzione, circonvenzione di incapace, tratta di persone.

Tutto ciò è evidentemente orribile e, se possibile, diventa ancor più ripugnante nel momento in cui tali crimini vengono compiuti a danno di donne ancor più indifese, particolarmente "vulnerabili", secondo la terminologia oggi invalsa anche nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo: le donne con disabilità[1].

Questa legge ha l'indubbio pregio di finalmente imporre la raccolta periodica e mirata di dati sulla violenza di genere, che possano così certificare lo stato dell'arte dei complessi problemi in essa implicati. Ancorché non venga esplicitamente previsto di selezionare come dato disaggregato il fatto che la vittima sia una persona con disabilità, l'art. 2 stabilisce che i quesiti impiegati dall'ISTAT «nella più recente indagine sulla sicurezza delle donne» possano essere integrati per soddisfare eventuali «nuove esigenze informative» al fine proprio di «una migliore comprensione e analisi del fenomeno e per l'individuazione di più efficaci misure per il contrasto della violenza contro le donne». Tale disposizione potrebbe costituire la base normativa perché appunto le rilevazioni forniscano dati anche per quanto concerne specificamente le violenze perpetrate nei confronti delle donne con disabilità.

In fondo durante l'*iter* di approvazione della legge era stata messa in luce la necessità di contemplare anche dati disaggregati che tenessero conto specificamente della variabile disabilità, in quanto i soli riferimenti espliciti all'abbandono di minore o incapace e alla circonvenzione di incapace (già presenti nella proposta di legge) non esauriscono certo tutto il quadro di violenze in effetti subite dalle donne con disabilità così come da tutte le altre donne. Allo stesso modo il previsto coinvolgimento nella raccolta dei dati dei centri antiviolenza, avrebbe

[1] Vedi, in proposito, R. SPANO, Presidente della Corte europea dei diritti dell'uomo, *Diritti umani e persone vulnerabili*, *lectio magistralis* tenuta a Roma all'Università "La Sapienza" il 22 aprile 2022:
https://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni_seminari/intervento_spano_20220503170732.pdf.
Vedi anche *infra* § 2.

dovuto far riferimento anche alla misura dell'accessibilità da parte delle donne con disabilità ai luoghi e ai servizi di questi centri[2].

L'esigenza di valorizzare questi aspetti, in fondo, è stata formalizzata anche in sede di approvazione finale della legge tramite la presentazione di due ordini del giorno (n. 9/2805/1 Versace e n. 9/2805/3 Noja), su cui il Governo ha espresso parere favorevole[3].

Confidiamo, in ogni modo, che la suggerita interpretazione dell'art. 2 della legge concorra a colmare le lacune riscontrate, in modo da poter finalmente disporre di dati sulla peculiare posizione delle donne con disabilità, elaborati, peraltro, da soggetti istituzionali, il cui intervento conferisca un qualche crisma di ufficialità alle rilevazioni effettuate.

Non che in passato indagini sul profilo specifico che interessa non siamo state effettuate, ma sono state realizzate su (encomiabile) iniziativa di privati e dunque anche con i limiti operativi che questo obiettivamente comporta.

Si pensi, ad esempio, alla pubblicazione nel 2020 del report della seconda edizione di VERA (*Violence*, *Emergence*, *Recognition and Awareness*), rilevazione frutto della collaborazione fra la FISH (Federazione Italiana per il Superamento dell'Handicap) e l'Associazione Differenza Donna.

VERA 2 ha fornito comunque informazioni significative, seppure il campione non fosse particolarmente esteso: la fattibilità della concreta partecipazione all'indagine da parte di donne con disabilità costituisce essa stessa uno dei problemi che qualificano questo tipo di analisi ed è parimenti un dato da elaborare. Del resto, per alcune delle intervistate, già la lunghezza del questionario ha costituito un «deterrente» al suo completamento.

Giova mettere in luce alcune delle risultanze emerse: il 70,2% di queste donne ha una disabilità motoria, il 23,8% sensoriale ed il 14,6% intellettiva, relazionale o psichiatrica. Nel 6% la condizione di disabilità è conseguenza della violenza subita.

I tipi di violenza oggetto del questionario sono quella fisica, psicologica, sessuale ed economica. Gli atti di violenza vengono nella maggior parte dei casi perpetrati in casa o all'interno della coppia ed è emerso come sussista una diffusa difficoltà per queste donne a riconoscersi come vittime e a riconoscere il tipo di violenza subita.

L'autore della violenza nella gran parte dei casi è persona nota alla vittima: il partner, un amico, un membro della famiglia, ma anche chi è chiamato ad assisterla in ambito sanitario o sociale. Nondimeno, si può subire violenza anche sul luogo di lavoro o sui social network o comunque in uno spazio virtuale.

Sono stati raccolti anche dati sulla violenza assistita ovverosia relativi a quegli episodi laddove i minori assistono alla violenza inflitta alle proprie madri: fatti particolarmente riprovevoli in sé ed anche perché inducono i minori a percepire come normale l'uso della violenza nelle relazioni affettive, producendo così una

[2] Cfr. S. LANCIONI, *Dateci i dati! Campagna per promuovere indagini sulla violenza contro le donne disabili*: *http://www.informareunh.it/dateci-i-dati-campagna-per-promuovere-indagini-sulla-violenza-contro-le-donne-disabili/* (28 marzo 2022).

[3] Vedi *Atti Camera*, XVIII Legislatura, *Resoconto stenografico*, Assemblea, Seduta del 27 aprile 2022.

moltiplicazione di comportamenti violenti attraverso le generazioni. Accade anche che gli stessi figli siano oggetto di violenza.
Particolarmente preoccupante è altresì la giovane età delle ragazze che subiscono abusi sessuali: il 22,2% li ha subiti prima dei 16 anni, un dato che purtroppo lascia presumere che saranno vittime di abusi anche da adulte.
La discriminazione che colpisce le donne con disabilità è duplice: come donne e come persone disabile, risultando così esposte ad un doppio fattore di rischio. Lo studio rivela come molte abbiano percepito di aver subito violenza perché donne, non in quanto disabili, una consapevolezza, questa, da rimarcare, vista la generalizzata percezione nella società delle donne con disabilità come asessuate, come persone a cui la sessualità non può esser riferita. Resta fermo, in ogni modo, che la disabilità rappresenta un fattore di rischio, che anzi cresce in presenza di più forme di disabilità: il 77% delle donne con più disabilità sono maggiormente esposte al pericolo di subire violenza, mentre la percentuale scende (se così si può dire) al 61% per le donne con un solo tipo di disabilità.
Del resto il tipo di disabilità è un dato di sicuro rilievo: si pensi che l'88% di donne con disabilità psichiatrica è stata vittima di violenza, a fronte del 60% delle donne con una disabilità differente.
Sono state registrate anche forme di reazione all'abuso, che, in verità, risultano in crescita, eppure ancora diverse donne non denunciano per paura, in ragione della giovanissima età o perché si trovano nell'impossibilità materiale di denunciare oppure perché non riconoscono l'abuso subito.
I centri antiviolenza sono considerati lo strumento più utile per affrancarsi dalla soggezione alla violenza dal 34,5% delle intervistate; il 17, 3% confida nell'aiuto di familiari e amici; il 16,8% reputa utile un supporto psicologico; per il 14,7% si tratta di cambiare un intero modello culturale, mentre per il 9,6% la via migliore è la conquista di una autonomia sempre maggiore[4].

2. Vulnerabili, meglio, *più* vulnerabili…

Il problema della violenza contro le donne con disabilità è questione cruciale oggetto anche della Risoluzione del Consiglio dei diritti umani delle Nazioni Unite, adottata il 13 luglio 2021, ove, fra l'altro, è stato sottolineato come la pandemia da Covid-19 abbia aggravato ulteriormente la già difficile condizione di queste persone[5].

[4] Cfr. C. LAGANÀ, *Donne disabili che hanno subito violenza, i dati della seconda edizione della ricerca VERA*: *https://www.fondazioneserono.org/disabilita/ultime-notizie-disabilita/donne-disabili-che-hanno-subito-violenza-dati-seconda-edizione-ricerca-vera/* (21.12.2020; da qui sono stati tratti i dati indicati nel testo).

[5] Vedi: *https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G21/198/25/PDF/G2119825.pdf?OpenElement.* Sull'impatto della crisi pandemica sulla posizione delle persone con disabilità vedi A. LAMBERTI, *Emergenza sanitaria, Costituzione, soggetti deboli: vecchi e nuovi diritti alla prova della pandemia*, in *federalismi.it*, n. 6/2022, 195 ss.; F. MASCI, *P.N.R.R., delega al Governo in materia di disabilità e legge di bilancio 2022: per un*

Nell'ordinamento interno, poi, può registrarsi un'attenzione al tema anche negli ultimi provvedimenti adottati. Il decreto legislativo 10 ottobre 2022, n. 149, volto a dare attuazione alla legge 26 novembre 2021, n. 206, recante delega al Governo per l'efficienza del processo civile e per la revisione della disciplina degli strumenti di risoluzione alternativa delle controversie e misure urgenti di razionalizzazione dei procedimenti in materia di diritti delle persone e delle famiglie nonché in materia di esecuzione forzata, aggiunge al Libro II del codice di procedura civile il Titolo IV-bis «Norme per il procedimento in materia di persone, minorenni e famiglie», il cui Capo III reca le «Disposizioni speciali»; ebbene la Sezione I di tale Capo III è intitolata «Della violenza domestica o di genere», che esordisce con l'art. 473-*bis*.40 (Ambito di applicazione) che così prescrive: «Le disposizioni previste dalla presente sezione si applicano nei procedimenti in cui siano allegati abusi familiari o condotte di violenza domestica o di genere poste in essere da una parte nei confronti dell'altra o dei figli minori»[6].

La (dovuta) regolazione a tutela dei soggetti vulnerabili può venir ricondotta, seppur non *sic et simpliciter*, al programma costituzionale di protezione dei cosiddetti «soggetti deboli»[7]. Del resto, «il diritto non può nulla contro il dato naturale […] Ma può molto contro il rischio sociale che ne prende occasione. Tutelare le vulnerabilità significa spezzare il meccanismo sociale che conculca le persone in quanto donne, malati, omosessuali, allogeni, e via dicendo»[8].

Ma in che senso le donne con disabilità, o le persone con disabilità in genere, possono essere ascritte alla categoria dei soggetti deboli o vulnerabili?

Intanto va fatta una precisazione: la condizione di debolezza o vulnerabilità è propria dell'intero genere umano sin dall'inizio dei tempi, «è un elemento costitutivo della condizione antropica». Della vulnerabilità, allora, non si può che avere «una concezione relativa», poiché dipende dai soggetti messi a raffronto e non necessariamente costituisce una condizione permanente[9].

---

paradigma di tutela costituzionale che garantisca la riduzione del "disability divide", in *Costituzionalismo.it*, n. 3/2021, 109 ss.

[6] Il decreto legislativo 10 ottobre 2022, n. 149 è pubblicato in *Gazz. Uff.*, Serie Generale, n. 243 del 17 ottobre 2022 - Suppl. Ordinario n. 38.

[7] Vedi C. COLAPIETRO e F. GIRELLI, *Persone con disabilità e Costituzione*, Presentazione di Franco Modugno, Editoriale Scientifica, Napoli, 2020, 23 ss. Sul concetto di soggetto «debole» quale categoria giuridica vedi: M. AINIS, *I soggetti deboli nella giurisprudenza costituzionale*, in *Politica del diritto*, n. 1/1999, 25 ss.; L. AZZENA, *Divieto di discriminazione e posizione dei soggetti «deboli». Spunti per una teoria della «debolezza»*, in C. Calvieri (a cura di), *Divieto di discriminazione e giurisprudenza costituzionale*, Atti del Seminario di Perugia del 18 marzo 2005, Giappichelli, Torino, 2006, 35 ss. Con particolare riferimento alle persone con disabilità: A. LORENZETTI, *Dis-eguaglianza e disabilità*, in M. Della Morte (a cura di), *La dis-eguaglianza nello Stato costituzionale*, Atti del Convegno di Campobasso, 19-20 giugno 2015, Editoriale Scientifica, Napoli, 2016, 173 ss. (spec. 181 ss.). Da ultimo, nella prospettiva specifica della vulnerabilità, P. SCARLATTI, *I diritti delle persone vulnerabili*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2022.

[8] Così A. GENTILI, *La vulnerabilità sociale. Un modello teorico per il trattamento legale*, in *Rivista Critica del Diritto Privato*, n. 1/2019, 44.

[9] Vedi M. LUCIANI, *Le persone vulnerabili e la Costituzione*: *https://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni_seminari/roma_2022-persone_vulnerabili_-_massimo_luciani_20220503170920.pdf* (22 aprile 2022).

Il punto è che la «nozione di vulnerabilità si presta a svariate letture, tutte incentrate sulla persona umana, colta nelle diverse fasi della vita e nelle relazioni con gli altri»[10].

La stessa Corte europea dei diritti dell'uomo ha dato una «connotazione volutamente aperta del concetto di vulnerabilità», ma resta fermo che ad essa possano essere ricondotte senz'altro le persone con disabilità e le donne vittime di violenza domestica[11].

Le persone di cui ci occupiamo recano allora in sé una doppia cifra di vulnerabilità: la condizione di donna che subisce violenza e la disabilità; a tacere, poi, per usare le parole della Corte costituzionale, della «vulnerabilità di donne che versino in situazioni sociali ed economiche disagiate»[12].

Ma se, come detto, la vulnerabilità è propria di ogni essere umano, in questi casi pare più utile parlare di soggetti *particolarmente* vulnerabili o, se si vuole, *più* vulnerabili di altri.

Nel caso delle donne con disabilità, per di più vittime di violenza, questa più intensa condizione di vulnerabilità appare evidente già *in rerum natura*, nella fisicità del loro corpo.

E proprio il corpo, paradossalmente, può costituire la lente attraverso la quale individuare correttamente, anzi *costituzionalmente*, la loro posizione giuridica e sociale.

3. …soprattutto *persone*

L'approccio alla disabilità nella prospettiva del corpo solo apparentemente potrebbe sembrare riduttivo. Collocandosi in questa prospettiva, infatti, non si vuole certo intendere che la disabilità sia solamente fisica. È noto, ad esempio, come una particolare condizione genetica possa incidere sulle capacità intellettive di una persona, senza implicare necessariamente difficoltà motorie. Anche in questo caso, com'è evidente, la disabilità è intimamente connessa, riconducibile (*rectius*) al corpo, poiché il genoma costituisce la componente di base dell'organismo che contiene il "programma" del suo potenziale sviluppo.

Che le persone con disabilità siano appunto *persone* come tutte le altre è fuori discussione, eppure non sembra inutile ribadirlo e ribadirlo con forza. Lo spirito di concretezza, che deve guidare chi si accosta ad un tema così delicato, qual è quello *delle* disabilità, impone di non poter dar nulla per scontato. Ed è proprio in quest'ottica che si è prescelto di muovere l'analisi dalla dimensione esteriore, fisica

[10] Così S. SCIARRA, *Intervento* svolto in occasione della *lectio magistralis* del Presidente della Corte europea dei diritti dell'uomo tenuta a Roma all'Università "La Sapienza" il 22 aprile 2022: *https://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni_seminari/sciarra_discussant_spano_finale_20220503170804.pdf*.

[11] Sul punto P. SCARLATTI, *Tutela dei diritti e trattamento dei detenuti vulnerabili. A proposito del recente caso* Sy contro Italia, in *Dirittifondamenatli.it*, n. 1/2022, 547-548.

[12] Vedi Corte cost., 9 marzo 2021, n. 33 e, da ultimo, Corte cost., 28 marzo 2022, n. 79.

(nel senso sopra chiarito) della persona, in quanto consente di mettere con immediatezza a fuoco i problemi di fondo che abbiamo di fronte.

Le persone con disabilità, proprio perché *persone*, sono dunque identificabili nella unità sinodale di mente e fisico: se una persona non è nelle condizioni di fare la corsa ad ostacoli, è forse meno persona di chiunque altro? Se una persona non è in grado di effettuare anche il più semplice calcolo matematico, è forse anche lei meno persona di chiunque altro? La risposta a queste due domande (retoriche) non può naturalmente che essere "no, certo che no". E sia chiaro: queste due ipotetiche persone in ragione della loro specifica condizione non riescono affatto a svolgere le attività indicate, quindi nemmeno le svolgono *diversamente* rispetto ad altri, proprio perché sono "persone con disabilità". Questa formula definitoria, del resto, rappresenta la scelta terminologica ora "consacrata" nella Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità (ratificata e resa esecutiva in Italia con legge n. 18/2009) ed è da preferirsi all'espressione "soggetti diversamente abili", in quanto appare più aderente alla realtà ed al contempo sottolinea la pienezza dell'essere persona di chi appunto ha una disabilità anche grave.

Ciò posto, che la disabilità sussista non solo in ragione della particolare condizione fisica di una persona, ma anche, e in misura consistente, per via del contesto che gli individui trovano intorno a sé, non sfugge certamente: proprio la dimensione relazionale, sociale risulta centrale in questa riflessione che ha il corpo quale punto focale. La disabilità, peraltro, viene "misurata", oltre che "sul corpo" delle persone, tenendo conto altresì dell'ambiente in cui esse vivono, secondo l'approccio integrato (medico e sociale) proprio della «Classificazione Internazionale del Funzionamento della Disabilità e della Salute» (ICF), di recente rinnovata dall'OMS[13].

Essenziale, in quest'ottica, allora è comprendere che la disabilità non va edulcorata, santificata o peggio nascosta, ma in quanto manifestazione della persona umana va vista e riconosciuta come tale, senza infingimenti.

Il punto è che «le differenze non sono riducibili come diseguaglianze; vanno accettate, anzi vanno valorizzate perché più noi ci rendiamo conto che le differenze sono importanti, per quel che richiamano anche in termini valoriali di rispetto e di importanza della persona, più la società in qualche modo diventa per così dire più umana. // Questo è il grande interrogativo che assilla i sociologi oggi: riuscire a immaginare relazioni sociali umane»[14].

Secondo il programma costituzionale repubblicano la realizzazione della «pari dignità sociale» è funzionale al «pieno sviluppo della persona umana»[15].

---

[13] Vedi S. DE CARLI, *Pubblicato l'ICF2020: perché parlare di funzionamento in tempi di pandemia è cruciale*: *http://www.vita.it/it/article/2020/10/20/pubblicato-licf2020-perche-parlare-di-funzionamento-in-tempi-di-pandem/157071/#:~:text=Anche%20la%20pandemia%20aumenter%C3%A0%20i,aiuta%20a%20non%20medicalizzarci%20troppo.* (20 ottobre 2020).

[14] M. COLASANTO, *Conclusioni*, in F. Girelli (a cura di), *Lavoro e disabilità. Disciplina normativa e percorsi di inserimento*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2010, 113.

[15] Cfr. F. MODUGNO, *I diritti del consumatore: una nuova «generazione» di diritti?*, in *Scritti in onore di Michele Scudiero*, III, Jovene, Napoli, 2008, 1371.

Se, allora, il principio personalista innerva l'intera trama del tessuto costituzionale, non c'è ragione *costituzionale*, appunto, per cui da tutto ciò *alcune persone* vengano escluse.

Il corpo, il σῶμα, plasmato magari da una peculiare condizione genetica, connota la persona con disabilità, che, in quanto *persona*, non solo, come le altre, è collocata al centro del disegno costituzionale, ma gode altresì della specifica protezione riconosciuta ai cosiddetti «soggetti deboli»[16].

Tale locuzione viene qui impiegata non certo per rimarcare uno stato di minorità, ma per sottolineare come la Repubblica esiga l'adempimento da parte di ognuno (sia soggetti privati sia istituzioni pubbliche) dei doveri di solidarietà sociale *ex* art. 2 Cost., affinché realmente *tutti* i cittadini abbiano «pari dignità sociale», condizione, come detto, strumentale al «pieno» sviluppo della personalità (art. 3 Cost.)[17]: solo così si costruisce una società *autenticamente* inclusiva, ovverosia pronta a plasmare se stessa per accogliere tutte le diversità. E con specifico riferimento alle persone con disabilità si impone particolarmente uno sforzo di coinvolgimento delle stesse secondo la logica del «*nothing about us*, *without us*», canone ispiratore della Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità (ratificata e resa esecutiva in Italia con legge n. 18/2009), che si qualifica altresì per aver accolto «la prospettiva del cosiddetto modello "bio-psico-sociale" della disabilità»[18].

4. L'importanza dell'istruzione

La base dell'obiettivo costituzionalmente imposto di autentica inclusione sociale va rinvenuta nella possibilità (concreta) di instaurare relazioni con gli altri: il cuore della tutela costituzionale delle persone con disabilità consiste proprio nella salvaguardia e valorizzazione delle loro specifiche esigenze di socializzazione, già sottolineate nella storica sentenza della Corte costituzionale n. 215/1987 (non a caso in tema di inclusione scolastica) e poi costantemente ribadite nella giurisprudenza costituzionale successiva.

L'evoluzione della giurisprudenza costituzionale, anzi, consentirebbe di enucleare quello che è stato definito il «nuovo diritto alla socializzazione» delle persone con disabilità[19].

---

[16] Vedi *supra* § 2.

[17] Sulla «pari dignità sociale» vedi G. FERRARA, *La pari dignità sociale (Appunti per una ricostruzione)*, in *Studi in onore di Giuseppe Chiarelli*, II, Giuffrè, Milano, 1974, 1089 ss.; più di recente: A. APOSTOLI, *La dignità sociale come orizzonte della uguaglianza nell'ordinamento costituzionale*, in *Costituzionalismo.it*, n. 3/2019; P. ZUDDAS, *La pari dignità sociale a tre dimensioni. Posizione giudizio trattamento*, Cedam, Milano [Padova], 2019.

[18] Vedi G. ARCONZO, *I diritti delle persone con disabilità. Profili costituzionali*, Franco Angeli, Milano, 2020, 52.

[19] Vedi S. SCAGLIARINI, *«L'incessante dinamica della vita moderna». I nuovi diritti sociali nella giurisprudenza costituzionale*, in E. Cavasino, G. Scala e G. Verde (a cura di), *I diritti sociali dal riconoscimento alla garanzia: il ruolo della giurisprudenza*, Atti del Convegno annuale del Gruppo di Pisa, Trapani 8-9 giugno 2012, Editoriale Scientifica, Napoli, 2013, 247 ss.

Il primo pilastro, su cui è fondato questo «nuovo diritto» (che, invero, si atteggia a vero e proprio "meta-diritto"), è il riconoscimento del diritto all'istruzione[20], in quanto solo grazie ad un efficace inserimento degli studenti disabili nelle scuole è ipotizzabile un realistico e concreto percorso di inclusione sociale, che, ove possibile, contempli anche una proficua integrazione nel mondo del lavoro. Del resto, nella prospettiva costituzionale è «soprattutto la *qualità* del lavoro […] che conta» ovverosia «la capacità delle forme di organizzazione del lavoro di garantire lo sviluppo della personalità del singolo nel confronto con gli altri»[21]. In questo senso emblematica appare la sentenza della Corte costituzionale n. 163/1983 laddove afferma: «non sono costituzionalmente, oltre che moralmente, ammissibili esclusioni e limitazioni dirette a relegare su un piano di isolamento e di assurda discriminazione soggetti che, particolarmente colpiti nella loro efficienza fisica o mentale, hanno invece pieno diritto di inserirsi nel mondo del lavoro».

Resta il fatto che riuscire a far convivere le diversità non è (seppur doveroso) un percorso semplice, anche perché in esso non ci si può esimere dal confrontarsi anche con le questioni più delicate.

Si pensi, ad esempio, alla sessualità, che non va certo immiserita, riducendola alla sola fisicità, ma che – è ovvio – reclama il corpo come attore protagonista. Il tema è di una importanza e delicatezza tale che certamente non può qui esser sviscerato, nondimeno si può ricordare come in altri ordinamenti sia stata disciplinata la figura professionale dell'assistente sessuale. Nella Legislatura appena conclusa (la XVIII) sono state presentate alla Camera dei deputati le proposte di legge n. 1876 «Disposizioni in materia di assistenza all'emotività, all'affettività, alla corporeità e alla sessualità per le persone con disabilità» e n. 963 «Istituzione della figura dell'educatore al benessere sessuale per le persone disabili». Al di là delle norme che in materia il legislatore vorrà poi realmente dettare, un qualsivoglia ragionamento sulla sessualità delle persone con disabilità non può certo prescindere dalle condizioni di contesto socio-culturale, nell'ambito del quale viene appunto avanzato: la configurabilità stessa di un «diritto alla sessualità», che esiga

[20] Sul diritto fondamentale all'istruzione delle persone con disabilità vedi, naturalmente, S. TROILO, *Tutti per uno o uno contro tutti? Il diritto all'istruzione e all'integrazione scolastica dei disabili nella crisi dello Stato sociale*, Giuffrè, Milano, 2012 e, più di recente, G. MATUCCI (a cura di), *Diritto all'istruzione e inclusione sociale. La scuola «aperta a tutti» alla prova della crisi economica*, Franco Angeli, Milano, 2019; A. LAMBERTI, *Il diritto all'istruzione delle persone con disabilità e inclusione scolastica*, Prefazione di Francesco Paolo Casavola, Editoriale Scientifica, Napoli, 2020; C. COLAPIETRO e F. GIRELLI, *Persone con disabilità e Costituzione*, cit., 92 ss. (per gli strumenti di tutela spec. 139 ss. nonché, se si vuole, F. GIRELLI, *La garanzia del diritto fondamentale all'istruzione delle persone con disabilità*, in *Dirittifondamentali.it*, n. 3/2020); G. ARCONZO, *I diritti delle persone con disabilità*, cit., 187 ss. Da ultimo: A. LAMBERTI, *Il diritto all'istruzione delle persone con disabilità: prospettive di tutela* multilevel, in *Consulta Online*, n. III/2022; ID., *Il Diritto all'istruzione delle persone con disabilità: tutela giurisdizionale ed equilibrio di bilancio*, in *Dirittifondamentali.it*, n. 3/2022; G. MATUCCI, *Persona, formazione, libertà. L'autorealizzazione della persona con disabilità fra istruzione e* legal capacity, Franco Angeli, Milano, 2021.

[21] Così M. LUCIANI, *La produzione della ricchezza nazionale*, in M. Ruotolo (a cura di), *La Costituzione ha 60 anni: la qualità della vita sessant'anni dopo*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2008, 255.

poi di essere garantito, potrebbe in effetti rappresentare «una delle cartine al tornasole di più processi culturali in atto nella società e che riguardano tutti»[22].
Ed è allora importante ricordare che ogni 3 dicembre si celebra la Giornata internazionale delle Persone con Disabilità perché questo evento mette a fuoco il fatto che c'è ancora una larga parte dell'umanità, che troppo spesso non si vede riconosciuto appieno il proprio ruolo all'interno del genere umano: iniziative come questa servono proprio ad incidere sul contesto socio-culturale, in cui le persone con disabilità e le loro famiglie si trovano a confrontarsi quotidianamente.
L'approccio culturale per cui da una parte ci siano i c.d. "normali" e dall'altra i "disabili" ancor oggi fatica ad esaurirsi. Occorre invece rendersi conto che su questo nostro piccolo terzo pianeta esiste un unico genere umano, fatto di persone, ognuna con le sue peculiarità, ognuna con la sua dignità: il punto è che la disabilità è una delle tante manifestazioni della persona umana, collocata, come ricordato, al centro del programma costituzionale repubblicano.
La disabilità, peraltro, è una condizione che può anche sopravvenire per via degli imprevedibili accadimenti della vita; anzi, la pandemia da Covid-19, che tra l'altro ci ha costretti ad «una interazione sociale […] senza i corpi»[23], ha dimostrato nei fatti come nessuno possa considerarsi immune da situazioni di fragilità personale o sociale.
Una società consapevole di tutto ciò si comincia a costruire a scuola, ove si trova terreno fertile nei bambini, che porterà i suoi frutti, se adeguatamente arato e coltivato; se, secondo le (chiare) indicazioni della giurisprudenza costituzionale ed amministrativa [Corte cost. n. 275/2016; Cons. Stato, Sez. VI, 3 maggio 2017, n. 2023; Cons. Stato (Parere definitivo), Sez. I, 15 marzo 2021, n. 403], verranno impiegate le necessarie risorse pur in un quadro economico non certo roseo: ma di fronte alla «tirannia del danaro» occorre «dispiegare […] i mezzi della *cultura* del costituzionalismo e della *forza* del diritto costituzionale»[24].

5. Giovanissime donne (e un Presidente)

E proprio nel mondo dei bambini e delle bambine (forse non è un caso) si può trovare qualche riferimento per provare a svolgere delle considerazioni conclusive sulle implicazioni della relazione fra il corpo e la disabilità.
Da qualche tempo fra le bambole in vendita è disponibile anche la Barbie sulla sedia con le ruote. Questa immagine non ha trovato un favore generalizzato; se ne possono ben comprendere le ragioni: il primo impatto emotivo che questo tipo di giocattolo può suscitare può essere tanto intenso, quanto negativo, se non altro perché realizzare un prodotto con tali sembianze potrebbe sembrare un'operazione commerciale di dubbio gusto.

[22] Vedi A. ROTELLI, *I diritti della sfera sessuale delle persone con disabilità*, in *Questione Giustizia*, n. 2/2016, 256.
[23] Vedi A. STERPA, *Diritto e corpo. Elementi per una questione*, in *federalismi.it*, n. 11/2021, 186.
[24] Vedi M. LUCIANI, *Danaro, politica e diritto*, in *Rivista di Diritto Costituzionale*, 2006, 26.

Che la disabilità non sia affatto un gioco è fuor di dubbio: per averne conferma basta rivolgersi alle persone che sulla propria pelle vivono questa condizione od anche a chi vive loro vicino.

Nondimeno, la scelta della casa produttrice della Barbie non si presta ineluttabilmente ad una lettura negativa.

Questa bambola in fondo dà un messaggio importante: la disabilità è una condizione che riguarda tutti, non solo pochi sfortunati, anche perché chiunque può diventare disabile temporaneamente o permanentemente[25]. Non solo, qui a venir rappresentata è una giovane donna con disabilità. E, se non si può negare che «i problemi si aggravano ulteriormente» allorquando ad essere disabile è proprio una donna, ad esempio in ambito lavorativo[26], nemmeno si possono disconoscere i positivi traguardi raggiunti dalla normativa eurounitaria di contrasto alla discriminazione delle persone con disabilità, tra cui va senz'altro ricordata la Direttiva 2000/78/CE del Consiglio del 27 novembre 2000 (recepita in Italia con il d. lgs. 9 luglio 2003, n. 216), che stabilisce appunto un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro[27].

Nessuno, dunque, anche solo per motivi egoistici, potrebbe ragionare in questi termini: "la cosa non mi riguarda, non mi interessa". Nemmeno Barbie, che rappresenta l'immagine stereotipata per antonomasia della bellezza e del vigore del corpo giovanile.

Che poi le bambine o i bambini quando giocano con le bambole possano scegliere tra i personaggi delle storie, che inventano, anche persone che si muovono con la sedia con le ruote non sembra affatto comportare ricadute negative; tutt'altro: la possibilità di una costruzione plurale del gioco, che contempli anche le differenze fra le persone, riscontrabili in fin dei conti nella realtà dei rapporti umani, può ben venir declinata in termini di *opportunità*.

L'auspicio, allora, è che non occorra scomodare concetti come la «*prima categoria* formale assiomatica» ossia «*l'autorelazione del singolo con sé come unità psico-fisica*», radicata nell'art. 13 Cost.[28], perché venga compreso che Barbie resta Barbie anche se ora si muove su una sedia con le ruote.

Un'ultima notazione su bambine, violenza e disabilità.

Alcuni mesi fa il Presidente della Macedonia del Nord, Stevo Pendarovski, si è recato nella città di una bambina di undici anni con la sindrome di Down, Embla

[25] Emblematiche in proposito sono le riflessioni di R. F. MURPHY, *Il silenzio del corpo*. Antropologia della disabilità [1990, 1987], Edizione italiana a cura di R. Medeghini, Traduzione di E. Valtellina, Erickson, Trento, 2017.

[26] Cfr. G. DE SANTIS, *Lavoro e disabilità: una nuova linea di riflessione e ricerca*, in F. Girelli (a cura di), *Lavoro e disabilità. Disciplina normativa e percorsi di inserimento*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2010, 20.

[27] Vedi R. CERA, *Tutela e non discriminazione delle persone con disabilità nella normativa dell'Unione europea*, in C. Colapietro e A. Salvia (a cura di), *Assistenza, inclusione sociale e diritti delle persone con disabilità. A vent'anni dalla legge 5 febbraio 1992, n. 104*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2013, 317 ss. (sulla Direttiva 2000/78/CE spec. 320 ss.).

[28] Vedi F. MODUGNO, *I «nuovi diritti» nella Giurisprudenza Costituzionale*, Giappichelli, Torino, 1995, 11.

Ademi, per accompagnarla personalmente a scuola dopo aver saputo che era stata vittima di atti di bullismo.

Tanto da condannare sono questi ultimi, tanto ammirevole è la scelta di questo Presidente che ha voluto in concreto indicare quale tipo di società intende costruire per il suo Paese; e quello da lui compiuto è senz'altro uno degli atti "più presidenziali" che un capo di Stato possa mai compiere nel corso del proprio mandato.

È il senso di umanità che è dentro ognuno di noi a reclamare un atteggiamento analogo a quello del Presidente della Macedonia del Nord; ed è, per noi italiani, la Costituzione della Repubblica ad imporlo.

dirittifondamentali.it

dirittifondamentali.it

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

Der Kampf gegen Pandemie zwischen verfassungsrechtlicher Normalität und Ausnahmezustand

di
Prof. Dr. Dr. h.c. Matthias Herdegen [*]

I. Verfassungsrechtlicher Ausnahmezustand oder gesetzliche Ausnahmeregelung im verfassungsrechtlichen Normalzustand

Der verfassungsrechtliche Ausnahmezustand übt seit jeher im juristischen und politischen Denken eine eigenartige Faszination aus, wie die Diskussion von Carl Schmitt bis Giorgio Agamben belegt.[1] Jenseits der normativen Analyse lösen selbst maßvolle Eingriffe in die gewohnte Behaglichkeit bürgerlicher Freiheit pawlowsche Reflexe aus, welche die Kategorien von Notstand, Machtmissbrauch und Machtusurpation bemühen. In Deutschland und anderen Ländern haben Tausende gegen eine angebliche Corona-Diktatur demonstriert. Die Änderung des Infektionsschutzgesetzes (IfSG) zur Bewältigung der Corona Krise ist von einzelnen Rechtswissenschaftlern in Anklang an die nationalsozialistische Machtergreifung als Ermächtigungsgesetz tituliert worden. Diese skandalisierende Deutung zwingt zu einer nüchternen Bestandsaufnahme.

Unsere Staaten des alten Europas sehnen sich auch in der Krise nach verfassungsrechtlicher Normalität. Diese Normalität strahlt Stabilität aus und suggeriert Beherrschbarkeit der Gefahr. Nur der totalitäre Staat operiert im Modus der steten Forderungen an seine Untertanen als ein Regime, das der Überhöhung der Gemeinschaft oder seiner ideologischen Mission verpflichtet ist. Gerade für den totalitären Staat ist die ständige Bedrohung Lebenselixier. Dagegen geht der freiheitliche Rechtsstaat von der Sicherung individueller Freiheit und damit von der Normalität aus.[2] In diesem Sinne hat das staatsrechtliche Leben ganz unheroische Züge[3] und erwartet auch von den Bürgern keine heldenhaften Opfer. Zwar kennen viele unserer Verfassungen die Notstand- oder Ausnahmezustände mit besonderen Kompetenzen. Aber die Proklamation einer verfassungsrechtlichen

[*] *Università di Bonn*

[1] Siehe *Schmitt*, Politische Theologie, 1922; *Agamben*, Stato di eccezione, 2003.

[2] *Isensee*, Recht als Grenze – Grenze des Rechts, 2009, S. 197 f.

[3] *Isensee*, Recht als Grenze – Grenze des Rechts, 2009, S. 198.

Not- oder Ausnahmelage indiziert das Eingeständnis, dass die normalen Staatsfunktionen an der Grenze ihrer Leistungsfähigkeit angelangt sind.

Umgekehrt zeigt die Bewältigung einer einschneidenden Krise ohne Notstandsbefugnisse die Elastizität und Resilienz der Verfassung im Modus der Normalität. Dies ist auch in Deutschland bei den zum Teil einschneidenden Maßnahmen zur Bewältigung der Corona Pandemie sichtbar worden. Allerdings entrinnen wir bei tiefgreifenden Krisen nicht dem Ausnahmeregime. Es wird nur auf die Ebene des einfachen Gesetzes geschoben. In Deutschland hängt ein ganzes Bündel von Freiheitsbeschränkungen davon ab, dass der Bundestag eine „epidemische Lage von nationaler Tragweite" erklärt.[4] Dies zeigt schon, dass der Ausnahmezustand zu einem Kondominium von Parlament und Exekutive führt. Die Französische Republik hat auf die Corona Krise nicht mit den Sondervollmachten des Präsidenten als *salvator patriae* nach Art. 16 der französischen Verfassung reagiert. Vielmehr hat der französische Gesetzgeber die Figur des Gesundheitsnotstandes (état d'urgence sanitaire) geschaffen, an den sich weitreichende Befugnisse zu Eingriffen in bürgerliche Freiheiten bis hin zur Preisregulierung knüpfen.[5]

In Ungarn hat die Regierungsmehrheit im Parlament die Corona Krise zu einer massiven Machtverschiebung zugunsten der Exekutive genutzt. So kann die Regierung fortan ohne Zustimmung des Parlaments den Notzustand verlängern und auf diese Weise weitreichende gesetzesvertretende Dekrete erlassen.[6]

Einen besonderen Weg ist die Regierung in Spanien gegangen. Sie hat sich zur verfassungsrechtlichen Absicherung der Corona-Maßnahmen der ersten Stufe von verfassungsrechtlichen Ausnahmezuständen bedient. Sie hat nämlich den sog. Alarmzustand ausgerufen, der die Suspendierung von Grundrechten gestattet. Die darüberhinausgehende Aufhebung von Grundrechten ist der zweiten und dritten Stufe (dem Ausnahme- und Belagerungszustand vorbehalten).[7] Das spanische Verfassungsgericht hat diese eher weitreichenden Ausgangssperren mit einem *numerus clausus* erlaubter Fortbewegung nicht als Suspendierung, sondern als Aufhebung der Bewegungsfreiheit klassifiziert, denn hier gehe es um einen massiven Eingriff, der schon die Fortbewegungsfreiheit an sich durch eine strikte Rechtfertigung konditioniere.[8] Aus dieser Sicht ist entweder die Einschränkung der

[4] § 5 Infektionsschutzgesetz.

[5] *Beaud/Guérin Bargues*, L'état d'urgence sanitaire: était-il judicieux de créer un nouveau régime d'exception?, in Gephart, In the Realm of Corona Normativities, 2020, S. 103.

[6] *Herdegen* in Herdegen/Gärditz/Masing/Poscher (Hrsg), Handbuch des Verfassungsrechts, § 1 Rn. 26.

[7] Art. 55 Abs. 1 der spanischen Verfassung.

[8] Spanisches Verfassungsgericht, Urt. v. 14.7.2021, STC 148/21; Zitat: „Tal restricción aparece, pues, más como una «privación» o «cesación» del derecho, por más que sea temporal y admita excepciones, que como una «reducción» de un derecho o facultad a menores límites. Dicho en otros términos, la disposición no delimita un derecho a circular libremente en un ámbito (personal, espacial, temporalmente) menor, sino que lo suspende *a radice*, de forma generalizada, para todas «las personas», y por cualquier medio. La facultad individual de circular «libremente» deja pues de existir, y solo puede justificarse cuando concurren las circunstancias expresamente previstas en el real decreto. De este modo, cualquier persona

Freiheitsrechte exzessiv gewesen oder die Regierung ist beim Schritt in den Ausnahmezustand zu vorsichtig gewesen und hätte gleich in die zweite Stufe eintreten müssen.

Dem deutschen Staatsrecht ist die Abgrenzung von Einschränkung und Aufhebung von Freiheitsrechten fremd, auch selbst die gebotene Achtung des Wesensgehaltes eines Grundrechtes (Art. 19 Abs. 2 GG) bedeutet nur eine Verschärfung der Verhältnismäßigkeitsprüfung bei zunehmender Intensität des Eingriffs. In den süddeutschen Ländern kam es zeitweise zu sehr weitreichenden Einschränkungen der Bewegungsfreiheit, die in diesem Sinne nur auf ihre Verhältnismäßigkeit überprüft worden sind. Auch beim Verbot von Gottesdiensten, das die Glaubensfreiheit im Kern trifft, hält die Rechtsprechung eine Ausnahme für möglich, „soweit eine relevante Erhöhung der Infektionsgefahr zuverlässig verneint werden kann“. [9]

II. **Verhältnismäßigkeit**

Die zur Bekämpfung der Corona-Pandemie eingesetzten Maßnahmen bauen ein Spannungsfeld zwischen den zu schützenden Interessen und den beeinträchtigten Freiheiten auf. Dieser Konflikt ist durch Abwägung zu lösen. Eingriffe in Freiheitsrechte müssen mit dem Schutz von Leben und Gesundheit (Schutz vor Übertragung von Krankheiten) abgewogen und auf ihre Verhältnismäßigkeit im Rahmen eines zumindest *grosso modo* schlüssigen Konzepts überprüft werden. In der Corona-Pandemie ergab sich sowohl für den Gesetzgeber als auch für Regierung und Verwaltung die Herausforderung, dass einerseits viele Aspekte von der Ausbreitung des Virus bis hin zur Kapazitätserschöpfung der Krankenhäuser ungewiss blieben und andererseits die Pandemie und die auf diese reagierenden Maßnahmen in nahezu alle Bereiche des öffentlichen und privaten Lebens ragten. Sowohl bei den vom Virus ausgehenden Verbreitungsgefahren, als auch bei der Schutzwirkung von Maßnahmen zur Bekämpfung bestanden extreme Unsicherheiten.

Auf diese Herausforderung musste die Anwendung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes reagieren. Zur Beurteilung solch komplexer Szenarien erlaubt der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz deswegen im Ausgangspunkt ein erhebliches Maß an Ermessensspielraum.

---

puede verse obligada a justificar su presencia en cualquier vía pública, y podrá ser sancionada siempre que la justificación no se adecue a lo previsto en las disposiciones del real decreto.”

[9] BVerfG, Beschl. v. 29.4.2020, 1 BvQ 44/20.

Der französische Staatsrat legt sich bei der Verhältnismäßigkeitskontrolle großer Zurückhaltung bei der Kontrolle des Gesetzgebers auf und beschränkt sich auf eine Überprüfung von Evidenzen. In eine ähnliche Richtung geht auch die Rechtsprechung des Schweizer Bundesgerichts. Die deutsche Rechtsprechung geht mit dem Gesetzgeber und der Exekutive deutlich strenger um.

Wenn der Stand der Wissenschaft und das verfügbare Wissen Unsicherheiten hinsichtlich der Kausalketten und des Umfangs der festgestellten Risiken zulassen, steht dem Gesetzgeber und nachgelagert auch der Exekutive ein großer Spielraum bei der Wahl der Maßnahmen zur Verfügung.[10] Dogmatisch setzt das Bundesverfassungsgericht auf der Ebene der Geeignetheit an und räumt dem Gesetzgeber hier eine Einschätzungsprärogative ein. Dies bedeutet, dass der Gesetzgeber über die Eignung einer Maßnahme primär selbst entscheidet. Der Spielraum des Gesetzgebers bezieht sich insofern auf die Einschätzung und Bewertung der Verhältnisse, der etwa erforderlichen Prognosen und der Wahl der Mittel, um seine Ziele zu erreichen. Eine Regelung ist erst dann nicht mehr geeignet, wenn sie die Erreichung des Gesetzeszwecks in keiner Weise fördern kann oder sich sogar gegenläufig auswirkt.[11] Schwerwiegende Grundrechtsfreiheiten, wie sie vorliegen, verlangen bei unsicherem Erfahrungswissen die Rechtfertigung durch gravierende Risiken.

Als Grenze des veranschlagten Einschätzungsspielraums gilt jedoch, dass tatsächliche Unsicherheiten bei schwerwiegenden Grundrechtseingriffen, wie sie bei Beschränkungen der Fortbewegungsfreiheit vorliegen nicht zu Lasten der Grundrechtsträger gehen. Die verfassungsrechtliche Prüfung ist aber auch hier auf die Vertretbarkeit der gesetzgeberischen Einschätzungsprognose beschränkt. In einer solchen Situation wissenschaftlicher Unsicherheit rechtfertigt und erfordert die Vorsorge sogar Schutzmaßnahmen im Rahmen eines „vernünftigen" Risikomanagements.[12]

In Deutschland erstreckt sich die verfassungsgerichtliche Überprüfung von Maßnahmen, mit denen der Gesetzgeber angenommenen Gefahrenlagen begegnen will, grundsätzlich auch darauf, ob die dahingehende Annahme des Gesetzgebers hinreichend tragfähige Grundlagen hat.[13] Das Bundesverfassungsgericht überprüft hierbei auch die Zuverlässigkeit der Grundlagen, aus denen der Gesetzgeber die Gefahrenlage abgeleitet hat. Je nach Eigenart des in Rede stehenden Sachbereichs, der Bedeutung der auf dem Spiel stehenden Rechtsgüter und den Möglichkeiten des Gesetzgerbers, sich ein hinreichend sicheres Urteil zu bilden, kann die verfassungsrechtliche Kontrolle dabei von einer bloßen Evidenz- über eine Vertretbarkeitskontrolle bis hin zur einer intensivierten inhaltlichen Kontrolle reichen.[14] Metaphorisch gesprochen ergibt sich auf diese Weise ein Akkordeon der

[10] *Kersten/Rixen*, Der Verfassungsstaat in der Corona-Krise, 2021, S. 95, 97 ff.

[11] BVerfGE 159, 355 (407) – Bundesnotbremse II.

[12] *Herdegen*, The Corona Crisis: Challenges for the Socio-Cultural Underpinnings of Constitutional and EU Law, in Gephart (Hrsg), In the Realm of Corona Normativities, 2020, S. 170.

[13] BVerfGE 159, 223 (298) – Bundesnotbremse I.

[14] BVerfGE 159, 223 (298) – Bundesnotbremse I.

Prüfungsintensität, welche sich proportional zur Eigenart des Sachbereichs und der Erheblichkeit der Rechtsgüter ausdehnt und zusammenzieht. Je größer die Unsicherheit über die Gefahrenlage und deren wirtschaftlichen und sozialen Folgen, desto größer sind die exekutiven und legislativen Einschätzungsspielräume.[15] Umso länger eine geschaffene Regelung in Kraft ist und sofern der Gesetzgeber fundierte Erkenntnisse hätte erlangen können, umso weniger kann er sich auf seine unsicheren Prognosen stützen.[16] Bei einer andauernden Gefahrenlage wie der Corona Pandemie muss der Gesetzgeber seinen Entscheidungen umso fundiertere Einschätzungen zugrunde legen, je länger die zur Bekämpfung der Gefahr ergriffenen belastenden Maßnahmen anhalten. Allerdings darf der Staat große Gefahren für Leib und Leben am Ende auch nicht deshalb in Kauf nehmen, weil er nicht genug dazu beigetragen hat, dass freiheitsschonendere Alternativen zur Abwehr dieser Gefahren erforscht wurden.[17]
Im Übrigen verengen gesicherte wissenschaftliche Erkenntnisse und ein hohes Gewicht von Grundrechtseingriffen den Einschätzungsspielraum des Gesetzgebers. [18]
In vielen Ländern stützte sich die Regierung jedoch nicht auf verfassungsmäßige Ausnahmebefugnisse, sondern bemühte sich um eine gesetzgeberische Ermächtigung, die sich auf große Risiken für die öffentliche Gesundheit beschränkte.[19] Auch in Bezug auf die verfassungsgerichtliche Kontrolldichte ergeben sich Unterschiede in der Handhabung in den Staaten Europas. So beschränkt sich das französische Verfassungsgericht bei der Überprüfung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes auf eine reine Evidenzkontrolle.[20] Es betont in seiner Entscheidung zu Ausgangsbeschränkungen im Oktober 2020, dass es selbst nicht über eine allgemeine Beurteilungs- und Entscheidungsbefugnis in der gleichen Form wie das Parlament verfügt und bei Unsicherheiten über die Entwicklung der pandemischen Lage nicht über das Vorliegen einer gesundheitlichen Katastrophe entscheiden kann.[21]
Auch das Schweizer Bundesgericht hatte mehrmals über die Vereinbarkeit von Corona Maßnahmen mit individuellen Freiheitsrechten zu entscheiden. Das Bundesgericht nimmt ebenfalls lediglich eine zurückgezogene Kontrolle vor, wenn

[15] *Kersten/Rixen*, Der Verfassungsstaat in der Corona-Krise, 2021, S. 99.
[16] BVerfGE 159, 223 (308) – Bundesnotbremse I.
[17] *Herdegen,* Heile Welt in der Zeitenwende, 2022 (im Erscheinen), S. 224.
[18] BVerfG, Beschl. v. 21.7.2022, 1 BvR 469/20 u.a., Rn. 108.
[19] *Herdegen,* The Corona Crisis: Challenges for the Socio-Cultural Underpinnings of Constitutional and EU Law, in Gephart, In the Realm of Corona Normativities, 2020, S. 170.
[20] Conseil Constitutionnel, Entscheidung Nr. 2020-808 DC v. 13.11.2020, Rn. 6, Zitat: „(…) Il n'appartient pas au Conseil constitutionnel, qui ne dispose pas d'un pouvoir général d'appréciation et de décision de même nature que celui du Parlement, de remettre en cause l'appréciation par le législateur de l'existence d'une catastrophe sanitaire et de sa persistance prévisible dans les quatre prochains mois, dès lors que, comme c'est le cas en l'espèce, cette appréciation n'est pas, en l'état des connaissances, manifestement inadéquate au regard de la situation présente de l'ensemble du territoire français.“; Entscheidung Nr. 2020-811 DC v. 21.12.2020, Rn. 4.
[21] Conseil Constitutionnel, Entscheidung Nr. 2022-835 DC v. 21.1.2022, Rn. 14.

sich ausgesprochene Ermessensfragen stellen, und betont, dass, „solange keine Rechtsnorm festgelegt, wie hoch das akzeptable Risiko bzw. das erforderliche Sicherheitsniveau ist, auch nicht feststehen kann, wo die Grenze zwischen zulässigen und unzulässigen Risiken liegt. Es ist alsdann nicht in erster Linie Sache der Gerichte, sondern des Verordnungsgebers oder der zuständigen Fachbehörden, das akzeptable Risiko festzulegen."[22]

Auf internationaler Ebene hatte sich schließlich der Europäische Menschenrechtsgerichtshof bereits in mehreren Urteilen mit Corona-Maßnahmen befasst.[23] Unter dem Dach der EMRK hat bislang kein Staat den Notstand nach Art. 15 EMRK erklärt. Die Rechtsprechung. des EGMR bewegt sich weitgehend in den Bahnen der herkömmlichen Verhältnismäßigkeitsprüfung[24]

In einem Fall hat der Straßburger Gerichtshof die gemeinsame Unterbringung eines Migranten mit Neuangekommen Asylbewerbern in Quarantäne wegen des damit verbundenen Gesundheitsrisikos als Verletzung von Art. 3 EMRK angesehen.[25]

In Deutschland wiederum deutet sich zuweilen eine deutliche Überhöhung von bestimmten Freiheitsrechten gegenüber dem Recht auf Leben an. Im Sinne dieser Überhöhung sind einzelne Stimmen aus der deutschen Staatsrechtslehre auf den Gedanken gekommen, bei Beschränkungen der persönlichen Fortbewegungsfreiheit einen argumentativen Rationalitätsverlust zu beklagen oder gar die Menschenwürde zu bemühen. Es ist jedoch nicht einzusehen, weshalb in Ausgangs- und Quarantänebeschränkungen eine Missachtung des persönlichen Achtungsanspruch eines jeden Menschen liegen soll, wenn es um den Schutz (eigenen und fremden) Lebens geht. Im Übrigen ist festzustellen, dass das Leben als ein Höchstgut unserer Verfassung hinter keinem anderen Grundrecht zurücktreten darf. Auch die Menschenwürde begründet kein Recht des Einzelnen, sich im Kern seines Selbstverständnisses auf Kosten der Lebenschancen anderer zu entfalten.[26]

Faktisch als Ventil für das Korsett der strengen Normativität des deutschen Verfassungsrechts erlauben die Regelungen des Infektionsschutzgesetzes sehen ein Bündel an Ausnahmen von den Beschränkungen des öffentlichen und privaten Lebens vor.[27]

In Spanien funktioniert ein solcher Regelausnahmemechanismus genau umgekehrt. Hier wurden die während der Pandemie verhängten Ausgangsbeschränkungen durch den Tribunal Constitucional als Entzug oder

[22] Schweizer Bundesgericht, 2C_941/2020, Urteil v. 8.7.2021, 3.2.5.

[23] *McQuigg*, The COVID-19 Pandemic and the European Court of Human Rights, http://qpol.qub.ac.uk/covid-19-pandemic-the-european-court-of-human-rights/ (Zugriff zuletzt am 2.11.2022).

[24] *Jovičić*, COVID-19 restrictions on human rights in the light of the case-law of the European Court of Human Rights, ERA Forum 2021, 546 mwN.

[25] EGMR, *Feilazoo ./. Malta*, Beschwerde Nr. 6865/19, Urteil vom 11.3.2021.

[26] *Herdegen*, Heile Welt in der Zeitenwende, 2022, S. 225.

[27] Neben anderen: §§ 5 Abs. 2 Nr. 4 b), 20 Abs. 9 S. 8 IfSG und insbesondere die Verordnung zur Regelung von Erleichterungen und Ausnahmen von Schutzmaßnahmen zur Verhinderung der Verbreitung von COVID-19 vom 8.5.2021.

Einstellung („privación“ / „cesación“) des Rechts eingestuft. Das spanische Verfassungsgericht geht davon aus, dass das Recht der Fortbewegungsfreiheit schon im Ansatz gar nicht mehr besteht und nur in Ausnahmefällen noch in Anspruch genommen werden, wenn die Regierungsdekret genannten Bedingungen vorliegen.[28]

Der internationale Vergleich des verfassungsrechtlichen Umgangs mit der Corona-Krise zeigt den für das deutsche Staatsrecht charakteristischen Versuch, Krisen maximal normativ einzuhegen. Das Beharren auf staatsrechtlicher Normalität zeugt von der besonderen Fähigkeit des Grundgesetzes, zumindest in Notstandsituationen, die nicht auf menschlicher Steuerung beruhen, mit dem Standardinstrumentarium zur Gefahrenabwehr und damit im Rahmen verfassungsrechtlicher Normalität zu bewältigen.[29] Auf diese Weise belegt die Corona Krise in gewisser Weise durchaus die Leistungsfähigkeit des Grundgesetzes in der Krise.[30]

Bei allen Unterschieden in der Dichte richterlicher Kontrolle, treten im europäischen Rechtsraum bestimmte Grundaxen der Verhältnismäßigkeitsprüfung hervor: sie steuern den Spielraum von Gesetzgebung und Exekutive bei der Eignung von Freiheitseingriffen und bei der Angemessenheit von Schutzmaßnahmen als Ergebnis einer Abwägung. Je gesicherter Erfahrungswissen und wissenschaftliche Erkenntnis in die Risiken von Infektionen, über Verbreitungswege ist, desto enger sind die Prognosemaschen der staatlichen Organe, das gleiche gilt für die Erkenntnisse über die belastenden Auswirkungen von Präventionsmaßnahmen (etwa in Folgen oder Auswirkungen auf schulische Bildung, überragende Gefahren für Leib und Leben). Einschneidende Ereignisse in die Freiheitssphäre können sogar Schutzpflichten des Staates zur Prävention begründen. Je lückenhafter das verfügbare Wissen ist, desto stärker sind Rechtssetzungen und Verwaltung zur fortlaufenden Erkenntnisgewinnung und zur Nachführung der Maßnahmen an den aktuellen Wissenstand gezwungen. Dies gilt vor allem bei langanhaltenden Maßnahmen. Je stärker das verfügbare Wissen ist, desto präziser muss der parlamentarische Gesetzgeber die Verwaltung in seinen Regelungsprogramm steuern.

III. **Impfpflichten**

Im April 2022 hatte das Bundesverfassungsgericht über eine einrichtungsbezogene Impfpflicht[31] und im Juli 2022 zu einer Masernpflichtimpfung[32] (über die bereits vor der Corona-Krise in Deutschland aufgrund einer mangelnden Herdenimmunisierung diskutiert worden war) zu entscheiden. Zwar lassen sich beide Entscheidungen ohne weiteres auf eine allgemeine Corona-Impfpflicht übertragen. Denn im ersten Fall ging es um ein spezifisches und klar zu begrenzendes Risiko. Die zweite Entscheidung zur Maserimpfung hatte einen

[28] Spanisches Verfassungsgericht, Urt. v 14.07.2021, STC 148/21.

[29] Hierzu *Kaiser*, Ausnahmeverfassungsrecht, 2020.

[30] *Herdegen* in Herdegen/Gärditz/Masing/Poscher, Handbuch des Verfassungsrechts, § 1 Rn. 27.

[31] BVerfG, Beschl. v. 27.4.2022,1 BvR 2649/21 u.a.

[32] BVerfG, Beschl. v. 21.7.2022, 1 BvR 469/20 u.a..

Virus und einen Impfstoff zum Gegenstand hatte, die längst bekannt waren und mit geringen Unsicherheiten in der Risikobewertung verbunden ist. Im Ergebnis zeigen beide Entscheidungen eine wenig überraschende und in der Sache überzeugende Verhältnismäßigkeitsprüfung auf, die auf in vorangegangenen Entscheidungen ausgeflaggte Maßstäbe zurückgreift und auf diese Weise auch den gerichtlichen Umgang mit einer allgemeinen Impflicht vorhersehbar machen würde.

Eine interessante subjektive Perspektive findet sich in der deutschen Diskussion bei der grundrechtlichen Beurteilung einer Impflicht. So wurde argumentiert, das Ausmaß des grundrechtlichen Eingriffs, wie ihn eine Impflicht bedeute, dürfe nicht allein objektiv-abstrakt bewertet werden, sondern müsse vielmehr auch subjektiv-individuelle Befindlichkeiten berücksichtigen.[33] Damit müsste aber die gesamte deutsche Grundrechtsdogmatik umgestellt werden – von einer der Aufklärung verpflichteten rationalen Rechtskontrolle hin zu einem ins Esoterische abgleitenden Wohlfühlschutz bei gleichzeitiger Überhöhung eigener Wahrnehmungen.[34] Eine solche Argumentation findet bei der Glaubens- und Gewissensfreiheit (oder bei der Meinungsfreiheit) sicherlich eine plausible und innerlich stimmige Grundlage, denn Glaubens-, Gewissens- und Meinungsfreiheit sollen gerade vor Mehrheitsmeinungen schützen und das subjektive Empfinden in das Zentrum rücken.[35] Eine solche Eigenlogik lässt sich aber gewiss nicht auf den Schutz der körperlichen Unversehrtheit übertragen und erst recht dann nicht, wenn ein Ausgleich mit kollidierenden Grundrechten gefunden werden muss. Hier zeigt sich schon, wann das subjektive Element überhaupt relevant werden darf. Nämlich bei der Frage, ob ein grundrechtlicher Schutzgehalt betroffen ist – nicht aber dann, wenn es um einen Ausgleich grundrechtlicher Schutzgüter oder die Frage geht, wie intensiv ein Grundrechtseingriff sein darf.[36] Das Bundesverfassungsgericht ist denn auch in seiner Entscheidung über die Verfassungsmäßigkeit einer Masern-Impflicht nicht auf einen solchen subjektiven Abwägungsmaßstab eingegangen.[37]

IV. **Besonders geschützte Bereiche**

Die deutsche Rechtsprechung hat auf Eingriffe in die Glaubensfreiheit und der Versammlungsfreiheit mit einer stark kontextbezogenen

[33] So *Sacksofsky*, Verfassungsblog v. 21.01.2022, https://verfassungsblog.de/allgemeine-impfpflicht-ein-kleiner-piks-ein-groses-verfassungsrechtliches-problem/ (Zugriff zuletzt am 2.11.2022).

[34] Daher zurecht kritisch *Gärditz*, Verfassungsblog v. 24.01.2022, https://verfassungsblog.de/grundrechtsdogmatik-auf-dem-jahrmarkt-der-wahrheiten/ (Zugriff zuletzt am 2.11.2022).

[35] Vgl. hierzu *Gärditz*, Verfassungsblog v. 29.01.2022, https://verfassungsblog.de/allgemeine-impfpflicht-ein-kleiner-piks-ein-groses-verfassungsrechtliches-problem/ (Zugriff zuletzt am 2.11.2022).

[36] Siehe *Gärditz*, Verfassungsblog v. 29.01.2022, https://verfassungsblog.de/allgemeine-impfpflicht-ein-kleiner-piks-ein-groses-verfassungsrechtliches-problem/ (Zugriff zuletzt am 2.11.2022).

[37] BVerfG, Beschl. v. 21.07.2022, 1 BvR 469/20 u.a.

Verhältnismäßigkeitsprüfung reagiert, die zu deutlichen Lockerungen geführt hat. Hier scheint ein besonderer Schutz bestimmter Grundrechte als „preferred freedoms" auf. Diese kontextbezogene Verhältnismäßigkeitsprüfung soll im Folgenden näher betrachtet werden.

1. Glaubensfreiheit

Neben einer durch die Verhältnismäßigkeitsprüfung in ihren verschiedenen, national differenzierenden Ausprägungen gewonnenen Rationalisierung grundrechtlicher Einschränkungen tritt insbesondere in der Rechtsprechung des deutschen Bundesverfassungsgerichts eine materielle Dimension. Nicht nur müssen Einschränkungen grundrechtlicher Freiheiten rational begründbar und überprüfbar, konsistent und widerspruchsfrei sein, ihre Zulässigkeit hängt auch stark vom Gegenstand des Schutzes ab.
Dabei lassen sich zwei Linien in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts beobachten: Zum einen die stärkere Gewichtung bestimmter Grundrechte, etwa der Glaubensfreiheit, und zum anderen die kreative Neuschöpfung weiterer Grundrechte. Zu dieser zweiten Kategorie gehören das „Recht darauf, nicht allein gelassen zu werden", ein „Recht auf Sicherung derjenigen Lebensbedingungen, die für ein gesundes Aufwachsen erforderlich sind" und das „Recht auf schulische Bildung".

Als eines in seiner Schutzdimension besonders stark wirkendes Grundrecht hat das Bundesverfassungsgericht die Glaubensfreiheit ausgemacht. Die Glaubensfreiheit stellt eines der exponiertesten Grundrechte des Grundgesetzes dar – positioniert unmittelbar nach dem Bekenntnis zur Menschenwürde, dem Recht auf Leben und dem Gleichheitsrecht.[38] Das Recht wird traditionell sehr weit verstanden und erfasst neben dem Recht, sich für einen Glauben zu entscheiden und diesen zu haben auch das Recht, diesen auszuleben und sein gesamtes Verhalten entsprechend auszurichten.[39] So überrascht es nicht, dass das Bundesverfassungsgericht Verbote von Gottesdiensten für mit dem Grundrecht unvereinbar erklärt hat, die keine Ausnahmegenehmigungen zuließen[40] oder sie in der ersten und unsichersten Phase der Pandemie zuließ, zugleich aber vom Gesetz- und Verordnungsgeber verlangte, jederzeit das Risiko neu zu bewerten und es mit Ausnahmeregelungen oder regionalen Begrenzungen dynamisch zu berücksichtigen[41]. Dahinter steht zum einen der evidenzbasierte Ansatz des Gerichts, grundrechtseinschränkende Maßnahmen nur insoweit zuzulassen, wie sie vertretbar als medizinisch gerechtfertigt angesehen werden (Orientierung an einer „sachgerechten und vertretbaren Beurteilung der […] verfügbaren

[38] *Ungern-Sternberg* in Herdegen/Gärditz/Masing/Poscher, Handbuch des Verfassungsrechts, § 21 Rn. 19.
[39] *Ungern-Sternberg* in Herdegen/Gärditz/Masing/Poscher, Handbuch des Verfassungsrechts, § 21 Rn. 19, 41 u.a., unter Verweis auf BVerfGE 32, 98 (106).
[40] BVerfG, Beschl. v. 29.04.2020, 1 BvQ 44/20.
[41] BVerfG, Beschl. v. 10.04.2020, 1 BvQ 28/20, Rn. 14.

Informationen und Erkenntnismöglichkeiten").[42] Zum anderen wird in der betreffenden Entscheidung deutlich, für wie wichtig das Gericht das (gemeinsame) Erleben und Erfahren religiöser Gefühle erachtet – und dies nicht aufgrund objektiver Maßstäbe, sondern vor dem Hintergrund der (subjektiven) Überzeugungen des Grundrechtsträgers und seiner Religionsgemeinschaft.[43] Aber hier stellt sich die zentrale Frage, weshalb die Glaubensfreiheit den Staat zwingt, höhere Gesundheitsrisiken bei Gottesdiensten und anderen religiösen Veranstaltungen hinzunehmen als andere Freiheiten.

2. Schutz der Interaktion mit anderen Menschen

Weniger mit persönlichen Befindlichkeiten und einem Wohlfühlschutz hat das vom Bundesverfassungsgericht aus dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht abgeleitete „Recht darauf, nicht allein gelassen zu werden" zu tun. Es leuchtet unmittelbar ein, dass Kern jeder Persönlichkeitsentwicklung des Menschen der Kontakt zu und die Interaktion mit anderen Menschen ist. So betont das Bundesverfassungsgericht:
„Anderen Menschen überhaupt begegnen zu können, ist für die Persönlichkeitsentfaltung von konstituierender Bedeutung".[44]
Es bleibt jedoch völlig rätselhaft, wieso das Bundesverfassungsgericht in seiner Entscheidung zur sog. „Bundesnotbremse", also dem bundesweiten Lock-down mit dem an eine Inzidenz von 100 gekoppelten Verbot privater Zusammenkünfte mit mehr als einer haushaltsfremden Person,[45] ein neues Recht auf sozialen Kontakt neben der allgemeinen Handlungsfreiheit und der Fortbewegungsfreiheit konstruieren musste. Außerdem war eine Vereinzelung, gar Vereinsamung von Menschen war nie ernsthaft zu befürchten. Kontakt durfte immer gesucht und gehalten werden, wenn auch nur in reduziertem Maße. So durfte man sich zwar nicht zu viert treffen, wohl aber mit vier Personen nacheinander. Auch hat der Staat – anders als dies das Bundesverfassungsgericht impliziert – keine Gewährleistungsverantwortung dafür, dass seine Bürger Personen finden, „die sich gerade mit ihnen treffen [wollen] und dafür bereit [sind], auf alternative Begegnungsmöglichkeiten zu verzichten."[46] Ein hieraus resultierender und rechtfertigungsbedürftiger Eingriff in ein Recht, das allein davor schützen soll, dass sämtliche Kontakte verboten und eine Vereinsamung geradezu verordnet wird, kann nicht überzeugen und muss sich den Vorwurf argumentativer Beliebigkeit aussetzen. Es bleibt ein frei konstruiertes Grundrecht ohne jegliche Fallrelevanz,

[42] Siehe nur BVerfGE 159, 223 (298) – Bundesnotbremse I.
[43] Im konkreten Fall: BVerfG, Beschl. v. 10.04.2020, 1 BvQ 28/20, Rn. 11.
[44] BVerfGE 159, 223 (223; 278) – Bundesnotbremse I.
[45] Siehe § 28b IfSG in damals geltender Fassung im Sachbericht von BVerfGE 159, 223 (230) – Bundesnotbremse I.
[46] BVerfGE 159, 223 (278) – Bundesnotbremse I.

mit dem das Bundesverfassungsgericht neues Verfassungsrecht fernab jeglichen Verfassungstextes und notwendiger Entscheidungserheblichkeit schafft.[47]

3. Schulische Bildung

Scheinbar freundlich, an ein rotbäckiges Kind in lieblicher Landschaft erinnernd, erscheint eine weitere Grundrechtsinnovation des Bundesverfassungsgerichts in seiner zweiten Entscheidung zur sog. Bundesnotbremse. Es konstruiert vor dem Hintergrund von Schulschließungen und Online-Unterricht aus Art. 2 Abs. 1 GG – also der allgemeinen Handlungsfreiheit – das „Recht auf Sicherung derjenigen Lebensbedingungen, die für ein gesundes Aufwachsen erforderlich sind" und ein daraus in Verbindung mit dem staatlichen Schulauftrag nach Art. 7 GG abgeleitetes „Recht auf schulische Bildung".[48]

Hinter dieser Kreation verbergen sich massive Wertungsverschiebungen in der verfassungsrechtlichen Rechtsprechung: Die Schaffung eines Rechts auf ein gesundes Aufwachsen setzt zwingend voraus, dass bestimmt werden muss, was für ein gesundes Aufwachsen und die dafür notwendigen Lebensbedingungen notwendig ist.[49] Diese Definitionsmacht kann nur beim Staat liegen. Hier konkurrieren am Ende der Gesetzgeber und die Gerichte um das letzte Wort Das entfernt sich sehr weit von dem, was das Grundgesetz nach den Erfahrungen der NS-Diktatur eigentlich wollte, nämlich die Verantwortung für Erziehung und gesundes Aufwachsen im Regelfall denen zu überlassen, die es am besten können – den Eltern.[50] Wenn nun aber der Staat definieren soll, was ein gesundes Aufwachsen ermöglicht, so gelangt man vom Bild des rotbäckigen Kindes schnell zu George Orwell, auch wenn dies dem Verfassungsgericht sicherlich völlig fernlag.

Noch einen Schritt weiter geht das Bundesverfassungsgericht, wenn es aus diesem Recht ein Recht auf schulische Bildung ableitet. Anders als etwa die meisten deutschen Landesverfassungen und die spanische Verfassung in Art. 27 erklärt das Grundgesetz die Schulbildung zum Auftrag des Staates, normiert aber gerade kein subjektives Recht, sondern eine „Organisations- und Aufgabennorm".[51] Mit seiner Entscheidung zu den coronabedingten Schulschließungen hat das Bundesverfassungsgericht diese Aufgabennorm nun unter Bezugnahme auf Art. 2 Abs. 1 GG (die allgemeine Handlungsfreiheit, nicht das eigentlich doch näher

[47] Vgl. allgemein zur Geltung von Verfassungsrecht in seiner Auslegung durch das Bundesverfassungsgericht *Lepsius*, in Jestaedt/Lepsius/Möllers/Schönberger, Das entgrenzte Gericht, 3. Aufl. 2019, S. 161 (162 ff., 167 ff.).

[48] BVerfGE 159, 355 (381 f.) – Bundesnotbremse II.

[49] *Nettesheim*, JZ 2022, 525 (530).

[50] Vgl. *Nettesheim*, JZ 2022, 525 (530); *Badura*, in Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 6 Rn. 89 aE.

[51] *Brosius-Gersdorf*, in Dreier GG, Art. 7 Rn. 20 (mit Zitat). Weitergehend mwN *Badura*, in Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 7 Rn. 2 Fn. 3.

liegende allgemeine Persönlichkeitsrecht!)[52] versubjektiviert.[53] So hat sich das Gericht eine Grundlage geschaffen, auf der es – wie das spanische Verfassungsgericht[54] – Unterrichtsausfälle und digitale Angebote auf ihre Verfassungsmäßigkeit überprüfen konnte. Einen Verstoß konnte es letztlich aber nicht erkennen. Man fragt sich aber auch in diesem Fall, wieso es überhaupt dieser kreativen Neuschöpfung von Grundrechten bedarf. Schließlich kam der Staat schon relativ schnell selbst auf die Idee, digitalen Unterricht anzubieten (wenn auch zunächst eher schlecht als recht) Hier scheint wiederum das Bedürfnis auf, auch die schwierigsten und unübersichtlichsten Situationen noch mit verfassungsrechtlicher Überwachung bewältigen zu können.

4. Versammlungsfreiheit

Im Fall *CGAS v Suisse* hat der Europäische Gerichtshof mit einer sehr dürftigen Begründung ein mehrwöchiges Versammlungsverbot für Gewerkschaften als unverhältnismäßig eingestuft[55] und dabei Sensibilität für die gesundheitliche Risiken für Menschenansammlungen vermissen lassen.[56] Dieses Verdikt zeigt noch die vertraute Sehnsucht einer heilen Welt klassischer Freiheitsrechte auch noch zu einem Zeitpunkt zu bewahren, in dem sich über die Hälfte der Menschheit in einem strengen Lockdown befunden haben.[57] Der Gerichtshof erkennt zwar die Bedrohung, die das Coronavirus für die Gesellschaft und die öffentliche Gesundheit darstellt, aber er räumt der Freiheit, sich in einer demokratischen Gesellschaft friedlich zu versammeln, und insbesondere den Themen und Werten, die der klagende Verein gemäß seiner Satzung verteidigt, überragende Bedeutung zu. Aufgrund des allgemeinen Charakters und der beträchtlich langen Dauer des Verbots von öffentlichen Veranstaltungen, die in den Tätigkeitsbereich des klagenden Vereins fallen, sowie der Art und der Schwere der vorgesehenen Sanktionen, kommt der Straßburger Gerichthof zu dem Schluss, dass der Eingriff in die Ausübung der durch Artikel 11 EMRK geschützten Rechte nicht in einem angemessenen Verhältnis zu den verfolgten Zielen stand.[58]

An dieser Entscheidung haben drei Richter überzeigende Kritik geübt. In diesem Urteil des EGMR scheint eine problematische Kategorie besonders privilegierter Freiheiten auf, die sich durch besonders wertvolle Zielsetzungen definiert. Dies wirft grundsätzliche Probleme auf, denn die Werte, denen sich eine Vereinigung verschreibt können doch nicht darüber entscheiden, welche Gesundheitsrisiken

[52] Zurecht hierauf bereits in Bezug auf das „Recht auf ein gesundes Aufwachsen" hinweisend *Nettesheim*, JZ 2022, 525 (531).

[53] BVerfGE 159, 355 (382 f.) – Bundesnotbremse II.

[54] Spanisches Verfassungsgericht, Urt. v 14.07.2021, STC 148/21.

[55] EGMR, *Communauté genevoise d'action syndicale (CGAS) ./. Suisse*, Beschwerde Nr. 21881/20, para. 91.

[56] In diesem Sinne: Abw. Votum der Richter Ravarani, Seibert-Fohr und Roosma.

[57] *McQuigg*, The COVID-19 Pandemic and the European Court of Human Rights, http://qpol.qub.ac.uk/covid-19-pandemic-the-european-court-of-human-rights/ (Zugriff zuletzt 2.11.2022).

[58] EGMR, *Communauté genevoise d'action syndicale (CGAS) ./. Suisse*, Beschwerde Nr. 21881/20, Rn. 91.

aufgrund einer Versammlung hinzunehmen sind. Der Staat gerät auch in gefährliches Fahrwasser, wenn er Ziele privater Verbände nach ihrem inhaltlichen Wert abstuft. Sonst müsste er darüber entscheiden, ob eine Demonstration gegen eine angebliche Corona-Diktatur des Staates wegen des dahinterstehenden Protestpotentials besonders wertvoll ist, oder wegen der dahinterstehenden Falschinformation eher geringeren Schutz verdient.

V. **Schluss**

Die europäische Staatenpraxis und die europäische Verfassungsrechtslehre und die Judikatur zur EMRK zeigen das starke Bemühen Pandemien mit dem Standardarsenal unserer Verfassungsordnung zu bewältigen und im Rahmen des Möglichen, Inseln Bürgerlicher Freiheit zu erhalten. Auf der anderen Seite hat das Bemühen um finanzielle Freiräume sehr stark die Neigung gefordert den finanziellen Ausnahmezustand zu bemühen und dabei eine ganze Reihe roter Linien zu überschreiten. Ein prominentes Beispiel ist die Schaffung des europäischen Wiederaufbaufonds als Instrument der massiven Schuldenaufnahme durch die Europäische Union und der Umverteilung im europäischen Raum mit der Europäische Kommission als neuem Europäischem Schatzamt.[59] Viele dieser Mittel sind bis heute noch nicht ausgegeben oder überhaupt zugewendet.

Hier zeigt sich eine in Zeiten der Krise verständliche „Janus-Köpfigkeit" im Umgang mit dem Recht: einerseits strikte Konditionierung staatlicher Eingriffe in die individuelle Freiheitssphäre und andererseits starke Elastizität rechtlicher Regelungen zur Befriedigung der Bedürfnisse der aktuellen Generation. Dies ist vielleicht eine unausweichliche Konzession an die menschliche Natur in Zeiten der Krise.

dirittifondamentali.it

[59] *Herdegen*, Die EU wird zur neuen Verteilungsmacht, Neue Zürcher Zeitung v. 24.03.2021.

TRADUZIONE IN ITALIANO

La lotta contro la pandemia tra normalità costituzionale e stato di eccezione

I. Stato di eccezione costituzionale o eccezione statutaria nella normalità costituzionale

Lo Stato d'eccezione esercita da sempre nel pensiero giuridico e politico uno speciale fascino, come dimostra la discussione di Carl Schmitt fino a Giorgio Agamben.[60] Ben oltre l'analisi normativa, ingerenze moderate nell'ordinaria condizione della libertà civile causano pavloviani riflessi che impegnano le categorie di emergenza, abuso di potere e usurpazione di potere. In Germania e in altri Paesi a migliaia hanno dimostrato contro la presunta Dittatura da Coronavirus. La modifica della legge sulla protezione dall'infezione[61] sul superamento della crisi da Coronavirus è stata titolata da alcuni scienziati del diritto, in reminiscenza della presa di potere nazionalsocialista, come legge di autorizzazione. Questa interpretazione scandalosa impone un'analisi realistica.

I nostri Stati della vecchia Europa hanno voglia, anche nei momenti di crisi, di normalità costituzionale. Questa normalità irradia stabilità e suggerisce controllo e dominio del pericolo. Soltanto lo Stato totalitario opera nel modo delle continue pretese ai propri sudditi come un regime, che è vincolato all' esaltazione della comunità o alla sua missione ideologica. Proprio per lo Stato totalitario, la minaccia costante è elisir di vita. Di contro, lo Stato liberale di diritto muove dalla sicurezza della libertà individuale e con ciò dalla (condizione di) normalità[62]. In questo senso, la vita giuridico statale ha tratti non eroici e anche dai cittadini non si aspetta sacrifici eroici.[63] Certamente molte delle nostre Costituzioni conoscono le condizioni di emergenza e di eccezione, con l'attribuzione di particolari competenze. Ma la proclamazione di una condizione di emergenza o di eccezione è indizio della confessione, che le normali funzioni dello Stato sono arrivate ai limiti della loro capacità di prestazione.

Di contro, il superamento di una grave crisi senza il ricorso a poteri di emergenza mostra la elasticità e la resilienza della Costituzione, secondo il modo della normalità. Ciò si è reso visibile anche in Germania in relazione alle in parte gravi misure per il superamento della crisi dovuta alla pandemia. Certamente noi non sfuggiamo in presenza di gravi crisi al regime delle misure straordinarie. Esso, tuttavia, è caricato soltanto al livello della legge ordinaria. In Germania un

[60] Cfr. Schmitt, *Politische Theologie*, 1922; Agamben, *Stato di eccezione*, 2003.

[61] Infektionsschutzgesetz (IfSG).

[62] Isensee, *Recht als Grenze – Grenze des Rechts*, 2009, p. 197 ss.

[63] *Isensee*, *Recht als Grenze – Grenze des Rechts*, 2009, p. 198.

complesso di limitazioni di libertà dipende soltanto dal fatto che il Parlamento (Bundestag) ha dichiarato "lo stato epidemico di portata nazionale" [64].

Ciò mostra già che lo stato di eccezione proclamato dal legislatore conduce ad un condominio di Parlamento ed Esecutivo.

La Repubblica di Francia ha reagito alla crisi pandemica non con i pieni poteri speciali del Presidente quale *salvator patriae*, secondo l'art. 16 della Cost. francese. Molto di più, il legislatore ordinario francese ha creato la figura dello stato di emergenza sanitaria ("état d'urgence sanitaire"), alla quale si connettono ampi poteri di ingerenza nella sfera delle libertà civili, fino ad una regolazione dei prezzi[65].

In Ungheria la maggioranza di governo in Parlamento ha usato la crisi pandemica per realizzare un massiccio spostamento di potere a favore dell'Esecutivo. Da allora, il Governo può senza approvazione del Parlamento prorogare lo stato di emergenza e in questo modo emanare decreti aventi forza di legge[66].

In Spagna il Governo è andato per una strada particolare. Per conferire una copertura costituzionale alle misure di emergenza sanitaria si è servito del primo livello delle condizioni costituzionali della situazione eccezionale. Ha proclamato, cioè, il cd. stato di allarme, che ammette la limitazione di diritti fondamentali. L'ulteriore privazione di efficacia di diritti fondamentali, invece, rientra nel secondo e terzo livello dell'emergenza (riservati, rispettivamente allo stato di eccezione e allo stato d'assedio) [67].

Il giudice costituzionale spagnolo, però, ha classificato questi piuttosto ampi blocchi di uscita (lockdown) con solo un numero chiuso di ammessi alla circolazione e alla mobilità, non come sospensione bensì come un (vero e proprio) annullamento della libertà di circolazione, poiché nella specie si tratta -secondo quel giudice- di una grave violazione che condiziona già la libertà di movimento in sé attraverso una stretta giustificazione[68]. Secondo questa prospettiva o la limitazione dei diritti di libertà è stata eccessiva o il governo è stato troppo prudente con riguardo alla fase successiva dello stato di eccezione, mentre avrebbe dovuto subito entrare nel secondo livello della condizione di emergenza.

---

[64] § 5 Infektionsschutzgesetz.

[65] Beaud/Guérin Bargues, *L'état d'urgence sanitaire: était-il judicieux de créer un nouveau régime d'exception*?, in Gephart, *In the Realm of Corona Normativities*, 2020, p. 103.

[66] Herdegen, in Herdegen/Gärditz/Masing/Poscher (Hrsg), *Handbuch des Verfassungsrechts*, § 1 Para. 26.

[67] Art. 55 Abs. 1 Cost. spagnola.

[68] Sentenza della Corte costituzionale spagnola del 14.7.2021, STC 148/21; Zitat: „Tal restricción aparece, pues, más como una «privación» o «cesación» del derecho, por más que sea temporal y admita excepciones, que como una «reducción» de un derecho o facultad a menores límites. Dicho en otros términos, la disposición no delimita un derecho a circular libremente en un ámbito (personal, espacial, temporalmente) menor, sino que lo suspende *a radice*, de forma generalizada, para todas «las personas», y por cualquier medio. La facultad individual de circular «libremente» deja pues de existir, y solo puede justificarse cuando concurren las circunstancias expresamente previstas en el real decreto. De este modo, cualquier persona puede verse obligada a justificar su presencia en cualquier vía pública, y podrá ser sancionada siempre que la justificación no se adecue a lo previsto en las disposiciones del real decreto."

Al diritto pubblico tedesco è estranea la linea di demarcazione tra restrizione e revoca di diritti di libertà, anche proprio il previsto rispetto del "valore essenziale" di un diritto fondamentale (art. 19 comma 2 GG) significa soltanto un rafforzamento del giudizio di proporzionalità in relazione alla crescente intensità dell'ingerenza nella sfera di garanzia di un diritto fondamentale. Negli stati del Sud della Germania si è giunti a temporanee molto ampie limitazioni della libertà di circolazione che, in questo senso, sono state sottoposte a controllo soltanto in merito alla proporzionalità della misura intrapresa. Anche per il divieto di partecipare alle cerimonie religiose (la Santa Messa), che tocca il cuore della libertà di fede, la giurisprudenza ritiene possibile un'eccezione "nella misura in cui può plausibilmente essere impedito un rilevante innalzamento del pericolo di infezione" [69].

II. Proporzionalità

I provvedimenti adottati per la lotta contro la pandemia da Coronavirus creano conflitto e tensione tra interessi da tutelare e le libertà limitate. Questo conflitto deve risolversi attraverso il metodo del bilanciamento. Ingerenze nei diritti di libertà devono essere bilanciati con la tutela della vita e della salute (tutela contro la propagazione di malattie) ed essere esaminati e giudicati circa la loro proporzionalità nel quadro di un concetto grosso modo convincente e coerente.
Nella Pandemia da Coronavirus si poneva, tanto per il legislatore quanto per il governo e l'amministrazione la sfida che, per un verso, molti aspetti della diffusione del virus, fino all'esaurimento della capacità degli ospedali di gestire l'emergenza, restavano incerti e d'altro verso la Pandemia e le misure di contrasto ad essa emergevano in quasi tutti gli ambiti della vita pubblica e privata. Tanto per i pericoli connessi al rischio di estensione del virus quanto anche per l'effetto di tutela delle misure di lotta, vi erano incertezze estreme. A questa sfida doveva reagire l'impiego del principio di proporzionalità. Per la valutazione di scenari così complessi il principio di proporzionalità concede in partenza una significativa dose di ambito di valutazione discrezionale.
Il Consiglio di stato francese, per il controllo di proporzionalità, pone grande cautela in relazione al controllo della discrezionalità del legislatore, limitandosi ad un controllo di evidenze. In una direzione simile va anche la giurisprudenza del giudice federale svizzero. La giurisprudenza tedesca, invece, ha a che fare con il legislatore e l'Esecutivo in modo evidentemente più rigoroso.
Se lo stato della scienza e il sapere disponibile ammettono incertezze in relazione alla catena causale e all'entità del rischio accertato, al legislatore e -a valle- all'esecutivo spetta invece un ampio spazio di discrezionalità per la determinazione delle misure da adottare[70]. Dal punto di vista dogmatico il Tribunale costituzionale federale si appoggia al criterio di idoneità e, a tal riguardo, rimette al legislatore una prerogativa di apprezzamento. Ciò significa che il legislatore primariamente

[69] BVerfG, Sent. del 29.4.2020, 1 BvQ 44/20.
[70] Kersten/Rixen, *Der Verfassungsstaat in der Corona-Krise*, 2021, p. 95, 97 et seqq.

decide da sé sull'idoneità di una misura. Lo spazio di discrezionalità del legislatore si riferisce, in proposito, all'apprezzamento e valutazione delle relazioni, per es., delle prognosi necessarie e della scelta dei mezzi per raggiungere i suoi scopi. Una disciplina non è più idonea se in nessun modo può favorire la realizzazione dello scopo del legislatore o addirittura influisce in senso contrario a tale scopo [71]. Importanti limitazioni di libertà fondamentali, come ci sono, richiedono, dato un incerto sapere tacito e di esperienza, la giustificazione in ragione dei rischi gravi presenti nella fattispecie.

Come limite dello spazio preventivo di valutazione discrezionale vale però il principio che effettive incertezze in relazione a gravi compressioni dei diritti fondamentali -quali esistono in relazione a limitazioni della libertà di circolazione- non vanno a carico dei titolari del diritto in questione. Il giudizio costituzionale è però anche qui limitato all'ammissibilità/ragionevolezza del giudizio prognostico compiuto dal legislatore. In una tale situazione di incertezza scientifica la precauzione giustifica o esige perfino misure di protezione nel quadro di una "ragionevole" gestione del rischio.[72]

In Germania il controllo di misure, con le quali il legislatore ordinario vuole contrastare la presunta condizione di pericolo si estende in principio anche al punto se la supposizione in questo senso del legislatore abbia fondamenti solidi [73]. Il Tribunale costituzionale federale esamina al riguardo l'affidabilità dei fondamenti da cui il legislatore ha dedotto lo stato di pericolo. Secondo la particolarità dell'ambito materiale in discussione, del significato dei beni giuridici in gioco e delle possibilità del legislatore di formarsi un giudizio sufficientemente sicuro, il controllo costituzionale può passare da un controllo soltanto di evidenza ad un controllo di plausibilità fino ad un intensivo controllo di natura sostanziale[74]. Metaforicamente parlando, risulta in questo modo un movimento a fisarmonica dell'intensità del controllo che proporzionalmente si estende e si contrae in ragione della particolarità dell'ambito materiale e della rilevanza dei beni giuridici. Più grande è l'insicurezza sulla condizione di pericolo e sulle conseguenze relative di natura sociale ed economica, più ampi sono gli spazi di apprezzamento discrezionale del legislatore e dell'esecutivo[75]. Tanto più a lungo vige una disciplina prodotta e pertanto il legislatore avrebbe potuto acquisire fondate conoscenze, tanto meno esso può poggiarsi sulle sue prognosi incerte[76].

Per una durevole condizione di pericolo come la pandemia da Coronavirus il legislatore ordinario deve tanto più porre a base valutazioni più congrue e fondate quanto più a lungo durano le pesanti misure adottate per combattere il pericolo. Ma lo Stato non può accollarsi alla fine grandi pericoli per l'integrità fisica e la vita

[71] BVerfGE 159, 355 (407) – Bundesnotbremse II.

[72] Herdegen, *The Corona Crisis: Challenges for the Socio-Cultural Underpinnings of Constitutional and EU Law*, in Gephart (Hrsg), *In the Realm of Corona Normativities*, 2020, p. 170.

[73] BVerfGE 159, 223 (298) – Bundesnotbremse I.

[74] BVerfGE 159, 223 (298) – Bundesnotbremse I.

[75] Kersten/Rixen, *Der Verfassungsstaat in der Corona-Krise*, 2021, p. 99.

[76] BVerfGE 159, 223 (308) – Bundesnotbremse I.

anche perché non ha in modo sufficiente contribuito a che fossero esplorate alternative più riguardose delle libertà, per la difesa da questi pericoli [77].

Inoltre, conoscenze scientifiche certe e un alto peso che hanno le limitazioni di diritti fondamentali restringono la sfera di apprezzamento discrezionale del legislatore[78].

In molti Stati il governo si appoggia, ad ogni modo, non su poteri costituzionali eccezionali bensì si premura di ottenere un'autorizzazione dal legislatore la quale si limita unicamente ai grandi rischi per la salute pubblica[79]. Anche in merito all'intensità del controllo costituzionale risultano differenze nell'applicazione da parte degli Stati europei. Il giudice costituzionale francese si limita, con riguardo all'esame del principio di proporzionalità, ad un controllo di sola evidenza[80]. Esso sottolinea nella sua decisione sui limiti all'uscita, dell'ottobre 2020, che non dispone esso stesso di un potere di generale apprezzamento e decisione in forma eguale a quella del Parlamento e in relazione ad incertezze sullo sviluppo della condizione pandemica non può decidere sull'esistenza di una catastrofe relativa alle condizioni di salute [81].

Anche il Tribunale federale svizzero ha più volte dovuto decidere sulla compatibilità dei provvedimenti adottati contro il Coronavirus con i diritti di libertà individuale. Questo Tribunale federale esercita, del pari, soltanto un controllo prudente allorquando si pongono espresse questioni di valutazione dell'esercizio di potere discrezionale, sottolineando che "fino a quando nessuna norma giuridica stabilisce quanto alto è il rischio accettabile o, rispettivamente, il livello necessario di tutela, non può determinarsi dove sia il confine tra i rischi ammessi e quelli non ammessi. In principio non è compito del giudice ma dell'autorità competente adottare il regolamento o delle competenti autorità di settore, definire la condizione di rischio accettabile"[82].

Al livello internazionale in fine la Corte europea dei diritti dell'Uomo (Corte EDU) si è occupato in molte sentenze delle misure anti-Coronavirus[83]. Nessuno Stato ha finora dichiarato l'emergenza sotto la copertura di norme della Convenzione

---

[77] Herdegen, *Heile Welt in der Zeitenwende*, 2022 (im Erscheinen), p. 224.

[78] BVerfG, Decisione da 21.7.2022, 1 BvR 469/20 u.a., Para. 108.

[79] Herdegen, *The Corona Crisis: Challenges for the Socio-Cultural Underpinnings of Constitutional and EU Law,* in Gephart, *In the Realm of Corona Normativities*, 2020, p. 170.

[80] Conseil Constitutionnel, Decisione Nr. 2020-808 DC da 13.11.2020, Para. 6, Zitat: „(…) Il n'appartient pas au Conseil constitutionnel, qui ne dispose pas d'un pouvoir général d'appréciation et de décision de même nature que celui du Parlement, de remettre en cause l'appréciation par le législateur de l'existence d'une catastrophe sanitaire et de sa persistance prévisible dans les quatre prochains mois, dès lors que, comme c'est le cas en l'espèce, cette appréciation n'est pas, en l'état des connaissances, manifestement inadéquate au regard de la situation présente de l'ensemble du territoire français."; Decisione Nr. 2020-811 DC da 21.12.2020, Para. 4.

[81] Conseil Constitutionnel, Sent. nr. 2022-835 DC da 21.1.2022, Para. 14.

[82] Schweizer Bundesgericht, 2C_941/2020, Sentenza del 8.7.2021, 3.2.5.

[83] McQuigg, *The COVID-19 Pandemic and the European Court of Human Rights,* in *http://qpol.qub.ac.uk/covid-19-pandemic-the-european-court-of-human-rights/* (Ultimo accesso il 2.11.2022).

Europea del Diritti dell'Uomo (CEDU). La giurisprudenza EDU si muove ampiamente entro i binari del tradizionale giudizio di proporzionalità[84].

In un caso la Corte di Strasburgo ha ritenuto quale violazione dell'art. 3 CEDU l'alloggiamento comune di un migrante con nuovi arrivati richiedenti asilo in quarantena a causa del relativo rischio per la salute [85].

In Germania si delinea talvolta una chiara sovrastima di determinati diritti di libertà nei confronti del diritto alla vita. Nel senso di tale sovrastima, con riguardo a limitazioni della personale libertà di circolazione, alcune voci tra gli studiosi di diritti pubblico hanno maturato l'idea di lamentare una perdita della razionalità argomentativa o perfino di impegnare il valore della dignità umana. Non si comprende, tuttavia, perché nelle limitazioni dell'uscita o della quarantena debba sussistere una violazione della personale pretesa di rispetto di un uomo se si tratta -d'altro verso- della tutela della vita (propria e altrui). Inoltre, deve constatarsi che la vita, come un bene supremo della nostra Costituzione, non può essere posposta ad alcun altro diritto fondamentale. Anche la dignità umana non fonda alcun diritto del singolo di svilupparsi nel nucleo della sua identità a discapito delle chances di vita degli altri[86].

Di fatto, come valvola per il corsetto della stretta normatività del diritto costituzionale tedesco, le regole della legge sulla protezione dall'infezione prevedono una serie di eccezioni alle limitazioni imposte alla vita pubblica o privata[87].

In Spagna un tale meccanismo di regola-eccezione funziona esattamente al contrario. Qui, le limitazioni all'uscita sancite durante la pandemia sono state qualificate come sottrazione o cessazione („privación" / „cesación") del diritto dal *Tribunal Constitucional*. Il giudice costituzionale spagnolo muove dalla premessa che, se i decreti del governo esistono alle menzionate condizioni, allora il diritto di libertà di circolazione già in partenza non esiste più e soltanto in casi eccezionali ad esso si fa ancora ricorso[88].

La comparazione internazionale della relazione costituzionale con la crisi da Coronavirus mostra il tentativo, caratteristico per il diritto pubblico tedesco, di interessarsi in modo massimamente normativo alle crisi. L'insistere sulla normalità, dal punto di vista del diritto pubblico, testimonia della speciale capacità della Costituzione tedesca, quanto meno nelle situazioni di emergenza che non si basano su una guida umana, di superare con lo strumentario standard impiegato per l'ordinaria difesa dal pericolo e, così, nel quadro della normalità costituzionalità [89].

---

[84] Jovičić, *COVID-19 restrictions on human rights in the light of the case-law of the European Court of Human Rights*, ERA Forum 2021, 546 mwN.

[85] EGMR, *Feilazoo ./. Malta*, Beschwerde Nr. 6865/19, Sent. del 11.3.2021.

[86] Herdegen, *Heile Welt in der Zeitenwende*, 2022, p. 225.

[87]Tra le altre: §§ 5 Abs. 2 Nr. 4 b), 20 Abs. 9 S. 8 IfSG e in particolare „die Verordnung zur Regelung von Erleichterungen und Ausnahmen von Schutzmaßnahmen zur Verhinderung der Verbreitung von COVID-19 vom 8.5.2021".

[88] Sentenza della Corte costituzionale spagnola del 14.07.2021, STC 148/21.

[89] V. Kaiser, *Ausnahmeverfassungsrecht*, 2020.

In questo modo, la crisi da Coronavirus mostra senz'altro e certamente l'efficienza di rendimento del *Grundgesetz* nella condizione di crisi[90].

Nonostante tutte le differenze nell'intensità dei controlli giurisdizionali emergono, nello spazio giuridico europeo, determinate assi comuni del giudizio di proporzionalità: esse orientano lo spazio di decisione del legislatore e dell'esecutivo in relazione all'idoneità di ingerenze nella libertà e in merito all'adeguatezza della misura di tutela, quale risultato di un bilanciamento. Più sicure sono le conoscenze acquisite con l'esperienza e le conoscenze scientifiche nei rischi da infezioni, sulle vie della diffusione del contagio, più ristrette sono le maglie del giudizio prognostico degli organi statali, lo stesso vale per le conoscenze sulle ripercussioni gravose delle misure di prevenzione (per es., nelle conseguenze o ripercussioni sulla formazione scolastica, pericoli eccezionali per l'integrità fisica e la vita). Eventi incisivi nella sfera di libertà possono persino fondare obblighi di tutela dello Stato alla prevenzione.

Più lacunosa è la conoscenza disponibile, tanto più fortemente sono vincolate normazioni e amministrazione per una progressiva conoscenza e un controllo delle misure all'attuale condizione di conoscenza. Ciò vale soprattutto per i provvedimenti di lunga vigenza. Più intensa è la conoscenza disponibile, in modo più preciso il legislatore parlamentare deve guidare l'amministrazione nel suo programma di regolazione.

III. Obblighi vaccinali

Nell'aprile 2022 il Tribunale costituzionale federale dovette decidere su un obbligo vaccinale riferito all'istituzione [91] e nel luglio 2022 su un obbligo vaccinale contro il morbillo[92] (sul quale in Germania era stato discusso già prima della crisi del Coronavirus, a causa di una carente immunizzazione di gregge). Entrambe le decisioni si lasciano senz'altro riferire anche alla questione di un generale obbligo vaccinale per il Coronavirus. Poiché nel primo caso si trattava di uno specifico e chiaro rischio da limitare. La seconda sentenza sulla vaccinazione contro il morbillo aveva come oggetto un virus e un preparato vaccinale che da lungo tempo erano noti e che è collegato a poche incertezze in merito alla valutazione del rischio. Nel risultato, entrambe le sentenze evidenziano un giudizio di proporzionalità poco sorprendente e nel complesso convincente, che ricorre a criteri già sbandierati in precedenti decisioni e in questo modo anche le relazioni giurisdizionali con la questione di un generale obbligo vaccinale diventerebbero prevedibili.

Una prospettiva soggettiva interessante si trova nella discussione tedesca circa l'apprezzamento di un obbligo vaccinale in relazione alla garanzia dei diritti fondamentali. E' stato argomentato che la misura dell'ingerenza nella sfera dei diritti fondamentali, come si intende un obbligo vaccinale, non può essere valutata soltanto dal punto di vista oggettivo-astratto ma molto di più deve prendere in

[90] Herdegen, in Herdegen/Gärditz/Masing/Poscher, *Handbuch des Verfassungsrechts*, § 1 Para. 27.
[91] BVerfG, Decisione da 27.4.2022,1 BvR 2649/21 u.a.
[92] BVerfG, Decisione da 21.7.2022, 1 BvR 469/20 u.a.

considerazione anche le sensibilità soggettivo-individuali[93]. Con ciò l'intera dogmatica tedesca dei diritti fondamentali deve essere adattata -passando da una dogmatica dei controlli giuridici razionali vincolata al chiarimento fino a una tutela del sentirsi bene (soggettivo) che scivola nell'esoterico, in relazione alla contemporanea sovrastima delle proprie peculiari percezioni[94]. Una siffatta argomentazione trova sicuramente un plausibile e intimamente coerente fondamento nella libertà di coscienza e di religione (o nella libertà di pensiero), poiché libertà di religione, di coscienza e di pensiero devono garantire una tutela nei confronti del pensiero maggioritario e pongono nel centro la sensibilità soggettiva[95]. Ma una tale logica specifica non si lascia certamente applicare alla tutela della inviolabilità del corpo, soprattutto non laddove dev'essere trovato un equilibrio con diritti collidenti. Qui già si mostra quando l'elemento soggettivo possa in generale risultare rilevante. In particolare, cioè, per la questione se è toccato un contenuto di tutela di diritti fondamentali -ma non se si tratta di un equilibrio di beni giuridici di tutela da parte dei diritti fondamentali o se riguarda la questione di quanto intensiva possa essere un'ingerenza nella sfera dei diritti fondamentali[96]. Il Tribunale costituzionale federale anche nella sua decisione sulla costituzionalità dell'obbligo vaccinale contro il morbillo non si è interessato di un tale criterio di bilanciamento soggettivo[97].

IV. Ambiti particolarmente tutelati

La giurisprudenza tedesca ha reagito ad ingerenze nella libertà di religione e nella libertà di riunione con un giudizio della proporzionalità rigorosamente riferito al contesto, che ha condotto a evidenti allentamenti. Qui traspare una particolare tutela di determinati diritti fondamentali come "preferred freedoms" (libertà preferite). Questo giudizio di proporzionalità riferito al contesto deve qui di seguito essere più da vicino considerato.

Accanto ad una razionalizzazione delle limitazioni dei diritti fondamentali ottenuta attraverso il controllo di proporzionalità nelle sue diverse connotazioni differenti a livello nazionale entra, in particolare, nella giurisprudenza del Tribunale costituzionale federale tedesco, una dimensione materiale. Non soltanto limitazioni delle libertà fondamentali devono essere giustificabili razionalmente e controllabili, consistenti e coerenti, la loro ammissibilità dipende anche grandemente

[93] So Sacksofsky, *Verfassungsblog* del 21.01.2022, in *https://verfassungsblog.de/allgemeine-impfpflicht-ein-kleiner-piks-ein-groses-verfassungsrechtliches-problem/* (Ultimo accesso il 2.11.2022).

[94] Quindi giustamente critico *Gärditz*, Verfassungsblog v. 24.01.2022, in https://verfassungsblog.de/grundrechtsdogmatik-auf-dem-jahrmarkt-der-wahrheiten/ (Ultimo accesso il 2.11.2022).

[95] V. hierzu Gärditz, *Verfassungsblog* v. 29.01.2022, in *https://verfassungsblog.de/allgemeine-impfpflicht-ein-kleiner-piks-ein-groses-verfassungsrechtliches-problem/* (Ultimo accesso il 2.11.2022).

[96] V. Gärditz, *Verfassungsblog* v. 29.01.2022, in *https://verfassungsblog.de/allgemeine-impfpflicht-ein-kleiner-piks-ein-groses-verfassungsrechtliches-problem/* (Ultimo accesso il 2.11.2022).

[97] BVerfG, Decisione da 21.07.2022, 1 BvR 469/20 u.a.

dall'oggetto della tutela. Al riguardo, si lasciano osservare due linee nella giurisprudenza del Tribunale costituzionale federale: una, di più forte peso di determinati diritti fondamentali, ad es. della libertà religiosa, l'altra di una creativa nuova generazione di ulteriori diritti fondamentali. A questa seconda categoria appartengono il "diritto a non essere lasciato solo", un "diritto alla sicurezza delle condizioni di vita che sono necessarie per un crescere in salute" e il "diritto alla formazione scolastica".

1. Libertà religiosa

Il Tribunale costituzionale federale ha determinato la libertà religiosa come un diritto fondamentale la cui efficacia è particolarmente forte nella sua dimensione di garanzia. La libertà religiosa rappresenta uno dei diritti fondamentali più esposti - posizionato immediatamente dopo la professione della dignità umana, del diritto alla vita e del diritto di eguaglianza[98].

La libertà religiosa viene tradizionalmente intesa in modo molto ampio e comprende, il diritto di scegliere una religione ed avere una fede, il diritto anche di non avere alcuna religione ed orientare in modo corrispondente la propria generale condotta[99]. Così non sorprende che il Tribunale costituzionale federale abbia dichiarato incompatibile con il diritto fondamentale divieti di partecipare alla Santa Messa che non ammettono alcuna deroga [100] o li ammette in una prima e incerta fase della pandemia ma nel contempo esige dal legislatore e dall'autorità amministrativa competente ad adottare ordinanze, di procedere in ogni momento a una nuova valutazione del rischio e considerarlo in modo dinamico nella relazione con le regolazioni eccezionali[101]. Dietro sta, per un verso, l'approccio del giudice basato sull'evidenza di ammettere misure limitative di diritti fondamentali solo nella misura in cui esse ragionevolmente sono considerate come giustificate dal punto di vista medico (orientamento ad una "valutazione ragionevole e corretta delle […] informazioni disponibili e delle possibilità di conoscenza") [102]. Per altro verso è chiaro nelle sentenze in questione quanto importante il giudice ritenga l'esperienza e la conoscenza dei sentimenti religiosi -e ciò non sulla base di parametri obiettivi ma alla luce delle soggettive convinzioni del titolare del diritto fondamentale e della sua comunità religiosa[103]. Qui, tuttavia, si pone l'interrogativo centrale per quale motivo la libertà religiosa costringa lo stato ad accettare più alti rischi per la salute, in relazione al servizio della Santa Messa e ad altre cerimonie religiose, che per altre libertà.

2. Garanzia dell'interazione con altre persone

[98] Ungern-Sternberg, in Herdegen/Gärditz/Masing/Poscher, *Handbuch des Verfassungsrechts*, § 21 Para. 19.

[99] Ungern-Sternberg, in Herdegen/Gärditz/Masing/Poscher, *Handbuch des Verfassungsrechts*, § 21 Para. 19, 41 u.a., con riferimento a BVerfGE 32, 98 (106).

[100] BVerfG, Decisione da 29.04.2020, 1 BvQ 44/20.

[101] BVerfG, Decisione da 10.04.2020, 1 BvQ 28/20, Para. 14.

[102] Siehe nur BVerfGE 159, 223 (298) – Bundesnotbremse I.

[103] Im konkreten Fall: BVerfG, sent. del 10.04.2020, 1 BvQ 28/20, Para. 11.

Poco ha a che fare il "diritto a non essere lasciato solo", dedotto dal Tribunale costituzionale federale dal generale diritto della personalità, con sensibilità personali e con una tutela del sentirsi bene. Traluce immediatamente che il nucleo di ogni sviluppo della personalità dell'uomo è il contatto e l'interazione con altri uomini. Così sottolinea il Tribunale costituzionale federale:
"poter incontrare in generale altri uomini è di importanza costitutiva per lo sviluppo della personalità" [104].
Resta del tutto misterioso come mai il Tribunale costituzionale federale, nella sua sentenza sul cd. "freno d'emergenza federale („Bundesnotbremse"), dunque sul lock-down su tutto il territorio federale con il (collegato con una incidenza del 100/100) divieto di riunioni private con più di una persona estranea al nucleo familiare[105], abbia dovuto costruire un diritto nuovo al contatto sociale accanto alla generale libertà di agire e alla libertà di circolazione. Inoltre, un isolamento, proprio un isolamento di persone non era mai seriamente a temersi. Un contatto poteva sempre essere cercato e tenuto, seppure in una misura ridotta. Così non ci si poteva certamente incontrare in quattro ma si poteva (stare) con quattro persone una accanto all'altra.
Inoltre, lo Stato non ha -diversamente da ciò che il Tribunale costituzionale federale implica- alcuna responsabilità di tutela per il fatto che i suoi cittadini trovano persone "che proprio con loro si vogliono incontrare e per questo sono pronte a rinunciare a possibilità alternative di incontro"[106]. "Un'ingerenza, risultante da ciò e bisognosa di giustificazione, in un diritto che deve soltanto tutelare dal fatto che tutti i contatti sono vietati ed è ordinato esattamente un isolamento, non può convincere e deve esporsi ad una critica di arbitrarietà argomentativa. Resta un diritto fondamentale liberamente costruito senza quella rilevanza riferita al caso con cui il Tribunale costituzionale federale crea nuovo diritto costituzionale, lontano da ogni testo costituzionale e da ogni pertinenza con la decisione[107].

3. Formazione scolastica

Evidentemente gentile, ricordando un bambino dalle guance rosse in un paesaggio soave, sembra un'ulteriore innovazione del Tribunale costituzionale federale nella sfera dei diritti fondamentali, nella sua seconda sentenza sul cd. freno d'emergenza federale. Sullo sfondo della chiusure di scuole e lezioni on-line, esso costruisce dall'art. 2 comma 1 GG -dunque dalla generale libertà di agire- il "diritto alla sicurezza di quelle condizioni di vita che sono necessarie per una crescita in salute"

[104] BVerfGE 159, 223 (223; 278) – Bundesnotbremse I.
[105] Cfr. § 28b IfSG in damals geltender Fassung im Sachbericht von BVerfGE 159, 223 (230) – Bundesnotbremse I.
[106] BVerfGE 159, 223 (278) – Bundesnotbremse I.
[107] Cfr. in generale la validità del diritto costituzionale nella sua interpretazione da parte della Corte costituzionale federale Lepsius, in Jestaedt/Lepsius/Möllers/Schönberger, *Das entgrenzte Gericht*, 3. Aufl. 2019, p. 161 (162 et seqq., 167 et seqq.).

e un diritto derivato da questo, in connessione con il compito scolastico dello Stato secondo l'art. 7 GG, "alla formazione scolastica"[108].

Dietro questa creazione si nascondono massicci spostamenti di apprezzamento nella giurisprudenza costituzionale: la creazione de un diritto a crescere in modo sano presuppone necessariamente che debba essere determinato ciò che è necessario ai fini di una crescita sana e per le condizioni di vita a ciò necessarie[109]. Questa forza definitoria può stare soltanto in capo allo Stato. Concorrono, alla fine, il legislatore e i giudici per l'ultima parola. Tanto, si allontana moltissimo da ciò che veramente la Legge fondamentale voleva dopo le esperienze della dittatura nazista, cioè di affidare di regola la responsabilità per l'educazione e la crescita sana a chi lo può fare nel modo migliore – cioè ai genitori[110]. Ma se ora lo Stato deve definire ciò che rende possibile una crescita sana si arriva presto dall'immagine del bambino rosso e sano dalla prospettiva del Stato in viso a George Orwell, anche se ciò sicuramente era proprio lontano dal pensiero del giudice costituzionale. Il Tribunale costituzionale federale fa ancora un passo avanti, se da questo diritto deduce poi un diritto alla formazione scolastica. Diversamente, ad es., dalla gran parte delle Costituzioni degli stati federati tedeschi e dalla Costituzione spagnola, l'art. 27 GG prevede espressamente la formazione scolastica come un compito dello Stato ma non regola normativamente nessun diritto soggettivo, soltanto una "norma di organizzazione e di imputazione di compito"[111].

Con la sua decisione sulle chiusure scolastiche condizionate alla pandemia il Tribunale costituzionale federale ha ipersoggettivizzato[112] questa norma (organizzativa) attributiva di un compito soltanto prendendo a riferimento l'art. 2 comma 1 GG (la generale libertà di agire, non il diritto alla personalità senz'altro più appropriato)[113].

Così il giudice si è creato un fondamento su cui -come il Tribunale costituzionale spagnolo[114]- poteva esaminare la legittimità costituzionale delle carenze di lezioni e delle scelte digitali. Alla fine, però, non poteva riconoscere una violazione costituzionale. Ci si chiede anche in questo caso come mai c'è bisogno in generale di una genesi creativa di diritti fondamentali. In fine già lo Stato stesso arrivò relativamente presto all'idea di offrire una lezione digitale (se anche, all'inizio, piuttosto male che bene). Qui traspare di nuovo l'esigenza di poter superare con il controllo costituzionale anche la situazione più difficile e più confusa possibile.

4. Libertà di riunione

[108] BVerfGE 159, 355 (381 f.) – Bundesnotbremse II.

[109] Nettesheim, *Juristen Zeitung* (*JZ*) 2022, 525 (530).

[110] Cfr. Nettesheim, *JZ* 2022, 525 (530); Badura, in Dürig/Herzog/Scholz, *GG*, Art. 6 Para. 89 aE.

[111] *Brosius-Gersdorf*, in Dreier *GG*, Art. 7 Para. 20 (con citazione); *Badura*, in Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 7 Para. 2 Fn. 3.

[112] BVerfGE 159, 355 (382 f.) – Bundesnotbremse II.

[113] Lo ha già giustamente sottolineato in relazione al "diritto a un'educazione sana", Nettesheim, *JZ* 2022, 525 (531).

[114] Sentenza della Corte costituzionale spagnola del 14.07.2021, STC 148/21.

Nel caso CGAS v/ Suizzera la Corte EDU, con una motivazione molto scarna ha inquadrato come non proporzionato un divieto di riunione per più settimane per i sindacati[115] e, al riguardo, ha lasciato avvertire la mancanza di sensibilità per i rischi di salute per gli assembramenti di uomini[116].

Questo verdetto mostra ancora l'intima nostalgia di proteggere un mondo sano di diritti di libertà classiche, almeno fino al momento in cui oltre la metà del genere umano si è trovato in un severo Lockdown[117]. La Corte europea riconosce certamente la minaccia che il Coronavirus rappresenta per la società e la salute pubblica ma concede alla libertà di riunirsi pacificamente in una società democratica e in particolare per temi e valori, che l'associazione ricorrente difende secondo il suo statuto, un significato superiore. In virtù del carattere generale e della considerevole lunga durata del divieto di manifestazioni pubbliche, che cadono nella sfera di attività dell'associazione ricorrente, così come della specie e della gravità delle previste sanzioni, la Corte di Strasburgo è giunta alla conclusione che l'ingerenza nell'esercizio dei diritti protetti dall'art. 11 della CEDU non stavano in una relazione adeguata con i fini perseguiti [118].

A questa decisione tre giudici hanno espresso una critica convincente. In questa sentenza della Corte EDU traspare una problematica categoria di libertà particolarmente privilegiate che si determina attraverso la posizione di fini particolarmente importanti. Ciò solleva problemi di principio, poiché i valori a cui si dedica una associazione non possono decidere sul punto quali rischi per la salute a causa di una riunione devono accettarsi. Lo Stato finisce per navigare anche in acque pericolose se gradua gli scopi di associazioni private secondo il loro valore sostanziale. Altrimenti esso dovrebbe decidere se una dimostrazione contro una supposta dittatura dello Stato da Coronavirus sia particolarmente importante a causa del potenziale di protesta retrostante o se, invece, merita una minore tutela a causa della retrostante falsa informazione.

V. Conclusione.

La prassi degli stati europei e la dottrina del diritto costituzionale europeo e la giurisprudenza della Corte EDU mostrano lo sforzo intenso di superare la pandemia con l'arsenale-standard dei nostri ordinamenti costituzionali e in una cornice del possibile, mantenere isole di libertà civile. D'altro verso, lo sforzo per spazi finanziari liberi ha preteso, molto forte, l'inclinazione a incomodare lo stato d'eccezione e, al riguardo, a superare una serie di linee rosse. Un esempio eminente è la creazione di fondi europei di ricostruzione come strumento di un massiccio indebitamento attraverso l'Unione Europea e la ripartizione nello spazio europeo

[115] EGMR, *Communauté genevoise d'action syndicale (CGAS) ./. Suisse*, Beschwerde Nr. 21881/20, para. 91.

[116] In questo senso: voto contrario dei giudici Ravarani, Seibert-Fohr e Roosma.

[117] *McQuigg*, *The COVID-19 Pandemic and the European Court of Human Rights*, in http://*qpol.qub.ac.uk/covid-19-pandemic-the-european-court-of-human-rights/* (Ultimo accesso il 2.11.2022).

[118] EGMR, Communauté genevoise d'action syndicale (CGAS) ./. Suisse, Beschwerde Nr. 21881/20, para. 91.

con la commissione europea come nuovo ufficio del tesoro europeo[119]. Molti di questi mezzi non sono stati oggi ancora spesi o in generale indirizzati.
Qui si mostra una "bifrontalità di Giano" comprensibile in tempi di crisi, in relazione con il diritto: per un verso, stretto condizionamento di ingerenze statali nella sfera di libertà individuale e, d'altro verso, una forte elasticità di discipline giuridiche per il soddisfacimento dei bisogni dell'attuale generazione. Questo è, forse, un'inevitabile concessione alla natura umana nei tempi della crisi.

dirittifondamentali.it

[119] Herdegen, *Die EU wird zur neuen Verteilungsmacht,* in *Neue Zürcher Zeitung* del 24.03.2021.

dirittifondamentali.it

Dirittifondamentali.it - Fascicolo 3/2022
Data di pubblicazione – 5 dicembre 2022

Tutela dei diritti fondamentali e prostituzione: una sentenza eccessivamente "garantista" della Corte costituzionale*

di
Cristiano Aliberti**

Sommario: 1. L'ordinanza di remissione della Corte di appello: dalla prostituzione alle prostituzioni e i valori costituzionali di riferimento: gli articoli 2, 3, 25, 41 della Costituzione. - 2. La risposta della Corte: dai diritti inviolabili dei soggetti vulnerabili alla salvaguardia della c.d. dignità oggettiva. – 3. Una sentenza eccessivamente garantista.

1. *L'ordinanza di remissione della Corte di appello: dalla prostituzione alle prostituzioni e i valori costituzionali di riferimento: gli articoli 2, 3, 25, 41 della Costituzione.*

Con la sentenza n. 141/2019, e la di poco successiva n. 278/2019,[1] la Corte costituzionale è stata chiamata ad affrontare nuovamente il tema delle condotte sussidiarie alla prostituzione, ovvero i reati di favoreggiamento e reclutamento, per i quali ancora non si è trovato un solido assestamento in dottrina e in giurisprudenza[2].

dirittifondamentali.it

---

* Relazione presentata al Seminario "*Libertà sessuale e prostituzione in una recente pronuncia della Corte costituzionale. Seminario di Studi sulla sentenza n. 141 del 2019*" svoltosi presso il Dipartimento di Scienze politiche dell'Università degli Studi Roma Tre in data 11 ottobre 2019 e sarà pubblicata negli atti del Seminario.

** Ricercatore universitario – Università "Roma Tre".

[1] La sentenza della Corte n. 141/2019 (in G. U. 12/06/2019) n. 24 è consultabile al seguente indirizzo: https://www.cortecostituzionale.it/actionSchedaPronuncia.do?anno=2019&numero=141; la sentenza della Corte n. 278/2019 (in G. U. 27/12/2019 n. 52) è consultabile all'indirizzo https://www.cortecostituzionale.it/actionSchedaPronuncia.do?anno=2019&numero=278.

[2] Per alcuni commenti alle richiamate decisioni cfr.: F. Bacco, *La disciplina penale della prostituzione al doppio vaglio della consulta, tra giudizi di fatto, moralismo penale e ragionevolezza giudiziale*, in *Sistema penale*, 2020, 7; G. Baffa, *La condotta di reclutamento e di favoreggiamento della*

In breve i fatti.

La Corte di appello di Bari, tramite l'ordinanza n. 71 del 6 febbraio 2018, ha sollevato la questione di legittimità costituzionale della legge 20 febbraio 1958, n. 75 (Abolizione della regolamentazione della prostituzione e lotta contro lo sfruttamento della prostituzione altrui), nella parte in cui configura come illecito penale il reclutamento ed il favoreggiamento della prostituzione[3].

Tra i motivi di ricorso presentati dal remittente spicca quello, collegato alla non manifesta infondatezza della questione, in base al quale il fenomeno sociale della prostituzione volontaria o professionale (c.d. *escort*) rappresenterebbe un elemento del tutto nuovo, sconosciuto ai tempi nei quali venne approvata la legge

prostituzione nell'ambito del libero esercizio di prestazioni sessuali. A proposito della sentenza n. 141 del 2019 della Corte costituzionale (caso Tarantini), in *Giurisprudenza Penale, 2019, 10*; Bernardi S., *Sulla legittimità costituzionale dei delitti di reclutamento*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2019 p. 4; R. Bin, *La libertà sessuale e prostituzione, relazione al Seminario tenutosi l'11 ottobre all'Università di Roma Tre*; in http://www.forumcostituzionale.it/wordpress/?p=13470; A. Cadoppi, *Dignità, prostituzione e diritto penale. Per una riaffermazione del bene giuridico della libertà di autodeterminazione sessuale nei reati della legge Merlin*, in *Archivio Penale*, 2019, Id., *Moralismo penale e prostituzione*. in *Indice penale, 2019*, 1, 1; Id., (a cura di), *Prostituzione e diritto penale*, Roma, 2014; A. De Lia, *Le figure di reclutamento e favoreggiamento della prostituzione al banco di prova della Consulta. Un primo commento alla sentenza della Corte costituzionale n. 141/2019*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2019, n. 6; F. Giunta, *Le prostituzioni: tra fatto e diritto*, in *Giust. pen.*, 7/2013, p. 473 ss; C. P. Guarini, *La Corte costituzionale ancora in tema di prostituzione. Osservazioni a partire dalla sentenza n. 278 del 2019*, in *Dirittifondamentali.it*, 2020, 2; G. Mattioli, *Il favoreggiamento della prostituzione al cospetto della consulta*, in https://discrimen.it/il-favoreggiamento-della-prostituzione-al-cospetto-della-consulta/; T. Padovani, *Il pettine sdentato. Il favoreggiamento della prostituzione all'esame di costituzionalità*, in *GenIUS*, 2019, 2; M. Picchi, *La Legge Merlin dinanzi alla Corte costituzionale. Alcune riflessioni sulla sentenza n. 141/2019 della Corte costituzionale*, consultabile al indirizzo web http://www.forumcostituzionale.it/wordpress/?p=13040: *Id., Una nuova pronuncia sulle condotte criminali parallele alla prostituzione. (Brevi osservazioni sulla sentenza n. 278/2019)*, in *Forum di Quaderni costituzionali Rassegna, 2020, 1;* D. Piva, *Sulla (perdurante) legittimità del reclutamento e del favoreggiamento della prostituzione, in* http://www.archiviopenale.it/sulla-(perdurante)-legittimita-del-reclutamento-e-del-favoreggiamento-della-prostituzione-%E2%80%93-corte-cost-n-141-del-2019/contenuti/9027; F. Politi, *La prostituzione non è un diritto fondamentale ed è un'attività economica*, in *Rivista AIC*, 2020, 2; P. Veronesi, *La sentenza costituzionale n. 141 del 2019, in materia di reclutamento e favoreggiamento della prostituzione : il "caso" è davvero "chiuso"?*, in *Studium iuris*, 2019, 11, 1283. Per una recente ricostruzione storica sul fenomeno della prostituzione nei suoi vari aspetti si veda M. Barbagli, *Comprare piacere Sessualità e amore venale dal Medioevo a oggi*, Bologna, 2020.

[3] Il riferimento è agli artt. 2, 3, 13, 25, secondo comma, 27 e 41 della Costituzione, questioni di legittimità costituzionale, dell'art. 3, primo comma, numeri 4), prima parte, e 8). Il giudice rimettente ritiene la questione rilevante, in quanto se accolta comporterebbe il venir meno delle norme incriminatrici e di conseguenza l'assoluzione degli imputati, per non essere i fatti loro contestati più previsti come reato.

n. 75 del 1958, e tale da far dubitare della legittimità costituzionale della legge medesima per sopravvenienza storica[4]. Date queste premesse il ricorrente deduce la libertà di prostituirsi volontariamente per cui le normative contestate non sarebbero illecite bensì da intendersi come attività *ad adiuvandum* di un diritto che andrebbe riconosciuto: la libera e consapevole prostituzione[5]. Su questo profilo si appuntano i citati rilievi di anacronismo della normativa impugnata, e la necessità di un suo superamento, per sostanziale inadeguatezza ai mutati tempi. A sostegno della propria tesi il giudice appellante richiama le riforme che in materia si sono succedute e che hanno comportato il trasferimento dei reati in materia di prostituzione, dalla collocazione iniziale nei delitti contro la moralità pubblica e il buon costume alle norme contro la violenza sessuale loro collocamento, ad opera della legge 15 febbraio 1996 n. 66. In tal modo sarebbe stato sancito il «definitivo oscuramento» della tutela della morale pubblica e del buon costume, incompatibili con la laicità dello Stato moderno, dei reati sessuali ora annoverati tra i delitti contro la libertà personale[6].

[4] Ed invero, nella società contemporanea verrebbe in rilievo il principio della libertà di autodeterminazione sessuale della persona umana inteso, rileva uno dei ricorrenti, come «…diritto soggettivo assoluto che va ricompreso tra le posizioni soggettive direttamente tutelate dalla Costituzione ed inquadrato tra i diritti inviolabili della persona umana che l'art. 2 Cost. impone di garantire…». Sul punto si richiama anche, ad esempio la sentenza n. 561 del 1987 della stessa Corte costituzionale nella quale si afferma che la sessualità rappresenta «uno degli essenziali modi di espressione della persona umana», sicché «il diritto di disporne liberamente è senza dubbio un diritto soggettivo assoluto, che va ricompreso tra le posizioni soggettive direttamente tutelate dalla Costituzione ed inquadrato tra i diritti inviolabili della persona umana che l'art. 2 Cost. impone di garantire».

[5] Libertà ricostruita in termini essenzialmente privatistici ed "economici" come «erogazione di una prestazione sessuale contro pagamento di una somma di denaro», ciò che renderebbe la sessualità un bene "disponibile" in termini "commerciali" ancorché un eventuale contratto avente ad oggetto la prestazione sessuale sarebbe viziato da illiceità della causa ex art. 1343 del Codice civile e, pertanto, nullo. Per una lettura della prostituzione nel senso sopra indicato cfr. A. Cadoppi, *Dignità, prostituzione e diritto penale Per una riaffermazione del bene giuridico della libertà di autodeterminazione sessuale nei reati della legge Merlin*, op. cit. p. 9, per il quale «il bene giuridico da indisponibile diviene disponibile».

[6] A conferma dell'assunto nella memoria si richiama una cospicua giurisprudenza di legittimità univoca nella citata indicazione (cfr. Corte di cassazione, sezione terza penale, sentenza 8 giugno 2004-2 settembre 2004, n. 35776; sezioni unite penali, sentenza 19 dicembre 2013- 14 aprile 2014, n. 16207; sezione terza penale, sentenza 22 settembre 2015-17 dicembre 2015, n. 49643), e, conforme, anche la Corte europea dei diritti dell'uomo (sentenza Tremblay contro Francia dell'11 settembre 2007) la quale ha stabilito che la prostituzione deve essere considerata incompatibile con i diritti e la dignità della persona solo se coattiva.

A supporto della tesi dell'anacronismo normativo, l'appellante richiama un altro principio costituzionale potenzialmente violato. Il riferimento è all'art. 41 della Costituzione, ovvero la libertà di iniziativa economica. Secondo il remittente, chi esercita volontariamente l'attività di prostituzione non potendosi avvalere di tutte quelle attività strumentali all'esercizio della "professione", a differenza degli altri esercenti attività economiche, ne sarebbe vieppiù danneggiato[7].

Ma non basta. La Corte d'appello impugna le disposizioni censurate anche per contrasto con il principio di offensività, in forza del quale non vi può essere reato senza l'offesa ad un preciso un bene giuridico tutelato dall'ordinamento che, nel caso delle condotte concomitanti alla prostituzione, mancherebbe. Ed invero, l'indeterminatezza, in particolare, della fattispecie del favoreggiamento, si porrebbe in contrasto con i principi di tassatività e determinatezza, caratterizzandosi, pertanto, come una «fattispecie onnivora» la cui determinazione sarebbe demandata all'interprete (*rectius* «all'arbitrio del giudice»).

Di parere contrario, ovviamente, le deduzioni dell'Avvocatura di Stato, volte a far giudicare infondato il ricorso, che rileva da un lato l'assenza da parte del remittente di una interpretazione costituzionalmente adeguatrice della normativa impugnata e dall'altro segnala una consolidata giurisprudenza volta ad escludere che le norme contestate contrastino con i principi di legalità, determinatezza e offensività, e con il principio di laicità dello Stato.

In conclusione, l'Avvocatura ritiene che la normativa vigente sia idonea a tutelare quello che considera il valore primario della disciplina che non muta certo, a detta dell'Avvocatura, con il mutare delle condizioni storiche, ovvero la dignità della persona, in questo caso della prostituta, intesa in senso oggettivo, ovvero rappresentata nella sua dimensione sociale. L'opponente ricorda come la «stessa Corte costituzionale, già nella sentenza n. 44 del 1964, rinvenga il bene giuridico protetto dalla legge n. 75 del 1958 anche nella dignità delle persone che si

[7] Sul punto, uno degli intervenienti segnala la sentenza della Corte di Giustizia del 20 novembre 2001, causa C- 268/99, Jany e altri ove ci si riferisce ad «attività economic[a] svolt[a] in qualità di lavoro autonomo», sentenza pubblicata all'indirizzo web https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=CELEX%3A61999CJ0268.

dirittifondamentali.it

prostituiscono, per difenderle contro lo sfruttamento e la strumentalizzazione da parte di terzi e che la libertà sessuale delle persone non potrebbe spingersi fino a lederne la dignità, ciò che rende, per le medesime ragioni, inconferente anche il richiamo all'articolo 41 cost. in quanto anche la libertà di perseguire il profitto economico soggiace al limite del rispetto della dignità umana che la Costituzione considera preminente.

2. *La risposta della Corte: dai diritti inviolabili dei soggetti vulnerabili alla salvaguardia della c.d. dignità oggettiva*

La Corte costituzionale affronta le questioni sottopostele elaborando una decisione lunga ed articolata che individua il fenomeno in esame tra i più «problematici» per il legislatore penale.

Il giudice delle leggi, con un'analisi storico- comparativa ricostruisce i diversi modelli legislativi volti a contrastare la prostituzione, secondo la Corte tutti teoricamente compatibili con la Costituzione[8], e procede ad un ulteriore *excursus* storico anche sulla normativa italiana, a partire dalle previsioni racchiuse nel testo unico delle leggi di pubblica sicurezza e nel codice penale, il quale ultimo collocava la prostituzione fra i delitti contro la moralità pubblica e il buon costume, secondo un'impostazione "eticizzante" volta a reprimere il fenomeno[9].

[8] Da quello proibizionista - volto a punire i contraenti o uno solo di essi - al modello abolizionista finalizzato a colpire le cause sociali che generano la prostituzione - che punisce solo le condotte concomitanti – al quale l'ordinamento italiano si adegua con la legge Legge 20 febbraio 1958, n. 75 che considera lecita l'attività di prostituzione ma incrimina tutte le c.d. "condotte parallele" alla prostituzione svolte da terzi (promozione, agevolazione o sfruttamento, induzione).

Successivamente, prosegue l'analisi storico comparativa della Corte, in ambito europeo sono emersi modelli ulteriori conseguenti alla crisi del modello abolizionista ovvero un modello neo regolamentarista, volto ad assimilare la prostituzione volontaria a qualsiasi altra attività economica generatrice di guadagni e di doveri fiscali ed un modello neo proibizionista - adottate in molti ordinamenti europei e favorite delle istituzioni dell'Unione europea - in forza delle quali «il legislatore penale dovrebbe intervenire per proteggere il soggetto debole (anche) da colui che, attraverso la "domanda" del servizio sessuale, ne alimenta lo sfruttamento: ossia il cliente».

[9] Cfr. gli artt. 190 e seguenti del regio decreto 18 giugno 1931, n. 773 (e del relativo regolamento attuativo regio decreto 6 maggio 1940, n. 635) che esprimevano un modello chiaramente

Con l'affermarsi del modello abolizionista, di cui è espressione la legge n. 75/1958, la prospettiva cambia radicalmente: la prostituta - soggetto vulnerabile - è una potenziale vittima e l'aggressore è la società nel suo complesso. Per cui, se è alle cause sociali che generano la prostituzione che va rivolta l'attenzione, non va punita la prostituta ma solo chi ne favorisce in qualsiasi maniera l'operato ricavandone un vantaggio.

Fatte queste premesse, in merito alle prospettate censure di cui all'art. 2 della Costituzione (la prostituzione volontaria come un diritto inviolabile della persona, espressione della sua libertà di autodeterminazione)[10], queste sono ritenute infondate poiché la Corte rileva come l'art. 2 della Costituzione, in linea con le esigenze del moderno costituzionalismo, è preordinato alla tutela ed allo sviluppo del valore della persona umana socialmente inserita e, quindi, va letto nel senso della "crescita" individuale, ovvero nell'ampliamento delle sue «opzioni esistenziali»[11].

A nulla valgono i richiami dei ricorrenti alla più volte citata sentenza della Corte costituzionale n. 561/1987 volta a tutelare la libertà sessuale quale diritto soggettivo inviolabile della persona - direttamente previsto in Costituzione – poiché, secondo la Corte, tale diritto va inteso solo in senso "negativo" ovvero come diritto ad opporsi ad intrusioni altrui non volute nella propria sfera sessuale.

---

orientato ad una disciplina repressiva, la prostituzione essendo consentita solo in locali appositi dichiarati dall'autorità di pubblica sicurezza, e soggetta ad una rigida regolamentazione con relativa schedatura delle prostitute in un apposito registro.

[10] Sul punto cfr. A. Cadoppi, *Dignità, prostituzione e diritto penale. Per una riaffermazione del bene giuridico della libertà di autodeterminazione sessuale nei reati della legge Merlin*, op. cit., p. 6 ss. In senso contrario cfr. F. Politi secondo cui il «percorso storico dello sviluppo dei diritti e delle libertà (e del relativo dibattito dottrinale) dimostra che la direzione percorsa dal costituzionalismo moderno è esattamente opposta a quella indicata nell'ordinanza di rimessione che ha dato vita alla pronuncia in esame», in *La prostituzione non è un diritto fondamentale ed è un'attività economica in contrasto con la dignità umana. la sent. n. 141 del 2019 e la "sostanza delle cose"*, op. cit., p. 278.

[11] La Corte, in maniera chiara, ritiene «inconfutabile che, anche nell'attuale momento storico, quando pure non si sia al cospetto di vere e proprie forme di prostituzione forzata, la scelta di "vendere sesso" trova alla sua radice, nella larghissima maggioranza dei casi, fattori che condizionano e limitano la libertà di autodeterminazione dell'individuo, riducendo, talora drasticamente, il ventaglio delle sue opzioni esistenziali» (così al punto n. 6 del considerato in diritto).

Per la Corte «l'offerta di prestazioni sessuali verso corrispettivo non rappresenta affatto uno strumento di tutela e di sviluppo della persona umana ma, più semplicemente, solo una particolare forma di attività economica» ovvero «un mezzo per conseguire un profitto».

La Corte ritiene più pertinenti alla questione in esame le censure proposte sull'articolo 41 della Costituzione, ma le dichiara altrettanto infondate, in quanto la libertà di iniziativa economica è tutelata a condizione che non si svolga «in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana»[12].

Sul punto la Corte si sbilancia in maniera ancora più netta, poiché afferma che il concetto di dignità umana di cui all'art. 41 cost. va inteso in «senso oggettivo» e non in senso soggettivo come la può concepire un operatore economico. Dunque, ammonisce la Corte, la prostituzione, anche se volontaria, è un'attività che «degrada e svilisce l'individuo, in quanto riduce la sfera più intima della corporeità a livello di merce a disposizione del cliente» ed in quanto tale degradante della dignità. Parole forti e che non lasciano adito a dubbi nell'individuare il pensiero della Corte.

Infondato, per la Corte, risulta essere anche il motivo di ricorso riferito alla necessaria offensività del reato, poiché la Corte ricorda che la scelta sulla opportunità di ricorrere allo strumento penale per sanzionare fatti ritenuti riprovevoli rientra nella discrezionalità del legislatore, e chiude il ragionamento stabilendo che, nell'ottica della massima protezione dei diritti fondamentali di chi esercita la prostituzione volontariamente o coattivamente (soggetti vulnerabili), le fattispecie incriminatrici si rivelano conciliabili con il principio di offensività "in astratto".

[12] Sui rapporti tra l'attività di prostituzione e l'articolo 41 della Costituzione presenti nella sentenza n. 141/2019 della Corte si rinvia alle considerazioni di F. Politi, *La prostituzione non è un diritto fondamentale ed è un'attività economica*, op. cit., 279 ss. Trattasi di un tema già affrontato anche dalla giurisprudenza europea che ha riconosciuto la natura di lavoratore autonomo a chi pratica l'attività di prostituzione, in merito si rimanda a M. Luciani, *Il lavoro autonomo della prostituta*, in *Quaderni costituzionali*; n. 2/2002,; p. 398 e ss e G. E. Vigevani, *La prostituzione può rientrare nelle attività economiche da lavoratore autonomo*, in *http://www.forumcostituzionale.it/wordpress/wp-content/uploads/pre_2006/84.pdf* .

Infondata è anche l'ultima questione proposta, «con la quale si denuncia il difetto di determinatezza e tassatività della sola fattispecie del favoreggiamento» in quanto la Corte rammenta ai ricorrenti che l'uso di formule polisense ed elastiche da parte del legislatore penale non ridonda in illegittimità della fattispecie quando il significato di tali formule può essere dedotto dall'interprete con una ordinaria attività interpretativa dell'ordinamento giuridico. E con ciò viene a cadere anche l'ultima censura rappresentata dal ricorrente ovvero la «violazione dell'art. 3 Cost., sotto il profilo dell'ingiustificata disparità di trattamento di situazioni in assunto analoghe».

3. *Una sentenza eccessivamente garantista*

Con la sentenza n. 141/2019, come la successiva n. 278/2019, la Corte costituzionale chiamata ad esprimersi sulla legittimità costituzionale delle condotte collaterali all'attività di prostituzione, come si desume dall'analisi dianzi presentata, si è pronunciata nel senso di salvaguardare la disciplina impugnata.

Quella della Corte è una sentenza che si potrebbe qualificare interlocutoria, ovvero una sentenza ispirata sicuramente da buoni propositi ma che, ad avviso dello scrivente, non pare cogliere pienamente nel segno per eccesso di "garantismo" verso i diritti fondamentali.

Ed invero, nonostante l'*excursus* storico sulla prostituzione compiuto dalla Corte, e l'ormai abbondante letteratura volta a rileggere il fenomeno della prostituzione in maniera più articolata rispetto al passato, scomponendolo in una pluralità di fenomeni omogenei ma sostanzialmente differenti[13], la Corte – pur consapevole di ciò - ne giudica in pieno il disvalore ma si espone a rilievi critici non secondari.

[13] Per una differenza tra le diverse tipologie di prostituzioni esistenti oggi cfr. A. Cadoppi, *Dignità, prostituzione e diritto penale*, op. cit. p. 5; F. Pacella, *Dignità umana e libertà fondamentali nella prostituzione e nell'aiuto al suicidio*, in Osservatorio AIC, 2020,3, consultabile https://www.osservatorioaic.it/images/rivista/pdf/2020_3_12_Pacella.pdf.; P. Veronesi, *La sentenza costituzionale n. 141 del 2019, in materia di reclutamento e favoreggiamento della prostituzione: il "caso" è davvero "chiuso"?*, op. cit.. La disomogeneità dell'attività di prostituzione e la sua diffusione sociale sono segnalate anche da A. De Lia il quale richiama «*la ricerca Codacons del 23 gennaio 2018, reperibile sul sito www.codacons.it. Il tutto nel contesto di un mercato*

I cardini sui quali poggia la decisione sono la tutela dei diritti inviolabili delle persone e, in particolare di quelli che la stessa Corte definisce vulnerabili, ex art. 2 Cost. e la preservazione della dignità umana intesa in senso oggettivo.

Sulla riconducibilità della prostituzione all'art. 2 della Costituzione, la Corte ritiene che l'attività di prostituzione non contribuisce all'ampliamento delle opzioni morali della persona, riducendosi ad una attività non illecita volta a generare un mero profitto economico. Per tale ragione non è possibile riconoscerle la natura di diritto inviolabile, come gli altri diritti ricollegabili all'art. 2 della Costituzione. La Corte, con espressione non priva di una certa ironia, nota che ove lo si facesse, la Repubblica sarebbe impegnata a svolgere anche nei confronti della prostituzione la medesima attività promozionale che la impegna verso gli altri diritti fondamentali[14].

Quanto sopra esposto sembra cogliere una parte del fenomeno, ovvero la non conferibilità al fenomeno all'attività promozionale svolta dalla Repubblica. Pur volendo accedere alla tesi prospettata dalla Corte, questo non significa che l'attività di prostituzione non possa comunque trovare nell'ordinamento vigente una diversa forma di garanzia "graduata" in maniera differente, secondo le circostanze, rispetto a quella prevista per i diritti fondamentali. La Corte sembra non tenere in debito conto alcune ricerche concernenti soprattutto la prostituzione volontaria all'esito delle quali essa appare un fenomeno di carattere evolutivo rispetto alla

particolarmente "fiorente", poiché è stato stimato che nel nostro Paese è in progressivo aumento la spesa per questo tipo di "servizi", che nel 2015 è giunta peraltro ad un totale complessivo di circa 4 miliardi di euro annui. Il tutto secondo dati ISTAT raccolti in ordine all'economia non osservata nel periodo 2012-2015, pubblicati in data 11 ottobre 2017 e consultabili sul sito internet dell'ente» così in *Le figure di reclutamento e favoreggiamento della prostituzione al banco di prova della Consulta. Un primo commento alla sentenza della Corte costituzionale n. 141/2019*, op. cit. nota 8 di p. 5.

[14] Scrive espressamente La Corte al punto n. 5.2 della decisione « Se è il collegamento con lo sviluppo della persona a qualificare la garanzia apprestata dall'art. 2 Cost., non è possibile ritenere che la prostituzione volontaria partecipi della natura di diritto inviolabile – il cui esercizio dovrebbe essere, a questa stregua, non solo non ostacolato, ma addirittura, all'occorrenza, agevolato dalla Repubblica – sulla base del mero rilievo che essa coinvolge la sfera sessuale di chi la esercita».

prostituzione "classica", alla quale è assimilabile nella sostanza ma, al contempo, se ne diversifica per i soggetti che vi accedono[15].

Ed invero, le cronache – ormai quotidiane – riportano episodi che segnalano l'estrema diffusione sociale del citato fenomeno ad opera di soggetti che non versano in condizioni di bisogno.

Qui non si vuole certo sostenere che l'espansione quantitativa di un fenomeno sociale valga di per sé a legittimarlo, ma forse, nello specifico caso della prostituzione volontaria, neanche a considerarlo in un'accezione totalmente negativa come fa la Corte che unifica prostituzione coattiva e volontaria.

L'affermazione della Corte secondo la quale è «inconfutabile» che la scelta di prostituirsi trova fondamento in fattori che condizionano e limitano la libertà di autodeterminazione dell'individuo, e ne riducono il «ventaglio delle sue opzioni esistenziali» (così al punto n. 6 del considerato in diritto) appare un po' apodittica soprattutto se calata nella realtà odierna, come si può facilmente evincere dalle cronache quotidiane, dalle quali risulta che in molti casi non ci si trova difronte a soggetti vulnerabili vittime della società, ma nel caso di prostituzione volontaria a soggetti consapevoli e ben determinati[16].

---

[15] Nella propria memoria difensiva uno dei ricorrenti esplicitamente segnala come «Attualmente, la prostituzione non rappresenterebbe, dunque, un fenomeno unitario, dovendosi individuare, al suo interno, almeno tre «raggruppamenti generali»: la prostituzione «per costrizione», la prostituzione «per necessità» e la prostituzione «consapevole, volontaria e professionale», frutto di libera scelta del soggetto che decide di vendere il proprio corpo e le proprie abilità sessuali per denaro. Per lo più, si tratta di una prostituzione "di lusso" o agiata, esercitata nel chiuso «di private e talora sontuose dimore», proprie o del cliente, il quale versa un corrispettivo molto elevato... È in quest'ultimo raggruppamento che si colloca il fenomeno delle *escort*: termine che identifica l'accompagnatore a pagamento, disponibile ad avere rapporti sessuali con il cliente. Figura totalmente inesistente all'epoca dell'emanazione della legge n. 75 del 1958. Inoltre, dagli anni '70 dello scorso secolo si è iniziato a parlare non più di prostitute, ma di «sex workers» (ossia di lavoratori del sesso): fenomeno che è sfociato in documenti strutturati, quale la «*Dichiarazione dei diritti dei/delle Sex Workers in Europa*», firmata a Bruxelles nel 2005 da rappresentanti di organizzazioni aderenti a trenta Paesi», cfr Corte cost. n. 141/2019, punto n. 4.1 del ritenuto in fatto della sentenza n. 141/2019. Segnala la differenza tra prostituta ed "*escort*" P. Veronesi, *La sentenza costituzionale n. 141 del 2019, in materia di reclutamento e favoreggiamento della prostituzione: il "caso" è davvero "chiuso"?*, op. cit. 1283 e ss.

[16] Tra i tanti esempi forniti dagli organi di informazione si può citare il recentissimo articolo di E. Franceschini, *Escort per Vip, il business del presidente dei conservatori inglesi,* consultabile al sito https://www.repubblica.it/esteri/2020/11/29/news/escort_per_vip_il_business_del_presidente_dei_conservatori_inglesi-276348227/?ref=RHTP-BH-I276352047-P6-S1-T1;

Dall'altro canto, quel tipo di disvalore che la Corte conferisce alla prostituzione nell'ottica dell'articolo 2 cost., potrebbe tranquillamente applicarsi anche ad altre attività che, pur non essendo illecite, non è detto che contribuiscano alla crescita morale delle persone e ad aumentare il ventaglio delle loro «opzioni esistenziali», secondo le parole usate dalla Corte.

Si pensi, come rileva uno dei ricorrenti, alle c.d. "*sex workers*", ovvero quelle persone che lavorano usando il proprio corpo ma non rientrano nella categoria delle prostitute[17] o, per uscire da un tema sensibile come quello della sessualità, ai soggetti che si dedicano ad attività finanziarie di tipo meramente speculativo o che vivono dei proventi del gioco d'azzardo, tutte attività che assicurano la sopravvivenza di chi le pratica ma non crediamo lo sviluppo "umano" nel senso inteso dalla Corte. Queste attività non sono illecite, non rientrano tra quelle "sostenute" dalla Repubblica e, pur tuttavia, godono di una forma – sia pure minima - di riconoscimento e tutela da parte dell'ordinamento, si pensi alla c. d. *soluti retentio* delle obbligazioni naturali per i debiti di gioco di cui all'art. 2034 del Codice civile.

Non pare che queste, ed altre attività consimili, soffrano del medesimo disvalore sociale, e quindi anche giuridico, che la Corte assegna alla prostituzione *tout court*.

A meno che la Corte non abbia inteso stigmatizzare, a prescindere dalle qualità del soggetto agente, tutte le attività reputate immorali secondo il pensiero corrente.

Altro discorso, questo sicuramente più in linea con le considerazioni della Corte, andrebbe fatto per la prostituzione non volontaria o "coattiva" per la quale sembrano essere più pertinenti i riferimenti costituzionali richiamati in sentenza e le relative esigenze di tutela dei c.d. soggetti deboli che si trovano privati della loro libertà di autodeterminazione[18].

[17] A tale proposito si veda la «Dichiarazione dei diritti delle "*sex workers*" in Europa», firmata a Bruxelles nel 2005 consultabile al sito https://www.sexworkeurope.org/sites/default/files/userfiles/files/join/dichiarazione.pdf

[18] La Corte espressamente scrive: «A ciò si affiancano, peraltro, anche preoccupazioni di tutela delle stesse persone che si prostituiscono – in ipotesi – per effetto di una scelta (almeno inizialmente) libera e consapevole. Ciò in considerazione dei pericoli cui esse si espongono nell'esercizio della loro attività: pericoli connessi al loro ingresso in un circuito dal quale sarà poi difficile uscire volontariamente, stante la facilità con la quale possono divenire oggetto di

Se la prostituzione si caratterizza per lo sfruttamento di un essere umano, tale concetto afferisce meglio alla prostituzione coattiva piuttosto che a quella realmente volontaria. Ed inoltre, e distinguere le due tipologie di prostituzione permetterebbe anche di non incorrere nell'aporia logica segnalata dalla dottrina penalistica di una normativa che considera illecite attività strumentali a condotte non illecite come la prostituzione. Trattasi di un'incongruenza logica della normativa, retaggio di una cultura superata in quanto riferita ad una diversa società, e la cui unica giustificazione non può che essere quella addotta dalla Corte di assimilare totalmente la prostituzione volontaria a quella non volontaria in vista della salvaguardia di soggetti ritenuti comunque deboli o vulnerabili a prescindere dall'elemento soggettivo.

Anche l'altro caposaldo della Corte, quello relativo alla negazione della dignità umana, intesa in senso oggettivo, che comporta la scelta di prostituirsi, si espone a rilievi critici.

La Corte, facendo riferimento apertamente alla dignità "pubblica", ravvisa nella prostituzione, anche se volontaria, un'attività che degrada e svilisce l'individuo in ciò che egli ha di più intimo riducendolo a merce a disposizione del cliente[19].

Delineata in tale maniera la dignità oggettiva potrebbe tranquillamente assimilarsi alla morale pubblica, se non addirittura all'etica pubblica, concetto non certo in linea con le tendenze ormai consolidatesi da anni negli ordinamenti contemporanei

indebite pressioni e ricatti, nonché ai rischi per l'integrità fisica e la salute, cui esse inevitabilmente vanno incontro nel momento in cui si trovano isolate a contatto con il cliente (pericoli di violenza fisica, di coazioni a subire atti sessuali indesiderati, di contagio conseguente a rapporti sessuali non protetti e via dicendo)», cfr. il punto 6.1. della sentenza n.141 del 2019. Secondo G. Mattioli «Con la pronuncia in esame, la Corte Costituzionale è dunque giunta a negare un dato della realtà – ossia l'esistenza della prostituzione libera – in nome della tutela della dignità umana. Essa rappresenta il vero nodo focale della questione», in *Il favoreggiamento della prostituzione al cospetto della Consulta*, op. cit., p. 7.

[19] Cfr. in merito quanto espresso nel punto 6.1 della decisone: «Riguardo, poi, alla concorrente finalità di tutela della dignità umana, è incontestabile che, nella cornice della previsione dell'art. 41, secondo comma, Cost., il concetto di «dignità» vada inteso in senso oggettivo: non si tratta, di certo, della "dignità soggettiva", quale la concepisce il singolo imprenditore o il singolo lavoratore». Sull'utilizzo della nozione di dignità oggettiva da parte della Corte cfr. A. Cadoppi, *Dignità, prostituzione e diritto penale. Per una riaffermazione del bene giuridico della libertà di autodeterminazione sessuale nei reati della legge Merlin*, op. cit. p. 21 e ss.

volte a conferire alla sfera privata quello che attiene alla morale, purché non ridondi, ovviamente, in fattispecie criminose[20].

Non è questa la sede per proporre un'indagine tesa ad indagare il significato del concetto di dignità costituzionalmente orientato, nella consapevolezza delle innumerevoli possibilità interpretative ascrivibili ad una nozione "aperta" come quella di dignità che non può cristallizzarsi in una definizione inequivoca ma che va radicata nel contesto di riferimento per fungere da canone interpretativo. Essa appare, quindi, un valore relazionale cui riferirsi in chiave ampliativa e garantista dei diritti fondamentali[21].

[20] In una delle memorie delle parti resistenti si sottolinea come anche i più recenti sviluppi giurisprudenziali e legislativi siano orientati nel senso di una tutela crescente dei diritti di libertà nella prospettiva del principio di autodeterminazione della persona persino con riferimento ad un bene supremo come quello della vita (Corte cost. n. 141/2019, punto 3.6. del ritenuto in fatto). Secondo M. Cartabia «Oggi in tutto il mondo occidentale tutto ciò che ha a che fare con questioni "morali" o "eticamente controverse" tende ad essere dominato dal principio di autodeterminazione, il quale a sua volta genera tutta una serie di nuovi diritti individuali: dal diritto di sposarsi e di divorziare, alla libertà di scelta in relazione ai problemi dell'inizio della vita, – in particolare con riferimento all'aborto e all'accesso alle tecniche di fecondazione assistita – il diritto al rifiuto dei trattamenti sanitari nelle problematiche di fine alla vita, etc. Con questa nuova generazione di nuovi diritti originati dalla privacy si diffonde sempre più la versione *libertarian* dei diritti umani. Dunque i nuovi diritti nascono con connotati culturali precisi, che sono quelli dell'individualismo anglosassone, in cui l'autonomia o l'autodeterminazione del singolo costituisce il meta valore dominante e in cui l'eguaglianza tende a tradursi e a ridursi ad una forma di non differenziazione, meglio di "neutralità" giuridica», così in *I "nuovi" diritti*, in Stato, Chiese e pluralismo confessionale Rivista telematica (www.statoechiese.it) febbraio 2011, p. 13.

[21] Secondo M. Picchi, «In questa prospettiva, la dignità assume anche contenuti sfuggenti, fluidi (perché non è riconducibile ad un definito significato normativo) e mutevoli in ragione dell'evoluzione della sensibilità prevalente. Nondimeno, la dignità costituisce l'indefettibile presupposto per l'esercizio dei diritti e la tutela della persona nei suoi molteplici profili. Compito del diritto è quello di disciplinare la dimensione relazionale della dignità preoccupandosi di tutelare soprattutto quegli ambiti in cui l'identità di alcuni soggetti appare fragile e bisognosa di protezione», in *La Legge Merlin dinanzi alla Corte costituzionale. Alcune riflessioni sulla sentenza n. 141/2019 della Corte costituzionale*, op. cit. p. 14. Secondo C. P Guarini, a commento della sentenza n. 141/2019 della Corte cost,, «Non è questa, però, la sede per indugiare sull'inesausto dibattito che impegna dottrina e giurisprudenza in ordine alla qualificazione giuridica e alla portata normativa del concetto di dignità umana che, come noto, vede posizioni molto distanti tra loro e restituisce, in proposito, un quadro alquanto variegato di possibili soluzioni ermeneutiche. Pare, invece, all'uopo sufficiente ricordare che la Corte costituzionale fa per lo più rimando alla dignità umana «in funzione ausiliaria, nel contesto di argomentazioni giuridiche incentrate, tuttavia, sulla violazione di precisi parametri costituzionali, senza peraltro mai lasciare siffatti richiami come decisivi ai fini della decisione di incostituzionalità», in *La Corte costituzionale ancora in tema di prostituzione. Osservazioni a partire dalla sentenza n. 278 del 2019,* op. cit. p. 225**.** Per una profonda disamina del concetto di dignità

Non sfugge la difficoltà del compito ma in questa sede si vuole solo segnalare come sempre più spesso la dignità appaia un concetto *passepartout*, buono a qualsiasi uso, chiamato a limitare i diritti, a garantirli o a volte, come nella sentenza n. 141/2019, a svolgere entrambe le funzioni secondo le intenzioni del soggetto decidente chiamato a qualificare la dignità "contenitore aperto" seguendo la propria discrezionalità[22].

Ora, se è vero che l'ordinamento conosce i c.d. concetti "valvola", come la buona fede, la diligenza del buon padre di famiglia ecc…, è anche vero che la dignità, per ragioni intrinseche, non è assimilabile facilmente ai citati concetti, e avrebbe necessitato, tanto più in sede di giudizio di costituzionalità, di una precisazione più rigorosa, per evitare che essa degradi ad un concetto evanescente ed inafferrabile se

costituzionalmente orientato, nel senso indicato dalla Corte in sentenza, si rinvia alle osservazioni di F. Politi, *La prostituzione non è un diritto fondamentale ed è un'attività economica*, op. cit., p. 272 e ss..

[22] Scrive A. Cadoppi, a commento dei richiami alla dignità presenti nella sentenza n. 141/2019 della Corte, «A questo punto è spuntato "l'asso nella manica" del bene/valore "dignità"», così in *Dignità, prostituzione e diritto penale Per una riaffermazione del bene giuridico della libertà di autodeterminazione sessuale nei reati della legge Merlin*, op. cit., p. 15. Sull'uso "flessibile" del concetto di dignità si rimanda anche a G. Fiandaca, *Considerazioni intorno a bioetica e diritto penale, tra laicità e "post-secolarismo*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 2007, p. 558-559, per il quale: «il diffuso consenso tributato alla dignità umana quale bene meritevole di tutela si spiega, verosimilmente, col fatto che essa rispecchia un valore a forte connotazione etico-emozionale, ma al tempo stesso dal contenuto generico e indefinito: come tale potenzialmente disponibile – per dir così – a fungere da *deus ex machina* per la giustificazione di ogni incriminazione, rispetto alla quale non si sia in grado di identificare quale oggetto di tutela un bene giuridico più specifico[…]lungi dall'utilizzare il topos della dignità come passe-partout buono per risolvere quasi ogni situazione applicativa, appare più corretto e produttivo un lungo e paziente lavorìo argomentativo orientato secondo le particolarità delle diverse situazioni concrete: non esiste in questo senso un concetto di dignità 'predato' all'interprete che valuta; il suo contenuto si determina e specifica a diretto contatto con le singole fattispecie, come del resto insegna la migliore tradizione ermeneutica». Sul concetto di dignità usato dalla Corte vedi R. Bin, il quale individua nella sentenza tre diversi usi del concetto di dignità, usata come «carta da briscola da giocare nella giurisprudenza sui diritti», per cui «la dignità in senso oggettivo sembra poter resistere ad ogni bilanciamento, data la natura di «valore supercostituzionale», di «*supremitas*» che la contraddistinguerebbe», in *La libertà sessuale e prostituzione*, op. cit. rispettivamente alle pp. 1, 10 e 8. Secondo P. Veronesi «Spostare e concentrare l'attenzione sull'art. 41 Cost. consente alla Corte di offrire primario rilievo, nell'economia della pronuncia, al sin troppo impalpabile "principio di dignità"», in *La sentenza costituzionale n. 141 del 2019, in materia di reclutamento e favoreggiamento della prostituzione: il "caso" è davvero "chiuso"*? op. cit., p. 1290. Sul punto cfr. anche F. Parisi, *Il bene della dignità umana in soccorso della legge Merlin? sulla sentenza 141/2019 della Corte costituzionale in materia di favoreggiamento e reclutamento della prostituzione*, in *http://www.lalegislazionepenale.eu/wp-content/uploads/2019/11/Parisi_Approfondimenti-LP-21-novembre.pdf 2019.*

resa in maniera soggettiva o a maschera "presentabile" dell'etica pubblica qualora intesa in senso oggettivo[23].

Le considerazioni qui brevemente proposte non vogliono essere certo un "inno" alla prostituzione ma, più semplicemente, un tentativo di ricondurre la prostituzione volontaria, fenomeno probabilmente non ancora del tutto apertamente accettato socialmente, ma ormai radicato, in un suo possibile alveo al di fuori di un'attività non illecita e meramente tollerata, e di considerazioni sicuramente ispirate da intenti garantistici, ma che finiscono con il rivelare aspetti critici di non poco conto.

Ed infatti, parte della dottrina, a commento delle sentenze nn. 141 e 278 della Corte, ha esplicitamente usato l'attributo "moralistico" o – al più – paternalistico anche se, forse, sarebbe stato meglio qualificarle "eccessivamente" garantiste verso la tutela dei diritti fondamentali[24].

Probabilmente la Corte, si torna a scriverlo, indotta dal timore che la declatoria di incostituzionalità delle fattispecie criminose collaterali all'attività di prostituzione potesse rappresentare un "salto nel buio" e sguarnire totalmente la disciplina

[23] Di «riesumazione della vecchia prospettiva della tutela della morale dominante» sotto la veste della dignità oggettiva fa riferimento P. Veronesi in *La sentenza costituzionale n. 141 del 2019, in materia di reclutamento e favoreggiamento della prostituzione: il "caso" è davvero "chiuso"?*, op. cit., p. 1289.

[24] Secondo R. Bin, in *La libertà sessuale e prostituzione*, op. cit., «La sent. 141/2019, per esempio, chiama in gioco la dignità umana per negare l'autonomia di scelta di chi decide liberamente di prostituirsi. Si appoggia su luoghi comuni più che su verità evidenti», p. 10. Di giudizio moralistico parla A. Cadoppi, *Dignità, prostituzione e diritto penale. Per una riaffermazione del bene giuridico della libertà di autodeterminazione sessuale nei reati della legge Merlin*, op. cit., 38 «In questo caso, si tratterebbe di paternalismo morale. E il paternalismo morale è – fra i vari paternalismi giuridici – quello che più coralmente viene condannato dagli studiosi. Invero, ammettendo un intervento paternalistico di tipo morale nell'ambito del diritto penale, si finirebbe a tutelare col più terribile dei diritti la pura morale, cosa che confliggerebbe addirittura con il principio di laicità dello Stato e con altri diritti e libertà costituzionalmente garantiti. Si punirebbe il "modo di essere" delle persone, e nel caso di specie addirittura un esercizio di una libertà di autodeterminazione in materia sessuale. Simili rilievi si ritrovano, con specifico riferimento alla prostituzione». Anche G. M. Locati considera moralistico il giudizio della Corte cfr., *Libere di prostituirsi? Commento alla sentenza n. 141/2019 della Corte costituzionale,* in http://www.questionegiustizia.it/articolo/libere-di-prostituirsi-commento-alla-sentenza-n-1412019-della-corte-costituzionale_25-06-2019.php, p. 9. Secondo G. Mattioli, «La Corte Costituzionale ha confermato a chiare lettere la perdurante bontà di un atteggiamento paternalistico nei confronti delle persone che si prostituiscono», in *Il favoreggiamento della prostituzione al cospetto della Consulta*, op. cit., p. 7.

penale della prostituzione, spinta da intenti garantistici forse eccessivi, ha preferito rigettare la questione e trattare in maniera unitaria un fenomeno, quello della prostituzione, che unitario non è più da tempo[25]. Il pensiero della Corte in materia è reso chiaro dalla successiva sentenza n. 278/2019, nella quale la Corte - nel far nuovamente salva la disciplina impugnata relativa alle condotte collaterali alla prostituzione - ha rilevato come « tali figure delittuose costituiscano espressione della generale strategia di intervento adottata in materia dalla legge n. 75 del 1958…nella prospettiva di non consentire alla prostituzione stessa «di svilupparsi e di proliferare» (punto 3.1 del considerando in diritto)[26].

Ciò premesso forse è opportuna una riflessione ulteriore rispetto a quanto affermato in sentenza dalla Corte costituzionale.

In particolare, rimane da indagare la feconda linea che collega la dignità oggettiva alla tutela dei soggetti vulnerabili[27]. È vero che la Corte non individua con

[25] La Corte espressamente scrive: «A ciò si affiancano, peraltro, anche preoccupazioni di tutela delle stesse persone che si prostituiscono – in ipotesi – per effetto di una scelta (almeno inizialmente) libera e consapevole. Ciò in considerazione dei pericoli cui esse si espongono nell'esercizio della loro attività: pericoli connessi al loro ingresso in un circuito dal quale sarà poi difficile uscire volontariamente, stante la facilità con la quale possono divenire oggetto di indebite pressioni e ricatti, nonché ai rischi per l'integrità fisica e la salute, cui esse inevitabilmente vanno incontro nel momento in cui si trovano isolate a contatto con il cliente (pericoli di violenza fisica, di coazioni a subire atti sessuali indesiderati, di contagio conseguente a rapporti sessuali non protetti e via dicendo)», cfr. il punto 6.1. della sentenza n.141 del 2019. Secondo G. Mattioli «Con la pronuncia in esame, la Corte Costituzionale è dunque giunta a negare un dato della realtà – ossia l'esistenza della prostituzione libera – in nome della tutela della dignità umana. Essa rappresenta il vero nodo focale della questione», in *Il favoreggiamento della prostituzione al cospetto della Consulta*, op. cit., p. 7.

[26] Per alcune considerazioni volte a ritenere che la Corte abbia operato nel senso indicato di fornire comunque una forma di tutela a chi esercita la prostituzione, volontariamente o non meno, cfr. S. Bernardi S., *Sulla legittimità costituzionale dei delitti di reclutamento*, *op. cit.*, p. 4.

[27] Sui c.d. soggetti deboli cfr. C. Calvieri (a cura di), *Divieto di discriminazione e giurisprudenza costituzionale. Atti del Seminario di Perugia del 18 marzo 2005*, Torino 2006; M. Bellocci, P. Passaglia, La tutela dei «soggetti deboli» come esplicazione dell'istanza solidaristica nella giurisprudenza costituzionale, Quaderno di Studi e Ricerche della Corte costituzionale consultabile al sito https://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni_seminari/STU%20191_Tutela_soggetti_deboli.pdf; M. Ainis. I soggetti deboli nella giurisprudenza costituzionale. In Politica del diritto, 1999, 1, p. 25; Sul punto vedi le considerazioni di L. Antonini, Il favoreggiamento e il reclutamento della prostituzione, in deboli e vulnerabili nelle nuove frontiere dell'autodeterminazione un bilanciamento, intervento presentato alla 3rd Quadrilateral Conference Lisbona 10-12 ottobre 2019, in https://www.cortecostituzionale.it/documenti/relazioni_internazionali/ANTONINI_3rd_Quadri

precisione la categoria in esame in ogni caso interpreta una linea che sta emergendo anche in ambito legislativo[28].

Con sempre maggior frequenza si individuano scelte del legislatore volte a contrastare fenomeni sociali considerati deteriori che coinvolgono i c.d. "soggetti deboli", ovvero quelle persone che per motivi soggettivi (fisici e/o psicologici) e/o oggettivi (condizioni personali e/o sociali) si trovano a dover soggiacere allo sfruttamento altrui. Trattasi di fenomeni disomogenei, in parte legati ad aspetti sociali (prostituzione coattiva, vittime di tratta, tossicodipendenze) in parte a vere e proprie patologie, come la c.d. ludopatia (gioco d'azzardo patologico)[29] e la Corte sembra condividere questo indirizzo.

Forse, con queste precisazioni, potrebbe essere più accettabile il riferimento alla dignità sociale dei soggetti coinvolti nella prospettiva di tutela dei soggetti le cui condizioni personali o sociali non consentano loro di farlo autonomamente, quasi come un limite ordinamentale alla stessa libertà di un soggetto di degradarsi.

In definitiva, se la Corte avesse separato le diverse tipologie di prostituzione anche logicamente sarebbe stato più sostenibile punire le condotte concomitanti alla

---

lateralConference_def.pdf., p. 8. Con particolare riferimento alla sentenza n. 141/2019 della Corte costituzionale si veda anche M. Picchi, *La Legge Merlin dinanzi alla Corte costituzionale. Alcune riflessioni sulla sentenza n. 141/2019 della Corte costituzionale*, op. cit., p. 4 in nota.

[28] Secondo M. Picchi, «Il principio di vulnerabilità sta assumendo una sempre maggiore attenzione nell'ambito delle riflessioni di politica economica e sociale. La vulnerabilità, sul piano politico e giuridico, è presa in considerazione come situazione fattuale connessa alla condizione umana che, in determinati contesti, genera discriminazioni, violenze, umiliazioni tali da precludere una compiuta partecipazione e interazione sociale poiché l'autonomia e la libertà di scelta dei soggetti vulnerabili risultano potenzialmente a rischio e con esse anche la dignità e l'integrità della persona», in *La Legge Merlin dinanzi alla Corte costituzionale. Alcune riflessioni sulla sentenza n. 141/2019 della Corte costituzionale*, op. cit., p. 15.

[29] Per quanto attiene specificamente al contrasto alle ludopatia si veda la proposta di legge presentata dall'On. Fucci: "Divieto della propaganda pubblicitaria del gioco d'azzardo e norme per la prevenzione della ludopatia" (atto Camera n. 267) presentata nel corso XVII legislatura. R. Bin, ricorda come certi indirizzi siano risalenti nel tempo, e ricorda la sentenza n. 165/1963 della Corte costituzionale per la quale nel «concetto di dignità ricade per esempio il divieto legislativo (poi attenuato) di concedere licenze per l'uso di apparecchi automatici o semiautomatici da gioco o scommessa, che è stato introdotto …per «impedire che la dignità umana ricevesse offesa dallo sterile impiego dell'autonomia individuale» a causa dell'utilizzazione di apparecchiature che favoriscono lo sviluppo «di tendenze antisociali», così in *La libertà sessuale e prostituzione*, op. cit., p.2.

prostituzione coattiva e non quando le medesime afferiscono alla prostituzione volontaria.

Di ciò la stessa Corte ne è consapevole quando nella medesima sentenza da un lato riconosce che l'incriminazione delle condotte concorrenti non è costituzionalmente imposta ma rientra tra le «possibili opzioni di politica criminale»[30]. Dall'altro lato, è la stessa Corte a riconoscere la difficoltà di discernere – in questa materia – tra decisioni autenticamente libere e no, con relativi problemi di accertamento sostanziale e processuale, demandato ex post al giudice penale. Ed allora, se l'accertamento dell'elemento soggettivo della vittima è così incerto, non sarebbe più in linea con una visione garantista dell'ordinamento non sanzionare penalmente le condotte concomitanti alla prostituzione volontaria? Omologando ogni tipologia di prostituzione la Corte non ha fatto altro che rinviare ancora il problema ad ulteriori interventi del legislatore, ove mai ce ne saranno, relegando anche il campo delle condotte concomitanti alla prostituzione volontaria al diritto penale in attesa di auspicabili politiche sociali e/o educative che limitando la prima rendano inutili le seconde.

dirittifondamentali.it

[30] Cfr. Corte cost. sentenza n. 141/2019 (punto 6.1. del considerato in diritto), concetto ribadito nella successiva sentenza n. 278/2019 (punto 3.1 del considerato in diritto).

dirittifondamentali.it

Dirittifondamentali.it - Fascicolo 3/2022
Data di pubblicazione – 16 dicembre 2022

Verso un assetto viepiù "sregolato" dei rapporti tra Corte costituzionale e legislatore?*

di
Antonio Ruggeri

Sommario: 1. Il bisogno di inquadrare i rapporti tra Corte e legislatore in seno ad un contesto istituzionale segnato da un ruolo di primo piano esercitato dai giudici. – 2. La riscrittura a mano libera dei testi di legge da parte del giudice costituzionale, in violazione del limite del rispetto della discrezionalità del legislatore: quale ne è il giuridico fondamento? – 3. Cosa resta della tipicità dei ruoli di Corte e legislatore per effetto dell'abbandono delle "rime obbligate" di crisafulliana memoria? – 4. Il bisogno che la Corte fornisca un pugno di indicazioni essenziali volte a definire condizioni e limiti dei propri interventi normativi in vece del legislatore e i casi in cui questi ultimi non risultino d'immediata evidenza, in quanto messi in atto per via interpretativa. – 5. *A*lla ricerca di rimedi efficaci avverso le indebite omissioni del legislatore (con specifico riguardo al risarcimento dei danni ad esse conseguenti). – 6. Una succinta, preoccupata notazione finale.

1. *Il bisogno di inquadrare i rapporti tra Corte e legislatore in seno ad un contesto istituzionale segnato da un ruolo di primo piano esercitato dai giudici*

Alcune notazioni preliminari.

La prima è che, pur laddove si tratti di ripensare alle più salienti tendenze che connotano al presente i rapporti tra giudice costituzionale e legislatore, non può tralasciarsi la sana avvertenza secondo cui il sistema istituzionale risulta composto da una rete di relazioni fattasi via via sempre più estesa e fitta allo stesso tempo e

* Testo rielaborato di un intervento al Dottorato di ricerca in Scienze giuridiche, *curriculum* in "Teoria dei diritti fondamentali, giustizia costituzionale, comparazione giuridica" dell'Università di Pisa, 15 dicembre 2022.

**Professore Emerito di Diritto costituzionale

Contributo non sottoposto a referaggio per chiara fama dell'autore

dirittifondamentali.it

coinvolgente tutti gli operatori, sia pure con diversità di compiti e di responsabilità. In questo quadro, un ruolo di certo non secondario è giocato dai giudici comuni, specie – come si sa – nei giudizi in via incidentale, cui qui si presterà specifica attenzione; ed è un ruolo che sembra man mano acquistare crescente rilievo, secondo quanto si tenterà di mostrare per taluni aspetti a momenti. Per avvedersene, basti solo porre mente al fatto che dai giudici stessi viene, in primo luogo, l'atto iniziale di impulso del processo costituzionale e, perciò, la sua impostazione, in ragione dei modi con cui sono poste le domande rivolte alla Consulta: una impostazione – si badi – che il giudice costituzionale non può ignorare, pur laddove riformuli la questione e, con essa, ridefinisca l'oggetto del giudizio. È poi pur sempre presso le sedi in cui si amministra la giustizia comune che pervengono a compiuta maturazione le operazioni di giustizia costituzionale: un'attività, questa messa in atto dai giudici, che non di rado prende forma a mezzo di apprezzamenti ora più ed ora meno discrezionali, comunque non attraverso la meccanica o automatica *applicazione* – come suol dirsi – dei verdetti della Corte, bensì attraverso la loro *attuazione* con regole che possono anche sensibilmente variare da una sede all'altra[1]. Ogni operazione di giustizia costituzionale – come si è altrove fatto notare – è, insomma, una sorta di *work in progress* che prende man mano forma grazie all'attività svolta, non di rado in modo assai faticoso e persino sofferto, da un *team* di operatori, tra i quali vi sono appunto i giudici comuni.

Non mi spingo, ovviamente, a dire che questi ultimi sono come i burattinai che reggono i fili delle marionette (qui, in ispecie, della stessa Corte); di certo, tuttavia, non si tratta di mere comparse nella recita a soggetto che ogni volta si rinnova nel teatro della Consulta.

Si aggiunga, poi, che, diversamente dalle più accreditate rappresentazioni ancora fino a non molti anni addietro date delle vicende della giustizia costituzionale, gli

[1] Torna – come si vede – qui a riaffacciarsi l'antica (e, tuttavia, sempre nuova) questione relativa alla "creatività" della giurisprudenza che, nondimeno, presenta forme e intensità diverse in ragione delle funzioni esercitate e dei contesti in cui esse s'inscrivono, restando ad ogni buon conto avvalorata l'intuizione kelseniana di una produzione normativa che si fa per gradi discendenti di generalità-astrattezza (in tema, di recente, E. DICIOTTI, *Le attività creative dei giudici*, Mucchi, Modena 2022).

attori sulla scena – per restare all'immagine appena adoperata – non sono solo l'autorità remittente e il giudice costituzionale, ad essi aggiungendosi in casi vieppiù frequenti anche altri operatori di giustizia, e segnatamente le Corti europee, a volte evocate in campo in via istituzionale (ed è il caso, specialmente, in cui si faccia utilizzo dello strumento del rinvio pregiudiziale e, nei Paesi in cui sia già praticabile, dello strumento di consultazione apprestato dal prot. 16 aggiunto alla CEDU), altre volte invece richiamate *in via di fatto*, attraverso i riferimenti fatti ai loro indirizzi sia nelle ordinanze dei giudici *a quibus* che nei verdetti del giudice costituzionale.

Profitto dell'opportunità oggi offertami per sollecitare, ancora una volta, a fermare l'attenzione specificamente su questo secondo aspetto che, in un certo senso, ricorda il volto oscuro della luna, dal momento che il più delle volte ci si intrattiene sui profili istituzionali delle relazioni tra gli operatori, più che su quelli – potrebbe dirsi – *culturali*, tralasciando però di considerare la circostanza per cui talune questioni, specie laddove siano in gioco i diritti fondamentali (e, ancora più specificamente, i "nuovi", costituzionalmente innominati), sono definite in un certo modo piuttosto che in un altro proprio per l'incidenza al riguardo esercitata da orientamenti già maturati presso le Corti europee (e talora anche presso i giudici di altri Stati: crescente è, infatti, il rilievo della comparazione[2], ma qui interessa particolarmente rimarcare l'apporto venuto dalle Corti suddette che sempre di più vanno conformandosi quali giudici *materialmente* costituzionali, a motivo del servizio da esse offerto, sia pure in forme peculiari, a tutela dei diritti fondamentali).

Certo, non poche volte è assai disagevole avere riscontro dell'influenza in parola, ove si considerino almeno due cose.

La prima è che non sempre si fa esplicito riferimento a pronunzie di questa o quella Corte europea, rimarcandosene il rilievo al fine della ottimale risoluzione della questione pendente davanti alla Corte delle leggi. Talvolta, infatti, il riferimento

[2] Con specifico riguardo all'uso fattone dalla Consulta, riferimenti in P. PASSAGLIA, *L'utilizzo del diritto comparato da parte della Corte costituzionale italiana. Alcuni spunti di riflessione a partire dalla giurisprudenza del periodo 2000-2021*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2/2022, 91 ss.

dirittifondamentali.it

stesso è nelle cose ma non sempre anche i più avvertiti lettori sia delle ordinanze di remissione che delle pronunzie emesse dalla Consulta sono in grado di percepirne la esistenza e la consistenza.

La seconda è che, una volta ambientato lo studio al piano culturale, le stesse decisioni delle Corti europee appaiono talvolta essere debitrici di indicazioni provenienti dagli ambienti nazionali, pur se fatte oggetto di originali rielaborazioni. Le relazioni tra gli operatori di giustizia si dispongono, infatti, in circolo, dandosi mutuo alimento e sostegno, sì da rendersi alquanto problematico stabilire chi in esso più dà ovvero più riceve.

Ad ogni buon conto, laddove si abbia particolare riguardo agli indirizzi giurisprudenziali formatisi in tema di tutela dei diritti fondamentali, sui quali maggiormente preme qui fermare l'attenzione, non va mai persa di vista la circostanza per cui la salvaguardia dei diritti stessi naturalmente si rifà ad una tradizione teorico-pratica maturata negli ordinamenti statali, dai quali peraltro proviene il personale di cui si compongono le Corti europee. È ovvio che queste ultime adattano poi la tutela alle indicazioni provenienti dalle Carte di cui sono istituzionalmente garanti ed al contesto in cui esse s'inscrivono e spiegano effetti. Nondimeno, è fuor di dubbio che indirizzi a volte risalenti già venuti alla luce in seno agli ordinamenti statali possano lasciare un segno anche marcato sulle decisioni adottate dalle Corti stesse.

D'altro canto, ad ulteriore sottolineatura del flusso ininterrotto di mutue suggestioni ed indicazioni che si ha in seno al circolo suddetto è la circostanza per cui le Carte dei diritti (Costituzione compresa) – come già da tempo è stato messo in chiaro dalla Consulta – "si integrano reciprocamente nella interpretazione" (sent. n. 388 del 1999), che è poi un modo diverso per dire che gli orientamenti giurisprudenziali risultano dotati di una struttura internamente articolata e composita, in essa rinvenendosi materiali culturali conformati ed incessantemente rinnovati da più mani.

dirittifondamentali.it

2. *La riscrittura a mano libera dei testi di legge da parte del giudice costituzionale, in violazione del limite del rispetto della discrezionalità del legislatore: quale ne è il giuridico fondamento?*

Venendo a dire specificamente delle relazioni tra Corte e legislatore, va in primo luogo osservato che esse pure si dispongono in circolo. E, invero, se la Corte fa certe cose è perché non le fa il legislatore o, comunque, le fa male, restando pertanto obbligati i giudici, *tutti* i giudici ma – per ciò che ora maggiormente importa – specialmente la Corte, a convertirsi innaturalmente in decisori politici. È peraltro un dato di tutta evidenza quello per cui la Corte è sollecitata ad un iperattivismo che, specie nelle sue più recenti espressioni, parrebbe non conoscere limiti e che ne dà la cifra maggiormente qualificante, in ciò peraltro accomunata ai giudici comuni.

Ancora una volta, come si vede, viene a determinarsi un'azione a tenaglia, frutto del concorso degli operatori di giustizia, con esiti che, a prima impressione, parrebbero essere soffocanti per il legislatore. Quest'ultimo, dal suo canto, non fa certe cose perché, in buona sostanza, le ha già fatte la Corte, nel mentre, quando le fa, non sempre riprende e linearmente svolge le indicazioni venute da quest'ultima, ora dandovi un seguito solo parziale e comunque complessivamente inappagante, ora addirittura frontalmente contrastandole (non infrequenti – come si sa – le violazioni del giudicato costituzionale, a volte palesi, altre volte invece abilmente camuffate e, perciò, non d'immediata percezione[3]). Certo, si hanno anche i casi di buona e, come suol dirsi, "leale" cooperazione tra gli attori sulla scena[4], che nondimeno – come si viene dicendo – ha di necessità da poggiare sul

[3] Ci rammenta di recente Corte cost. n. 199 del 2022 che la violazione o l'elusione del giudicato può aversi allorquando una nuova disposizione legislativa "riproduce un'altra dichiarata incostituzionale o ne persegue anche indirettamente il risultato" [in tema, di recente, E. FURNO, *Giudicato costituzionale*, in *Dig./Disc. pubbl., Agg.*, VIII (2021), a cura di R. Bifulco - A. Celotto - M. Olivetti, 207 ss., spec. 221 ss.].

[4] Misteriosa ai miei occhi appare la fortuna, ormai indiscussa, di siffatta qualificazione, che dovrebbe invero considerarsi scontata non immaginandosi una cooperazione che non sia appunto… *leale*.

mantenimento della tipicità dei ruoli[5]. Il quadro complessivo, insomma, si presenta al proprio interno alquanto variegato, non consentendo pertanto di pervenire ad esiti teorico-ricostruttivi di un solo segno, se non col costo evidente di un'eccessiva semplificazione e vistosa forzatura.

Irrisolta, ad ogni buon conto, resta la questione di fondo: a che titolo la Corte fa le veci del legislatore, riscrivendo talvolta di sana pianta i testi di legge e persino – il punto è di cruciale rilievo – la stessa Costituzione? E, invero, per strano che possa sembrare fa ad oggi difetto uno studio organico delle "modifiche tacite" – come si è soliti chiamarle – della Carta messe in atto dalle pronunzie emesse dalla Consulta[6], malgrado esse si presentino ormai estese a tutto campo, non lasciando immune alcun angolo seppur recondito della trama costituzionale; e si tratta – si faccia caso – di innovazioni, ora più ed ora meno marcate, che risultano prodotte non soltanto dalle decisioni c.d. manipolative o "normative"[7] ma anche da quelle di rigetto. La sostanziale riscrittura del parametro è, infatti, un *prius quodammodo* invariante

[5] È chiaro, per fare ora solo il primo esempio che viene in mente, che i vuoti determinati nelle discipline normative per effetto delle pronunzie di accoglimento emesse dalla Consulta dovranno essere quanto più celermente e nel modo migliore possibile colmati da una congrua nuova regolamentazione per mano del legislatore, salva ovviamente la eventualità che non ve ne sia il bisogno avendo la stessa Corte fatto luogo ad un'addizione normativa autosufficiente. In ogni caso – come si è appena rammentato – non è consentita la lesione del giudicato costituzionale, specie a mezzo della sostanziale riproduzione della normativa caducata.

[6] Le analisi, anche le più recenti ed approfondite, riguardanti le modifiche in parola non si appuntano infatti specificamente sulle novità introdotte dalla Consulta, verificando quindi quanta parte di esse sia stata sollecitata dalle autorità remittenti e quanta invece si debba ad una libera intrapresa dello stesso giudice costituzionale [in tema, *ex plurimis*, M.P. IADICICCO, *Dinamiche costituzionali. Spunti di riflessione sull'esperienza italiana*, in *Costituzionalismo* (www.costituzionalismo.it), 3/2019, 20 gennaio 2020, e, della stessa, *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 vedersi, se si vuole, il mio *Le modifiche tacite della Costituzione, settant'anni dopo*, 415 ss., nonché in *Riv. Gruppo di Pisa* (www.gruppodipisa.it), 2/2018, 20 giugno 2018. Inoltre, S. BARTOLE, *Considerazioni in tema di modificazioni costituzionali e Costituzione vivente*, in *Riv. AIC* (www.rivistaaic.it), 1/2019, 23 marzo 2019, 335 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.].

[7] Riprendo la qualifica da un noto scritto di G. SILVESTRI, *Le sentenze normative della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1981, 1684 ss., nonché in *Scritti in onore di V. Crisafulli*, I, Cedam, Padova 1985, 755 ss.

rispetto al tipo o sottotipo di decisione, dal momento che trovasi racchiusa nella premessa del ragionamento svolto che può quindi concludersi nell'uno ovvero nell'altro senso. Particolare rilievo va, al riguardo, assegnato a quelle di esse che si stabilizzano e radicano nell'ordinamento, in quanto veicolate da pronunzie seriali idonee a comporsi in veri e propri indirizzi ricostruttivi del dettato costituzionale che, una volta fatti propri e metabolizzati dagli operatori restanti (tra i quali, una volta di più, principalmente i giudici: ancora una conferma, dunque, della centralità del loro ruolo), si commutano in vere e proprie *consuetudini interpretative* della Carta, grazie appunto alla formidabile *vis* persuasiva di cui sono dotate. In realtà, talora – come si viene dicendo – si è in presenza di forme innaturali o, diciamo pure, abnormi di *revisione costituzionale ope juris prudentiae*, una revisione che, com'è chiaro, non lascia indenni gli stessi principi fondamentali, assai di frequente evocati a parametro delle questioni di costituzionalità, vale a dire quelle "supernorme" che – a stare ad una opinione, come si sa, assai accreditata – si pongono a limite delle stesse leggi approvate con le procedure dell'art. 138.

Tornando al quesito di centrale rilievo sopra enunciato, dalla osservazione delle più recenti tendenze della giustizia costituzionale verrebbe da dire che la "supplenza" messa in atto dalla Corte nei riguardi del legislatore risponda al motto machiavellico del fine che giustifica il mezzo.

Emblematica al riguardo l'evoluzione registratasi negli anni a noi più vicini. Fino a quando non si è avuta la invenzione con *Cappato* della discussa (e, per vero, discutibile[8]) tecnica decisoria in due tempi, la Corte era solita rigettare le questioni

[8] Senza stare ora a rievocare le non poche e non poco rilevanti riserve manifestate nei riguardi della tecnica in parola, mi limito qui a segnalare, ancora una volta, la contraddizione insita nel fatto del rinvio della decisione, peraltro già sostanzialmente anticipata dalla prima pronunzia del giudice costituzionale. Come si è fatto altrove notare, delle due infatti l'una: o la Corte reputa di non poter mettere piede in un campo materiale riservato a discrezionale apprezzamento del legislatore, ed allora non può chiaramente farvi luogo in seconda battuta, una volta scaduto inutilmente il termine concesso al legislatore perché intervenga a porre rimedio ad una disciplina normativa comunque carente; oppure è dell'avviso che ciò non le sia precluso (e così, come si sa, in effetti è), e in tal caso si fatica a capire perché mai non ponga subito mano al rifacimento della disciplina stessa, tanto più che poi lo stesso legislatore può variamente regolare la materia, sia pure nei limiti segnati dalla decisione della Consulta. Ciò che presenterebbe il vantaggio di dare senza indugio ristoro a diritti costituzionali bisognosi di

che si aprivano a plurimi esiti ricostruttivi del tessuto normativo, in nome del misterioso e mai definitivamente chiarito limite del rispetto della discrezionalità del legislatore. Si trattava però (e ancora oggi, laddove la tecnica suddetta non sia messa in atto, si tratta) di un esito frustrante, in primo luogo per i soggetti attivatisi, con dispendio di tempo e di risorse finanziarie anche cospicue, per avere finalmente giustizia e, a conti fatti, per la stessa Corte, obbligata a trattenersi laddove avrebbe voluto (e vorrebbe) spingersi ancora oltre. Non poche volte, peraltro, si leggeva (e talvolta ancora oggi si legge) nel corpo della parte motiva delle decisioni della Consulta l'affermazione secondo cui, se la questione fosse stata posta in modo diverso, l'esito del verdetto avrebbe potuto essere parimenti diverso e, perciò, rispondente alla domanda di giustizia rivolta alla Consulta stessa.

Si fermi, solo per un momento, l'attenzione sul punto. La Corte talvolta non nasconde di dolersi del fatto di non potere operare così come sollecitatole, talaltra però parimenti si duole di trovarsi costretta a far luogo – per riprendere una nota, fortunata espressione di un suo autorevole Presidente[9] – ad una supplenza "non richiesta e non gradita"[10]. Parrebbe, insomma, dare l'impressione di non essere mai contenta…

Sta di fatto che davanti a diritti fondamentali che reclamano in modo pressante tutela la Corte si porta, in casi ormai non più sporadici, oltre i confini entro i quali il *munus* demandatole può essere rettamente esercitato, commutandosi dunque in un decisore politico, anzi nel massimo dei decisori politici, fino a presentarsi quale un

---

appagamento. L'esperienza, peraltro, come si accennerà più avanti, rende conferma che il lasso temporale di cui il legislatore dispone rimane non sfruttato.

Tutto ciò posto, al di là dei profili tecnici, resta il fatto del mancato rispetto della discrezionalità del legislatore. Ciò che – come si viene dicendo – non è in alcun caso o modo tollerabile.

[9] Il riferimento è tratto – come si sa – dalla Conferenza stampa del Presidente G. Zagrebelzky del 2004 e specificamente riguarda l'impegno particolarmente gravoso cui la Consulta si è trovata a dover far fronte a seguito del rifacimento del Titolo V; la notazione, tuttavia, come si viene dicendo, appare essere dotata di generale valenza.

[10] … persino – si faccia caso – in ambiti materiali nei quali non dovrebbe aversene riscontro, perlomeno nelle forme vistose talvolta esibite, quale ad es. quello della disciplina penale (in tema, di recente, O. SPATARO, *Sindacato di legittimità costituzionale e legalità penale. Il delicato equilibrio tra ruolo della Corte costituzionale e discrezionalità del legislatore negli itinerari giurisprudenziali più recenti*, Palermo University Press, Palermo 2022, e, ora, G. DE VERO, *Crisi della legalità e del sistema penale*, in AA.VV., *Attraverso lo stato di diritto. Crisi e prospettive*, a cura di A. Lo Giudice, in corso di stampa per i tipi della Editoriale Scientifica, spec. §§ 3 e 4).

dirittifondamentali.it

autentico *potere costituente permanente*[11]. Ed occorre allora chiedersi se si diano argini effettivamente idonei a contenere quanto meno le più ardite espressioni di questo *trend* e quali gli eventuali rimedi esperibili al fine di ristabilire l'assetto istituzionale definito nella Carta, in seno al quale la Corte deve costantemente presentarsi quale un *potere costituito*, garante e non decisore politico.

Nella cornice teorica che si va ora delineando, l'art. 137, ult. c., usualmente considerata quale la norma di chiusura del sistema, rischia di andare incontro a torsioni semantiche ed applicative foriere di gravissimi effetti nocivi per l'intero sistema. Il divieto di impugnazione delle decisioni della Corte, nel peculiare significato che gli è proprio[12], ha la sua peculiare ed indefettibile ragion d'essere in un contesto istituzionale nel quale la Corte opera quale massimo garante del sistema (e, perciò, in primo luogo, dei diritti fondamentali lesi dalle leggi e da altri atti o comportamenti dei pubblici poteri). Se, però, la Corte dovesse nei fatti manifestarsi quale massimo decisore politico, il canone in parola, per una singolare eterogenesi del fine, vedrebbe alterato il suo originario e genuino significato, portando ad effetti francamente ripugnanti. Ed è perciò che l'interrogativo sopra posto in merito ai rimedi eventualmente praticabili, quanto meno per arginare le più vistose alterazioni del quadro, acquista centrale rilievo.

Ora, è chiaro che le maggiori responsabilità gravano, in primo luogo, sul legislatore, dal momento che, se quest'ultimo desse vita a prodotti normativi adeguati a venire incontro ad almeno alcune delle maggiori aspettative di tutela dei

[11] Ho già fatto oggetto di critici rilievi le esperienze in parola in studi precedenti, tra i quali, di recente, i miei *Dove va la giustizia costituzionale in Italia?*, in *Dir. fond.* (www.dirittifondamentali.it), 1/2021, 16 aprile 2021, 456 ss., e *La giustizia costituzionale in navigazione verso l'ignoto*, in *Diritti comparati* (www.diritticomparati.it], 2/2022, 9 giugno 2022. Una lettura più mite e temperata delle più salienti tendenze della giurisprudenza costituzionale, con specifico riguardo al versante dei conflitti di attribuzione ma con notazioni di più ampio respiro, è stata di recente affacciata da G. LANEVE, *Potere politico e potere giurisdizionale nel prisma della giurisprudenza costituzionale sui conflitti di attribuzione*, Cacucci, Bari 2022.

[12] … a riguardo del quale ragguagli possono aversi, se si vuole, dai miei *Storia di un "falso". L'efficacia* inter partes *delle sentenze di rigetto della Corte costituzionale*, Giuffrè, Milano 1990, e *Ripensando alla natura della Corte costituzionale, alla luce della ricostruzione degli effetti delle sue pronunzie e nella prospettiva delle relazioni con le Corti europee*, in AA.VV., *La Corte costituzionale vent'anni dopo la svolta*, a cura di R. Balduzzi, M. Cavino e J. Luther, Giappichelli, Torino 2011, 349 ss.

dirittifondamentali.it

diritti nutrite in seno al corpo sociale, la Corte non avvertirebbe il bisogno di provvedere al suo posto (e, prima ancora, non sarebbe sollecitata in tal senso dai giudici comuni). Per altro verso, con specifico riguardo alla tecnica decisoria della decisione in due tempi sopra accennata, se a seguito della prima pronuncia il legislatore facesse luogo alla salvaguardia dei diritti, risvegliandosi dal suo annoso letargo, la Corte non avrebbe necessità di perfezionare l'intervento preannunziato nella sua prima decisione e portare così ad effetto la manovra già avviata[13].

Il nodo della questione ha – com'è chiaro – natura politica, dal momento che le radici delle maggiori disfunzioni del sistema dei rapporti istituzionali affondano nel terreno in cui si rende manifesta la crisi della rappresentanza politica. Se n'è detto – come si sa – innumerevoli volte ed ora il tema non sarà qui neppure sfiorato[14]. Mi limito solo a rammentare che, ove non si trovi il modo per porre almeno in parte riparo ai guasti vistosi nei meccanismi istituzionali che si devono alla crisi in parola, sarà vano discettare in merito alla ricetta giusta per invertire un *trend* complessivo che va facendosi sempre più vistoso e gravido di negativi effetti a raggiera, per l'intero ordinamento.

Quel che, nondimeno, preme ora maggiormente rimarcare è che, in un contesto connotato dall'indeclinabile osservanza che tutti i poteri, pubblici e privati, sono tenuti a prestare nei riguardi dei canoni costituzionali relativi alle funzioni ed ai ruoli degli operatori istituzionali, il fine non può mai giustificare il mezzo, per la elementare ragione che i mezzi sono precostituiti rispetto ai fini[15], non già forgiabili secondo occasionali convenienze e senza limite alcuno. La Corte, insomma, non è (e non può essere) *Constitutioni soluta*, ciò che negherebbe l'essenza stessa della

[13] Il punto è, però, che la Corte considera appagante l'intervento del legislatore unicamente laddove si dimostri conforme alle indicazioni da essa somministrate, sovente somiglianti ai "principi e criteri direttivi" delle deleghe legislative.

[14] *Ex plurimis*, di recente, P. LOGROSCINO, *Complessità del governare, qualità dei politici e ruolo dei partiti. Note in tempo di pandemia*, in *Consulta OnLine* (www.giurcost.org), 2/2021, 3 maggio 2021, 406 ss., e, nella stessa *Rivista*, se si vuole, il mio *Lo stato comatoso in cui versa la democrazia rappresentativa e le pallide speranze di risveglio legate a nuove regole e regolarità della politica*, 1/2021, 25 gennaio 2021, 124 ss. Infine, I. CIOLLI, *La rappresentanza politica. Recenti trasformazioni di una categoria ineludibile*, in *Lo Stato*, 18/2022, 129 ss.

[15] Com'è stato efficacemente rilevato da A. PUGIOTTO, *Dalla "porta stretta" alla "fuga" dalla giustizia costituzionale? Sessant'anni di rapporti tra Corte e giudici comuni*, in *Quad. cost*., 1/2016, 169.

Costituzione quale *norma normans* ma non *normata* e, per ciò pure, l'essenza della giustizia costituzionale quale strumento al servizio della legalità costituzionale.

3. *Cosa resta della tipicità dei ruoli di Corte e legislatore per effetto dell'abbandono delle "rime obbligate" di crisafulliana memoria?*

Alla impostazione ora data ed agli svolgimenti da essa linearmente discendenti si può obiettare che, in fondo, la Corte non da oggi ha dato vita a pronunzie "normative" (non a caso, proprio questa – come si è rammentato – è la qualifica datane dalla dottrina dietro richiamata già quarant'anni addietro…); ed allora francamente non si vede in cosa si distinguano le nuove tecniche decisorie inaugurate da qualche anno a questa parte rispetto alle vecchie decisioni manipolative. Tutt'al più – verrebbe di dire – si sarebbe in presenza di "gradi" diversi di un fenomeno essenzialmente unitario e rimasto coerente con se stesso nei suoi più salienti sviluppi, vale a dire di differenze di quantità, non già di qualità.
Le cose non stanno tuttavia così; e, per avvedersene, basti fermare l'attenzione sull'espressione maggiormente appariscente dell'interventismo politico-normativo della Corte che è data dal sostanziale abbandono del limite delle "rime obbligate" e dalla loro sostituzione con le "rime possibili", ovverosia – secondo l'efficace qualifica datane da una sensibile studiosa – con i "versi sciolti"[16]. Il rispetto del

[16] Quest'ultima etichetta si deve – come si sa – a D. TEGA, *La Corte nel contesto. Percorsi di* ri-accentramento *della giustizia costituzionale in Italia*, Bononia University Press, Bologna 2020, 101 ss.; delle "rime possibili" hanno, tra gli altri discorso, 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; I. GOIA, *Una giustificabile "invasione" di campo*, in *Consulta OnLine* (www.giurcost.org), 3/2021, 9 dicembre 2021, 1001 ss., e G. BRUNELLI, *Un'additiva "a rime possibili" in tema di eguaglianza di genere nell'accesso alle cariche elettive*, in *Quad. cost.*, 3/2022, 594 ss. In tema, v., inoltre, *ex plurimis*, 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.; M. RUOTOLO, *Oltre le rime obbligate?*, in *Federalismi* (www.federalismi.it), 3/2021, 27 gennaio 2021, 58 ss., e, nella stessa *Rivista*, N. ZANON, *I rapporti tra la Corte costituzionale e il legislatore alla luce di alcune recenti tendenze giurisprudenziali*, 94 ss.; A. CAMAIANI, *Il valzer fabiano della Corte*

limite in parola si pone, infatti, quale precondizione della messa in campo anche delle tecniche decisorie maggiormente incisive. A rigore, se ci si pensa, il rispetto stesso, laddove davvero assicurato nella sua pura e genuina accezione, viene in buona sostanza a devitalizzare della propria *vis* normativa le pronunzie… *normative*, per la elementare ragione che ciò che è aggiunto *ope juris prudentiae* al dettato legislativo si pone, in tesi, quale l'*unica* soluzione possibile, meccanicamente discendente dal dettato costituzionale.

Sappiamo che, nei fatti, le cose non stavano (e non stanno) affatto così. Norme a "rime obbligate" non sembrano praticamente concepibili, salvo il caso che discendano da disposti ripetitivi per filo e per segno di quelli della Carta (ma, in tal caso, ovviamente, si tratterebbe di aggiunte inutili).

Un disposto – per fare ora solo il primo esempio che viene in mente – quale quello iscritto nell'articolo iniziale della legge 400 del 1988, con cui si definisce la composizione del Governo, c'è già – com'è noto – nell'art. 92 della Costituzione; a che serve, allora, riprodurlo tale e quale? È poi chiaro che disposti simili non sono né passibili di annullamento da parte della Consulta né abrogabili con referendum o con legge comune[17].

Il vero è che non si è mai ben capito quale spazio davvero residui per norme "nuove" aggiunte dalla Corte e, nondimeno, scevre di discrezionale apprezzamento. Se, infatti, sono davvero "nuove", parrebbe fatalmente venire meno il carattere "obbligato" delle rime, mentre il rispetto di quest'ultimo sembrerebbe portare fatalmente all'esito della inutilità della operazione effettuata.

Sia chiaro. Non intendo qui riprendere la questione teorica appena accennata e farne oggetto di studio; ciò che richiederebbe uno spazio ad essa specificamente

---

costituzionale in assenza delle rime obbligate. Illegittimo il tetto alle indennità per licenziamento non conforme alla legge, ma tocca (ancora!) al legislatore, in *Consulta OnLine* (www.giurcost.org), 3/2022, 2 novembre 2022, 1241 ss. Con specifico riguardo alla materia penale, v., di recente, O. SPATARO, *Sindacato di legittimità costituzionale e legalità penale*, cit., spec. 57 ss. e 74 ss., ma *passim*. Considera il nuovo *trend* giurisprudenziale consustanziale al ruolo della Corte G. SILVESTRI, *Del rendere giustizia costituzionale*, in *Quest. giust.*, 4/2020, 24 ss.

[17] Dubito, poi, che il disposto ora richiamato possa essere modificato anche con legge di revisione costituzionale, perlomeno entro certi limiti; la questione, però, assai complessa, non può essere qui oggetto di esame.

dedicato. La metafora delle "rime" era (ed è), nondimeno, conducente al fine di salvaguardare l'immagine che la Corte in passato accreditava di sé davanti agli operatori restanti (a partire, appunto, dal legislatore) e davanti alla pubblica opinione, col fatto stesso di delimitare l'area entro la quale potevano prendere forma anche le più incisive operazioni di giustizia costituzionale. L'esclusione di ogni apprezzamento discrezionale da parte del giudice delle leggi si poneva, dunque, quale una sorta di *a priori* logico ed assiologico allo stesso tempo, in vista del mantenimento della tipicità dei ruoli della Corte e del legislatore. Come si è appena fatto notare, esso costituiva obiettivamente la classica "foglia di fico"[18] che copriva le nudità impresentabili del giudice stesso, comunque necessaria, indisponibile, dal momento che al piano delle relazioni istituzionali *apparire* non è meno rilevante che *essere*[19].

Oggi, però, le cose – come si diceva – sono cambiate; e, per effetto delle più salienti novità registratesi nei meccanismi della giustizia costituzionale, si assiste ad una crescente confusione dei ruoli istituzionali, alla innaturale commistione di ciò che è proprio dei garanti (in ispecie, del massimo garante della legalità costituzionale) e di ciò che invece spetta ai decisori politici, al legislatore appunto.

È singolare la circostanza per cui la Corte non sembra avvedersi del cruciale rilievo della posta in palio, che – com'è evidente – è data dal mantenimento della identità e continuità del modello di Costituzione e di Stato costituzionale che abbiamo ereditato dalla gloriosa tradizione liberale, i cui connotati risultano mirabilmente scolpiti nell'art. 16 della Dichiarazione dei diritti del 1789, con il riferimento ivi fatto al riconoscimento dei diritti fondamentali ed alla separazione dei poteri,

[18] … per riprender l'efficace qualifica, ancora di recente, datavi da R. ROMBOLI, nella sua relazione al Seminario su *Corte costituzionale e opinione pubblica. Genesi, forme, finalità*, organizzato da *Quad. cost.*, Bologna 25 novembre 2022, in *paper*.

[19] Che si trattasse di una *fictio* è riconosciuto anche da un autorevole studioso ed ex Presidente della Corte costituzionale, G. SILVESTRI, in *Questioni aperte sui diritti in Europa. Incontro con Marta Cartabia e Gaetano Silvestri*, a cura di A. Saitta e G. Sorrenti, Editoriale Scientifica, Napoli 2022, 93 s.

dirittifondamentali.it

venendo meno la quale – come tutti sanno – verrebbe per ciò stesso meno, al di là delle astratte dichiarazioni fatte dalla Carta, la effettiva salvaguardia dei diritti[20].

Ed allora, al fondo della questione ora nuovamente discussa, si pone l'inquietante interrogativo che dà il titolo al paragrafo che ora si chiude: cosa resta della tipicità dei ruoli per effetto dell'abbandono delle "rime" di crisafulliana memoria?

4. *Il bisogno che la Corte fornisca un pugno di indicazioni essenziali volte a definire condizioni e limiti dei propri interventi normativi in vece del legislatore e i casi in cui questi ultimi non risultino d'immediata evidenza, in quanto messi in atto per via interpretativa*

Il quadro complessivo che parrebbe emergere dalla giurisprudenza costituzionale appare tuttavia essere al proprio interno assai articolato e composito.

Il limite della discrezionalità del legislatore viene infatti trattato – si è detto altrove[21] – a fisarmonica: ora fatto espandere ed ora è invece contratto, secondo occasionali convenienze. Certo, si danno circostanze in cui il suo superamento richiederebbe uno sforzo di produzione normativa (e di argomentazione a suo sostegno[22]) che la Corte oggettivamente non può dare (e, infatti, non si sente di

[20] Di diverso avviso O. SPATARO, *Sindacato di legittimità costituzionale e legalità penale*, cit., 64, a cui opinione l'invasione da parte della Corte del campo riservato al discrezionale apprezzamento del legislatore, laddove giustificato dal fine di assicurare tutela ai diritti fondamentali, "contribuisce a ristabilire il circuito democratico delle garanzie, e, anziché indebolirlo, lo rafforza" (v., inoltre, *amplius*, 84 ss.). Tesi, questa, che, come si vede, scinde, a mio modo di vedere inammissibilmente, la salvaguardia dei diritti dalla separazione dei poteri e, dunque, dalla tipizzazione dei ruoli istituzionali nei cui riguardi la Corte per prima è tenuta a prestare osservanza. Come si è, infatti, altrove segnalato [*In tema di paradossi della Costituzione e della giustizia costituzionale (prime notazioni)*, in *Consulta OnLine* (www.giurcost.org), 3/2022, 3 ottobre 2022, 1002 ss., spec. 1013 ss.], sarebbe paradossale che la Corte pensi di poter preservare l'equilibrato riparto delle competenze stabilito nella Carta discostandosene però per la sua parte.

[21] … nel 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.

[22] Mai rimarcato abbastanza il cruciale rilievo della motivazione delle decisioni della Corte, a riguardo della quale, 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. Per le differenze con lo stile argomentativo

dare), avuto specifico riguardo ai casi in cui sarebbe necessario il rifacimento organico, praticamente di sana pianta, di discipline normative afflitte da gravi carenze: un impegno, questo, al quale non è possibile far fronte con una sola pronunzia, per ampia e finemente argomentata che sia, e a volte neppure con una serie di pronunzie strutturalmente e funzionalmente legate l'una all'altra[23]. Proprio nella più recente giurisprudenza si riscontrano, nondimeno, più casi in cui il limite suddetto è fatto valere[24], mentre altre volte, come si è poc'anzi veduto, è saltato a piè pari; e la stessa Corte non si trattiene dal darne esplicita conferma.

Il punto è, però, che non si dà alcun criterio sicuro che consenta di prevedere in modo sufficientemente attendibile come la Corte si pronunzierà nel corso di questa o quella vicenda processuale. Non v'è, insomma, alcun canone prestabilito, sia pure dalla stessa Corte forgiato, ora per via di autonormazione e ora per via giurisprudenziale, che, ancorché in modo elastico, possa dare un qualche orientamento (ai giudici comuni in primo luogo, in sede di prospettazione delle questioni di costituzionalità, e, quindi, alla stessa Corte, al momento della loro risoluzione). Ed è chiaro, allora, che, in un contesto complessivamente sregolato[25], le stesse autorità remittenti, nel dubbio, possono sentirsi – come si diceva – incoraggiate a presentare talune questioni piuttosto che a rigettarle.

Ebbene, si capisce che la Corte preferisca tenersi le mani libere, sì da potersi determinare come meglio crede in ragione dei casi. Sta di fatto però che la

---

invalso in contesti di *common law*, v., almeno, V. VARANO, *Regola del precedente,* overruling*, giustizia predittiva*, in AA.VV., *Ricordando Alessandro Pizzorusso. Il diritto giurisprudenziale*, a cura di V. Messerini - R. Romboli - E. Rossi - A. Sperti - R. Tarchi, University Press, Pisa 2020, 173 ss.; pure *ivi*, V. FREDIANELLI, *L'uso del precedente interno da parte della Corte suprema statunitense: la vicenda del* prospective overruling, 221 ss., e V. BARSOTTI, *Diritto giurisprudenziale e comparazione giuridica*, 245 ss.; infine, G. ROMEO, *L'argomentazione costituzionale di* common law, Giappichelli, Torino 2020.

[23] Ciò che, peraltro, a volte si ha, con riferimento ai casi in cui la Corte opta per definire in più tempi questioni "complesse" racchiuse in una stessa ordinanza di remissione. Non sempre però una o più delle decisioni che le riguardano si presentano come "normative" nel senso ora indicato.

[24] V., tra gli altri, quelli di cui a Corte cost. nn. 176, 177, 202, 203 e 214 del 2022.

[25] In realtà, come sappiamo, la *Grundnorm* che *dovrebbe* stare a base delle esperienze in parola si ha, ed è quella di cui all'art. 28 della legge 87 del '53; solo che essa è ormai da considerare desueta, travolta dalla marea montante di una giurisprudenza da essa complessivamente discosta.

decisione di… *decidere* ovvero di *non decidere* è, in sé e per sé, eminentemente politica. Una partita a due in cui uno dei giocatori possa forgiare e variamente adattare alle circostanze le regole del gioco mentre quest'ultimo è in corso appare essere alterata in partenza, non versando i giocatori stessi in una condizione di astratta parità.

Ora, non sono così ingenuo da prefigurarmi che la Corte possa tornare bruscamente indietro e rivedere da cima a fondo un orientamento della cui bontà si è ormai fatta convinta. Non dimentico, infatti, il saggio monito a non pretendere di abbattere a testate un muro granitico che ci sta di fronte. Mi pare, tuttavia, che si possa (e debba) chiedere alla Corte di stabilire un pugno essenziale di principi o criteri ai quali far capo da parte degli operatori tutti (e, dunque, della stessa Corte) laddove si reputi necessaria ed urgente una produzione normativa discrezionalmente forgiata per via pretoria, in vece di quella legislativa colpevolmente mancante. Un quadro che, al fine di presentarsi ancora più visibile e chiaro, dovrebbe a mia opinione risultare, in primo luogo, dalle norme integrative allo scopo opportunamente modificate, per essere quindi opportunamente precisato in sede giurisprudenziale a mezzo di regole congrue rispetto ai casi. D'altronde, se la Corte reputa talora di poter impartire decaloghi per la futura normazione al legislatore – come ha appunto fatto in *Cappato* e in numerose altre occasioni –, non vedo perché mai debba astenersi dal farlo a… *se stessa*, salvo che essa, diversamente dal legislatore, neghi per sé la qualità di *potere costituito*[26].

Sia chiaro. Non intendo affatto qui venir meno al mio fermo convincimento secondo cui, in ogni caso, la tipicità dei ruoli, rispettivamente propri dei garanti e dei decisori politici, ne soffre. Stabilire a quali condizioni ed entro quali limiti i ruoli stessi possono essere mescolati tra di loro è pur sempre un *vulnus* al principio della separazione dei poteri che – come si diceva – non può non valere anche per la Corte, salvo appunto a riconoscerne la qualità di *potere costituente permanente*.

[26] Come si vede, è qui il *punctum crucis* che torna costantemente a riaffacciarsi, a riprova del fatto che la questione qui discussa coinvolge più generali questioni della teoria costituzionale.

Diciamo allora che la soluzione qui caldeggiata è un compromesso (non saprei francamente dire se onorevole…) al fine di preservare un brandello di tipicità dei ruoli stessi. Il legislatore, infatti, gode istituzionalmente di potere discrezionale – come suole essere chiamato – che può (e deve) far valere, proprio perché sollecitato dalla Carta ad apprestare le soluzioni politico-normative maggiormente idonee a venire incontro ai più diffusi ed avvertiti bisogni emergenti dal corpo sociale, attivandosi nelle forme e nei modi adeguati al loro ottimale appagamento, alle condizioni oggettive di contesto[27]. La Corte, di contro, *potrebbe* (condizionale non casuale…) scendere in campo e fare le veci del legislatore unicamente a certe condizioni ed entro certi limiti: ad es., come si diceva, laddove non sia richiesto il complessivo rifacimento di un dettato normativo gravemente carente e, ancora, laddove lo stesso si presenti solo in una sua parte assai circoscritta frontalmente contrastante con i principi fondamentali dell'ordinamento, e non già meramente incompatibile con norme inespressive dei principi stessi[28], vale a dire laddove sia acclarata la particolare gravità del *vulnus* e l'impossibilità di tollerarne oltre modo l'incisione, e via dicendo.

Non si trascurino, ad ogni buon conto, i casi in cui il limite della discrezionalità del legislatore è disinvoltamente aggirato, ora dai giudici comuni ed ora dalla stessa Corte, per via interpretativa, in ispecie a mezzo di usi distorti del canone della interpretazione conforme[29], quali si hanno non soltanto ogni qual volta si dilatino innaturalmente i confini segnati dalla lettera degli enunciati legislativi ma anche – ed è, forse, peggio – laddove unitamente a ciò si assista al rovesciamento del verso

[27] Così, ad es., laddove si tratti di dare riconoscimento ai c.d. "nuovi" diritti fondamentali ovvero di dare ingresso a Carte dei diritti venute a formazione in seno alla Comunità internazionale o comunque fuori dei confini nazionali, per ragioni altrove illustrate, dovrebbe farsi luogo all'utilizzo dello strumento della legge costituzionale.

[28] Naturalmente, ciò riproporrebbe la vessata questione concernente il riconoscimento dei principi in parola, a riguardo della quale tuttavia nulla può qui dirsi e deve farsi pertanto rimando alle sedi in cui essa è specificamente trattata [indicazioni, volendo, nel mio *I principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale tra interpretazioni storicamente orientate e revisioni a finalità espansiva*, in *Consulta OnLine* (www.giurcost.org), 2/2022, 12 maggio 2022, 473 ss.].

[29] Ciò che si ha nelle sedi in cui si amministra la giustizia comune è, nondimeno, come si sa, difficilmente intercettabile, restando il più delle volte sommerso e non conoscibile al di fuori della cerchia ristretta dei protagonisti del giudizio. Si pensi, ad es., alle questioni di costituzionalità sollevate dalle parti e rigettate perché giudicate "manifestamente infondate".

dell'orientamento interpretativo, rileggendosi il dettato della Carta costituzionale (o di altri documenti idonei a porsi a parametro in sede di giudizio) in vista della conservazione – costi quel che costi – dell'atto che dovrebbe ad esso conformarsi[30].

Al di là della diversità della tecnica di volta in volta messa in atto, ciò che ad ogni buon conto importa è l'esito di una produzione giuridica per via pretoria: a volte resa immediatamente visibile, in quanto veicolata da modifiche testuali (specie per

[30] Non si trascuri, poi, la circostanza per cui, quand'anche la Corte solleciti i giudici comuni a dar fondo a tutte le risorse interpretative di cui dispongono al fine di preservare integri i testi di legge e, dunque, dia l'impressione di voler valorizzare il ruolo dei giudici stessi, ugualmente mantiene salda la "regia" – se così può dirsi – del processo ermeneutico, ribadendo dunque, anche per quest'aspetto, la centralità del posto dalla stessa detenuto nel sistema dei pubblici poteri [varie notazioni al riguardo, tra gli altri, in G. SORRENTI, *La (parziale) riconversione delle "questioni di interpretazione" in questioni di legittimità costituzionale*, in *Consulta OnLine* (www.giurcost.org), 2/2016, 293 ss.; M. LUCIANI, *Interpretazione conforme a Costituzione*, in *Enc. dir., Ann.*, IX (2016), 391 ss.; AA.VV., *Interpretazione conforme, bilanciamento dei diritti e clausole generali*, a cura di G. Bronzini e R. Cosio, Giuffrè, Milano 2017, spec. i contributi di cui alla parte II; G. REPETTO, *Il canone dell'incidentalità costituzionale. Trasformazioni e continuità nel giudizio sulle leggi*, Editoriale Scientifica, Napoli 2017, 99 ss.; Giov. D'AMICO, *Principi costituzionali e clausole generali: problemi (e limiti) nella loro applicazione nel diritto privato (in particolare nei rapporti contrattuali)*, in AA.VV., *Principi e clausole generali nell'evoluzione dell'ordinamento giuridico*, a cura dello stesso Giov. D'Amico, Giuffrè, Milano 2017, 49 ss., spec. 66 ss.; M. RUOTOLO, *L'interpretazione conforme torna a casa?*, in *Riv. Gruppo di Pisa* (www.gruppodipisa.it), 3/2019, 30 ottobre 2019, 37 ss.; F. POLITI, *L'interpretazione costituzionalmente conforme fra giudice delle leggi e giudice di legittimità. Alcune riflessioni alla luce recenti pronunce della Corte costituzionale*, in *Lo Stato*, 13/2019, 155 ss.; G. PARODI, *L'interpretazione conforme a Costituzione. Profili di comparazione*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, num. spec. 2019, 555 ss.; A.I. ARENA, *Note minime su interpretazione e giudizio accentrato di costituzionalità*, in *Riv. Gruppo di Pisa* (www.gruppodipisa.it), 3/2019, 5 dicembre 2019, 163 ss.; F. MODUGNO, *Le novità della giurisprudenza costituzionale*, in *Lo Stato*, 14/2020, 101 ss.; P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti*[4], II, *Fonti e interpretazione*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli 2020, spec. 266 ss. e 376 ss.; V. BALDINI, *Costituzione e razionalizzazione della politica. Aspetti problematici di un distico dilemmatico in "moto perpetuo"*, in *Dir. fond.* (www.dirittifondamentali.it), 1/2020, 28 gennaio 2020, spec. 292 ss.; R. ROMBOLI, *Il sistema di costituzionalità tra "momenti di accentramento" e "di diffusione"*, in *Riv. Gruppo di Pisa* (www.gruppodipisa.it), 2/2020, 26 maggio 2020, 4 ss., e, dello stesso, *Il giudizio di costituzionalità delle leggi in via incidentale*, in AA.VV, *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (2017-2019)*, a cura dello stesso R., Giappichelli, Torino 2020, 72 ss.; G. PITRUZZELLA, *L'interpretazione conforme e i limiti alla discrezionalità del giudice nella interpretazione della legge*, in *Un riaccentramento del giudizio costituzionale? I nuovi spazi del giudice delle leggi, tra Corti europee e giudici comuni*, in *Federalismi* (www.federalismi.it), 3/2021, 27 gennaio 2021, 161 ss.; nella stessa *Rivista*, v., inoltre, l'*Editoriale* di G. DE VERGOTTINI, *La Corte costituzionale tra riaccentramento e riequilibrio del sistema*, spec. § 2, e S. STAIANO, *Corte costituzionale e giudici comuni. La congettura del riaccentramento*, 102 ss. Quanto alla materia penale, v., almeno, V. NAPOLEONI, *L'onere di interpretazione conforme*, in V. MANES - V. NAPOLEONI, *La legge penale illegittima*, Giappichelli, Torino 2019, 49 ss. Per l'indirizzo della giurisprudenza eurounitaria, V. PICCONE, *Primato e pregiudizialità: il ruolo dell'interpretazione conforme*, in AA.VV., *Il rinvio pregiudiziale*, a cura di F. Ferraro e C. Iannone, Giappichelli, Torino 2020, 325 ss. In giurisprudenza costituzionale, di recente, v. sentt. nn. 192 e 219 del 2022].

il tramite di pronunzie additive), altre volte invece abilmente mascherata, restando interna alla sostanza normativa degli enunciati fatti oggetto di originali rifacimenti semantici. Muta, chiaramente, l'effetto dell'operazione condotta nei due casi, dal momento che, nel primo, le nuove norme risultano dotate di efficacia generale, mentre nel secondo le innovative riletture dei testi sono dotate unicamente di forza persuasiva. E, invero, non può escludersi che interpretazioni conformi (*rectius*, "sananti") somministrate dal giudice delle leggi non trovino poi riscontro nel diritto vivente forgiato dai giudici comuni, tant'è che non di rado la Corte si trova – come si sa – costretta a convertire originarie pronunzie di rigetto in decisioni di accoglimento ("secco" o manipolativo che sia).

5. *Alla ricerca di rimedi efficaci avverso le indebite omissioni del legislatore (con specifico riguardo al risarcimento dei danni ad esse conseguenti)*

È, ad ogni buon conto, di tutta evidenza che, anche al fine di circoscrivere al massimo i casi in cui si ha riscontro di siffatte anomale forme di "sussidiarietà" per mano della Corte – si abbiano, o no, alla luce del sole –, occorre tornare a riflettere sui rimedi concretamente esperibili per sollecitare il legislatore a risvegliarsi dal suo annoso letargo ed a colmare perciò almeno le più gravi e vistose carenze della normazione, specie appunto laddove riguardino i diritti fondamentali (vecchi e nuovi).

Sono da tempo convinto (e mi radico, anzi, sempre di più nel convincimento) che allo scopo non giovi né l'esercizio "sussidiario" della normazione, di cui si è appena discorso, né i moniti racchiusi nelle pronunzie di rigetto, così come un tempo si era soliti fare ed ancora oggi, peraltro, talora si fa.

Né l'una cosa, dal momento che il rischio, avvalorato da plurime esperienze, è che il legislatore, "confortato" o, come che sia, insensibile dinnanzi alla invasione di campo patita per mano della Consulta, si senta – come si diceva – viepiù incoraggiato a restare inerte davanti alle pur ripetute sollecitazioni indirizzategli da

dirittifondamentali.it

quest'ultima, come d'altronde attesta la pratica fallimentare delle doppie pronunzie inaugurata in *Cappato*[31]. Né l'altra, poi, tant'è che proprio dalla presa d'atto della sostanziale inefficacia dei moniti suddetti è venuta la spinta maggiore per la "invenzione" da parte della Corte di inusuali e particolarmente incisivi strumenti decisori.

Seguito, piuttosto, a ritenere che il rimedio maggiormente efficace sia quello di obbligare lo Stato a risarcire i danni causati dalle omissioni del legislatore[32], sempre che – beninteso – risulti provato il nesso di causalità tra le stesse e i *vulnera* recati alla sfera soggettiva degli agenti, in ispecie appunto ai loro diritti fondamentali (tanto più poi – tengo a precisare – laddove a pagarne le conseguenze siano i soggetti maggiormente vulnerabili ed esposti[33]).

È vero che – come si è, ancora di recente, altrove osservato –, una volta che dovesse darsi spazio al riconoscimento del rimedio in parola, si andrebbe incontro al rischio di ritardi consistenti nella confezione delle leggi, nella consapevolezza che carenze vistose di cui esse si rendano responsabili, possano spianare la via ad esborsi anche cospicui di denaro per le già sofferenti casse dello Stato. D'altro canto, l'inerzia

---

[31] Non è tuttavia da escludere che – come si diceva – il legislatore reagisca avverso l'iniziativa messa in atto dalla Corte, dando vita ad una disciplina legislativa rispetto ad essa disallineata.

[32] La questione, da tempo discussa (v., part., R. BIFULCO, *La responsabilità dello Stato per atti legislativi*, Cedam, Padova 1999; C. BUONAURO, *Il risarcimento del danno da atto legislativo*, Giuffrè, Milano 2004; C. PANZERA, *La responsabilità del legislatore e la caduta dei miti*, in *Pol. dir.*, 3/2007, 347 ss.; G. SILVESTRI, *Il problema degli effetti delle leggi in contrasto con la Costituzione: la responsabilità dello Stato e i diritti dei cittadini*, in *Giorn. dir. amm.*, 2015, 585 ss.; R. CONTI, *Il rilievo della CEDU nel "diritto vivente": in particolare il segno lasciato dalla giurisprudenza "convenzionale" nella giurisprudenza dei giudici comuni*, in AA.VV., *Crisi dello Stato nazionale, dialogo intergiurisprudenziale, tutela dei diritti fondamentali*, a cura di L. D'Andrea - G. Moschella - A. Ruggeri - A. Saitta, Giappichelli, Torino 2015, 87 ss.; M. DI FRANCESCO TORREGROSSA, *La responsabilità dello Stato-Legislatore e l'attività amministrativa*, Editoriale Scientifica, Napoli 2019; C. MASCIOTTA, *Costituzione e CEDU nell'evoluzione giurisprudenziale della sfera familiare*, Firenze University Press, Firenze 2019, spec. 156 ss.), è oggi particolarmente avvertita da una sensibile dottrina [riferimenti in M. DI FRANCESCO TORREGROSSA, *Ulteriori spunti sulla posizione della giurisprudenza in materia della responsabilità dello stato-legislatore*, in *Federalismi* (www.federalismi.it), 24/2022, 21 settembre 2022, 131 ss.; nella stessa *Rivista*, F. SOLURI, *Qualche spunto di 'ragionevole' riflessione in tema di responsabilità del legislatore:* The King can do no wrong?, 24/2021, 20 ottobre 2021, 198 ss.; A.G. PIETROSANTI, *Verso una graduale "responsabilizzazione" dello Stato (legislatore)?*, in *Nuove aut.* (www.nuoveautonomie.it), 3/2021, 905 ss. Infine, volendo, anche il mio *Principio di responsabilità e integra trasmissione dell'ordinamento nel tempo*, in *Dir. fond.* (www.dirittifondamentali.it), 2/2022, 1 luglio 2022, 225 ss.].

[33] … sui cui diritti, ora, P. SCARLATTI, *I diritti delle persone vulnerabili*, Editoriale Scientifica, Napoli 2022.

relativa è, perlomeno in molti casi[34], ancora peggiore di quella assoluta… Una soluzione ideale che presenti solo vantaggi e non comporti alcun costo, comunque, non v'è, quanto meno non riesce a me di vederla; ed allora è giocoforza optare per il minor male.

Ad ogni buon conto, l'ipotesi che norme di rango primario possano portare a risarcimenti pecuniari è meno peregrina di quanto a prima impressione sembri, come dimostra ad es. la previsione di siffatta ipotesi in ambito eurounitario, segnatamente laddove gli Stati membri dell'Unione non si attivino per dare esecuzione alle sentenze della Corte di giustizia e, in genere, ove si rendano responsabili di inadempimenti agli obblighi "comunitari"; similmente, poi, per ciò che riguarda le "carenze" degli organi dell'Unione. E così come d'altronde si ha nell'ordinamento eurounitario, sarebbe poi per vero necessario che se ne abbia positivo riscontro in una disciplina specificamente riguardante i risarcimenti in parola[35]. Come non di rado accade, tuttavia, nulla esclude che essa sia preceduta da un riconoscimento giurisprudenziale, in ispecie nelle sedi in cui si amministra la giustizia comune[36]. Qualora, infatti, facendosi animo, lo stesso giudice costituzionale desse il riconoscimento in parola, pronta sarebbe l'obiezione che nessuna norma, della Carta così come delle leggi relative ai giudizi di costituzionalità, lo autorizza a portarsi oltre il recinto dell'accertamento (sia pure talora in forma manipolativa) della invalidità dei testi di legge, fino appunto a dare un ristoro economico alla parte che lo abbia eventualmente richiesto.

[34] A volte infatti una "non legge" è preferibile ad una cattiva legge, nel senso che reca offese alla Costituzione ed ai diritti meno gravi di quelle derivanti dalla seconda.

[35] Di sicuro maggiormente puntuale e avanzata rispetto a quella contenuta nella nostra Carta appare la normativa in tema di responsabilità che si ha nel Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (art. 258 ss.); ciò che, nondimeno, ha la sua ragione d'essere nella peculiare natura dell'ordinamento in cui essa s'inscrive e dei rapporti che in esso s'intrattengono sia tra gli organi dell'Unione che tra questi e gli Stati membri, nonché tra questi ultimi *inter se*.

[36] Non si dimentichi, infatti, che i primi garanti dei diritti fondamentali – come opportunamente ci rammenta R. BIN, *Chi è responsabile delle "zone franche"?*, in AA.VV., *Ricordando Alessandro Pizzorusso. Il pendolo della Corte. Le oscillazioni della Corte costituzionale tra l'anima 'politica' e quella 'giurisdizionale'*, a cura dello stesso Romboli, Giappichelli, Torino 2017, 152 – sono proprio i giudici comuni.

6. *Una succinta, preoccupata notazione finale*

Al tirar delle somme, i rapporti tra Corte e legislatore vivono oggi, più ancora di quanto non si sia avuto in passato, una stagione segnata da gravi incertezze e fluidità di quadro, al punto che affacciare seppur problematicamente previsioni su come i rapporti stessi possano evolvere già nel prossimo futuro appare francamente essere un azzardo. Certo, il *trend* registratosi nel corso degli anni è vistoso nel verso di una costante espansione degli interventi – dichiarati o mascherati che siano – dell'una nella sfera dell'altro, obbligata dunque a patire vistose contrazioni. È vero che si è fatto luogo alla "invenzione" di talune tecniche decisorie a finalità conservativa, come tali a prima impressione rispettose della sfera suddetta, quale ad es. quella della interpretazione conforme; si è però veduto che essa assume varie movenze, non sempre conformi a modello.

Sta di fatto che le tecniche in parola, al pari peraltro di ogni altra, sono naturalmente portare a rimarcare sempre di più il ruolo dei giudici, di quelli comuni in prima battuta e, quindi, dello stesso giudice costituzionale, nondimeno chiamato pur sempre a confrontarsi e, se del caso, a misurarsi con le Corti europee.

Per quest'aspetto, il ruolo del legislatore appare fatalmente destinato a recedere sempre di più, salvo appunto il caso che nelle sedi della rappresentanza politica si metta finalmente mano all'attuazione in una misura complessivamente soddisfacente delle previsioni della Carta, in ispecie – come si è venuti dicendo – di quelle che danno voce ai diritti fondamentali. Un'ipotesi, questa, che tuttavia appare essere sempre più astratta o, diciamo pure, di scuola, a motivo della rilevata, ingravescente carenza di rappresentatività dei rappresentanti.

Non prendendo, dunque, piede una sostanziale inversione di tendenza, seguiteremo – temo – ad assistere a graduali occupazioni da parte dei giudici del campo riservato al legislatore, alle quali potremo non risparmiare critiche anche assai aspre, senza però riceverne alcuna consolazione. Ci troveremo allora costretti a ripensare *ab ovo* alla Costituzione ed allo Stato costituzionale, nell'intento di

ricostruirne con materiali concettuali nuovi le basi portanti (sempre che si riesca a farvi luogo…).

Confesso che questo scenario mi inquieta non poco.

dirittifondamentali.it

dirittifondamentali.it

Dirittifondamentali.it - Fascicolo 3/2022
Data di pubblicazione – 19 dicembre 2022

Immigrant Labour exploitation: the development of the "Corporate Due Diligence" as a new response to the phenomenon

di
Chiara Di Stasio*

SOMMARIO: 1. Introduction - 2. Labour Exploitation, between Slavery, Trafficking and Forced Labour in the International and European Law. – 3. The position of the International Courts on Labour Exploitation, Trafficking and Slavery - 4. A change of perspective: the 2011 "*United Nations Guiding Principles on Business and Human Rights (UNGPs)*". - 5. Directs impacts of *UNGPs*: *National Action Plan* (NAP) *on Business and Human Rights* and their effectiveness in addressing violations and abuses. - 6. Indirect impacts of *UNGPs*: Recent National legislations targeting Modern Slavery and Forced Labour based and the 2021 *EU proposal of Directive on Corporate Due Diligence and Corporate Accountability*. – 7. Conclusion

1. Introduction

One of the most complex challenge of today's society is the violation of fundamental rights related to labour exploitation which often results in a real enslavement, with the loss of the victim's ability to self-determination. This phenomenon is strictly linked with the development of migratory pressure, globalisation and economic competition.

Today, labour exploitation represents the choice made by several enterprises, at the expense of the migrant workforce, in order to unlawfully bypass their own manufacturing costs within an increasingly competitive and fierce labor market. The labour market is interested by a sort of *deregulation*[1] and it is characterised by a

* Professore Associato di Diritto Internazionale, Università degli Studi di Brescia, Dipartimento di Giurisprudenza.

[1] R. DE PUNTA, *Diritto del lavoro*, Milano, Giuffrè, 2018, p. 7.

Contributo sottoposto a referaggio

dirittifondamentali.it

reduction of guarantees in the employment relationship. On the one hand, strong economic operators has increased the power exercisable and, on the other side, the workforce is often forced to accept contractual conditions highly detrimental to human dignity[2]. In a high percentage, this workforce is represented by migrants who leave their Countries of origin in search of better living conditions in the hosting Countries, where unfortunately they can't benefit from social policies capable of removing them from a state of marginalization and of promoting their skills. This represents a huge social, humanitarian and economic challenge which has been to long undervalued and not well counteracted by national and international measures, except from a purely criminal point of view[3]. The phenomenon of labour exploitation, which is strictly linked with the trafficking in human being, is not confined to the sphere of organized crime but involves many activities and profiles that permeate entire sectors of the production system[4].

From a legal point of view, the issue under analysis is mainly faced by an top-down or a "governamental" approach that is to say by a set of rule posed by international and national legislative instruments that tried to regulate the phenomenon as a whole but they can't capture the infinite features of it.

The scope of the present research is to show the necessity of a change of perspective. Long term structural measures should in fact drift away from a merely top-down and criminal perspective and above all, by means of a multisector, bottom up and soft law approach, concern the responsibility of companies involved

[2] See E. SANTORO, *Diritti Umani, lavoro, soggetti migranti: procedure e forme di neo-schiavismo,* in T. CASADEI (ed.), *Diritti umani e soggetti vulnerabili, violazioni, trasformazioni ed aporie,* Torino, Giappichelli, 2012, p. 230; C. STOPPIONI, *Intermediazione illecita e sfruttamento lavorativo: prime applicazioni dell'art. 603-bis c.p.,* in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanz.,* 2019, n. 2, pp. 70-94.

[3] L. TRUCCO, *L'evoluzione della normativa relativa allo sfruttamento lavorativo dei migranti/caporalato e fattispecie correlate*, in *Ius Migrandi*, FrancoAngeli, 2020, pp. 639-66; C. COSTELLO, M. FREEDLAND, *Migrants at work and the division of labour law,* in C. COSTELLO, M FREEDLAND. (eds.) *Migrants at work. Immigration and vulnerability in labour law*, Oxford University Press, 2014, pp. 1-26.

[4] Numerous international reports highlight the progressive expansion of the phenomenon on a global level. See, Council of Europe, *9th General Report on Group of Experts on Action against Trafficking in Human Beings* (GRETA) activities, 2019, available at rm.coe.int/9th-general-report-on-the-activities-of-greta-covering-the-period- from/16809e169e; United Nations, *Statement by Ms Maria Grazia Giammarinaro, Special Rapporteur on trafficking in persons, especially women and children*, 25.10.2019, in www.ohchr.org.

in the production system. This new approach can facilitate the emergence of a new collective consciousness that can help to prevent the rise of the phenomenon rather than fighting the consequences of it on a criminal level.

2. Labour exploitation, between Slavery, Trafficking and Forced Labor in the the International and European Law

At international and European level, the situation seems to be confused because it may be hard to determine whether labour exploitation should be included within the offence of "trafficking" or under the umbrella of the so called "modern slavery". Historically, International and European Human Rights Law relating to labour exploitation addresses specific phenomena, such as: slavery, servitude, forced labour and, more recently, trafficking in human beings. At the same time, labour law standards emerged in the framework of the International Labor Organization (ILO) in order to promote decent working conditions, including safety and health at work.

The question is much more complex considering that the boundaries between slavery and trafficking are not well defined. Moreover, it is not easy to define modern forms of slavery because no national or international instrument, today, includes any express notion of "modern slavery" and this lack generates continuous uncertainties. There is no certainty whether the general international rule on the prohibition of slavery offered by the first multilateral Slavery Convention of 25 September 1926[5] today may include new cases and current situations that are assimilated to slavery.

After the Second World War, thanks to the humsn rights movements, the prohibition of slavery was included in various Declarations and Charters, in particular in art. 4 of the Universal Declaration of Human Rights, adopted on the

[5] See, Slavery Convention, signed at Geneva on 25th of September 1926, entry into force on the 9th of March 1927, in accordance with article 12, available at https://www.un.org/en/genocideprevention/documents/atrocity-crimes/Doc.13_slavery%20conv.pdf.

dirittifondamentali.it

10th of December 1948 by the General Assembly of the United Nations[6], which explicitly prohibits slavery and servitude, as well as any form of slave trade. Among the regional instruments, art. 4 of the European Convention on Human Rights also prohibits slavery and forced labour. Similar norms are provided for in art. 6, entitled "*Freedom from slavery*" of the American Convention on Human Rights and in art. 5 of the African Charter. Finally, contemporary international criminal law includes slavery among the international crimes.

The most controversial question it that the notion of slavery, first codified in the aforementioned 1926 Convention, has been debated for a long time[7]. In fact, in art. 1.1 we read that: "*Slavery is the* status *or condition of a person over whom any or all of the powers attaching to the right of ownership are exercised"*. The norm seems to refer to the condition of those who are legally considered as a "*private property*" and, therefore, deprived of all rights and completely subject to the will of the owner, thus approaching the condition in which slaves were considered as goods that could be sold (the so-called "*chattel slavery*"). But we must recall that legal slavery has been banned from all national legal system. So the 1926 slavery definition could appear, today, without meaning. That's why it was abandoned in its practical application by judges, even if it was not eliminated. Indeed, it was reproduced later in other international instruments such as the 1998 Rome Statute of the International Criminal Court. So, in the last year there have been many doctrinal studies aimed to "modernize" the 1926 definition in order to adapt it to new forms of slavery[8]. Today, in fact, the notion of slavery has further expanded to

[6] See. S. TONOLO, G. PASCALE, *La Dichiarazione universale dei diritti umani nel diritto internazionale contemporaneo,* Giappichelli, 2020.

7 See J. ALLAIN, *Contemporary Slavery and Its Definition in Law,* in A. BUNTING, J. QUIRK (ed.), *Contemporary slavery: Popular Rhetoric and Political Practice*, 2017, pp. 37-66; ID., *The Definition of Slavery in International Law,* in *Howard International Law Journal*, 239 ss.

[8] See C. DI STASIO, *Schiavi invisibili": minori stranieri non accompagnati*, in A. CALORE, P. DE CESARI (eds.), *Schiavi. Presente e passato,* I Quaderni-LaCIS II, Collana del Dipartimento di Giurisprudenza Università degli Studi di Brescia, Giappichelli, 2022, p. 209, where she recalls the works of the *Research Network on the Legal Parameters of Slavery* and the so called *Bellagio-Harvard Guidelines*, developed between 2010 and 2012, and aimed at guiding judges in understanding the current scope of the definition of slavery contained in the 1926 Convention. The group's work is published in J. ALLAIN (ed.), *The Legal Understanding of Slavery: From the Historical to the Contemporary*, Oxford University Press, 2012.

include other new para-slavery practices whose characterizing element is no longer considered to be "*de jure*" property, as it was in the traditional notion of slavery, but the presence of "*de facto*" control on the person who can be considered equivalent to a form of possession when the "slave" is used, exploited and subjected to a power of management and control.

In order to modernize the existing 1926 Convention, on the 7th of September 1956 the States also adopted the Supplementary Convention on the Abolition of Slavery, the Slave Trade and Institutions and Practices Similar to Slavery[9], undertaking to abolish specific cases such as debt bondage and serfdom. In any case, the Supplementary Convention does not give a definition of slavery or new forms of slavery.

Since there is not a definition of modern slavery and contemporary forms similar to it, uncertainties have also arisen in relation to the definition of "trafficking". There is a close relationship between trafficking and modern forms of slavery even if it is not easy to determine the boundary between the two offences. As far as trafficking is concerned, apart from the definition contained in the 1926 Convention and a series of bi-lateral and multi-lateral agreements from the early 19th century, more specific attention to this phenomenon was given only with the creation of the United Nations, which promoted a series of Conventions, mostly of a sectoral nature[10], which have produced a rather confused picture on the subject. However,

[9] See https://treaties.un.org/pages/ViewDetailsIII.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XVIII-4&chapter=18&Temp=mtdsg3&clang=_en.

[10] See for example: *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 on 25 July 1951, in accordance with article 2 https://www.ohchr.org/en/professionalinterest/pages/trafficinpersons.aspx; *Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women New York*, 18 December 1979, available at https://www.ohchr.org/en/professionalinterest/pages/trafficinpersons.aspx; *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; *Worst Forms of Child Labour Convention*, 1999 (No. 182), available at https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C182; *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

only in December 2000, with the signature of the Palermo Convention against transnational organized crime[11], accompanied by two additional Protocols, not only the first internationally recognized definition of trafficking was provided, but alongside a merely repressive logic, complementary social protection measures for victims were for the first time regulated. This orientation is also reflected within the legislative framework of the European Union, both with the issue of Directive 2011/36/EU[12], which highlights for the first time the irrelevance of the consent of victims of trafficking, and the adoption of Directive 2009/52 /EC[13]. The latter, in addition to providing for sanctions against employers who hire irregular workers as their employer, contains the provision of information obligations on the means of protection provided for them.

The discipline of the Palermo Protocol was taken up and developed also by the 2005 Council of Europe Trafficking Convention[14], which had the merit of privileging the protection of victims of trafficking, through the adoption of provisions that introduce specific assistance and support measures.

Finally, it should be noted that, after the Palermo Protocols and the Convention on Trafficking of the Council of Europe, no new treaties have been signed at the international level, apart from the Protocol of 28 May 2014, no. 29 relating to the

---

Assembly Resolution n. A/RES/54/263 of 25 May 2000, entry into force 12 February 2002, https://www.ohchr.org/en/professionalinterest/pages/opaccrc.aspx; *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, available at https://www.ohchr.org/en/professionalinterest/pages/protocoltraffickinginpersons.aspx.

[11] *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, available at https://www.ohchr.org/en/professionalinterest/pages/protocoltraffickinginpersons.aspx.

[12] Directive 2011/36/EU of the European Parliament and of the Council of 5 April 2011 on preventing and combating trafficking in human beings and protecting its victims, and replacing Council Framework Decision 2002/629/JHA, in OJ L 101, 15.4.2011, p. 1–1.

[13] Directive 2009/52/EC of the European Parliament and of the Council of 18 June 2009 providing for minimum standards on sanctions and measures against employers of illegally staying third-country nationals, in OJ L 168, 30.6.2009, p. 24–32.

[14] https://rm.coe.int/168047cd70.

Forced Labour Convention of 1930[15]. This instrument, adopted to address the shortcomings of the oldest 1930 Convention, states, in its preamble, that forced labour is an offense to the fundamental rights and dignity of millions of men, women and minors. ILO works has highlighted, however, that the sole labour exploitation, in cases where there is also no actual subjection with deprivation of individual freedom, does not constitute a form of slavery[16]. At international level, and with particular reference to the activity carried out by the ILO, an attempt was made to define what is meant by extreme exploitation and forced labour[17]. The definition was not easy to reach and for this reason a special Committee of experts of the Organization was appointed which identified six indicators: physical violence, including sexual violence; the restriction of the freedom of movement of the persons involved; threats, including those of reporting to the authorities if the worker is illegal; work performed in the context of debt bondage or other forms of slavery; wages withheld or unpaid; the removal or seizure of passport or identity documents[18].

This brief reference to the norms of international instruments shows that there is a persistence, albeit unclear, distinction between slavery and trafficking as also international jurisprudence has underlined in the decisions we will analyze in the follow paragraph[19].

3. The position of the International Courts on Labour Exploitation, Trafficking and Slavery

[15] The Protocol, which is accompanied by a Recommendation entered into force on 9th of November 2016, but, to date, has not been ratified by Italy; the 1930 Convention entered into force on 1 May 1932. The texts of both instruments are published on the website https://www.ilo.org.

[16] See "*Forced Labour, Modern Slavery and Human Trafficking*", available at ILO www.ilo.org.

[17] See S. CANTONI, *Lavoro forzato e "nuove schiavitù" nel diritto internazionale*, 2018, Giappichelli, Torino.

[18] ILO, *Forced Labour*, cit. See also, L. CALAFÀ, *Il ruolo dei core labour standards e del decent work*, in Rivisteweb, 2019, 2.

[19] See N. SILLER, "*Modern Slavery" Does International Law Distinguish Between Slavery, Enslavement and Traffiking*, in *Journal of International Criminal Justice,* 2016, 14, n. 2, p. 405 ss.

It should be immediately pointed out that there are not many cases related to the modern forms of slavery, trafficking and labour exploitation decided by international Courts. This situation shows that the issues surrounding the new forms of slavery are elusive and the victims often invisible. Furthermore, as we have said, the conventions do not contain precise definitions.

In the first decision, *Siliadin* v. *France*[20] of 26 October 2005, the European Court of Human Rights refers to the definition contained in the 1926 Convention on slavery, interpreting it in a narrow way, like "chattel slavery" and bringing it back into rigid way to exercise the right of ownership over a person. Therefore in the decision, relating to a case of domestic exploitation of a minor, the Court offers a notion of forced labour qualifying it as an obligation to provide one's services imposed with the use of coercion. For the notion of forced labour, the Court, considering that the ECtHR, in art. 4, par. 2, does not offer a definition of forced labour, appeals to the ILO Convention of the 21 June 1930, n. 29, we have already mentioned.

In the subsequent case *Rantsev* v. *Cyprus and Russia*, the ECtHR, since trafficking is excluded by art. 4 of the ECHR, it states to include it in the offence of slavery. This ruling represents an important jurisprudential achievement, as it not only expressly established that trafficking in human beings falls within the scope of art. 4 of the ECHR, but also because it goes beyond the limited vision, linked to the traditional definition of slavery, that is a "*de jure*" slavery, adopted in the *Siliadin* case. However, the Court leaves the problem of the relationship between slavery and trafficking opened, since it is not possible to derive, from this ruling, sufficient elements to affirm that trafficking is fully attributable to slavery.

More recently, in the case of *S.M.* v. *Croatia* of 25 June 2020[21], the Court faces again the relationship between trafficking and slavery, confirming the previous jurisprudence, namely that trafficking, even if not provided for by art. 4 of the ECHR, constitutes a violation of it as it represents a threat to the rights and

[20] European Court of Human Rights, *Siliadin* v. *France*, n. 73316/01.

[21] European Court of Human Rights, *S.M.* v. *Croatia,* application n. 60561/14.

freedoms of the people who are victims of it. Once again, however, while making more complex arguments than previous decisions, it is not clear whether trafficking is itself a form of slavery or whether it represents an autonomous case.

Another important decision is the one pronounced in the case of *Chowdry et al.* v. *Greece* of 30 March 2017[22], where the Court states that the situation of the applicants, irregular immigrants who, in a region of Greece, worked in the strawberry harvesting business, in difficult physical conditions, without being paid and under the control of armed guards, constituted trafficking in human beings and forced labour and recognized in this case the violation of art. 4 of the ECHR. The sentence, like previous decisions, refers to the definition of forced labor pursuant to art. 2 of the ILO Convention n. 29/1930. The Court also adds some other useful observations. In particular, it considers that the expression "under threat of punishment" should be understood in an elastic way, because it must adapt to the notions of the contemporary age, seen from an evolutionary perspective and therefore it affirms that not all work must be considered forced, but only what is such as to create a disproportionate burden for the victim. The Court, however, unfortunately, does not set out general principles to explain what is meant by disproportionate burden for the victim and so they don't give a notion of extreme exploitation.

The Inter-American Court of Human Rights has also had the opportunity to address the issue of contemporary slavery in the well known case of 20 October 20 2016, *Hacienda Brasil Verde Workers* v. *Brasil*[23], concerning the responsibility of the State for not respecting the prohibition of slavery and servitude, provided by art. 6 of the American Convention on Human Rights. The matter submitted to the Court concerned a case of new slavery in one of the largest livestock farms, located in an area in northern Brazil. They were workers recruited from the poorest areas of that State convinced to leave their country with false promises. In the workplace they had been forced to work under the threat of violence and in inhumane conditions

[22] European Court of Human Rights, *Chowdury and others* v. *Greece*, application n. 21884/15,

[23] See *Trabajadores de la hacienda Brasil Verde* v. *Brasil*, sent. 22 August 2017, available at https://www.corteidhor.cr./docs/casos/ articulos/seriec_337 esp.pdf.

and not even paid the promised salary. More than three hundred workers had been released by the authorities, but no criminal convictions had been imposed on the company that had exploited them in an extreme way.

The Court focuses on the concept of slavery in the contemporary world starting from the classical notion contained in the 1926 Convention. Those judges tries to clarify the meaning of the expression "powers attaching to the rights of ownership" and, to this end, they uses the *Bellagio-Harward Guidelines*, developed by scholars of the Research Network on the Legal Parameters of Slavery stating that there is a situation of slavery only when there is control over the victim corresponding to possession, that is to say when the person is exploited in order to take advantage of it and his life is managed by isolating him from his previous social relationships. The Court also highlighted that, in these situations, the possession exercised over the person also involves the physical and psychological weakening of the same[24].

The input provided by the International Courts, and particularly by the European Court of Human Rights is significant. However, even maintaining a distinction from the ontological point of view, such bodies have been regarding both slavery and trafficking as serious violations of fundamental human rights, particularly as far as a "commercialisation" of the worker is concerned alongside the purpose of the conduct and the various coercive methods put in place.

4. A change of perspective: the 2011 "*United Nations Guiding Principles on Business and Human Rights (UNGPs)*".

The aim of the current analysis is to emphathise the necessity of an urgent change of course. Long term structural measures should drift away from a merely to-down and criminal perspective and above all, by means of a multisector approach, concern the responsibility of the production chains, through the adoption of a proper "code of conduct" they all should abide by. Although the majority of business enterprises were faced with a "human rights and business" agenda,

[24] See C. DI STASIO, *Schiavi invisibili,* cit.

dirittifondamentali.it

attempts to define human rights duties for business enterprises, particularly multinational enterprises, have marked the UN agenda for several decades.

An attempt to formulate the UN *Draft Code of Conduct on Transnational Corporations* was abandoned in the late 1980s, and followed by polarising discussions over the *Draft UN Norms on Human Rights Responsibilities of Transnational Corporations and other Business Enterprises* (UN Economic and Social Council, 2003). These were adopted by the Sub-Commission on the Promotion and Protection of Human in 2003, but subsequently rejected by the UN Commission on Human Rights in 2004. Hence, neither of those efforts have yielded success, although undoubtedly they have contributed to advancing discussion and identifying the most contentious issues. Other international organisations, such as the Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD) in the 1976 OECD *Guidelines for Multinational Corporations*, were more successful in addressing the challenges raised by companies' activities and outlining their responsibilities. These are binding on member States and consist of recommendations by governments to corporations on 'all major areas of business ethics, including corporate steps to obey the law, observe internationally-recognised standards and respond to other societal expectations. Another example is the *1977 International Labour Organisation (ILO) Tripartite Declaration of Principles concerning Multinational Enterprises and Social Policy*. However, in both cases it was not until the paradigm shifting 2000 revision that the inclusion of a more detailed reference to human rights was ensured in their texts.

To overcome the highly polarised discussion on rules for companies and create grounds for a more constructive dialogue than existed in 2004 when the UN Commission on Human Rights rejected the Draft UN Norms, the mandate of the Special Representative of the Secretary General on Human Rights and Business (SRSG) was created in 2005. Unlike his predecessors, the SRSG decided against developing a new legal standard and focused instead on how to achieve the improvement of business respect for human rights. He based his approach on a 'smart mix' model, which amalgamated existing, binding legal obligations for

dirittifondamentali.it

states, stemming from ratified international human rights treaties, and accepted the ethical/moral responsibility of business enterprises, coming up with what was soon to be described as 'principled pragmatism'. This new and initially very controversial approach proved successful. Not only did the Human Rights Council endorse the UN "Protect, Respect and Remedy" Framework presented by the SRSG in 2008, but his mandate was also extended when he was tasked with its operationalisation. The *UN Guiding Principles on Business and Human Rights (UNGPs)* developed subsequently by the SRSG were unanimously endorsed by the HRC on 16 June 2011 [25].

Resulting from six years of in-depth research, extensive multi-stakeholder consultations with an unprecedented variety of actors from all continents, as well as practical road-testing, the *UNGPs* clarified the duties and responsibilities of both States and businesses on tackling human rights risks related to business activities. Condensed into three pillars and comprising 31 Foundational and Operational Principles, they affirmed:

1. States' existing obligations to respect, protect and fulfil human rights against adverse impacts by non-state actors, including business (Pillar I: State Duty to Protect);

2. The responsibility of business enterprises to respect human rights (Pillar II: Business Responsibility to Respect); and

3. The need for State and non-sSate based, judicial and non-judicial remedies to ensure that rights and obligations are matched to appropriate and effective remedies when breached (Pillar III: Access to Remedy).

The value of the *UNGPs* lies in their providing practical guidance not only on "who" (State) and "what" (duty to protect), but also on "how" States can provide the appropriate policy and regulatory environment to foster corporate respect for human rights. They also identify specific areas where States interact with

[25] See Resolution adopted by the Human Rights Council, *Human rights and transnational corporations and other business enterprises*, 6 July 2011, A/HRC/RES/17/4, available at https://documents-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/G11/144/71/PDF/G1114471.pdf?OpenElement.

dirittifondamentali.it

businesses (e.g. State-Owned Enterprises, public procurement and privatisation, conflict-affected areas, international economic agreements, access to remedy, etc.) and articulate how these areas can be used as avenues to ensure corporate respect for human rights.

Within just a year of the *UNGPs* endorsement, an unprecedented level of alignment took place involving key standards as well as initiatives of global, regional and national reach, covering all geographic regions and business sectors. Among the first standards to be updated were the *OECD Guidelines for Multinational Enterprises*, which saw the addition of a whole new chapter focused on human rights in the business context, including the human rights due diligence recommendations. The ILO, through its work on a proposed resolution concerning decent work in global supply chains, refers extensively to the UNGPs. The UNGPs also saw an uptake at the regional level with the EU[26], the Council of Europe (CoE)[27] and the Organization of American States (OAS)[28] all undertaking concrete measures to support the UNGPs' implementation. Finally, various stakeholder groups are very active in their attempts to bring the UNGPs to the attention of their members as well as clarifying and adapting them to their own specific contexts.

[26] The European Commission's Communication on *Corporate Social Responsibility* (CSR) (European Commission, 2011) in 2011 not only set out steps and regulatory efforts aimed at contributing to the UNGPs' implementation, but also encouraged EU member States to incorporate those principles into their own national laws.

[27] On the 16th of April 2014, the Council of Europe first issued a *Declaration on the UNGPs*, stressing that their effective implementation by both States and business enterprises is essential to ensure respect for human rights in the business context. Subsequently, in 2016, the Committee of Ministers of the Council of Europe adopted the *Recommendation CM/Rec* (2016) on human rights and business. For information about the work of the CoE Steering Committee for Human Rights, see the Council of Europe Steering Committee for Human Rights website.

[28] The Organization of American States has so far adopted two resolutions of relevance to the UNGPs. The first, adopted in 2012, encouraged OAS member States to "promote corporate social responsibility programs and initiatives among the private sector, the community and other stakeholders"; to "promote among businesses operating in or from their countries the use of applicable corporate social responsibility initiatives, tools, and best practices", including the UN Guiding Principles on Business and Human Rights, and to 'encourage dialogue between legislative bodies and the private sector on the subject of corporate social responsibility' (OAS, 2012). The resolution adopted in June 2014 (OAS, 2014), was strongly supportive of the UNGPs and triggered the creation of measures to promote and implement them, including exchanges of information and sharing of best practices.

First references to the UN Guiding Principles have been slowly included in court decisions, which will add weight to the endorsement of the UNGPs, if not for moral reasons then at least to prove that companies are making an effort to prevent human rights abuses[29]. Such a unique global convergence of international standards and processes around the Guiding Principles and their core concepts carries additional value in helping to clarify, simplify and reinforce the implementation by both States and business enterprises.

5. Directs Impacts of *UNGPs*: *National Action Plan (Nap) on Business and Human Rights* and their Effectiveness in addressing violations and abuses

The most important result of the *UNPGs* was the approval of the first National Action Plans. The National Action Plans (NAPs)[30] are the Government-led policy strategies outlining strategic orientation and concrete activities to address specific policy issues. They comprise the key policy tools for States that want to honour their duties to protect against adverse human rights impacts by business enterprises in line with the UNGPs. They have been adopted in many fields, not only in the one under analysis.

The broad framing offered by the NAPs drafting process not only encourages the cross-governmental participation necessary to ensure horizontal policy coherence, but also "*allow[s] the government to make an assessment of the current legal-cum-policy framework so as to identify what is working and what is not in terms of ensuring that companies respect human rights*[31]". Most countries often have a vast "*legal framework*

[29] See for example: The Ontario Superior Court of Justice mentioned the UNGPs in *dicta* in Ontario Superior Court of Justice, 2013; High Court of South Africa, 2015. The Supreme Court of British Columbia rejecting efforts by Vancouver-based Nevsun Resources Limited (TSX: NSU / NYSE MKT: NSU) to dismiss a lawsuit brought by three Eritrean men who allege they were forced to work at Nevsun's Bisha Mine, the court references the UNGPs as part of the evidence introduced regarding the due diligence that the company undertook to avoid human rights abuses at the mine (Supreme Court of British Columbia, 2016: para 60-66). For more information about the case see for example: Canadian Centre for International Justice, 2016.

[30] More information about existing NAPs as well as other NAPs that are currently being developed is available on the BHRRC website – National Action Plans.

[31] As pointed out by S. DEVA, *Background Paper for India's National Framework on Business and Human Rights*, in *The Ethical Trading Initiative,* 2016, http://s3-eu-west1.amazonaws.com/www.ethicaltrade.org.files/shared_resources/india

that applies (albeit in a patchy manner) human rights norms to companies. Instead of adopting a piecemeal approach of reviewing different segments of this legal framework (such as labour laws or environmental laws), a holistic assessment that does not ignore the human rights impact of creating an environment conducive to private investment-driven development may be preferable[32]".

The advantage lies in their allowing States to identify and articulate their priorities as well as future actions in the area of concern, thus ensuring comprehensiveness. The development of business and human rights-related NAPs together with the uptake of the UNGPs are corresponding and complementary processes. Apart from the advantages already mentioned, the NAP development process, if well designed and adjusted to the local context, can contribute greatly to ensuring not only that the implementation of UNGPs is efficient, targeted, measurable, informed and supported by relevant stakeholders, but also that it contributes to the strengthening of national human rights protection mechanisms. In 2015, the UN General Assembly unanimously adopted the 2030 Agenda for Sustainable Development[33] and 17 Sustainable Development Goals. The 2030 Agenda seeks to achieve transformative change with respect to people, planet, prosperity, peace and partnership. Responsible business has a key role to play; the 2030 Agenda underlines the potential of the private sector to foster innovation and inclusive growth, while calling on States to ensure that their efforts to implement the 2030 Agenda align with the standards laid out by the UNGPs and other international agreements. This can be achieved in a number of ways, including through business and human rights NAPs. To ensure their effective implementation, it is criucial that business and human rights NAPs go hand in hand with national implementation of the 2030 Agenda.

69Policy Department, Directorate-General for External Policies _national_framework_bhr_background.pdf?FeQtVeqQG8lntPXXHzNOIGnH3hUOPIlc

[32] As pointed out by S. DEVA, . *Background Paper for India's National*, cit.

[33] Resolution adopted by the General Assembly on 25 September 2015, *Transforming our world: the 2030 Agenda for Sustainable Development*, 21 October 2015, A/RES/70/1, https://www.un.org/en/development/desa/population/migration/generalassembly/docs/globalcompact/A_RES_70_1_E.pdf.

There have been also some obstacles in the States' commitments to develop NAPs for business and human rights. In the first phase, the implementation of the UNGPs have been rather slow in materialising. The implementation of UNGPs at domestic level requires in fact legal and policy reform. Additionally NAPs, just as human rights due diligence that companies should undertake, are not a singular effort but rather a continuous process that requires constant monitoring, follow-up and improvement. Not all governments seem to be ready for such change. The fact that in many States there is the objective to ensure greater respect for human rights but without resorting to binding regulation, makes a poor prognosis for the meaningfulness of the NAP development process[34].

Now the tendency is an increasing number of States that are developing NAPs that show the growth from of a consciousness on human rights issues related to business. Over the last ten years, 42 business and human rights NAPs have been published or are in-development worldwide[35]. To evaluate the effectiveness of such instruments to address issues relating to the protection of human rights in business related affairs, it can be helpful, consider it relevant to investigate whether business and human rights NAPs processes function in line with experimentalist governance theory, a line of inquiry embarked on by scholars in other policy fields[36]. Experimentalist governance could be seen in policy areas characterised by

[34] https://www.ohchr.org/en/special-procedures/wg-business/national-action-plans-business-and-human-rights

[35] By the end of 2020, twenty-five States have published business and human rights NAPs. Nineteen of these came from Council of Europe States and fifteen from EU member States. Asian States account for three; Latin America for two; and the USA the last. While adoption of NAPs across world regions is hence uneven, regional differences could diminish in future: of seventeen States developing business and human rights NAPs the Americas and Asia each account for five, Africa for four and Europe three. Also at end 2021, four States were producing revised, updated or second business and human rights NAPs. A few States have been prompted to develop NAPs by recommendations received through the UN Universal Periodic Review (UPR) process. An overall total of forty- two published and in-development business and human rights NAPs compares with thirty-nine general human rights NAPs produced since1993. Source https://globalnaps.org.

[36] See for example G. GOLDSTEIN, C. ANSELL *Experimentalist governance in global public health: The case of UNAIDs*, in *Arizona Journal of International & Comparative Law,* 2018, n. 35, pp. 219-256; J. KENNER, K. PEAKE, *The Bangladesh Sustainability Compact: An effective exercise of global experimentalist EU governance*, in *Cambridge Yearbook of European Legal Studies,* 2017, n. 19, pp. 86-115.

persistent uncertainty or value conflicts, where governments or other parties could agree on a broad problem definition but lacked the know-how or agreement necessary to isolate specific solutions[37]. Experimentalist governance regimes "set provisional goals" rather than fixed rules. In response to social complexity[38] or where the issue at hand is characterised by "insufficient information and uncertainty[39]", experimentalist regimes institutionalise stakeholder participation and processes for revision. This approach, according to scholars, produces greater learning, adaptation and reliability over time. De Burca, for example, in her analysis of the human rights treaty system, argues that the "*iterative interaction between civil society actors, UN treaty bodies, and governmental actors", transforms the human rights treaty process "into [a] more participatory and accountable experimentalist governance system*…[40]". In their 2013 publication, de Búrca and other authors[41] identify five key features of experimentalist governance:

1) Openness to participation of "stakeholders" who must share at least a broad perception of a common problem in a non-hierarchical process;

2) Articulation of a framework definition of a problem or goals which identifies open-ended objectives to be pursued;

3) Implementation is "left to 'lower-level' actors with knowledge of local conditions and considerable discretion to adapt the framework norms to these different contexts[42]";

4) Continuous feedback from local actors incorporating "mutual monitoring and peer review, involving elaborate processes of consultation that are horizontal rather than vertical in structure[43]", serving an accountability function;

---

[37] See G. DE BÚRCA, R. KEOHANE, R.C. SABEL, *New modes of pluralist global governance,* in *New York University Journal of International Law and Politics*, 2013, n. 45, p. 740.

[38] M. NANCE, M. COTTRELL, *A turn toward experimentalism? Rethinking security and governance in the twenty-first century*, in *Review of International Studies*, 2014, n. 40, pp. 277-301.

[39] I. BAR-SIMAN-TOV, *Temporary Legislation, Better Regulation and Experimentalist Governance: An Empirical Study*, in *Regulation and Governance*, 2016, n. 12, pp. 192-219.

[40] G. DE BÚRCA, *Human Rights Experimentalis,* in *American Journal of International Law*, 2017, n. 2, p. 279 e 310.

[41] See G. DE BÚRCA, R. KEOHANE, R. C. SABEL, *New modes of pluralist global governance,* cit., p. 723.

[42] G. DE BÚRCA, R. KEOHANE, R. C. SABEL, *Global experimentalist governance,* in *British Journal of Political Science,* 2014, n. 44, pp. 477-486; G. DE BÚRCA, R. KEOHANE, R. C. SABEL, *New modes of pluralist global governance,* cit., p. 739.

5) Revision and re-evaluation: goals and practices are "periodically and routinely re-evaluated and, where appropriate, revised in light of the results of the peer review and the shared purposes[44]".

Experimentalist governance is a theory derived from institutional observation by social scientists. Yet, it is also viewed by its socio-legal scholar exponents as "normatively attractive[45]" insofar as it is claimed to encourage "*participatory, deliberative, locally-informed, and adaptive problem solving*[46]", while being able to address contemporary transnational challenges in a ways that state-based actors and "traditional" governmental processes, for a variety of reasons as alluded to above, cannot[47].

Besides being a sub-field of human rights, experimentalist governance theory highlights the dynamic, dialogic and iterative character of human rights implementation as well as the role of stakeholders. The experimentalist lens appears appropriate to business and human rights for many reasons. As argued by scholarship[48] business and human rights problems, in terms of abuses and implementation gaps, are endemic across economies; root causes are multiple and hard to diagnose; value conflicts are pervasive; and solutions, if they are to be had, imply the pooling of knowledge, resources and sustained multi-actor cooperation. Accordingly, business and human rights carries a likelihood of value conflicts across States, local policy variation and a need to evaluate effectiveness over time, rather than against a prior universal template.

dirittifondamentali.it

---

[43] G. DE BÚRCA, R. KEOHANE, R. C. SABEL, *ibidem,* p. 742.

[44] G. DE BÚRCA, R. KEOHANE, R. C. SABEL, *Global experimentalist governance,* cit., p. 748.

[45] G. DE BÚRCA, G. *Human Rights Experimentalis,* cit., p. 281.

[46] See G. DE BÚRCA, R. KEOHANE, R. C. SABEL, *Global experimentalist governance,* cit., p. 480. See also C. ARMENI, *Global experimentalist governance, institutional law and climate change technologies,* in *International and Comparative Law Quarterly*, 2015, n. 64, pp. 875-904.

[47] See C. METHVEN O'BRIEN, J. FORD, *Business and human rights: from domestic institutionalisation to transnational governance and back again*, in *Nordic Journal of Human Rights,* 2019, n. 3, p. 204; G. DE BÚRCA, R. KEOHANE, R. C. SABEL, *Global experimentalist governance,* cit.; G. DE BÚRCA, R. KEOHANE, R. C. SABEL, *New modes of pluralist global governance,* cit., p. 727.

[48] C. METHVEN O'BRIEN, J. FORD, *Business and human rights,* cit.

On the above basis, an experimentalist governance analysis of business and human rights NAPs is relevant while also making a novel scholarly contribution[49]. It may illuminate whether the national implementation of business and human rights norms mirrors or diverges from that of other human rights standards. It may shed light on the ongoing debate over how an international business and human treaty should be designed, in terms of substantive content, institutionalisation, oversight and accountability mechanisms. It may also help to better qualify understanding of the reasons for ready pursuit of business and human rights NAPs by States and others, while also guiding reflection about what may be expected to result from this trend in the years ahead.

A study conducted by scholars[50] has analysed NAPs processes in twenty-five states against five experimentalist governance criteria relating to: 1) stakeholder participation; 2) agreement on a broad problem definition; 3) local contextualisation; 4) monitoring and peer review and 5) periodic revision and learning. According to the study, NAPs on business and human rights in most States demonstrate resemblance to the traits of experimentalist governance[51]. In particular, the analysis points out the emergence of relatively sophisticated and demanding institutional governance mechanisms within NAPs, including the institutionalisation of complex deliberative processes. Nevertheless, it also identifies some significant shortcomings, related to the lack of inclusion of vulnerable groups and the lack of explicit indicators and targets. Nevertheless, the weaknesses of NAPs identified do not seem fatal or to signify a lack of traction of international business and human rights norms, even those of a soft law nature

Consequently, NAPs may have potential to provide the basis for an institutional framework to address the complex problems that emerge in the business and

[49] See M. NANCE, M. COTTRELL, *A turn toward experimentalism* cit.; J. KENNER, K. PEAKE, *The Bangladesh Sustainability Compact,* cit.; G. GOLDSTEIN, C. ANSELL, *Experimentalist governance in global public,* cit.

[50] To see a summary of the study see C.M. O'BRIEN, J. FERGUSON, M. MCVEY, *National Action Plans on Business and Human Rights: an Experimentalist Governance Analysis,* in *Human Rights Review,* 2022, n. 23, pp. 71–99.

[51] G. GOLDSTEIN, C. ANSELL, *Experimentalist governance in global public,* cit., p. 243.

human rights context and as a basis for "*dealing with the failure of traditional problem-solving strategies and multilevel cooperation in decision making*[52]".

6. Indirect Impacts of UNGPs: National Legislations Targeting Modern Slavery and Forced Labor

While one of the very few, if not the only really visible trend is the growing interest and uptake of NAPs by an increasing number of States globally, the UNGPs' implementation should not be limited to NAPs. When we compare the existing NAPs and non-NAPs related initiatives that do contribute at achieving the outcomes set out by the UNGPs, it is noticeable that many if not the majority of existing binding regulations were developed outside the NAPs framework. It is noteworthy also that, for instance, major companies' disclosures about how they try to eradicate slave labour from their supply chains came around the time when the *UK Modern Slavery Act* was adopted. However, it is certainly the case that ongoing discussions first leading to the "Protect, Respect and Remedy" Framework and later the UNGPs endorsement, along with large business-caused tragedies (Rana Plaza[53], Deepwater Horizon) and scandals (e.g. slavery work in the Nestlé and Unilever supply chains) contributed to the atmosphere conducive for their adoption.

Below are some of the most interesting pre-NAP or non-NAP related initiatives that could be copied or at least used as inspiration by other Countries to develop similar or even better regulations that fit other countries regulatory framework. Those initiatives include, for example, different regulations requiring businesses to report publicly on measures to reduce human trafficking or forced labour in their supply chains.

---

[52] C. ARMENI, *Global experimentalist governance*, cit., p. 884.

[53] For example, it is worth noting that the original preamble of the French first draft bill on the duty of vigilance, which was put forward in November 2013, mentions 'as justifications for the bill, the Rana Plaza disaster; see N. BERNAZ, *Unpacking the French Bill on Corporate Due Diligence: a presentation at the International Business and Human Rights Conference in Sevilla'*, in *Blog "Rights as Usual"*, 2016, http://rightsasusual.com/?p=1087.

dirittifondamentali.it

As a consequence, the past years have seen a rapid development in national legislation targeting modern slavery and forced labor. In Germany, the *Supply Chain Law* that requires mandatory human rights due diligence on global supply chains was passed in June 2021 and will become effective from 2023. Large companies (initially those with more than 3.000 employees, but from 2024, those with more than 1.000 employees) in Germany will face a fine of up to 2% of their global turnover for violation.

In the US, requirements for corporations to report on measures to prevent modern slavery in the supply chain have been in place for several years – for example, the *California Transparency in Supply Chains Act* in 2012. More recently, the previous Trump administration used forced labour and other human rights abuses as a reason to impose sanctions against other Countries, an approach that Biden administration has continued so far. For US companies, the concept of corporate social responsibility, rather than statutory law, is the primary vehicle for extending human rights obligations throughout supply chains and communities. However, in the last few years, the US has also been active in using sanctions against forced labour and other human rights abuse by foreign companies and governments. This includes the *Global Magnitsky Human Rights Accountability Act* which imposes sanctions on foreign companies and governments, including police bureaus and political persons, and other specific legislation targeting such alleged human rights abuse. Sanctions are a political problem and usually have a political solution, but the overall development of supply chain legislation in various major developed economies above may compel businesses with global footprints and supply chains, especially in developing or emerging economies, to take more far-reaching action.

There were similar calls in the UK to tighten enforcement of modern slavery laws in order to target the alleged forced labour of minorities and under-represented groups in global supply chains. In particular, *section 54 of the UK Modern Slavery Act 2015* requires companies with a turnover of more than £ 36 million to prepare an annual statement with the steps they have taken to address modern slavery and human trafficking in their supply chains and in any part of their business. On the

dirittifondamentali.it

22nd of September 2020, the UK government proposed new measures to strengthen those transparency provisions in its response to the transparency in supply chains consultation. These measures extende the application *of section 54* to public bodies with annual budgets over £ 36 million and mandating topics that modern slavery statements must cover. Despite this, the proposals have not yet been implemented.

In January 2019, the *Commonwealth Modern Slavery Act 2018* came into force. Under the Act, an Australian entity or a foreign entity undertaking business in Australia with a consolidated annual revenue of at least AUD100 million, must submit an *annual modern slavery statement* to the Department of Home Affairs. This act is proving to be fruitful not only from an economic point of view, but especially in terms of the protection of an individual's dignity, which is too often tacitly infringed.

In 2018, the *New South Wales state government* passed its own modern slavery legislation, the *Modern Slavery Act 2018*, though there is no date set for when it will come into force. It will require commercial organics actions with employees in NSW and a consolidated revenue of at least AUD50 million to prepare an annual statement similar to that required by the *Commonwealth Modern Slavery Act.*

Tasmania has also started the process of introducing its own modern slavery laws. In April 2020, the *Supply Chain (Modern Slavery)* Bill 2020 was tabled in Tasmania's lower house, though it has not progressed further. The bill is similar in operation to the NSW Act, but has an even lower revenue threshold of AUD30 million.

Among other initiatives, at regional level, we can't forget that on the 22nd February 2022, the European Parliament sent a proposal to the Commission regarding a new *Directive on Corporate Due Diligence and Corporate Accountability*[54], which is expected to set out a draft law later this year. This Directive would aim to create a level playing field in which the supply chain due diligence requirements will apply to both EU entities and non-EU entities operating in the EU. It will oblige Member States to adopt or adapt their own corporate due diligence laws. The Directive

[54] Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on *Corporate Sustainability Due Diligence* and amending Directive (EU) 2019/1937, COM(2022)71 final, https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52022PC0071.

would also call for complementary measures, such as the prohibition of the importation of products related to forced labour or child labour.

7. Conclusion

While transnational company (TNCs) or business stand to benefit greatly from such form of labor exploitation, the most vulnerable workers, such as migrant, who absorb most of the costs associated with this economic activities in the form of lower labor and regulatory costs, are victim of many human rights violations.

The human rights agenda, in general, is plagued by a significant gap between the formal acceptance of norms and policy commitments, on the one hand, and, on the other hand, the achievement of compliance and implementation in practice[55]. The area of human rights and business is no different. Despite many efforts, business-related human rights abuse is still a serious problem. Further implementation of the *UNGPs* and related instruments is thus necessary.

Therefore, the "bottom up and multilateral approach" human rights oriented, since it is more participative, face the issue from different point of view and have frequent feed back, must be developed by international and national authorities and implemented by all companies and supply chains, because in the long term it could be the best way to eradicate such form of exploitation before they arise and it may be a more effective preventive strategy than criminal repression alone.

The media, politicians and other opinion makers and all stakeholders also need to recognise their responsibilities in shaping public discourse about labour exploitation. This sense of responsibility can be encouraged among all citizens through initiatives such as branding products and services that meet certain labour standards, thus allowing consumers to assess the likelihood of their purchases having been produced under exploitative work conditions. Creating a climate of zero tolerance is an essential first step in combating labour exploitation, as the

[55] E.M. HAFNER-BURTON, K. TSUTSUI, *Human rights in a Globalizing World: The Paradox of Empty Promises*, in *American Journal of Sociology*, 2005, pp. 1373-1411.

dirittifondamentali.it

combination of current failings can lead to a situation of endemic impunity for exploiters, resulting in a systemic failure to acknowledge victims and redress violations of their human rights.

dirittifondamentali.it

dirittifondamentali.it

Dirittifondamentali.it - Fascicolo 3/2022
Data di pubblicazione – 30 dicembre 2022

Un altro modo di obbligare: una riflessione a futura memoria sul *Green pass*

di
Antonio Bellizzi di San Lorenzo*

SOMMARIO: 1. Divieto di «accesso a servizi e attività» per i non vaccinati come sanzione di un obbligo vaccinale implicito: 'un altro modo di obbligare'? − 2. Enucleazione dell'obbligo vaccinale implicito temporaneo. − 3. Confutazione della possibile configurabilità della situazione doverosa come onere: mitologia dell'accesso, un lemma ibrido. − 4. Il documento del *Green pass* come fenomeno di formalismo giuridico. − 5. Dubbi sulla riconducibilità ai limiti dell'art.16 Cost. del divieto di «accesso a servizi e attività». − 6. Funzionalità pratica della sussistenza dell'obbligo vaccinale ai fini dell'indennizzo *ex lege* per danni irreversibili da evento avverso. − 7. Obbligo vaccinale per i sanitari tra «non irragionevolezza» e «ragionevolezza».

O c'è il vincolo giuridico o c'è la libertà[1]

1. *Divieto di «accesso a servizi e attività» per i non vaccinati come sanzione di un obbligo vaccinale implicito: 'un altro modo di obbligare'?*[2]

L'esaurita (?) vicenda del *Green pass*[3], quale documento digitale[4] legittimante «l'accesso a servizi e attività» «esclusivamente ai soggetti muniti di una delle

* *Professore aggregato di Diritto Privato – Università di Firenze*

[1] N. BOBBIO, *Teoria generale del diritto*, Giappichelli, Torino, 1993, 248.

[2] Riecheggiando P. GROSSI, *Un altro modo di possedere. L'emersione di forme alternative di proprietà alla coscienza giuridica postunitaria*, Giuffrè, Milano 1977, lo scrivente − memore dei suoi corsi fiorentini di Storia del diritto − intende contribuire ad onorare la memoria dell'insostituibile Maestro scomparso il 4 luglio 2022.

[3] La certificazione verde (c.d. *Green pass*) è stata introdotta in Italia dal D.L. 22 aprile 2021, 52, convertito dalla L.17 giugno 2021, n. 8. Il successivo D.L. 23 luglio 2021, n. 105 ha introdotto nel precedente corpo normativo l'art. 9-*bis*, per cui, *a far data dal 6 agosto 2021, è consentito in zona bianca esclusivamente ai soggetti muniti di una delle certificazioni verdi Covid-19, di cui all'art.9, comma 2, l'accesso ai seguenti servizi e attività*, tra cui: servizi di ristorazione al chiuso, spettacoli, musei, mostre, piscine, palestre, centri benessere, sagre, fiere, centri termali, convegni, congressi, centri culturali, sociali e ricreativi, sale da gioco e concorsi pubblici. Poi il D.L. 6 agosto 2021, n. 111, convertito dalla L. 24 settembre 2021, n. 133, ha introdotto ulteriori disposizioni efficaci dal 1 settembre 2021 alla fine dello stato di emergenza: l'art. 9-*ter*, per cui tutto il personale scolastico del sistema nazionale d'istruzione e universitario, nonché gli

certificazioni verdi Covid-19»[5], costituisce una fenomenologia della dimensione obbligante[6] che merita un'attenzione analitica emancipata dalla contingenza pandemica[7]. Infatti lo strumento del *Green pass*, quale dispositivo collaudato di controllo sociale, assume una valenza paradigmatica, perché, in teoria, potrebbe essere rieditato in futuro, magari sotto mutate spoglie nominalistiche e per altre esigenze induttive di condotte connesse o non alla salute[8]. Si pensi a strumenti digitali di 'credito sociale' per l'accesso a servizi pubblici, prestazioni essenziali e servizi di pagamento[9], sul presupposto di condotte 'virtuose' valutate da un

studenti universitari devono possedere e sono tenuti ad esibire la certificazione verde; l'art. 9-*quater* statuente la liceità di accesso ai mezzi di trasporto di linea, esclusivamente ai soggetti muniti di certificazione verde. Inoltre il D.L. 21 settembre 2021, n. 127, convertito dalla L. 19 novembre 2021, n. 165, ha introdotto l'art.9- *quinquies* estensivo di *Green pass* per tutti i lavoratori pubblici, l'art. 9-*sexies* per gli appartenenti a uffici giudiziari, e l'art.9-*septies* per i lavoratori del settore privato. Ma fino al 5 dicembre 2021, il *Green pass* ha avuto, come possibile presupposto alternativo a vaccinazione e guarigione, il test rapido antigenico o molecolare negativo al virus mentre, successivamente, il D.L. 26 novembre 2021, n. 172, convertito dalla L. 21 gennaio 2022, n. 3 (c.d. *Green pass* rafforzato) ha ristretto ai soli presupposti di vaccinazione e guarigione l'accesso ai suddetti servizi e attività, nonostante il Regolamento U.E. 221/953, punto 36, statuisse: E' necessario evitare la discriminazione diretta o indiretta di persone che non sono vaccinate, per esempio per motivi medici, perché non rientrano nel gruppo di destinatari per cui il vaccino Covid 19 è attualmente somministrato o consentito, come i bambini, o perché non hanno ancora avuto l'opportunità di essere vaccinate o hanno scelto di non essere vaccinate. Pertanto il possesso di un certificato non dovrà costituire una condizione preliminare per l'esercizio del diritto di libera circolazione. Cessato lo stato di emergenza il 31 marzo 2022, la vigenza delle suddette disposizioni è cessata dal 1 maggio 2022 in forza del D.L. 24 marzo 2022, n. 24, convertito dalla L.19 maggio 2022, n. 52, che le ha protratte fino al 31 dicembre 2022 solo per visita a R.S.A e reparti degenza ospedali.

[4] *Ex multis*, v. G. NAVONE, *Instrumentum digitale. Teoria e disciplina del documento informatico,* Giuffrè, Milano, 2012.

[5] Art. 3 D.L. 23 luglio 2021, n. 105, convertito dalla L. 16 settembre 2021, n. 126.

[6]«all'interno dell'ordinamento la situazione necessitata è elemento strutturale dello stesso conformarsi dell'aggregazione giuridica», v. F. ROMANO, *Obbligo* (nozione generale), in *Enc.dir*., XXIX, Giuffrè, Milano, 1979, 504.

[7] Proprio alla luce del monito di F. ZAKARIA, *Ten lessons for a post-pandemic world*, W.W. Northon & C., New York, 2020, pare opportuno abbozzare un contributo alla elaborazione di uno statuto giuridico dell'epidemia nel solco metodologico additato da M. ASCHERI, *Diritto e peste. Dalla crisi del Trecento all'Età moderna,* Industria Grafica Pistolesi, Siena, 1974.

[8] Sulla esigenza, per evitare errori futuri, di riesaminare ogni misura pubblica presa durante la narrazione pandemica, per la Francia v. C. SCHOULER, L. MUCCHIELLI, *Covid, êtat d'urgences et libertés publiques*, in *Futuribles,* 2022, 4, n° 449,73 − 85; cfr. L. MUCCHIELLI, *La doxa du Covid, 1° Peur, santé, corruption et democratie*, Paris, 2022.

[9] *Ex multis,* v. M. GIULIANO, *L'adempimento delle obbligazioni pecuniarie nell'era digitale. Dalla moneta legale alla moneta scritturale e digitale 'legalmente' imposta*, Giappichelli, Torino, 2018; Avvocato generale Corte Giustizia Europea, Conclusioni 29 settembre 2020, C-422/19 e C-423/19, v. *La normativa nazionale può limitare l'utilizzo dei contanti per il pagamento dei debiti pecuniari?*, in *www.dirittoegiustizia.it*.; BCE- Eurosistema, 13 dicembre 2019, in *www.eur-lex.europa.eu*; F. MATTASSOGLIO, *Intelligenza artificiale e moneta:grandi 'poteri' e maggiori responsabilità. Alcuni motivi che inducono a riflettere circa l'urgente necessità di una moneta digitale del banchiere centrale*, in *Riv. trim. diritto dell'economia,* 2021, 371 e ss.

algoritmo[10] e con relativa stigmatizzazione sociale di quelle 'non virtuose', secondo i modelli antropologici del potere politico *pro-tempore* [11].

Fugati i dubbi di costituzionalità della Carta verde da parte di autorevoli costituzionalisti[12], con dissensi minoritari[13], residuano al giurista di diritto comune[14] alcune considerazioni precedute da un interrogativo: al di là delle intenzioni del Legislatore, ci si pone infatti il quesito se − in termini di diritto oggettivo − il ventaglio di limitazioni, progressivamente più stringenti, della libertà di circolazione, di lavoro, *etc*., per i soggetti non muniti di Carta verde, poste dal *climax* di decreti legge poi convertiti, non abbiano rappresentato esse stesse una sanzione[15].

Trattasi cioè della sanzione conseguente alla violazione di un obbligo vaccinale[16] implicito, surrogabile − solo in una prima fase − dall'adempimento dell'obbligo alternativo seriale di sottoposizione al tampone antigenico/molecolare. Ciò, ovviamente, al di là delle varie sanzioni pecuniarie per difetto di Carta verde nelle circostanze richieste, da considerarsi, in realtà, sanzioni secondarie, rispetto alla

---

[10] F. ZAMBONELLI, *Algocrazia. Il governo degli algoritmi e dell'intelligenza artificiale,* Scienza Express,Trieste, 2020, segnatamente 118 e ss., ove si sottolinea che: «in Cina, modelli di valutazione di questo tipo sono già diffusissimi».

[11] Lungimirante è il monito, antecedente alla pandemia, di A. SIMONCINI, *L'algoritmo incostituzionale: intelligenza artificiale e il futuro delle libertà*, in *BioLaw Journal- Rivista di biodiritto*, 2019, 63 e ss.

[12] A.CELOTTO, in *Covid, il costituzionalista Celotto:*«*Green pass è costituzionalmente corretto, non discriminatorio*», *www.adnkronos.com*,18 giugno 2021; G.M. FLICK, in *Covid, Flick*: «*Green pass obbligatorio giuridicamente consentito. Occorre salvaguardare la salute della collettività*», *www.orizzontescuola.it*, 19 luglio 2021; S. CASSESE, in *Green pass come la patente, è l'unico modo per ripartire*: *ecco la tesi del giurista Cassese*, in *Il Messaggero*,14 agosto 2021.

[13] M. CALAMO SPECCHIA, Audizione della Prof.ssa Marina Calamo Specchia. Commissione Affari Costituzionali del Senato della Repubblica 6 ottobre 2021, in *Diritto pubblico europeo Rassegna online,* 2021, 107 e ss.; G. CERRINA FERONI, *Il Green pass? Così è un pericolo*, in *La Verità*, 5 aprile 2021; A.R. VITALE, *L'infondatezza scientifica e giuridica del Green pass*, in *www.opinione.it*, 28 luglio 2021; G. SCARSELLI, *Note sul decreto legge 105 2021 che estende il Green pass ad attività e servizi della vita quotidiana,* in *www.giustiziainsieme.it*, 30 luglio 2021.

[14] Nel senso del «diritto privato come diritto comune e come promotore di nuovi metodi d'indagine», v. G. ALPA, *Diritto civile italiano. Due secoli di storia*, Il Mulino, Bologna, 2018, 549; cfr. M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, I, Giuffrè, Milano, 1993, 17; F. ALCARO, *Diritto privato*, IV ed., Cedam, Padova, 2019, 3. Peraltro «Il confine naturale, che nel modello ottocentesco divideva in modo rettilineo pubblico e privato, si è dissolto, sommerso dai continui sconfinamenti,dalle repentine avanzate e dagli improvvisi arretramenti, ed è stato sostituito da una profonda terra di nessuno, di ardua esplorazione, che il peso delle trasformazioni e il dilatarsi e lo scolorare degli spazi politici oltre lo Stato allargano a dismisura, costringendo l'interprete a tracciare *ex novo*, ogni volta, una linea di possibile demarcazione,e dunque a ridefinire, caso per caso, ciò che s'intende per pubblico e per privato.», v. B. SORDI, *Diritto pubblico e diritto privato. Una genealogia storica*, Il Mulino, Bologna, 2020, 229.

[15]Sull'onto-fenomenologia della sanzione, v. F. D'AGOSTINO, voce *Sanzione* (*teoria gen*.), in *Enc. dir.*, XLI, Giuffrè, Milano,1989.

[16] Sulla distinta problematica dell'obbligo vaccinale in sè, da un punto di vista costituzionale,v. A. MANGIA, *Si caelum digito tetigeris. Osservazioni sulla legittimità costituzionale degli obblighi vaccinali*, in *Riv. AIC*, 2021, 432 e ss.

primaria sanzione inibente, appunto, l'esercizio di facoltà esistenziali afferenti a precise libertà costituzionali (circolazione, lavoro, *etc.*).
Ed infatti è stato opportunamente rilevato, che tale dispositivo, «oltre ad introdurre un'abnorme sanzione (che tocca i diritti costituzionali al lavoro e alla retribuzione) appunto per "comportamento lecito", è interessante ai fini del nostro discorso per il suo carattere di "elusione" del percorso indicato dalla Costituzione, volto più o meno dichiaratamente ad introdurre un obbligo al trattamento sanitario indiretto»[17].

2. ***Enucleazione dell'obbligo vaccinale implicito temporaneo***

La via d'indagine è additata allora dalla logica giuridico-formale di Kelsen. Infatti, per il maggior esponente del normativismo, il precetto può esserci o non esserci, dal punto di vista espressivo, essendo il precetto logicamente presupposto dalla sanzione prevista per il comportamento opposto a quello comandato dal precetto stesso. Ecco quindi che assume valenza primaria la sanzione, rispetto a quella secondaria del precetto, nel linguaggio kelseniano, apparentemente criptico: «se pure esiste, la prima norma [statuente il comportamento prescritto] è contenuta nella seconda [statuente la sanzione], che è l'unica norma genuina [...]. La prima norma, che richiede l'omissione dell'illecito, dipende dalla seconda norma, la quale predispone la sanzione. Tale dipendenza la possiamo esprimere designando la seconda norma come la norma primaria, e la prima norma come quella secondaria»[18]. E' importante sottolineare la locuzione iniziale «Se pure esiste», per capire come, per Kelsen, la polarità logica tra precetto e sanzione richieda che solo la sanzione sia espressa, giacchè il precetto è estraibile dalla sanzione. In tale ottica, il precetto è un complemento solo espressivamente accidentale della sanzione proprio perché logicamente ne è coessenziale presupposto.

Allora questo particolare *focus* euristico volto a stanare l'obbligo dalla palude normativa delle sanzioni primarie e secondarie è reso possibile proprio dalla concezione normativista kelseniana, in cui assume centralità nevralgica che «il comportamento prescritto non è il comportamento dovuto: quello che è dovuto è la sanzione»[19]. Infatti, se «il diritto vigente è quello valido presumibilmente effettivo»[20], nel momento in cui l'accesso a determinati spazi e mezzi coessenziali alla vita sociale (esercizi pubblici, mezzi di trasporto, luoghi di lavoro privato e pubblico) è vietato, non per una oggettiva situazione del luogo ma in conseguenza di una precisa condotta imputata al soggetto, la cui libertà di accesso è preclusa,

[17] P. CAPPELLINI, *La Costituzione invisibile. Costituzione e democrazia alla prova dell'emergenza: riflessioni di un melanconico*, in *Histoira do Direito* (RHD), v. 2, n. 3, 2021,16; cfr. OSSERVATORIO PER LA LEGALITÀ COSTITUZIONALE, *Sul dovere costituzionale e comunitario di disapplicazione del c.d. decreto* Green pass, in *www.generazionifuture.org*, 17, laddove si parla di "obbligo surrettizio"; M. CALAMO SPECCHIA, *op.cit*., 125, laddove si parla di «obbligo dissimulato».
[18] H. KELSEN, *Teoria generale del diritto e dello Stato* (1945), a cura di S. Cotta e G. Treves, Giuffrè, Milano, 1984, 61.
[19] H. KELSEN, *La dottrina pura del diritto* (1960), a cura di M.G. Losano, Einaudi, Torino, 1966, 36.
[20] L. LOMBARDI VALLAURI, *Corso di Filosofia del Diritto,* Cedam, Padova 1981, 163 e ss.; cfr. A. di MAJO, *La tutela civile dei diritti*, 3, Giuffrè, Milano, 1987, 1.

ecco che quella condotta è giuridicamente leggibile − al di là del *verbum legis*[21] − come omissiva di un comportamento dovuto.

Tale comportamento dovuto è, nella specie, il sottoporsi ad iniezione vaccinale o a tampone (*non facere quod debetur*), che ha costituito così l'oggetto di un inedito obbligo giuridico evincibile dalla sanzione per la sua violazione. Sostenere che − *rebus sic stantibus* − non vaccinarsi, per gli infracinquantenni[22] non sanitari, fosse un comportamento libero, poiché privo di costrizione *manu militari*, ignora che, per gli obblighi di fare infungibili, come sottoporsi a vaccino, il diritto può configurare solo la coazione indiretta rispetto a quella diretta o fisica (*Nemo praecise ad factum cogi potest*)[23]. In tale contesto, affermare la persistenza della libertà vaccinale costituisce un vero e proprio sofisma in termini di effettività[24] personalistica.

Allorquando all'individuo, di cui non consti documentalmente una data condotta, sia interdetto l'accesso a servizi primari ed attività insurrogabili da altre fonti di reddito, quale il lavoro, ecco che risulta evidente la compressione basilare della dignità costituzionale della Persona[25]. Quindi, per il principio di coerenza sistematica dell'ordinamento[26], se vi è una reazione sanzionatoria, in termini di coazione indiretta, ad un preciso comportamento ostativo ad avere il documento di accesso ad attività/servizi essenziali (non vaccinarsi,*etc.*), ne consegue che il suo alternativo deve considerarsi obbligatorio. Infatti, in termini positivi, se l'ordinamento conferisce azione ad un soggetto per adire tutela giurisdizionale, non può disconoscersi una correlativa situazione di diritto soggettivo o di interesse legittimo (*ubi remedium, ibi jus*)[27]. Così, in termini negativi, se è posta una sanzione, vi deve essere un obbligo presupposto (*ubi vinculum, ibi obligatio*). Pertanto,

---

[21] «Vale a dire al *dictum* proveniente dal Legislatore verrà riconosciuto valore, e tanto nell'ambito in cui ciò sia consentito dal contesto letterale, solo ai fini dell'individuazione del criterio vincolante di comportamento del conflitto d'interessi connesso ad una determinata fattispecie, non per contro ai fini dell'individuazione dei requisiti di struttura della medesima fattispecie così, e non di rado imperfettamente regolata»: G. FURGIUELE, *Della simulazione di effetti negoziali*, Cedam, Padova,1992,19.

[22] Obbligo vaccinale espresso anti-Sars-Cov-2, per i cittadini che avessero compiuto 50 anni, è stato vigente in Italia da 8 gennaio 2022 al successivo 15 giugno, in forza del D.L 7 gennaio 2022, n.1, convertito dalla L. 4 marzo 2022, n.18.

[23] A. PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, Iovene, Napoli, 1994, 45; in generale, v. S. MAZZAMUTO, *La coercizione indiretta*, in *Europa e dir. priv.*, 2021, 465 e ss. Né d'altra parte potrebbe configurarsi l'atto del sottoporsi a vaccinazione come un mero *pati* forzosamente conseguibile da terzi, giacché *ex* art. 32 Cost., la legge che eventualmente disponga un determinato trattamento sanitario "non può in nessun caso violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana": per il contributo determinante di Aldo Moro all'articolazione ed argomentazione di tale limite assiologico incarnato al potere del Legislatore d'imporre trattamenti sanitari obbligatori, v. *Atti A.C.*, 28 gennaio 1947, 204, su cui v. A MANGIA, *op. cit.*, 449 e ss. e P. CAPPELLINI, *op. cit.*, 13 e ss.

[24] G. VETTORI, voce *Effettività delle tutele*, in *Enc. dir.*, *Annali*, X, Giuffrè, Milano, 2017, 381 e ss.

[25] P. PASSANITI (a cura di), *La dignità del lavoro. Nel cinquantenario dello Statuto*, Giuffrè, Milano, 2021.

[26] *Ex multis*, v. G. PINO, *Coerenza e verità nell'argomentazione giuridica, alcune riflessioni*, in *Riv.int.fil. dir.*, 1998, 84 e ss.

[27] A. di MAJO, *op.cit.*, 63.

compete all'interprete − proprio in termini euristici di chiarezza delle situazioni giuridiche − di estrarre dall'ombra legislativa[28] l'*obligatio abscondita,* la cui violazione pone capo al *vinculum libertatis*.

Evidentemente allora: «sul piano civilistico, la conflittualità scatenata dalla vaccinazione si è manifestata nella torsione delle categorie civilistiche generali che esprimono le ben definite posizioni soggettive attive dei diritti e quelle correlate passive degli obblighi e delle conseguenti responsabilità»[29]. Ebbene questa «torsione delle categorie civilistiche generali», se induce a disvelare una vera e propria *obligation cachée,* suscita poi un interrogativo di filosofia del diritto[30]. Ci si chiede cioè se rappresenti una 'evoluzione' di civiltà giuridica[31], questa tecnica normativa, quasi simulatoria[32], di modulazione della dimensione obbligante da parte del potere politico (sintesi verbale della distinzione tra potere esecutivo e legislativo avviluppatasi nella dialettica decretazione d'urgenza/conversione legislativa, a trazione effettiva dell'esecutivo[33]). Per tentare un contributo di risposta a questo interrogativo, è necessario allora approfondire proprio il concetto ibrido di 'accesso'.

3. *Confutazione della possibile configurabilità della situazione doverosa come onere: mitologia dell'accesso, un lemma ibrido*

A questo punto dell'analisi, taluno potrebbe obiettare che proprio la suddetta lettura kelseniana normalizzatrice di una situazione doverosa implicita nella sanzione, ridimensionerebbe alla fine l'anomalia dello schema normativo del *Green pass*.

Ma in realtà l'anomalia normativa si manifesta proprio nel fatto che la vera sanzione incisiva sulle libertà dei non vaccinati, non è stata appalesata come tale dal Legislatore, bensì camuffata *sub specie* di sanzione premiale per i vaccinati, cui appunto «è consentito l'accesso a servizi ed attività»: ne risulta, così più che una

---

[28] Interessanti paiono taluni rilievi generali di F.P. LOPS, *Il diritto nascosto*, Pacini Giuridica, Pisa, 2019, 11. Ma il tema giuridico tenebroso parte da lontano, v. M. AINIS, *La legge oscura*, Laterza, Roma-Bari, 1987.

[29] C. PILIA, *Diritti, obblighi e responsabilità nelle vaccinazioni,* in C. Pilia (a cura di), *Quaderni di conciliazione*, n° 15, Edizioni AV., Cagliari, 2022, 166.

[30] Si chiede infatti T. GRECO, in *La legge della fiducia*, Laterza, Roma-Bari, 2021, 79: «non c'è un limite oltre il quale il diritto che è mero esercizio di forza smette di essere per ciò stesso diritto come si domandava Gustav Radbruch alla fine della Seconda guerra mondiale? L'ubbidienza provocata esclusivamente dalla forza possiamo chiamarla ancora ubbidienza? C'è una differenza abissale tra l'essere costretti e l'avere un obbligo…».

[31] P. GROSSI, *Prima lezione di diritto*, Laterza, Roma-Bari, 2003, 83, con riferimento al concetto di *gesezliches Unrecht*: «una legge positiva che è non diritto e anti-diritto per la sua intollerabile iniquità».

[32] *Ex multis*, v. G. FURGIUELE, *op. cit*.; non a caso, M. CALAMO SPECCHIA parla di «obbligo dissimulato», *op.ult.cit*.

[33] *Ex multis*, v. R. ZACCARIA, *Fuga dalla legge. Seminari sulla qualità della legislazione*, Grafo, Brescia, 2011; N. LUPO, *Considerazioni conclusive sulla (complessiva) crescita del ruolo normativo del governo e sulle difficoltà della funzione legislativa*, in *www.osservatoriosullefonti.it,* 2019.

fictio juris[34], una *fictio contra jus*, giacchè «è consentito» il libero esercizio di taluni diritti fondamentali, in cambio della rinuncia alla pienezza del diritto sul proprio corpo[35].

Una volta enucleata una situazione soggettiva di dovere, la cui violazione implichi la sanzione di limitazione di accesso a luoghi, servizi, attività, occorre allora sgombrare il campo dal dubbio se detta situazione passiva possa configurarsi − piuttosto che come 'obbligo' vaccinale nei confronti della collettività − come 'onere'[36] vaccinale. Tale onere consisterebbe in un dovere nel proprio interesse salutistico per poter conseguire il 'vantaggio' di fruire di spazi di libertà altrimenti preclusi.

Tuttavia, è giocoforza osservare che la fruizione di facoltà esistenziali afferenti a diritti fondamentali, non è degradabile ad un mero 'vantaggio' espansivo della sfera del soggetto, in un'ottica economicistica di incentivazione propria della funzione promozionale di uno Stato interessato alla salute, giacché le suddette facoltà esistenziali appartengono già alla sfera assoluta del valore normativo della Persona e non ne costituiscono uno sviluppo espansivo in concreto[37].

Ecco quindi che la inibizione all'esercizio di diritti già incardinati nella sfera del soggetto, sostanziandosi in una tecnica ablatoria di spazi di fruizione di libertà costituzionali, non può che rappresentare una sanzione afflittiva rispetto ad un obbligo larvatamente imposto, piuttosto che il mancato conseguimento di un vantaggio espansivo connesso ad un onere incentivante. Ragion per cui, la tecnica normativa, della ibridazione tra dimensione economicistica dell'incentivo e dimensione giuridica della sanzione, maldestramente dissimula la inequivocabile dimensione obbligante.

Ma è proprio l'apparente neutralità aperturista del lemma «accesso» scelto dal Legislatore − che disinvoltamente trasforma l'esercizio di diritti inviolabili in «accesso a servizi e attività» − a rivelarsi carico della densità semantica dell'*Era dell'accesso*[38], preconizzata da Rifkin: è un'era segnata dalla «progressiva acquisizione di molteplici ambiti della vita umana nella sfera economica»,[39] ove sostanzialmente si celebra «l'accesso come modo di vita»[40], rispetto ad un mercato dove «tutto è servizio»[41].

---

[34] *Ex multis*., A. RABAGNY, *L'image juridique du monde*. *Apparance et réalité,* PUF, Paris, 2003,102 e ss.

[35] «Il corpo è sfidato, la persona diviene digitale, compare l'*homo numericus,* si entra nella dimensione del post-umano», S. RODOTA', *Il diritto ad avere diritti*, Laterza, Roma-Bari, 6 ed., 2020, 197.

[36] Per la configurazione del dovere vaccinale come «onere indirettamente sanzionato», v., invece, A. MANIACI, in *Obbligo di vaccinazione contro il Covid-19 e sua (in)compatibilità con il sistema giuridico italo-europeo,* in C. Pilia (a cura di), *op.cit*., 105. Sul concetto di onere, in generale, v., *ex multis,* O. T. SCOZZAFAVA, voce *Onere (nozione),* in *Enc. dir.,* XXX, Giuffrè, Milano, 1980, 99 e ss.

[37] Cfr. M. CALAMO SPECCHIA, *op.cit*., 119.

[38] J. RIFKIN, *L'era dell'accesso. La rivoluzione della new economy*, Mondadori, Milano, 2000.

[39] *Ibidem,*131 e ss.

[40] *Ibidem*,161 e ss.

[41] *Ibidem*,101 e ss.

In tale prospettiva, non solo si dissolve il concetto di titolarità dei diritti sui beni ma si è costretti ad 'accedere', *sub specie* di 'servizi', appunto, alla fruizione di proprie facoltà esistenziali, di spazi pubblici e di socialità: una cosmologia, *ça va sans dire*, vessillifera della «fine dello Stato-nazione»[42] superato dalla 'deterritorializzazione'[43] potestativa del cyberspazio e conseguenzialmente provvida di «Una nuova teoria dei diritti»[44].

Dunque la riflessione su una fenomenologia di legislazione temporanea costituisce l'occasione per monitorare chimere linguistico-giuridiche sotto tranquillanti spoglie salvifiche, come appunto la mitologia[45] dell'accesso: l'ibrido lemma «accesso» introduce cioè un subdolo dispositivo nominalistico-normativo, che trasforma la decurtazione delle sfere giuridiche in un loro apparente arricchimento. Tale strumento normativo di linguaggio altera infatti la visibile dialettica tra *ii qui certant de damno vitando* e *ii qui certant de lucro captando*, facendo passare i primi per i secondi.

Ora, la preoccupazione per tale «neolingua»[46] legislativa è accresciuta dall'inversione logica del divieto, attraverso l'uso dell'espressione positiva «è consentito»[47], con riferimento all'accesso appunto, quando si sarebbe dovuto dire: «è vietato l'accesso ai soggetti non muniti di certificazione verde». Questa diversa formulazione è doverosa per non ingenerare l'idea che sia lo Stato a consentire espressamente cosa si possa fare, quando è esattamente il contrario, per cui è normalmente consentito fare tutto ciò che non sia espressamente vietato.

Tale pulizia del linguaggio è fondamentale per l' effettività del cardine epocale dello Stato di Diritto[48]: *Tutto ciò che non è vietato dalla Legge non può essere impedito, e nessuno può essere costretto a fare ciò che essa non ordina* (art. 5 Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 26 agosto 1789 e artt. 13 e 23 Cost. it.). Infatti, se fosse libero solo ciò che espressamente «è consentito» in via eteronoma, avremmo una

[42] *Ibidem*, 297 e ss.

[43] F. RUSCHI, *Leviathan e Behemoth, modelli egemonici e spazi coloniali in Carl Schmitt*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 33/34,2004/2005, *L'Europa e gli 'Altri'. Il diritto coloniale tra Otto e Novecento*, segnatamente, I, 453, ove si rintraccia l'archetipo egemonico della 'deterritorializzazione'.

[44] J. RIFKIN, *op.cit.*, 314 e ss.

[45] "Mitologie, cioè verità apodittiche alle quali si impone di credere senza poterne discutere i contenuti", v. P. GROSSI , *Ritorno al diritto,* Laterza, Roma-Bari, 2015, 6, nota 8; cfr. ID. , *Mitologie giuridiche della modernità,* Giuffrè, Milano, 2007.

[46] Il riferimento, ovviamente, è a G. ORWELL, *1984*, London, 1948, tr.it., Mondadori, Milano, rist., 201, segnatamente, 305 e ss.: è il caso di dire che la realtà legislativa ha scavalcato l'oggetto del monito di F. BAMBI, in *Leggere e scrivere il diritto*, in B. Pasciuta e L. Loschiavo (a cura di), *La formazione del giurista*, Romatre-press, Roma, 2018, 32: «è indubbio che la lingua giuridica abbia caratteristiche peculiari di lessico e di sintassi: le quali tuttavia possono, anzi devono, essere guidate su strade che portino fuori dallo stereotipo famoso, quello calviniano dell'antilingua» (il riferimento è a I. CALVINO, *Una pietra sopra*, Einaudi, Torino, 1980, 122-126); cfr., in generale, L. VIOLANTE, *Politica e menzogna*, Einaudi,Torino, 2013.

[47] Cfr., per una sapiente notazione sul linguaggio gratuitamente concessorio del Legislatore,V. BALDINI, *Il linguaggio del potere,*in *www.Dirittifondamentali.it*, 19 maggio 2021.

[48] Sul concetto di Stato di diritto, v. *ex multis,* G. MORBIDELLI, *Costituzione e costituzionalismo*, in AA.VV., *Diritto pubblico comparato,*V ed., Giappichelli, Torino, 2016, 117 e ss.

degradazione, a ventaglio funzionale di dispositivi da realizzare, della libertà del soggetto[49], la cui identità verrebbe frantumata in funzioni[50] dell'azione[51]. E questa omnipervasiva funzionalizzazione dell'azione farebbe venire meno l'essenza psichica della libertà individuale e quindi la stessa unitarietà del soggetto[52]. L'unità del soggetto richiede infatti declinazioni indeterminate − e non predeterminate − dell'azione: il soggetto o è autonomo o non è[53]. Pertanto, la tipizzazione funzionale delle sole azioni possibili dei cittadini, attraverso la concessoria espressione «è consentito», mostra sintomi di tracimazione dello Stato di diritto verso una sorta di Stato etico-funzionale[54], caratterizzato da neo-totalitarismo strumentale attuabile con lo strumento digitale[55].

4. ***Il documento del Green pass come fenomeno di formalismo giuridico***

Ma ove non si voglia riconoscere un obbligo implicito vaccinale, nel divieto di accesso a determinati luoghi o servizi, per il soggetto privo di *Green pass*, rimane comunque un interrogativo *de futuro*, a riguardo dell'obbligo di avere un documento attestante determinati trattamenti sanitari come presupposto necessario per la fruizione di libertà spettanti costituzionalmente di per sé ai consociati. Trattasi di un problema giuridico-formale[56] ovviamente distinto dal presupposto rappresentato nel documento[57]. Tale presupposto può essere un dato, indice di comportamento sanitariamente corretto, come oggi una vaccinazione e domani, magari, un peso corporeo proporzionato ad altezza.

---

[49] Tra i tanti ad avvertire tale insidia contemporanea,W. SOFSKY, *In difesa del privato*, Einaudi, Torino, 2007.

[50] U. GALIMBERTI, *Psiche e tecne*, Feltrinelli, Milano, 2008, 547.

[51] Sulla imprescindibilità dell'azione come categoria ordinante,v. Salv. ROMANO, *Ordinamento sistematico del diritto privato*, II, *L'azione, il potere*, Morano, Napoli,1970; F. ROMANO (a cura di), *Salvatore Romano giurista degli ordinamenti e delle azioni*, Atti del Convegno, Firenze,15 ottobre 2004, Giuffrè, Milano, 2007.

[52] Sui pericoli di decostruzione del soggetto,v. C. MAZZU', *La soggettività contrattata*, Giuffrè, Milano, 2005.

[53] Sulla diuturna dialettica eteronomia/autonomia, v. T. GRECO, *L'orizzonte del giurista tra autonomia ed eteronomia*, in B. Pasciuta e L. Loschiavo (a cura di), *op.cit*., 2018, 45 e ss.; mi permetto inoltre di rinviare a A. BELLIZZI di SAN LORENZO, *Hyperconnected and spaced in a destressing era: some notes about* facultas agendi *in pandemic,* in *Revista de Estudos constitucionais, Hermeneutica e Teoria do Direito (RECHTD)*, 2021,181 e ss.; ID., *Aspetti giuridici della pandemia e psico-dinamica della riservatezza*, in *Riv.trim. Scuola perf. Forze Polizia*, 2021, 47 e ss.

[54] Sull'impatto costituzionale di «sistema» della tecnologia, attraverso la logica funzionalistica della macchina sociale e e l' atomizzazione degli individui sempre più manipolabili attraverso la tecno-strutture burocratiche, v.le profetiche parole di chiusura di N. MATTEUCCI, in *Organizzazione del potere e libertà. Storia del costituzionalismo moderno,* UTET, Torino, 1988, 244-245.

[55] B.C. HAN, *Psicopolitica. Il neoliberalismo e le nuove tecniche del potere,* Nottetempo, Roma, 2016, 95: «la connessione digitale totale aumenta considerevolmente la coercizione alla conformità».

[56] Sulla differenza tra *apparentia juris* e formalismo, v. A. FALZEA, voce *Apparenza*, in *Enc. dir.*, II, Giuffrè, Milano, 1958, 691.

[57] G. NAVONE, *op.cit.*

In futuro, il presupposto documentale potrebbe essere un comportamento ecologicamente corretto, come un congruo consumo energetico o idrico, piuttosto che un virtuoso smaltimento differenziato di rifiuti, *etc*., ovvero un comportamento finanziariamente o politicamente corretto: si tratterebbe sempre della registrazione formale di una ortodossia comportamentale.

Nella concretezza della vicenda pandemica, formalismo vuol dire che, da un certo momento (c.d. *Green pass* rinforzato prescindente da test negativi al virus[58]), all'ordinamento non è interessato che il soggetto fosse o meno contagioso ma soltanto che, dalla forma documentale, emergesse il dato tipizzato della vaccinazione del titolare (o guarigione): da questo preciso momento (6 dicembre 2021), ogni realtà difforme[59] − quale l'accertata originaria negatività al virus − è stata ritenuta incompatibile con la dinamica fruitiva di diritti di libertà, fino alla cessazione dello stato di emergenza.

E' opportuno allora precisare che tale fenomeno di formalismo non significa tanto *praesumptio juris et de jure* di contagiosità dei non vaccinati, per inammissibile prova contraria della non contagiosità in concreto degli stessi, ove sanzionati per loro abusiva presenza.

Il neo-formalismo biosecuritario infatti va ben oltre, assumendo una chiara valenza pedagogica. In modo ancora più forte simbolicamente, tale formalismo significa piuttosto rilevanza formale della sola vaccinazione (o temporaneamente della guarigione da virus) ai fini della spettanza del titolo di legittimazione ad attività e servizi tipizzati dalla legge: dal 6 dicembre 2021 al 30 aprile 2022, la negatività al virus è stata bandita dalla rilevanza giuridica (ove non conseguente a guarigione da infezione!).

Una volta operata la rimozione, dalla rilevanza documentale, del conflitto tra interesse a non essere contagiati e portatori del contagio − rilevanza rappresentata ancora dall'alternativa del tampone negativo − «poichè la forma, nella sua invariabile fissità, sta oltre il conflitto, oltre le pretese contrastanti delle parti[60], ecco che sono residuate solo serie organiche di forme (...) che dispensano la parte dall'onere di controllo e sciolgono il conflitto nell'incontestabilità dell'accaduto»[61], ossia dell'avvenuta vaccinazione.

In tal modo, si è avuto il paradosso che persone vaccinate, per non perdere lo 'strumento dell'accesso', ove contagiate asintomatiche, hanno potuto continuare a circolare contagiando e, viceversa, altre non vaccinate, né infette e quindi sane, non potevano accedere ad una pluralità di servizi ed attività[62]; com'è anche successo

[58] D.L. 26 novembre 2021 n. 172, convertito dalla L. 21 gennaio 2022, n. 3.

[59] Sulla dialettica 'conforme'/'difforme' nella problematica della "forma come riduzione di differenze ad una unità",v. A. E. CAMMARATA, voce *Formalismo giuridico*, in *Enc. dir.,* XVII, Giuffrè, Milano, 1968, 1013.

[60] N. IRTI, *Idola libertatis. Tre esercizi sul formalismo giuridico*, Giuffrè, Milano, 1985, 38.

[61] *Ibidem.*

[62] Chiarissimo, in tal senso, il *dictum judicis,* fondato ovviamente su consulenza tecnica: «sotto un profilo epidemiologico la condizione del soggetto vaccinato non è dissimile da quello non vaccinato perché entrambi possono infettarsi, sviluppare la malattia e trasmettere il contagio», Trib. ord. Firenze, Sez. II civ., 6 luglio 2022, r.g.7360/2022.

che quelle stesse persone vaccinate eppure infettatesi, senza farlo rilevare da tampone ufficiale, per non perdere temporaneamente il *Green pass*, hanno poi fatto ulteriore dose vaccinale, che avrebbero evitato se, accertati come positivi, si fossero poi negativizzati.

La vicenda del *Green pass* si rivela così una lampante manifestazione di un'epoca biopolitica[63], d'interesse dello Stato per la salute fisica individuale e di pretesa pubblica della sua gestione potestativa, con ingerenza tecnologica sui corpi delle persone. Paradossalmente allora, la misura formale sanitaria del *Green pass* fa correr la memoria ad altri strumenti formali, attraverso cui si attuava una ingerenza istituzionale, invece, nella vita spirituale individuale: ci si riferisce ai *billets de confession*[64], imposti, per accedere ai Sacramenti ed indirettamente alla vita pubblica *tout court*, nella Francia di Luigi XV.

Ma il neo-formalismo documentale contemporaneo rivela altresì l'aspetto del *Green Pass*, quale strumento di una vera e propria ideologia dell'iper-digitalizzazione[65], capace di realizzare una «quadrettatura sempre più doviziosa (e indecifrabile) degli spazi di vita con obblighi e vincoli e tasse e divieti, partendo da una retorica securitaria »[66]: bio-securitaria, per l'appunto[67].

5. *Dubbi sulla riconducibilità ai limiti dell'art. 16 Cost. del divieto di «accesso a servizi e attività»*

Ora, poiché *ex* art.16 Cost., *Ogni cittadino può circolare liberamente in qualsiasi parte del territorio nazionale , salvo le limitazioni che la legge stabilisce in via generale per motivi di sanità e di sicurezza* [68], pare ineludibile il problema della riconducibilità, alla suddetta riserva legislativa, delle limitazioni di accesso, di cui si sostiene la valenza sanzionatoria. Ma il punto è se queste limitazioni «in via generale» siano possibili, solo in termini oggettivi, in senso spaziale, oppure anche in termini soggettivi, in senso discriminatorio tra soggetti.

Ebbene, alla riserva di legge sono riconducibili limiti di accesso a luoghi speciali, dove normalmente non si può svolgere la libera circolazione: trattasi di edifici istituzionali (tribunali, ospedali, caserme, carceri, *etc*.), cui l'accesso è connesso a

---

[63] *Ex multis*, v. R. ESPOSITO, *Immunità comune, Biopolitica ai tempi della pandemia*, Einaudi, Torino, 2022.

[64] M. NICOLAS, *La requete sur les billets de confession et le journal de l'avocat Barbier* (1752), in *Boulletin de la Societe de l'Histoire du Protestantisme francais* (1852-1865),v.VI,1-4 (1857 Mai-aout), 5-8; P. GOUJARD, *L'Europe catholique au XVIII siecle. Entre integrisme et laicisation*, Presses universitaires, Rennes, 2004, Cap.III: con tale strumento documentale formale, l'autorità ecclesiastica così condizionava l'accessibilità individuale di un atto sacro − la cui pubblica assenza era particolarmente stigmatizzante − alla espressa adesione alla Bolla *Unigenitus* (8 settembre 1713), con cui Clemente XI aveva condannato il Giansenismo.

[65] Sui pericoli di deriva antipersonalistica del "potere di decisione nel mondo digitale",v. S. RODOTA', *op.cit.*, 327 e ss.; cfr., *ibidem*,363 e ss. a proposito dello Scientismo.

[66] L. SOMIGLI, *C'è una specularità nel biopotere?*, in *www.iltazebao.com*, 4 dicembre 2022; cfr. G. AGAMBEN, *Il lecito, l'obbligatorio e il proibito,* in *www.quodlibet.it*, 28 novembre 2022.

[67] Sulla nozione di "stato etico- terapeutico", v. P. CAPPELLINI, *op.cit*., 10.

[68] *Ex multis*, v. M. MAZZIOTTI, voce *Circolazione e soggiorno (libertà di*), in *Enc. dir*., VII, Giuffrè, Milano,1960, 15 e ss.

determinati *status*, regole specifiche. Così pure, paiono riconducibili a tale riserva, limiti eccezionali d'accesso, per motivi di sanità, in luoghi ordinariamente accessibili: è il caso appunto della necessità di arginare il contagio epidemico diffuso in un dato territorio; egualmente, motivi di sicurezza possono legittimare limitazioni di accesso a determinate zone per sopravvenute evenienze tellurico-vulcaniche, bellico-nucleari, *etc.*

Ma non paiono compatibili, già in astratto, con la riserva di legge sulle limitazioni «in via generale» della libertà di movimento *ex* art. 16 Cost., limitazioni soggettive di tipologie di persone senza che la preclusione di accesso a luoghi pubblici o aperti al pubblico si traduca in limitazioni della stessa libertà personale garantita dalla doppia riserva rinforzata di Legge e di Giurisdizione dell'art.13 Cost. Infatti, la libertà personale si distingue dalla libertà di movimento, proprio come sfera assoluta di indefinite facoltà esistenziali della Persona[69], le quali, nella società contemporanea, realisticamente non possono prescindere dall'accesso ai mezzi di pubblico trasporto ed al posto di lavoro, pena una violazione basica del principio di Eguaglianza con riferimento a chi possa far a meno di tali mezzi pubblici e del lavoro per soddisfare esigenze primarie della Persona.

Dunque, «l'art 16 pone limiti a spostamenti in "parte del territorio nazionale", quindi, appunto, a spazi territoriali geodeterminati, mentre i ristoranti, i bar, i musei, i convegni, le fiere, e soprattutto i centri commerciali, i trasporti, le scuole, i concorsi pubblici, non sono luoghi, non rientrano in detto concetto, non sono parte del territorio nazionale; sono, tutto al contrario, beni e servizi, alcuni addirittura con caratteristiche di beni essenziali. Né può replicarsi che si tratti comunque di attività che si svolgono in luoghi determinati, perché tutte le attività della vita, nessuna esclusa hanno una dimensione spazio-temporale»[70]: e forse non è un caso che proprio nella percezione del processualcivilista, sensibile alla effettività della tutela, il tema dell'accesso funga da campanello d'allarme di una tecnica normativa subdolamente insidiosa della inviolabilità delle garanzie costituzionali dei diritti individuali[71].

Se a ciò si aggiunge, nella concretezza della specifica epidemia, che la *ratio* della pubblica raccomandazione alla vaccinazione anti-Covid 19 non risulta esser mai stata quella dell'idoneità vaccinale a impedire il contagio virale, bensì quella di ostacolare conseguenze severe e letali della infezione dei contagiati[72], ecco che, pure in una prospettiva teleologico-sanitaria, non avrebbe senso una interpretazione estensiva della limitabilità di movimento, in termini soggettivi,

---

[69] «D'altro canto mai potrebbe dall'autorità pubblica essere invocato l'art. 32 Cost., per derogare, per motivi di salute, alla portata e alle garanzie dell'art.13», A. PACE, voce *Libertà personale* (*Dir. Cost.*), *Enc.dir*., XXIV, Giuffrè, Milano,1974.

[70] G. SCARSELLI, *Note*, cit., ove peraltro si aggiunge «che la distinzione tra questi concetti è chiara allo stesso dl 105/21, e ciò si ricava dal preciso tenore dell'art.3, ove si legge che è consentito esclusivamente ai soggetti muniti di una delle certificazioni verdi COVID 19 "l'accesso ai seguenti servizi e attività"».

[71] Sui diritti inviolabili, v. le vibranti pagine di M. FIORAVANTI, *Art. 2 Costituzione italiana*, 3° rist., Carocci, Roma, 2021.

[72] *Ex multis*, v. A.R. VITALE, *op. cit*.; cfr., Trib. ord. Firenze, Sez. civ., 6 luglio 2022, r.g.7360/2022, cit., nota 48.

riguardante i non vaccinati, quali potenzialmente più contagiosi dei vaccinati. Infatti il binomio vaccino anti-Covid 19/non contagiosità non è predicabile, in termini scientifici pre-giuridici[73] e, pertanto, è inconferente con il divieto di «accesso a servizi e attività» per i non vaccinati anche previo tampone[74], proprio perchè i vaccinati risultano contagiosi come i non vaccinati[75].

6. *Funzionalità pratica della sussistenza dell'obbligo vaccinale ai fini dell'indennizzo ex lege per danni irreversibili da evento avverso*

La sussistenza di un obbligo vaccinale, evinta in via sistematica dalla normativa cogente alla vaccinazione anti-Covid 19, tramite la sanzione della compressione di libertà costituzionali per i soggetti non vaccinati, esprime una rilevanza pratico-funzionale per la effettività di tutela di soggetti che abbiano riportato «lesioni o infermità dalle quali sia derivata una menomazione permanente della integrità psicofisica».

Tale effettività rimediale richiede infatti che anche il danneggiato da vaccino anti-Covid 19 abbia «diritto ad un indennizzo da parte dello Stato nei modi stabiliti dalla legge » ex art.1 della Legge 25 febbraio 1992, n° 210 (*Indennizzo a favore dei soggetti danneggiati da complicanze di tipo irreversibile a causa di vaccinazioni obbligatorie, trasfusioni e somministrazione di emoderivat*i).

Diversamente, ove si consideri la vaccinazione anti-Covid 19, riduttivamente, come meramente raccomandata dall'Autorità politica, la spettanza di un diritto ad indennizzo − in assenza di espressa previsione legislativa − dipenderebbe da una pronuncia della Corte Costituzionale[76] nel senso estensivo della fattispecie prevista

---

[73] Chiaramente, in tal senso, v. C. FRANCO-PAREDES, *Transmissibility of SARS-CoV-2 among fully vaccinate individuals*, in www.thelancet.com/infection, v. 22, january 2022, 16: «the impact of vaccination on community transmission of circulating variants of SARS-Cov-2 appeared to be not significantly different from the impact among unvaccinated people»; ciò è evidente già dal fondamentale studio di S.V. SUBRAMANIAN, A. KUMAR, *Increases in COVID-19 are unrelated to levels of vaccination across 68 countries and 2947 counties in the United States,* in *European Journal of Epidemiology*, 30 september 2021.

[74] E non è un caso che S. RODOTA', *op.ult.cit.*, 162, in un paragrafo dedicato a *La sovranità sul corpo* asserisca: «All'origine di questa complessa vicenda di ricostruzione della persona su nuovi fondamenti si colloca , come passaggio decisivo, la Carta di Norimberga del 1946 che si apre con le parole "il consenso volontario del soggetto umano è assolutamente necessario". Siamo di fronte ad un capovolgimento radicale, all'abbandono della storica subordinazione della persona al potere medico delegittimato nella sua autonomia dall'uso che di esso avevano fatto i medici nazisti».

[75] *Ex multis*, v. M. DI GREGORIO, *Vaccini covid, Pfizer ammette "non abbiamo fatto test per fermare i contagi, nessuno c'è l'ha chiesto"*, in *www.notizie.virgilio.it*, 12 ottobre 2022; cfr. N. DOMÍNGUEZ, *Why the covid-19 vaccines do not stop the virus from circulating*, El Pais,19 novembre 2021. Da tale evoluzione conclamata di dati pare superato il dato della contagiosità dei soli non vaccinati, presupposto da A. RUGGERI, *La vaccinazione contro il Covid-19 tra autodeterminazione e solidarietà,* in *Dirittifondamentali.it,* 22 maggio 2021.

[76] Sugli ultimi sviluppi fisiognomici del Giudice delle Leggi, v. S. BARBARESCHI, *Corte costituzionale e certezza dei diritti. Tendenze nomofilattiche del giudizio sulle leggi*, Editoriale scientifica, Roma, 2022.

per le vaccinazioni obbligatorie a quelle raccomandate[77]. Tale questione dovrebbe così essere sottoposta dal giudice di merito, al Giudice delle leggi, con ordinanza di rimessione adducente la incostituzionalità della Legge 25 febbraio 1992, n° 210 laddove non prevede il diritto all'indennizzo di coloro che si siano sottoposti a vaccinazione anti-Covid 19.

Dunque, per la stessa Corte costituzionale, da un lato, il giudice adito per l'indennizzo di danni derivati da vaccino raccomandato non può automaticamente estendere l'applicazione della Legge 210/1992 alla profilassi raccomandata, dall'altro, la mancata previsione del diritto all'indennizzo, in caso di patologie irreversibili derivanti da vaccinazioni raccomandate, lede gli artt. 2, 3 e 32 Cost. Infatti, la funzione dell'indennizzo consiste nel completare il patto di solidarietà tra individuo e collettività sotto il profilo della salute, ritenendosi necessaria una traslazione in capo alla collettività, favorita dalle scelte individuali, degli effetti dannosi[78].

Ecco quindi che, a fronte di una strategia induttiva alla vaccinazione come il *Green pass*, riduttiva di precise libertà costituzionali dei cittadini non vaccinati, non è solo il principio di effettività di tutela[79] a far estrarre l'obbligo dalle sanzioni previste per il non vaccinato ma anche il principio di conservazione dei valori normativi[80]. Per il principio di conservazione personalisticamente orientato, deve infatti preferirsi una interpretazione normativa che conservi il valore giuridico rimediale, nella specie della indennizzabilità dei danni irreversibili da vaccinazione sostanzialmente obbligatoria.

D'altra parte, la possibilità di gravi reazioni avverse è stata implicitamente riconosciuta dal Legislatore, che ha previsto una causa di non punibilità per gli operatori sanitari, in caso di morte o lesioni del vaccinato, proprio nell'ipotesi di vaccinazione «conforme alle indicazioni contenute nel provvedimento di autorizzazione all'immissione in commercio emesso dalle competenti autorità e alle circolari pubblicate sul sito istituzionale del Ministero della Salute relative alle attività di vaccinazione»[81].

Di converso, non avrebbe senso invocare l'assolutezza della riserva legislativa dei trattamenti sanitari obbligatori[82], per ritenere non configurabile l'obbligo vaccinale implicito e deprivare d'indennizzo i danneggiati infracinquantenni non sanitari, una volta che comunque il Legislatore lo ha configurato in concreto. Infatti, si

---

[77] In tal senso, proprio Collegio presieduto da Paolo Grossi: Corte cost. 27 novembre 2017, n. 268 *www.giurcost.org*

[78] Corte cost. 23 giugno 2020, n.118, www.cortecostituzionale.it

[79] G.VETTORI, *op.ult.cit.*

[80] *Ex multis*, v. C. GRASSETTI, voce *Conservazione (principio di)*, in *Enc. dir.* IX, Giuffrè, Milano, 1961: è interessante notare come tale principio risponda ad« una esigenza che si fonda su di un principio di generale economia e sulla presunzione della serietà di propositi di chi emette una dichiarazione di volontà privata o statuale».

[81] Art.3, D.L. 1 aprile 2021, n. 44, convertito dalla L. 28 maggio 2021, n. 76. Si noti che l'art.3-*bis* dello stesso decreto prevede, in generale, la punibilità dell'omicidio colposo e delle lesioni personali colpose commessi dai sanitari durante lo stato di emergenza, solo a titolo di colpa grave; cfr. A. MANIACI, *op.ult.cit.*,113-114.

[82] Per una disanima della tematica, v. A. MANIACI, *op.cit.*,108.

avrebbe il paradosso che i limiti dettati, *ex ante*, a garanzia della Persona, si tramuterebbero, *ex post*, in un *vulnus* di tutela della stessa. Ciò, a meno di voler configurare un problematico illecito statale per violazione dell'art.32 Cost., con conseguente obbligo risarcitorio.

A queste considerazioni deve aggiungersi che, il consenso informato alla vaccinazione[83] è logicamente incompatibile con il concetto di obbligo di vaccinazione[84]. Inoltre, ove si ritenga inammissibile un implicito obbligo generale di vaccinazione, nel periodo di vigenza del "super *Green pass*" escludente irragionevolmente anche il tampone per accedere alla vita sociale, ecco che il consenso[85] prestato alla vaccinazione nel contesto impositivo del *Green pass*, deve comunque considerarsi invalido. Tale invalidità del consenso deriva dal fatto che non è affatto libera la determinazione del cittadino di sottoporsi a vaccinazione se comunque coartata dal *factum principis*, di talché ogni consenso prestato non può considerarsi preclusivo di azione di responsabilità risarcitoria[86] per danni collaterali,verso la casa farmaceutica.

Com'è noto, infatti, il soggetto vaccinato, la cui infermità si assuma riconducibile a fatto colposo altrui, dispone, verso la casa farmaceutica, sia dell'azione per esercizio di attività pericolose ex art. 2050 c.c., sia dell'azione di responsabilità del produttore per prodotti difettosi (art.117 e ss. cod. cons.)[87]. Non a caso, sovviene una linea interpretativa − antecedente l'emergenza Covid − della Suprema Corte: «non una qualunque informativa circa i possibili effetti collaterali del farmaco può scriminare la responsabilità dell'esercente, essendo invece necessario che l'impresa farmaceutica svolga una costante opera di monitoraggio e di adeguamento delle informazioni commerciali e terapeutiche, allo stato di avanzamento della ricerca, al fine di eliminare o almeno ridurre il rischio di effetti collaterali dannosi e di rendere edotti nella maniera più completa ed esaustiva possibile i potenziali consumatori»[88].

7. *Obbligo vaccinale per i sanitari tra «non irragionevolezza» e «ragionevolezza»*

Ulteriore indizio sistematico della sussistenza di un obbligo vaccinale[89] temporaneo nel contesto pandemico emerge dal diritto vivente[90] della Consulta[91], da cui «sono

[83] Sulla tematica, v. A. GENOVESE, *Consenso informato e vaccino anticovid*, in C. Pilia (a cura di), *op.cit.*,183 e ss.

[84] Per tale elementare constatazione, cfr. G. SCARSELLI, *op.cit*.

[85] Illuminante l'*excursus* storico-assiologico su «Ascesa e declino del volontarismo», in A. GENTILI, *Senso e consenso. Storia, teoria e tecnica dell'interpretazione dei contratti*, I, Giappichelli, Torino, 2015, 31 e ss.

[86] F. CAROCCIA, *Danno da prodotti medicali e responsabilità civile*, in G. ALPA (a cura di), *La responsabilità sanitaria*, Pacini Giuridica, Pisa, 2022.

[87] Sulla problematica v. N. CEVOLANI, *La responsabilità del produttore per danno da vaccino difettoso*, in C. Pilia (a cura di), *op.cit.*, 29 e ss.

[88] Cass. civ., Sez. III,7 marzo 2019, n. 6587, v. *www.altalex.com*; tale condivisibile linea interpretativa è stata confermata da Cass. civ., Sez III, 10 maggio 2021, n. 12225, in *www.ambientediritto.it*

[89] Per un dotto *excursus* storico dell'obbligo vaccinale, v. M. RIZZUTI, *La sentenza della Corte EDU sul caso* Vavřička vs. the Czech Republic, in C. Pilia (a cura di), *op.cit.*, 138, nota 4.

state ritenute non irragionevoli né sproporzionate, le scelte del Legislatore adottate in periodo pandemico sull'obbligo vaccinale del personale sanitario»[92].

Ma tale «non irragionevolezza» di un obbligo vaccinale, in relazione a precise censure, non si trasfonde automaticamente in una integrale ragionevolezza[93] dell'obbligo vaccinale in relazione al complesso dei parametri costituzionali, non precludendo dunque necessariamente successive proposizioni di questioni di legittimità, sotto profili diversi e con argomenti ulteriori[94].

In tale prospettiva allora, la pronunciata «non irragionevolezza» apre, più che chiudere, uno scenario di interrogativi, scevri da pregiudizi neo-dogmatici di sorta. Infatti, la classe medica, nelle sue diverse declinazioni teorico-pratiche professionali, universitaria e ospedaliera, della ricerca e della clinica, costituisce proprio una promanazione di quella comunità scientifica, incarnazione settoriale della "scienza"[95], sempre evocata come pietra angolare dell'edificio istituzionale mediatico-pandemico invocante "fede" nella stessa[96]. Ma la coessenziale articolazione dialettica e sperimentale di ogni discorso scientifico[97], in termini di tesi-antitesi e sintesi mai definitive, non può non essere "libera" come riconosciuta dall'art. 33 della Costituzione[98].

Pertanto, pare opportuno chiedersi se sia invocabile il bilanciamento tra tutela della salute collettiva e riserve dei singoli, quando tali qualificate riserve individuali − peraltro non isolate né irrelate − siano rivolte proprio alla tutela della salute

---

[90] Con riferimento al concetto di «diritto vivente», v. Cass. civ., Sez. Un., 2 agosto 1994, n. 7194, in *Corr. giur.*,1944, 1342 (commento di A. Pizzorusso): «tali interpretazioni interpretative vengono a determinare la formazione di un 'diritto vivente' in continua evoluzione che risulta più o meno differenziato dall'originario significato della disposizione scritta introdotta in una certa epoca dal Legislatore»; cfr. P. GROSSI, *Prima lezione di diritto,* cit., 111.

[91] Pronuncia reiettizia della Corte cost., 1 dicembre 2022, *www.cortecostituzionale.it/documenti/comunicatistampa;* cfr. *Supreme Court of the United States*,13 gennaio 2022, n. 595, in *www.supremecourt.gov.*

[92] D.L.1 aprile 2021, n. 44, convertito da L. 28 maggio 2021, n. 76. V., poi art.7, D.L. 31 ottobre 2022, n.162, che ha anticipato la scadenza dell'obbligo vaccinale per i sanitari e per operatori assimilati, che inizialmente era prevista per il 31 gennaio 2022.

[93] Sul concetto di ragionevolezza v., *ex multis*, E. CHELI, *Il giudice delle leggi. La corte costituzionale nella dinamica dei poteri*, Il Mulino, Bologna,1996, 49 e ss.; cfr. M. AINIS, *La piccola eguaglianza,* Einaudi, Torino, 2015, 48 e ss.; P. GROSSI, *Ritorno al diritto,* cit.,73 ss.

[94] Corte cost., 27 gennaio 1958, n. 7, *www.cortecostituzionale.it.*

[95] Sulla complessità del pluri-evocato lemma, da Platone a Popper e oltre, v., *ex multis,* N. ABBAGNANO, *Dizionario di filosofi*a, UTET, Torino, 1971, 770, ove si definisce «scienza (...) una conoscenza che includa, in modo o misura qualsiasi una garanzia della propria validità».

[96] A. MANGIA, *op.cit.*, 433: «...se collocata nel mondo del diritto la 'fede nella scienza' rappresenta un ossimoro (...). Piuttosto nel mondo del diritto - che dovrebbe essere un mondo razionale - questi saperi settoriali, se applicati ad una determinata fattispecie, piuttosto che fede, generano qualcosa di più preciso, che va sotto il nome di 'accertamento tecnico', presente in tutti i settori dell'ordinamento».

[97] V., in generale, l'illuminante opera di R. MONTINARO, *Dubbio scientifico e responsabilità civile*, Giuffrè, Milano, 2012.

[98] Per una sintesi delle varie problematiche implicate dal rapporto tra legiferazione e 'scienza', v. S. PENASA, *Alla ricerca di un lessico comune: inte(g)razioni tra diritto e scienze della vita in prospettiva comparata*, in *www.dpceonline.it*, 2020.

collettiva e individuale, giacché i singoli medici sono espressione vivente proprio della comunità scientifica, nella sua rilevanza costituzionale dialettica e non autoritativa.

La rilevanza delle *Buone pratiche clinico-assistenziali e raccomandazioni previste dalla linee guida,* per gli *esercenti le professioni sanitarie ex* art. 5 L. 8 marzo 2017 n° 24, deve così essere costituzionalmente orientata alla stregua del disposto dell'art. 33, per cui «L'arte e la scienza sono libere e libero ne è l'insegnamento», attraverso cui soltanto, razionalmente «La Repubblica tutela la salute come fondamentale diritto dell'individuo ed interesse della collettività» (art. 32 Cost.). Ebbene, proprio «da parte del personale sanitario, in particolare, si sono registrate non poche opposizioni sia a procedere all'attività di somministrazione del vaccino ma anche ad assumerlo nei limiti in cui è stato imposto come obbligatorio, con priorità rispetto agli appartenenti agli altri comparti»[99].

Dunque, al di là di autorevoli decisioni di politica del diritto, residuano spazi di approfondimento teoretico a riguardo del quesito se sia congruo a ragionevolezza che il potere politico coarti ad un trattamento sanitario preventivo sul proprio corpo[100] giustappunto i rappresentanti della comunità scientifica preposti, in scienza e coscienza, a valutare la prevenzione e la cura delle malattie dei consociati.

Ora, tale dimensione obbligante presenta aspetti di contraddizione sistematica anzi di un cortocircuito costituzionale[101]: si deve presumere infatti che i medici, i quali si contrappongono, non ai vaccini generalmente in astratto ma ad una specifica tesi vaccinale in concreto − contestandone la specifica metodologia sperimentale[102] − lo facciano in nome di un' antitesi a tutela della salute, a meno che non si provi l'incapacità d'intendere e di volere o la malafede specifica documentata da riscontri oggettivi, dell'esercente la professione accademica e/o sanitaria. E tale contraddizione è acuita dal dato di fatto notorio del conflitto d'interessi immanente agli *stakeholders* di una data tesi vaccinale, per cui i soggetti economici tecnologicamente attrezzati alla produzione dei vaccini, ossia le multinazionali farmaceutiche, hanno un interesse esponenziale non solo alla diffusione del vaccino in sé ma al reiterarsi continuo di dosi vaccinali, con una progressiva capacità di influenza pubblicitaria e politica[103]. Per converso, un conflitto d'interessi economico

[99] C. PILIA, *op.cit*., 165.

[100] P. VERONESI, *Il corpo e la Costituzione. Concretezza dei casi e astrattezza della norma*, Giuffrè, Milano, 2007.

[101] G. KAMPF, *COVID-19:stigmatising the unvaccinated is not justified,* in *www.thelancet.com,*v. 398, 20 november 2021, 1871.

[102] A. MANGIA, *op. cit*., 444: «la verità è che questi vaccini non sono affatto sperimentali, come erroneamente si dice nel linguaggio comune (perché comunque già sperimentati, in *fast-track/partial overlap*). Ma nemmeno sono pienamente sperimentati, come sempre avvenuto finora per le somministrazioni vaccinali obbligatorie. E ciò perché il procedimento che ha presieduto alla loro autorizzazione rappresenta una figura intermedia nella sistematica degli atti di autorizzazione desumibile dai Regolamenti di settore».

[103] Fa riferimento ad un evocativa «nuova *potestas in temporalibus* scaturente dall'auspicato dominio totale della tecnica», P. CAPPELLINI, in *La Costituzione invisibile*, cit., 21, con riferimento ai nuovi Leviatani tecnologici transnazionali che esercitano un potere «indiretto» ossia «che non agisce a proprio rischio» nel senso che «grazie all'irresponsabilità di un dominio

non può essere presunto nell'antitesi critica verso lo specifico vaccino, ove non ne sia dedotta documentazione in concreto.

Quindi, se la tutela della salute, come *fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività ex* art. 32 Cost., non può che attuarsi attraverso una scienza medica epistemologicamente libera *ex* art. 33 Cost., lo Stato scientificamente laico e non scientisticamente dogmatico[104] non avrebbe forse dovuto tutelare anche la posizione medico-scientifica, critica verso una determinata strategia vaccinale di contrasto alla pandemia e più favorevole alla cura? Tale interrogativo è peraltro avvalorato − nel caso dei vaccini anti-Covid 19 − sia dal *deficit* di immunizzazione vaccinale[105] verso le varianti susseguentesi, sia dalla conclamata trasmissibilità del virus da parte dei vaccinati[106].

I dati suddetti paiono infatti infirmare la realizzazione del fine stesso di *preservare lo stato di salute degli altri,* richiesto dal Giudice delle Leggi[107], per la legittimità di un trattamento sanitario obbligatorio, compatibile con l'art. 32 Cost. e, dunque, legittimano il suddetto interrogativo. Ed è un quesito che lo scrivente intende porre ma laicamente lasciare aperto senza pretesa di oracolari certezze[108].

A tal proposito, giova all'economia di questa riflessione revocar in dubbio, rispetto al neo-dogmatismo del palcoscenico mediatico, che possa esser considerato automaticamente «organismo tecnico-scientifico», quell'organo emergenziale composto da membri di nomina sub-governativa, qual è stato il "Comitato tecnico scientifico" (CTS) istituito con un mero atto amministrativo, quale il Decreto del Capo Dipartimento della Protezione civile n° 371 del 5 febbraio 2020[109]: non vi è

---

soltanto indiretto − ma non per questo meno intenso − si ottengono tutti i vantaggi del potere politico e se ne evitano i rischi».

[104]«Lo scientismo induce a subordinare l'interpretazione dei diritti dell'uomo alla vere leggi del comportamento umano, quelle che ci sarebbero rivelate da una Scienza elevata a feticcio», A. SUPIOT, *Homo juridicus. Saggio sulla funzione antropologica del Diritto*, Mondadori, Milano, 2005, 229.

[105] A riguardo della «limitata efficacia dell'immunizzazione», v. C. PILIA, *op.ult.cit*.

[106] Sull'assenza di uno «scientific rationale for mandatory vaccination», alla luce della conclamata trasmissibilità del virus fra i soggetti completamente vaccinati, v. C. FRANCO-PAREDES, *op. cit.*,16: in particolare, l'infettivologo nota «the demonstration of COVID-19 breakthrough infections among fully vaccinated health-care workers (HCW) in Israel, who in turn may transmit this infection to their patients, requires a reassessment of compulsory vaccination policies leading to the job dismissal of unvaccinated HCW in the Usa»; cfr., G. KAMPF, *op.ult.cit*.

[107] Corte cost., 22 giugno 1990, n. 307, in *Corr.giur*., 1990, 1018 e ss.; cfr. A. MANIACI, *op.cit.*,108.

[108] Sempre attuale infatti è il monito di N. BOBBIO, in *Politica e cultura,* Einaudi, Torino, 1955, rist. 1980, 15: «Il compito degli uomini di cultura è più che mai oggi quello di seminare dubbi, non già quello di raccogliere certezze. Di certezze − rivestite della fastosità del mito o edificate con la pietra dura del dogma − sono piene rigurgitanti le cronache della pseudocultura, degli improvvisatori, dei dilettanti, dei propagandisti interessati. Cultura significa misura, ponderatezza, circospezione: valutare tutti gli argomenti prima di pronunciarsi, controllare tutte le testimonianze prima di decidere, e non pronunciarsi e non decidere mai a guisa di oracolo da cui dipenda, in modo irrevocabile, una scelta perentoria e definitiva».

[109] Il C.T.S., composto da 12 esperti e rappresentanti di enti e amministrazioni dello Stato, risulta essersi riunito ultima volta il 30 marzo 2022 ed aver cessato sue funzioni a seguito della

alcuna garanzia di scientificità[110]ed assenza di conflitto d'interessi, in una nomina politico-discrezionale − che certo può impingere in singoli dotati di titoli − quando invece esiste un pluralismo di Università pubbliche e private, nonché di altri Enti di ricerca, che avrebbe consentito di attingere fisiologicamente con proporzionale rappresentatività da tutti gli Atenei italiani − non esclusi quelli stranieri − eccellenze della ricerca di microbiologia/virologia e con opportuna presenza di altri settori disciplinari di area medica (e non solo), onde avere un quadro d'insieme d'incidenza della lotta al virus sul complesso della salute fisio-psichica della Persona. Infatti, «bisogna notare che il dubbio e la correzione sono sempre in accordo con i canoni del metodo scientifico cosìcchè questa ultima [la correggibilità] è il suo legame di continuità»[111].

dirittifondamentali.it

cessazione dello stato di emergenza deliberato dal Consiglio dei Ministri il 30 gennaio 2020 *ex* art 7, comma 1, lett C del D.Lgs.2 gennaio 2018 n. 1 (Codice della Protezione civile).

[110] V. i rilievi critici di G. MINGARDO, *Il ruolo del Comitato tecnico scientifico in Italia e Francia nell'emergenza Covid-19*, in *www.biodiritto.org*, 27 marzo 2021.

[111] R. COHEN, *Studies in Philosophy and Science*, H. Holt, New York,1949, 50, tr.it ., N. Abbagnano, *op.cit*.

dirittifondamentali.it

Dirittifondamentali.it - Fascicolo 3/2022
Data di pubblicazione – 30 dicembre 2022

El derecho constitucional de excepción a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español

di
Nicolás Pérez Sola*

SOMMARIO: 1. Introducción.- 2. Marco normativo.- 3. La primera declaración del estado de alarma.- 4. La segunda declaración del estado de alarma.- 5. El contenido esencial del ius in officium y su limitación por la declaración del estado de alarma.- 6. El control previo por los órganos jurisdiccionales de las medidas adoptadas por los ejecutivos de las Comunidades Autónomas en el segundo estado de alarma.

1. Introducción

El análisis de las respuestas adoptadas por el Gobierno de la nación con las dos declaraciones del estado de alarma en el año 2020, para hacer frente a la pandemia y la consiguiente crisis sanitaria causada por esta, admite diversas perspectivas que van desde el estricto examen de la regulación normativa llevada a cabo, hasta la posición del Tribunal Constitucional en su enjuiciamiento de compatibilidad con nuestra Norma Constitucional. Además, el amplio debate habido en la doctrina e incluso, en el propio Tribunal y sus pronunciamientos por ajustada mayoría respecto a la inconstitucionalidad de aquella, también resulta de interés. No cabe duda que desde el estricto punto de vista jurídico, las experiencias habidas en las respuestas al Covid-19 han dejado una huella que trasciende de los efectos inmediatos de las declaraciones de estado de alarma y del enjuiciamiento de su constitucionalidad. La primera de ellas, sin duda, sobre la insuficiencia de nuestro ordenamiento vigente para hacer frente a crisis de enorme envergadura. Igualmente nos alerta sobre los graves problemas de interpretación constitucional que se plantean a partir de las sentencias que aquí se analizaran, pues va más allá de la mera respuesta dada por el Tribunal Constitucional para cuestionar la idoneidad de la normativa allí adoptada.

Precisamente la tardía respuesta del propio Tribunal que se ha pronunciado más de un año después del fin de la vigencia de cada uno de los dos estados de alarma declarados en 2020 no debe ser olvidada, así como la afectación que ambas

* *Profesor Titular de Derecho Constitucional de la Universidad de Jaén*

declaraciones han tenido para la división de poderes y las relaciones entre ejecutivo y legislativo. Pero sin duda la afectación a los derechos fundamentales ha sido de enorme intensidad, especialmente por el "confinamiento" de la población producido como consecuencia de la suspensión o limitación de la libertad de deambular.

2. Marco normativo

El punto de partida que se debe adoptar en este análisis es el reconocimiento constitucional de la posibilidad de llevar a cabo, cuando concurran circunstancia de cierta gravedad y previamente contempladas por el constituyente, la limitación y, en su caso, la suspensión de algunos de los derechos fundamentales proclamados en nuestra Norma Fundamental. Por tanto, estamos ante un texto constitucional en el que se ha incorporado una previsión relativa al denominado derecho de excepción. Evidentemente la oportunidad de su adopción estaría asociada a situaciones que constituyesen una alteración de la normalidad democrática, el ordinario funcionamiento de las instituciones, incluso que supusiesen un peligro cierto para la paz o la seguridad del Estado.

La Constitución española de 1978 (en adelante CE) prevé la suspensión de los derechos fundamentales de forma colectiva "cuando se acuerde la declaración del estado de excepción o de sitio de conformidad con los arts. 55.1 y 116 CE, desarrollado por la Ley Orgánica 4/1981 de los estados de alarma, excepción y sitio.

Las diversas previsiones introducidas por el constituyente en todo caso responden a una misma razón, la defensa del orden constitucional, la normalidad democrática en el funcionamiento de las instituciones y el ejercicio efectivo de los derechos fundamentales. Por tanto, a la excepcionalidad de una situación determinada se podría responder de forma proporcionada con la suspensión del ejercicio de determinados derechos.

Otra cuestión que caracteriza la adopción de la excepcionalidad es la limitación temporal de las consecuencias de las medidas adoptadas con vigencia por tiempo limitado, en tanto se vuelva a la normalidad democrática. Además la intervención del Congreso de los Diputados constituye un elemento de respeto a la distribución de poderes contenida en la Constitución orientado a evitar daños irreversibles al sistema democrático. Queda garantizado el funcionamiento democrático de las instituciones desde que expresamente prohíbe la Constitución que se pueda llevar a cabo la disolución del Congreso de los Diputados en tanto esté vigente alguno de los estados excepcionales. En el mismo sentido, la actividad parlamentaria se debe reanudar a través de su convocatoria cuando no estuviesen convocadas las Cámaras o, en su caso, procedería la convocatoria de la Diputación Permanente ante la proximidad del fin de la legislatura.

Ahora bien, la declaración de los estados excepcionales produce una modificación, si bien provisional, de las competencias y funciones que competen en la normalidad democrática a algunos de los poderes del Estado. En este sentido, cabe resaltar como es a menudo el Poder Ejecutivo el que resulta reforzado por las nuevas funciones que se derivan de la citada declaración. No obstante, dicha atribución competencial de poderes excepcionales no debe llevarnos a incurrir en error alguno. De ningún modo se trata de detentar poderes que podamos

considerar absolutos. Es obligado recordar como "la declaración de los estados de alarma, excepción y de sitio no modificarán el principio de responsabilidad del Gobierno y de sus agentes reconocidos en la Constitución y en las leyes" (art. 166 CE). En todo caso, como se señala en la Ley Orgánica 4/1981 ni de la declaración de los Estados excepcionales se deriva la interrupción del normal funcionamiento de los poderes constitucionales del Estado y los actos, así como las disposiciones de la administración pública, que se adopten durante su vigencia "serán impugnables en vía jurisdiccional" (art. 3.1).

El alcance de la declaración del estado de alarma queda fijado en la propia Ley Orgánica 4/1981 al indicar que "las medidas a adoptar en los estados de alarma, excepción y sito (…) serán en cualquier caso las estrictamente indispensables para asegurar el restablecimiento de la normalidad" (art. 1.2). En orden a la especificación de las causas que pudieran aconsejar la declaración se recogen la presencia de alguno de los supuestos que a continuación se enumeran; una catástrofe, o calamidad pública que pudiera tener por origen movimientos de tierras, las consecuencias de lluvias torrenciales que derivaran en la producción de inundaciones o la propagación del fuego como consecuencia de incendios o accidentes de enorme alcance por los daños personales y materiales.

También puede encontrar su razón de ser la declaración de este estado en una situación de crisis sanitaria que pudiera producirse con ocasión de la declaración y posterior propagación de epidemias con graves consecuencias para la salud de la población. En este mismo ámbito sanitario no sería descartable que supuestos graves de contaminación, con repercusión en la salud tuvieran igualmente acogida en este apartado.

Respecto a la competencia para su declaración así como el procedimiento adecuado para llevarla a cabo, hemos de recordar que es el Gobierno el órgano competente para declarar el estado de alarma. La adopción de esta decisión debe ser comunicada al Congreso de los Diputados y las medidas que se derivan de su declaración. La duración de la vigencia del estado de alarma corresponde fijarla al Gobierno, si bien la duración máxima viene establecida en la Ley Orgánica 4/1981, ya que en ningún caso puede exceder de un período de 15 días. Cuando la magnitud de la catástrofe o la pervivencia de las consecuencias de la misma y el plazo acordado no resultase suficiente para la recuperación de la normalidad en la zona afectada, se podrá acordar la prórroga del estado de alarma, pero por la pervivencia de las consecuencias que para los titulares de los derechos supone dicha prórroga es necesario que se requiera por el Gobierno la preceptiva autorización de carácter expreso al Congreso de los Diputados.

Es preciso también conocer los efectos que se derivan para la población del ámbito territorial afectado por la declaración de este estado por el Gobierno de la nación. Así constituye una inequívoca garantía la previsión constitucional conforme a la que los derechos constitucionales no pueden ser suspendidos cuando el estado de alarma está en vigor (art. 55.1 CE). Ahora bien en alguna medida parece evidente que una serie de derechos pueden verse limitados temporalmente y, por tanto, sus titulares sufrir alguna minoración de los mismos en el ámbito de su ejercicio.

Por cuanto respecta a las causas previstas en la Ley Orgánica 4/1981 para la declaración del estado de excepción, hemos de señalar que se prevé la posibilidad de declarar el estado de excepción cuando se produzca una situación de crisis de orden público y, como consecuencia de ella, se altere gravemente la libertad de ejercicio de los derechos y libertades de ciudadanos, el funcionamiento normal de las instituciones democráticas o de los servicios públicos esenciales de la comunidad, u otros aspectos del orden público. Lógicamente la gravedad de la situación que se produzca debe ser tal que el ejercicio de las facultades ordinarias por los poderes públicos resulte insuficiente de todo punto para permitir el restablecimiento de la normalidad.

En relación con la competencia para la declaración del estado de excepción la iniciativa viene atribuida al Gobierno, tras la autorización preceptiva que con carácter previo compete al Congreso de los Diputados. La propuesta que realice el ejecutivo debe determinar los efectos, es decir, concretar expresamente que derechos serán susceptibles de ser suspendidos, el ámbito territorial de aplicación de dicho estado, la duración del mismo, así como las sanciones y las demás medidas a adoptar (art. 13.2). La declaración en la que se contiene la proclamación del estado, igual que la derogación del mismo requiere la aprobación del acuerdo formalmente por Decreto adoptado en Consejo de Ministros.

En cuanto a la duración del estado de excepción, cabe decir que está sujeto a un plazo límite su vigencia de un período de 30 días. Ahora bien, se contempla en la norma que regula su adopción el hecho de que pueda ser prorrogado por idéntica duración. Los efectos que siguen de la declaración del estado de excepción pueden precisar algunas consideraciones más detenidas, dada su posible repercusión sobre el ejercicio de determinados derechos fundamentales expresamente recogidos en el art. 55 CE. Por tanto, dada la previsión constitucional de tal suspensión, esta deberá llevarse a cabo dentro del marco constitucional. Por las causas que pueden originar la declaración se infiere rápidamente como la suspensión de los derechos fundamentales puede recaer sobre la esfera de la libertad personal (art. 17 CE). Pero igualmente puede afectar al ámbito de la intimidad personal y por ello a la inviolabilidad del domicilio (art. 18, 2 CE), a la interceptación de las comunicaciones (art. 18.3), a la libertad de expresión (art. 20, 1 a) y al ejercicio de los derechos de reunión y de manifestación (arts. 21 y 22 CE).

Pues bien, el Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de pronunciarse hasta en cinco ocasiones respecto de la regulación y consecuencias de las dos declaraciones de estado de alarma llevadas a cabo el 2020. Se trata de un Auto de inadmisión de un recurso de amparo, dos sentencias que resuelven dos recursos de inconstitucionalidad, una que otorga el amparo y declara la inconstitucionalidad de un Acuerdo de la Mesa del Congreso y otra que se pronuncia ante una cuestión de inconstitucionalidad planteada por el Tribunal Superior de Justicia de Aragón.

Con anterioridad al año 2020 solo en una ocasión se había declarado el estado de alarma a través del Real Decreto 1673/2010 de 4 de diciembre por el que se acordaba el estado de alarma para la normalización del servicio público esencial del transporte aéreo. Con dicha norma se aprobó el cierre del espacio aéreo al objeto de garantizar la libertad de circulación (art. 19 CE) ante el riesgo de

paralización de un servicio público esencial para la sociedad como el tráfico aéreo con una duración de 15 días. Hemos de hacer referencia también al Real Decreto 171/2010, de 17 de septiembre por el que se prorroga el estado de alarma declarado por el anterior Real Decreto ya que no se había superado en el plazo citado "la crisis desencadenada", previa petición del Gobierno al Congreso al objeto de "asegurar la normalidad en el funcionamiento del tráfico aéreo, de mantener la seguridad jurídica en la prestación de un servicio público esencial y de proteger los derechos y libertades de los ciudadanos, especialmente su libertad de circulación".

Hemos de recordar que cuando el Tribunal Constitucional se pronunció, con ocasión de su STC 83/2016, relativa a la constitucionalidad de la declaración del estado de alarma de 2010, ya manifestó una consideración muy precisa del alcance de la afectación de los derechos fundamentales durante la vigencia de este estado. Por ello hemos de recuperar dos afirmaciones allí contenidas. En primer lugar, la diferencia entre restricción o limitación de un derecho y su suspensión. En segundo lugar, que la declaración del estado de alarma no permite la suspensión de derechos fundamentales "aunque si la adopción de medidas que pueden suponer limitaciones o restricciones a su ejercicio".

3. La primera declaración del estado de alarma

Como es notorio, han sido las circunstancias sobrevenidas de la pandemia del Covid-19 las que han propiciado la adopción por el Gobierno español de dos sucesivas declaraciones de estado de alarma que, más tarde, han sido objeto de control de constitucionalidad, así como de una notable controversia doctrinal al respecto. Sin duda la finalidad de sus declaraciones ha sido, entre otras, hacer frente a la transmisión comunitaria del Covid-19 y por ello adoptar medidas preventivas que actuaran sobre el distanciamiento social, prescindir de cuantas actividades no fuesen imprescindibles y evitar aglomeraciones.

La primera declaración de estado de alarma para hacer frente a la pandemia se contiene en el Real Decreto 463/20 de 14 de marzo de 2020, "para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el Covid-19" por 15 días naturales si bien previa autorización del Congreso de los Diputados fue prorrogado en sucesivas ocasiones hasta el inicio del mes de junio. Dicha norma sería objeto de enjuiciamiento constitucional resuelto por la STC 148/2021.

La crisis sanitaria obligó a replantear el alcance y la eficacia del derecho a la protección de la salud (art. 43 CE), ya que no tiene reconocimiento de derecho fundamental en nuestra Carta Magna. En efecto, corresponde a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública con la adopción de medidas de índole preventivo, prestaciones y servicios necesarios. Pero aun cuando no se discute la "íntima conexión entre el derecho a la salud y los derechos a la vida y a la integridad física", y por tanto la fuerza expansiva del derecho a la protección de la salud, lo cierto es que este derecho a la salud no goza de la mayor protección que supone un procedimiento preferente y sumario ante la jurisdicción ordinaria y su invocación a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, ya que se encuentra ubicado entre los principios rectores de la política social y económica. Por otro lado, compete al legislador estatal regular los derechos y deberes de todos

en este ámbito. El desarrollo legislativo de este mandato constitucional se contiene en la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública, en la Ley 14/1986, de 25 de abril General de Sanidad y en la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública. En todo caso, la declaración del estado de alarma ha evidenciado la insuficiente protección otorgada por el constituyente a este derecho.

Sin duda el debate suscitado tras la primera declaración de estado de alarma con el Decreto 463/2020[1], permite varios planos de análisis más allá de la controversia en torno al alcance y el contenido del derecho fundamental a la libertad deambulatoria y a su afectación como consecuencia de aquella declaración, es decir la necesidad de precisar las limitaciones y restricciones al mismo.

La disposición quizá más relevante de dicha norma era la "limitación de la libertad de la circulación de las personas" seguida de algunas excepciones a la misma, pero también la suspensión de la actividad educativa presencial (art. 9), medidas de contención en el ámbito de la actividad comercial, así como la suspensión de la apertura al público de los museos, archivos, bibliotecas y monumentos (art. 10), como la asistencia a lugares de culto (art. 11). Además se habilitaba al Ministro de Sanidad para ampliar, modificar o restringir medidas y actividades en atención a la situación de pandemia. Por último se acordaba la suspensión de plazos tanto procesales como administrativos, en los órdenes jurisdiccionales como la tramitación de los procedimientos de las entidades del sector público (disposición adicional 2ª).

Pero junto a estas cuestiones las dudas alcanzan a determinar si el ejecutivo incurrió con el citado Real Decreto en una extralimitación para hacer frente a la emergencia sanitaria así como la oportunidad, en su caso, de haber declarado el estado de excepción. Sin perjuicio de las consideraciones formuladas por algún sector de la doctrina sobre la suficiencia de las previsiones de la Ley Orgánica 3/1986 de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública hubieran sido suficientes para hacer frente a la pandemia.

Un primer pronunciamiento que debe ser reseñado del Tribunal Constitucional al respecto de la declaración del estado de alarma se contiene en el Auto de inadmisión del recurso de amparo de 20 de abril de 2020. El recurso se interpuso por un sindicato de trabajadores frente a la negativa gubernamental, luego confirmada por los órganos jurisdiccionales, de celebrar una manifestación con una caravana de vehículos por las calles de la ciudad de Vigo con motivo de la festividad del día del Trabajo el 1 de mayo de 2020. Los recurrentes aducían la vulneración del derecho fundamental de reunión (art. 21 CE), así como la libertad sindical (art 28 CE) como consecuencia de la prohibición de llevar a cabo la citada manifestación. El Tribunal Constitucional confirmo la idoneidad de la prohibición de la manifestación por la necesidad de salvaguardar la integridad física (art. 15 CE), así como la protección de la salud (art. 43 CE) por entender coincidentes la

[1] Real Decreto 465/2020, de 17 de marzo por el que se modificó el anterior; los Reales Decretos 476/2020, de 27 de marzo, 487/2020, de 10 de abril y 492/2020 de 24 de abril por los que se prorrogó el estado de alarma declarado inicialmente por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo.

limitación del derecho de reunión y manifestación con la "justificación" de la declaración del estado de alarma: "limitar el impacto que en la salud de los seres humanos, en su integridad física y en su derecho a la vida pueda tener la propagación del Covid-19".

El enjuiciamiento de la acomodación constitucional de la declaración del estado de alarma se contiene en el debate y resolución que pone fin al recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra el Real Decreto 463/2020. En efecto, la STC 148/2021 declaro inconstitucionales la limitación de la libertad de circulación como también la habilitación en favor del Ministro de Sanidad introducido por el Real Decreto 465/2020, para modificar, ampliar o restringir" las medidas y actividades en el mismo.

El elemento central del debate jurídico para la resolución de este recurso de inconstitucionalidad, gira en torno a la naturaleza de la restricción que se opera sobre el derecho a la libre circulación (art. 19 CE) como consecuencia de la declaración del estado de alarma. El Real Decreto que declara el estado de alarma puede contener restricciones y limitaciones de los derechos fundamentales "que excedan las ordinariamente previstas" en el ordenamiento jurídico, pero estas restricciones pese a tener un carácter extraordinario también contienen unos límites que impiden la suspensión del derecho, que sería contrario al contenido del art. 55.1 CE. Por tanto, aunque se contenga en el Real Decreto de declaración del estado de alarma limitaciones a los derechos fundamentales estas limitaciones deben respetar el principio de legalidad y de proporcionalidad.

La cuestión a la que debe responder el alto Tribunal es si estamos en presencia de una "privación" o "cesación" del derecho aunque sea de carácter temporal y con algunas excepciones previstas, o si por el contrario se trataría de una "reducción" en el ejercicio del mismo. Para la mayoría de los miembros del Tribunal Constitucional estamos ante una suspensión "de forma generalizada, para todas las personas" por lo que se declara la inconstitucionalidad parcial del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo. Ahora bien dicha inconstitucionalidad no deriva "del contenido material de las medidas adoptadas, cuya necesidad, idoneidad y proporcionalidad" se estiman acertadas, cuanto del "instrumento jurídico del cual se llevó a cabo la suspensión"[2]. En concreto se considera que no se "delimita" el derecho a circular libremente cuanto que se "suspende (…) de forma generalizada, para todas las personas", lo que conduce según los magistrados a que este derecho individual deja de "existir" y, por consiguiente tiene lugar un "vaciamiento" del

[2] Art. 7. Limitación de la libertad de circulación de las personas.

1. Durante la vigencia del estado de alarma, las personas únicamente podrán circular por las vías o espacios de uso público para la realización de las siguientes actividades que deberán realizarse individualmente, salvo que se acompañe a personas con discapacidad, menores, mayores, o por otra causa justificada….
2. Igualmente se permitirá la circulación de vehículos particulares por las vías de uso público para la realización de las actividades referidas en los apartados anteriores o para el repostaje en gasolineras o estaciones de servicio.

   El Ministerio del Interior podrá acordar el cierre a la circulación de carreteras o tramos de ellas por razones de salud pública, seguridad o fluidez del tráfico o la restricción en ellas del acceso de determinados vehículos por los mimos motivos.

mismo. Prevalece pues en el parecer de la mayoría de los miembros del Tribunal, para apreciar la inconstitucionalidad de la declaración del estado de alarma considerar la intensidad en las medidas adoptadas, en detrimento de los supuestos de hecho que de conformidad con la Ley Orgánica 4/1981 habilitan para la declaración de los diversos estados excepcionales. Se considera pues que habría sido pertinente la declaración de estado de excepción y por ello se resuelve la inconstitucionalidad de la declaración del estado de alarma.

Sin embargo a este fallo se le formularon una serie de votos particulares en los que se evidencia un entendimiento diferenciado de los efectos de la declaración del estado de alarma. Para entender este parecer disidente de algunos magistrados hemos de centrarnos en la determinación del criterio pertinente para resolver la constitucionalidad de la declaración. Como se recoge en el voto particular formulado por el magistrado Xiol Rios la clave para resolver la constitucionalidad del estado de alarma declarado está en la causa que origina la situación de emergencia, esto es, la crisis sanitaria. Por tanto, no se debe apreciar la constitucionalidad de la declaración del estado de alarma a partir de la intensidad o la gravedad de la crisis que motiva la declaración. De otra parte, como señala el magistrado Conde Pumpido la suspensión de un derecho precisa "una declaración formal que explícitamente la prevea y su consecuencia es que el derecho formalmente suspendido pierde las referidas garantías constitucionales".

En nuestra opinión, atendiendo a las excepcionalidades recogidas a las limitaciones contenidas en los dos Reales Decretos como la evolución posterior de la aplicación de los mismos, hemos de discrepar del parecer mayoritario del Tribunal. Nos encontramos con la declaración del estado de alarma ante la limitación de la circulación o la permanencia de las personas o los vehículos en los espacios o vías públicas, desde el momento de la declaración del estado de alarma al menos hasta el comienzo de la fase 1 del desconfinamiento, pero más tarde se vería amortiguado por la entrada en las sucesivas fases de los distintos territorios.

En este sentido conviene recordar que el Real Decreto 465/2020, de 17 de marzo, por el que se modifica el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, incorpora indicaciones específicas para la realización de una serie de actividades de carácter individual como "circular por las vías o espacios de uso público" con algunas excepciones, es decir, <<acompañar a personas con discapacidad, menores, mayores, o por otra causa justificada», por tanto entendemos que frente al parecer mayoritario del Tribunal Constitucional, no hay suspensión sino limitaciones o restricciones a la libertad de circulación. Otro argumento complementario que refuerza nuestra opinión es que subsiste pese a lo anteriormente indicando otras manifestaciones del mismo, dado que "se permitirá la circulación de vehículos particulares por las vías de uso público para la realización de las actividades referidas en el apartado anterior o para el repostaje en gasolineras o estaciones de servicio".

Hemos de reparar en la vertiente de las obligaciones y como se concreta en el Real Decreto de declaración del estado de alarma "la ciudadanía tiene el deber de colaborar y no obstaculizar la labor de los agentes de la autoridad en el ejercicio de sus funciones ya que en todo caso, en los desplazamientos que

tengan lugar, es decir en aquellos permitidos, luego no hay suspensión, deberán respetarse las recomendaciones y obligaciones dictadas por las autoridades sanitarias. Además, recordamos una consideración de alcance general que actúa como cláusula de autorización para que el Ministro del Interior pueda acordar el cierre a la circulación de carreteras o tramos de ellas por razones de salud pública, seguridad o fluidez del tráfico o la restricción en ellas del acceso de determinados vehículos por los mismos motivos. Pero en todo caso las medidas que se adopten se ajustaran en su aplicación a los principios de proporcionalidad y necesidad, se nos dice con la finalidad de proteger la salud y la seguridad de los ciudadanos así como "contener la progresión de la enfermedad".

Nueva muestra del efecto restrictivo que no de suspensión de los derechos fundamentales es la incidencia de la declaración del estado de alarma en cuanto se refiere al ejercicio del derecho fundamental a la educación. La suspensión de la actividad educativa lo es en su versión presencial en todos los centros y etapas, ciclos, grados, cursos y niveles de enseñanza, si bien la continuidad de la misma de modo virtual no supone por tanto la suspensión del ejercicio del derecho sino la sustitución de la presencialidad por la virtualidad. Igualmente la declaración de alarma provoca la afectación al ejercicio del derecho a la libertad religiosa en la medida en que alcanza a la entrada y estancia en los lugares de culto donde se lleva a cabo entre otros, el ejercicio de este derecho. Nos encontramos aquí ante la adopción de un condicionamiento al ejercicio del derecho con la introducción de medidas de contención en relación con los lugares de culto y con las ceremonias civiles y religiosas. Se establece así que la asistencia a los lugares de culto y a las ceremonias civiles y religiosas, incluidas las fúnebres, queda condicionada a la adopción de medidas organizativas con el objetivo de evitar aglomeraciones de personas, en atención a las dimensiones y características de los lugares, con la finalidad última de garantizar la distancia social entre los asistentes.

La intensidad del confinamiento nos obliga a reparar en la secuencia temporal de la vigencia del estado de alarma, que incluye el momento inicial de la declaración y sus consecuencias, con el posterior período extremo en el que se llegó al agravamiento de la paralización de las actividades, desde el momento en que el 30 de marzo se acordó la suspensión de toda actividad económica no esencial hasta la finalización del período vacacional de semana santa, como se recogía en el Real Decreto-ley 10/2020, de 29 de marzo, por el que se regula un permiso retribuido recuperable para las personas trabajadoras por cuenta ajena que no presten servicios esenciales, con el fin de reducir la movilidad de la población en el contexto de la lucha contra el COVID-19. Transcurrido dicho período, el alcance de las limitaciones de este derecho también requiere ser observado atendiendo a las fases de desconfinamiento. Así, la evolución de los controles, la movilidad permitida, las franjas horarias para realizar determinadas actividades han ido modulando dicho confinamiento con diversa secuencia temporal según los territorios, pues en la fase 0 es evidente que no procede, pero a partir de la fase 1 se produce una cierta,

relativa y paulatina recuperación del espacio público que se ha ido ampliando progresivamente hasta el final de la vigencia del estado de alarma.

Por otra parte, analizando la naturaleza de la emergencia declarada parece evidente que no estamos en presencia de graves alteraciones del orden público ni se ha afectado gravemente al normal funcionamiento de las instituciones del Estado durante los días previos a la declaración, por lo que no se ajusta en nuestra opinión la situación creada por la pandemia y la necesidad de hacerle frente con la declaración del estado de excepción.

4. El segundo estado de alarma

El Real Decreto 926/2020 de 25 de octubre por el que se declara el estado de alarma para contener la propagación de infecciones causadas por el SARS-CoV-2 fue objeto de recurso de inconstitucionalidad resuelto por la STC 183/2021. Cabe decir que en comparación con la primera declaración de estado de alarma del año 2020 esta segunda declaración contiene una limitación de derechos por tiempo determinado, dicha limitación es de menor intensidad y atiende a la realidad del Estado de las Autonomías. En efecto, la declaración del segundo estado de alarma incorporaba a la limitación de la libertad de circulación su concreción en horario nocturno (23 horas a 6 horas), así como limitación para los trayectos entre Comunidades Autónomas (art. 6), la limitación para permanecer en los espacios públicos y privados de grupos de personas (art. 7), así como la permanencia de personas en lugares de culto (art. 8).

En este Real Decreto si bien se declara como autoridad competente el Gobierno de la Nación, a continuación y es quizá el elemento más controvertido, contiene la previsión de delegación en favor de la autoridad competente delegada de las correspondientes Comunidades Autónomas. Cabe recordar la titularidad por las Comunidades Autónomas de la competencia en materia sanitaria si bien compete al Estado la coordinación general en la materia (art. 149.1.16 CE)[3]. Pues bien la delegación del Gobierno de la Nación que se contiene en el Real Decreto en favor del Presidente de la Comunidad Autónoma o de la Ciudad Autónoma sería para determinar el ámbito territorial de aplicación de las medidas orientadas a la restricción esencialmente de la movilidad nocturna, la limitación de la entrada y salida de cada Comunidad Autónoma, cuestión esta muy discutible a nuestro parecer, así como el establecimiento de limitaciones a la permanencia de grupos de personas en espacios públicos y privados. Estas disposiciones en forma de órdenes, resoluciones y disposiciones serían dictadas por delegación del Gobierno. La posterior prórroga del estado de alarma precisó la eficacia de las limitaciones, la flexibilización y suspensión de las mismas posibilitando que la autoridad delegada determinara el alcance y ámbito territorial así como la regresión de las medidas.

Respecto de la duración del estado de alarma y su prórroga así como la delegación en favor de los ejecutivos autonómicos de la gestión de la pandemia se hacían

[3] "Sanidad exterior. Bases y coordinación general de la sanidad. Legislación sobre productos farmacéuticos".

diversas especificaciones. Así el Real Decreto preveía en caso de prórroga la comparecencia de forma quincenal ante la Comisión de Sanidad y Consumo del Congreso de los Diputados del Ministro de Sanidad al objeto de dar cuenta de las medidas contenidas en el mismo.

El Consejo de Ministros del 27 de octubre de 2020 aprobó solicitar autorización al Congreso de los Diputados para la prórroga del estado de alarma. El Congreso de los Diputados procedió a otorgar la autorización de la prórroga el día 29 de octubre. El Real Decreto 956/2020, de 3 de noviembre, por el que se prorroga el estado de alarma contiene una prórroga de 6 meses desde las 00.00 horas del 9 de noviembre de 2020 hasta las 00.00 horas del día 9 de mayo de 2021. La justificación de dicha prórroga se concretaba en la necesidad de "un tiempo de implementación" de las medidas inicialmente acordadas frente a la pandemia, la prolongación por seis meses permitía una "mayor seguridad posible para poder proteger adecuadamente la salud de la población con la información disponible". Pero la disposición final del Real Decreto 956/2020 incorporaba la previsión de que "transcurridos 4 meses de vigencia de esta prórroga, la conferencia de presidentes autonómicos podrá formular al Gobierno una propuesta de levantamiento del estado de alarma previo acuerdo favorable del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud a la vista de la evolución de los indicadores sanitarios, epidemiológicos, sociales y económicos".

La controversia jurídica que se plantea lo es respecto de si la aprobación de un plazo determinado superior o inferior al inicialmente previsto de 15 días es conforme con el art. 116.2 CE. De un lado porque la Ley Orgánica se refiere a que el período de tiempo sea "estrictamente indispensable" para el restablecimiento de la normalidad. De otro lado porque compete a la Cámara revisar la eficacia de las medias autorizadas.

Como se recoge en la STC 183/2021 nuevamente las posiciones de los miembros del Tribunal aparecen enfrentadas. El sector mayoritario del Tribunal consideró que la extensión de la vigencia del estado de alarma por seis meses privaba al Congreso de los Diputados de su función de revisar las circunstancias y medidas adoptadas con carácter previo en su declaración inicial en atención a la imprevisible evolución de la pandemia. En concreto se prevén en el Real Decreto de prórroga respecto de la rendición de cuentas que el Presidente del Gobierno solicite su comparecencia ante el Congreso cada dos meses, y el Ministro de Sanidad ante la Comisión de Sanidad y Consumo del Congreso de los Diputados de modo mensual.

No obstante esta previsión el Pleno del Tribunal declaró la inconstitucionalidad de la prórroga por seis meses del estado de alarma por su "carácter no razonable o infundado", determinación temporal que es calificada como "inconsistente" frente a la exigencia de certeza que se exige de toda autorización de prórroga, a la vez que impide a la Cámara "ir revisando la eficacia" de las medidas autorizadas. Sin embargo cabe contraponer que desde la perspectiva del control parlamentario este no operaría de igual modo para la declaración del estado de alarma como para su prórroga como aquí ocurría, ya que con la prórroga el Gobierno no tiene asignados poderes unilaterales de decisión, sino únicamente una facultad de iniciativa como señaló el magistrado González Rivas en un voto particular. Por tanto para este

magistrado tanto la prórroga como la autorización a las autoridades delegadas significa que fue el Congreso de los Diputados el que definió el alcance y condiciones del estado de alarma prorrogado

Pero sin duda la determinación de la "autoridad competente" como el alcance de la delegación en favor de la misma fueron los objetos centrales del debate protagonizado por los magistrados del Tribunal Constitucional. Más allá de la incidencia en las relaciones entre Gobierno y Congreso de los Diputados que se pudiera detectar tras la delegación en la autoridad competente, es claro que la indeterminación que se contiene en el Real Decreto de declaración del estado de alarma a cerca de las medidas que se puedan adoptar si presenta una duda considerable de constitucionalidad. Aunque se precise que, en la determinación por parte de la autoridad competente delegada de la adopción de las medidas contenidas en el Real Decreto por el que se acordó la prórroga, se atenderá "a la vista de la evolución de los indicadores sanitarios, epidemiológicos, sociales, económico y de movilidad". En concreto por que se atribuye a cada Presidente de la Comunidad Autónoma la competencia para incidir sobre la eficacia de las limitaciones contenidas en el Real Decreto, así como adoptar la flexibilización en la aplicación de las mismas e incluso su suspensión.

De un lado la delegación del Gobierno en favor de los ejecutivos autonómicos suscita el debate respecto de si los Presidentes de las Comunidades Autónomas pueden ser considerados como autoridad delegada a tenor de lo dispuesto en la Ley Orgánica 4/1981. Además surge la pregunta respecto a cuál sería el alcance de dicha delegación, que no podría ser objeto de control por parte del Congreso. Esta cuestión supone para el sector mayoritario del Tribunal una privación y desapoderamiento de la potestad para "fiscalizar y supervisar las actuaciones de las autoridades gubernativas durante la prórroga acordada", con merma considerable de la rendición de cuentas del Gobierno al Congreso.

De otra parte, nuevamente el paso del tiempo y la falta de acomodación por el legislador de la Ley Orgánica 4/1981 a la actualidad resultan evidentes. Esta norma entro en vigor cuando aún estaba comenzando la andadura autonómica y solo se habían constituido dos Comunidades Autónomas, por lo que no era predecible la generalización y evolución del que hemos denominado Estado de las Autonomías. Esta es precisamente la causa de mayor disensión por parte del sector minoritario del Tribunal, que entiende que se ha ignorado en esta sentencia la configuración actual de la distribución territorial del poder, así como se le reprocha a dichos magistrados haberse alejado sin fundamentación suficiente de la jurisprudencia previa sobre esta materia elaborada por el propio Tribunal en numerosas sentencias anteriores.

La cuestión a resolver es si el Congreso de los Diputados en su resolución de autorización de la prórroga y el Gobierno con el Real Decreto de alarma han precisado el alcance y contenido del mismo aportando seguridad jurídica a sus destinatarios. Es decir, si "los criterios de delegación en favor de las autoridades" predeterminaron las limitaciones que pudieran "imponer dichas autoridades". Concluye la mayoría de los miembros del Tribunal que la prórroga del estado de alarma es inconstitucional por la "indeterminación y variabilidad de su aplicación"

como la "gestión" de las medidas por las autoridades delegadas. Esta interpretación sin embargo desde el sector minoritario se considera "literal" u "originalista" sin atender a la "concreta realidad social", frente a la que se considera en el fallo como "la posición constitucional que ha de corresponder al Gobierno central".

Se trata de la interpretación del principio de autonomía en la organización territorial del Estado como de la eficacia que para la lucha frente a la pandemia tendría "una gestión descentralizada del estado de alarma". Pues para el sector mayoritario del Tribunal se habría producido una "dejación de funciones" por parte del Gobierno y el Congreso de los Diputados que lo han autorizado. Incluso de la delegación se extraen consecuencias diferentes pues el sector mayoritario argumenta que no está previsto en la Ley Orgánica 4/1981 e impide el control por el delegante. Frente a esta posición se considera que hay un desconocimiento concreto por parte del sector mayoritario respecto a la realidad del estado autonómico que impone una interpretación de nuestra Norma Fundamental evolutiva conforme a un modelo complejo incompatible con la rigidez constitucional.

Por otra parte, y sumándonos a la opinión disidente de los magistrados que suscribieron los votos particulares, entendemos que no quedan suficientemente explicitados los criterios del Tribunal, ya que si en la resolución relativa al primer estado de alarma el confinamiento domiciliario constituía una suspensión del derecho y por tanto justificaba la inconstitucionalidad del estado de alarma, con el segundo estado de alarma y el confinamiento perimetral entre las 23 y las 6 horas, no resulta dicha suspensión acreditativa de inconstitucionalidad, sino que es la delegación en los ejecutivos autonómicos y la prórroga de 6 meses del estado de alarma las que centran dicha consideración.

Pero más allá de la ausencia de conclusiones que permitieran deducir de las citadas sentencias una doctrina constitucional sobre los estados excepcionales, la lectura conjunta de ambas sentencias deja tan solo incerteza y perplejidad por lo que la citada jurisprudencia no sólo no ha aportado una interpretación coherente de la Ley Orgánica 4/1981 y sus desarrollos en los citados Reales Decretos, sino que ha generado un mayor nivel de incertidumbre que, sin duda, repercutirá también en el futuro si fuere necesario adoptar medidas excepcionales ante situaciones que requirieran la declaración de alguno de estos estados. Como señala la magistrada Balaguer Callejón en su voto particular con esta jurisprudencia no se ha "contribuido en nada a perfilar los márgenes del derecho constitucional de excepción", ni tan siquiera se ha avanzado en una interpretación de la suspensión o limitación de derechos.

5. El contenido esencial del ius in officium y su limitación por la declaración del estado de alarma.

Junto al comentario de las resoluciones relativas a la inconstitucionalidad de las declaraciones del estado de alarma ya abordado debemos reseñar también la STC 168/2021 que resolvió el recurso de amparo interpuesto por 52 Diputados del partido Vox contra el acuerdo de la Mesa del Congreso 19 de marzo de 2020 de suspensión del computo de los plazos reglamentarios que afectan a iniciativas en tramitación hasta el levantamiento de dicha suspensión por la citada Mesa. La

cuestión que se suscita en este recurso de amparo no es otra que la impugnación del citado acuerdo de la Mesa del Congreso que también afectaba a los plazos administrativos, de prescripción y de caducidad de los procedimientos administrativos del Congreso. Los recurrentes consideran que con dicha decisión se había producido una vulneración del derecho de participación política (art. 23 CE), así como una vulneración en el ejercicio de sus funciones de control de la acción del Gobierno por los parlamentarios provocada por la interrupción o paralización de todas las iniciativas legislativas en tramitación y, por tanto, una infracción del "núcleo esencial del ius in officium". Cabe decir que dicha Declaración solo alcanzó en sus efectos desde el 19 de marzo al 13 de abril.

El mayor interés que presenta esta sentencia es el de conocer en qué medida se puede ver afectado por la declaración de un estado excepcional el ius in officium de los Diputados como la institución del Congreso en general, ya que como se señaló con anterioridad, tanto en el art. 116.5 CE como la Ley Orgánica 4/1981 reiteran la imposibilidad de interrupción del funcionamiento de las Cámaras, así como la competencia del Congreso respecto de la prórroga, autorización, alcance y condiciones de su declaración. En efecto, como señalan los recurrentes el ejercicio de la función representativa lo es también de los ciudadanos a participar en los asuntos públicos a través de los parlamentarios, reiterando que la declaración del estado de alarma no puede conllevar un desplazamiento de su ejercicio ni su suspensión. Por otra parte, hemos de recordar que la exigencia de responsabilidad al Gobierno por parte del Parlamento tiene alcance general sin distinción entre la normalidad y las situaciones de excepcionalidad. Ambos argumentos refuerzan la permanencia en el ejercicio de sus funciones constitucionales del Parlamento en cuanto conforman el núcleo esencial del ius in officium. Además, "la indeterminación" tanto del período de duración de la suspensión acordada como sobre su levantamiento únicamente a merced de una nueva decisión "discrecional" de la Mesa, reforzaban la fundamentación por los recurrentes de la vulneración del derecho de participación política y del ejercicio de las funciones de control y exigencia de responsabilidad política de su gestión sobre el Gobierno constitucionalmente atribuida al Parlamento.

Por los letrados de la Cámara se argumentó ante el Tribunal Constitucional la excepcionalidad de la situación y, por ello, la necesidad de preservar la salud de los Diputados así como del personal al servicio de la misma, motivo por el que se adoptó el acuerdo de la Mesa ahora impugnado, al objeto de alcanzar un equilibrio entre la preservación de la salud y el ejercicio de las funciones como parlamentarios. Otras objeciones formuladas por los letrados de la Cámara como por el Ministerio Fiscal que no fueron aceptadas eran las relativas a la duración limitada de la suspensión, la realidad de la celebración en ese período de sesiones de trabajo en la Cámara, dos reuniones de la Junta de Portavoces, tres sesiones plenarias así como reuniones de la Comisión de Sanidad.

El fallo de la sentencia recoge la declaración de vulneración del derecho fundamental a la participación política y la nulidad consiguiente del acuerdo adoptado por la Mesa del Congreso en tanto que la "interrupción temporal" de la

actividad del Congreso resulta contraria a nuestra Norma Fundamental y afecta al contenido esencial del ius in officium de los recurrentes.

Sin embargo a la posición mayoritaria del Tribunal se formularon varios votos particulares de diverso alcance que venían condicionados por la posición minoritaria discrepante de algunos magistrados ya manifestada en las anteriores sentencias comentadas. Así se reitera entre otros aspectos la posición de los magistrados discrepantes en relación con la suspensión y restricción de derechos (STC 148/2021), pero sin duda otras cuestiones que se ponen de manifiesto en los votos particulares afectan al alcance general del recurso de amparo o a la determinación del contenido esencial del derecho fundamental a la participación política. En efecto, se hace hincapié en el carácter abstracto del recurso de amparo presentado, ya que tan solo habría una afirmación en abstracto por los recurrentes de la vulneración del derecho de participación. No había resultado acreditado por los recurrentes una vulneración directa causa efecto entre el acuerdo adoptado por de la Mesa de la Cámara y el impedimento concreto del ejercicio del núcleo de la función representativa, no habiéndose especificado cual o cuales iniciativas concretas de los grupos parlamentarios habrían resultado afectadas. Además, no quedó acreditada la interrupción de la función de control del Gobierno durante el período en que estuvo vigente la suspensión de los plazos de tramitación. Por otra parte, había de tenerse en cuenta que no todas las facultades integrantes del estatuto parlamentario forman parte del derecho fundamental de participación política sino tan sólo aquellas directamente relacionadas con las potestades legislativas y el control de la acción del gobierno.

6. El control previo por los órganos jurisdiccionales de las medidas adoptadas por los ejecutivos de las Comunidades Autónomas en el segundo estado de alarma

La STC 70/2002, de 2 de junio de 2022 resolvió una cuestión de inconstitucionalidad planteada por el Tribunal Superior de Justicia de Aragón en relación con el art. 10.8 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (en adelante LJCA) redactada por la disposición final decimocuarta de la Ley 30/2020, de 18 de septiembre, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al Covid-19 en el ámbito de la administración de justicia[4]. La reforma introducida en la citada norma incorpora frente a la legislación anterior la intervención con carácter preceptivo de los órganos jurisdiccionales cuando las medidas que sean adoptadas por las autoridades sanitarias consideradas urgentes y necesarias para la salud pública, impliquen limitación o restricción de derechos fundamentales.

Como consecuencia de la segunda declaración de estado de alarma por el Real Decreto 926/2020 por parte de los ejecutivos autonómicos se dictaron disposiciones

[4] Art. 10 Competencias de las Salas de lo contencioso-administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia …8.“Conocerán de la autorización o ratificación judicial de las medidas adoptadas con arreglo a la legislación sanitaria que las autoridades sanitarias de ámbito distinto al estatal consideren urgentes y necesarias para la salud pública e impliquen la limitación o restricción de derechos fundamentales cuando sus destinatarios no estén identificados individualmente”. Además la Audiencia Nacional conocerá de las medidas adoptadas por la “autoridad sanitaria estatal” (art. 11.1 i).

orientadas a la protección de la salud pública que conllevaban privación o restricción de derechos fundamentales, esencialmente relativas a confinamientos, de aplicación en las respectivas Comunidades Autónomas que, en atención a lo preceptuado en la LJCA, interesaron su autorización por parte de los órganos jurisdiccionales. Pero también la eficacia del ejercicio de la potestad reglamentaria de las administraciones quedaba debilitada en la medida que precisaba de una autorización posterior de los órganos jurisdiccionales afectando igualmente a la ejecutividad de las actuaciones administrativas. El resultado fue que con diverso criterio por parte de los mismos se resolvió de forma diferente respecto de dicha autorización.

En este contexto la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Aragón plantea la inconstitucionalidad de estos preceptos por considerar que se trata de un supuesto que atenta a la división de poderes entre las competencias del Poder Ejecutivo y del Poder Judicial además de vulnerar el art. 117.4 CE al introducir un procedimiento previo de autorización de manifestaciones de la potestad reglamentaria sin previsión constitucional para ello, con la atribución de funciones a los órganos jurisdiccionales del orden contencioso-administrativo diferentes a las recogidas en nuestra Norma Fundamental.

Pues bien entiende el Tribunal Constitucional que la nueva redacción del art. 10.8 LJCA "quebranta el principio constitucional de separación de poderes", al atribuir esa norma a los órganos judiciales del orden contencioso-administrativo, funciones ajenas a su cometido constitucional (art. 106.1 y 117 CE), con menoscabo de la potestad reglamentaria que la Constitución y los Estatutos de Autonomía atribuyen al Poder Ejecutivo. Para concluir que establecer un control jurisdiccional ex ante y abstracto es contrario al art. 117.4 CE en la medida en que supone un "menoscabo" de la potestad reglamentaria exclusiva del Poder Ejecutivo para resultar compartida con el Poder Judicial. Corresponde al Poder Judicial la competencia revisora de la actuación administrativa pero siempre a posteriori. Concluye el sector mayoritario del alto Tribunal estimando la cuestión de inconstitucionalidad y declarando la inconstitucionalidad y nulidad de los arts. 10.8 y 11.1 i) de la LRJCA en la redacción dada por la disposición final segunda de la Ley 3/2020, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al Covid-19 en el ámbito de la administración de justicia.

Nuevamente asistimos a una sentencia que no concita la unanimidad de los miembros del Tribunal. En efecto, el voto particular conjunto de cuatro Magistrados disiente del fallo de la sentencia por entender que el Tribunal debe operar con deferencia a la actividad de legislador, así como la necesidad de que por este se tengan en cuenta todas las posibilidades de "interpretar los preceptos de conformidad con la Constitución", de modo que solo cuando "la incompatibilidad con ella resulte indudable" se declare la inconstitucionalidad. También se fundamenta la discrepancia en el entendimiento del alcance del análisis que corresponde al juicio de constitucionalidad de la ley, que no debe entrar en cuestiones relativas a la oportunidad o la calidad de la misma. El recurso a la teoría de la división de poderes como parámetro de enjuiciamiento tampoco es compartido por los magistrados que suscriben el voto particular. Finalmente se

considera que el mecanismo de control introducido por la nueva redacción del art. 10.8 de la LJCA debe entenderse como una atribución a los órganos judiciales de una función estrictamente judicial de garantía de derechos aunque no tenga carácter jurisdiccional y en ningún caso se trata de una atribución de ejercicio compartido de la potestad reglamentaria en atención a las especiales circunstancias que conlleva la crisis sanitaria.

dirittifondamentali.it

dirittifondamentali.it

Dirittifondamentali.it - Fascicolo 3/2022
Data di pubblicazione – 30 dicembre 2022

La rinnovazione in giudizio della richiesta di riti alternativi rigettata in udienza predibattimentale

di
Giuseppe Della Monica*

Sommario: 1. I termini per l'instaurazione dei «procedimenti speciali» a vocazione deflattiva. — 2. La rinnovazione in dibattimento della richiesta di definizione anticipata del processo: *a*) il giudizio abbreviato. — 2.1. *Segue*: *b*) l'applicazione di pena su richiesta delle parti. — 2.2. *Segue*: *c*) la sospensione del procedimento con messa alla prova dell'imputato. — 2.3. *Segue*: *d*) l'oblazione. —3. La rinnovazione della richiesta di riti alternativi rigettata in sede di udienza predibattimentale. — 4. Conclusioni.

1. I termini per l'instaurazione dei «procedimenti speciali» a vocazione deflattiva.

Tra i riti alternativi al dibattimento attivati su iniziativa dell'imputato — che si differenziano da quelli connotati da distinte modalità di accesso al giudizio dibattimentale — si annoverano il giudizio abbreviato, l'applicazione di pena concordata, la sospensione del procedimento con messa alla prova e l'oblazione.

Il termine ultimo per la presentazione della richiesta di definizione del procedimento con uno di tali riti è correlato — com'è noto — alle modalità di esercizio dell'azione penale.

Più specificamente, nei casi di citazione diretta a giudizio *ex* art. 550 c.p.p. — quantomeno nella vigenza della disciplina antecedente l'entrata in vigore del

* Professore associato di Diritto processuale penale – Università degli Studi di Cassino e del Lazio Meridionale.

Contributo sottoposto a referaggio

dirittifondamentali.it

decreto legislativo n. 150/2022 — nonché di giudizio direttissimo (art. 449 c.p.p.), il momento preclusivo è costituito dalla dichiarazione di apertura del dibattimento[1].

Per quanto concerne, invece, i reati per i quali è previsto il transito in udienza preliminare, le conclusioni rassegnate ai sensi degli artt. 421 e 422 c.p.p. segnano il limite temporale ultimo per poter accedere ad uno dei riti alternativi al dibattimento[2].

Qualora, invece, il pubblico ministero eserciti l'azione penale attraverso la richiesta di emissione del decreto di giudizio immediato o del decreto penale di condanna, l'imputato deve manifestare la eventuale volontà di rinunciare alla garanzia del dibattimento entro quindici giorni dalla notifica dell'uno o dell'altro provvedimento[3].

Prima della scadenza del termine finale, l'imputato può, ovviamente, riproporre le istanze rigettate in precedenza, ma il problema si è posto in relazione alle ipotesi — non compiutamente disciplinate — di rinnovazione in dibattimento della richiesta di rito alternativo respinta da altro giudice.

La questione è stata affrontata anche dalla Corte costituzionale, che ha introdotto, con la sentenza n. 169 del 2003[4], la possibilità di reiterare in giudizio l'istanza —

[1] Sulla disciplina dei giudizi abbreviati c.d. "atipici", v., tra gli altri, G. CANZIO, voce « *Giudizio abbreviato* », in *Enc. Dir.*, vol. IV agg., Milano, 2000, p. 617 ss.; V. MAFFEO, *Il giudizio abbreviato*, Napoli, 2004, p. 441 ss.

[2] Sul punto, per una compiuta analisi della disciplina della forma e dei tempi di presentazione della richiesta di rito abbreviato, v. F. ZACCHÉ, *Il Giudizio abbreviato*, Milano, 2004, p. 47 ss.

[3] In tema, per l'approfondimento delle questioni di maggiore rilevanza emerse in giurisprudenza, v. L. GUGLIELMO, *Patteggiamento e rito abbreviato dopo il decreto di giudizio immediato*, in *Dir. pen. e processo*, 2003, p. 432 s.; F.M. IACOVIELLO, *Evidenza della prova e decidibilità allo stato degli atti nella conversione del giudizio immediato in giudizio abbreviato*, in *Cass. pen.*, 1992, p. 692 ss.; M. D. LARICCHIA, *Giudizio abbreviato innestato sul giudizio immediato e decorrenza dei termini di custodia cautelare*, in *Dir. pen. e processo*, 2011, p. 1088 ss.; F. PERONI, *Richiesta di giudizio abbreviato successiva al decreto di giudizio immediato: è possibile dedurre l'incompetenza territoriale*, in *Dir. pen. e processo*, 2012, p. 815 ss.; ID., *Sul termine ultimo per chiedere l'abbreviato a seguito di rito immediato*, in *Dir. pen. e processo*, 2010, p. 1068 ss.

[4] V. Corte cost., 25 maggio 2003, n. 169, in *Giur. cost.*, 2003, p. 1336 ss. La sentenza è stata diffusamente commentata in dottrina, tra gli altri, da M.L. DI BITONTO, *La Corte costituzionale ritocca il nuovo rito abbreviato*, in *Cass. pen.*, 2003, p. 2955 ss.; E. DI DEDDA, *Sindacabile dal giudice del dibattimento il rigetto del giudizio abbreviato condizionato*, in *Dir. pen. e pro*cesso, 2003, p. 829 ss.; G. LEO, *La riduzione della pena diventa doverosa se c'è un errore nella precedente decisione*, in *Guida dir.*, 2003, fasc. 49, p. 62 ss.; G. LOZZI, *Un ripensamento della Corte costituzionale in tema di giudizio abbreviato*, in *Giur. cost.*, 2003, p. 1345 ss.; G. VELANI, *Sindacabile in dibattimento la decisione del*

non accolta — di rito abbreviato condizionato. L'intervento correttivo del Giudice delle leggi non si è rivelato, comunque, dirimente, in mancanza — come già detto — di una specifica e compiuta regolamentazione di tale peculiare aspetto della disciplina dei procedimenti speciali a vocazione deflattiva.

La recente "riforma Cartabia", attuata con il d.lgs. n. 150 del 2022, sarebbe stata l'occasione propizia per una definitiva razionalizzazione dello statuto dei riti alternativi — anche attraverso la stabilizzazione normativa degli arresti della giurisprudenza costituzionale e di legittimità, come è accaduto, del resto, per altri settori del processo penale — ma l'intervento del legislatore ha finito, paradossalmente, per suscitare ulteriori dubbi, che attengono, in particolare, alla possibilità di riproporre in giudizio la richiesta di definizione anticipata del processo già formulata — e respinta — in udienza predibattimentale.

L'introduzione di un filtro giurisdizionale "intraneo" alla fase dibattimentale[5] — per le fattispecie di reato in relazione alle quali l'azione penale viene esercitata con decreto di citazione diretta — ha imposto, infatti, la rimodulazione dei termini di accesso ai riti alternativi, che non sono più esperibili fino alla dichiarazione di apertura del dibattimento, ma vanno richiesti — così come dispone l'art. 554-*ter* comma 2 c.p.p. — prima della definizione dell'udienza fissata ai sensi dell'art. 554-*bis* c.p.p. Il legislatore nulla ha previsto, però, in ordine alla possibilità di rinnovare in giudizio l'istanza eventualmente rigettata in udienza predibattimentale, lasciando all'interprete, ancora una volta, il compito di risolvere la *quaestio iuris*.

2. La rinnovazione in dibattimento della richiesta di definizione anticipata del processo: *a*) il giudizio abbreviato.

giudice che in precedenza abbia rigettato l'istanza di giudizio abbreviato subordinato all'integrazione probatoria, in *Giur. cost*., 2003, p. 3134 ss.

[5] Così è stata definita la nuova « udienza di comparizione predibattimentale » da E. AMODIO, *Filtro « intraneo » e filtro « estraneo » nella nuova disciplina del controllo per il rinvio a giudizio*, in *Cass. pen.*, 2022, p. 14 ss., allo scopo di differenziare tale udienza — comunque ricompresa nella macro-fase del dibattimento — dall'udienza preliminare, che risulta, invece, caratterizzata — sempre secondo l'A. — da una « ontologica diversità funzionale ».

La disciplina del rito abbreviato, nel corso degli anni, è stata interessata da plurimi interventi del legislatore e della Corte costituzionale, che hanno progressivamente rimodellato — in maniera significativa — la fisionomia dell'istituto.

In origine, l'introduzione di tale forma di giudizio — allora prevista solo « allo stato degli atti » — era subordinata al consenso del pubblico ministero, che poteva opporsi — anche immotivatamente — alla richiesta dell'imputato, precludendogli, così, l'accesso al rito[6]. Laddove, poi, l'organo inquirente avesse espresso parere favorevole, la celebrazione del giudizio abbreviato poteva essere comunque negata dal giudice, chiamato a verificare la decidibilità della regiudicanda « allo stato degli atti »[7].

Non era, tuttavia, prevista alcuna forma di controllo sulle determinazioni contrarie alla introduzione del rito assunte dal pubblico ministero o dal giudice[8], con le intuibili ripercussioni che tale disciplina proiettava sia sulle potenzialità deflattive del rito sia sul diritto dell'imputato di beneficiare della riduzione di pena connessa alla scelta di rinunciare alla garanzia del giudizio dibattimentale.

Tuttavia, già nei primi anni di vigenza del codice del 1988, la Corte costituzionale era intervenuta sugli evidenziati profili del rito abbreviato, innanzitutto per imporre al pubblico ministero l'obbligo di enunciare le ragioni del dissenso, al fine di consentirne il controllo giurisdizionale. Più specificamente, la Corte — sollecitata dai rimettenti a pronunciarsi sulla legittimità costituzionale degli artt. 438, 439, 440 e 442 c.p.p. — era chiamata a stabilire, nell'ordine, se fosse costituzionalmente legittimo il dissenso immotivato del pubblico ministero sulla richiesta di giudizio abbreviato avanzata dall'imputato, se, nel caso di risposta negativa al primo

[6] In tal senso, Corte cost., 12 aprile 1990, n. 183, in *Giur. it.*, 1991, fasc. 1, p. 12, che aveva dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 452 c.p.p., nella parte in cui non imponeva al pubblico ministero l'obbligo di motivare l'eventuale dissenso alla conversione del giudizio direttissimo in abbreviato.

[7] Cfr. *Relazione al progetto preliminare del codice di procedura penale*, in *Gazz. Uff.* n. 250 del 24 ottobre 1988, suppl. ord. n. 93, p. 104.

[8] Sull'originaria struttura del giudizio abbreviato, v. M. BONETTI, *Il giudizio abbreviato*, in AA.VV., *I procedimenti speciali in materia penale*, a cura di M. Pisani, Milano, 2003, p. 44 ss.; B. LAVARINI, *Il giudizio abbreviato*, Napoli, 1996, p. 3 ss.; E. LUPO, *Il giudizio abbreviato*, in *Quaderni del CSM*, 1989, fasc. 28, p. 307 ss.; G. PAOLOZZI, *Il giudizio abbreviato nel passaggio dal modello "tipo" al modello pretorile*, Padova, 1991, p. 36 ss.

quesito, fosse costituzionalmente legittima la mancata previsione di un controllo giurisdizionale sulla motivazione espressa dall'organo inquirente per giustificare il suo veto e, infine — sempre nel caso di risposta negativa — in quale sede processuale dovesse esplicarsi il suddetto controllo, vale a dire innanzi al giudice dell'udienza preliminare, con la conseguente possibilità di instaurare comunque il rito abbreviato, oppure all'esito del dibattimento, con riconoscimento all'imputato, nel caso di condanna, della sola riduzione di pena prevista dall'art. 442 c.p.p.

I rimettenti rimarcavano, in particolare, l'irragionevolezza della disciplina impugnata, perché consentiva al pubblico ministero non solo di opporsi alla scelta processuale dell'imputato[9], ma soprattutto di precludere a quest'ultimo il riconoscimento della riduzione di pena connessa alla definizione anticipata del processo, senza neppure dover enunciare le ragioni di tale veto, rendendolo, così, insindacabile e sottraendolo al vaglio del giudice.

La Corte riteneva fondata tale censura e dichiarava, pertanto, l'incostituzionalità degli artt. 438, 439, 440 e 442 c.p.p., innanzitutto nella parte in cui non imponevano al pubblico ministero di enunciare i motivi dell'eventuale dissenso alla celebrazione del rito abbreviato[10].

Si poneva, di conseguenza, il problema di stabilire quale giudice dovesse sindacare il veto motivato espresso dal pubblico ministero.

Sul punto, la Corte escludeva che il controllo sulla motivazione del diniego potesse esplicarsi nell'ambito dell'udienza preliminare, perché ciò avrebbe comportato la possibilità di instaurare il rito alternativo, in quella sede, nonostante la determinazione contraria del pubblico ministero, intenzionato a definire il processo in dibattimento. Solo al termine del giudizio, il giudice sarebbe stato in grado di verificare se il dissenso del pubblico ministero fosse ingiustificato, riconoscendo all'imputato, in tale ipotesi, la riduzione di pena prevista dall'art. 442 comma 2 c.p.p.

[9] La qual cosa era ritenuta in armonia con le normali prerogative del pubblico ministero, come statuito da Corte cost., 30 aprile 1984, n. 120, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1986, p. 584 ss.

[10] Ci si riferisce a Corte cost., 15 febbraio 1991, n. 81, in *Giur. cost.*, 1991, p. 559 ss.

dirittifondamentali.it

Una volta esclusa la possibilità di instaurare il rito abbreviato senza il consenso del pubblico ministero e dopo aver affidato al giudice del dibattimento il controllo sulle ragioni dell'eventuale dissenso, l'unico criterio idoneo a rendere concreto l'esercizio di tale controllo andava individuato — secondo la Corte — nella « decidibilità allo stato degli atti », in sintonia con il potere decisorio conferito al giudice dall'allora vigente articolo 440 comma 1 c.p.p.

L'assunto fu posto alla base della declaratoria di incostituzionalità delle disposizioni impugnate anche nella parte in cui non consentivano al giudice del dibattimento di applicare all'imputato la riduzione di pena di cui all'art. 442 comma 2 c.p.p., qualora, all'esito del giudizio, il dissenso del pubblico ministero risultasse ingiustificato, in ragione della riscontrata possibilità di definire il processo sulla base degli atti compiuti nella fase delle indagini preliminari[11].

Con tale pronuncia, quindi, la Corte costituzionale aveva inteso tutelare l'imputato dal rischio che la sua strategia difensiva risultasse vanificata da scelte meramente arbitrarie del rappresentante dell'accusa[12].

Restava, tuttavia, insindacabile la decisione del giudice dell'udienza preliminare di rigettare la richiesta di rito abbreviato.

La lacuna venne colmata a distanza di circa un anno, allorquando la Corte costituzionale intervenne nuovamente sul tema, dichiarando l'illegittimità costituzionale degli artt. 438, 439, 440 e 442 c.p.p., ma, questa volta, nella parte in cui non prevedevano la possibilità di applicare la riduzione di pena *ex* art. 442 comma 2 c.p.p., laddove fosse stata ritenuta erronea, all'esito del giudizio dibattimentale, la valutazione di non decidibilità allo stato degli atti — preclusiva del rito abbreviato — operata dal giudice dell'udienza preliminare.

---

[11] La declaratoria di illegittimità costituzionale venne estesa, in termini analoghi, ai sensi dell'art. 27 della l. 11 marzo 1953, n. 87, sia all'art. 458 commi 1 e 2 c.p.p., con riferimento alla trasformazione del giudizio immediato in abbreviato, sia all'art. 464 comma 1 c.p.p., in relazione al rito abbreviato richiesto con l'opposizione al decreto penale di condanna.

[12] Nel solco dell'*iter* interpretativo già tracciato Corte cost., 12 aprile 1990, n. 183, in *Giur. cost.*, 1990, p. 1073 ss., e da Corte cost., 8 febbraio 1990, n. 66, in *Giur. cost.*, 1990, p. 274 ss. Al riguardo, vanno segnalate le brillanti considerazioni di G. GIOSTRA, *Primi interventi della Corte Costituzionale in materia di giudizio abbreviato*, in *Giur. cost.*, 1990, p. 1286 ss.

A sostegno della decisione, anche in questo caso, la Corte sottolineò soprattutto gli effetti di natura sostanziale connessi al rigetto del rito da parte del giudice dell'udienza preliminare, sicché doveva ritenersi lesiva dei diritti fondamentali dell'imputato l'attribuzione a tale giudice, in via esclusiva, del potere di negare l'accesso al rito premiale[13].

Da qui, la ravvisata violazione degli artt. 3 e 24 comma 2 Cost. nella mancata predisposizione di un meccanismo di controllo sulla correttezza della decisione assunta dal giudice dell'udienza preliminare in tema di ammissibilità del giudizio abbreviato.

Al di là dei correttivi introdotti dalle richiamate pronunce, la Corte costituzionale aveva comunque sollecitato un intervento risolutivo del legislatore, per disciplinare in maniera organica le forme di "recupero" del rito nel caso di rigetto dell'iniziale istanza. La riforma attuata con la legge n. 479 del 1999 non affrontò, tuttavia, la questione e non colmò il *vulnus*, pur avendo ristrutturato *ab imis* la disciplina del rito[14].

Venne eliminata, infatti, la necessità del consenso del pubblico ministero e fu rimodulato il vaglio del giudice, concedendogli la possibilità di rigettare la sola istanza di giudizio abbreviato c.d. "condizionato", laddove l'integrazione

[13] In questi termini, Corte cost., 31 gennaio 1992, n. 23, in *Foro it.*, 1992, fasc. I, p. 1057, con nota di F. DI CHIARA, *Decidibilità allo stato degli atti e sindacato sulla decisione negativa in tema di «abbreviazione» del rito: note a margine della sentenza 23/92 della Corte costituzionale*. Anche in questo caso, ai sensi dell'art. 27 della l. 11 marzo 1953, n. 87, fu dichiarata, per le medesime ragioni, l'incostituzionalità dell'art. 458 commi 1 e 2 c.p.p., in relazione alla conversione del giudizio immediato in abbreviato, e dell'art. 464 comma 1 c.p.p., riferito alla scelta del rito abbreviato attuata con l'opposizione al decreto penale di condanna.

[14] La lacuna venne prontamente rimarcata, del resto, dalla dottrina più attenta: v., tra gli altri, G. CANZIO, *Realtà e prospettive del giudizio abbreviato*, in *Quest. giustizia*, 1999, p. 1063; G. DI CHIARA, *I nuovi riti differenziati. L'impatto della "legge Carotti" sul libro VI del Codice*, Palermo, 2000, p. 46; G. LOZZI, *Il giudizio abbreviato*, in AA. VV., *Studi in ricordo di Giandomenico Pisapia*, Milano, 2000, II, p. 423 ss.; L. MAGLIARO, *La legge Carotti e la riforma del giudizio abbreviato*, in *Quest. giustizia*, 2000, p. 424; A. MARANDOLA, *Il giudizio abbreviato*, in *Studium iuris*, 2000, p. 1332 ss.; D. NEGRI, *Il «nuovo» giudizio abbreviato: un diritto dell'imputato tra nostalgie inquisitorie e finalità di economia processuale*, in AA. VV., *Il processo penale dopo la riforma del giudice unico*, a cura di F. Peroni, Padova, 2000, p. 448; R. ORLANDI, *Sub art. 27 l. 16 dicembre 1999 n. 479*, in *Legisl. pen.*, 2000, p. 438; A. SCALFATI, *Le nuove prospettive del decreto penale di condanna*, in AA. VV., *Il processo penale dopo la riforma del giudice unico*, Padova, 2000, p. 588 ss.; G. SPANGHER, *I procedimenti speciali tra razionalizzazione e modifiche di sistema*, in AA. VV., *Il processo penale dopo la riforma del giudice unico*, a cura di F. Peroni, Padova, 2000, p. 167.

probatoria richiesta fosse ritenuta non necessaria ai fini della decisione o incompatibile con le esigenze di economia processuale[15]. Il legislatore non aveva previsto, però, il controllo di altro organo giurisdizionale sulla pronuncia di rigetto emessa dal giudice inizialmente investito dell'istanza di giudizio abbreviato condizionato.

A seguito della riforma, si pose il problema, quindi, della persistente efficacia delle sentenze di incostituzionalità che avevano ammesso il recupero, all'esito del dibattimento, della riduzione della pena di cui all'art. 442 comma 2 c.p.p., riferendole all'ipotesi di rigetto della richiesta di giudizio abbreviato condizionato[16].

In mancanza di una presa di posizione del legislatore sul punto, si ritenne opportuno investire nuovamente la Corte costituzionale, che in prima battuta dichiarò, tuttavia, inammissibile la questione sollevata. In quella circostanza,

[15] L'ammissibilità del giudizio abbreviato condizionato risulta tuttora ancorata a due requisiti: la necessità dell'integrazione probatoria richiesta ai fini della decisione e la realizzazione del fine deflattivo proprio del rito. Per quanto concerne il primo requisito, immediato è il raffronto con la « non manifesta superfluità o irrilevanza » dei mezzi di prova prescritta dall'art. 190 c.p.p.: mentre la « rilevanza » e la « pertinenza » possono essere apprezzate *ex ante*, la « necessarietà » è destinata a proiettarsi su un compendio probatorio già acquisito, ma che esige, appunto, un necessario completamento (sul punto, cfr. M. CAVALIERI, *Giudizio abbreviato "condizionato" e sindacabilità dell'ordinanza di rigetto*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2003, p. 959 ss.). La compatibilità dell'integrazione probatoria con l'esigenza di economia processuale sottesa al rito attiene, invece, alla necessità di non snaturare la vocazione deflattiva del giudizio abbreviato. In dottrina, si è sottolineata l'evanescenza del criterio, che rischia di affidare al giudice un amplissimo potere discrezionale, con la conseguente necessità di garantire uno strumento di controllo sulla decisione: cfr., tra gli altri, R. BRICHETTI, *Sì all'abbreviato anche senza il consenso dell'imputato*, in *Guida dir.*, 2000, fasc. 1, p. 59 ss.; E. MARZADURI, *Subito altri strumenti per raddrizzare gli squilibri*, in *Guida dir.*, 2000, fasc. 15, p. 66; D. POTETTI, *Mutazioni del giudizio abbreviato. In particolare il giudizio abbreviato condizionato (art. 438 comma 5 c.p.p.)*, in *Cass. pen.*, 2001, p. 332.

[16] Sul punto, cfr. M. ANNUNZIATA, *Note in materia di giudizio abbreviato*, in *Giur. it.*, 2002, p. 502 ss.; A. BARAZZETTA, *Gli snodi processuali: la nuova udienza preliminare ed i riti speciali*, in *Ind. pen.*, 2000, p. 565; G. BERNI, *Nuovi scenari per il giudizio abbreviato tra evoluzione giurisprudenziale e controriforma legislativa*, in *Giur. it.*, 2000, p. 502; V. BONAGURA, *Nuovi esiti dell'udienza preliminare: frattura o continuità con il regime anteriore alla « Legge Carotti »?*, in *Cass. pen.*, 2000, p. 2578; C. BONZANO, *Note critiche sul nuovo giudizio abbreviato*, in *Giur. merito*, 2000, p. 735; G. CANZIO, voce *« Giudizio abbreviato »*, cit., p. 617 ss.; G.P. COLOSMINO-P. RIGHI, *Le variazioni « genetiche » del rito abbreviato all'esame della Corte costituzionale*, in *Giur. it.*, 2000, p. 511; G. GARUTI, *L'udienza preliminare: la nuova cadenza valutativa tra indagine e processo*, in *Riv. Pen.*, 2000, p. 869; V. MAFFEO, *Il giudizio abbreviato*, cit., p. 221 ss.; G. SPANGHER, *Osservatorio della corte costituzionale - nuovo abbreviato: poteri del giudice; rito camerale e pubblicità; utilizzabilità degli atti; ruolo del p.m.*, in *Dir. pen. e processo*, 2001, p. 713.

veniva denunciato il contrasto con gli artt. 3 e 24 comma 2 Cost. degli artt. 438, 441 e 442 c.p.p., nella parte in cui non prevedevano che il giudice del dibattimento potesse applicare, all'esito del giudizio, la diminuzione di pena prevista dall'art. 442 c.p.p., ove ritenesse ingiustificata o comunque erronea la decisione con la quale era stata rigettata, in udienza preliminare, la richiesta di giudizio abbreviato subordinata ad una integrazione probatoria, ritenendola non necessaria ai fini della decisione o non conciliabile con le finalità di economia processuale proprie del rito alternativo[17].

Il giudice rimettente, rievocando il percorso argomentativo già tracciato dalla Corte con riferimento alla disciplina previgente, evidenziava che, anche nel caso di giudizio abbreviato "condizionato", si imponeva l'esigenza di evitare irragionevoli preclusioni di accesso al rito, con la conseguente produzione — senza possibilità di controllo — di effetti pregiudizievoli non solo sulla deflazione del carico giudiziario, ma anche sulla misura della pena irrogabile e, di riflesso, sul diritto di difesa dell'imputato.

La Corte costituzionale — con una decisione icasticamente definita "criptica" dalla dottrina[18] — dichiarò l'inammissibilità della questione, con una pronuncia, peraltro, succintamente motivata, con la quale si osservava che il giudice dell'udienza preliminare era chiamato a verificare solo la necessità dell'integrazione probatoria ai fini della decisione e la sua compatibilità con le finalità di economia processuale proprie del rito, compiendo una valutazione molto più circoscritta, il cui eventuale riesame non doveva più essere collocato necessariamente all'esito al dibattimento.

Nel giudizio *a quo*, valorizzando proprio quest'ultimo argomento della Corte, si ritenne che il giudice del dibattimento, anche *in limine litis*, senza dover attendere il

[17] V. Corte cost., 27 febbraio 2002, n. 54, in *Cass. pen.*, 2002, p. 2724 ss., con nota di L. DI PAOLA, *La pronuncia n. 54 del 2002 della Corte costituzionale: un ritorno all'equilibrio tra premialità ed esigenze di economia processuale*, nonché in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2002, p. 1416 ss., con nota di G. LOZZI, *Giudizio abbreviato e prova necessaria*, e in *Giur. cost.*, 2002, p. 618 ss., con nota di V. MAFFEO, *Premesse logiche e itinerari argomentativi per la individuazione della « forma di controllo » sul giudizio di inammissibilità del rito abbreviato*.

[18] Così F. DI CHIARA, *Sub art. 438 c.p.p.*, in AA. VV., *Codice di procedura penale commentato*, a cura di A. Giarda-G. Spangher, vol. II, 2017, p. 1617.

compimento dell'attività istruttoria, potesse riesaminare l'ordinanza di rigetto della richiesta di giudizio abbreviato condizionato, ammettendo eventualmente l'imputato al rito in precedenza negato[19].

Tale soluzione ermeneutica era, però, del tutto priva di base normativa, sicché fu sollecitato un nuovo intervento della Corte costituzionale[20], che dichiarò, questa volta, l'illegittimità degli artt. 438 comma 6 e 458 comma 2 c.p.p.[21].

La Corte, in motivazione, rimarcava innanzitutto la persistente validità delle ragioni che avevano indotto a dichiarare illegittima — con la sentenza n. 23 del 1992 e con le precedenti pronunce n. 66 e n. 183 del 1990 e n. 81 del 1991, riferite alle ipotesi in cui l'accesso al rito era precluso dal dissenso ingiustificato del pubblico ministero — la mancata previsione di un sindacato giurisdizionale sul rigetto della richiesta del rito abbreviato. Anche nell'assetto normativo delineato dalla legge n. 479 del 1999, infatti, la decisione negativa del giudice dell'udienza preliminare sulla richiesta di giudizio abbreviato condizionato non era sottoposta ad alcuna forma di controllo.

Tale assetto normativo, peraltro, non sembrava porre ostacoli alla eventualità che — qualora la richiesta di giudizio abbreviato condizionato venisse riproposta prima della dichiarazione di apertura del dibattimento — fosse lo stesso giudice del dibattimento, ritenendo ingiustificato il rigetto della precedente istanza, a disporre e celebrare il giudizio alternativo. Anzi, la soluzione appariva conforme alla finalità di economia processuale sottesa al rito, che avrebbe consentito comunque, anche se instaurato in dibattimento, un sensibile risparmio di tempo e di risorse, in sintonia con il principio della ragionevole durata del procedimento penale sancito dall'art. 111 comma 2 Cost. D'altra parte, il legislatore aveva già previsto — nei casi di conversione del rito direttissimo e di citazione diretta (artt. 452 comma 2 e 555

[19] L'interpretazione fornita dal giudice di merito risultava, peraltro, condivisa anche da una parte della giurisprudenza di legittimità: v. Cass. pen., Sez. I, 11 luglio 2002, n. 30738, in *Diritto & giustizia*, 2002, fasc. 44, p. 71 ss.

[20] Il giudizio di legittimità costituzionale fu promosso da Trib. Milano, ord. 7 maggio 2002, n. 369, in *Gazz. Uff.* n. 35 del 4 settembre 2002, prima serie speciale, p. 8 ss.; Corte Assise Catanzaro, 11 novembre 2002, n. 562, in *Gazz. Uff.* n. 2 del 15 gennaio 2003, prima serie speciale, p. 50 ss.

[21] V. Corte cost., 25 maggio 2003, n. 169, cit., p. 1336 ss.

comma 2 c.p.p.) — la possibilità di innesto del giudizio abbreviato in sede dibattimentale[22].

La Corte, infine, pur rimarcando le differenze strutturali e di disciplina tra giudizio abbreviato e patteggiamento, evidenziava comunque che una ipotesi di recupero, nella fase degli atti introduttivi del dibattimento, di un rito premiale ingiustamente negato era già prevista dall'art. 448 comma 1 c.p.p., anche nel caso di rigetto della richiesta di applicazione della pena concordata da parte del giudice per le indagini preliminari.

Con tale pronuncia si intendeva indubbiamente rafforzare il principio della ineludibile sindacabilità delle decisioni giurisdizionali che incidono sulle prerogative delle parti e, in particolare, sui diritti fondamentali dell'imputato[23].

Di recente, in conseguenza delle ulteriori modifiche apportate alla disciplina del rito abbreviato[24], è stata ancora una volta investita della questione la Corte

---

[22] In senso analogo, cfr. Corte cost., 7 maggio 2001, n. 115, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2002, p. 1073 ss., con nota di G. LOZZI, *Giudizio abbreviato e contraddittorio: dubbi non risolti di legittimità costituzionale*, nonché in *Cass. pen.*, 2001, p. 2603 ss., con nota di F. ZACCHÈ, *Nuovi poteri probatori nel rito abbreviato*. Si segnalano, sempre con riferimento alla suddetta pronuncia, anche i contributi di G. GARUTI, *La Corte Costituzionale promuove la struttura del "nuovo" giudizio abbreviato*, in *Giur. cost.*, 2001, p. 936 ss., di A. MARANDOLA, *Il "nuovo" rito abbreviato davanti alla Corte Costituzionale*, in *Studium iuris*, 2002, p. 1444 ss. e di B. NACAR, *Il giudizio abbreviato secondo la Corte Costituzionale*, in *Giur. it.*, 2002, p. 218 ss.

[23] Assunto ribadito da Cass. pen., Sez. I, 12 giugno 2003, n. 39462, in *Guida dir.*, 2003, fasc. 49, p. 57 ss. In relazione al concreto esercizio del diritto di riproporre la richiesta di accesso al rito abbreviato, si è precisato che « la facoltà di riproporre, prima della dichiarazione di apertura del dibattimento di primo grado, nel giudizio ordinario la richiesta di ammissione al rito abbreviato condizionato, già rigettata, presuppone necessariamente che essa non sia mutata nel contenuto, restando conseguentemente preclusa la possibilità di trasformare, per tale via, la richiesta da condizionata ad incondizionata » (*ex multis*, Cass. pen., Sez. I, 27 aprile 2011, n. 21219, in *Cass. pen.*, 2012, p. 1814). Si è, altresì, stabilito che laddove l'imputato, a seguito del rigetto della richiesta di giudizio abbreviato condizionato da parte del giudice dell'udienza preliminare, non riproponga tale richiesta prima della dichiarazione di apertura del dibattimento di primo grado, ma chieda, invece, di definire il processo con giudizio abbreviato secco, la mancata ammissione della prova a cui era subordinata l'iniziale istanza non può essere contestata con l'eventuale atto di appello (cfr. Cass. pen., Sez. I, 14 febbraio 2020, n. 12818, in *CED Cass.*, 279304).

[24] Ci si riferisce alle innovazioni introdotte dalla legge n. 33 del 2019, che ha precluso la possibilità di accesso al rito abbreviato quando si procede per reati punibili con la pena dell'ergastolo. La scelta legislativa ha stimolato un vivace dibattito in dottrina, per lo più alimentato da voci critiche: v., tra gli altri, A. DE CARO, *Le ambigue linee di politica penale dell'attuale legislatore: giudizio abbreviato e reati puniti con la pena dell'ergastolo*, in *Dir. pen. e processo*, 2018, p. 1632 ss.; G. DI CHIARA, *Giudizio abbreviato, reati da "ergastolo", populismo penale e Stato di diritto*, in *Proc. pen. e giustizia*, 2019, p. 1037 ss.; F. GALLUZZO, *La preclusione al giudizio*

costituzionale, a cui si è chiesto di stabilire se dovesse ritenersi oramai superato il principio espresso con la sentenza n. 169 del 2003[25].

Al riguardo, la Corte ha osservato che il legislatore non ha abrogato la disposizione attinta da declaratoria di incostituzionalità, ma si è limitato ad integrarla, aggiungendo una nuova fattispecie — vale a dire la riproposizione, in udienza preliminare, della richiesta di giudizio abbreviato dichiarata inammissibile, per essere il reato contestato punito con la pena dell'ergastolo — a quella già prevista dal vecchio testo dell'art. 438 comma 6 c.p.p. e assoggettando entrambe alla medesima disciplina. Tale modifica non fa venir meno — sempre secondo la Corte — l'addizione operata dalla sentenza n. 169 del 2003, che ha concesso all'imputato la possibilità di riproporre la richiesta di giudizio abbreviato condizionato anche al giudice del dibattimento, oltre che nel corso dell'udienza preliminare[26].

Del resto, non poteva ipotizzarsi una soluzione diversa, almeno per due ordini di ragioni.

In primo luogo, come costantemente ribadito dalla Corte costituzionale, l'imputato non può essere privato della possibilità di sollecitare il controllo sulla pronuncia di rigetto della richiesta di giudizio abbreviato condizionato, in ragione dei rilevanti

---

abbreviato per i delitti puniti con l'ergastolo resiste al primo approdo dinanzi alla Corte Costituzionale, in *Cass. pen.*, 2021, p. 910 ss.; F. GIUNCHEDI, *De profundis per i procedimenti speciali. Considerazioni a margine alla legge di inapplicabilità del giudizio abbreviato ai delitti puniti con l'ergastolo*, in *Arch. pen.*, 10 maggio 2019; A. MARANDOLA, *La riforma del giudizio abbreviato: prime questioni applicative ed esegetiche della legge n. 33 del 2019*, in *Studium iuris*, 2019, p. 1428 ss.; R. ORLANDI, *Resta inaccessibile il giudizio abbreviato per imputazioni da ergastolo*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2021, p. 219 ss.; F. PALAZZO, *Ergastolo e giudizio abbreviato: un test esemplare sul controllo di costituzionalità in materia penale, oggi*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2021, p. 207 ss.; G. SPANGHER, *Come cambia il giudizio abbreviato: conseguenze dell'inapplicabilità del rito speciale ai delitti puniti con l'ergastolo*, in *Ilpenalista.it*, 8 aprile 2019; E. VALENTINI, *Giudizio abbreviato, ergastolo, tempus regit actum: alla vigilia di una importante decisione della Corte costituzionale*, in *Sist. pen.*, 2020, 11, p. 27 ss.; F. VERGINE, *Giudizio abbreviato: la creazione di riti differenziati a seconda della "sede" e ultimi interventi legislativi*, in *Dir. pen. e processo*, 2019, p. 1009 ss.; F. ZACCHÈ, *Inammissibile l'abbreviato per i reati puniti con l'ergastolo: osservazioni a margine della l. 12 aprile 2019, n. 33*, in *Proc. pen. e giustizia*, 2019, p. 1202 ss.

[25] L'ordinanza di rimessione — emessa da Trib. Lecce, 9 settembre 2020, n. 176 — è pubblicata in *Gazz. Uff.* n. 51 del 16 dicembre 2020, prima serie speciale, p. 36 ss.

[26] Così Corte cost., 12 maggio 2021, n. 127, in *Cass. pen.*, 2021, p. 3146 ss., con nota di E. APRILE, *Osservazioni a C. cost., 12 maggio 2021, n. 127*. Cfr., altresì, F. DAL CANTO, *La stizza della Corte dinanzi al giudice irrispettoso*, in *Giur. cost.*, 2021, p. 1334 ss.; V. GIOIA, *Giudizio direttissimo: incostituzionale prevedere che la concessione del termine a difesa nel giudizio direttissimo precluda all'imputato di formulare successivamente richieste di riti alternativi*, in *www.njus.it*, 2 dicembre 2022.

effetti — anche di natura sostanziale — correlati al diniego di definire il processo con un rito alternativo a connotazione premiale[27].

Sotto altro profilo, il dibattimento appare la sede privilegiata per vagliare compiutamente la necessità dell'integrazione probatoria richiesta e la sua compatibilità con le esigenze di celerità imposte dal rito[28]. La complessità dell'istruttoria dipende, infatti, in maniera preponderante, dalle prove dichiarative da acquisire, sicché solo il giudice del dibattimento — che, peraltro, ha contezza delle liste testimoniali depositate — può effettuare una prognosi affidabile sulla laboriosità del giudizio, preventivarne la durata e, quindi, valutare la rilevanza dell'integrazione probatoria a cui è subordinata la richiesta di accesso al rito abbreviato.

2.1 ***Segue*****:** ***b*****) l'applicazione di pena su richiesta delle parti.** — Il rito dell'applicazione di pena concordata — anche in conseguenza di scelte più oculate del legislatore — non ha certamente subìto lo stesso travaglio che ha caratterizzato l'evoluzione della disciplina del giudizio abbreviato.

[27] Per analoghe considerazioni, in termini generali, v. G. FOSCHINI, *Giudicare ed essere giudicati*, Milano, 1960, p. 13; M. PISANI, voce « *Giurisdizione penale* », in *Enc. dir*., vol. XIX, Giuffrè, 1970, p. 385 ss. Con specifico riferimento, poi, al giudizio abbreviato, cfr. E. ACCARDO, *Il rigetto dell'istanza di giudizio abbreviato subordinata all'integrazione probatoria*, in *Giur. cost*., 2002, p. 2169 s.; F. CORDERO, *Procedura penale*, Milano, 2001, p. 1022; G. LOZZI, *Giudizio abbreviato e prova necessaria*, in *Riv. it. dir. e proc. pen*., 2002, p. 1416 ss.; V. MAFFEO, *Premesse logiche e itinerari argomentativi per la individuazione della « forma di controllo » sul giudizio di inammissibilità del rito abbreviato*, cit., p. 618 ss.; E. MARZADURI, *Subito altri strumenti per raddrizzare gli squilibri*, in *Guida dir*., 2000, fasc. 15, p. 65 ss.; P. RAITERI, *Profili del « nuovo » giudizio abbreviato*, in *Giur. it*., 2001, p. 196 ss.

[28] Sul tema della ragionevole durata del procedimento penale, si segnalano — ovviamente senza alcuna pretesa di completezza — gli studi di M.G. AIMONETTO, *La « durata ragionevole » del processo penale*, Torino, 1997; E. AMODIO, *Ragionevole durata del processo, abuse of process e nuove esigenze di tutela dell'imputato*, in *Dir. pen. e processo*, 2003, p. 797 ss.; V. GREVI, *Principio di « ragionevole durata » del « giusto processo » e sistema delle impugnazioni penali*, in AA.VV., *Il giusto processo, Accademia Nazionale dei Lincei*, 2003, p. 271 ss.; A. *NAPPI, La ragionevole durata del giusto processo*, in *Cass. pen*., 2002, p. 1540 ss.; A. SACCUCCI, *Le due « prospettive » della durata ragionevole del processo tra diritto internazionale e diritto interno*, in *Giur. cost*., 2002, p. 3105 ss.; F. SIRACUSANO, *La durata ragionevole del processo quale metodo della giurisdizione*, in *Dir. pen. e processo*, 2003, p. 757 ss.; P. TONINI-C. CONTI, *Custodia cautelare e struttura del processo: come perseguire una durata ragionevole*, in *Dir. pen. e processo*, 2003, p. 359 ss.

dirittifondamentali.it

All'imputato è riconosciuta non solo la garanzia del controllo, all'esito del dibattimento, dell'eventuale dissenso espresso dal pubblico ministero o del rigetto da parte del giudice per le indagini preliminari[29], con la conseguente applicazione della pena richiesta[30], ma è concessa anche la facoltà di riproporre, *in limine litis*, la richiesta di patteggiamento.

È prevista espressamente, infatti, all'art. 448 c.p.p., la possibilità di « rinnovare la richiesta » di patteggiamento prima della dichiarazione di apertura del dibattimento[31], qualora non sia stato raggiunto l'accordo[32] o sia stata rigettata la proposta tempestivamente formulata in udienza preliminare[33], oppure a seguito

[29] È stata più volte sollevata questione di legittimità costituzionale dell'art. 448 comma 1 c.p.p., nella parte in cui consente di superare il dissenso del pubblico ministero solo all'esito del dibattimento, anziché riconoscere la medesima facoltà al giudice dell'udienza preliminare. La Corte costituzionale ha, però, sempre dichiarato inammissibile tale questione, osservando che l'anticipazione dell'esito decisorio in una fase antecedente al dibattimento rischierebbe di porsi in insanabile contrasto con la tipologia del rito — basato sul necessario consenso delle parti — in quanto risulterebbe ingiustamente negato al pubblico ministero l'esercizio del diritto alla prova in contraddittorio, attraverso cui il rappresentante dell'accusa potrebbe dimostrare la fondatezza del manifestato dissenso (v. Corte cost., ord. 28 marzo 2003, n. 100, in *Giur. cost.*, 2003, p. 811 ss.; Id., ord. 21 dicembre 2001, n. 426, in *Cass. pen.*, 2002, p. 1373 ss.; Id., ord. 25 marzo 1993, n. 127, in *Cass. pen.*, 1993, p. 1660 ss.).

[30] Secondo l'orientamento giurisprudenziale prevalente, in forza del « principio della domanda », deve ritenersi che la possibilità di applicare, all'esito del dibattimento, la pena oggetto della richiesta di patteggiamento è subordinata alla rinnovazione di tale richiesta *in limine litis* (in tal senso, Cass. pen., Sez. II, 23 novembre 2017, n. 56397, in *CED Cass.*, 271687; Id., Sez. I, 26 marzo 2009, n. 17306, in *CED Cass.*, 239961). *Contra*, v. Cass. pen., Sez. III, 21 dicembre 1998, n. 1247, in *Cass. pen.*, 2000, p. 2381.

[31] L'impiego della locuzione « rinnovare » — evocativa di una « nuova domanda » — non è casuale, in quanto il presupposto per ottenere il vaglio di ammissibilità da parte del giudice dibattimentale — secondo una parte della giurisprudenza — è la rinegoziazione dell'accordo o la riformulazione dell'istanza in termini diversi da quelli originari. Viceversa, la « reiterazione » della richiesta di giudizio abbreviato — e, sul punto, vi è univocità di vedute — implica la perfetta coincidenza delle istanze (in tal senso, *ex multis*, Cass. pen., Sez. III, 25 giugno 2019, n. 41064, in *Diritto & Giustizia*, 24 gennaio 2020).

[32] Si è acutamente osservato che, quando la proposta proviene dal pubblico ministero, l'imputato può limitarsi ad esprimere un mero rifiuto immotivato, quale estrinsecazione delle prerogative difensive, mentre, nelle più frequenti ipotesi di richiesta avanzata dall'imputato, il pubblico ministero è tenuto ad esplicitare le ragioni del proprio dissenso, al fine di consentire all'organo giurisdizionale di esercitare il potere controllo (sul punto, tra gli altri, cfr. A. MACCHIA, *Il patteggiamento*, Milano, 1992, p. 73; D. VIGONI, *L'applicazione della pena su richiesta delle parti*, Milano, 2000, p. 140).

[33] Secondo la giurisprudenza di legittimità, deve ritenersi inammissibile la richiesta formulata dall'imputato dinanzi al giudice del dibattimento, se non è stata assunta analoga iniziativa in udienza preliminare, poiché l'art. 448 comma 1 c.p.p. riconosce all'imputato la facoltà di rinnovare la richiesta nel caso di dissenso del pubblico ministero o di rigetto del giudice per le

dell'emissione del decreto di giudizio immediato o del decreto penale di condanna[34].

2.2 (Segue) La sospensione del procedimento con messa alla prova. — L'istituto previsto dall'art. 168-*bis* c.p. costituisce altra forma di definizione anticipata del procedimento penale che implica la rinuncia al dibattimento.

La richiesta di messa alla prova può essere presentata prima di rassegnare le conclusioni in udienza preliminare, entro quindici giorni dalla notifica del decreto che dispone il giudizio immediato[35] e fino alla dichiarazione di apertura del dibattimento — secondo la disciplina antecedente alla riforma attuata con il d.lgs. n. 150 del 2022 — per i processi attribuiti al tribunale in composizione monocratica introdotti con citazione diretta.

Anche in relazione a tale rito, il legislatore ha espressamente previsto, all'art. 464-*quater* comma 9 c.p.p., la possibilità di riproporre in giudizio, prima della dichiarazione di apertura del dibattimento, l'istanza rigettata in precedenza. È

indagini preliminari, ma non quella di presentarla per la prima volta *in limine iudicii* (cfr. Cass. pen., Sez. V, 10 ottobre 2012, n. 795, in *CED Cass.*, 254364). Non sembra pacifica, invece, la possibilità di rinnovare in dibattimento la richiesta di patteggiamento proposta — e rigettata — nel corso delle indagini preliminari (art. 447 c.p.p.), ma non riproposta in udienza preliminare. La soluzione negativa appare maggiormente in linea con le esigenze di economia processuale proprie del rito, poiché la rinnovazione in dibattimento della richiesta di pena concordata dovrebbe essere consentita solo se l'imputato abbia manifestato la volontà di accesso al rito anche in udienza preliminare, dovendosi intendere la mancata assunzione di tale iniziativa come implicita rinuncia al rito alternativo.

[34] Sebbene non sia espressamente prevista la possibilità di riproporre la richiesta di patteggiamento contenuta nell'opposizione al decreto penale di condanna e rigettata dal giudice per le indagini preliminari, la giurisprudenza non ha mai posto in dubbio l'esercizio di tale facoltà (al riguardo, e*x multis*, v. Cass. pen., Sez. III, 28 maggio 2009, n. 28641, in *Cass. pen.*, 2010, p. 3940 ss.).

[35] Sul punto, v. Corte cost., 14 febbraio 2020, n. 19, in *Cass. pen.*, 2020, p. 1843 ss., con nota di E. APRILE, *Osservazioni: C. cost., 30 gennaio 2020, n. 19* — nonché in *Giur. cost.*, 2020, p. 180 ss., con nota di C. CESARI, *Un altro tassello nel mosaico degli avvisi sulla messa alla prova: il decreto che dispone il giudizio immediato* — che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 456 comma 2 c.p.p., « nella parte in cui non prevede che il decreto che dispone il giudizio immediato contenga l'avviso della facoltà dell'imputato di chiedere la sospensione del procedimento con messa alla prova ». Analogamente, per il decreto penale di condanna, Corte cost., 21 luglio 2016, n. 201, in *Giur. cost.*, 2016, p. 1422 ss. — con nota di P. SPAGNOLO, *Il diritto dell'imputato ad essere informato sulle alternative processuali: la Corte costituzionale riduce, ma non elimina le asimmetrie* — ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 460 comma 1, lett. *e*), c.p.p., « nella parte in cui non prevede che il decreto penale di condanna contenga l'avviso della facoltà dell'imputato di chiedere mediante l'opposizione la sospensione del procedimento con messa alla prova ».

stata, così, riconosciuta all'imputato la facoltà di sottoporre al vaglio del giudice del dibattimento il provvedimento di rigetto adottato da altro organo giurisdizionale nella fase delle indagini preliminari, dell'udienza preliminare, oppure a seguito della notifica del decreto di giudizio immediato o del decreto penale di condanna[36].

2.3 (Segue) L'oblazione. — La possibilità di definire il procedimento penale mediante oblazione è circoscritta — com'è noto — ai reati di natura contravvenzionale puniti con la sola ammenda o con pena alternativa (artt. 162 e 162-*bis* c.p.).

Quanto ai termini di proposizione dell'istanza, il legislatore è stato piuttosto generico, limitandosi a stabilire che l'ammissione a tale forma di definizione del procedimento penale deve avvenire « prima dell'apertura del dibattimento ovvero prima del decreto di condanna »[37].

La rinnovazione della richiesta eventualmente rigettata attiene alle sole ipotesi di oblazione "discrezionale" di cui all'art. 162-*bis* c.p., posto che, nel caso di oblazione "comune", l'imputato vanta un vero e proprio diritto potestativo alla definizione

[36] Il tema del controllo giurisdizionale sull'accesso al rito ha generato contrastanti indirizzi giurisprudenziali in ordine all'immediata ricorribilità per cassazione delle ordinanze reiettive della richiesta di messa alla prova. Un primo orientamento, valorizzando il tenore letterale dell'art. 464-*quater* comma 7 c.p.p., che espressamente menziona la facoltà di impugnazione dell'ordinanza, ha sostenuto la immediata proponibilità del ricorso per cassazione (in questi termini, Cass. pen., Sez. VI, 14 ottobre 2015, n. 50021, in *CED Cass.*, 265817; Id., Sez. V, 23 febbraio 2015, n. 24011, in *Guida dir.*, 2015, fasc. 28, p. 75 ss., con nota di G. AMATO, *Un presupposto incompatibile con l'istituto*). Secondo altro indirizzo, tale interpretazione deroga impropriamente alla regola generale fissata dall'art. 586 c.p.p., che rinvia l'impugnabilità delle ordinanze emesse in dibattimento alla conclusione della fase (in tal senso, v. Cass. pen., Sez. II, 12 giugno 2015, n. 40397, in *CED Cass.*, 264574; Id., Sez. V, 15 dicembre 2014, n. 5673, in *Ilpenalista.it*, 16 luglio 2015, con nota di L. GALATI, *Non impugnabilità autonoma dell'ordinanza di rigetto dell'istanza di sospensione del procedimento con messa alla prova dell'imputato?*). Il contrasto è stato risolto dalle Sezioni Unite, che hanno circoscritto l'immediata ricorribilità per cassazione alle sole ordinanze ammissive del rito — avverso le quali non è prevista alcuna forma di tutela giurisdizionale nel caso di violazione di legge — e non anche a quelle reiettive, posto che la richiesta rigettata potrà essere reiterata al giudice del dibattimento, oltre ad essere oggetto di impugnazione unitamente alla sentenza di primo grado (v. Cass. pen., Sez. Un., 31 marzo 2016, n. 33216, in *Arch. nuova proc. pen.*, 2016, p. 595 ss.).

[37] La locuzione « prima del decreto di condanna » — contenuta negli artt. 162 e 162-*bis* c.p. — allude chiaramente allo spazio temporale antecedente alla sua irrevocabilità. Ciò si evince da quanto previsto dall'art. 464 c.p.p., che consente all'imputato di presentare, con l'opposizione al decreto penale, la richiesta di definizione del processo con altro rito alternativo (in tal senso, v. Cass. pen., Sez. I, 17 novembre 2015, n. 15785, in *CED Cass.*, 266607).

anticipata del procedimento penale[38], subordinato alla sola verifica delle condizioni formali di ammissibilità della causa di estinzione del reato.

Per i reati puniti con pena alternativa, invece, l'imputato non può accedere all'oblazione se è recidivo reiterato, se è stato dichiarato delinquente abituale o professionale, nonché qualora permangano conseguenze dannose o pericolose del reato.

Il legislatore — nel chiaro intento di ampliare le potenzialità deflattive del rito — ha consentito, tuttavia, di riproporre la richiesta anche all'esito dell'istruttoria dibattimentale, prima dell'inizio della discussione[39], sempre che l'originaria istanza sia stata presentata nei termini stabiliti a pena di decadenza, vale a dire entro la dichiarazione di apertura del dibattimento o, in alternativa, con l'opposizione al decreto penale di condanna.

3. La rinnovazione della richiesta di riti alternativi rigettata in sede di udienza predibattimentale. — Tra le innovazioni di maggiore rilievo introdotte dal d.lgs. n. 150 del 2022 va certamente annoverata l'udienza « predibattimentale »[40], strutturata

[38] Al riguardo, cfr. Cass. pen., Sez. III, 5 maggio 2010, n. 26762, in *Cass. pen.*, 2011, p. 1436 ss.; Id., Sez. IV, 1° dicembre 2004, n. 5811, in *Cass. pen.*, 2006, p. 1818 ss. In dottrina, v. L. CUOMO, *L'esercizio del diritto di oblazione tra derubricazione dell'imputazione ed esigenze difensive*, in *Cass. pen.*, 2015, p. 100 ss.; E. RANIERI, *L'oblazione*, in AA. VV., *Le recenti modifiche al Codice di procedura penale. Commento alla Legge 16 dicembre 1999, n. 479 (c.d. Legge Carotti)*, a cura di R. Normando, Milano, 2000, p. 165.

[39] Si è inteso concedere all'imputato un ampio margine temporale per l'assolvimento delle condotte riparatorie (sul punto, cfr., *ex multis*, Cass. pen., Sez. Un., 29 ottobre 2009, n. 47923, in *Diritto & Giustizia*, 2009, fasc. 0, p. 173, con nota di V. RISPOLI, *La mancata necessità della procura speciale per la richiesta di oblazione, tra diritti personalissimi e giusto processo*).

[40] Per i primi commenti alla nuova disciplina, v. F. D'ALESSIO, *La nuova udienza predibattimentale nel rito monocratico con citazione diretta a giudizio*, in AA.VV., *La Riforma Cartabia. Codice penale – Codice di procedura penale – Giustizia riparativa*, a cura di G. Spangher, Pisa, 2022, p. 526 ss.; M. GIALUZ, *Per un processo penale più efficiente e giusto. Guida alla lettura della Riforma Cartabia*, in *Sist. pen.*, 2 novembre 2022; A. NATALE, *Il procedimento davanti al tribunale in composizione monocratica*, in AA.VV., *La riforma del sistema penale. Commento al d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 150 (c.d. Riforma Cartabia), in attuazione della legge delega 27 settembre 2021, n. 134*, a cura di A. Bassi-C. Parodi, Milano, 2022, p. 221 ss.; A. NATALINI, *Catalogo della citazione diretta esteso ai reati non complessi*, in *Guida dir.*, 2022, fasc. 43, p. 45; A.A. STIGLIANO, *La nuova udienza filtro: una nuova mini-udienza preliminare? Tra (antiche) esigenze deflattive e (nuove) lungaggini processuali*, in *Percorsi pen.*, 2022, n. 1, p. 72 ss.; C. TRABACE, *L'udienza predibattimentale che verrà*, in *Arch. pen. (web)*, 22 luglio 2022; N. TRIGGIANI, *L'udienza predibattimentale monocratica*, in *Proc. pen. e giustizia*, 2022, p. 143 ss.

come filtro giurisdizionale "intraneo" alla fase dibattimentale[41], per assicurare il controllo sul corretto esercizio dell'azione penale anche in relazione ai reati per i quali si procede con citazione diretta a giudizio[42]. Tale udienza — disciplinata dagli artt. 554-*bis* e 554-*ter* c.p.p. — si svolge in camera di consiglio, con la partecipazione necessaria del pubblico ministero e del difensore dell'imputato, dinanzi ad un giudice del dibattimento diverso da quello a cui sarà affidata, eventualmente, la prosecuzione del giudizio. La verifica predibattimentale — analogamente a quella compiuta in sede di udienza preliminare[43] — può anche concludersi con l'emissione di una sentenza di non luogo a procedere, laddove il giudice prenda atto della sussistenza di una causa di estinzione del reato, di improcedibilità dell'azione penale o di non punibilità, oppure rilevi una ragione di proscioglimento nel merito (perché il fatto non è previsto dalla legge come reato, il fatto non sussiste, l'imputato non lo ha commesso o non costituisce reato), ravvisabile anche quando gli elementi acquisiti non consentano di formulare una « ragionevole previsione di condanna ».

La nuova udienza filtro ha assorbito la fase degli atti introduttivi del dibattimento, dedicata alla costituzione delle parti, alla proposizione delle questioni preliminari e alle richieste di riti alternativi, che dovranno essere presentate prima della

[41] V. *supra*, nota n. 5.

[42] Sul *deficit* di garanzie che ha da sempre contraddistinto — in ragione dell'esigenza di semplificazione delle forme e di contrazione dei tempi processuali — la disciplina del procedimento dinanzi al tribunale in composizione monocratica, v., tra gli altri, S. LONATI, *Il procedimento penale davanti al tribunale in composizione monocratica: aspetti problematici e soluzioni interpretative*, Torino, 2017; E. MARZADURI, *Procedimento davanti al tribunale in composizione monocratica*, in AA. VV., *Compendio di procedura penale*, a cura di M. Bargis, Milano 2020, p. 719 ss.; C. RIVIEZZO, *Il procedimento davanti al tribunale in composizione monocratica*, in AA.VV., *Il nuovo processo penale davanti al giudice unico. Legge 16 dicembre 1999, n. 479*, Milano, 2000, p. 189 ss.; F. TRAPELLA, *La citazione diretta a giudizio: una riflessione*, in *Cass. pen*., 2020, p. 3030 ss.

[43] Non a caso, la disciplina dell'udienza predibattimentale ricalca — sia pure con qualche significativa differenza — quella dell'udienza preliminare, tanto da essere stata definita « udienza preliminare mascherata » o « mini-udienza preliminare »: così M. GIALUZ-J. DELLA TORRE, *Il progetto governativo di riforma del processo penale approda alla Camera: per avere processi rapidi (e giusti) serve un cambio di passo*, in *Sist. pen*., 21 aprile 2020. Sul punto, cfr. anche E.N. LA ROCCA, *Il modello di riforma «Cartabia»: ragioni e prospettive della Delega n. 134/2021*, in *Arch. pen. (web)*, 2021, fasc. 3, p. 1 ss.; A. MARANDOLA, *Introduzione*, in AA. VV., *«Riforma Cartabia» e rito penale. La Legge Delega tra impegni europei e scelte valoriali*, a cura di A. Marandola, Milano, 2022, p. XVII.

conclusione dell'udienza stessa[44], salvo che non si proceda con le forme del giudizio immediato ai sensi dell'art. 558-*bis* c.p.p.[45].

L'introduzione di un inedito snodo processuale, nell'ambito del quale occorre manifestare, a pena di decadenza, la volontà di accedere ad uno dei riti alternativi, è destinata inevitabilmente a ravvivare il tema della rinnovazione, innanzi al giudice del dibattimento, della richiesta di definizione anticipata del processo eventualmente rigettata in sede di udienza predibattimentale.

Ancora una volta, in mancanza di una chiara presa di posizione del legislatore, la questione si presta a soluzioni opposte.

La collocazione del nuovo filtro giurisdizionale all'interno della fase dibattimentale potrebbe indurre a negare la possibilità della rinnovazione, dovendosi necessariamente attendere la conclusione di tale fase per sollecitare il controllo sulla legittimità del diniego di accesso ad uno dei riti premiali.

Appaiono, tuttavia, prevalenti le argomentazioni in favore della facoltà di rinnovare, in dibattimento, l'istanza rigettata dal giudice dell'udienza predibattimentale.

A sostegno dell'assunto, va innanzitutto osservato che quando il legislatore ha inteso inibire la rinnovazione di attività processuali svolte dinnanzi al giudice della predibattimentale, lo ha precisato espressamente, come accaduto per le questioni preliminari di cui all'art. 491 comma 1 c.p.p., che — ai sensi dell'art. 554-*bis* comma 3 c.p.p. — « non possono essere riproposte nell'udienza dibattimentale ».

---

[44] Tale esigenza è sottolineata anche nella Relazione illustrativa al decreto legislativo n. 150 del 2022, che assegna all'udienza predibattimentale la funzione di « vaglio preliminare, più snello di quello previsto dagli articoli 416 ss. c.p.p., circa la fondatezza e la completezza dell'azione penale », nonché la funzione di anticipare « tutte le attività prodromiche a quelle propriamente istruttorie e decisorie tipiche della fase dibattimentale, per consentire una più efficiente organizzazione di questo momento dell'attività giudiziaria, liberando il giudice che vi è preposto da incombenze diverse da quelle istruttorie e decisorie. Incombenze che, spesso, in ragione della loro non prevedibilità *ex ante*, impediscono la predisposizione di un calendario effettivo del dibattimento e, in particolare, dell'istruttoria » (v. Relazione illustrativa, cit., in *Gazz. Uff.* n. 245 del 19 ottobre 2022, suppl. straord. n. 5, p. 151).

[45] L'introduzione dell'udienza predibattimentale ha imposto l'estensione del rito immediato anche ai reati per i quali si procede con citazione diretta, così da consentire il "salto" della nuova fase processuale negli stessi casi in cui le esigenze acceleratorie inducono ad evitare l'udienza preliminare. Sul punto, cfr. M. CHIAVARIO, *Diritto processuale penale*, Torino, 2022, p. 759 ss.

dirittifondamentali.it

In mancanza, quindi, di una esplicita preclusione normativa, deve ritenersi — in forza del canone ermeneutico « *ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit* »[46] — che l'imputato possa riproporre al giudice del dibattimento una richiesta di rito alternativo respinta in udienza predibattimentale[47].

A tale argomento si potrebbe obiettare che il legislatore della riforma — in linea con i principi più volte enunciati dalla Corte costituzionale — ha espressamente riconosciuto, al comma 6-*ter* dell'art. 438 c.p.p., la possibilità di ripresentare, prima della dichiarazione di apertura del dibattimento, la richiesta di giudizio abbreviato rigettata o dichiarata inammissibile « nell'udienza preliminare ».

Tale previsione, se interpretata in modo rigorosamente letterale, risulta inapplicabile non solo alle istanze di definizione anticipata del processo avanzate in sede di udienza predibattimentale, ma anche a quelle presentate a seguito di decreto di giudizio immediato o di decreto penale di condanna, in aperto contrasto con quanto statuito dalla Corte costituzionale[48].

Deve ritenersi, pertanto, che il riferimento dell'art. 438 comma 6-*ter* c.p.p. alla sola udienza preliminare sia dovuto ad una mera disattenzione legislativa, senza alcuna volontà di limitare — peraltro in maniera del tutto ingiustificata — l'esercizio della facoltà difensiva di riproposizione in dibattimento delle richieste di riti alternativi in precedenza respinte.

Va osservato, inoltre, che il giudice dell'udienza predibattimentale, con specifico riferimento al giudizio abbreviato "condizionato", non è in grado di preventivare compiutamente i tempi di svolgimento dell'istruttoria dibattimentale, in quanto la complessità dell'acquisizione della prova dichiarativa — che costituisce, come già

[46] Sulla centralità del criterio letterale nell'interpretazione della norma giuridica, v. M. BARBERIS, *Contro il creazionismo giuridico. Il precedente giudiziale fra storia e teoria*, in *Quaderni fiorentini*, 2015, p. 67 ss., nonché D. PULITANÒ, *Diritto penale e tecniche interpretative: l'interpretazione conforme a costituzione e il ruolo "creativo" del giudice*, in AA.VV., *Principio di legalità penale e diritto costituzionale. Problematiche attuali*, a cura di I. Pellizzone, Milano, 2017, p. 65 ss.

[47] Il legislatore, oltre a non aver espressamente escluso la rinnovazione dell'istanza in dibattimento, ha lasciato inalterate le previsioni normative che la ammettono in relazione ad altri riti alternativi: il riferimento è all'art. 448 comma 1 c.p.p. (in tema di patteggiamento), all'art. 464-*quater* comma 9 c.p.p. (in tema di sospensione del processo con messa alla prova), nonché all'art. 162-*bis* comma 5 c.p. (in tema di oblazione).

[48] V. ancora Corte cost., 25 maggio 2003, n. 169, cit., *supra*, nota n. 4.

detto, l'elemento di maggiore peso dell'attività probatoria — può essere meglio apprezzata dal giudice del dibattimento, grazie alla disponibilità delle liste testimoniali depositate dalle parti (art. 555 comma 1 c.p.p.)[49].

Ulteriore argomento a sostegno dell'ammissibilità della rinnovazione della richiesta di riti alternativi è desumibile dalle intenzioni che hanno ispirato la "riforma Cartabia", chiaramente protesa ad incentivare la definizione anticipata dei processi e ad alleggerire, di riflesso, il carico giudiziario[50].

In particolare, per quanto concerne il rito abbreviato, la finalità deflattiva è stata perseguita attraverso l'ampliamento delle possibilità di accesso al giudizio "condizionato"[51] e la riduzione di un ulteriore sesto della pena inflitta, nel caso di mancata proposizione dell'atto di appello[52].

[49] Il giudice dell'udienza predibattimentale e quello dell'udienza preliminare decidono, infatti, sulla base degli stessi atti, contenuti nel fascicolo del pubblico ministero. Del resto, la specularità della loro funzione è testimoniata dal dibattito sviluppatosi in seno alla "Commissione Lattanzi" sulla opportunità di affidare allo stesso giudice dell'udienza preliminare anche il vaglio sull'esercizio dell'azione penale nei casi di citazione diretta a giudizio. All'esito dei lavori, la Commissione ha aderito alla impostazione contenuta nel D.D.L. n. 2435 — che prevedeva di assegnare tale compito ad un giudice dell'ufficio dibattimentale — sia pure solo per ragioni attinenti alla organizzazione degli uffici giudiziari (cfr. *Relazione finale e proposte emendative della Commissione al D.D.L. A.C.*, in *Sist. pen.*, 25 maggio 2021, p. 32 ss.).

[50] Sugli obiettivi della riforma, cfr. P. BRONZO, *Delega al Governo per l'efficienza del processo penale e disposizioni per la celere definizione dei procedimenti giudiziari pendenti presso le Corti d'appello*, in *Cass. pen*., 2021, p. 5 ss.; G. CANZIO, *Le linee del modello "Cartabia". Una prima lettura*, in *Sist. pen.*, 23 agosto 2021; A. CAVALIERE, *Considerazioni "a prima lettura" su deflazione processuale, sistema sanzionatorio e prescrizione nella l. 27 settembre 2021, n. 134, c.d. riforma Cartabia*, in *Pen. dir. proc.*, 27 settembre 2021, p. 1 ss.; M. DONINI, *Efficienza e principi della legge Cartabia. Il legislatore a scuola di realismo e cultura della discrezionalità*, in *Politica del diritto*, n. 4, 2021, p. 591 ss.; F. PALAZZO, *Pena e processo nelle proposte della "Commissione Lattanzi"*, in *Leg. pen*., 7 luglio 2021; G. VARRASO, *La legge "Cartabia" e l'apporto dei procedimenti speciali al recupero dell'efficienza processuale*, in *Sist. pen.*, n. 2, 2022, p. 29 ss.; D. VIGONI, *Ampliamento delle procedure alternative e ipotrofia dei moduli riparatori (osservazioni a margine di un progetto di riforma)*, in *Sist. pen.*, 26 febbraio 2021.

[51] Secondo l'attuale disciplina, la richiesta di giudizio abbreviato condizionato deve trovare accoglimento, infatti, se « realizza comunque una economia processuale, in relazione ai prevedibili tempi dell'istruzione dibattimentale ». Con tale previsione, si è inteso "positivizzare" le indicazioni fornite da Corte cost., 7 maggio 2001, n. 115, cit., *supra*, nota n. 22.

[52] Sul punto, cfr. A. BASSI, *I riti speciali nella riforma Cartabia: un'occasione mancata?*, in *Ilpenalista.it*, 6 settembre 2021; E.N. LA ROCCA, *Il modello di riforma "Cartabia": ragioni e prospettive della Delega n. 134/2021*, cit., p. 31; G. SPANGHER, *Riforma del processo penale: le novità in materia di riti speciali*, in *il Quotidiano Giuridico*, 9 settembre 2021, il quale ha immediatamente colto la *ratio* della nuova disposizione, che è quella di « favorire l'accesso ai riti premiali deflattivi e di limitare l'attivazione dell'appello ».

Con riferimento, poi, all'applicazione di pena concordata, è stata introdotta la possibilità di concordare l'irrogazione delle pene accessorie e della confisca facoltativa, nonché l'esclusione di ogni effetto della sentenza di patteggiamento nei giudizi civili, disciplinari, tributari e amministrativi (artt. 444 commi 1 e 3-*bis* e 445 comma 1-*bis* c.p.p.)[53].

L'apertura maggiore si è registrata, tuttavia, in tema di sospensione del procedimento con messa alla prova, che — in conseguenza dell'intervenuto ampliamento del catalogo dei reati per i quali si procede con citazione diretta a giudizio (art. 550 comma 2 c.p.p.) — è ora applicabile ad un considerevole numero di ipotesi prima precluse[54].

Appare evidente, alla luce di quanto sin qui osservato, che l'esclusione della facoltà di riproporre la richiesta di accesso ad uno dei riti alternativi, dopo la conclusione dell'udienza predibattimentale e prima della dichiarazione di apertura del dibattimento, si pone in contrasto con i dichiarati obiettivi della riforma, indubbiamente volta a favorire la rinuncia al giudizio dibattimentale.

Né può essere valorizzata, in senso opposto, la *voluntas legis* di concentrare in un momento anticipato tutte le attività prodromiche al dibattimento, per liberare il giudice di quest'ultima fase da incombenze diverse da quelle istruttorie e decisorie,

[53] Tale facoltà rimette in discussione l'orientamento seguito dalla giurisprudenza civile prevalente, secondo cui la sentenza di applicazione della pena concordata è equiparabile a quella di condanna. In tal senso, cfr. Cass. civ., Sez. I, 20 dicembre 2021, n. 40796, in *Il fallimentarista*, 28 gennaio 2022, con nota di N. MEROLA, *La sentenza di patteggiamento a carico del coniuge costituisce una prova atipica nel giudizio di separazione*; Id., Sez. V, 20 ottobre 2021, n. 29142, in *CED Cass.*, 662620; Id., Sez. III, 18 agosto 2017, n. 20170, in *Giur. comm.*, fasc. 2, 2018, p. 212 ss., con nota di F. MURINO, *Il conflitto tra il creditore pignorante e il terzo acquirente di quota di s.r.l.*; Id., Sez. Un., 12 aprile 2012, n. 5756, in *Foro amm.*, fasc. 4, 2012, p. 798 ss.

[54] La legge delega n. 134 del 2021 sollecitava il Governo ad innalzare il limite edittale per l'accesso al rito, elevandolo alla pena di anni sei di reclusione. Il decreto delegato ha recepito tale indicazione, ma — anzicché ammettere indiscriminatamente la messa alla prova per tutte le ipotesi di reato rientranti nella suddetta soglia sanzionatoria — ha stilato un elenco di fattispecie ritenute compatibili con l'istituto, inserendole nell'art. 550 comma 2 c.p.p., così da circoscrivere l'accesso al rito ai soli reati contraddistinti da una limitata offensività, tale da rendere non particolarmente complessa la risocializzazione del reo. Per ulteriori considerazioni sul punto, v. A. MADEO, *Procedibilità a querela, messa alla prova e non punibilità per particolare tenuità del fatto: una ratio deflativa comune nella "riforma Cartabia"*, in www.lalegislazionepenale.eu, 28 novembre 2022.

poiché il recupero dei riti alternativi risponde *a fortiori* alla logica della semplificazione del giudizio[55].

L'estensione del rito immediato ai casi di citazione diretta a giudizio costituisce un ulteriore argomento a sostegno della possibilità di rinnovare l'istanza di accesso ad uno dei riti alternativi, profilandosi, altrimenti, una ingiustificata disparità di trattamento, correlata alle modalità di esercizio dell'azione penale.

Il pubblico ministero, infatti, con riferimento alla medesima imputazione, potrebbe discrezionalmente scegliere di procedere con le forme dell'art. 453 c.p.p. oppure emettere il decreto di citazione diretta a giudizio.

Considerato che, nel primo caso, l'imputato potrà certamente ripresentare, in *limine litis*, la richiesta di definizione alternativa del processo rigettata dal giudice per le indagini preliminari, non vi è ragione per escludere tale facoltà qualora il processo transiti per l'udienza predibattimentale, in quanto né l'evidenza probatoria, né lo stato custodiale dell'imputato appaiono elementi idonei a giustificare una così rilevante disparità di trattamento.

4. Conclusioni.

La mancanza di una espressa previsione di rinnovabilità, in *limine litis*, della richiesta di accesso ai riti alternativi negati in udienza predibattimentale non esclude, dunque, il recupero di tale facoltà in via interpretativa.

D'altra parte, il divieto di rinnovazione appare distonico rispetto al percorso interpretativo tracciato dalla Corte costituzionale, soprattutto nelle sue plurime pronunce sulla disciplina del giudizio abbreviato.

Appare significativa, inoltre, la scelta del legislatore della riforma di mantenere ferme le previsioni codicistiche che riconoscono espressamente l'esercizio della suddetta facoltà prima della dichiarazione di apertura del dibattimento[56].

Del resto, il termine ordinariamente previsto per la rinnovazione non va individuato nell'espletamento delle questioni preliminari — fase di competenza del

[55] Cfr. ancora Relazione illustrativa del decreto legislativo n. 150 del 2022, cit., p. 151.

[56] V. *supra*, nota n. 47.

dirittifondamentali.it

giudice dell'udienza predibattimentale — bensì nella dichiarazione di apertura del dibattimento, che è atto spettante, invece, al giudice preposto alla celebrazione del giudizio.

Né sembra argomento dirimente in senso contrario alla rinnovazione — come già detto — l'esigenza di decongestionare la fase dibattimentale dalle questioni di natura processuale, prevedendo un unico termine di decadenza per l'accesso ai riti alternativi, coincidente con la conclusione dell'udienza predibattimentale.

È innegabile, tuttavia, che, in mancanza di una indicazione normativa inequivoca, il compito di risolvere la questione, in un senso o nell'altro, sarà affidato, ancora una volta, alla sensibilità giuridica della giurisprudenza, chiamata al difficile compito di coordinare le innovazioni introdotte dalla riforma e gli oramai acquisiti approdi dogmatici in tema di riti alternativi.

dirittifondamentali.it