

**Rivista
scientifica
quadrimestrale**

Anno 2023 / 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

Consiglio direttivo

Prof.ssa Agata Cecilia Amato, Prof. Vincenzo Baldini, Prof. Mario Esposito, Prof. Stelio Mangiameli, Prof. Fabrizio Politi, Prof. Vincenzo Tondi della Mura

Direttore scientifico e responsabile

Prof. Vincenzo Baldini

Indice

P. Dell’Anno - La giustizia riparativa sotto la lente di ingrandimento della Carta costituzionale: prime osservazioni.....	1
G. Vecchio - Riflessioni sullo stato della libertà di espressione nell’attuale contesto informativo.....	14
A. Lamberti - Libertà di informazione, poteri privati e tutela dei dati personali nell’era digitale.....	22
G. Della Monica - La tutela del diritto di difesa dell’imputato nei casi di conversione del giudizio immediato e del decreto penale di condanna.....	50
S. Panizza - Riflessioni sulla giurisprudenza costituzionale in tema di recidiva a partire dalla dichiarazione di illegittimità dell’articolo 69, quarto comma, del codice penale nella parte in cui, relativamente ai delitti puniti con la pena edittale dell’ergastolo, prevede il divieto di prevalenza delle circostanze attenuanti sulla recidiva reiterata (sent. n. 94/2023).....	69
J. Volpi - Ambiente, costituzione, persona. La prospettiva dell’ecologia profonda e il ruolo del diritto.....	84
T. Salvino - L’ergastolo ‘ostativo’: un reale cambiamento?.....	110
F. Paruzzo - Tra valorizzazione della “società solidale” e crisi dello stato sociale. Terzo settore e pubblico potere nell’erogazione di prestazioni sociali	132
G. Bergonzini - Dignità, lavoro, responsabilità	155
G. Commazzetto - “In attitudine di responsabilità”: la ricerca di un equilibrio tra diritti della persona e doveri di solidarietà nell’enciclica <i>Pacem in terris</i>	174

G. Menegatto - La <i>Pacem in terris</i> , lo “Stato del valore umano” di Aldo Moro e la Costituzione.....	185
G. Tieghi - La gradualità come “legge della vita”. Insegnamenti eterni sull’arte di ‘positioning’	206
G. Sulpizi - La materia elettorale come laboratorio per la parità di genere: lente di ingrandimento della concezione antisubordinazione.....	236
F. Donà - La partecipazione dei cittadini: costituente, participatory democracy e insegnamento di Papa Giovanni XXIII.....	260
S. Mangiameli - La sovranità digitale.....	279
T. Petri - Questioni costituzionali relative al diritto fondamentale all’autodeterminazione informativa.....	298
U. Allegretti - La “libertà ragionevole” nel pensiero di Erhard Denninger.....	313
A. Ruggeri - Un rebus irrisolto (e irrisolvibile?): le flessibilizzazioni dei testi di legge per il tramite della giurisprudenza costituzionale che appaiono essere, a un tempo, necessarie e... impossibili (appunti per uno studio alla luce delle più recenti esperienze).....	318
V. Baldini - Approccio decisionista e limitazioni della libertà di manifestazione del pensiero: un problema dello Stato costituzionale di diritto.....	346
F. Félix Ferreira - La questione della compatibilità dei sistemi automatizzati di filtraggio con la libertà di manifestazione del pensiero alla luce della sentenza CGUE, C-401/2019.....	383
S. Grieco - Il diritto negato alla sessualità nel regime penitenziario italiano.....	405
A.I. Arena - L’ampliamento delle prerogative del Parlamento in seduta comune (brevi riflessioni).....	432
O. Spataro - La proporzionalità della sanzione nella prospettiva della Corte di Giustizia dell’Unione Europea: riflessioni a partire da un’importante sentenza della Grande Sezione.....	458

A. Ruggeri Nuovi diritti fondamentali, nuove tecniche decisorie, nuovi equilibri (rectius, squilibri) istituzionali.....	477
G. Della Monica Le nuove declinazioni della funzione giurisdizionale nell’ottica della riforma Cartabia.....	504
C. Cipolloni - Il diritto all’anonimato: analisi dell’istituto e della sua evoluzione nell’età della rivoluzione internettiana.....	518
M. Michetti - Sorveglianza, Rivoluzione tecnologica e tutela dei diritti fondamentali.....	546

La giustizia riparativa sotto la lente di ingrandimento della Carta costituzionale: prime osservazioni

di

Pierpaolo Dell'Anno*

SOMMARIO: 1. Un inedito meccanismo di definizione della vicenda giudiziaria? 2. Peculiarità di alcuni soggetti: la vittima e la persona indicata come autore dell'offesa; 3. La dimensione costituzionale della giustizia riparativa; 4. Ulteriore criticità: si va verso un nuovo assetto del processo penale?

1. Un inedito meccanismo di definizione della vicenda giudiziaria?

Fortemente voluta dall'Europa e definita da molti come il “fiore all'occhiello” della riforma Cartabia,¹ la giustizia riparativa² non rappresenta un'istituzione alternativa rispetto alla giustizia “ordinaria” bensì una «struttura complementare, di operatività ed efficacia meramente eventuali».³ Gli artt. 42-67 D.lgs. 10 ottobre 2022,

*Professore Ordinario di Diritto Processuale Penale – Università degli Studi di Roma Tor Vergata.

¹ Per una visione d'insieme sulla recentissima riforma Cartabia, si rinvia ai seguenti contributi: AA.VV., “Riforma Cartabia” e rito penale. *La legge delega tra impegni europei e scelte valoriali*, a cura di A. Marandola, Milano, 2022, p. 1 ss.; AA.VV., *La Riforma Cartabia*, a cura di G. Spangher, Pacini Giuridica, 2022, p. 1 ss.; AA.VV., *Riforma Cartabia. La nuova giustizia penale*, a cura di D. Castronuovo–M. Donini–E.M. Mancuso–G. Varraso, Cedam, Padova, 2023, p. 1 ss.; AA.VV., *Riforma Cartabia e rito penale. La Legge Delega tra impegni europei e scelte valoriali*, Cedam, Padova, 2022; G. CANZIO, *Le linee del modello “Cartabia”. Una prima lettura*, in *Sist. Pen. web*, 25 agosto 2021; G. SPANGHER, *Bonafede, Lattanzi, Cartabia: tre concezioni (molto diverse) della riforma del processo penale*, in *Penale. Diritto e procedura*, 22 luglio 2021, p. 1 ss.

² Per approfondimenti sui risvolti sanzionatori della giustizia riparativa si rinvia, su tutti, a L. EUSEBI, *Giustizia riparativa e riforma del sistema sanzionatorio penale*, in *Dir. Pen. Proc.*, 1, 2023, p. 79 ss.

³ È stata così definita da T. PADOVANI, *Riforma Cartabia, intervento sulle pene destinato a ottenere risultati modesti*, in *Riforma Cartabia: indagini preliminari e processo penale, I libri di Guida al Diritto*, 2023, p. 18. Per altra dottrina, si tratta di meccanismo di definizione della vicenda giudiziaria

n. 150 (da ora in poi semplicemente “decreto”) costituiscono quello che è stato definito il “codice della giustizia riparativa”.⁴

Non può sottacersi come l’apertura delle porte del processo penale alla giustizia riparativa sia stata vissuta dai penalisti come una sorta di rivoluzione copernicana. Il processo penale, da sempre “luogo di accertamento” del fatto di reato, luogo che per tradizione vede l’imputato protagonista, in positivo ed in negativo⁵, della scena processuale, diviene “luogo istituzionale per promuovere la riparazione, la riconciliazione e il senso di sicurezza collettivo”.⁶ Con la giustizia riparativa si punta a ricucire il rapporto lacerato tra vittima del reato e persona indicata come autore dell’offesa ed, in alcuni casi, essa può costituire una nuova via di fuga dal processo penale, una fuoriuscita dal circuito penale.⁷

L’impatto innovativo è significativo nonostante il nostro sistema processuale già conosca istituti di giustizia riparativa, tra i quali, per esempio, le condotte riparatorie (art. 162 *ter* c.p.), la sospensione con messa alla prova (art. 168 *bis* c.p.), le condotte riparatorie previste nell’ambito del procedimento a carico degli enti (artt. 12, 17, 45 d.lgs. n. 231/2001). Quelli menzionati sono solo “segmenti” di *reparative justice* che non rientrano a pieno titolo nell’ambito della giustizia

che, a seconda di come sarà delineato, potrà considerarsi come strumento alternativo, complementare o sostitutivo del tradizionale percorso di accertamento della responsabilità penale (G. SPANGHER, *La giustizia penale verso la reparative justice*, in *Il Penalista*, 4 marzo 2022).

⁴ Cfr. R. ORLANDI, *Giustizia penale riparativa. Il punto di vista processuale*, in *Dir. Pen. Proc.*, 1, 2023, p. 87 il quale definisce l’insieme di tali norme come un vero e proprio “mini-codice”.

⁵ In “negativo” perché è il soggetto che subisce le conseguenze negative del processo (il riferimento non è solo al caso in cui venga condannato ma la stessa sottoposizione per lunghi anni al processo è pena, come diceva CORDERO). In “positivo” nel senso che è il soggetto che necessita di maggiore protezione. In un sistema processuale a chiara vocazione accusatoria, tale soggetto è portatore di diritti fondamentali (quali, per esempio, il diritto di difesa) ed è il soggetto a cui vanno assicurate le garanzie che il processo penale gli riconosce (quali, per esempio, la presunzione di non colpevolezza).

⁶ In tal senso, A. ZAMPAGLIONE, *La delega in tema di “giustizia riparativa” tra principi costituzionali e criticità processuali*, in *questa Rivista*, vol. 1, 2022, 11 aprile, p. 562-581.

⁷ Per i reati procedibili a querela, per i quali non è ancora stata presentata querela, il percorso di giustizia riparativa ha l’effetto di impedire la instaurazione del procedimento penale mentre per i reati procedibili a querela, già incardinati, il percorso di giustizia riparativa determina sentenza di non doversi procedere.

riparativa, difettando di un elemento fondamentale: quello della intermediazione di un soggetto (il mediatore) nella risoluzione del conflitto.⁸

A confermare il dato è l'art. 42, comma 1, del decreto il quale fa rientrare nell'ambito della giustizia riparativa «ogni programma che consente alla vittima del reato, alla persona indicata come autore dell'offesa e ad altri soggetti appartenenti alla comunità di partecipare liberamente, in modo consensuale, attivo e volontario, alla risoluzione delle questioni derivanti dal reato, *con l'aiuto di un terzo imparziale, adeguatamente formato, denominato mediatore*».

Dunque, lo scopo della giustizia riparativa è quello di promuovere la "riparazione" del rapporto tra vittima e reo, attraverso procedimenti e strumenti diversi da quelli tipizzati nei procedimenti penali.⁹ A guidare le parti principali verso la risoluzione del conflitto un soggetto terzo imparziale, denominato mediatore.¹⁰

Infine, ciò che più caratterizza il nuovo meccanismo di definizione della vicenda giudiziaria sono i "programmi" e gli "esiti" del percorso di giustizia riparativa. Con riferimento ai primi, l'art. 53 del decreto stabilisce che i programmi di giustizia riparativa comprendono: 1) la mediazione tra vittima del reato e persona indicata come autore dell'offesa, anche estesa ai gruppi parentali ed anche alla vittima di un

⁸ Cfr. A. ZAMPAGLIONE, *La delega in tema di "giustizia riparativa" tra principi costituzionali e criticità processuali*, op. cit., p. 562-581.

⁹ Le finalità della procedura riparativa sono: 1) riconoscere la vittima; 2) responsabilizzare l'autore dell'offesa; 3) superare il conflitto provocato da una condotta illecita, ricostruendo i legami con la comunità (cfr. art. 43, comma 2, del decreto). È stato rilevato come la vera finalità sia quella indicata per ultima (ricostruire i legami con la comunità) mentre gli altri due "passaggi" (riconoscere la vittima e responsabilizzare l'autore dell'offesa) siano ad essa funzionali. La norma di cui all'art. 43, dunque, andrebbe letta come se fosse scritta così: "I programmi di giustizia riparativa tendono a promuovere il riconoscimento della vittima del reato, la responsabilizzazione della persona indicata come autore dell'offesa, al fine di ricostruire il legame con la comunità" (R. ORLANDI, *Giustizia penale riparativa. Il punto di vista processuale*, op. cit., p. 88). Secondo tale dottrina, l'accento sulla "comunità", quale destinataria dell'esito riparatorio, è essenziale se si vuol dare un significato proprio a questa dimensione della giustizia penale e coglierne la particolarità rispetto alla giustizia penale tradizionale, che continua invece ad avere nell'autorità statale il suo esclusivo punto di riferimento.

¹⁰ Per la rilevanza del tema trattato e soprattutto per l'elemento innovativo che porta con sé la giustizia riparativa, il legislatore ha scelto di introdurre una disciplina organica, che probabilmente in seguito potrà essere arricchita e migliorata. Meglio una disciplina organica piuttosto che singoli interventi di "trapianto" che avrebbero generato maggiore confusione. Le criticità affioreranno comunque e l'assoluta novità del prodotto normativo impone cautela. Sicuramente, su tanti aspetti sarà necessario l'intervento della giurisprudenza, ma piano piano prenderà corpo il nuovo statuto della giustizia riparativa.

reato diverso da quello per cui si procede; 2) il dialogo riparativo; 3) ogni altro programma dialogico guidato da mediatori, svolto nell'interesse della vittima del reato e della persona indicata come autore dell'offesa.¹¹

Per quanto attiene all'esito riparativo, la definizione ruota attorno ai lemmi "accordo", "riparazione dell'offesa", "riconoscimento reciproco". Sul punto, l'art. 56 del decreto traccia una netta differenza tra l'esito riparativo "simbolico" e l'esito riparativo "materiale". Il "simbolico" può consistere in dichiarazioni, scuse formali, impegni comportamentali, accordi relativi alla frequentazione di persone o luoghi. Quello "materiale", invece, può comprendere il risarcimento del danno, le restituzioni, l'adoperarsi per elidere o attenuare le conseguenze dannose o pericolose del reato o che lo stesso sia portato a conseguenze ulteriori.

2. Peculiarità di alcuni soggetti: la vittima e la persona indicata come autore dell'offesa.

Dalla lettura delle norme che compongono il decreto emerge che molti sono i partecipanti ai programmi di giustizia riparativa ma le peculiarità che colpiscono maggiormente sono quelle relative ai due soggetti principali.¹²

¹¹ L'art. 53, dunque, fornisce un'elencazione dei programmi di giustizia riparativa "aperta e non tassativa", lasciando spazi anche a programmi non espressamente menzionati.

¹² È l'art. 45 del decreto ad enumerare i "partecipanti ai programmi di giustizia riparativa". Tra questi, la vittima del reato, ovviamente in una posizione di primo piano; segue "la persona indicata come autore dell'offesa" che, nell'eventuale, parallelo procedimento penale riveste il ruolo di imputato (o indagato); si fa poi riferimento ad altri soggetti eventuali, appartenenti alla "comunità", esemplificati in "familiari, persone di supporto segnalate dalla vittima del reato e dalla persona indicata come autore dell'offesa, enti ed associazioni rappresentativi di interessi lesi dal reato, rappresentanti o delegati di Stato, Regioni, enti locali o di altri enti pubblici, autorità di pubblica sicurezza, servizi sociali". L'elenco si chiude con una formula residuale che ammette come partecipante al programma "chiunque vi abbia interesse". Manca all'appello il mediatore (anzi, i mediatori, posto che ogni programma ne prevede almeno due, art. 53, comma 1, del decreto). Strano anche che i mediatori non siano ufficialmente definiti come espressione della "comunità" nell'interesse della quale il programma riparativo viene condotto. La "comunità" viene evocata, nel citato art. 45, solo come serbatoio sociale dal quale trarre gli "altri partecipanti" sopra elencati. È invece essenziale vedere nei mediatori i protagonisti di una "giustizia comunitaria" che può affiancare, integrandola, la giustizia statale. Il rilievo è importante anche per stabilirne *status* e provenienza. Il decreto legislativo si limita a dettare regole riguardanti la loro formazione (art. 59 del decreto), stabilendo poi i requisiti che debbono possedere per essere iscritti in appositi elenchi, presso il Ministero della giustizia (art. 60 del decreto). Si tratta per lo più di soggetti privati che – superato il periodo di formazione e iscritti nel citato elenco – sono destinati a operare nella qualità di incaricati di pubblico servizio e, al

La vittima cui fa riferimento l'art. 42 del decreto, è la persona fisica che abbia subito qualsiasi danno, dunque patrimoniale e non patrimoniale, nonché il familiare nel caso di morte. La nozione di vittima fornita dalla norma non coincide esattamente con le figure note al nostro ordinamento di persona offesa e di persona danneggiata o di parte civile. La definizione sembrerebbe riferirsi soprattutto alla persona danneggiata ma poi, l'ultimo comma stabilisce che i "diritti e le facoltà attribuite alla vittima del reato sono riconosciuti anche al soggetto giuridico offeso dal reato". Ciò che più colpisce – e che si pone in senso veramente innovativo rispetto alla legge delega – è la scelta del legislatore delegato di coinvolgere nel percorso di giustizia riparativa anche la persona offesa di un "reato diverso" da quello per cui si procede o per cui si avvia il programma. Questa scelta costituisce un valore aggiunto della giustizia riparativa rispetto alla giustizia penale convenzionale. Si tratta di un soggetto definito nella relazione come "vittima aspecifica" o "vittima surrogata". Nella relazione illustrativa, si legge che la vittima del reato differente non è un sostituto della vittima diretta e non è meno vittima di quest'ultima. Anche la vittima aspecifica, infatti, è vittima, ancorché vittima *di un* reato e non *del* reato. Per quanto concerne l'altro protagonista principale, ossia la "persona indicata come autore dell'offesa"¹³, colpisce la locuzione prescelta dal legislatore: qui viene in rilievo, da un lato, la presunzione di non colpevolezza e, dall'altro, la esigenza di mantenere la uguale considerazione della vittima del reato e di chi è stato sottoposto a processo penale. Del resto, la uguale considerazione tra i soggetti principali compare anche tra i "principi generali" che regolamentano la giustizia riparativa.

Stessa attenzione e sensibilità legislativa traspare dall'art. 46 del decreto, ove si riconosce una tutela rafforzata al "soggetto minorenni" che, a qualsiasi titolo, si

più, come pubblici ufficiali quando redigono la relazione che dà conto delle attività svolte e dell'esito riparativo (art. 57, comma 1, del decreto).

¹³ Si tratta non solo dell'indagato, dell'imputato, del soggetto condannato irrevocabilmente ma anche del soggetto prosciolto con sentenza di non luogo a procedere o per non doversi procedere, per difetto di procedibilità, per intervenuta causa estintiva. Altro dato di rilievo è che tale soggetto può essere tanto la persona fisica quanto l'ente (ciò in virtù della clausola di compatibilità di cui all'art. 35 D. Lgs. n. 231/2001 in forza della quale "all'ente si applicano le disposizioni processuali relative all'imputato, in quanto compatibili").

trovi a partecipare al programma di giustizia riparativa. L'accesso ai programmi da parte di questo soggetto vulnerabile, infatti, deve avvenire in maniera adeguata alla sua personalità e alle sue esigenze (*id est* una sorta di *favor minoris*).

Infine, va segnalato che elemento caratterizzante la disciplina di nuovo conio è il *favor* espresso dal legislatore per la partecipazione della "comunità", espressamente previsto dalla legge delega.

3. La dimensione costituzionale della giustizia riparativa.

Il primo controllo da effettuare su un nuovo prodotto normativo consiste nel verificare la sua compatibilità con i principi e con le garanzie sanciti nella Carta fondamentale.¹⁴

Partiamo dal **diritto di difesa** perché, almeno da una prima lettura delle norme, non sembra pienamente soddisfatto sul versante del "diritto di difesa tecnica".

Sul piano generale, il diritto di difesa trova conforto in una serie di solide previsioni che rappresentano un vero e proprio "statuto" dei diritti e delle garanzie dei partecipanti ai programmi di giustizia riparativa: 1) il diritto alla informazione in base al quale la vittima del reato e la persona indicata come autore dell'offesa, nonché i loro difensori, l'esercente la responsabilità genitoriale in caso di minore, gli eventuali tutori o curatori, devono essere informati dall'autorità giudiziaria della possibilità di accedere ad un programma di giustizia riparativa, specificando in maniera completa ed obiettiva quali siano i programmi effettivamente disponibili, le modalità di accesso e i possibili esiti, nonché i diritti e le garanzie riconosciuti ai partecipanti;¹⁵ 2) la partecipazione dei soggetti deve essere "attiva" e

¹⁴ Sui valori costituzionali che governano – e devono necessariamente governare – il processo penale si rinvia, *ex multis*, ad AA.VV., *Processo penale e Costituzione*, a cura di Dinacci, Giuffrè, Milano, 2010, p. 1 ss.

¹⁵ I soggetti che devono da subito, vale a dire sin dal primo contatto con l'autorità giudiziaria, essere informati della possibilità di accedere alla giustizia riparativa sono la vittima del reato e la persona indicata come autore dell'offesa. Ad informarli la autorità giudiziaria. Successivamente, anche gli altri soggetti (partecipanti quali gli appartenenti alla comunità, i familiari della vittima, i familiari della persona indicata come autore dell'offesa) devono essere informati. Tale facoltà scatta solo dopo che vi sia stato un contatto tra i soggetti principali ed il mediatore. Qui l'informazione non dovrebbe avvenire ad opera dell'autorità giudiziaria ma è attività che compete al mediatore. Le stesse informazioni vanno rese, poi, anche all'esercente la

“volontaria” ed il “consenso” validamente espresso;¹⁶ 3) il diritto in favore degli alloglotti all’assistenza linguistica di un interprete, previsto a favore dei partecipanti che non comprendano la lingua italiana;¹⁷ 4) il principio dell’equa considerazione secondo cui la giustizia riparativa deve essere disciplinata nell’interesse sia della vittima del reato sia della persona indicata come autore dell’offesa;¹⁸ 5) la riservatezza sulle dichiarazioni e sulle attività svolte nel corso dei programmi di giustizia riparativa.¹⁹

Il diritto di difesa tecnica, invece, sembra alquanto trascurato nel decreto, non essendo stato adeguatamente valorizzato il ruolo del difensore. All’interno della legge delega addirittura non vi era alcun richiamo al diritto all’assistenza tecnica nella fase della mediazione, ritenendosi il diritto di difesa soddisfatto dalla doppia previsione della confidenzialità delle dichiarazioni e della inutilizzabilità delle medesime.

Nel decreto attuativo pochi sono i richiami a quello che indiscutibilmente costituisce un soggetto fondamentale: il difensore. Eppure è significativa l’incidenza che può avere il percorso riparativo sul procedimento penale.

Entrando in *medias res*, due sono i riferimenti al difensore:

responsabilità genitoriale, al tutore, all’amministratore di sostegno, al curatore speciale in alcuni casi. Le informazioni vanno rese in una lingua comprensibile per i destinatari, in modo adeguato all’età e alle capacità degli stessi. Senza una corretta informazione non si ha neanche un valido consenso.

¹⁶ Viene dato in forma scritta ed acquisito dal mediatore al primo incontro; è revocabile in qualsiasi momento, anche per fatti concludenti. Precisamente, il consenso richiesto dal decreto deve essere: 1) personale; 2) libero; 3) consapevole; 4) informato; 5) per iscritto; 6) sempre revocabile.

¹⁷ Del resto, basta considerare che il programma di giustizia riparativa consiste in un processo comunicativo e dialogico. Il compito di accertare il livello di comprensione della lingua italiana e della capacità dell’alloglotto di prendere effettivamente parte al programma è affidato al mediatore il quale, in caso di esito negativo, deve procedere a far nominare un interprete, secondo le disposizioni degli artt. 144 c.p.p. ss. (incapacità e incompatibilità dell’interprete). Inoltre, è molto importante anche che sia disposta la traduzione della relazione del mediatore.

¹⁸ Insomma, nella giustizia riparativa i due protagonisti principali devono versare su di uno stesso piano e devono avere la medesima dignità. Tale principio di equa considerazione potrebbe essere assimilato al principio della parità delle parti nella giustizia tradizionale (processo penale).

¹⁹ In tale modo, la giustizia riparativa riconosce spazi di dialogo “libero” e “necessariamente protetto”.

A) il primo lo si rinviene nell'art. 47, comma 4, del decreto in tema di diritto all'informazione il quale stabilisce che "le informazioni di cui al presente articolo sono fornite all'esercente la responsabilità genitoriale, al tutore, all'amministratore di sostegno, al curatore speciale ..., nonché ai difensori della vittima del reato e della persona indicata come autore dell'offesa, ove nominati".

B) il secondo, è contenuto nell'art. 56, comma 5, del decreto ove si stabilisce che "i difensori della persona indicata come autore dell'offesa e della vittima del reato hanno facoltà di assistere i partecipanti nella definizione degli accordi relativi all'esito materiale.²⁰

La presenza del difensore non può dirsi totalmente garantita. Egli partecipa al primo colloquio preliminare ma non può partecipare agli incontri successivi con i mediatori. Dunque, non è consentito ai difensori partecipare al programma secondo le scansioni programmatiche previste: solo nella fase della definizione il difensore "riapparirà" quando si giungerà agli accordi conclusivi relativi all'esito "materiale" e "non anche simbolico" del programma, quando saranno necessarie le sue competenze professionali.

Ciò significa, che in caso di esito "riparativo simbolico", agli accordi conclusivi non partecipa il difensore ed un ruolo essenziale è attribuito al mediatore; nel caso di esito "riparativo materiale", invece, il decreto consente al difensore dei soggetti principali di entrare in scena.

Ma la precarietà della disciplina relativa alla difesa tecnica emerge anche da altri due dati: 1) *in primis*, nel decreto si parla di una generica "assistenza" ma non si comprendono i contenuti specifici, né dei diritti e né delle facoltà riconosciute al soggetto tecnico; 2) in secondo luogo, nonostante in alcune situazioni sia prevista la presenza del difensore alla procedura riparativa, manca nel decreto una specifica

²⁰ Giova ribadire e ricordare che il decreto, all'art. 56, pone una netta distinzione tra l'esito riparativo "simbolico" e l'esito riparativo "materiale". Il "simbolico" può consistere in dichiarazioni, scuse formali, impegni comportamentali, accordi relativi alla frequentazione di persone o luoghi. Quello "materiale" può comprendere il risarcimento del danno, le restituzioni, l'adoperarsi per elidere o attenuare le conseguenze dannose o pericolose del reato o che lo stesso sia portato a conseguenze ulteriori.

sanzione di invalidità, qualora il difensore non fosse previamente avvertito di questa possibilità o non fosse di fatto ammesso a fianco del suo assistito.

Per quanto riguarda, la **presunzione di non colpevolezza**, vengono in rilievo le disposizioni: 1) che prevedono un illimitato accesso temporale alla giustizia riparativa; 2) che disciplinano le dichiarazioni, le scuse formali, gli impegni comportamentali, gli accordi relativi alla frequentazione di persone o luoghi; 3) che assicurano la riservatezza delle dichiarazioni e delle attività svolte nel corso dei programmi di giustizia riparativa.²¹

Sintetizzando i tre blocchi di norme, l'art. 44 del decreto prevede che possano accedere alla *reparative justice* gli imputati di qualsiasi reato ed in ogni stato e grado del procedimento, addirittura in fase esecutiva. L'art. 56 del decreto disciplina l'esito di giustizia riparativa cd. "simbolico", consistente in dichiarazioni, scuse formali, impegni comportamentali, accordi relativi alla frequentazione di persone o luoghi. In particolare, tra i requisiti fissati nella direttiva europea, vi è il "riconoscimento" da parte dell'autore del reato, dei "fatti essenziali del caso".²² L'art. 55 del decreto prevede espressamente un dovere di riservatezza, cui sono tenuti il mediatore e il personale dei centri per la giustizia riparativa rispetto alle attività svolte, alle dichiarazioni rese ed alle informazioni acquisite nel corso del programma. Il programma di giustizia riparativa è pensato come un contenitore dalle pareti impermeabili, quanto meno finché è in corso il parallelo procedimento giudiziario nel quale l'esito riparativo potrebbe essere speso. Quel che vi si dice non deve filtrare all'esterno, a meno che i partecipanti (vittima e asserito autore del reato) consentano di divulgare il contenuto delle loro dichiarazioni o salvo che il mediatore si veda costretto a tradire il segreto "per evitare la commissione di imminenti o gravi reati", ovvero per denunciare dichiarazioni dal contenuto

²¹ Quest'ultima è una sorta di condizione imprescindibile affinché la giustizia riparativa possa effettivamente riconoscere spazi di dialogo "libero" e "necessariamente protetto".

²² La vittima e l'autore devono normalmente raggiungere un accordo sui fatti essenziali del caso per la loro partecipazione al processo riparativo. Si tratta, a ben riflettere, di un pre-requisito particolarmente impegnativo per la persona indicata quale autrice del reato, che obiettivamente si pone in termini dialettici rispetto al diritto di difesa e al nemo tenetur se detegere che di esso costituisce un cardine essenziale.

criminoso.²³ Il divieto di riservatezza, funzionale anche all'attuazione della presunzione di non colpevolezza, è poi rafforzato dalla previsione della "inutilizzabilità"²⁴ delle dichiarazioni rese e delle informazioni acquisite durante lo svolgimento del programma nel procedimento penale e nell'esecuzione della pena, ad eccezione della relazione finale del mediatore e dei casi previsti dall'art. 50, comma 1 (ovverosia consenso dei partecipanti, rivelazione ritenuta necessaria dal mediatore per evitare la commissione di reati, dichiarazioni integranti un reato).²⁵

Dalle citate disposizioni, emerge comunque un quadro delicato. La partecipazione alla procedura è aperta a tutti (accesso in ogni stato e grado del procedimento, anche in fase esecutiva), dunque anche ai soggetti che "non abbiano ancora subito una condanna perché ancora in attesa di giudizio".²⁶ Dovrà trattarsi verosimilmente di rei confessi o di soggetti disponibili ad essere ritenuti colpevoli (cfr. esiti riparativi). Infatti – per quanto le dichiarazioni rese e le informazioni acquisite siano inutilizzabili in sede contenziosa e in fase esecutiva (art. 51), e il mediatore sia vincolato al segreto (art. 52) – lo svolgimento del programma è a conoscenza dell'autorità giudiziaria, che dei suoi esiti deve essere informata (art. 57). Il fallimento dell'iniziativa non produce "effetti sfavorevoli" nei confronti della

²³ Al di fuori di tali eccezioni, al fine di evitarne la divulgazione, i partecipanti non possono rendere pubbliche tali dichiarazioni o informazioni. Solo dopo la conclusione del programma di giustizia e la definizione del procedimento con sentenza è possibile la pubblicazione ma sempre con il consenso degli interessati e nel rispetto della normativa sulla *privacy*.

²⁴ Si tratta di inutilizzabilità di tipo "patologico", considerato l'interesse che è tesa a proteggere, vale a dire la segretezza del dato a tutela di tutti i partecipanti al programma.

²⁵ Nella medesima prospettiva, si pongono la tutela del segreto (art. 52), per cui il mediatore non può essere obbligato a rendere deposizioni davanti all'autorità giudiziaria o ad altra autorità su atti e informazioni né a denunciare i reati di cui sia venuto a conoscenza nell'ambito del programma, con le medesime eccezioni previste dagli artt. 50 e 51 (consenso dei partecipanti, rivelazione ritenuta necessaria dal mediatore per evitare la commissione di reati, dichiarazioni integranti un reato) ed il divieto di intercettazione di conversazioni e comunicazioni nei luoghi in cui si svolge il programma o di conversazioni e comunicazioni dei mediatori concernenti il programma, né il sequestro di carte e documenti; in entrambe le ipotesi è disposta l'inutilizzabilità delle risultanze ottenute in violazione dei suddetti divieti.

²⁶ L'art. 44 del decreto prevede l'accesso in ogni stato e grado del procedimento, anche in fase esecutiva, anche all'esito di una sentenza di non luogo a procedere o di non doversi procedere, per difetto della condizione di procedibilità, per intervenuta causa estintiva del reato. Tale opzione potrebbe dar luogo ad un disallineamento con gli altri istituti di giustizia riparativa già presenti nel nostro sistema i quali, invece, conoscono un termine "ultimo" entro il quale le parti possono attivarsi.

“persona indicata come autore dell’offesa” (art. 58, comma 2) ma di certo indurrà fatalmente l’idea che la “persona indicata” sia quella giusta.²⁷

Infine, qualche ultima considerazione va riservata ai canoni della **terzietà** e della **imparzialità**.

La valutazione degli esiti riparativi compete senza ombra di dubbio al giudice ma un ruolo essenziale è comunque attribuito anche al mediatore, la cui relazione finale influisce sicuramente sull’esito del procedimento penale o, se si versa in fase esecutiva, sulla pena da irrogare ai soggetti coinvolti.²⁸

Fermo restando che il giudice deve essere terzo ed imparziale, il decreto impone analoghi connotati anche al mediatore, il quale deve versare in una situazione di “indipendenza” ed “equiprossimità” rispetto ai partecipanti del programma.²⁹ Si tratta di una sorta di quella terzietà ed imparzialità rinvenibile nella giustizia tradizionale, dunque nel processo penale.

Tuttavia, la terzietà del mediatore non è la stessa del giudice: il giudice è terzo in quanto è neutrale mentre il mediatore è terzo in quanto sta nel mezzo, né più in alto né più in basso rispetto ai partecipanti. Non vi è comunque alcun dubbio sul

²⁷ Da non sottovalutare anche eventuali “effetti mediatici” che potrebbero dar luogo al rischio di stigmatizzare l’autore del reato e renderlo “colpevole per sempre”.

²⁸ Le norme del decreto che si occupano della valutazione degli esiti riparativi sono gli artt. 57 e 58. Secondo l’art. 57 l’autorità giudiziaria riceve dal mediatore la “relazione conclusiva” contenente la descrizione delle attività svolte e dell’esito riparativo raggiunto. È la fase probabilmente più importante atteso che la comunicazione all’autorità procedente dell’esito del programma di giustizia riparativa influenzerà inevitabilmente il procedimento penale e, in ultimo, la fase esecutiva della pena da comminare al soggetto o ai soggetti coinvolti. Il mediatore comporrà la relazione descrivendo l’accordo di riparazione nelle sue linee essenziali, senza nulla dire circa il dialogo intercorso tra le parti, garantendo quelle regole di *privacy* che sono intercorse tra i partecipanti. L’esito negativo del procedimento o, comunque, la mancata effettuazione del programma dovrà essere comunicata alla autorità giudiziaria. La mancata effettuazione del programma, l’interruzione dello stesso o il mancato raggiungimento di un accordo non possono produrre effetti negativi nei confronti della persona indicata come autore dell’offesa. L’art. 58, individua il possibile effetto giuridico che lo svolgimento del programma di giustizia riparativa può avere nel procedimento penale e nella fase esecutiva della pena. Nello specifico, qualora l’esito sia positivo, il giudice, anche ai sensi del rivisitato art. 133 c.p., determina la pena. È stato cioè introdotto un “ulteriore criterio” da utilizzarsi ai fini della determinazione della pena: “l’aver partecipato l’imputato a un programma di giustizia riparativa, quando lo stesso si sia concluso con un esito riparativo.

²⁹ La relazione illustrativa parla di equiprossimità del mediatore rispetto alle parti, collocato in una posizione centrale “in mezzo” alle parti, in una condizione di orizzontale “parità” accanto ai partecipanti al progetto riparativo.

fatto che l'equiprossimità del mediatore risulti "essenziale", in quanto l'esperienza maturata in ambito civilistico insegna che la mediazione si conclude con successo quando vi è la fiducia delle parti nei confronti del mediatore.

Al mediatore si chiede principalmente capacità di ascolto in base a esperienze di vita, non di giudizio in base a norme che ascrivono responsabilità. Egli dovrebbe percepirsi come un membro della comunità, animato dall'intenzione di esplorare possibili percorsi di incontro fra autore e vittima del reato, senza farsi fuorviare da "letture" normativamente orientate dei fatti all'origine del conflitto. Le valutazioni del mediatore vanno orientate ai valori relazionali, con attenzione al contesto sociale nel quale il conflitto si è prodotto.

4. Ulteriore criticità: si va verso un nuovo assetto del processo penale?

Con la riforma Cartabia è stato attuato quel disegno riformatore, da lungo tempo atteso, che allinea il nostro Paese agli ordinamenti europei più evoluti dal punto di vista dell'attenzione alla vittima del reato.³⁰

L'intento del legislatore di introdurre nel sistema istituti volti a ricucire il rapporto tra vittima e reo non può che essere apprezzato, sempre, beninteso, che non si finisca col distogliere l'attenzione dall'unico vero scopo del processo: quello di accertare il fatto di reato, garantendo al contempo il rispetto dei diritti individuali (soprattutto quelli dell'imputato) e delle garanzie previste dal "giusto processo". Ciò che preoccupa, al di là dei profili critici già in precedenza evidenziati, sono anche eventuali effetti mediatici negativi, ovvero il rischio di stigmatizzare l'autore del reato e renderlo "colpevole per sempre".

L'impressione è che si vada sempre più verso un nuovo assetto del processo penale, riconoscendo un ruolo inedito, e di gran lunga rafforzato, alla vittima del reato, finora considerata "ospite poco gradito sulla scena processuale".

È innegabile come la persona offesa dal reato nel tempo abbia visto consolidare in maniera sempre più incisiva il suo ruolo all'interno della dinamica procedurale;

³⁰ In tal senso, F. FIORENTIN, *Giustizia riparativa, riforma attesa che allinea l'Italia alle regole europee*, in *Riforma Cartabia: indagini preliminari e processo penale, I libri di Guida al Diritto*, 2023, p. 258.

infatti se la formulazione originaria del codice 1988 le attribuiva un residuale potere di iniziativa e di contributo alle indagini, successivamente sia con l'intervento legislativo del 2015 (D.Lgs. n. 212/ 2015) sia con la L. n. 103/2017 (riforma Orlando), sono stati maggiormente ampliati i suoi poteri partecipativi e la funzione di stimolo e controllo sull'attività del pubblico ministero e su quella del giudice delle indagini preliminari. L'offeso dal reato è diventato un interlocutore dell'accusa e del giudice, pur non essendo una parte del processo e i poteri suindicati gli vengono attribuiti in quanto titolare dell'interesse protetto dalla norma penale violata; sembra essere, pertanto, in questo rimodellato quadro legislativo, il soggetto emergente delle indagini preliminari.³¹

Con la introduzione della giustizia riparativa si sta spostando ulteriormente il baricentro del processo in direzione (e dalla parte) della vittima. Ed una eccessiva valorizzazione del ruolo della vittima rischia seriamente di destabilizzare il tradizionale assetto triadico del nostro processo penale: un assetto fondato sulla dialettica pubblico ministero-imputato-giudice. Tanto la politica intrapresa da anni dall'Europa di valorizzazione della vittima del reato quanto l'apertura delle porte del processo penale alla giustizia riparativa stanno contribuendo allo stravolgimento di questo assetto triadico del nostro processo a chiara vocazione accusatoria.

Il legislatore rimette nelle mani dei soggetti principali – soprattutto della vittima – l'attivazione o meno di questo percorso di giustizia riparativa ed il rischio che si profila è quello di dare la stura ad una "giustizia differenziata" che varia da imputato ad imputato, a seconda dello stato della vittima, compassionevole o vendicativa, povera o ricca, collaborativa o non collaborativa. Detto in altre parole, l'esito del percorso riparativo finisce col dipendere dalla "chimica" che si stabilisce con i partecipanti.

³¹ In questo senso, L. SAPONARO, *L'offeso dal reato, con le rafforzate garanzie, verso una nuova identità*, in *Dir. Pen. e Proc.*, 2021, 11, p. 1542 ss.

Riflessioni sullo stato della libertà di espressione nell'attuale contesto informativo*

di

Gianfrancesco Vecchio**

“Se la verità non viene trasmessa, non esiste”.

Giulietto Chiesa, 2014

Le mie prime parole non possono che esprimere gratitudine per l'occasione datami dal Prof. Vincenzo Baldini di svolgere qualche considerazione su una questione, certo non solo per me, assolutamente centrale: il violentissimo attacco in corso alla libertà di espressione, e cioè a quella possibilità fondamentale, riconosciuta a “tutti”, dalla nostra Costituzione all'art. 21, di “esprimere liberamente il proprio pensiero”¹.

Per essa, non può più che mai ribadirsi e pretendersi oggi la collocazione della libertà di espressione tra i diritti umani fondamentali².

Che questa libertà stia subendo un attacco senza precedenti è evidente e tale situazione, singolarmente, si realizza proprio quando, attraverso l'enorme diffusione dei “social”, sembrava che se ne dovesse realizzare una massima e compiuta attuazione.

* Il presente contributo ripropone, con l'aggiunta dell'apparato bibliografico, la Comunicazione tenuta alla Giornata di studi dal titolo: “La libertà di manifestazione del pensiero nell'esperienza costituzionale contemporanea”, tenutosi l'8 giugno 2023 presso l'Università degli studi di Cassino e del Lazio Meridionale.

** Professore Aggregato di Diritto Privato presso l'Università degli studi di Cassino e del Lazio Meridionale.

¹ Per un sintetico richiamo alle origini della previsione, come del suo doppio significato in termini di libertà espressione individuale e di informazione, cfr. C. MAGNANI, *Finché ci sono fakenews c'è speranza*, Soveria Mannelli, 2021, pp. 39 ss. e note di richiami.

² Ci si limita a ricordare la collocazione e pretesa di rispetto di tale diritto, all'art. 19 della Dichiarazione Universale dei Diritti Umani, adottata nel 1948 dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite; all'art. 10 della Convenzione Europea dei diritti umani approvata nel 1950 dal Consiglio d'Europa; all'art. 11 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, approvata prima a Nizza nel 2000 e quindi a Strasburgo nel 2007.

Mentre per riferimenti allo sviluppo del dibattito sul tema in ambito europeo, ancora C. MAGNANI, *op. cit.*, 35.

Al contrario, proprio per frenare e limitare l'utilizzo di questi potentissimi strumenti digitali, i "social", gli strumenti e le politiche perseguite si fanno sempre più sofisticati e incidenti.

Ha probabilmente ragione Michael Schellenberger³ a parlare, con specifico riguardo agli Stati Uniti, di un vero e proprio "Complesso Industriale della Censura", sarebbe difficile definire altrimenti e con eguale efficacia, quello che hanno svelato i cosiddetti *TwitterFiles*⁴, sulle modalità con cui, durante il periodo

³ Trattasi di uno scrittore e attivista ambientale statunitense (vincitore del Green Book Award nel 2008) con un notevole seguito sui social, ha pubblicato alcuni testi trattando, tra l'altro, delle esagerazioni allarmistiche sulle conseguenze del cambiamento climatico e degli interessi economici sottesi, tradotto in italiano come *L'apocalisse può attendere*, Venezia, 2021. Fondatore dell'associazione *Environmental Progress* per un approccio ragionato, scientifico e non ideologico alla cura del pianeta e dei suoi occupanti. Da alcuni anni ha iniziato ad affrontare con particolare impegno il tema della libertà di espressione, di informazione e di stampa evidenziando le contraddizioni e limiti del sistema informativo statunitense così come i molteplici aspetti di interconnessione dello stesso con i principali gruppi industriali operanti nella nazione, per una sintesi del suo pensiero si rinvia all'intervista concessa a M. PASTORELLI e pubblicata su *La Verità* del 6 giugno 2023, p. 13, dove tra l'altro ribadisce le preoccupazioni per il rispetto del primo emendamento della Costituzione USA e, più in generale, della libertà di espressione anche in Europa (cfr. <https://www.nicolaporro.it/atlanticoquotidiano/rubriche/twitter-files-la-censura-social/twitter-files-al-congresso-usa-audizioni-sul-complesso-industriale-della-censura/>; più in generale, mentre si rileggono queste note, giungono notizie affatto tranquillanti circa una possibile interferenza dell'Intelligenza Artificiale con la stessa libertà e correttezza dell'informazione, cfr. <https://blog.ilgiornale.it/locati/2023/08/28/e-se-bard-raccontasse-bal/>).

⁴ Con tale espressione si richiama il recente scandalo emerso a seguito dell'acquisizione da parte di Elon Musk del social Twitter (ora X) e dal conseguente rilascio di una serie di documenti interni testimoniando un rigoroso intervento censorio, durante il c.d. periodo pandemico di tutta una serie di opinioni considerate "sgradite", ancorché provenienti da indiscussi componenti della comunità scientifica e mondiale.

Tutta la vicenda, attraverso il rilascio dei relativi documenti, è stata pubblicata sullo stesso social Twitter dal blogger e scrittore M. TAIBBI (@mtaibbi), evidentemente con il bene placito del nuovo proprietario del social, l'informazione nazionale *mainstream* e anche di nicchia ha dato poca visibilità alla significativa vicenda contribuendo anche a sminuirlo (https://www.repubblica.it/tecnologia/2022/12/09/news/twitter_files_elon_musk-378268345/; <https://www.lindipendente.online/2022/12/13/i-twitter-files-sono-noiosamente-inquietanti-e-incompresi/>), tuttavia la vicenda ha avuto notevole eco negli Stati Uniti dove lo stesso Presidente J. Biden sarebbe stato difeso, in relazione all'oscuramento su Twitter e Facebook, con affermazioni circa la possibilità di violare il primo emendamento in caso di emergenza, cfr. M. LOY, *La Casa Bianca ammette la censura Covid*, *La Verità*, 13 agosto 2023, p. 6; si veda anche <https://www.nicolaporro.it/atlanticoquotidiano/rubriche/twitter-files-la-censura-social/twitter-files-covid-edition-censurati-dati-veri-e-scienziati-non-allineati/> .

Da ultimo, al riguardo, si sono diffuse anche notizie di un prossimo fallimento di Twitter, cfr. <https://www.ilgiornaleditalia.it/news/esteri/522844/elon-musk-x-twitter-fallimento.html>

In parallelo, come si accennava, è emersa analoga forma di censura nei confronti nei contenuti "non graditi" sulla pandemia, relativamente a FaceBook (social enormemente più usato di Twitter fuori dagli Usa), alla luce delle dichiarazioni del suo stesso creatore e proprietario M. Zukernberg circa l'intervento di quello che lui identifica come "Health establishment" che avrebbe agito in tal senso, cfr. <https://www.nationalreview.com/news/mark-zuckerberg-says-facebook-censored-true-covid-claims-at-request-of-health-establishment/>. Anche in questo caso

segnato dal Covid-19, agenti delle FBI direttamente e dipendenti di Twitter evidentemente istruiti, hanno scientemente e continuamente censurato le opinioni sgradite, anche se provenienti da luminari in materia, come il Prof. Jay Battacharya⁵ di Stanford, così come da giornalisti e *influencer* non allineati.

Del resto, per venire di qui dell'Atlantico, proprio nel mese di maggio di quest'anno la piattaforma YouTube ha censurato un documentario che, semplicemente, mirava ad informare dell'esistenza di una raccolta firme per un referendum contro l'invio delle armi in Ukraina⁶.

In effetti, sono proprio i grandi player del mondo social, in cui si è inserita anche Wikipedia (che ha finito per godere di una sorta di monopolio della "verità" in tutti campi, di cui ormai risulta approfittare), che da anni intervengono eliminando dalle loro piattaforme i contenuti che non risulterebbero corrispondenti ad imperscrutabili e assai poco chiare "regole della Community".

Così, alquanto ipocritamente, vengono chiamati i dettami che, operatori privati miranti fondamentalmente al guadagno – cosa che troppo spesso ci si dimentica che essi sono – impongono a tutti coloro che decidono di avvalersi delle loro immense capacità comunicative.

Non c'è qui il tempo di parlare dell'inesausta *querelle* circa il ruolo di editori o meno di questi soggetti che, pure, andrebbe risolta una buona volta per capire

il risalto nell'informazione italiana è stato minimo per quanto riguarda quella più tradizionale (es. <https://www.ilgiornaleditalia.it/news/cronaca/499827/covid-mark-zuckerberg-informazioni-censurate-vere.html>), e principalmente la rete ha consentito ai più attenti di venire a conoscenza della notizia cfr., ad es. <https://www.money.it/il-mea-culpa-di-zuckerberg-che-ammette-in-pandemia-fb-ha-censurato-notizie-vere> ; <https://www.ilsussidiario.net/news/zuckerberg-su-facebook-censurate-notizie-vere-sul-covid-pressioni-establishment-sui-post/2550401/> .

⁵ Si tratta di un docente della Scuola di Medicina di Stanford, con competenze in politica sanitaria e epidemiologia, che subì un totale oscuramento sui social all'inizio della pandemia per esservi riammesso solo dopo l'acquisto dello stesso da parte di Elon Musk e che ha ripreso, da quel momento, unitamente a molti altri che avevano subito la medesima sorte, a fornire interpretazioni documentalmente critiche di quanto avvenuto che, comunque, trovano nullo o minimo spazio sull'informazione *mainstream*, soprattutto in Italia. Per una ricostruzione di quanto accaduto cfr. M. LOY, P. FLODER REITTER, "I miei studi anti lockdown oscurati su richiesta del governo americano", *La Verità*, 13 dicembre 2022; A. RICO, *Altro che "vite salvate": più lockdown, più morti. Il caso Svezia lo dimostra*, *ivi*, 13 dicembre 2022, p. ; M. LOY, *Twitter e Facebook arruolarono i Cdc per censurare i post su virus e vaccini*, *ivi*, 16 dicembre 2022, p. 13 .

⁶ Praticamente solo su canali alternativi è possibile trovare la notizia, cfr. <https://www.lindipendente.online/2023/05/27/la-rai-e-youtube-censurano-i-referendum-contro-le-armi-allucraina/>; <https://abruzzoweb.it/no-invio-armi-in-ucraina-anche-la-rai-ha-censurato-referendum-mattei-lottiamo-fino-allultimo/>; <https://presskit.it/2023/05/26/youtube-censura-film-sul-referendum-linvio-armi-allucraina/>.

Del resto, tutta l'informazione *mainstream* ha totalmente "ignorato" di svolgere la propria funzione di fronte ad una raccolta firme per un referendum che, pure, è uno strumento costituzionale cui spetterebbe la medesima visibilità in qualsiasi ambito si intenda svolgerlo, soprattutto da parte del c.d. servizio pubblico. La "censura" praticata sull'utilizatissimo social YouTube meriterebbe un articolo a parte, magari in futuro.

come possano o non possano intervenire sui contenuti postati da tutti noi che, in fin dei conti, gli diamo la vita⁷.

C'è da dire, peraltro, che i nuovi *moloch*, che prendono i nomi altisonanti di "disinformazione" e di "hate speech"⁸, sembrano costituire dei perfetti strumenti utili per l'insopprimibile bisogno di decidere cosa si possa e non si possa dire, che si appalesa per chi porta avanti un agenda politica frutto di alcun tipo di condivisione popolare,.

Il tutto, come ovvio, dimenticando volutamente gli strumenti giuridici esistenti, per il vaglio dei contenuti offensivi e gravemente offensivi che sono predisposti per porre un freno agli atteggiamenti effettivamente lesivi di posizioni individuali tutelate: il decoro, l'onore, la reputazione. Del resto l'Italia, è stata anche capace di depenalizzare il reato di abuso della credulità popolare⁹.

⁷ Trattasi di una questione la cui mancata risoluzione, soprattutto nel senso di considerare i social come editori, alla luce della loro continua pretesa di determinare i propri contenuti, finisce per avere enorme impatto su tutta la questione oggetto di queste pagine, cfr. <https://www.ilriformista.it/piattaforme-digitali-sono-come-editori-ma-senza-responsabilita-editoriale-basta-immunita-108843/> ; <https://metodonove.com/blog/i-social-sono-piattaforme-oppure-editori/>.

⁸ Anche il Senato italiano ha istituito una Commissione contro "l'odio", non considerando, forse, che si tratta di un sentimento umano e che, qualora non si trasformi in atti violativi della legge (per cui sono previste appositi interventi), pretenderne una qualche regolamentazione assume i toni e i contorni di una presuntuosa, allarmante nonché indebita intromissione nella vita dei cittadini <https://www.openpolis.it/in-senato-ce-una-nuova-commissione-straordinaria-contro-lodio/> ; <https://dirittodellinformazione.it/riparte-la-commissione-parlamentare-contro-lhate-speech/> . Mentre si scrivono queste note, non si hanno notizie pubbliche di riattivazione della stessa a seguito del cambio di Governo.

⁹ Senza approfondire temi estranei a queste pagine, si osserva che proprio il reato di abuso della credulità popolare (art. 661 c.p.) era destinato a punire il comportamento scorretto di chi, *violando o ignorando consapevolmente le regole di buona fede e correttezza che ne disciplinano l'attività finisce, anche gratuitamente ed eventualmente avvalendosi del mezzo della stampa o attraverso i social, rischia di causare un turbamento dell'ordine pubblico, perseguendosi quindi l'obiettivo di reprimere le pratiche delle c.d. scienze occulte nonché superstiziose e ciarlatanesche e comunque in grado di causare un turbamento nell'ordine pubblico (curiosamente, la distinzione tra questo reato, all'epoca dei fatti, e quello di truffa è stato oggetto di analisi da parte della giurisprudenza in relazione ad una nota vicenda di due "teleimbonitrici, madre e figlia, che ha occupato per anni anche le pagine dei giornali cfr. Cass. 4 marzo 2009, n. 11105, anche oggetto di qualche critica, cfr. https://www.nuovefrontierediritto.it/cass-penz-iv-sent-n-111052009/)*.

Comunque, nonostante l'amplessissimo numero di "operatori dell'occulto" agenti in Italia (sul tema cfr. G. MASTROPIERRO, *Piccole e grandi truffe: maghi, guaritori e affaristi*, 2010, disponibile qui http://eprints.bice.rm.cnr.it/5674/1/Piccole_e_grandi_truffe_maghi_guaritori_e_affaristi.pdf), con Decreto Legislativo n. 8 del 15 gennaio 2016 il legislatore decise di depenalizzare la fattispecie, trasformandola in illecito amministrativo punibile con una multa, alquanto pesante, dai 5.000 ai 15.000 euro. In effetti, peraltro, la pena massima in origine prevista, di soli tre mesi di reclusione, non pare costituisca un elemento dissuasivo adeguato, considerati anche i normali tempi processuali laddove, almeno in teoria, la snellezza della procedura amministrativa di inflizione della multa, potrebbero risultare più idonei allo scopo.

In effetti, allora, e per le ragioni che si illustreranno subito di seguito, questa figura di illecito viene in mente con riguardo a tutta una serie di affermazioni recentemente fatte a partire dalle massime cariche istituzionali (per tutte: la Presidenza della Repubblica con discorso del 27

luglio 2023, disponibile qui <https://www.quirinale.it/elementi/93742> ; l'ex Presidente della Corte Costituzionale, G.AMATO, con considerazioni del 31 luglio 2023 disponibili qui https://www.repubblica.it/politica/2023/07/31/news/giuliano_amato_clima_europa-409547460/), e a seguire da altri soggetti, qualificati o meno, in moltissime sedi, relativamente alla sostenuta assoluta certezza del ruolo dell'uomo (si usa parlare di "rilievo antropico") nella determinazione del c.d. Cambiamento Climatico, ed ai conseguenti insistenti richiami all'indifferibile necessità di cambiare i nostri stili vita, senza possibilità di sollevare obiezioni di alcun genere, pena, altrimenti, non ben chiarite conseguenze nefaste sulla stessa esistenza della vita del pianeta terra.

Da un lato, queste affermazioni risultano del tutto acriticamente riportate di fatto da tutta la c.d. informazione *mainstream*, fino a configurare quello che, a tutti gli effetti, sembrerebbe il "turbamento dell'ordine pubblico" di cui al citato art. 661 c.p., rappresentato, nel caso, dalla c.d. EcoAnsia (sorta di sindrome ansiosa che affliggerebbe i più disponibili a non esercitare il pensiero critico su certe affermazioni e, per la quale, sarebbero già nati centri di cura, chiaramente a pagamento cfr. https://firenze.repubblica.it/cronaca/2023/08/11/news/eco_ansia_paura_clima_giovani-410682052/) mentre, dall'altro lato, emerge come sempre più numeroso ed autorevole il numero di studiosi della materia che, con interviste e studi scientifici, contestano in radice queste ricostruzioni catastrofiche non riconoscendo, dapprima in alcun modo la pure affermata sostanziale unanimità delle stesse (cfr. F. BATTAGLIA, "Sul clima scienziati sicuri al 97%". Così nasce la balla sulle colpe umane", *La Verità*, 25 maggio 2023, p. 7; nonché Id., "ChatGpt ripete le bufale sul clima anche dopo essere stata corretta", *ivi*, 5 luglio 2023, pp. 12-13, ancora più interessante per la segnalazione che dà circa la "difficoltà" di aggiornare il noto strumento tecnologico; anche il Presidente dell'Organismo in seno all'Onu che si occupa del tema, Jim Skea dell'IPCC, risulta aver effettuato recentemente dichiarazioni assai tranquillanti e critiche dei toni apocalittici altrove utilizzati, cfr. M. LOY, *Anche il nuovo capo dell'IPCC frena "il mondo non sta per finire"*, *ivi*, 1° agosto 2023, pp. 3 e 4), nonché alcuna validità scientifica allo stesso propagandato "allarme climatico" (l'elenco, al riguardo, comincia a farsi particolarmente significativo, ma qui si rimanda, tra gli ultimi, al lungo e dettagliato intervento di J.F. CLAUSER, premio Nobel per la Fisica 2022, *ivi*, 17 agosto 2023, pp. 1 e 7 - opinioni già sinteticamente espresse e riportate, ad es. qui <https://scenarieconomici.it/la-narrativa-sul-cambiamento-climatico-riflette-la-corruzione-della-scienza-parola-di-premio-nobel-per-la-fisica/> e che sarebbero costate allo scienziato addirittura la cancellazione di una conferenza originariamente propostagli dal Fondo Monetario Internazionale <https://scenarieconomici.it/il-fmi-mette-a-tacere-premio-nobel-per-la-fisica-e-scettico-sul-cambiamento-climatico/> ; quello di A. ZICHICHI, notissimo fisico e divulgatore scientifico, da ultimo *ivi*, 7 agosto 2023, pp. 1-2; nonché e per ragioni di spazio, si rinvia al noto sito di scienziati nazionali e internazionali che si occupano del tema con ampio materiale scientifico disponibile e aggiornato www.clintel.org, che si è anche inutilmente speso con lettere alle istituzioni italiane, cfr. F. BATTAGLIA, "L'emergenza climatica non c'è: basta disinformare", *ivi*, 1° agosto 2023, pp. 1-3.

Non si giudichi secondario o, peggio, si sottovaluti il pure effettuato richiamo a quanto pubblicato sulla stampa quotidiana in quanto, almeno in questo caso e in questo periodo storico, esso si presenta indispensabile per illustrare adeguatamente i termini di un dibattito di enorme rilievo.

Se le istituzioni, dalle più alte cariche alle minori, ancorché non risultanti fornite di specifiche competenze in materia, decidono di introdurre attraverso ripetute e pressanti dichiarazioni, a loro volta riportate su tutti i mezzi di informazione, temi di così forte impatto sull'opinione pubblica, non possono che essere i medesimi contenitori, e per fortuna che qualcuno ancora è disponibile, a contenere repliche di esperti riconosciuti, non raramente insigniti di Premi Nobel, idonee a favorire la formazione di una opinione tendenzialmente completa, a quella massa indistinta del pubblico cui, più che ragionevolmente, non potrebbe chiedersi di andarsi ad

Gli stessi ordini professionali, che pure sarebbero tenuti a vigilare sul rispetto dei doveri di verità e di correttezza da parte dei loro iscritti, finiscono per rinunciare al loro ruolo, quando non addirittura a proporre un'interpretazione che arriva a sanzionare proprio i comportamenti che si direbbero rispettosi di quei doveri¹⁰.

E certo permangono i casi di censura "diretta", come quello interpretato fisicamente da Tucker Carlson¹¹, giornalista licenziato da Fox per la sua attività "troppo aggressiva"(?) sulla questione vaccini, che in una delle sue ultime esilaranti interviste, raccontava come il problema non stesse nel fatto di manifestare pazzia, per esempio, andando in televisione sostenendo che la terra è piatta, in quanto la gente riderebbe, diversamente però, se si provasse a chiedere cosa effettivamente è successo con il Building 7 (ed è noto che si sta parlando del palazzo crollato l'11 settembre 2001 senza risultare colpito da alcun aereo), si verrebbe immediatamente cacciato, perché è una cosa che non si può chiedere.

informare sulle riviste di settore dell'attendibilità o meno delle affermazioni provenienti da enti e istituzioni pubbliche e private diffuse con tali potentissimi strumenti (sulla fondamentale differenza tra "contenitori" e "contenuti" in questo ambito specifico cfr. ancora C. MAGNANI, *op. cit.*, nelle conclusioni pp. 155 ss.).

Dalla situazione descritta sembrano potersi sviluppare due ulteriori considerazioni.

In primis, una con riguardo alle modalità con cui svolgono l'attività giornalistica coloro che si prestano a riportare acriticamente, quando non anche con evidente supporto di proprie argomentazioni, le posizioni provenienti da Istituzioni in alcun modo riconosciute come conoscitrici qualificate del tema, in relazione a quanto previsto dall'art. 2 del Testo Unico dei Doveri del Giornalista di rispettare la "verità" (cfr., al riguardo e per il concetto fondamentale di "verità putativa", C. MAGNANI, *Finché ci sono fakenews c'è speranza cit.*, pp. 47 ss.).

In secundis, sussiste la sensazione, almeno mentre si scrivono queste note, che le preoccupanti e indiscutibili osservazioni di V. BALDINI, *Dinamiche della trasformazione costituzionale*, Bari, 2023, pp. 123 ss., in particolare 132-138, in relazione a quanto finora avvenuto sul tema della c.d. "vaccinazione anti Covid 19", con un appiattimento totalmente acritico dei massimi organi istituzionali, dalla Presidenza della Repubblica, alla Corte Costituzionale, agli Organismi disciplinanti l'esercizio delle professioni sanitarie, su una sorta di verità scientifica di Stato, cioè esclusivamente proveniente da organismi ad esso riconducibili o da esso riconosciuti, non si stia replicando in questa diversa materia (o, non si stia riuscendo a replicare).

¹⁰ Non può non ricordarsi però che gli stessi, con la sostanziale trasformazione in enti di diritto pubblico a seguito della c.d. legge Lorenzin (L. 11 gennaio 2018, n.3), hanno finito per essere di fatto portatori di interessi oggettivamente riconducibili al governo di turno, finendosi per vedersi significativamente incisa la loro originaria funzione. Quella normativa giunse al termine di una strategia sanitaria quanto meno discutibile ed oggetto di pressoché nullo dibattito pubblico,

cfr. https://www.aifa.gov.it/web/guest/dettaglio-notizia?p_p_id=it_gov_aifa_portlet_GestioneCookies&p_p_lifecycle=1&p_p_state=normal&p_p_mode=view&it_gov_aifa_portlet_GestioneCookies_javax.portlet.action=deleteCookiesAIFA&p_auth=JA4WowLj

¹¹ Giornalista televisivo e scrittore statunitense diventato particolarmente noto sul canale Fox News per le sue inchieste ed opinioni dissacranti in relazione alla pandemia sino ad esserne licenziato il 24 aprile 2023, ancorché senza spiegazione ufficiale. Da allora ha continuato con grande successo di pubblico, su Twitter (X) risulta seguito da 10 milioni di account, a realizzare importanti interviste con i principali personaggi del mondo americano, attraverso suoi canali informativi personali. La dichiarazione riportata in seguito nel testo è tratta da una sua intervista resa pubblica sul suo canale Telegram il 27 maggio 2023.

O, ancora, come recentemente segnalato dal giornalista statunitense Glenn Greenwald, illustrando un sondaggio Harris-Harward, per cui i cosiddetti Corporate Media (cioè i giganti dell'informazione Usa) non tanto e non solo contestano le opinioni non gradite dei loro cittadini, quanto piuttosto impediscono proprio che tale opinioni vengano riportate¹².

E tuttavia, il problema è arrivato ad un livello più alto e più grave come, tra gli ultimi, conferma l'articolo di un professore di filosofia della Luiss, recentemente apparso sul quotidiano Domani, dal titolo "Il negazionismo climatico dovrebbe essere un reato"¹³.

Orbene, senza alcun infingimento e su un tema oggetto di un relevantissimo dibattito, sol che si gratti un minimo la patina di apparente unanimità che viene diffusa dall'informazione cosiddetta *mainstream*, ecco affacciarsi alla ribalta il "reato di opinione".

Non è questa la sede per andare oltre al semplice richiamo delle posizioni di alcuni indiscutibilmente esperti della materia, come il Premio Nobel John Francis Clauser¹⁴, il Premio Nobel Carlo Rubbia¹⁵, i Proff. Zichichi¹⁶, Franco Prodi¹⁷, Alberto Prestininzi¹⁸ e tanti altri che segnalano l'assoluta inappropriatezza, fondamentalmente scientifica, di certi approcci catastrofistici e pertanto ci si ferma qui.

Interessa, piuttosto, anche in considerazione dello spazio a disposizione, svolgere alcune considerazioni finali su ciò cui si sta assistendo e per far ciò, ci si avvarrà di quella sembra un'ottima riflessione di una firma del giornalismo italiano protetta dallo pseudonimo di Bonifacio Castellane:

¹² G. GREENWALD è un avvocato e giornalista d'inchiesta statunitense particolarmente impegnato sul tema della censura e della libertà di espressione, su Twitter (X) risulta seguito da due milioni di account, il caso segnalato nel testo si riferisce ad una sua serie di tweet del 21 maggio 2023, contenenti i relativi richiami a questo link <https://t.co/Lor6QSUnl6>.

¹³ Cfr. G. PELLEGRINO, *Il negazionismo climatico dovrebbe essere reato*, sito web www.editorialedomani.it, 22 maggio 2023, 20.31. Alquanto incredibilmente, questa già grave presa di posizione ha avuto un'ulteriore seguito mediatico da parte di un parlamentare della Repubblica per poi, al momento in cui si scrivono queste note, non risultare più oggetto di attenzione, cfr. <https://www.avvenire.it/attualita/pagine/bonelli-ora-una-legge-contro-i-negazionisti>.

¹⁴ Per il quale v. nota 9.

¹⁵ Premio Nobel per la fisica nel 1984, del quale è noto questo intervento al Senato del 2015 sul tema, <https://scenarieconomici.it/carlo-rubbia-la-verita-sul-cambiamento-climatico-da-ascoltare/>

¹⁶ Per il quale v. nota 9.

¹⁷ Si tratta del più titolato fisico del clima italiano che recentemente ha avuto modo di ribadire in molte occasioni pubbliche le evidenze della sua vita di studioso circa le effettività e la causalità del c.d. riscaldamento globale, cfr., ad es., T. MATTEI, *Franco Prodi: "Sul clima combatto la pseudoscienza e sono perseguitato"*, *La Verità*, 21 novembre 2022, p. 6; F. BORGONOVO, *"Le alluvioni non aumentano. Aumentano i danni, perché manca la cura dei territori"*, *ivi*, 23 maggio 2023, p. 5.

¹⁸ Geologo, già docente de La Sapienza di Roma curatore, tra le ultime cose, di AA.VV., *Dialoghi sul clima. Tra emergenza e conoscenza*, 2022, Soveria Mannelli, nonché assai presente anche nel dibattito quotidiano che ormai si registra al riguardo, per es. l'intervista rilasciata a F. DRAGONI, *"Vi svelo le bugie della green economy"*, *La Verità*, 9 gennaio 2023, p. 8.

“Quando le tue battaglie politiche e ideologiche non si basano più su convinzioni radicate, bensì su dogmi, stai implicitamente rinunciando alla società civile per dare vita alla guerra civile...quando non puoi più basare il confronto sul dibattito...devi ricorrere alla forza. Come in tutti i totalitarismi, devi sanzionare i dissidenti, devi rieducarli, devi estrometterli dalla società”¹⁹.

Ecco, per opporsi a questo pericolo a questa deriva nella quale siamo già inseriti, la strada che mi sento assolutamente di condividere è quella di chiedere, se non proprio di pretendere, che, a livello europeo, si adotti quanto prima un provvedimento normativo che sia chiarissimo nel vietare espressamente la censura e il reato di opinione.

Sarà o è il Digital Service Act²⁰ questo provvedimento?

A leggere le recenti polemiche tra la Commissione Europea e Elon Musk²¹, in relazione a certe posizioni assunte su twitter, non sembrerebbe, tuttavia, è già stato ampiamente verificato come, in certi atti normativi europei risulta scritto qualcosa che poi, però, anche gli stessi estensori illustrano e applicano in senso non conforme al relativo dettato, quando non è direttamente la stampa a farlo.

Occorreranno, allora, grande attenzione e serietà nella messa in atto concreta di questo provvedimento.

¹⁹ La citazione è ripresa da B. CASTELLANE, *Servono leggi per vietare la censura*, *La Verità*, 28 maggio 2023, p. 8, sul medesimo quotidiano del 20 agosto 2023, p. 3, è apparsa la notizia secondo cui l'autore ed editore F. GIUBILEI starebbe lavorando alla redazione di una proposta normativa da sottoporre al Governo, proprio per proteggere in maniera più immediata il diritto alla libertà di espressione, di cui è possibile notare una continua pretesa di limitazione alla luce di asserite “posizioni oggettive”, che si assumono non discutibili né criticabili.

²⁰ Per questo provvedimento è prevista un'entrata in vigore in più momenti, il primo il 25 agosto 2023 e successivamente per il febbraio 2024:

<https://www.ilgiornaleditalia.it/news/innovazione/523817/digital-service-act-censura-informazione-ue-liberta-espressione.html>;

https://www.repubblica.it/tecnologia/2023/06/23/news/ue_musk_potenziare_twitter_entro_il_25_agosto-405495058/;

<https://www.agendadigitale.eu/mercati-digitali/digital-services-act-cose-e-cosa-prevede-la-legge-europea-sui-servizi-digitali/>.

²¹Cfr. <https://culture.globalist.it/media/2023/06/12/elon-musk-sfida-lunione-europea-twitter-non-aderisce-al-digital-services-act/> ; <https://www.corrierecomunicazioni.it/europa/digital-services-act-breton-sente-musk-twitter-si-adequi-a-norme-ue/>.

Libertà di informazione, poteri privati e tutela dei dati personali nell'era digitale*

di

Armando Lamberti**

Sommario: 1. Premessa: libertà di manifestazione del pensiero, libertà di informazione, libertà informatica di fronte alla nuova “grande trasformazione”. 2. Lo strapotere dei giganti del web: mercati digitali e diritti fondamentali. 3. La censura privata come forma di potere privato. Per un “costituzionalismo digitale preso sul serio”. 3.1 (segue) I regolamenti DSA e DMA: punti di forza e limiti della nuova disciplina euro-unitaria. 3.2 (segue) Poteri privati e protezione dei dati personali. 4. Conclusioni.

1. Premessa: libertà di manifestazione del pensiero, libertà di informazione, libertà informatica di fronte alla nuova “grande trasformazione”.

Il tema delle dinamiche della libertà di manifestazione del pensiero, tradizionalmente al centro della riflessione della dottrina giuspubblicistica, può essere affrontato da una moltitudine di angoli visuali; tra questi, appare senz'altro feconda, oggi più che mai, la prospettiva del rapporto tra libertà di informazione e poteri privati nell'era digitale. Si tratta, infatti, di un angolo di analisi particolarmente significativo – su cui oggi vanno interrogandosi sempre più anche i giovani studiosi (come rivelano le più recenti trattazioni monografiche) – che mostra l'attualità della riflessione, compiuta ormai più di cinquanta anni fa, da un

grande Maestro quale Giorgio Lombardi nel volume *“Potere privato e diritti fondamentali”* (1970)¹.

La grande sfida per il costituzionalismo, oggi, è rappresentata, a ben vedere, proprio dall'emersione di poteri privati, in particolare dei giganti del *web* (le grandi piattaforme), protagonisti di quello che Shoshana Zuboff ha analiticamente descritto come il *“capitalismo della sorveglianza”*² nell'era di una nuova *“grande trasformazione”*³.

* Il contributo riprende e sviluppa il testo della relazione tenuta in occasione della Giornata di studi sul tema *“La libertà di manifestazione del pensiero nell'esperienza costituzionale contemporanea”*, svoltasi l'8 giugno 2023 presso l'Università degli studi di Cassino e del Lazio Meridionale, sotto la direzione scientifica del Prof. Vincenzo Baldini.

** Ordinario di Istituzioni di Diritto Pubblico e di Diritto Costituzionale presso l'Università degli Studi di Salerno.

¹ G. LOMBARDI, *Potere privato e diritti fondamentali*, Giappichelli, Torino, 1970. Nella dottrina giusprivatistica, il tema è stato affrontato in particolare da C. M. BIANCA, *Le autorità private*, Jovene, Napoli, 1977; negli studi costituzionalistici, v., più di recente M. ESPOSITO, *Profili costituzionali dell'autonomia privata*, Padova, CEDAM, 2003. Per una riproposizione della categoria proprio con riferimento alle piattaforme online, cfr., tra gli altri, M. BASSINI, *Internet e libertà di espressione – Prospettive costituzionali e sovranazionali*, Aracne, Canterano (RM), 2019, pp. 107 ss. e O. GRANDINETTI, *Facebook vs. CasaPound e Forza Nuova, ovvero la disattivazione di pagine social e le insidie della tutela multilivello dei diritti fondamentali*, in *Rivista di diritto dei media*, 2021, pp. 173 ss. V. anche A. PAPA, *Espressione e diffusione del pensiero in Internet. Tutela dei diritti e progresso tecnologico*, Giappichelli, Torino, 2009, specie pp. 241 ss. Tra le più recenti trattazioni monografiche, cfr. F. PARUZZO, *I sovrani della rete. Piattaforme digitali e limiti costituzionali al potere privato*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2022; A. IANNOTTI DELLA VALLE, *Le regole di Internet tra poteri pubblici e privati. Tutela dei diritti e ruolo dell'antitrust in una prospettiva costituzionale*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2023; E. CREMONA, *I poteri privati nell'era digitale. Libertà costituzionali, regolazione del mercato, tutela dei diritti*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2023.

² S. ZUBOFF, *Il capitalismo della sorveglianza*, trad. it. Luiss University Press, Roma, 2019, *passim*.

³ Com'è noto, il lessico della grande trasformazione si deve al classico di K. POLANYI, *La grande trasformazione* (1944), trad. it. Einaudi, Torino, 2010, che descrive, con un'accurata ricostruzione storico-sociologica comparata, la nascita dell'economia di mercato e i processi sociali che ne conseguono (verso la *“società di mercato”*); su basi polanyane, recentemente numerosi studiosi hanno tematizzato una nuova *“grande trasformazione”*, quella dell'economia e della società digitali: per esempio, Julie Cohen (J. E. COHEN, *Between Truth and Power: The Legal Constructions of Informational Capitalism*, Oxford University Press, Oxford, 2019) considera, accanto ai tre tradizionali fattori produttivi (terra, lavoro, capitale), un quarto fattore, la mercificazione dei dati; gli studiosi francesi Azais, Corsani e Dieuiaide (C. AZAIS, A. CORSANI, P. DIEUAIDE, *Vers un capitalisme cognitive?*, Harmattan, Parigi, 2002) già da tempo hanno descritto, in termini analoghi, l'emersione di un *“capitalismo cognitivo”* in cui, accanto alle tradizionali catene del valore, subentra una catena di beni immateriali su cui si basa sempre di più la ricchezza della società dell'informazione; la stessa Shoshana Zuboff, in altro lavoro (S. ZUBOFF, *Big Other: Surveillance Capitalism and the Prospects of an Information Civilization*, in *Journal of Information Technology*, 1/2015, pp. 75-89) ha provocatoriamente paragonato i processi di mercificazione dei dati alle forme di accumulazione del capitale mediante conquista. Cfr. anche, in ambiente italiano, U. PAGALLO, *La grande trasformazione. Datificazione della società, tutela dell'ambiente e rischi*

Ed è in questo contesto di anomia del pubblico e di normazione del privato che si realizza l'intuizione del Forstshoff de "Lo stato della società industriale", secondo il quale le costituzioni – a fronte di uno Stato ridotto a macro-amministrazione priva di qualsivoglia potenza politica, funzionale alle esigenze della realizzazione tecnica – perdono la propria capacità ordinante, sicché il singolo viene a trovarsi sguarnito, indifeso, innanzi alle pretese dei gruppi sociali e dei grandi attori privati: "l'elemento di potere dei prodotti della tecnica" – scriveva Forstshoff – si manifesta così nella naturale opposizione di questa alla ideologia delle libertà"⁴.

Prima di addentrarci, però, più specificamente, su questo terreno, occorre un – sia pur sintetico – inquadramento dommatico della libertà di informazione, come

e opportunità dell'innovazione tecnologica, in M. DURANTE – U. PAGALLO (a cura di), *La politica dei dati. Il governo delle nuove tecnologie tra diritto, economia e società*, Mimesis, Milano, 2022, pp. 123-140.

Da ultimo, v. anche B. C. HAN, *Infocrazia. Le nostre vite manipolate dalla rete*, trad. it. Einaudi, Torino, 2023, il quale definisce "regime dell'informazione" quella "forma di dominio nella quale l'informazione e la sua diffusione determinano in maniera decisiva, attraverso algoritmi e Intelligenza Artificiale, i processi sociali, economici e politici" (p. 3). Diversamente dal regime disciplinare, che "è la forma di dominio del capitalismo industriale", "a essere sfruttati non sono corpi ed energie, ma informazioni e dati. Decisivo per la conquista del potere non è il possesso dei mezzi di produzione, bensì l'accesso a informazioni che vengono utilizzate ai fini della sorveglianza psico-politica, del controllo e della previsione dei comportamenti. Il regime dell'informazione si accompagna al capitalismo dell'informazione, che evolve in capitalismo della sorveglianza e declassa gli esseri umani a bestie da dati e consumo" (ibidem). "Nella società dell'informazione gli ambienti isolati propri del regime disciplinare si dissolvono in reti aperte. Nel regime dell'informazione valgono i seguenti principi topologici: le discontinuità sono abbattute in favore della continuità. Al posto delle chiusure compaiono le aperture. Le celle d'isolamento vengono sostituite dalle reti comunicative. La visibilità è ora prodotta in maniera completamente diversa, non mediante l'isolamento ma attraverso la connessione. La tecnica informatica digitale rovescia la comunicazione in sorveglianza: quanti più dati generiamo, quanto più intensivamente comunichiamo, tanto più efficiente diventa la sorveglianza. Il telefono portatile come apparato di sorveglianza e sottomissione sfrutta la libertà e la comunicazione. Nel regime dell'informazione gli esseri umani non si sentono sorvegliati ma liberi. Paradossalmente, è proprio il senso di libertà a garantire il dominio. In ciò il regime dell'informazione si differenzia in modo fondamentale dal regime disciplinare. Il dominio si compie nel momento in cui libertà e sorveglianza coincidono" (ivi, p. 7).

⁴ E. FORSTHOFF, *Lo Stato della società industriale*, trad. it. a cura di A. Mangia, Giuffrè, Milano, 2011, p. 33. Per un quadro dell'ultimo Forstshoff, cfr. F. MEINEL, *Der Jurist in der industriellen Gesellschaft. Ernst Forstshoff und seine Zeit*, Akademie Verlag, Berlin, 2011. Per un'attualizzazione del pensiero di Forstshoff nell'era del cosiddetto capitalismo politico, v. l'analisi di P. PILUSO, *L'età (post-)globale, il nuovo "capitalismo politico" e la disciplina del golden power. Profili di dottrina dello Stato e di diritto costituzionale*, in *Federalismi.it*, 17/2023, pp. 203 ss.

“corollario” della libertà di manifestazione del pensiero⁵. Quest’ultima, riconosciuta dall’art. 21 Cost., è tradizionalmente qualificata come la “pietra angolare” del sistema democratico, come ebbe a dire la stessa Corte Costituzionale nella storica sentenza n. 84 del 1969. La libertà di manifestazione del pensiero costituisce, cioè, “una di quelle condizioni che meglio caratterizzano il regime vigente nello Stato, condizione com’è del modo di essere e dello sviluppo della vita del Paese in ogni suo aspetto culturale, politico e sociale” (Corte Cost., sentenza n. 9/1965), in quanto «diritto coesenziale al regime di libertà garantito dalla Costituzione» (Corte Cost., sentenza n. 11/1968).

Corollario della libertà di manifestazione del pensiero è, appunto, la libertà di informazione (come la Consulta ha avuto modo di enunciare più volte, già a partire dalla sentenza n. 105/1972), rispetto alla quale si può a ragione asserire che costituisca uno dei principali cardini per la tenuta democratica di un Paese, o, se si preferisce, la condizione essenziale per l’attuazione dell’essenza propria dello Stato democratico. Non si può non cogliere, quindi, la “coesenzialità (...) tra la libertà di espressione usata a fini informativi e la forma di Stato democratico”⁶.

Orbene, già nel 1981, un indimenticato studioso quale Vittorio Frosini, nel saggio su *“La protezione della riservatezza nella società informatica”*⁷, proponeva un’originale e, per l’epoca, pionieristica lettura, elaborando la dottrina della *“libertà informatica”* (come nuovo diritto scaturente dall’evoluzione della società tecnologica). Essa veniva ricostruita – al pari della libertà politica, secondo la lezione di Isaiah Berlin – come *“positiva”* e *“negativa”*: la libertà informatica negativa esprimeva il diritto di

⁵ Sul tema, sia consentito il rinvio ad A. LAMBERTI, *L’informazione televisiva tra diritto comunitario e diritto interno*, Giuffrè, Milano, 1997; ID., *Libertà di informazione televisiva e diritti fondamentali (Valori e principi costituzionali)*, Giuffrè, Milano, 2001 (2a ed. 2005); ID., *Libertà di informazione. Dialoghi tra le Corti e prospettive*, Brunolibri, Salerno, 2014; ID., *Libertà di informazione e democrazia. Profili di tutela multilivello*, Brunolibri, Salerno, 2016; ID., *Libertà di informazione e democrazia ai tempi della società digitale*, in *Consulta Online*, 2/2022, pp. 875-908, e all’ampia bibliografia citata in quelle sedi.

⁶ Così E. CHELI, *La libertà di informazione e pluralismo informativo negli indirizzi della giurisprudenza costituzionale*, Roma, 2007, p. 7

⁷ V. FROSINI, *La protezione della riservatezza nella società informatica*, in N. MATTEUCCI (a cura di), *Privacy e banche dei dati*, Il Mulino, Bologna, 1981, pp. 37 ss.; cfr., sul punto, il ricordo di T. E. FROSINI, *La privacy nell’era dell’intelligenza artificiale*, in ID., *Diritto senza confini*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2022, in particolare pp. 200 ss.

non rendere di dominio pubblico determinate informazioni di carattere personale, quella positiva la facoltà di esercitare un diritto di controllo su quei dati riguardanti la propria persona fuoriusciti dalla cerchia della privacy. Ed è a questa concezione della “libertà informatica positiva” che si collega la stessa teorizzazione dello *habeas data* – su cui tanto ha riflettuto Stefano Rodotà⁸ –, come proiezione dell’antico *habeas corpus* sul “corpo” virtuale, informatico, della persona, rappresentato dal fascio dei dati che la riguardano. Considerazioni, queste, che torneranno utili quando si soffermerà l’attenzione sulla protezione dei dati personali.

Per il momento, è d’uopo sottolineare un aspetto: vale a dire che, come lo stesso Vittorio Frosini aveva intuito nel saggio del 2000 su “*L’orizzonte giuridico dell’Internet*”⁹, con l’avvento del web il diritto di libertà informatica da lui teorizzato “è diventato una pretesa di libertà in senso attivo, non libertà *da*, ma libertà *di*, che è quella di valersi degli strumenti informatici per fornire e ottenere informazioni di ogni genere. È il diritto di partecipazione alla società virtuale, che è stata generata dall’avvento degli elaboratori elettronici nella società tecnologica: è una società dai componenti mobili e dalle relazioni dinamiche, in cui ogni individuo partecipante è sovrano nelle sue decisioni”¹⁰. In questa prospettiva, allora, a ben vedere, la libertà informatica viene a saldarsi alla libertà di informazione nel suo profilo “dinamico” (che, com’è noto, si accompagna al profilo attivo e a quello passivo), secondo lo spirito dell’art. 19 della Dichiarazione universale dei diritti dell’uomo, che parla di un diritto di “cercare, ricevere, diffondere con qualunque mezzo di espressione, senza considerazione di frontiere, le informazioni e le idee”.

Ma, giunti a questo punto, la domanda sorge spontanea: il quadro ora ricostruito è ancora del tutto adatto a descrivere le sfide che l’era digitale ci pone innanzi?

2. Lo strapotere dei giganti del web: mercati digitali e diritti fondamentali.

⁸ S. RODOTÀ, *Tecnologie e diritti*, ried. Il Mulino, Bologna, 2021. Sul tema, v. anche, tra gli altri, S. PIETROPAOLI, *Habeas data. I diritti umani alla prova dei Big Data*, in S. FARO, T. E. FROSINI, G. PERUGINELLI (a cura di), *Dati e algoritmi. Diritto e diritti nella società digitale*, Il Mulino, Bologna, 2020, pp. 97 ss. Cfr. anche M. R. ALLEGRI, *Ubi Social, Ibi Ius. Fondamenti costituzionali dei social network e profili giuridici della responsabilità dei provider*, Giuffrè, Milano, 2018, pp. 75-77.

⁹ V. FROSINI, *L’orizzonte giuridico dell’Internet*, in *Diritto dell’informatica*, 2000, pp. 271 ss.

¹⁰ Ivi, p. 275.

Se si guarda con lucido realismo alla complessità dello scenario attuale, appaiono ben lontani i tempi in cui, forse con ottimismo alquanto ingenuo, si coltivava il sogno, l'utopia libertaria, di una rete indipendente da ogni potere, come nuovo regno della libertà: dalla provocatoria *Dichiarazione di indipendenza del cyberspazio* di Barlow del 1996 – vero e proprio inno alla libertà e ad Internet come nuova dimora della Mente lontana dalle ingerenze dei “Governi del Mondo Industriale, stanchi giganti di carne e di acciaio” – si è ormai pervenuti ad una situazione in cui tiranneggiano poteri privati ed in cui la libertà dell'utente – ormai una “libertà vigilata” (per dirla con il titolo provocatorio del libro di David Kaye¹¹) – è sempre più messa alla prova¹².

¹¹ D. KAYE, *Libertà vigilata. La lotta per il controllo di Internet*, trad. it. Treccani, Roma, 2021.

¹² V. anche le considerazioni espresse, sul tema della trasformazione di Internet, da O. POLLICINO – M BASSINI – G. DE GREGORIO, *Internet Law and Protection of Fundamental Rights*, BUP, Milano, 2022, in particolare pp. 13-14: “A technological optimism characterized the early days of the digital environment. At that time, the Internet promised an emancipation of the public sphere and democracy from public controls through decentralization and anonymity. This positive trend was confirmed in countless numbers of cases. It would be enough to mention how social media and search engines have provided irreplaceable tools for exercising the two sides of freedom of expression, precisely the right to inform and to be informed. Online speech has shown its ability to influence elections, to expand the exchange of new ideas to a global scale, and to support minorities and political movements as an instrument of emancipation, such as during the Arab Spring. While at first glance this picture would suggest that the digital environment has enhanced freedom of expression while emancipating individual freedom from the interference of public authorities, a closer look reveals that the flow of information online is not without control. In recent years, states have taken steps to regulate online speech to tackle extreme content or the spread of unauthorized copyright content. In some cases, public actors have also relied on shutting down the Internet extensively despite the economic consequences. Nonetheless, the control of online speech is not merely related to online censorship by public authorities that are already subject to constitutional obligations. The exercise of power over information also concerns private actors. Although the Internet has enhanced access to different types of information, this positive effect is lessened by a substantial restriction in the autonomy of users that are subject to governance of online platforms. Unlike public actors, online platforms are not required to ensure the same constitutional safeguards when they take decisions over the organization or removal of speech online. These actors can enforce and balance the vast amount of online information outside any public safeguard, primarily the rule of law, as also shown by the blocking of Donald Trump's accounts by Facebook and Twitter. These considerations can also be extended to the field of data. At the end of the 20th century, the digital environment was considered a space to ensure the protection of privacy through anonymity and decentralization, which was seen as a way to protect freedoms from public interference. However, this framework of anonymity and decentralization has not been an obstacle for public actors, which have increasingly relied on the digital environment as an instrument of surveillance (...). The paradigmatic idea of a public panopticon can be considered one of the primary concerns in the digital age”.

In realtà, la pretesa libertà del cyberspazio “non è altro che un corollario della nota meta-narrazione dell’idea di ‘costituzione spontanea’ che ancora una volta si riaffaccia prepotente nella vita degli uomini e pretende di regolare egoisticamente la realtà sociale celando la sua volontà di potenza dietro lo schermo della neutralità tecnica”: accontentarsi, perciò, “di fare affidamento sulle *magnifiche sorti e progressive* che la Rete e i suoi signori sarebbero in grado di garantire significa sottovalutare la garanzia degli interessi dei cittadini che gli ordinamenti giuridici statali, ancorché offuscati, sono in grado di apprestare”¹³.

Una delle caratteristiche fondamentali dei mercati digitali, infatti, è che in essi “*the winner takes it all*” (“il vincitore prende tutto”): essi, cioè, sono intrinsecamente connotati da una tendenza all’oligopolio e al monopolio (sol se si pensi che Google detiene una quota di mercato del 92,48% tra i motori di ricerca), per effetto di alte barriere all’ingresso, economie di scala, effetti di rete, utilizzo dei dati.

Una volta che il “vincitore” ha conquistato il mercato, quindi, l’opportunità per le potenziali imprese concorrenti di contrastarne la posizione è minima, se non nulla. In tal modo, i colossi del web diventano anche i “*gatekeepers*” del mercato, cioè i detentori delle chiavi di accesso, in quanto la loro intermediazione “diviene un passaggio necessario per le imprese ordinarie, nei rapporti con la propria clientela”¹⁴, sicché da questa posizione le *Big Tech* possono imporre agevolmente condizioni particolarmente onerose.

Da questa condizione monopolistica od oligopolistica discendono conseguenze importanti sotto svariati profili:

- 1) *Profilo della monetizzazione dei dati e dell’orientamento del comportamento degli utenti*¹⁵: grazie all’utilizzo di ingenti quantità di dati, che di fatto rappresentano la monetizzazione del consenso degli utenti, le piattaforme acquisiscono un numero e una varietà straordinari di informazioni sul

¹³ Così efficacemente M. BETZU, *I baroni del digitale*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2022, pp. 22-23.

¹⁴ In questi termini M. LIBERTINI, *Sugli strumenti giuridici di controllo del potere economico*, in *Diritto Pubblico*, 3/2021, p. 908.

¹⁵ Tema affrontato, in particolare, in E. CREMONA – F. LAVIOLA – V. PAGNANELLI (a cura di), *Il valore economico dei dati personali tra diritto pubblico e diritto privato*, Giappichelli, Torino, 2022.

soggetto, così da prevedere e orientare i comportamenti futuri e le scelte del consumatore;

- 2) *Profilo della protezione dei dati personali*: sotto questo profilo, ci si avvede che proprio la tendenza al monopolio privato accresce i rischi in termini di protezione dei dati personali; basti pensare che le più significative questioni sulla *privacy* riguardanti *Facebook* si sono poste proprio quando la piattaforma ha assunto un dominio sul mercato con l'uscita dei principali concorrenti e l'acquisizione di *Instagram*;
- 3) *Profilo del pluralismo informativo*¹⁶: un impatto rilevante sul sistema democratico lo assume il ruolo dei "gatekeepers", sia nell'attività di raccomandazione che di moderazione dei contenuti da parte delle piattaforme online; in particolare, "la ricchezza delle reti, cresciuta all'ombra della convinzione che la tecnica sia uno strumento neutrale che consente di ampliare la sfera di libertà e di rafforzare la partecipazione democratica, pur permettendo in linea teorica il più ampio accesso al pluralismo informativo, non ha consentito 'nella' rete a queste condizioni di affermarsi in pieno"¹⁷, sicché il decentramento e la apertura nella produzione di informazioni sono ridimensionate dal fatto che in pochissime mani vengono ad essere accentrati quei servizi essenziali per rendere disponibili agli utenti quella stessa ingente messe di informazioni.

Da una parte, quindi, vi è il problema dei "gatekeepers" che detengono le chiavi delle informazioni nello sterminato universo del web: benché talora si sia portati a credere che Internet sia il non-luogo della disintermediazione, con l'utente-cittadino solo di fronte alle informazioni che fluiscono nel web, in realtà, quindi "l'enorme disponibilità di informazioni in rete sarebbe poco più che una vana promessa, come a dire, un'informazione impossibile, se non ci fosse

¹⁶ Sul tema, più generale, del pluralismo della (e nella) informazione, cfr., se si vuole, A. LAMBERTI, *Democrazia, pluralismo e informazione televisiva*, in AA.VV., *Scritti in memoria di Fulvio Fenucci*, Rubbettino, Soveria Mannelli (CZ), 2010, pp. 243-324; ID., *Libertà di informazione televisiva e tutela del pluralismo*, in C. MIRABELLI (a cura di), *La Costituzione repubblicana. Fondamenti, principi e valori tra attualità e prospettive*, Ares, Milano, 2010, pp. 708-747.

¹⁷ Così F. PARUZZO, *I sovrani della rete. Piattaforme digitali e limiti costituzionali al potere privato*, cit., p. 22.

l'intermediazione dei portali che raccolgono, filtrano, ordinano e rendono in pochi secondi disponibile l'informazione su una certa materia"¹⁸. Dall'altra parte, poi, vi è il problema sia della selezione e moderazione dei contenuti online – che apre a prospettive, come si vedrà a breve, di “censura privata” – sia dell'utilizzo di algoritmi, che si pongono ontologicamente come contrari all'idea del pluralismo informativo.

3. La censura privata come forma di potere privato. Per un “costituzionalismo digitale preso sul serio”.

Ed è proprio alla “censura privata” che appare opportuno dedicare un *focus*, non soltanto perché essa rappresenta una evidenza palmare dell'esercizio di un ‘potere privato’ che impatta su un diritto fondamentale della persona, ma anche perché, più in generale, questo fenomeno è espressione della torsione assunta da Internet o, se si vuole, dell'eterogenesi dei fini che si è ingenerata con l'era delle piattaforme (la rete da spazio di esercizio della “libertà informatica” – secondo l'accezione prima descritta in rapporto al profilo “dinamico” della libertà di informazione – a spazio di esercizio di poteri privati che impattano proprio, *inter alia*, sulla libertà di manifestazione del pensiero).

I nuovi “guardiani digitali”, quindi, sovrintendono al processo di produzione, diffusione e controllo del flusso informativo sulla rete, sicché si è venuta a determinare la “singolare situazione per cui gli stessi soggetti che si sono trovati a gestire gli strumenti tecnologici che rendono possibile la più ampia partecipazione all'accesso ed alla diffusione dell'informazione sugli spazi digitali sono allo stesso tempo coloro i quali controllano il flusso dei contenuti che possono transitare sulla rete, in quanto presiedono alla loro rimozione, selezione ed organizzazione”¹⁹.

Tutte le piattaforme digitali, infatti, presentano strutture interne per la moderazione dei contenuti (basate sui termini del servizio e sugli *standard della*

¹⁸ S. RODOTÀ, *Il diritto all'informazione*, in *IKON – Forme e processi del comunicare*, 2/2006, p. 22.

¹⁹ R. PETRUSO, *Le responsabilità degli intermediari della rete telematica. I modelli statunitense ed europeo a confronto*, Giappichelli, Torino, 2019, p. XVIII.

community), che può avvenire tanto *ex ante* (con sistemi automatici di filtro dei contenuti, attraverso particolari algoritmi volti ad impedire il caricamento di quei contenuti vietati dalle regole interne) quanto *ex post* (ora in maniera automatica, attraverso algoritmi interni al sistema delle piattaforme, ora in virtù delle segnalazioni degli utenti – c.d. *flagging* –, che portano ad un esame da parte dei moderatori sulla base delle linee guida interne).

Ecco, dunque, che è possibile evocare la tematica dei “poteri privati”, cioè di soggetti che, pur agendo nelle forme del diritto privato, nondimeno, per la loro forza economica e sociale, sono in grado di incidere sull’esercizio delle libertà fondamentali dei singoli (al punto che tale libertà finisce col diventare una “libertà fragile”²⁰, oppure addirittura una “libertà di essere controllati”²¹).

Di ciò sembra essersi resa conto, ormai, la stessa giurisprudenza americana, che pure ha sempre escluso la rilevanza inter-privata delle norme costituzionali: si pensi, ad esempio, a quelle pronunzie che hanno applicato la “*state-action doctrine*”²² alle piattaforme, riconoscendo in esse dei soggetti che, nello spazio virtuale, esercitano nei confronti di altri privati dei poteri “para-statali”, così da poter invocare anche nei loro riguardi il rispetto del Primo Emendamento; ma, ancora, quasi a voler individuare un manifesto delle nuove sensibilità, si consideri la *concurring opinion* del giudice Thomas nella sentenza della Corte Suprema nel caso *Packingham v. North Carolina*, che ha finalmente “squarciato” il velo delle piattaforme digitali²³ riconoscendo che esse danno luogo ad un “*private, concentrated control over online content*” (“controllo privato accentrato sui contenuti online”), sicché, pur essendo delle società private, devono essere sottoposte ad una

²⁰ S. SICA – G. GIANNONE CODIGLIONE, *La libertà fragile. Pubblico e privato al tempo della rete*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2014.

²¹ F. RIMOLI, *Democrazia, populismo digitale e “neointermediazione politica”: i rischi del cittadino telematico*, in *Liber Amicorum per Pasquale Costanzo*, disponibile in *Consulta Online*, 24 febbraio 2020, p. 7.

²² Su cui, nella letteratura anglofona, v., M. PATTY, *Social Media and Censorship: Rethinking State Action once again*, in *Mitchell Hamline Law Journal of Public Policy and Practice*, 2019, pp. 113 ss. Cfr. anche D. TEZZA, *Soluzioni tradizionali per piattaforme moderne: la state action (non) mostra i segni del tempo*, in *Medialaws. Rivista di diritto dei media*, 5 maggio 2020.

²³ Cfr. R. NIRO, *Piattaforme digitali e libertà di espressione fra autoregolamentazione e coregolamentazione. Note ricostruttive*, in G. DI COSIMO (a cura di), *Processi democratici e tecnologie digitali*, Giappichelli, Torino, 2023, pp. 245 ss. (in particolare pp. 248-249).

regolamentazione pubblica che limiti il loro potere di “*control over speech*” (“controllo della parola”). Sembra così esser finito il tempo in cui si inneggiava alla libertà delle piattaforme, auspicandosi – anche negli USA – ad una regolamentazione pubblica di questi soggetti.

Per la tradizione continentale, la strada verso maggiori garanzie è invece senza dubbio agevolata dalla tradizione della *Drittwirkung*, cioè della riconosciuta efficacia orizzontale delle norme costituzionali relative ai diritti fondamentali. Si tratta, appunto, della grande intuizione di Giorgio Lombardi, che si richiamava in apertura, e che richiede di essere ulteriormente sviluppata e attualizzata alla luce delle sfide della società digitale.

Impostazione, questa, che a ben vedere riflette, più in generale, il superamento – proprio delle costituzioni del Secondo Dopoguerra – della concezione ottocentesca dei diritti pubblici soggettivi²⁴ e l’affermazione, per dirla con le autorevoli parole di Alessandro Pace, della “piena efficacia della Costituzione anche nella società civile e nelle formazioni sociali di cui questa si compone”, il che implica – come la Corte costituzionale italiana ebbe a dire nella sent. n. 122 del 1970, dedicata proprio alla libertà di manifestazione del pensiero – che il dettato costituzionale debba “imporsi al rispetto di tutti, delle pubbliche autorità come dei consociati, e che nessuno possa recarvi attentato senza violare un bene assistito da rigorosa tutela costituzionale”.

D'altronde, per riprendere la lezione di Giorgio Lombardi, non ha senso parlare di garanzie di libertà soltanto contro le autorità pubbliche; atteso che l’ordinamento presenta un carattere di unitarietà nel suo complesso, la distinzione tra una sfera di garanzia verso lo Stato e un ambito di tutela nei confronti dei consociati è infondata (senza contare, poi, la stessa enorme difficoltà di isolare, nel quadro di una tutela unitaria della persona, la dimensione della garanzia delle libertà operante soltanto verso i pubblici poteri)

²⁴ G. JELLINEK, *Sistema dei diritti pubblici subiettivi*, trad. it. SEL, Milano, 1912.

Se questi sono i presupposti – se cioè il punto di partenza è rappresentato dalla *Drittwirkung* dei diritti fondamentali – allora vengono ad essere considerate sotto una luce diversa le stesse discussioni sul c.d. *costituzionalismo digitale*.

Se si vuol parlare di un “costituzionalismo digitale preso sul serio”, infatti, non si possono accogliere le prospettive del c.d. *societal constitutionalism*: per essere ben chiari, cioè, è da respingere il pensiero di Gunther Teubner²⁵, secondo il quale la regolamentazione della rete dovrebbe essere “solo il frutto della stessa società civile e delle dinamiche sociali ed economiche da essa prodotte”, così superando “la logica politica degli Stati per imporre nella sostanza il dominio dei regimi privati globali, vale a dire di quel diritto prodotto esclusivamente dagli stessi portatori degli interessi settoriali del mercato”²⁶.

La tesi di Teubner, infatti, come notava anche Rodotà, conduce ad una sorta di “medioevalismo istituzionale”²⁷ che “rivela l’incapacità di elaborare categorie interpretative atte a far fronte ai problemi del presente”²⁸. Parlare di fantomatiche “costituzioni civili” trans-nazionali, frutto di sottosistemi autonomi della società civile globale, significherebbe arrendersi ai giganti del web, in nome di teorie meramente descrittive dimentiche della vocazione prescrittiva del costituzionalismo²⁹, elevando così i poteri privati dell’universo digitale “al rango di soggetti costituzionali” e “veri sovrani”, “legislatori, esecutivi e giudici del cyberspazio, senza alcuna separazione dei poteri” in un periglioso “Medioevo digitale”³⁰.

²⁵ G. TEUBNER, *La cultura del diritto nell’epoca della globalizzazione. L’emergere delle costituzioni civili*, Armando Editore, Roma, 2005.

²⁶ Così F. GALLO, *Democrazia 2.0. La Costituzione, i cittadini e le nuove forme di partecipazione*, in *Gnosis – Rivista italiana di Intelligence*, 2014, p. 66.

²⁷ In questi termini S. RODOTÀ, *Una costituzione per Internet*, in *Politica del diritto*, 3/2010, pp. 337 ss.

²⁸ Così F. GALLO, *Il futuro non è un vicolo cieco. Lo Stato tra globalizzazione, decentramento ed economia digitale*, Sellerio, Palermo, 2019, p. 135.

²⁹ Su cui, ampiamente, v. G. AZZARITI, *Il costituzionalismo moderno può sopravvivere?*, Laterza, Roma-Bari, 2013; di recente, v. ID., *Diritto o barbarie. Il costituzionalismo moderno al bivio*, Laterza, Roma-Bari, 2020.

³⁰ Così M. BETZU, *Poteri pubblici e poteri privati nel mondo digitale*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, 2/2021, pp. 178-179.

Non sfugge, ancora, che la prospettiva teubneriana e, più in generale, l'idea di "sistemi auto-regolatori della frontiera digitale", "sembrano evocare la teoria hayekiana sull'ordine spontaneo"³¹, cioè di un *kosmos* "privo di un centro, inteso nel senso di un ordinamento costituito centralizzato", che perciò "predilige fisiologicamente il decentramento collaborativo e non ha uno scopo unificato, pur basandosi su interazioni cognitive e sulla essenza di un diritto naturale, spontaneo appunto"³². Sicché, a ben vedere, la tesi teubneriana dell'esistenza di costituzioni civili transnazionali (spontanee, perché derivanti dalle dinamiche delle interazioni sociali) tradisce la pretesa (ideologica) del mercato come ordine spontaneo e autoregolantesi secondo leggi naturali oggettive – una fallacia, questa, da tempo dimostrata da autorevole dottrina³³ – e non tiene conto, peraltro, che "le interazioni sociali non sono mai neutrali" ("come non lo è la tecnica e il suo dominio sulla realtà contingente"³⁴).

Dieter Grimm, sul punto, ha affermato con chiarezza che le "*civil constitutions cannot escape their originating conditions*" ("le costituzioni civili non possono sfuggire alle loro condizioni originarie")³⁵ e, in quanto complessi di norme private (come appunto gli *standard delle community* cui si è accennato), esse riflettono solo interessi parziali, giammai interessi generali: si tratterebbe, quindi, di teorie meramente descrittive di una realtà, senza porsi affatto il problema cruciale della sua legittimazione³⁶.

³¹ A. VENANZONI, *La sovranità tra ordine costituzionale, digitale e poteri privati*, in M. PROIETTI – A. VENANZONI (a cura di), *La sovranità digitale tra sicurezza nazionale e ordine costituzionale*, Pacini Giuridica, Pisa, 2023, p. 75.

³² Ivi, p. 76.

³³ Il riferimento è, inevitabilmente, all'ormai classico lavoro di N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, Laterza, Roma-Bari, 1998, *passim*. Sull'inscindibilità di politica, economia e diritto nell'approccio ai temi della c.d. costituzione economica, v., da ultimo, P. PILUSO, "*Costituzione economica*" e teoria della costituzione materiale, in *Rivista di Diritto Pubblico Europeo – Rassegna Online*, 2/2023, pp. 357-428.

³⁴ A. VENANZONI, *La sovranità tra ordine costituzionale, digitale e poteri privati*, cit., p. 77.

³⁵ D. GRIMM, *Constitutionalism: Past, Present and Future*, Oxford University Press, Oxford, 2016, p. 343.

³⁶ Cfr., M. BETZU, *I baroni del digitale*, cit., pp. 81-82, il quale sostiene che la teoria teubneriana "appare meramente descrittiva di una certa realtà, senza porsi correttamente il problema della sua base di legittimazione. Tiene conto dell'essere, pur fornendone una rappresentazione deformata, non del dover essere. Ed è anche per questa ragione che le costituzioni societarie

Non è questa, allora, la strada da intraprendere: lo sforzo, semmai, deve essere quello di aggiornare, come si diceva, la lezione di Lombardi sulla *Drittwirkung*, che passa anche attraverso una rilettura della dicotomia diritto pubblico/diritto privato e dalla costruzione sistematica di un nuovo diritto dei rapporti digitali conforme alla legalità costituzionale.

Giunti a questo punto, dunque, appare interessante applicare questo discorso teorico-generale ad alcuni casi specifici di censura privata sottoposti all'attenzione delle corti.

Si pensi, per esempio, alla controversia originatasi dalla disabilitazione del profilo Facebook del movimento di estrema destra Casa-Pound per violazione degli standard interni della community³⁷. Il Tribunale di Roma (ord. 12 dicembre 2019, n. 4), ha accolto il ricorso del movimento, alla luce del rilievo preminente che il servizio offerto da Facebook assume in relazione all'attuazione del principio costituzionale del pluralismo politico (art. 49 Cost.). Il rapporto tra l'utente (in tal caso, il movimento politico) ed il social network non è, secondo la corretta ricostruzione del Tribunale, un "rapporto tra due soggetti privati qualsiasi, in quanto una delle parti, appunto Facebook, ricopre una speciale posizione". Conseguentemente, il social network, nella contrattazione con gli utenti, non può non conformarsi al rispetto dei principi costituzionali, segnatamente al rispetto

non sono vere costituzioni, essendo espressioni di uno 'pseudo-costituzionalismo' del tutto antitetico rispetto al costituzionalismo novecentesco che storicamente ha espresso delle Costituzioni che postulavano un ordine istituzionale e sociale da realizzare *ex novo* ed erano – e sono – 'immerse nella pessimistica consapevolezza che tale ordine non si sarebbe realizzato con la spinta autonoma della società civile emancipata'. Al contrario, le costituzioni societarie del mondo digitale legittimano l'esistente, elevando Facebook e i suoi epigoni al ruolo di legislatori, esecutivi e giudici del cyberspazio, senza alcuna separazione dei poteri. Alla già avvenuta concentrazione di potere economico farebbe seguito la concentrazione, in capo a pochi baroni del digitale, di un potere informatico giuridicamente legittimato e il costituzionalismo perderebbe così il suo valore universale unificante. Saremmo quindi di fronte all'avvento di un Medioevo digitale nel quale le piattaforme farebbero la parte dei signori e gli utenti quella dei servi della gleba: *ubi social, ibi potestas*".

Per una analoga prospettiva teorica critica, v. già P. CIARLO, *Contro l'idea di costituzione spontanea*, in *Quaderni costituzionali*, 1/2002, in particolare pp. 101 ss.

³⁷ Su cui, v. almeno P. VILLASCHI, *La (non) regolamentazione dei social network e del web*, in M. D'AMICO – C. SICCARDI (a cura di), *La Costituzione non odia. Conoscere, prevenire e contrastare l'hate speech on line*, Torino, 2021, specie pp. 117 ss. e O. GRANDINETTI, *Facebook vs. CasaPound e Forza Nuova, ovvero la disattivazione di pagine social e le insidie della tutela multilivello dei diritti fondamentali*, cit., pp. 173 ss.

della libertà di manifestazione del pensiero e del pluralismo politico. E ciò – prosegue il Tribunale – sino a quando non si dimostri, con un accertamento da compiere attraverso una fase a cognizione piena, che l'utente abbia effettivamente operato una violazione. Anzi, come il Tribunale precisa in sede di reclamo (ord. 29 aprile 2020), il gestore del social network può, nell'esercizio dell'autonomia privata, prevedere contrattualmente cause di risoluzione concernenti qualità intrinseche dell'utente, ma soltanto a patto che “le associazioni escluse dal servizio e le condotte vietate siano interpretate conformemente alle leggi dello Stato e nel rispetto, o in attuazione, dei principi costituzionali o di fonti sovranazionali che definiscono i limiti della libertà di associazione e della libertà di manifestazione del pensiero”.

Nello stesso senso, peraltro, si è pronunciato anche il Tribunale costituzionale federale tedesco, ordinando a Facebook di ripristinare l'accesso alla pagina di un partito di estrema destra, che era stata temporaneamente oscurata proprio alla vigilia delle elezioni europee (ord. 22 maggio 2019, n. 42).

È questo, a ben vedere, proprio un modo corretto di interpretare la *Drittwirkung* delle norme costituzionali in rapporto ai poteri privati, a differenza – invece – dell'approccio usato dal Tribunale di Siena in un'ordinanza del 19 gennaio 2020 con riguardo al ricorso di un militante di Casa Pound il cui account era stato disattivato a seguito della pubblicazione di messaggi ritenuti “odiosi” secondo i parametri della community. Secondo questa corte, Facebook “non può essere seriamente paragonata a un soggetto pubblico”, offrendo un servizio di natura eminentemente “privatistica”, sicché la violazione delle condizioni d'uso consentirebbe al social network di rimuovere l'account dell'utente, esercitando, “nell'ambito di un accordo di diritto privato”, una facoltà che rientra nel proprio diritto di recesso. Tale pronuncia, così facendo, finisce col depoliticizzare “la relazione tra Facebook e i suoi utenti, ricollocandola nella sfera privatistica del

rapporto contrattuale: la rimozione dei profili è attività legittima ma facoltativa, nella disponibilità del soggetto che gestisce la piattaforma”³⁸.

In buona sostanza, è vero che la responsabilità, attribuita ai fornitori di servizi Internet, per i contenuti illeciti eventualmente presenti nei siti oggetto di gestione in qualità di *content* o di *hosting provider* esonera in qualche modo gli Stati da un difficilissimo compito di controllo diretto, ma finisce con l’attribuire a questi soggetti privati un potere di selezione dei contenuti suscettibile di incidere in maniera particolarmente profonda e stringente sulla libertà di manifestazione del pensiero degli utenti.

Non soltanto, infatti, non sempre tali soggetti sono in grado effettivamente di esercitare un siffatto controllo, così capillare e diffuso, con il conseguente rischio di aprire la strada ad una selezione arbitraria dei contenuti affidata unicamente agli algoritmi, ma, in particolare, manca “nell’azione dei *provider* ogni garanzia di proporzionalità tra ‘azione’ e ‘reazione’ ”³⁹. Di qui le perplessità, pienamente giustificabili, da più parti manifestate intorno alle possibilità di “*censura per procura*” (*proxy censorship*).

Perplessità, queste, che debbono ribadirsi anche con riguardo ai recenti sviluppi della prassi interna ai social network.

Il riferimento è, anzitutto, alla recente istituzione, da parte di Facebook, di un “Comitato per il controllo” (*Independent Oversight Board*), un organismo collegiale indipendente – al punto che le sue attività sono finanziate da un *trust* costituito *ad hoc* – composto da quaranta membri (tra illustri esperti, attivisti ed ex leader politici), preposto alla verifica della correttezza delle operazioni di rimozione dei contenuti e disabilitazione degli account operate dalla piattaforma in reazione a lamentate violazioni degli standard interni della community. Il lavoro del comitato, invero, si affianca ad una già complessa e articolata attività di moderazione, che si sviluppa attraverso tre catene di attori (i cosiddetti *tier*

³⁸ Così C. CARUSO, *I custodi di silicio: protezione della democrazia e libertà di espressione nell’era dei social network*, in *Consulta Online, Liber Amicorum Pasquale Costanzo*, 17 marzo 2020, p. 5.

³⁹ A. PAPA, *Espressione e diffusione del pensiero in Internet. Tutela dei diritti e progresso tecnologico*, cit., p. 271.

moderators), i quali decidono della rimozione dei contenuti contrari alle regole della community e, a seconda della gravità della violazione delle policies, sollevano la “questione censura” al moderatore di livello superiore⁴⁰.

In particolare, il neoistituito comitato⁴¹ (che ha emesso le prime decisioni il 28 gennaio 2022) applica un *corpus* di regole procedurali e di condotta stabilite in un apposito statuto (i cc.dd. *Oversight Board Bylaws*) e, dal punto di vista sostanziale, un insieme di principi giuridici internazionali – ignorando, perciò, le leggi e le Costituzioni dei Paesi in cui è avvenuta l’asserita violazione – desumibili dalle principali convenzioni internazionali a tutela dei diritti umani e dalle raccomandazioni del Consiglio ONU per i diritti umani e del *Relatore speciale per la*

⁴⁰ Sul punto, v. M. E. BUCALO, *I volti della libertà di manifestazione del pensiero nell’era digitale fra intermediari online, moderazione dei contenuti e regolazione*, Giappichelli, Torino, 2023, p. 100; M. MONTI, *Privatizzazione della censura e Internet platforms: la libertà d’espressione e i nuovi censori dell’agorà digitale*, in *Rivista italiana di informatica del diritto*, 2019, in particolare pp. 37 ss.

Non meno incisiva è l’attività di moderazione dei contenuti da parte dei motori di ricerca: osserva, in tema, M. E. BUCALO, *I volti della libertà di manifestazione del pensiero nell’era digitale fra intermediari online, moderazione dei contenuti e regolazione*, cit., p. 102, che “così come i risultati della ricerca sono profilati e visibili secondo il ranking determinato da operazioni algoritmiche, analogamente l’azione di controllo sui siti e la eventuale rimozione è anch’essa fondata su analoghe operazioni che a contrario deindicizzano i siti, non consentendone la visibilità nella pagina della ricerca. Nell’analizzare le modalità di deindicizzazione la dottrina ha conseguentemente riconosciuto ai membri dei Team Legal e ai manager delle società che gestiscono le piattaforme Internet di ‘esercitare sulla libertà di parola un potere molto più ampio di quello della Corte Suprema’, anche in ragione della estrema genericità delle regole che disciplinano la moderazione dei contenuti”.

⁴¹ M. E. BUCALO, *I volti della libertà di manifestazione del pensiero nell’era digitale fra intermediari online, moderazione dei contenuti e regolazione*, cit. pp. 115-116, che “L’*Oversight Board* di Facebook troverebbe un suo precursore nel *Google Advisory Council*, sebbene quest’ultimo presenti delle evidenti differenze rispetto al primo. Questo, infatti, nasceva dalla necessità di dare attuazione alla decisione della Corte di Giustizia *Google Spain* del 2014, con la quale era stato ingiunto alla piattaforma di deindicizzare le richieste che sarebbero pervenute per il futuro dagli utenti, al fine di salvaguardare il loro diritto all’oblio. La pronuncia, però, aveva conferito alle piattaforme, considerate responsabili del trattamento dei dati personali, il compito di valutare ‘se l’interessato abbia diritto a che l’informazione in questione riguardante la sua persona non venga più, allo stato attuale, collegata al suo nome da un elenco di risultati che appare a seguito di una ricerca effettuata a partire dal suo nome’. Ciò in ragione del fatto che, in determinati casi, il diritto all’oblio del richiedente può non essere ritenuto prevalente, rispetto all’interesse preponderante del pubblico ad avere accesso all’informazione (per esempio nel caso in cui l’interessato ricopra un particolare ruolo nella vita pubblica). L’*Advisory Council*, dunque, era un organo consultivo, avendo il compito di ‘suggerire’ a Google le decisioni da adottare, al fine di bilanciare il diritto all’oblio e il diritto del pubblico all’informazione. L’*Oversight Board* nasce invece da una decisione del tutto autonoma di Meta, che si inserisce nel quadro della crisi della regolazione della materia e del conseguente riespandersi dei poteri delle *Big Tech Companies* e della conseguente erosione della sovranità degli Stati”.

promozione e tutela della libertà di opinione e di espressione, unitamente ai “valori stabiliti da Facebook” (questi ultimi formulati sovente, forse non a caso, in maniera alquanto vaga e sfuggente), talora ponendoli sullo stesso piano (quasi che gli *standard della community* fossero equipollenti rispetto ai principi giuridici risultanti dalle Convenzioni internazionali in materia, come in effetti sembrerebbe emergere nella decisione del Comitato sul noto caso Trump, a seguito della sospensione dell’account dell’allora Presidente).

L’*Oversight Board* è, a ben vedere, pur sempre un’autorità privata che decide secondo principi determinati discrezionalmente dalla piattaforma attraverso formulazioni piuttosto vaghe, influenzati dallo stesso modello di business della società, ma “spacciati come assoluti in un mondo culturalmente e socialmente variegato”⁴².

Per giunta, il *Board* detiene un vero e proprio potere arbitrario, quale è la facoltà di scegliere quali richieste esaminare, cercando di considerare i casi che hanno il maggior potenziale di guidare le decisioni e le normative future. Ancora, non sono assicurate la trasparenza né l’effettività delle decisioni (non essendo prevista alcuna sanzione o altro rimedio nell’ipotesi di inadempimento). Infine, le decisioni non sono assunte dal collegio, ma da un gruppo limitato di membri la cui composizione e identità può essere mantenuta anonima per garantire la sicurezza del processo decisionale.

In buona sostanza, si tratterebbe non di una “Corte Suprema *su* Facebook, ma di una Corte *di* Facebook”, una Corte “ottriata”⁴³ espressione della privatizzazione della “giustizia digitale” su scala globale⁴⁴. Non siamo in presenza, quindi, né di un organo avente le caratteristiche di una corte né di un meccanismo alternativo di risoluzione delle controversie, ma di uno strumento più raffinato di moderazione dei contenuti interno all’azienda, che crea un “ambiente nel quale diritti e interessi

⁴² Così M. BETZU, *I baroni del digitale*, cit., p. 68.

⁴³ Ivi, p. 74.

⁴⁴ O. POLLICINO, *L’“autunno caldo” della Corte di giustizia in tema di tutela dei diritti fondamentali in rete e le sfide del costituzionalismo alle prese con i nuovi poteri privati in ambito digitale*, in *Federalismi.it*, 19/2019, p. 11.

individuali di rilievo sono 'trattati' in una cornice viziata, ai margini dello Stato di diritto"⁴⁵.

Per giunta, non sono rispettate neppure le garanzie procedurali minime stabilite dal nuovo DSA (Digital Services Act): la procedura del Board, infatti, con il suo limitato e diseguale diritto di accesso, non è conforme al principio del "facile accesso" previsto dall'art. 17, comma 2, del DSA, e la mancanza di meccanismi protesi a garantire effettività alle decisioni è incompatibile con il dovere dei fornitori di servizi di dare seguito tempestivamente all'esito della valutazione (art. 17, comma 3). Si tratterebbe, perciò, in buona sostanza, di un "organismo paragiurisdizionale, ma senza le garanzie della giurisdizionalità"⁴⁶.

Oltre alla strada della *Drittwirkung*, poi, non sfugge che un'ulteriore via per rafforzare la tutela dei diritti fondamentali del singolo di fronte ai poteri provati delle piattaforme è quella di una puntuale regolazione a garanzia del pluralismo informativo. È stato osservato a ragione, infatti, che non appare più peregrina, ormai, l'ipotesi di imporre a carico delle piattaforme gli obblighi già gravanti sui media a tutela del pluralismo dell'informazione, specie se si consideri che la Corte europea dei diritti dell'uomo ha affermato in plurime occasioni che, in forza dell'art. 10 CEDU, sugli Stati incombe "l'obbligo positivo di predisporre un quadro legislativo e amministrativo idoneo ad assicurare un pluralismo effettivo dell'informazione, di cui lo Stato dev'essere l'ultimate guarantor" ("garante ultimo")⁴⁷.

Ma, ancora, un cammino ineludibile da seguire è quello di una più efficace tutela della concorrenza⁴⁸ attraverso una regolazione *ex ante*, piuttosto che attraverso

⁴⁵ A. BURATTI, *Il Facebook Oversight Board come problema: giustizia selvaggia nel Wild Web?*, in C. GIUNTA (a cura di), *"e-Constitution": la metamorfosi dei diritti nell'era digitale*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2022, p. 46.

⁴⁶ Così A. IANNOTTI DELLA VALLE, *Le regole di Internet tra poteri pubblici e privati. Tutela dei diritti e ruolo dell'antitrust in una prospettiva costituzionale*, cit., p. 212.

⁴⁷ Così O. GRANDINETTI, *Le piattaforme digitali come "poteri privati" e la censura online*, in L. ABBA, A. LAZZARONI, M. PIETRANGELO (a cura di), *La Internet Governance e le sfide della trasformazione digitale*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2022, p. 244.

⁴⁸ Scrive, sul punto, A. IANNOTTI DELLA VALLE, *Le regole di Internet tra poteri pubblici e privati. Tutela dei diritti e ruolo dell'antitrust in una prospettiva costituzionale*, cit., che "oggi c'è più che mai bisogno di un costituzionalismo che, a partire dalla necessaria limitazione dell'esercizio dei

interventi procedurali *ex post*: si tratterebbe, cioè, di “applicare il costituzionalismo all’ambiente economico digitale, riconoscendo come la tutela della concorrenza possa costituire un presidio a favore delle libertà fondamentali contro il potere privato e, dunque, un contrappeso alla ‘convertibilità del potere economico in un potere politico’, privo di legittimazione democratico-rappresentativa”⁴⁹.

3.1 (segue). I regolamenti DSA e DMA: punti di forza e limiti della nuova disciplina euro-unitaria.

In questo contesto si inseriscono le recenti normative euro-unitarie, che senza dubbio rappresentano un passo in avanti in termini di garanzie procedurali e di tutela del pluralismo: il riferimento è ai due regolamenti DSA (*Digital Services Act*) e DMA (*Digital Markets Act*), il cui obiettivo è quello di riformare lo spazio digitale europeo⁵⁰, nel senso di assicurare ai cittadini-utenti europei una più efficace tutela sia come consumatori che come titolari di diritti fondamentali, riconosciuti anche dalla Carta dei diritti dell’Unione.

poteri, non solo pubblici ma ormai forse soprattutto privati, consenta di valorizzare e tutelare i diritti in modo efficace. La tutela adeguata dei diritti impone che si tenga conto di uno scenario profondamente mutato, in cui le *Big Tech* contano talvolta più degli Stati nazionali. Da questa presa di coscienza deve svilupparsi il percorso del costituzionalismo del ventunesimo secolo, che l’aggettivo ‘digitale’ concorre a chiarire. Il costituzionalismo digitale, infatti, deve porsi quale suo principale obiettivo la delimitazione dei poteri privati che controllano il *web*, il che presuppone un forte ruolo dell’antitrust: in ciò consiste il suo tratto distintivo. È per questo motivo (...) che la tutela della concorrenza diviene l’architrave necessaria a sorreggere l’insieme dei principi di questo nuovo costituzionalismo digitale” (p. 58); l’A., poi, sottolinea il ruolo della Commissione europea, giudicato “fondamentale in questi anni per la conformazione di un nuovo diritto antitrust specificamente tarato sulle caratteristiche del mondo digitale, attraverso l’applicazione di sanzioni *ex post* nei confronti delle *Big Tech*. Con una serie di decisioni di particolare rilevanza in materia di abuso di posizione dominante, il diritto della concorrenza è divenuto il principale strumento per l’*hard law* di imporsi sullo strapotere economico di società come Google o Microsoft, che in certi casi costituiscono multinazionali ormai forse persino più potenti di gran parte degli Stati nazionali (ivi, p. 62).

⁴⁹ Così M. BETZU, *I baroni del digitale*, cit., p. 104.

⁵⁰ L’ambito di applicazione del DMA, in particolare, “segue il modello del GDPR e valica così i confini della stessa Unione: l’art. 1, par. 2, prevede che il criterio sia quello dello stabilimento o della residenza dell’utente commerciale o dell’utente finale dei fornitori di servizi digitali e non dello stabilimento o della residenza di questi ultimi. In questo modo, il diritto europeo – e nella fattispecie il *Digital Markets Act* – sarà applicato, e preso sul serio, dalle *Big Tech* anche oltre i confini dell’Unione” (così A. IANNOTTI DELLA VALLE, *Le regole di Internet tra poteri pubblici e privati. Tutela dei diritti e ruolo dell’antitrust in una prospettiva costituzionale*, cit., pp. 118-119).

Sebbene il DMA sia più focalizzato sulla tutela dei consumatori e sulla concorrenza soprattutto delle piattaforme online di minori dimensioni, i due regolamenti apprestano una serie di strumenti attraverso i quali contrastare il potere delle piattaforme online di maggiori dimensioni, prevedendo l'introduzione di obblighi a loro carico, di rimedi azionabili dagli utenti avverso le decisioni delle stesse piattaforme e di organismi deputati a garantire la corretta implementazione di tali garanzie. In linea generale il DSA, pur lasciando intatte le esenzioni di responsabilità per i *provider* attualmente contenute nella direttiva del 2000 sul commercio elettronico, introduce una più stringente serie di obblighi che sono destinati ad incidere anche sulla libertà di manifestazione del pensiero e sulla libertà di informazione.

Per i profili che vengono in maggiore considerazione ai nostri fini, va ricordato come i prestatori di servizi intermediari di Internet devono inserire nelle condizioni generali informazioni su eventuali restrizioni all'uso dei propri servizi, in particolare per quanto riguarda "le politiche, le procedure, le misure e gli strumenti utilizzati ai fini della moderazione dei contenuti, compresi il processo decisionale algoritmico e la verifica umana" (art. 12, par. 1).

Sempre per quanto attiene alla moderazione dei contenuti, gli stessi prestatori dovranno pubblicare una volta all'anno una relazione che, tra l'altro, deve riportare informazioni sulle attività di moderazione avviate dagli operatori (escluse le microimprese) di propria iniziativa (art. 13, par. 1, lett. c).

Inoltre, i prestatori di servizi di *hosting*, incluse le piattaforme online, dovranno organizzare un meccanismo di notifica e azione (*notice and action*) per quel che riguarda i "contenuti illegali" ed un sistema per assicurare la notifica di una risposta in merito alla decisione presa dalla piattaforma a seguito della segnalazione (art. 14).

Questi stessi operatori, qualora decidano di rimuovere specifiche informazioni fornite da un destinatario del servizio o di disabilitare l'accesso alle stesse, devono informare il destinatario della decisione al più tardi al momento della rimozione o

della disabilitazione, fornendo altresì una chiara e specifica motivazione (art. 15, par. 1), contenente almeno determinati elementi (art. 15, par. 2).

Essi devono altresì organizzare un sistema di reclami efficace, su cui le piattaforme non possono pronunciarsi avvalendosi esclusivamente di strumenti automatizzati (art. 17). Il soggetto reclamante, qualora non sia soddisfatto dell'esito, può inoltre richiedere che la questione sia definita da un organismo di risoluzione extragiudiziale delle controversie, fermo restando in ogni caso il suo diritto di rivolgersi all'autorità giurisdizionale competente in base al diritto dello Stato membro (art. 18, par. 1).

Le piattaforme online di dimensioni molto grandi dovranno altresì effettuare annualmente una valutazione del rischio con specifico riferimento alla diffusione di contenuti illegali tramite i loro servizi, ad eventuali effetti negativi per l'esercizio dei diritti fondamentali (tra cui la libertà di espressione e di informazione), ed alla manipolazione intenzionale del servizio, anche mediante un uso non autentico o uno sfruttamento automatizzato del servizio, con ripercussioni negative, effettive o prevedibili, sulla tutela della salute pubblica, dei minori, del dibattito civico, o con effetti reali o prevedibili sui processi elettorali e sulla sicurezza pubblica (art. 26).

Al fine di verificare il rispetto di questi obblighi le piattaforme di dimensioni molto grandi dovranno sottoporsi, a loro spese, degli audit indipendenti svolti da soggetti terzi in possesso di determinati requisiti (art. 28).

A chiusura del complesso sistema vengono infine previsti poteri di controllo e garanzia, da affidare ad un'autorità nazionale di nuova istituzione o ad un'autorità già esistente, e – novità assoluta – sanzionatori, che per l'aspetto pecuniario sono tarate su una percentuale non trascurabile del fatturato dei prestatori di servizi intermediari (art. 42).

Orbene, i regolamenti DSA e DMA hanno certamente il merito di promuovere una "prima, importante, responsabilizzazione trasversale" delle piattaforme⁵¹,

⁵¹ Così P. STANZIONE, *Introduzione*, in ID. (a cura di), *I "poteri privati" delle piattaforme e le nuove frontiere della privacy*, Giappichelli, Torino, 2022, p. 13.

sancendo una trasformazione delle piattaforme – volendo ricorrere alle formule impiegate da Bianca – da “autorità di fatto” ad “autorità di diritto”⁵².

Tuttavia, non sfugge al contempo che il legislatore europeo tende a prevedere per lo più misure di carattere procedimentale, lasciando comunque mano libera alle piattaforme, “quantomeno in prima battuta, nel decidere quali contenuti possano circolare o meno, come può evincersi dalla scelta di equiparare contenuti illeciti e contenuti potenzialmente ‘dannosi’ (ma leciti) e dal potere attribuito alle stesse piattaforme, in entrambi i casi, di rimuovere/limitare i contenuti, senza neppure dover passare attraverso l’intervento dell’autorità giurisdizionale al fine di effettuare un bilanciamento con i diritti fondamentali dei cittadini: passaggio invece paradossalmente imposto alle autorità pubbliche quando adottano provvedimenti aventi effetti del tutto analoghi”⁵³.

L’impostazione di base, a ben vedere, insomma non muta profondamente: il potere sostanziale di effettuare la moderazione dei contenuti resta in mano alle piattaforme, cui è delegato il compito di individuare i contenuti da ammettere e da rimuovere, “in linea con condizioni generali di contratto da loro unilateralmente fissate o anche con codici di condotta che, comunque, hanno contribuito ad elaborare”⁵⁴.

Anche a livello nazionale, d’altronde, è stata sovente accolta la stessa logica di “delegare” alle piattaforme l’esercizio di un (invasivo) potere di controllo e di selezione dei contenuti⁵⁵: si pensi, solo a titolo esemplificativo, alla legge sul cyberbullismo del 29 maggio 2017, n. 71, “la quale ha disposto che siano le piattaforme, attraverso la procedura di *notice and take down*, a individuare i comportamenti rientranti nella definizione di cyberbullismo e a distinguerli da quelli rientranti nella espressione libera del pensiero”. È evidente, allora, “che tutti

⁵² C. M. BIANCA, *Le autorità private*, cit., *passim*.

⁵³ O. GRANDINETTI, *Le piattaforme digitali come “poteri privati” e la censura online*, cit., p. 249.

⁵⁴ Così R. NIRO, *Piattaforme digitali e libertà di espressione fra autoregolamentazione e coregolamentazione. Note ricostruttive*, cit., p. 266.

⁵⁵ Sulla distinzione tra “delegated exercise of quasi-public powers online” e “autonomous exercise of quasi-public powers online”, v. G. DE GREGORIO, *Digital Constitutionalism in Europe. Reframing Rights and Powers in the Algorithmic Society*, Cambridge University Press, Cambridge, 2022, pp. 95 ss e 110 ss.

i sistemi che istituzionalmente delegano 'poteri censori' alle piattaforme, oltre che manifestare un sostanziale e totale abbandono del campo di gioco da parte dei pubblici poteri, recano con loro dei rischi e delle criticità. In primo luogo, l'attribuzione espressa di responsabilità alle piattaforme potrebbe comportare come effetto domino la costante rimozione di contenuti, anche laddove i providers nutrano meri dubbi sulla loro legittimità (...). A questo deve poi aggiungersi la considerazione di non poco momento, per la quale affidare la decisione sulla rimozione di contenuti a soggetti che ancora si considerano meri agenti economici può condurre gli stessi a modulare le proprie risposte in conformità alle pulsioni economiche ritenute più efficienti e convenienti, senza una reale garanzia per il corretto bilanciamento dei diritti in conflitto. Infine, tenendo conto dell'assetto oligopolistico della Rete, delegare *in toto* compiti così rilevanti per l'assetto democratico della manifestazione del pensiero ai pochissimi *gatekeepers*, che raccolgono il più gran numero di *users*, condurrebbe di fatto a limitare fortemente gli spazi di dibattito solo a quelle pubbliche agorà⁵⁶.

3.2 (segue) Poteri privati e protezione dei dati personali.

Una regolazione significativa e stringente, nella prospettiva della limitazione dei poteri privati delle piattaforme si registra in materia di protezione dei dati personali. Su questo terreno emerge sempre di più un aspetto fondamentale: "l'antico diritto ad essere lasciati soli è divenuto precondizione per l'esercizio di altri diritti e libertà fondamentali, oltre a connotarsi sempre di più, con lo sviluppo della società tecnologica, come interesse della collettività: la protezione dei dati è uno strumento per tutelare le società democratiche dalle degenerazioni del controllo globale, pubblico e privato"⁵⁷. Si potrebbe in qualche modo affermare, parafrasando la formula dell'art. 32 Cost., che oggi appare via via più evidente che

⁵⁶ Queste le condivisibili preoccupazioni di M. E. BUCALO, *I volti della libertà di manifestazione del pensiero nell'era digitale fra intermediari online, moderazione dei contenuti e regolazione*, cit., pp. 107-108.

⁵⁷ Così G. CERRINA FERONI, *I dati personali come oggetto di un diritto fondamentale*, in P. STANZIONE (a cura di), *I "poteri privati" delle piattaforme e le nuove frontiere della privacy*, cit., p. 61.

la protezione dei dati personali rappresenta non soltanto un diritto fondamentale dell'individuo ma anche un fondamentale interesse della collettività.

La protezione dei dati personali, peraltro, ha assunto una dimensione sempre più "dinamica": essa "consente di tutelare i valori fondamentali attraverso una 'cassetta degli attrezzi' che si presta ad essere utilizzata a fronte di ogni nuova fattispecie, in particolare quelle connotate da aspetti legati alla società dell'informazione"⁵⁸. Ma, ancor di più, per dirla con le parole sempre attuali di Rodotà, "l'autodeterminazione è preconditione del godimento di altri diritti fondamentali ma anche strumento di ricostruzione dei singoli diritti nel contesto sociale delineato dalle nuove tecnologie dell'informazione e della comunicazione"⁵⁹.

Ora, di fronte ad una situazione di ormai evidente pubblicizzazione degli spazi privati, che in taluni rievoca finanche il *Panopticon* benthamiano oggetto delle riflessioni foucaultiane⁶⁰, il tema della protezione dei dati personali, è stato anch'esso oggetto di intervento da parte dell'Unione con il citato GDPR.

Ma, per i profili che qui vengono in rilievo, la sensazione è che detto regolamento, elaborato prima del 2016 (anno di sua approvazione), rischi di risultare già superato dalle più recenti acquisizioni in ordine al modo di operare delle maggiori piattaforme online.

Lo stesso concetto di "dato personale" (inteso come qualsiasi informazione riguardante una persona identificata o identificabile, ex art. 4), su cui è costruita la disciplina contenuta nel Regolamento, rischia di rivelarsi obsoleto, nel mondo dei Big Data, la cui caratteristica è proprio quella di essere costituiti da data set "non personali", ma che si riferiscono a gruppi omogenei di persone, la cui identificazione non è necessariamente indispensabile per il loro utilizzo a fini di profilazione dei cittadini-utenti. Non a caso si propone di distinguere i dati non tanto dalla loro qualificazione come "personali" o "non personali" al momento

⁵⁸ Ivi, pp. 71-72.

⁵⁹ S. RODOTÀ, *Tra diritti fondamentali ed elasticità della normativa: il nuovo Codice sulla privacy*, in *Europa e diritto privato*, 1/2004, p. 5.

⁶⁰ M. FOUCAULT, *Sorvegliare e punire* (1975), trad. it. Einaudi, Torino, 2014, *passim*.

della raccolta, bensì in base all'utilizzo che se fa⁶¹. Ma, in considerazione del fatto che l'utilizzo futuro dei dati è "ignoto" al momento della raccolta persino a chi li raccoglie ed è altresì "cangiante" in relazione agli utilizzi che se ne possono e/o se ne potranno fare, ed ancora che addirittura dati in origine anonimi o successivamente anonimizzati posso essere *ex post* de-anonimizzati anche attraverso l'utilizzo del semplice codice di avviamento postale di una determinata persona, è evidente come la disciplina del GDPR rischi di non poter incidere sugli aspetti più critici del fenomeno della raccolta dei dati e della profilazione dei cittadini-utenti.

Nel nuovo mondo dei Big Data diventa altresì inadeguato a salvaguardare i diritti dei soggetti interessati il meccanismo del "consenso informato" (su cui è invece ancora costruito il GDPR), visto che il cittadino-utente, al momento della prestazione del consenso, non è assolutamente in grado di rendersi conto a che fini verranno utilizzati i dati che, singolarmente o collettivamente, lo riguardano.

Ancora, lo stesso riconoscimento (storico) del diritto all'oblio non sembra "risolvere" il problema dei "poteri privati". Anzi, già la stessa sentenza *Google Spain* del 2014 ha di fatto affidato alle piattaforme medesime la funzione di valutare l'interesse pubblico al mantenimento negli archivi della rete delle informazioni delle quali il soggetto coinvolto abbia richiesto la rimozione, al punto che si è detto, alla luce dei poteri discrezionali di valutazione comparativa degli interessi coinvolti (utilizzando volutamente, con ciò, un'espressione tipicamente amministrativistica), che "*Google is operating much like a government agency with numerous responsibilities, including quasi-lawmaking, quasi-adjudicative, and quasi-enforcement powers*"⁶².

4. Conclusioni.

⁶¹ S. CALZOLAIO, *Protezione dei dati personali*, in *Digesto disc. pubbl. – Aggiornamento*, Giuffrè, Milano, 2017, pp. 605 ss.

⁶² E. LEE, *Recognizing Rights in Real Time. The Role of Google in the EU Right to be Forgotten*, in *UC Davis School of Law – Law Review*, vol. 49, 2016, p. 1025, ricordato da M. MONTI, *Privatizzazione della censura e Internet platforms: la libertà di espressione e i nuovi censori dell'agorà digitale*, cit., p. 40.

Si è giunti, così, muovendo dal problema dei poteri privati, alla conclusione di questa ricostruzione. Si è ben visto come la rete, con (e nonostante) le sue promesse di inedita apertura democratica di un dibattito pubblico finalmente paritario, grazie alla possibilità per ciascun cittadino-utente di poter condividere con una comunità potenzialmente planetaria le proprie idee, si sia rivelata un mondo ben più complesso. L'ingresso sulla scena di motori di ricerca e di social network di portata globale, che finiscono col possedere una posizione pressoché monopolistica nei rispettivi mercati, ha significativamente modificato il contesto in cui si svolgono attività, come quelle legate alla manifestazione del pensiero dei singoli ed alla libertà di informare, cruciali per le nostre democrazie.

Le iniziative assunte a livello UE sembrano voler invertire la tendenza, assolutamente maggioritaria sino a pochi anni fa, del "non intervento" pubblico nella disciplina e regolamentazione di Internet e delle piattaforme in particolare, mettendo alle spalle le illusioni sull'autoregolamentazione, e ponendosi così – sia pur tra non poche ambiguità e contraddizioni – nel solco di una visione prescrittiva del costituzionalismo, che imbrigli i nuovi poteri (privati) e garantisca i diritti degli utenti.

Benché non risolutivi e senz'altro perfettibili, in particolare i recenti regolamenti segnano un cambio di passo, quantomeno sotto il profilo della trasparenza e della c.d. accountability delle piattaforme, che non può più aspettare, ove si voglia ancora conservare (anche) un minimo di genuinità ed eguaglianza nel confronto politico-elettorale e, più in generale, nella formazione di un'opinione pubblica consapevole (che, al contrario, oggi appare via via più "sfilacciata", frammentata sino alla dimensione virtuale del singolo "utente-atomo", chiuso nella sua *filter bubble* e ridotto a consumatore passivo).

Non può nascondersi che si tratti di una sfida epocale per il diritto, ed in particolare per il diritto costituzionale. Ma è la sfida del nostro presente e del nostro futuro, che deve essere affrontata e vinta, nel nome di una visione che riaffermi la centralità della persona umana di fronte alla logica dei nuovi padroni del capitalismo della sorveglianza.

Di qui, invero, la necessità di un ruolo forte della politica, di “vigilanza critica”⁶³ e di prudente attivismo: se ancora troppo spesso, come si lamentava già tempo addietro, si assiste ad una “tecnologia che sorprende e a una politica che si lascia sedurre”, fondamentale appare un mutamento di paradigma, che rivendichi la centralità della buona politica, in quello spazio “tra l’innovazione e la sua distorsione” in cui essa può agire per “garantire Internet come spazio neutrale e nella sua capacità ‘generativa’, nella sua attitudine a produrre innovazione”⁶⁴ vigilando sul rispetto della persona umana e del suo nucleo di diritti inviolabili. Affinché la storia, come aveva avvertito Norberto Bobbio, “conduca al Regno dei diritti dell’uomo anziché al Regno del Grande Fratello” orwelliano⁶⁵.

⁶³ S. RODOTÀ, *Tecnologie e diritti*, cit., p. 138.

⁶⁴ *Ibidem*.

⁶⁵ Così in A. LAMBERTI, *Libertà di informazione e democrazia ai tempi della società digitale*, cit., p. 908, riprendendo N. BOBBIO, *L’età dei diritti*, Einaudi, Torino, 2014 (ult. ed.), p. 249 (ricordato anche da A. CELOTTO, *L’età dei “non” diritti*, Giubilei Regnani, Roma-Cesena, 2021, seconda ed., p. 165).

La tutela del diritto di difesa dell'imputato nei casi di conversione del giudizio immediato e del decreto penale di condanna

di

Giuseppe Della Monica*

Sommario: 1. La richiesta di riti alternativi formulata in udienza preliminare o in dibattimento. — 2. La conversione del decreto penale di condanna e del giudizio immediato. — 3. Gli orientamenti della giurisprudenza sulle pronunce in tema di conversione del rito adottate fuori udienza. — 4. La facoltà di formulare istanze in via subordinata di accesso ai riti alternativi. — 5. Le innovazioni introdotte dalla “riforma Cartabia”. — 6. Conclusioni.

1. La richiesta di riti alternativi formulata in udienza preliminare o in dibattimento.

Le modalità e i tempi di accesso ai riti alternativi al giudizio dibattimentale sono strettamente correlati alle forme di esercizio dell'azione penale.

Più specificamente, nei casi di citazione diretta a giudizio (art. 550 c.p.p.), la richiesta di ammissione al rito deve essere presentata non oltre la conclusione dell'udienza predibattimentale (art. 554-ter c.p.p.) e non è chiaro se, nel caso di rigetto, l'istanza possa essere riproposta dinanzi al giudice del dibattimento, *in limine litis*¹.

*Professore associato di Diritto processuale penale – Università degli Studi di Cassino e del Lazio Meridionale.

¹ L'udienza predibattimentale è una delle innovazioni di maggiore rilievo introdotte dalla c.d. “riforma Cartabia”, attuata — com'è noto — con il d.lgs. n. 150 del 2022. Con l'innesto di detta udienza, si è voluto creare un filtro giurisdizionale “intraneo” alla fase dibattimentale, 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. L'udienza predibattimentale — disciplinata dagli artt. 554-bis e 554-ter c.p.p. — si svolge in camera di consiglio, con la partecipazione

Con riferimento, invece, ai reati che transitano per l'udienza preliminare, il termine entro cui l'imputato può optare per un rito alternativo al giudizio dibattimentale va individuato nelle conclusioni rassegnate ai sensi degli artt. 421 e 422 c.p.p.², ma è espressamente riconosciuta, in tal caso, la facoltà di riproporre la richiesta prima della dichiarazione di apertura del dibattimento³.

Qualora, poi, si proceda con le forme del rito direttissimo, l'istanza deve essere presentata al giudice del dibattimento subito dopo la convalida dell'arresto — e la eventuale decisione sulla richiesta di misura cautelare — o, al più, nell'udienza di

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 — 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 debbono essere presentate prima della conclusione dell'udienza stessa, salvo che non si proceda con le forme del giudizio immediato ai sensi dell'art. 558-bis c.p.p. All'introduzione di tale snodo processuale — nell'ambito del quale occorre manifestare, a pena di decadenza, la volontà di accedere ad uno dei riti alternativi — è inevitabilmente collegata la questione relativa alla possibilità di rinnovare, innanzi al giudice del dibattimento, la richiesta di definizione anticipata del processo eventualmente rigettata in sede di udienza predibattimentale. Sul punto, sia consentito il rinvio a G. DELLA MONICA, *La rinnovazione in giudizio della richiesta di riti alternativi rigettata in udienza predibattimentale*, in *Diritti fondamentali*, 2022, fasc. 3, p. 477 ss.

² La Sezione Unite hanno precisato, al riguardo, che la richiesta di accesso al rito alternativo può essere formulata anche dopo la discussione del pubblico ministero, ma deve essere presentata da ciascun imputato, al più tardi, nel momento in cui il proprio difensore rassegna le conclusioni (così Cass. pen., sez. un., 27 marzo 2014, n. 20214, in *Cass. pen.*, 2015, p. 4415 ss.).

³ Occorre ricordare che la possibilità di rinnovare la richiesta di patteggiamento, di sospensione del processo con messa alla prova e di oblazione è espressamente prevista dalle singole disposizioni normative di riferimento, mentre per il rito abbreviato condizionato il riconoscimento di tale facoltà è avvenuto con una pronuncia della Corte costituzionale, che ha censurato gli artt. 438 comma 6 e 458 comma 2 c.p.p., nella parte in cui non prevedevano, nel caso di rigetto dell'istanza, la facoltà di reiterarla — senza modificarne i termini — prima della dichiarazione di apertura del dibattimento (Corte cost., 25 maggio 2003, n. 169, in *Giur. cost.*, 2003, p. 1336 ss., con nota di G. LOZZI, *Un ripensamento della Corte costituzionale in tema di giudizio abbreviato*). Per ulteriori riflessioni su tale pronuncia, v. M.L. DI BITONTO, *La Corte costituzionale ritocca il nuovo rito abbreviato*, in *Cass. pen.*, 2003, p. 2955 ss. e E. DI DEDDA, *Sindacabile dal giudice del dibattimento il rigetto del giudizio abbreviato condizionato*, in *Dir. pen. e processo*, 2003, p. 829 ss.

rinvio fissata all'esito della concessione del termine a difesa, ma comunque prima della dichiarazione di apertura del dibattimento⁴.

In tale ultima ipotesi, la proposizione dell'istanza in udienza consente, nel caso di rigetto, la presentazione di una nuova richiesta, diversamente articolata, sempre che quest'ultima — ovviamente — venga formulata prima che il giudice dichiari aperto il dibattimento.

2. La conversione del decreto penale di condanna e del giudizio immediato.

Il pubblico ministero, se ritiene sussistenti le condizioni che consentono di evitare l'udienza preliminare o di definire il giudizio con l'applicazione di una pena pecuniaria, esercita l'azione penale attraverso la richiesta di emissione del decreto di giudizio immediato o del decreto penale di condanna.

In tali casi, all'imputato è concesso un termine di quindici giorni, decorrente dalla notifica del decreto⁵, per poter operare la conversione del rito, scegliendo una modalità alternativa di giudizio. Più specificamente, nel termine indicato,

⁴ La giurisprudenza ha espresso, a lungo, orientamenti contrastanti sulla possibilità, per l'imputato, di accedere ad un rito alternativo dopo aver chiesto — e ottenuto — la concessione del termine a difesa ai sensi dell'art. 451 comma 6 c.p.p. La questione è stata risolta, di recente, dalla Corte costituzionale, che ha dichiarato l'illegittimità degli artt. 451 commi 5 e 6 e 558 commi 7 e 8 c.p.p., perché interpretati nel senso che la concessione del termine a difesa nel giudizio direttissimo preclude all'imputato di formulare, nella prima udienza successiva allo spirare del suddetto termine, la richiesta di giudizio abbreviato o di applicazione della pena concordata (Corte cost. 2 dicembre 2022, n. 243, in *Giur. cost.*, 2022, p. 2733 ss., con nota di L. CALÒ, *Giudizio direttissimo e riti speciali: tra "tempo" e garanzie*). Per ulteriori contributi dottrinali sul tema, T. ALESCI, *Le criticità del rinnovato giudizio abbreviato*, in AA.VV., *La riforma Orlando. I nuovi decreti*, a cura di G. Spangher, 2018, p. 19 ss.; L. CARACENI, *La legge 103/2017 e i significativi ritocchi alla disciplina del giudizio abbreviato*, in *www.laegislazionepenale.eu*, 19 febbraio 2018; J. DELLA TORRE-M. GIALUZ-A. CABIALE, *Riforma Orlando: le modifiche attinenti al processo penale, tra codificazione della giurisprudenza, riforme attese da tempo e confuse innovazioni*, in *Dir. pen. contemporaneo*, 2017, fasc. n. 3, p. 183 ss.

⁵ Il termine, in origine, era di sette giorni e decorreva — secondo l'orientamento prevalente in giurisprudenza — dalla notifica all'imputato, a nulla rilevando il tempo di ricezione della notifica da parte del difensore (cfr., *ex multis*, Cass. pen., Sez. VI, 18 novembre 1992, in *Mass. cass. pen.*, 1993, p. 75 ss.). Tale impostazione è stata mantenuta ferma fino all'intervento della Corte costituzionale, che ha dichiarato illegittimo l'art. 458 comma 1 c.p.p., nella parte in cui prevedeva che il suddetto termine decorresse, alternativamente, dalla notifica all'imputato o al difensore, anziché dall'ultima notificazione (Corte cost., 16 aprile 2002, n. 120, in *Cass. pen.*, 2002, p. 2266 ss., con nota di M. D'ORAZI, *Dichiarata l'incostituzionalità dell'articolo 458 comma 1 c.p.p. a tutela del diritto ad una effettiva assistenza difensiva*, nonché in *Giur. cost.*, 2002, p. 930 ss., con nota di G. GARUTI, *Sulla decorrenza del termine per la richiesta di trasformazione del giudizio immediato in abbreviato*).

l'imputato deve presentare al giudice per le indagini preliminari la propria richiesta di definizione in via anticipata del processo, a cui segue la fissazione di un'udienza camerale per la discussione sul rito.

La disciplina di detta udienza è stata di recente modificata, in modo significativo, dalla "riforma Cartabia", che ha notevolmente ampliato il ventaglio di possibilità concesse all'imputato per modulare la propria strategia processuale attraverso la conversione del rito⁶. L'intervento legislativo è chiaramente ispirato dall'intento di equiparare la posizione dell'imputato raggiunto dal decreto di giudizio immediato o dal decreto penale di condanna a quella di chi è chiamato a difendersi in udienza preliminare, nel corso della quale — come già anticipato — fino a quando non vengono formulate le conclusioni a norma degli artt. 421 e 422 c.p.p., si è liberi di avanzare qualunque richiesta di natura processuale, senza essere condizionati da eventuali istanze precedentemente rigettate.

Sebbene il fine perseguito dal legislatore non sia stato pienamente attuato, la riforma ha senza dubbio elevato la qualità delle garanzie difensive assicurate dal precedente assetto normativo.

Secondo il regime previgente, l'udienza fissata a norma dell'art. 458 comma 2 o dell'art. 464 comma 1 c.p.p. era dedicata esclusivamente alla decisione sul rito scelto con la richiesta avanzata nel termine di quindici giorni dalla notifica del decreto di giudizio immediato o del decreto penale di condanna, sicché doveva ritenersi precluso, in quella udienza, un mutamento della strategia difensiva. In sostanza, una volta decorso il suddetto termine, l'imputato restava vincolato al percorso processuale intrapreso, avendo la sola facoltà di riproporre, in dibattimento, la richiesta dello stesso rito alternativo in precedenza non ammesso dal giudice per le indagini preliminari⁷.

⁶ La riforma ha introdotto, in particolare, la previsione del comma 2-*bis* all'art. 458 c.p.p., con la quale si è stabilito che, qualora il giudice rigetti la richiesta di cui all'art. 438 comma 5 c.p.p., l'imputato può chiedere il rito abbreviato secco, l'applicazione della pena concordata o la sospensione del processo con messa alla prova.

⁷ Cfr., *ex multis*, Cass. pen., sez. II, 18 novembre 2014, n. 8997, in *Diritto & Giustizia*, 27 marzo 2015, secondo cui, a seguito della notifica del decreto di giudizio immediato, doveva ritenersi ammissibile la richiesta di giudizio abbreviato avanzata in via subordinata rispetto a quella di patteggiamento, ma solo se entrambe le istanze fossero state formulate nel termine fissato

Il *vulnus* al diritto di difesa era parzialmente temperato dal riconoscimento della possibilità — nell'ambito dell'udienza fissata a norma degli artt. 458 comma 2 e 464 comma 1 c.p.p., nel caso di rigetto della richiesta di applicazione della pena concordata o di giudizio abbreviato condizionato — di rimodulare l'istanza di accesso al medesimo rito alternativo prescelto, anche se tale facoltà risultava, di fatto, vanificata, laddove il giudice per le indagini preliminari avesse adottato la pronuncia reiettiva fuori udienza, disponendo la comparizione delle parti in dibattimento.

3. Gli orientamenti della giurisprudenza sulle pronunce in tema di conversione del rito adottate fuori udienza.

Sulla necessità di vagliare in contraddittorio la richiesta di accesso al rito alternativo, la giurisprudenza ha assunto, in passato, posizioni divergenti, differenziando — in modo non condivisibile — la mancata fissazione dell'udienza *ex art. 458 comma 2 c.p.p.* da quella prevista dall'*art. 464 comma 1 c.p.p.*

Nel caso di giudizio immediato, la Corte di legittimità — basandosi una discutibile interpretazione del principio di diritto espresso dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 169 del 2003⁸ — non ha ritenuto inficiata da nullità assoluta l'ordinanza

dall'*art. 458 comma 1 c.p.p.* In senso parzialmente difforme, un orientamento minoritario riteneva che la richiesta di rito abbreviato — presentata a seguito della notifica del decreto di giudizio immediato — non impediva la successiva istanza di patteggiamento, a condizione che, all'udienza camerale fissata per la definizione del processo, l'imputato avesse optato per l'applicazione della pena concordata prima della formale ammissione del rito abbreviato (così Cass. pen., sez. VII, 12 gennaio 2015, n. 7128, in *CED Cass.*, 263034).

⁸ Ci si riferisce a Corte cost., 25 maggio 2003, n. 169, in *Giur. cost.*, 2003, p. 1336 ss. Con tale pronuncia, la Consulta ha riconosciuto all'imputato il diritto di ottenere una verifica, da parte del giudice del dibattimento, sul precedente rigetto della richiesta di giudizio abbreviato condizionato. La logica del "controllo" impone, tuttavia, di mantenere inalterata la richiesta originariamente proposta, che può solo essere « reiterata » in dibattimento. La sentenza ha stimolato ampie riflessioni in dottrina: tra gli altri, v. M.L. DI BITONTO, *La Corte costituzionale ritocca il nuovo rito abbreviato*, cit., p. 2955 ss.; L. CREMONESI, *Riti alternativi, si cambia ancora: ecco l'abbreviato "controllato"*, in *Diritto & Giustizia*, 2003, fasc. 23, p. 24; E. DI DEDDA, *Sindacabile dal giudice del dibattimento il rigetto del giudizio abbreviato condizionato*, cit., 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*, cit., p. 1345 ss.; G. VELANI, *Sindacabile in dibattimento la decisione del giudice che in precedenza abbia rigettato l'istanza di giudizio abbreviato subordinato all'integrazione probatoria*, in *Giur. cost.*, 2003, p. 3134 ss. A distanza di anni, grazie alla legge n. 33 del 2019, il *decisum* della Corte costituzionale è

di rigetto della richiesta di rito alternativo adottata *de plano*, sostenendo che si tratta di invalidità incidente solo sulla facoltà di « intervento » in udienza dell'imputato — ai sensi dell'art. 178 comma 1, lett. c), c.p.p. — ed è sanabile, quindi, con la riproposizione dell'istanza *in limine litis*⁹.

Tale orientamento giurisprudenziale appare censurabile sotto un duplice profilo, posto che, da un lato, ha recepito l'indirizzo ermeneutico — oramai superato — che qualifica come « citazione » solo l'atto di *vocatio in iudicium* propedeutico all'instaurazione del giudizio dibattimentale¹⁰ e, dall'altro lato, sembra non considerare che la sanatoria risulta comunque inidonea ad assicurare la compiuta esplicazione delle prerogative difensive, pienamente esercitabili solo se il rigetto interviene in udienza, alla presenza delle parti.

Con riferimento a quest'ultimo profilo, non può sfuggire che, quando la richiesta di giudizio abbreviato condizionato viene rigettata in udienza, l'imputato è nelle condizioni — anche sulla scorta dei motivi posti a fondamento dell'ordinanza reiettiva — di rimodulare l'integrazione probatoria a cui subordinare l'istanza o di optare per il rito abbreviato secco¹¹, mentre tali facoltà non possono essere esercitate dinanzi al giudice del dibattimento¹². *In limine litis*, infatti, all'imputato è

stato trasfuso nel comma 6-ter dell'art. 438 c.p.p., poi modificato dal d.lgs. n. 150 del 2022 (c.d. "riforma Cartabia"). Tale disposizione, nella versione attuale, prevede che, qualora l'istanza di giudizio abbreviato proposta nell'udienza preliminare sia stata dichiarata inammissibile o rigettata, « l'imputato può riproporre la richiesta prima dell'apertura del dibattimento e il giudice, se ritiene illegittima la dichiarazione di inammissibilità o ingiustificato il rigetto, ammette il giudizio abbreviato ». La previsione di cui all'art. 438 comma 6-ter c.p.p. viene, poi, richiamata dall'art. 458 comma 1 c.p.p., che disciplina la richiesta di rito abbreviato formulata a seguito della notifica del decreto di giudizio immediato.

⁹ In questi termini, Cass. pen., sez. III, 29 settembre 2022, n. 49462, in *CED Cass.*, 283992; Id., sez. III, 25 maggio 2016, n. 5236, in *CED Cass.*, 269083. In dottrina, v. L. GIORDANO, *La riforma dei riti alternativi al dibattimento: uno strumento per raggiungere l'obiettivo di una "Giustizia penale a -25%"?*, in *Diritto, Giustizia e Costituzione*, 27 febbraio 2023.

¹⁰ Tra le pronunce espressive di tale orientamento, v. Cass. pen., Sez. V, 19 maggio 2000, n. 7523, in *Cass. pen.*, 2001, p. 1892 ss.

¹¹ Sul punto, cfr. Cass. pen., sez. II, 7 giugno 2016, n. 29912, in *CED Cass.*, 269283; Id., sez. III, 18 novembre 2015, n. 6784, in *Diritto & Giustizia*, 17 febbraio 2015.

¹² Al giudice del dibattimento — come già detto — compete solo il sindacato sulla legittimità dell'ordinanza di rigetto dell'istanza, così come proposta al giudice per le indagini preliminari. Secondo Cass. pen., sez. III, 29 ottobre 2019, n. 18574, in *Diritto & Giustizia*, 22 giugno 2020, laddove si concedesse la possibilità di formulare una richiesta diversa — sia pure nell'ambito del medesimo rito — si finirebbe per ampliare il potere decisorio del giudice dibattimentale oltre i limiti fissati dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 169 del 2003.

concessa la sola possibilità di reiterare la stessa richiesta di giudizio abbreviato condizionato già formulata dinanzi al giudice per le indagini preliminari, non potendo né modificare le condizioni a cui era subordinata l'istanza originaria, né optare per l'abbreviato semplice¹³.

È evidente, quindi, il *vulnus* all'esercizio dei diritti della difesa causato dall'ordinanza di rigetto del rito emessa *de plano*¹⁴ o fuori udienza¹⁵, a cui segue la rimessione delle parti dinanzi al giudice del dibattimento.

Le segnalate esigenze di tutela delle facoltà difensive — disconosciute nei casi di conversione del giudizio immediato — sono state, invece, valorizzate da altro indirizzo giurisprudenziale, sedimentatosi sulla decidibilità *de plano* delle richieste di giudizio abbreviato condizionato formalizzate con l'atto di opposizione al decreto penale di condanna. Si è precisato, al riguardo, che la fissazione dell'udienza camerale costituisce la premessa ineludibile per la valutazione nel merito dell'istanza, *a fortiori* quando sia stata formulata una richiesta di giudizio abbreviato condizionato, proprio al fine di consentire l'adeguamento delle scelte difensive ad una eventuale pronuncia di rigetto¹⁶.

Tale orientamento giurisprudenziale sembra riconoscere, quindi, sia pure implicitamente, la difficoltà di articolare *ex ante*, in via subordinata, una o più richieste alternative di giudizio abbreviato condizionato, che tengano conto — in funzione dei requisiti di necessità dell'integrazione probatoria e della sua

¹³ L'assunto è stato costantemente ribadito dalla giurisprudenza di legittimità: *ex multis*, Cass. pen., sez. I, 13 febbraio 2018, n. 20758, in *CED Cass.*, 273126; Id., sez. II, 28 settembre 2011, n. 13, in *Cass. pen.*, 2013, p. 248 ss.; Id., sez. I, 27 aprile 2011, n. 21219, in *Cass. pen.*, 2012, p. 1814 ss.

¹⁴ Non a caso, una parte della giurisprudenza — sia pure minoritaria — ritiene che la mancata fissazione dell'udienza camerale sia causa di nullità assoluta dell'ordinanza di rigetto del rito (in tal senso, cfr. Trib. Milano, 17 ottobre 2011, in *Dir. pen. contemporaneo*, 26 ottobre 2011, con nota di G. LEO, *È nullo il provvedimento con il quale sia rigettata de plano la richiesta di rito abbreviato conseguente al decreto di giudizio immediato*).

¹⁵ È evidente, infatti, la lesione del diritto di difesa anche nel caso in cui l'udienza venga fissata, ma la decisione risulti poi assunta in assenza delle parti, poiché l'imputato è comunque impossibilitato a rimodulare la propria richiesta, così come può fare, invece, in udienza preliminare.

¹⁶ La Suprema Corte ha osservato, più specificamente, che il « contraddittorio si impone proprio in ragione della valutazione sulla necessità della integrazione probatoria cui risulti condizionata la richiesta, all'evidente fine di consentire all'imputato di "adeguare" o meglio calibrare le sue scelte difensive » (così Cass. pen., sez. V, 8 febbraio 2007, n. 9355, in *Arch. nuova proc. pen.*, 2004, fasc. 4, p. 447 ss.).

compatibilità con le esigenze di economia processuale proprie del rito — delle ragioni di un ipotetico rigetto dell'istanza proposta in via principale.

Ben potrebbe accadere, ad esempio, che la richiesta iniziale, subordinata all'escussione di più testimoni, non trovi accoglimento perché il giudice ritiene necessario solo l'esame di alcuni di essi. In tale ipotesi, soprattutto se la prova integrativa sia volta a dimostrare circostanze diverse, per l'imputato diviene difficoltoso prevedere quale contributo dichiarativo, secondo la valutazione del giudicante, possa essere ritenuto non necessario ai fini della decisione. Né sembra ipotizzabile un accoglimento parziale dell'istanza di giudizio abbreviato condizionato, poiché la giurisprudenza prevalente — sia pure con diversità di accenti — è sempre stata concorde nel ritenere che al giudice sia preclusa la modifica della condizione probatoria posta dall'imputato¹⁷.

In definitiva, se la pronuncia di rigetto della richiesta di accesso al rito non è resa alla presenza delle parti, si profila il rischio concreto di una compromissione del diritto di difesa dell'imputato.

Aderendo a tale impostazione, occorre stabilire se possa ritenersi invalida — e, conseguentemente, da quale forma di nullità sia inficiata — l'ordinanza di rigetto del rito emessa *de plano* oppure fuori udienza.

Nel caso in cui la decisione sia stata adottata senza fissare preventivamente l'udienza camerale, viene in rilievo l'orientamento giurisprudenziale — oggi prevalente — che reputa viziata da nullità assoluta l'omessa citazione dell'imputato per l'udienza preliminare. L'indirizzo opposto — propenso a

¹⁷ Il provvedimento di accoglimento parziale della richiesta di giudizio abbreviato condizionato — secondo una parte della giurisprudenza — deve considerarsi abnorme (in tal senso, Cass. pen., sez. VI, 9 aprile 2015, n. 17661, in *CED Cass.*, 263252; Id., sez. VI, 10 giugno 2009, n. 28895, in *Cass. pen.*, 2011, p. 302 ss.; Id., sez. V, 19 febbraio 2003, n. 15091, in *Diritto & Giustizia*, 2003, fasc. 24, p. 112 ss.). Altro indirizzo giurisprudenziale ha ritenuto, invece, che l'ordinanza di ammissione soltanto di alcuni mezzi istruttori tra quelli indicati dal richiedente sia inficiata da nullità di ordine generale a regime intermedio, con la conseguente sanatoria, se l'imputato non la eccepisce tempestivamente (cfr. Cass. pen., sez. VI, 13 maggio 2016, n. 20676, in *Cass. pen.*, 2017, p. 262 ss.; Id., sez. II, 13 febbraio 2014, n. 19619, in *Cass. pen.*, 2015, p. 2757 ss.; Id., sez. II, 12 marzo 2010, n. 23605, in *Cass. pen.*, 2011, p. 2305 ss.). Nell'ambito di tale orientamento, si è, altresì, precisato che la formulazione di una istanza di abbreviato semplice, subordinata al rigetto di quello condizionato, costituisce rinuncia ad avvalersi di tale nullità (per tale impostazione, v. Cass. pen., sez. I, 5 dicembre 2017, n. 11605, in *CED Cass.*, 272164).

configurare, nel caso di specie, una nullità di ordine generale a regime intermedio ex art. 180 c.p.p.¹⁸ — è stato superato da una duplice pronuncia delle Sezioni Unite, che hanno rimarcato come il riferimento alla « citazione », contenuto nell'art. 179 c.p.p., è volto ad assicurare la partecipazione dell'imputato, dell'indagato o del condannato a qualunque fase processuale destinata a concludersi con una decisione resa in contraddittorio, sicché anche l'avviso di fissazione dell'udienza preliminare assume il carattere sostanziale di *vocatio in iudicium*¹⁹.

D'altra parte, in linea con tale orientamento, è stata considerata causa di nullità assoluta anche l'omessa notifica del decreto di fissazione dell'udienza di riesame o dell'appello *de libertate*²⁰, nonché il mancato avviso del procedimento di esecuzione o di sorveglianza²¹, sulla base dell'assunto che il legislatore non ha inteso attribuire al termine « citazione » il significato di formale invito a comparire in giudizio, ma con esso ha voluto riferirsi all'insieme di adempimenti posti a carico dell'ufficio

¹⁸ V. Cass. pen., sez. V, 19 maggio 2000, n. 7523, in *Cass. pen.*, 2001, p. 1892 ss.; Id., sez. V, 2 giugno 1998, n. 9389, in *Cass. pen.*, 1999, p. 3537 ss. Di recente, l'indirizzo ermeneutico è stato ribadito da Cass. pen., sez. II, 5 luglio 2019, n. 37615, in *CED Cass.*, 277515; Id., sez. II, 15 dicembre 2015, n. 3694, in *CED Cass.*, 265419.

¹⁹ La questione è stata inizialmente risolta da Cass. pen., sez. un., 9 luglio 2003, n. 35358, in *Giur. it.*, 2004, p. 2386 ss., con nota di M. ANSELMINI, *L'indefettibile ruolo dell'avviso per l'udienza preliminare*, nonché in *Guida dir.*, 2003, fasc. 43, p. 52 ss., con nota di R. BRICCHETTI, *Con l'equiparazione alla mancata citazione è bocciato l'orientamento meno rigorista* e in *Cass. pen.*, 2003, p. 3702 ss., con nota di M.L. DI BITONTO, *In tema di omessa notificazione all'imputato dell'avviso dell'udienza preliminare*. Dopo questa prima pronuncia, è riemersa, in giurisprudenza, la tesi della nullità a regime intermedio, sicché le Sezioni Unite sono nuovamente intervenute per ribadire lo stesso principio di diritto: Cass. pen., sez. un., 24 novembre 2016, n. 7697, in *Cass. pen.*, 2017, p. 4260 ss., con nota di C. GABRIELLI, *Osservazioni a Corte Cassazione, Sez. Un., data udienza 24 novembre 2016, n. 7697*, nonché in *Dir. pen. contemporaneo*, 3 aprile 2017, con nota di I. GUERINI, *Repetita iuvant: le sezioni unite si pronunciano (di nuovo) sull'omessa notifica dell'avviso di fissazione dell'udienza preliminare*.

²⁰ Cfr. Cass. pen., sez. II, 26 ottobre 2022, n. 43972, in *CED Cass.*, 283855; Id., sez. III, 3 febbraio 2022, n. 9756, in *CED Cass.*, 282923. È stata ritenuta affetta da nullità assoluta e insanabile anche la sentenza di patteggiamento pronunciata *de plano*, a seguito di opposizione a decreto penale di condanna (in tal senso, Cass. pen., sez. III, 22 dicembre 2010, n. 805, in *Cass. pen.*, 2012, p. 2214 ss.; Id., sez. IV, 2 aprile 2004, n. 15643, in *Guida dir.*, 2004, fasc. 17, p. 84 ss.).

²¹ Così Cass. pen., sez. I, 21 luglio 2017, n. 39587, in *Diritto & Giustizia*, 31 agosto 2017. Ciò perché le nullità di ordine generale e quelle di carattere assoluto, rilevabili di ufficio in ogni stato e grado del procedimento, concernenti l'intervento e l'assistenza dell'imputato ovvero l'assenza del suo difensore quando ne sia obbligatoria la presenza trovano applicazione anche nei procedimenti camerati partecipati di esecuzione e di sorveglianza.

precedente per consentire all'interessato di esercitare — anche personalmente — il diritto di difesa in vista di una decisione²².

Ben può configurarsi, quindi, la nullità assoluta anche nell'ipotesi di rigetto *de plano* della richiesta di giudizio abbreviato condizionato, posto che l'udienza che si sarebbe dovuta fissare ai sensi degli artt. 458 comma 2 e 464 comma 1 c.p.p. è volta a garantire l'esercizio di facoltà difensive non più azionabili, con la medesima ampiezza, dinanzi al giudice del dibattimento²³.

Ad analoga conclusione non sembra, invece, si possa pervenire, in maniera altrettanto pacifica, nel caso in cui l'udienza camerale venga fissata, ma si concluda con una riserva di decisione, poi assunta con un provvedimento depositato in cancelleria, senza darne lettura alla presenza delle parti.

Appare innegabile, anche in tale evenienza, la lesione del diritto di difesa, poiché il giudice, rigettando fuori udienza la richiesta di rito abbreviato condizionato e disponendo la prosecuzione del giudizio immediato, non consente all'imputato di rimodulare l'originaria istanza e di optare, comunque, per una definizione in via anticipata del processo. L'udienza camerale — come già detto — è fissata non solo per garantire il contraddittorio sulla scelta iniziale dell'imputato, ma anche per conferire a quest'ultimo la possibilità di correggere il tiro, sicché l'ordinanza di rigetto che rimetta le parti dinanzi al giudice del dibattimento, senza concedere l'opportunità di formulare una nuova istanza di giudizio abbreviato, dà luogo ad una evidente compressione delle facoltà difensive.

²² Del resto, quando il legislatore ha voluto porre delle limitazioni, lo ha fatto espressamente: nell'art. 178 comma 1, lett. c), c.p.p., con riferimento alla persona offesa, è previsto che la nullità correlata alla sua omessa citazione sia limitata alla « citazione per il giudizio ». Da ciò consegue che la locuzione « omessa citazione », contenuta nell'[art. 179 c.p.p.](#), non rivela la volontà del legislatore di escludere ipotesi di *vocatio* dell'imputato diverse da quella per il giudizio, ma piuttosto l'intento di ricomprimerle.

²³ Si registra, pertanto, quella "offensività processuale" richiesta per poter dichiarare la invalidità degli atti, secondo il criterio del « pregiudizio effettivo », elaborato dalla giurisprudenza allo scopo di correlare le ipotesi di nullità alla ricorrenza di violazioni che abbiano « effettivamente compromesso le garanzie che l'ipotesi di invalidità era destinata a presidiare » (in questi termini, Cass. pen., sez. un., 24 novembre 2016, n. 7697, in *Cass. pen.*, 2017, p. 4260 ss., con nota di C. GABRIELLI, *Osservazioni a Corte Cassazione, Sez. Un., data udienza 24 novembre 2016, n. 7697*).

In sostanza, sebbene non si registri una mancata « citazione » dell'imputato, essendo stata fissata l'udienza camerale e notificato il relativo avviso, si profila comunque un *vulnus* al diritto di difesa.

L'inquadramento giuridico di tale pregiudizio deve necessariamente tener conto del principio di tassatività, che presidia — com'è noto — il regime delle invalidità processuali.

La prospettata lesione del diritto di difesa non può essere ricondotta, infatti, alla « omessa citazione » di cui all'art. 179 comma 1 c.p.p., ma sembra rientrare, più propriamente, tra le cause nullità di ordine generale, a regime intermedio, previste dall'art 178 comma 1, lett. c), c.p.p., che sanziona — come già detto — la violazione del diritto di « intervento » dell'imputato. Da ciò consegue che la nullità non può essere più eccepita dall'imputato, né rilevata *ex officio*, dopo la deliberazione della sentenza di primo grado²⁴.

In definitiva, sebbene il pregiudizio risulti, in concreto, analogo a quello patito dall'imputato laddove l'ordinanza di rigetto sia pronunciata *de plano*, si profila, nel caso del provvedimento emesso fuori udienza, un diverso regime sanzionatorio, che si sarebbe potuto evitare con la previsione di una nullità speciale, semmai di carattere assoluto, per qualunque forma di violazione del diritto di convertire il giudizio immediato o il decreto penale di condanna nel rito abbreviato semplice o condizionato.

4. La facoltà di formulare istanze in via subordinata di accesso ai riti alternativi.

Si è a lungo dibattuto, in passato, sempre al fine di assicurare un'adeguata tutela del diritto di difesa dell'imputato, sulla possibilità di formulare plurime richieste di

²⁴ Analogamente, in tema di concordato con rinuncia ai motivi di appello, si è ritenuta inficiata da nullità intermedia, ai sensi degli artt. 178 comma 1, lett. c), e 180 c.p.p., la sentenza emessa immediatamente dopo il rigetto dell'accordo proposto dalle parti, senza che il giudice abbia disposto la prosecuzione del dibattimento, come previsto dall'art. 602 comma 1-bis c.p.p., atteso che, in tal modo, risulta impedita alle parti la discussione e la formulazione delle conclusioni nel merito. In tal caso, il vizio può essere eccepito per la prima volta con il ricorso per cassazione, poiché l'evento causativo della nullità ha impedito di dedurla entro la pronuncia della sentenza di appello (*ex multis*, Cass. pen., sez. VI, 3 ottobre 2018, n. 52196, in *Cass. pen.*, 2019, p. 2994 ss.).

riti alternativi — proposte in via gradata — entro il termine decorrente dalla notifica del decreto di giudizio immediato o del decreto penale di condanna²⁵.

In epoca antecedente all'approvazione della legge n. 479 del 1999, la giurisprudenza maggioritaria disconosceva tale facoltà, motivando il diniego con l'incompatibilità strutturale tra il giudizio abbreviato e il patteggiamento, che imporrebbe la scelta secca tra l'uno o l'altro rito²⁶.

A seguito delle modifiche apportate dalla legge "Carotti" in tema di giudizio abbreviato²⁷, la Suprema Corte ha mostrato maggiore apertura sull'ammissibilità della proposizione di richieste subordinate, che sono state, poi, espressamente previste dal comma 5-bis dell'art. 438 c.p.p., introdotto dalla legge n. 103 del 2017²⁸. La novella ha riconosciuto, infatti, all'imputato la facoltà di proporre — in via subordinata rispetto all'istanza del rito abbreviato "condizionato" — la richiesta di giudizio abbreviato semplice o quella di patteggiamento²⁹.

²⁵ In favore di tale opzione, Cass. pen., sez. II, 8 gennaio 2016, n. 10462, in *CED Cass.*, 266124, che ha prospettato — nella vigenza della disciplina antecedente alla "riforma Cartabia" — la necessità di articolare immediatamente le richieste subordinate di riti alternativi solo nel caso di giudizio immediato, mentre, quando si procede con le forme ordinarie o con il rito direttissimo, le richieste difensive possono essere avanzate in udienza.

²⁶ In tal senso, Cass. pen., sez. IV, 1° ottobre 1997, n. 9835, in *Cass. pen.*, 1999, p. 3169 ss.; Id., sez. un., 11 novembre 1994, n. 12572, in *CED Cass.*, 200151.

²⁷ Per l'approfondimento delle innovazioni introdotte, v., tra gli altri, G. BERNI, *Nuovi scenari per il giudizio abbreviato tra evoluzione giurisprudenziale e controriforma legislativa*, in *Giur. it.*, 2000, p. 502; C. BONZANO, *Note critiche sul nuovo giudizio abbreviato*, in *Giur. merito*, 2000, p. 735 ss.; G. CANZIO, *Realtà e prospettive del giudizio abbreviato*, in *Questione giustizia*, 1999, p. 1063; G.P. COLOSMINO-P. RIGHI, *Le variazioni «genetiche» del rito abbreviato all'esame della Corte costituzionale*, in *Giur. it.*, 2000, p. 511 ss.; G. DI CHIARA, *I nuovi riti differenziati. L'impatto della "legge Carotti" sul libro IV 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; 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.

²⁸ Cfr. Cass. pen., sez. I, 19 dicembre 2007, n. 2100, in *CED Cass.*, 238990; Id., sez. I, 7 luglio 2001, n. 28942, in *Cass. pen.*, 2002, p. 2423 ss. In dottrina, A. BARBARANO, *Via libera ai riti alternativi "subordinati"*, in *Diritto & Giustizia*, 2006, fasc. 6, p. 44 ss. Il mutamento del rito resta precluso, ovviamente, nel caso di accoglimento della richiesta formulata in via principale.

²⁹ L'intervento legislativo era volto a dirimere i dubbi interpretativi che avevano dato luogo ad orientamenti giurisprudenziali contrastanti. La disposizione introdotta ha, però, previsto la sola

Occorre, tuttavia, precisare che tale opzione non può precludere la riformulazione — nell'ambito dell'udienza di cui agli artt. 458 e 464 c.p.p. — della richiesta originariamente presentata, anche perché l'elaborazione di istanze subordinate non sempre garantisce il pieno esercizio del diritto di difesa³⁰.

Come già osservato, laddove si intenda transitare da un rito all'altro — ad esempio, dall'abbreviato condizionato a quello secco oppure al patteggiamento — la formulazione di richieste in via gradata può rivelarsi non pregiudizievole, specie quando l'imputato ha piena conoscenza, sin dall'inizio, di tutti gli elementi utili a pianificare la strategia difensiva ritenuta più efficace.

Viceversa, qualora l'imputato non intenda adottare una scelta processuale diversa dal giudizio abbreviato condizionato, la conoscenza dei motivi che hanno determinato il rigetto della originaria istanza chiaramente ne agevola la riproposizione, suggerendo, eventualmente, una diversa articolazione del supplemento istruttorio, affinché il giudice possa pronunciarsi in senso favorevole all'ammissione del rito.

5. Le innovazioni introdotte dalla "riforma Cartabia".

La "riforma Cartabia" — nell'intento di incentivare l'accesso ai riti alternativi per decongestionare il carico giudiziario³¹ — ha esteso le facoltà difensive esercitabili

possibilità di subordinare, al rigetto del giudizio abbreviato condizionato, il giudizio abbreviato semplice e il patteggiamento, senza alcun riferimento all'oblazione e alla messa alla prova. La lacuna appare, tuttavia, colmabile mediante il ricorso all'interpretazione analogica, in virtù della *eadem ratio*. Al riguardo, cfr., in giurisprudenza, Cass. pen., sez. III, 29 gennaio 2015, n. 21456, in *CED Cass.*, 263747; in dottrina, v. G. DI CHIARA, *Sub artt. 41-43 Riforma Orlando*, in AA. VV., *Codice di procedura penale commentato*, a cura di A. Giarda-G. Spangher, Milano, 2017, vol. III, p. 3495 ss.; E. MARZADURI, *Il giudizio abbreviato: alcune riflessioni dopo la c.d. riforma Orlando*, in *Arch. pen.*, 7 giugno 2018, p. 1 ss. Inoltre, la previsione di una determinata sequenza di scelte processuali — prima l'abbreviato condizionato e poi l'abbreviato secco o il patteggiamento — non può essere interpretata in senso rigoroso, ben potendo l'imputato articolare diversamente le proprie istanze, privilegiando, cioè, l'applicazione di pena concordata e optando, in via gradata, per il rito abbreviato, semplice o condizionato.

³⁰ Non a caso, Cass. pen., sez. I, 3 aprile 2019, n. 21439, in *CED Cass.*, 275822, ha osservato che una diversa interpretazione finirebbe per porsi in contrasto con l'obiettivo della disposizione, « che è quello dell'arricchimento delle facoltà e non già dell'aggravamento degli oneri difensivi ».

³¹ La finalità della riforma è stata ampiamente rimarcata in dottrina: tra gli altri, v. P. BRONZO, *Delega al Governo per l'efficienza del processo penale e disposizioni per la celere definizione dei*

nell'udienza fissata ai sensi dell'art. 458 comma 2 c.p.p., riconoscendo al destinatario del decreto che dispone il giudizio immediato la possibilità — prima non ammessa — di mutare completamente la scelta processuale inizialmente adottata. Più specificamente, si è previsto che, laddove sia stata proposta una richiesta di giudizio abbreviato (art. 458 comma 2 c.p.p.) o di patteggiamento (art. 458-bis c.p.p.), il giudice per le indagini preliminari è tenuto a fissare una udienza dedicata al vaglio dell'istanza e, nel caso di rigetto della stessa o di dissenso del pubblico ministero sull'applicazione della pena concordata, l'imputato può optare anche per un rito diverso da quello inizialmente selezionato (art. 458 comma 2-bis c.p.p.)³².

La nuova disciplina non è riuscita, tuttavia, ad equiparare *in toto* la posizione dell'imputato in udienza preliminare a quella di chi riceve notifica del decreto di giudizio immediato, atteso che, per quest'ultimo, stando alla formulazione letterale degli artt. 458 comma 2-bis e 458-bis comma 2 c.p.p., la possibilità di mutare l'oggetto dell'istanza originaria è circoscritta ai soli riti alternativi suscettibili di rigetto nel merito, vale a dire l'abbreviato condizionato e il patteggiamento.

L'imputato che inizialmente prospetta la definizione del processo con le forme del giudizio abbreviato secco, della messa alla prova o dell'oblazione non ha, quindi,

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, p. 1 ss.; 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 *Penale, diritto e procedura*, 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, p. 1 ss.; G. VARRASO, *La legge "Cartabia" e l'apporto dei procedimenti speciali al recupero dell'efficienza processuale*, in *Sist. pen.*, 2022, fasc. 2, p. 29 ss.

³² Per un'analisi organica dell'intervento legislativo *in parte qua*, v. R. BRICCHETTI, *Prime riflessioni sulla riforma Cartabia: i procedimenti speciali. Il giudizio immediato*, in *Il Penalista*, 27 dicembre 2022, p. 1 ss.; M.F. CORTESI, *Il "nuovo" giudizio immediato*, in AA. VV., *La riforma Cartabia*, a cura di G. Spangher, 2022, p. 391 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, p. 1 ss. La disposizione introdotta stabilisce che, nel caso di rigetto del giudizio abbreviato condizionato, l'imputato può chiedere il rito abbreviato secco, l'applicazione di pena concordata o la messa alla prova, ma deve ritenersi implicitamente riconosciuta anche la possibilità di una rimodulazione delle richieste istruttorie a cui subordinare il giudizio abbreviato condizionato, sebbene tale facoltà non sia espressamente prevista.

alcuna possibilità di reimpostare la propria strategia difensiva, risultando tardiva ogni altra richiesta presentata dopo il rigetto di quella originaria³³.

Al di là della segnalata incongruenza, dalla nuova disciplina traspare, comunque, l'intento di valorizzare le esigenze di economia processuale, ampliando le opportunità di accesso alle forme di definizione anticipata del giudizio³⁴.

Per effetto delle modifiche apportate alla disposizione di cui all'art. 458 c.p.p., non solo non può essere rigettata *de plano* l'istanza di conversione del giudizio immediato, ma anche la facoltà del giudice di riservare la decisione deve coniugarsi con l'esigenza di fissare una ulteriore udienza — in prosieguo — per comunicare l'esito alle parti e consentire all'imputato di assumere ulteriori iniziative volte ad evitare il dibattimento³⁵. L'assunto si ricava sia dal comma 2-*bis* dell'art. 458 c.p.p. — dove è stabilito che, qualora il giudice rigetti la richiesta di giudizio abbreviato condizionato, l'imputato, « alla stessa udienza », può chiedere il rito "secco", l'applicazione di pena concordata oppure la sospensione del procedimento con messa alla prova — sia dal comma 2-*ter* della stessa disposizione, che impone al giudice — laddove non sussistano i presupposti per la conversione del giudizio

³³ In proposito, va rilevato che il decreto legislativo n. 150 del 2022, modificando l'art. 446 c.p.p., ha previsto un ulteriore termine entro cui poter avanzare la richiesta di patteggiamento, vale a dire l'udienza fissata ai sensi dell'art. 458 comma 2-*bis* c.p.p. La disposizione sembra prospettare la possibilità di accedere alla pena concordata anche nel caso in cui, a seguito di giudizio immediato, sia stato originariamente richiesto il rito abbreviato secco. Dalla Relazione illustrativa del decreto legislativo emerge, tuttavia, che « l'intervento sull'art. 446 comma 1 è di mero raccordo con la "nuova" possibilità di chiedere il patteggiamento all'udienza di cui all'art. 458, comma 2-*bis* ». Deve ritenersi, quindi, che sia consentito definire il processo con le forme del patteggiamento solo nel caso di rigetto della richiesta di giudizio abbreviato condizionato (v. *Relazione illustrativa del decreto legislativo n. 150/2022*, in *Gazz. Uff.*, 19 ottobre 2022, n. 245, suppl. straord. n. 5, p. 137 ss.).

³⁴ Come si può chiaramente rilevare anche dalla *Relazione illustrativa del decreto legislativo n. 150/2022*, cit., p. 136.

³⁵ All'imputato è attribuito, quindi, un diritto incondizionato al contraddittorio sui presupposti del rito e il giudice non sembra potersi esimere da questa interlocuzione, nemmeno qualora ritenga insussistenti tali presupposti. Solo una presentazione dell'istanza fuori termine sembrerebbe rendere eludibile l'adempimento in parola, posto che il comma 1 dell'art. 458 c.p.p. sanziona con la decadenza il mancato rispetto dei tempi previsti. In tal senso, cfr. A. CABIALI-S. QUATTROCCOLO, *Gli approfondimenti della dottrina sulla riforma Cartabia. Un filtro più potente precede un bivio più netto: nuove possibili prospettive di equilibrio tra udienza preliminare, riti speciali e giudizio nel quadro della riforma Cartabia*, in *Giustizia insieme*, 9 gennaio 2023, p. 1 ss. (par. 4.3).

immediato in altro rito — di dare alle parti « comunicazione in udienza » della rimessione degli atti al giudice del dibattimento.

In definitiva, fino alla conclusione dell'udienza fissata ai sensi dell'art. 458 comma 2 o dell'art. 458-bis comma 1 c.p.p., l'imputato — salvo che non abbia optato, *ab initio*, per il giudizio abbreviato secco — può rimodulare liberamente la richiesta di rito alternativo eventualmente rigettata³⁶.

Sebbene la formulazione del comma 2-bis dell'art. 458 c.p.p. non si distingua per chiarezza esplicativa, deve ritenersi che l'imputato, a fronte del rigetto dell'iniziale istanza di giudizio abbreviato condizionato, non abbia come unica alternativa il rito secco, ben potendo ridefinire la condizione probatoria, anche perché tale opzione non gli sarebbe più concessa in dibattimento, dove la richiesta di cui all'art. 438 comma 5 c.p.p. — precedentemente respinta dal giudice per le indagini preliminari — può solo essere « reiterata », senza modificare i termini dell'integrazione istruttoria³⁷. È evidente che, anche a seguito dell'iniziale richiesta di patteggiamento rigettata nell'udienza fissata *ex art.* 458-bis comma 1 c.p.p., l'imputato deve poter perseguire, con la massima duttilità, la strada del giudizio abbreviato condizionato, rimodulando in udienza, nel caso di rigetto, le richieste istruttorie a cui è subordinato l'accesso al rito³⁸.

³⁶ Si è efficacemente osservato, infatti, che le modifiche normative introdotte sono volte a rafforzare la prerogativa dell'imputato di ottenere un rito premiale, anche dopo la notifica del decreto di giudizio immediato. Si era già espresso in questi termini, commentando le direttive dettate dal legislatore delegante, A. BASSI, *I riti speciali nella riforma Cartabia: un'occasione mancata?*, in *Il Penalista*, 6 settembre 2021, p. 1 ss. Per ulteriori, stimolanti riflessioni sul punto, v. G. VARRASO, *La legge "Cartabia" e l'apporto dei procedimenti speciali al recupero dell'efficienza processuale*, cit., p. 37.

³⁷ La « reiterazione » della richiesta di giudizio abbreviato — come costantemente precisato dalla giurisprudenza — 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), mentre l'istanza di patteggiamento — così come previsto dall'art. 448 comma 1 c.p.p. — può essere « rinnovata », riformulando la proposta di accordo in termini diversi da quelli originari.

³⁸ Secondo la previsione di cui all'art. 464-bis comma 2 c.p.p., se è stato notificato il decreto di giudizio immediato, l'imputato può formulare la richiesta di sospensione del processo con messa alla prova nel termine di quindici giorni stabilito dall'art. 458 comma 1 c.p.p. Non è espressamente imposta la fissazione dell'udienza camerale, né viene prevista — attraverso il rinvio al comma 2-bis dell'art. 458 c.p.p. — la possibilità di avanzare una diversa istanza di rito premiale nel caso di rigetto della messa alla prova. Anche in questo caso, si registra un'asimmetria sul piano normativo, sicuramente emendabile in via ermeneutica, anche perché

L'attuale disciplina ha indubbiamente il pregio di rimarcare la stretta correlazione tra l'udienza fissata per la decisione sul rito e l'esercizio delle facoltà difensive, sicché, laddove il giudice rigetti l'istanza *de plano* o fuori udienza, il provvedimento che dispone la trasmissione degli atti al giudice del dibattimento deve *a fortiori* ritenersi, oggi, inficiato da nullità³⁹.

Difetta, tuttavia, il coordinamento delle norme introdotte dalla "riforma Cartabia" con la previsione di cui al comma 5-*bis* dell'art. 438 c.p.p., che continua a prevedere la possibilità di presentare — in via subordinata rispetto all'istanza di giudizio abbreviato condizionato — la richiesta di abbreviato secco o di patteggiamento. È chiaro che tale opzione ha perso quasi del tutto la sua utilità, poiché la formulazione, *a priori*, di istanze subordinate — come già detto⁴⁰ — finisce per vincolare l'imputato e rischia di compromettere l'esercizio del diritto di difesa nell'udienza fissata ai sensi dell'art. 458 o dell'art. 458-*bis* c.p.p., ben potendo lo stesso imputato, in quella sede, meglio calibrare le sue scelte processuali in via progressiva, alla luce delle ragioni che hanno determinato il mancato accoglimento di precedenti richieste⁴¹.

Occorre evidenziare, infine, che la disciplina dettata dagli artt. 458 e 458-*bis* c.p.p. non viene espressamente richiamata dall'art. 464 comma 1 c.p.p., che prevede la fissazione dell'udienza camerale a seguito della richiesta di giudizio abbreviato o di patteggiamento formulata con l'atto di opposizione al decreto penale di condanna. Non si riviene, tuttavia, alcuna ragione idonea a giustificare un regime differenziato, sicché deve ritenersi che tutte le facoltà difensive riconosciute al destinatario del decreto di giudizio immediato vadano estese, in via analogica, all'imputato che si oppone al decreto penale di condanna.

sarebbe irragionevole diversificare la disciplina di situazioni del tutto speculari. Sul punto, cfr. A. CABIALI-S. QUATTROCCOLO, *Gli approfondimenti della dottrina sulla riforma Cartabia*, cit., par. 4.3.

³⁹ Come già osservato (*supra*, par. 3), sarà configurabile una nullità assoluta nel caso di mancata fissazione dell'udienza camerale e una nullità a regime intermedio se il provvedimento è reso, invece, fuori udienza.

⁴⁰ V. *supra*, par. 4.

⁴¹ Peraltro, la facoltà di formulare istanze subordinate prevista *ex art.* 438 comma 5-*bis* c.p.p. non annovera la richiesta di definizione del procedimento con messa alla prova, anche se sarebbe illogico negare tale opzione. In tal senso, cfr. M.F. CORTESI, *Il "nuovo" giudizio immediato*, in *La riforma Cartabia*, cit., p. 388 ss.

Anche con riferimento alla conversione del rito monitorio valgono, dunque, le considerazioni svolte in ordine alla nullità dell'eventuale ordinanza di rigetto emessa *de plano* o pronunciata fuori udienza.

6. Conclusioni.

Il *vulnus* al diritto di difesa generato dal rigetto *de plano* o fuori udienza della richiesta di patteggiamento o di giudizio abbreviato è stato, in passato, fortemente sminuito dalla giurisprudenza, che ha sempre valorizzato la possibilità riconosciuta all'imputato di riproporre, in dibattimento, l'istanza respinta in precedenza⁴². Si trattava, tuttavia, di un rimedio chiaramente inadeguato, atteso che, per un verso, in dibattimento non era consentito un radicale mutamento del rito e, per altro verso, laddove fosse stata rigettata la richiesta di giudizio abbreviato condizionato, occorreva reiterare la medesima istanza, senza poter neppure rimodulare l'integrazione probatoria. Tali limitazioni non avevano scarso rilievo, se non altro perché comprimevano la libertà di scelta di uno dei riti alternativi al dibattimento, che è ritenuta « una delle più qualificanti modalità di esercizio del diritto di difesa »⁴³.

La "riforma Cartabia" ha decisamente puntato al rafforzamento delle garanzie difensive, consentendo — nell'udienza fissata per la decisione sul patteggiamento o sul giudizio abbreviato — anche il mutamento del rito, nel caso di rigetto della istanza originaria.

Il legislatore ha espressamente stabilito, inoltre, che il provvedimento reiettivo della richiesta di patteggiamento o di giudizio abbreviato debba essere sempre letto

⁴² In quest'ottica, si è anche affermato che l'omessa pronuncia da parte del giudice per le indagini preliminari sulla richiesta di ammissione al rito abbreviato — ritualmente presentata dall'imputato a seguito della notifica del decreto di giudizio immediato — equivale ad una ordinanza di rigetto, sicché, nel caso di mancata riproposizione della richiesta al giudice del dibattimento, ricorre una ipotesi di sanatoria della nullità di ordine generale a regime intermedio (così Cass. pen., sez. I, 9 marzo 2021, n. 15131, in *CED Cass.*, 281062).

⁴³ Si è espressa in questi termini Corte Cost., 11 aprile 2019, n. 82, in *Giur. cost.*, 2019, p. 985 ss., con nota di T. RAFARACI, "Via libera" al patteggiamento anche in ordine alla nuova contestazione "fisiologica" del reato connesso, nonché in *Ilpenalista.it*, 24 maggio 2019, con nota di A. LAZZONI, *Contestazione di reato concorrente in corso di dibattimento e richiesta di applicazione della pena a norma dell'art. 444 c.p.p.*

alla presenza delle parti, al fine di consentire, prima della conclusione dell'udienza, la formulazione di una nuova istanza di definizione anticipata del giudizio. In altri termini, ad ogni rigetto intervenuto in udienza, l'imputato deve poter riarticolare la propria strategia processuale.

È innegabile, quindi, che lo scopo della riforma meriti apprezzamento, ma la sua concreta attuazione non è sembrata ineccepibile, sia per i segnalati difetti di redazione delle nuove disposizioni e di coordinamento con il pregresso tessuto normativo⁴⁴, sia perché il legislatore non ha colto l'occasione di affrontare e risolvere definitivamente — e, soprattutto, in maniera organica — la controversa questione relativa alla invalidità del provvedimento di rigetto emesso *de plano* o fuori udienza.

⁴⁴ V. *supra*, par. 5.

Riflessioni sulla giurisprudenza costituzionale in tema di recidiva a partire dalla dichiarazione di illegittimità dell'articolo 69, quarto comma, del codice penale della parte in cui, relativamente ai delitti puniti con la pena edittale dell'ergastolo, prevede il divieto di prevalenza delle circostanze attenuanti sulla recidiva reiterata (sent. n. 94/2023)

di

Saulle Panizza*

Sommario: 1. Il contesto caratterizzato da segnali di spostamento del “pendolo” della Corte costituzionale verso l’anima politica. – 2. La giurisprudenza costituzionale in tema di recidiva, fino alla recente sent. n. 94/2023. – 3. La recidiva come caso particolare di ampliamento dei margini di intervento della Corte costituzionale sulle scelte discrezionali del Parlamento in materia penale.

1. Il contesto caratterizzato da segnali di spostamento del “pendolo” della Corte costituzionale verso l’anima politica

L’ultima relazione sulla giurisprudenza costituzionale, quella riferita all’anno 2022 ⁽¹⁾, nella parte riguardante i profili sostanziali, e in particolare i diritti e doveri degli individui, dedica, come consuetudine, un corposo paragrafo ai principi costituzionali in materia penale. Essi sono identificati nello strumento penale quale *extrema ratio*, nel principio del giudice naturale precostituito per legge, nel principio di legalità (con le varie sfaccettature: riserva assoluta di legge, divieto di retroattività *in peius*), in quello di offensività, nella retroattività della *lex mitior*, nel divieto di *bis in idem*, con specificazione finale dei margini di intervento della Corte sulle scelte discrezionali del legislatore nella materia. Esaminando, anche sommariamente, tale complesso, emergono numerose pronunce del giudice

*Professore ordinario di Diritto costituzionale _ Università degli Studi di Pisa.

¹ La si può vedere sul sito dell’organo (www.cortecostituzionale.it).

costituzionale che si discostano non poco da quello che per lungo tempo è stato una specie di dogma, riassumibile nell'etichetta delle c.d. "rime obbligate", secondo la celebre definizione di Vezio Crisafulli.

Come la dottrina ha evidenziato, infatti, in anni recenti (a partire dal 2016 e più nettamente dal 2018-2019) la Corte ha superato in varie occasioni e direzioni il riferimento ad esse. Dapprima considerando possibile il proprio intervento, seppur a determinate condizioni, di fronte a una situazione di manifesta irragionevolezza, per sproporzione, di un determinato trattamento sanzionatorio, poi affermando come essenziale e sufficiente a consentire il sindacato della Corte sulla congruità del trattamento sanzionatorio previsto per una determinata ipotesi di reato che il sistema nel suo complesso offra alla Corte "precisi punti di riferimento" e soluzioni "già esistenti" – esse stesse immuni da vizi di illegittimità, ancorché non "costituzionalmente obbligate" – che possano sostituirsi alla previsione sanzionatoria dichiarata illegittima; sì da consentire alla Corte di porre rimedio nell'immediato al *vulnus* riscontrato, senza creare insostenibili vuoti di tutela degli interessi di volta in volta tutelati dalla norma incriminatrice incisa dalla propria pronuncia, restando ferma, d'altra parte, la possibilità per il legislatore di intervenire in qualsiasi momento a individuare, nell'ambito della propria discrezionalità, altra – e in ipotesi più congrua – soluzione sanzionatoria, purché rispettosa dei principi costituzionali ⁽²⁾. Il tutto in vista di una tutela effettiva dei principi e dei diritti fondamentali incisi dalle scelte sanzionatorie del legislatore ⁽³⁾.

² V., in sintesi, E. MALFATTI, S. PANIZZA, R. ROMBOLI, *Giustizia costituzionale*, VII ed., Torino, 2021, 346 ss.

³ Per una ricostruzione delle linee di tendenza della giurisprudenza costituzionale nell'ambito penale, a partire dall'applicazione del principio di eguaglianza e degli altri parametri costituzionali rilevanti, v. l'ampia analisi di G. P. DOLSO, *Principio di eguaglianza e diritto penale. Osservazioni a partire dalla recente giurisprudenza costituzionale*, in *Consultaonline*, 2015, fasc. III; traduce l'evoluzione recente della giurisprudenza costituzionale in materia penale con le due categorie del "fino a ieri" (manipolazione per via pretoria del delta punitivo praticata nel rispetto della duplice condizione di un intervento *in bonam partem* e solo se scritto sotto dettatura della Costituzione) e del "da oggi in poi" (un inedito scrutinio di legittimità sulla cornice edittale si affaccia negli ultimi arresti della Corte costituzionale) A. PUGIOTTO, *Cambio di stagione nel controllo di costituzionalità sulla misura della pena*, in *Scritti in onore di Antonio Ruggeri*, Napoli, 2021, vol. IV, 3477 ss., cui si rinvia per il censimento giurisprudenziale e le reazioni dottrinali determinate dal nuovo trend.

In una prospettiva più ampia, ma collegata, si può anche far riferimento, sempre all'interno del generale rapporto tra Corte e Parlamento, al recente sviluppo di una nuova tecnica decisoria (variamente denominata, cui la Corte si riferisce come *incostituzionalità "prospettata"*). Essa consiste nel disporre il rinvio del giudizio in corso, con fissazione di una ulteriore discussione delle questioni di legittimità sollevate a un'udienza a circa un anno di distanza, onde valutare l'eventuale sopravvenienza di una legge che regolamenti in maniera opportuna la materia. In sostanza, la Corte, dopo aver riscontrato un *vulnus* costituzionale e ritenuto che il delicato bilanciamento della materia sia affidato, in primo luogo, al Parlamento, in spirito di collaborazione istituzionale sospende la propria decisione, dando tempo al legislatore di intervenire. Anziché procedere come accadeva di norma in passato in simili casi (pronuncia di inammissibilità accompagnata da un monito, più o meno stringente), la Corte, "facendo leva sui propri poteri di gestione del processo costituzionale", spinge il legislatore a intervenire, con la prospettiva di pronunciarsi nuovamente, a data certa, sospendendo il giudizio *a quo* e demandando ai giudici, negli altri giudizi, di valutare se sussistano le condizioni per sollevare la questione di legittimità costituzionale, così da evitare l'applicazione delle disposizioni indubbiamente.

Il primo caso di questo tipo è rappresentato dall'ord. n. 207/2018 in materia di aiuto al suicidio, cui ha fatto seguito, come in un "uno-due" preannunciato, la sent. n. 242/2019, che ha dichiarato "l'illegittimità costituzionale dell'art. 580 del codice penale, nella parte in cui non esclude la punibilità di chi, con le modalità previste dagli artt. 1 e 2 della legge 22 dicembre 2017, n. 219 (Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento) – ovvero, quanto ai fatti anteriori alla pubblicazione della presente sentenza nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica, con modalità equivalenti nei sensi di cui in motivazione –, agevola l'esecuzione del proposito di suicidio, autonomamente e liberamente formatosi, di una persona tenuta in vita da trattamenti di sostegno vitale e affetta da una patologia irreversibile, fonte di sofferenze fisiche o psicologiche che ella reputa intollerabili, ma pienamente capace di prendere decisioni libere e consapevoli,

sempre che tali condizioni e le modalità di esecuzione siano state verificate da una struttura pubblica del servizio sanitario nazionale, previo parere del comitato etico territorialmente competente" (4).

Il secondo caso è costituito dall'ord. n. 132/2020 in materia di diffamazione a mezzo stampa, poi bissata dalla sent. n. 150/2021, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 13 della legge 8 febbraio 1948, n. 47 (Disposizioni sulla stampa) e, in via consequenziale, dell'art. 30, comma 4, della legge 6 agosto 1990, n. 223 (Disciplina del sistema radiotelevisivo pubblico e privato), mentre ha dichiarato, in generale, l'infondatezza delle questioni riguardanti l'art. 595 del codice penale (mediante tre dispositivi, uno di non fondatezza nei sensi di cui in motivazione, uno di non fondatezza e uno di manifesta infondatezza).

Il terzo caso ha riguardato l'ord. n. 97/2021, in materia di ergastolo ostativo, che ha però avuto un esito differente dai due precedenti. La decisione è stata rinviata dapprima all'udienza pubblica del 10 maggio 2022, quindi ulteriormente differita (ord. n. 122/2022), per poi pervenirsi alla restituzione degli atti al giudice rimettente (ord. n. 227/2022) a seguito dello scioglimento anticipato delle Camere, delle elezioni politiche e di un decreto-legge del nuovo Governo intervenuto in materia (5).

⁴ Nel comunicato del 16 novembre 2018 dell'Ufficio Stampa della Corte si sottolinea, a proposito dell'ord. n. 207/2018, che "in presenza di una pluralità di scelte discrezionali, finora la Corte aveva dichiarato l'inammissibilità della questione sollevata, con un monito al legislatore affinché approvasse la disciplina necessaria". Se il monito fosse rimasto senza riscontro, di norma avrebbe fatto seguito una pronuncia di illegittimità costituzionale. Ora, però, la Corte osserva che "questa tecnica decisoria ha l'effetto di lasciare in vita – e dunque esposta a ulteriori applicazioni, per un periodo di tempo non preventivabile – la normativa non conforme a Costituzione. E un simile effetto ... non può considerarsi consentito nel caso in esame, per le sue peculiari caratteristiche e per la rilevanza dei valori da esso coinvolti". Circa un anno dopo, nel comunicato del 22 novembre 2019, a chiusura della vicenda, alla luce della constatata inerzia legislativa, si osserva che "l'esigenza di garantire la legalità costituzionale deve prevalere su quella di lasciare spazio alla discrezionalità del legislatore. E se la dichiarazione di incostituzionalità rischia di creare vuoti di disciplina che mettono in pericolo diritti fondamentali, la Corte costituzionale deve preoccuparsi di evitarli, ricavando dal sistema vigente i criteri di riempimento, in attesa dell'intervento del Parlamento". Significativo anche il passaggio in cui si osserva che "poiché non è stata approvata nessuna normativa, la Corte ha ritenuto di dover porre rimedio, comunque sia, alla violazione riscontrata".

⁵ Per un esame delle pronunce frutto della nuova tecnica adottata dalla Corte, si rinvia a S. PANIZZA, *Alcune linee di sviluppo del sistema italiano di giustizia costituzionale dopo lo smaltimento dell'arretrato, con particolare riguardo al potere di autonormazione e ai profili di organizzazione e*

Lo sviluppo di questa nuova tecnica decisoria si inserisce in un contesto caratterizzato, secondo i più, da una maggiore politicizzazione del controllo di costituzionalità e da una oscillazione del “pendolo” della Corte verso l’anima politica a scapito di quella giurisdizionale, cui non sarebbe estranea nemmeno la recente “apertura” del processo costituzionale attraverso le modifiche del 2020 delle Norme integrative (6).

Ebbene, all’interno del quadro ora osservato, vi è un tema proprio del diritto penale, quello della recidiva, che fornisce da tempo occasioni di intervento alla giustizia costituzionale in un ambito, come detto, tradizionalmente riservato alla discrezionalità del legislatore, e che proprio recentemente ha conosciuto ulteriori, importanti sviluppi (7). Il riferimento va alla sent. n. 94/2023, nel c.d. caso Cospito. Una vicenda che ha avuto vasta eco mediatica e la cui decisione è stata

funzionamento della Corte costituzionale, in G. P. DOLSO, D. ROSSI (a cura di), *1920-2020. Un secolo di giustizia costituzionale*, Napoli, 2022, 157 ss.

⁶ In generale, sul tema, v. R. ROMBOLI (a cura di), *Ricordando Alessandro Pizzorusso. Il pendolo della Corte. Le oscillazioni della Corte costituzionale tra l’anima “politica” e quella “giurisdizionale”*, Torino, 2017; ID., *Dalla <<diffusione>> all’<<accentramento>>: una significativa linea di tendenza della più recente giurisprudenza costituzionale*, in *Foro it.*, 2018, I, c. 2226; i pericoli derivanti dalle modifiche del 2020 alle Norme integrative, anche nel quadro di una vistosa oscillazione del pendolo verso l’anima politica del controllo sulle leggi cui si assiste in anni recenti, sono evidenziati, tra gli altri, da S. BARBARESCHI, *La Corte costituzionale si apre all’ascolto della società civile*, ovvero del rischio della legittimazione di sé attraverso gli altri, in *Rivista AIC*, fasc. n. 2/2020; per A. Vuolo, *Il contraddittorio nei giudizi costituzionali alla luce delle recenti modifiche alle Norme integrative*, in *Federalismi.it*, fasc. n. 16/2020, “è bene che le porte di palazzo della Consulta possano aprirsi, non spalancarsi”. Per alcune osservazioni, a partire dal tema dell’accesso alla Corte, sia consentito rinviare a S. PANIZZA, *I modelli di giustizia costituzionale e il problema del rafforzamento delle corti, con particolare riferimento al tema dell’accesso*, in P. BIANCHI, E. A. FERIOLI, G. MARTINICO, C. NAPOLI (a cura di), *Scritti in memoria di Paolo Carrozza*, Pisa, 2022, vol. II, 827 ss. Sulla natura politica o giurisdizionale della nostra Corte, alla luce delle decisioni più recenti e dell’attivismo del giudice costituzionale, v. ora R. ROMBOLI, *Corte costituzionale e legislatore: il bilanciamento tra la garanzia dei diritti ed il rispetto del principio di separazione dei poteri*, in *Consultaonline*, 2023, fasc. III, il quale conclude come non possa negarsi “che le più recenti tipologie messe in atto dalla Corte costituzionale, nel meritorio intento di dare comunque tutela a diritti costituzionali, abbiano determinato un sicuro mutamento istituzionale che pare porsi in contrasto con il principio di separazione dei poteri”.

⁷ Per una sintesi dei principali aspetti problematici legati all’istituto della recidiva, in particolare a seguito della riforma operata dalla l. n. 251/2005, v. C. PIEMONTESE (a cura di), *La riforma della legittima difesa e della recidiva tra teoria e prassi*, Pisa, 2008.

accompagnata da ben due comunicati stampa da parte della Corte, uno del 18 aprile 2023 ⁽⁸⁾ e uno del 12 maggio 2023 ⁽⁹⁾.

2. La giurisprudenza costituzionale in tema di recidiva, fino alla recente sent. n. 94/2023

Nell'attuale impianto codicistico, la recidiva è una delle circostanze soggettive inerenti alla persona del colpevole (art. 70 c.p.) e trova la propria previsione normativa specifica nell'art. 99 c.p., come modificato dal d.p.r. n. 1464/1948, dal d.l. n. 99/1974 (convertito, con modificazioni, dalla legge n. 220/1974), dalla l. n. 251/2005 e, secondo quanto si dirà, dalla pronuncia n. 285/2005 della Corte costituzionale, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale parziale del quinto comma (casi di recidiva obbligatoria).

In estrema sintesi, il primo comma dell'art. 99 c.p. si occupa della recidiva c.d. semplice. Chi, dopo essere stato condannato per un delitto non colposo, ne commette un altro, può essere sottoposto ad un aumento di un terzo della pena da infliggere per il nuovo delitto non colposo.

Il secondo comma della recidiva c.d. aggravata. La pena può essere aumentata fino alla metà:

- 1) se il nuovo delitto non colposo è della stessa indole;
- 2) se il nuovo delitto non colposo è stato commesso nei cinque anni dalla condanna precedente;
- 3) se il nuovo delitto non colposo è stato commesso durante o dopo l'esecuzione della pena, ovvero durante il tempo in cui il condannato si sottrae volontariamente all'esecuzione della pena.

Il terzo comma della recidiva c.d. pluriaggravata. Qualora, cioè, concorrano più circostanze fra quelle indicate al secondo comma, l'aumento di pena è della metà.

⁸ Si tratta del primo comunicato, dal titolo "Ergastolo e bilanciamento delle circostanze del reato", pubblicato in attesa del deposito della sentenza.

⁹ Il secondo comunicato, intitolato "Nel caso di reati puniti con la pena edittale dell'ergastolo è illegittimo il divieto per il giudice di ritenere prevalenti le circostanze attenuanti sulla recidiva reiterata", ha invece accompagnato il deposito della sentenza.

Il quarto comma della recidiva c.d. reiterata. Se il recidivo commette un altro delitto non colposo, l'aumento della pena, nel caso di cui al primo comma, è della metà e, nei casi previsti dal secondo comma, è di due terzi.

Il quinto comma, poi dichiarato in parte illegittimo, stabiliva che "Se si tratta di uno dei delitti indicati all'articolo 407, comma 2, lettera a), del codice di procedura penale, l'aumento della pena per la recidiva è obbligatorio e, nei casi indicati al secondo comma, non può essere inferiore ad un terzo della pena da infliggere per il nuovo delitto". L'illegittimità, come si dirà, è stata pronunciata limitatamente alle parole "è obbligatorio e,", conseguentemente ora espunte dalla disposizione.

Ai sensi dell'ultimo comma dell'art. 99 c.p., infine, "In nessun caso l'aumento di pena per effetto della recidiva può superare il cumulo delle pene risultante dalle condanne precedenti alla commissione del nuovo delitto non colposo".

L'ultimo intervento legislativo in ordine di tempo in materia (l. n. 251/2005 cit.), oltre alla sostituzione nel senso testé riportato dell'art. 99 c.p. (quale in precedenza risultante a seguito della modifica del 1974), ha altresì sostituito il quarto comma dell'art. 69 c.p. (Concorso di circostanze aggravanti e attenuanti), prevedendo che le disposizioni dell'articolo "si applicano anche alle circostanze inerenti alla persona del colpevole, esclusi i casi previsti dall'articolo 99, quarto comma, nonché dagli articoli 111 e 112, primo comma, numero 4), per cui vi è divieto di prevalenza delle circostanze attenuanti sulle ritenute circostanze aggravanti, ed a qualsiasi altra circostanza per la quale la legge stabilisca una pena di specie diversa o determini la misura della pena in modo indipendente da quella ordinaria del reato". In sostanza, in deroga al tipico bilanciamento rimesso alla valutazione del giudice (a seconda della prevalenza delle circostanze aggravanti, art. 69, primo comma; della prevalenza delle circostanze attenuanti, art. 69, secondo comma; o della equivalenza fra circostanze aggravanti e attenuanti, art. 69, terzo comma), l'intervento del legislatore del 2005 ha introdotto il divieto di prevalenza delle circostanze attenuanti quando ricorre, in particolare, per quanto qui interessa, l'aggravante della recidiva reiterata (art. 99, quarto comma).

Il maggior rigore che per più versi ha ispirato la l. n. 251/2005 (c.d. *ex Cirielli*), in controtendenza, in particolare per la recidiva, rispetto al legislatore del 1974, ha finito rapidamente per produrre numerose questioni di legittimità costituzionale sottoposte al vaglio della Corte (10).

Da un lato, esse hanno riguardato la (presunta) trasformazione della recidiva (reiterata) in obbligatoria e tale da non poter essere discrezionalmente esclusa dal giudice.

La Corte le ha dichiarate inammissibili per mancata sperimentazione dell'interpretazione adeguatrice da parte dei giudici ordinari (sent. n. 192/2007) (11). Una volta assecondato questo indirizzo ad opera della successiva giurisprudenza di legittimità, rimaneva però esclusa da tale interpretazione la recidiva dell'art. 99, quinto comma, la sola testualmente prevista come "obbligatoria". Ma proprio sul

¹⁰ Per un esame degli aspetti critici individuati fin dal principio da buona parte della dottrina in ordine all'intervento legislativo del 2005, v. A. MARTINI, *Prove di un diritto penale futuro: controllo sulla discrezionalità penale*, S. MUGNAINI, *Brevi riflessioni sulla disciplina della recidiva introdotta dalla legge 251/2005*, S. PUCCINI, *La disciplina del bilanciamento di circostanze tra prassi applicativa e politica criminale*, tutti in C. PIEMONTESE (a cura di), *La riforma*, cit., rispettivamente 67 ss., 81 ss. e 109 ss.

¹¹ Secondo la Corte, "quella che i rimettenti danno per scontata non rappresenta, tuttavia, l'unica lettura astrattamente possibile del vigente quadro normativo. A sostegno della tesi della obbligatorietà, in ogni caso, della recidiva reiterata, regolata dal quarto comma dell'art. 99 cod. pen. (nel nuovo testo introdotto dall'art. 4 della legge n. 251 del 2005) – così come della recidiva cosiddetta pluriaggravata, di cui al terzo comma del medesimo articolo – parrebbe militare, in effetti, *prima facie*, l'argomento letterale. L'avvenuta utilizzazione, in tali disposizioni, con riferimento al previsto aumento di pena, del verbo essere all'indicativo presente («è») – in luogo della voce verbale «può», che compariva nel testo precedente, e che figura tuttora nei primi due commi dello stesso art. 99 cod. pen., con riferimento alla recidiva semplice e alla recidiva aggravata – indurrebbe difatti a ritenere che il legislatore abbia inteso ripristinare, rispetto alle due forme di recidiva considerate, il regime di obbligatorietà preesistente alla riforma attuata dal decreto-legge 11 aprile 1974, n. 99, convertito, con modificazioni, nella legge 7 giugno 1974, n. 220". Nondimeno, prosegue la Corte, "la nuova formula normativa potrebbe essere letta anche nel diverso senso che l'indicativo presente «è» si riferisca, nella sua imperatività, esclusivamente alla misura dell'aumento di pena conseguente alla recidiva pluriaggravata e reiterata – aumento che, a differenza che per l'ipotesi della recidiva aggravata, di cui al secondo comma dell'art. 99 cod. pen., il legislatore del 2005 ha voluto rendere fisso, anziché variabile tra un minimo e un massimo – lasciando viceversa inalterato il potere discrezionale del giudice di applicare o meno l'aumento stesso. A tale conclusione indurrebbe, segnatamente, la considerazione che la recidiva pluriaggravata e la recidiva reiterata rappresentano mere "species" della figura generale delineata dal primo comma dell'art. 99 cod. pen.: il che implicherebbe che la struttura della recidiva resti quella – indubbiamente facoltativa – ivi contemplata, limitandosi i commi successivi a derogare alla relativa disciplina solo in relazione all'entità degli aumenti di pena".

punto la Corte costituzionale è quindi intervenuta dichiarando l'illegittimità proprio limitatamente alle parole "è obbligatorio e," (sent. n. 185/2015) ⁽¹²⁾.

A seguito di questi passaggi, delle modifiche normative del 2005 restava in sostanza operante la peculiare connotazione della circostanza aggravante della recidiva reiterata dell'art. 99, quarto comma. Pur non obbligatoria nella sua applicazione, una volta ritenuta applicabile essa determina(va) il rigido automatismo del divieto di prevalenza di qualsiasi circostanza attenuante.

In un quadro normativo, come riconosciuto dalla Corte, che già prevede altre circostanze aggravanti c.d. privilegiate (per cui vale il divieto di prevalenza delle circostanze attenuanti o addirittura l'esclusione del giudizio di comparazione tra le circostanze), quella prevista dal combinato tra l'art. 69 e l'art. 99, quarto comma, c.p. si presenta come particolare perché l'automatismo dell'esclusione di prevalenza delle attenuanti si innesta sulla mancanza di automatismo dell'applicazione dell'aumento di pena ⁽¹³⁾. Ma la "tenuta costituzionale" di tale previsione – osserva la Corte – non poteva che misurarsi con i principi di eguaglianza, di offensività della condotta del reo e della necessaria proporzionalità della pena tendente alla rieducazione del condannato ⁽¹⁴⁾.

¹² Secondo la Corte, in particolare, "nel caso di specie, il rigido automatismo sanzionatorio cui dà luogo la norma censurata – collegando l'automatico e obbligatorio aumento di pena esclusivamente al dato formale del titolo di reato commesso – è del tutto privo di ragionevolezza, perché inadeguato a neutralizzare gli elementi eventualmente desumibili dalla natura e dal tempo di commissione dei precedenti reati e dagli altri parametri che dovrebbero formare oggetto della valutazione del giudice, prima di riconoscere che i precedenti penali sono indicativi di una più accentuata colpevolezza e di una maggiore pericolosità del reo", né l'automatismo sanzionatorio introdotto dalla norma censurata potrebbe giustificarsi ritenendo che esso si fondi su una presunzione assoluta di più accentuata colpevolezza e di maggiore pericolosità del reo.

¹³ Nel punto 7 del Considerato in diritto della sent. n. 94/2023 la Corte – non senza un tono in qualche modo didattico – osserva che "il giudice deve innanzi tutto accertare, con discrezionalità valutativa, se sussistono i presupposti per applicare l'aumento di pena per la recidiva reiterata, verificando, in concreto, se le precedenti condanne abbiano reso la persona maggiormente incline a commettere un ulteriore reato", un accertamento "distinto rispetto alla (logicamente successiva) valutazione di proporzionalità della pena irrogabile ove sia in concreto applicabile l'aumento per la recidiva". Nel caso della recidiva reiterata, "solo se il giudice ritiene che debba in concreto applicare l'aumento di pena per tale circostanza aggravante, allora scatta l'automatismo dell'esclusione della prevalenza di qualsivoglia (eventualmente) concorrente circostanza attenuante".

¹⁴ Pur nel contesto della generale non obbligatorietà della recidiva – osserva la Corte (punto 8 del Considerato in diritto) – "che non attenua la portata del divieto stesso, ma anzi lo fa

Con la conseguenza che in ripetute occasioni la giurisprudenza costituzionale ha dichiarato la illegittimità costituzionale di previsioni riguardanti singoli reati e specifiche circostanze attenuanti e il divieto di prevalenza delle attenuanti sull'aggravante della recidiva reiterata. Nella sent. n. 94/2023 la Corte richiama, infatti, numerosi precedenti, che formano il substrato giurisprudenziale da cui poi si sviluppa la dichiarazione di illegittimità dell'art. 69, quarto comma, c.p. "nella parte in cui, relativamente ai delitti puniti con la pena edittale dell'ergastolo, prevede il divieto di prevalenza delle circostanze attenuanti sulla recidiva reiterata di cui all'art. 99, quarto comma, c.p."

E' interessante osservare il percorso logico-argomentativo sviluppato dalla pronuncia in commento.

La Corte dapprima rinviene "principi comuni, declinati lungo una triplice direttrice" cui sono riconducibili le *rationes decidendi* sottese alle numerose pronunce emanate nel corso degli anni (punto 10). Una prima *ratio decidendi* attiene alla particolare ampiezza della divaricazione tra la pena base prevista per il reato non circostanziato e quello risultante dall'applicazione dell'attenuante (punto 10.1). Una seconda, ancora sotto il profilo oggettivo, è stata la considerazione che alcune attenuanti sono accomunate dall'esigenza di bilanciare la particolare ampiezza della fattispecie del reato non circostanziato che accomuna condotte marcatamente diverse e che necessitano di essere differenziate nella determinazione del trattamento sanzionatorio (punto 10.2). Una terza, sotto il profilo soggettivo, è

apparire, già per ciò solo, eccedente se non proprio contraddittorio" (ma, potremmo aggiungere, si tratta di un contesto che, come detto, proprio la giurisprudenza della stessa Corte ha fortemente concorso a determinare). In generale, sul faticoso cammino di progressiva valorizzazione del principio rieducativo della pena, l'incompatibilità con esso delle pene fisse, e la sua espansione oltre la fase dell'esecuzione penale, comprese quelle della scelta legislativa delle fattispecie di reato e della commisurazione della pena ad opera dei giudici, v. M. D'AMICO, *Commento all'art. 27*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Torino, 2006, vol. I, 563 ss.; sottolinea la logica repressiva a carico dei recidivi sottesa alla riforma del 2005 S. MUGNAINI, *Brevi riflessioni*, cit., 81, la quale osserva come la legge reintroduca "una sorta di *presunzione legale di pericolosità*, in quanto riflette la convinzione che alcuni recidivi (in particolare quelli *reiterati*) siano a tal punto pericolosi da dover sottostare a un vero e proprio regime penale differenziato", con una regressione, a suo dire, di almeno vent'anni del nostro sistema penale.

rinvenibile in quelle pronunce che hanno riguardato attenuanti strettamente legate al carattere personale della responsabilità penale (punto 10.3).

Fatta questa ricognizione, la Corte reputa che tali ragioni del decidere “ricorrono tutte, e in maggior grado, nell’ipotesi in cui il divieto di prevalenza delle circostanze attenuanti comporta che l’unica pena irrogabile è l’ergastolo, quale che sia stata la condotta dell’imputato, rientrante in quella prevista dall’art. 285 c.p. come strage” (punto 11) ⁽¹⁵⁾. Pena perpetua, che non ha mai fine, espressione di un particolare rigore sanzionatorio irrogato in riferimento a una condotta ad ampio spettro ed eccezionalmente a consumazione anticipata (punto 12), pena edittale fissa, unica e indefettibile, non in linea con il “volto costituzionale” del sistema penale (punto 13), e oltre tutto in grado di determinare un trattamento ingiustificatamente diverso *in peius* (punto 14), poiché, nella fattispecie, le circostanze attenuanti – se ritenute equivalenti – non potrebbero nemmeno avere l’effetto di escludere l’aumento di pena per la recidiva, non essendo l’ergastolo suscettibile di aggravamento.

Ecco che allora si impone, nella logica della Corte, il dispositivo di illegittimità (in relazione a tutti i delitti puniti con la pena edittale dell’ergastolo) per la “tenuta costituzionale” della pena stessa (punti 15 e 16) ⁽¹⁶⁾.

3. La recidiva come caso particolare di ampliamento dei margini di intervento della Corte costituzionale sulle scelte discrezionali del Parlamento in materia penale

Gli anni recenti hanno condotto, come detto, a ritenere in larga parte superato il più risalente orientamento di rigoroso apprezzamento da parte del giudice costituzionale della discrezionalità del legislatore in ambito penale. Una sorta di

¹⁵ La continuità con i precedenti, così ricostruita, è fortemente valorizzata, non a caso, in entrambi i comunicati stampa che hanno accompagnato la sent. n. 94/2023, sopra ricordati.

¹⁶ Sui quotidiani sono apparsi vari commenti alla pronuncia della Corte, spesso leggendovi una sorta di “apertura a uno sconto di pena” per il caso dell’anarchico Alfredo Cospito; sulle reazioni alle conseguenti determinazioni assunte dalla magistratura (Corte d’assise d’appello di Torino), che qui non rileva approfondire, si può vedere la stampa degli ultimi giorni del mese di giugno.

manifesto del nuovo corso è forse rinvenibile nella Relazione del Presidente della Corte Lattanzi sulla giurisprudenza costituzionale del 2018, allorché un intero paragrafo (il n. 7) veniva dedicato al rapporto tra giustizia costituzionale e materia penale, osservandosi la “più incisiva azione che la giurisprudenza costituzionale tende a esercitare, superando, con una larga varietà di tecniche decisorie, le strettoie dell’inammissibilità”. Se è “vero che la scelta di quali condotte punire, e con quali sanzioni, resta affidata al Parlamento, in forza della riserva di legge enunciata dall’art. 25 della Costituzione, posto che, a fronte dell’incisione del bene supremo della libertà personale, non può essere che il legislatore a selezionare i fatti la cui estrema gravità non lascia altra via che ricorrere alla sanzione penale” e che “queste considerazioni hanno reso la giurisprudenza della Corte particolarmente rispettosa della discrezionalità legislativa in materia penale, cosicché spesso non si è potuto affrontare il merito di una questione di costituzionalità per la pluralità di opzioni ricostruttive dell’ordinamento che un’eventuale dichiarazione di illegittimità costituzionale avrebbe aperto e tra le quali la Corte non avrebbe potuto esercitare una scelta, in luogo del legislatore”, “tuttavia è sembrato sempre più inconcepibile che, proprio laddove vengono in rilievo i diritti fondamentali della persona innanzi alla potestà punitiva pubblica, la Corte debba arrestare il proprio sindacato nei confronti di disposizioni costituzionalmente illegittime, che offendono la libertà personale. In queste ipotesi, una rinnovata sensibilità impone di rinvenire nella giustizia costituzionale meccanismi adeguati per cancellare la norma lesiva della Costituzione, allo stesso tempo preservando il più possibile la discrezionalità legislativa. Ma deve restare chiaro che è il primo obiettivo a costituire la ragione fondamentale della giurisdizione costituzionale”.

La vicenda della recidiva e della sent. n. 94/2023 sembrano offrire un banco di prova per comprendere, in tale specifico ambito, l’approdo di questa tendenza, ma nella consapevolezza che questo percorso origina più indietro nel tempo.

Al di là della pronuncia in sé e dei significati che ad essa sono stati attribuiti, anche in relazione al delicato e controverso giudizio *a quo* da cui ha preso le mosse, e pur

non rappresentando, certamente, il punto definitivo di questo filone giurisprudenziale ⁽¹⁷⁾, essa pare prestarsi ad alcune considerazioni, in un'ottica, potremmo dire, più di sistema.

Senza voler entrare nella dimensione propriamente penalistica ⁽¹⁸⁾, e rimanendo ancorati allo sguardo del costituzionalista, l'attuale punto di arrivo della giurisprudenza costituzionale in materia presenta tratti di interesse. Volendo semplificare, la si può così sintetizzare. L'originaria previsione codicistica del 1930 viene modificata in senso meno rigoroso dal legislatore del 1974 e in termini, invece, di maggior rigore, almeno per una parte dei profili della disciplina coinvolti, dal legislatore del 2005 ⁽¹⁹⁾.

Di quest'ultimo intervento la Corte costituzionale, fin dal 2007, sollecita una interpretazione adeguatrice da parte dei giudici (nel senso che la recidiva reiterata

¹⁷ Ancor più recentemente, la Corte costituzionale è pervenuta alla dichiarazione di illegittimità costituzionale dell'art. 69, quarto comma, c.p. nella parte in cui prevede il divieto di prevalenza della circostanza attenuante di cui all'art. 62, n. 4, c.p. sulla recidiva di cui all'art. 99, quarto comma, c.p. La sent. n. 141/2023, sulla scia di altri precedenti, anche recenti (sent. n. 120/2023), ha ritenuto che "la particolare tenuità del danno patrimoniale causato determina, di regola, una sensibile riduzione del contenuto di disvalore dei reati che offendono il solo patrimonio, o che offendono – accanto ad altri beni giuridici – anche il patrimonio; e di tale ridotto disvalore il giudice deve poter tenere conto nella commisurazione del trattamento sanzionatorio, senza essere vincolato a ignorarlo in ragione soltanto della recidiva reiterata dell'imputato". Una circostanza, secondo la Corte, che "nulla ha a che vedere con la gravità oggettiva e soggettiva del singolo fatto di reato, cui la pena – in un sistema orientato alla "colpevolezza per il fatto", e non già alla "colpa d'autore", o alla mera neutralizzazione della pericolosità individuale – è chiamata a fornire risposta".

¹⁸ Una accurata ricostruzione di carattere generale del tema, a partire dalla monografia di Giacomo Matteotti, si rinviene ora in P. PASSANITI, *Giacomo Matteotti e la recidiva. Una nuova idea di giustizia criminale*, Milano, 2022, cui si rinvia per approfondimenti, anche bibliografici; emerge, in particolare, come l'attuale dibattito intorno alla riforma della recidiva vada riproponendo le stesse questioni su cui dibattevano all'inizio del secolo le principali correnti di pensiero nel panorama nazionale e non solo (p. 19); del resto, la rilettura della ricetta di Matteotti, metodologicamente guidata dai fatti per ritrovare l'essenza giuridica dell'istituto, con utilizzo della sociologia e della statistica per azzerare inconciliabili verità precostituite, attraversando il problema, "costituisce un'operazione culturale utile ... non per attualizzare soluzioni dimenticate, quanto per entrare in un altro diritto penale, una sorta di costituzionalismo prima del costituzionalismo" (p. 21).

¹⁹ Trascurandone la coerenza sul piano interno delle scelte; osserva al riguardo S. MUGNAINI, *Brevi riflessioni*, cit., 85, che la limitazione della recidiva alla sola sfera dei delitti non colposi (quando il precedente ambito di rilevanza risultava comprensivo di qualunque tipo di reato) appare una restrizione "strana": l'unico profilo della nuova disciplina che si presenta come modifica di maggior favore avrà un costo sociale molto alto, potendo produrre come effetto che delitti di particolare allarme sociale e diffusione (omicidi colposi, discariche abusive, disastri colposi, ecc.) non determineranno mai la recidiva del loro autore.

non fosse divenuta obbligatoria, potendo essere discrezionalmente esclusa dal giudice), con l'effetto di venire assecondata dalla giurisprudenza di legittimità. Per la parte della previsione che si riferiva espressamente e inequivocabilmente alla obbligatorietà della recidiva, la Corte interviene direttamente con una dichiarazione di illegittimità costituzionale "chirurgica", nel 2015.

Nel frattempo, il rigido automatismo del divieto di prevalenza di qualsiasi circostanza attenuante a fronte dell'applicazione (sia pur non obbligatoria) della recidiva reiterata viene più e più volte dichiarato illegittimo attraverso una cospicua serie di pronunce che si collocano tra il 2012 e il 2022.

Nel 2023, con la pronuncia in commento, la Corte arriva addirittura a sistematizzare la propria giurisprudenza (ricavando i principi comuni sottesi alle differenti *rationes decidendi* dei suoi precedenti), al fine di farne la base per una dichiarazione di illegittimità che, muovendo dall'art. 285 c.p. (impugnato nel giudizio *a quo*), sarà applicabile a tutti i delitti puniti nel nostro ordinamento con la pena edittale dell'ergastolo⁽²⁰⁾, per garantire la tenuta costituzionale del sistema stesso, fornendo infine ai giudici comuni anche le puntuali regole da seguire⁽²¹⁾.

Si tratta di un caso che pare evidenziare un indubbio attivismo del giudice delle leggi, in una materia particolarmente delicata dal punto di vista dei principi costituzionali e del raccordo con gli altri attori del sistema, a partire dal legislatore e dalle sue scelte di politica criminale. Avviatosi ancor prima del "cambio di stagione" relativamente al controllo in materia penale, questo percorso di riscrittura pretoria – certamente guidata, nell'ottica della Corte, dai principi costituzionali (in particolare la garanzia dei diritti) e dalla loro interpretazione – di disposizioni frutto di scelte discrezionali, ancorché discutibili, del legislatore

²⁰ Si tratta degli artt. 242 (Cittadino che porta le armi contro lo Stato italiano), 276 (Attentato contro il Presidente della Repubblica), 284 (Insurrezione armata contro i poteri dello Stato), 286 (Guerra civile), 438 (Epidemia).

²¹ E' significativo che la pronuncia si chiuda con una vera e propria indicazione riassuntiva rivolta ad essi: "per effetto di tale dichiarazione di illegittimità costituzionale il giudice, nel determinare il trattamento sanzionatorio in caso di condanna di persona recidiva ex art. 99, quarto comma, c.p., imputata di uno dei delitti suddetti, può operare l'ordinario bilanciamento previsto dall'art. 69 c.p. nel caso di concorso di circostanze e, quindi, può ritenere le attenuanti prevalenti sulla recidiva reiterata (secondo comma), oppure equivalenti a quest'ultima (terzo comma), o finanche subvalenti rispetto ad essa (primo comma)".

penale, sembra poter porre le basi di possibili tensioni. Con il suo inserirsi all'interno di una tendenza giurisprudenziale che da alcuni anni colpisce, in questo ambito, molti dei rigidi automatismi normativi previsti, ad essa occorrerà prestare attenzione, perché potrebbe contribuire a generare eventuali reazioni di sistema. Non è un caso, del resto, che fin da ora una parte della dottrina vi legga torsioni in alcuni principi cardine dell'ordinamento, come ad esempio quello di separazione dei poteri ⁽²²⁾, con innegabili problematicità.

²² Esamina criticamente tale prospettiva R. ROMBOLI, *Corte costituzionale e legislatore*, cit., il quale si interroga se nella relazione tra due legislatori (quello rappresentativo e quello non, quello "preferito" e quello "secondario") possa al limite apparire addirittura fuori luogo chiamare in causa il principio di separazione dei poteri, sembrando doversi far riferimento ai differenti principi applicati per delineare i rapporti tra soggetti appartenenti allo stesso potere.

Ambiente, costituzione, persona.
La prospettiva dell'ecologia profonda e il ruolo del diritto
di
Jacopo Volpi*

Sommario: 1. Ambiente, natura e prospettiva ecologica: diverse nozioni, più paradigmi 2. Ecologia superficiale ed ecologia profonda – 3. Lo sviluppo del diritto ambientale: un percorso costituzionale – 4. La posizione della persona, fra teoria e prassi – 5. Una 'terza via': soggettività, ruolo del diritto e alcune considerazioni finali

*Oh, Mother Earth with your fields of green
Once more laid down by the hungry hand
How long can you give and not receive
And feed this world ruled by greed?*

Neil Young, *Mother Earth* (1990)

1. Ambiente, natura e prospettiva ecologica: diverse nozioni, più paradigmi

Il problema dell'ambiente rappresenta una delle questioni più decisive del nostro tempo, se è vero, come è vero, che gli individui – *rectius*: gli stessi esseri umani –, più che vivere *nell'*ambiente, fanno parte, ontologicamente, *dell'*ambiente¹, «non domina[no] la natura dall'esterno, ma ne [...] [sono] parte integrante»²: appartengono, cioè, a quel complesso sistema di relazioni, biotiche e abiotiche, da cui è impossibile pensarli completamente indipendenti, in conformità ad una

* Dottorando di Ricerca in «Ordine giuridico ed economico europeo» – Università degli Studi «Magna Græcia» di Catanzaro.

¹ A. KAY SALLEH, *Più profonda dell'Ecologia profonda: la connessione eco-femminista*, in *Riga* 46. Arne Næss, fascicolo a cura di F. Nasi e L. Valera, Quodlibet, Macerata, 2023, pp. 231-238, p. 231.

² S. IOVINO, *Filosofie dell'ambiente. Natura, etica, società* (2004), Carocci, Roma, 2018, p. 61.

*immagine relazionale a tutto campo*³ (*relational total-field image*⁴), in cui l'individuo si profila come un «frammento intelligente»⁵, componente razionale di un più ampio super-organismo. Non è un caso che, con riferimento a quell'insieme di fenomeni che avrebbero generato un cambiamento di paradigma radicale nella nostra epoca, si sia gradualmente affermato un nuovo termine, "Antropocene"⁶, con il fine di designare un momento di trapasso verso una diversa «"era" geologica»⁷, che sarebbe succeduta al così detto periodo di "Olocene". L'Antropocene, cioè, si contraddistinguerebbe per una rinnovata centralità dell'essere umano e del suo ambito di azione all'interno dei diversi contesti di vita sul 'pianeta azzurro'. A differenza della fase antecedente, nell'era dell'Antropocene «l'agire umano diventa il fattore prioritario», essendo ora in grado di condizionare «la natura e la vita sul globo terrestre, lasciando un'impronta decisiva sull'ecosistema»⁸. Tale agire, però, non può fondarsi su stesso, ma deve possedere adeguate basi filosofiche e scientifiche⁹, in coerenza con un «amore per la saggezza in relazione all'azione»¹⁰. Il discorso ambientale, infatti, è emerso, nei decenni, proprio per mezzo della dialettica, anche teorica, fra dimensione naturale e sfera d'azione dell'essere umano. Se questa tensione fosse stata assente si sarebbe venuta riducendo quella componente essenziale che costituisce l'elemento principe della questione

³ M. TALLACCHINI, *Diritto per la natura. Ecologia e filosofia del diritto*, Giappichelli, Torino, 1996, p. 108.

⁴ A. NÆSS, *Il superficiale e il profondo*, in *Riga 46*, cit., pp. 25-30, p. 25.

⁵ S. IOVINO, *Filosofie dell'ambiente*, cit., p. 15.

⁶ Cfr.: P.J. CRUTZEN, *Benvenuti nell'Antropocene*, a cura di A. Parlangei, Mondadori, Milano, 2005; M. DI PAOLA, G. PELLEGRINO, *Nell'Antropocene. Etica e politica alla fine di un mondo*, DeriveApprodi, Roma, 2018; A. LO GIUDICE, *Antropocene e giustizia climatica. L'importanza di un'etica della responsabilità*, in *Teoria e critica della regolazione sociale*, 2, 2020, pp. 109-127. In una prospettiva critica: J.W. MOORE, *Antropocene o Capitalocene? Scenari di ecologia-mondo nell'era della crisi planetaria*, a cura di A. Barbero e E. Leonardi, Ombre Corte, Verona, 2017. Negli ultimi anni, lo scienziato indipendente James Lovelock ha altresì ipotizzato la possibilità futura di una successiva 'era geologica' definibile come *Novacene*, dove al predominio degli uomini succederà il dominio delle macchine a mezzo dell'intelligenza artificiale: cfr. J. LOVELOCK, *Novacene. L'età dell'iperintelligenza*, trad. it. di A. Panini, Bollati Boringhieri, Torino, 2020. Fra i lavori di Lovelock si veda, inoltre: ID., *Gaia. Nuove idee sull'ecologia* (1979), trad. it. di V. Bassan Landucci, Bollati Boringhieri, Torino, 2011.

⁷ E. PULCINI, *La sfida ecologica: un cambio di paradigma?*, in *Iride*, 2, 2020, pp. 237-249, p. 237.

⁸ Ivi, p. 238.

⁹ D. ROTHENBERG, *Ecosofia T: dall'intuizione al sistema*, in *Riga 46*, cit., pp. 185-206, p. 188.

¹⁰ Ivi, p. 185.

ambientale: la capacità dell'uomo di incidere (negativamente e, talvolta, in modo distruttivo) sulla natura, che è l'«immediato in cui ci troviamo»¹¹. Così, alla base di questo cambiamento di paradigma, che si articola in una *ars* combinatoria che coniuga coefficienti pratici e rilevazioni teoriche, si pone, a livello, per così dire, prodromico, la discussione ecologica¹².

Prima, infatti, che la stessa idea di Antropocene si strutturasse nelle sue forme compiute, si è iniziato a prendere coscienza, intorno alla metà del secolo scorso, della centralità del fattore ambientale, coltivando nuove prospettive che reinterpretassero in modo differente rispetto al passato le modalità di concepire il rapporto fra uomo e natura, tra soggetto e oggetto¹³. Più precisamente, quello che lentamente affiorava dai numerosi lavori ambientalisti (o di *ispirazione* ecologica ed ambientalista¹⁴) era il valore intrinseco della natura, la quale doveva considerarsi una risorsa fondamentale per l'essere umano, non suscettibile di smodato sfruttamento o di incontrollate manipolazioni¹⁵.

Tale visione ambientalista ed ecologista¹⁶ – che, invero, trova i suoi germi di sviluppo già nella riflessione scientifica del tardo Seicento e che si rafforzerà nel

¹¹ Ivi, p. 192.

¹² Sul piano filosofico, un contributo decisivo in questo senso è stato fornito da Hans Jonas: cfr. H. JONAS, *Il principio responsabilità. Un'etica per la civiltà tecnologica* (1979), a cura di P.P. Portinaro, trad. it. di P. Rinaudo, Einaudi, Torino, 1990.

¹³ In un certo senso, lo spartiacque fra un 'prima' e un 'dopo' nella riflessione ecologica e nella coscienza ambientale è rappresentato dal lavoro del 1962 di RACHEL CARSON, *Silent Spring* (trad. it. *Primavera silenziosa* (1962), trad. it. di C.A. Gastecchi, Feltrinelli, Milano, 2023).

¹⁴ Cfr. S. FERLITO, *L'ecologia come paradigma delle scienze sociali*, in *Teoria e critica della regolazione sociale*, 2, 2020, pp. 37-59, pp. 37-38.

¹⁵ A.C. AMATO MANGIAMELI, *La tutela dell'ambiente in Europa. Dai presupposti teorici al diritto e ai principi*, in *Rivista di filosofia del diritto*, 2, 2018, pp. 335-360.

¹⁶ Il termine 'ecologia', coniato nell'Ottocento dal biologo tedesco Ernst Haeckel, è parola composta, che unisce, dal greco antico, i vocaboli *oikos* e *logos*. Il primo allude al significato di 'casa', 'abitazione', 'dimora' e, per estensione, è volto a denotare il contesto ambientale, l'*ambiente*. Il secondo è altrettanto polisemico, e allude ad una istanza di discorso razionale (ma può altresì significare 'concetto', 'azione', 'ragione'). Cfr. S. FERLITO, *L'ecologia come paradigma...*, cit., p. 39. Haeckel, infatti, nella sua opera *Morfologia generale degli organismi* (1866), la definirà come «"la scienza comprensiva delle relazioni tra l'organismo e l'ambiente"» (Cfr. S. IOVINO, *Filosofie dell'ambiente*, cit., p. 24). La nozione di 'ambiente' trova la radice etimologica nel verbo latino 'ambire', che significa 'andare intorno, circondare' (da qui, il suo participio presente: *ambiens, -entis*): nozione che allude proprio alla necessità di non ridurre la dimensione ambientale a fenomeni puramente naturalistici, ma di integrarla all'interno di una più ampia visione complessiva, intesa come contesto generale in cui il soggetto si trova ad operare e del

Settecento grazie alla concordanza di interessi fra Stato e comunità scientifica¹⁷ – non può non rintracciare le proprie basi nell'occorrenza di un cambio di paradigma, finalizzato a riequilibrare i (sempre più compromessi) rapporti fra essere umano e mondo naturale¹⁸.

Questa impellenza di mutamento dell'angolo di osservazione delle tematiche ambientali può essere riassunta, appunto, in due momenti di trapasso. Uno, di carattere generale, che pertiene al variare dell'approccio interpretativo concernente la trama dei rapporti fra esseri umani e contesto naturale, e al bisogno di riporre una accortezza adeguata alle dinamiche ambientali e ai processi ecologici, e un altro, invece, di natura più specifica, che afferisce alla necessità di un trasmodamento verso una rinnovata *Weltanschauung*¹⁹, il cui transito teoretico si materializzerà, fra gli altri, nel salto dalla ecologia 'superficiale' alla ecologia 'profonda', che invero designerà, in senso più complessivo, una evoluzione dalle originarie filosofie dell'ambiente (l'insieme variegato di riflessioni e posizioni

quale non può fare a meno. Il termine 'natura', invece, nonostante sul piano giuridico sia sovente assimilato a quello di 'ambiente' e venga utilizzato con valore sinonimico, non è pienamente coincidente con quest'ultimo. 'Natura', infatti, rimanda ad un distinto contesto che non allude solo all'«insieme di elementi animati e inanimati», ma ad «una dimensione più articolata e ulteriore», rinviando a «quell'insieme di principi inderogabili e di leggi fondamentali che animano e governano le diverse dimensioni esistenti» (A.C. AMATO MANGIAMELI, *La tutela dell'ambiente in Europa*, cit., p. 341). Pertanto, se l'idea di 'natura' allude più ad un insieme di *fatti* immutabili nella loro struttura, 'ambiente' rimanda anche, e soprattutto, ad un insieme di *atti*, ed è «più un luogo di modificazioni e di processi storici, che non una questione di essenze e di concetti» (S. IOVINO, *Filosofie dell'ambiente*, cit., p. 17). Sulla distinzione fra *ambiente* e *natura* in una chiave storico-concettuale, cfr. E. CASSETTA, *Filosofia dell'ambiente*, Il Mulino, Bologna, 2023, pp. 21 ss. (versione *ebook*), dove si sottolinea non solo che la nozione di 'ambiente' sia molto più recente di quella di 'natura' ma che, inoltre, se quest'ultima «può essere vista come una classe di entità – gli oggetti e i processi naturali →», la prima «presenta un carattere *relazionale*» (ivi, p. 21, corsivo nel testo), e trova dunque nel rapporto con l'agire e l'azione umana un suo tratto essenziale.

¹⁷ Per una panoramica del concetto di ambiente, si veda ivi, cap. 1. Sulla importanza della rivoluzione scientifica moderna rispetto al concetto di 'ambiente': ivi, p. 19.

¹⁸ A. PORCIELLO, *Transizione ecologica: tutela dell'ambiente o promozione del mercato? L'insostenibilità dell'economia sostenibile*, in *Etica & Politica*, 3, 2022, pp. 301-321, p. 301. Dell'autore si vedano, altresì: ID., *Una giustificazione metaetica del valore intrinseco della natura: il soggettivismo sofisticato (una variante)*, in *Ordines*, 1, 2021, pp. 219-247; ID., *Filosofia dell'ambiente. Ontologia, etica, diritto*, Carocci, Roma, 2022.

¹⁹ Sulla rilevanza della nozione di *Weltanschauung*, che, per Næss, diverge dall'idea di "visione del mondo" (*world-view*) per il fatto di possedere una capacità espansiva di natura percettiva e visiva, e non già puramente logico-linguistica, cfr. C. DIEHM, "Qui sto": un'intervista con Arne Næss, in *Riga* 46, cit., pp. 65-80, p. 66.

dottrinali della *Environmental Philosophy*) a un più solido indirizzo di analisi teorica che cercherà di coniugare scientificità e attivismo politico (il movimento ecologico, appunto)²⁰.

L'attenzione alla dimensione *ecologica*, anche in virtù di ragioni etimologiche, ci consente di porre l'accento sulla importanza dell'essere umano nella gestione delle risorse ambientali, e sul fatto che l'ambiente, e ciò che ci circonda, muta e si modifica anche in rapporto a noi, e alla maniera di amministrare le risorse a nostra disposizione. È un balzo analogo, e ancora più radicale, rispetto a quello che si è concretizzato nel passaggio dalla filosofia della natura di matrice moderna alla impostazione filosofico-ambientalista contemporanea: se la prima, infatti, si arrestava alla domanda (metafisica) vertente sull'*essenza* della natura stessa, indipendentemente dalla fattiva prassi umana, le ricerche filosofico-ambientali enfatizzano il valore *morale* della natura, generando interrogativi circa la necessità di comprendere i meccanismi relazionali fra attività umana e contesto naturale²¹. Del resto, nel secondo Novecento (segnatamente a partire dai primi anni '70), l'emergere della filosofia dell'ambiente è anche il frutto della fioritura delle così dette 'etiche applicate', che imporranno nuove esigenze teoriche nei lembi aperti della riflessione morale²².

Uno dei padri dell'ambientalismo e il primo, in un certo senso, a adottare un andamento metodologico filosoficamente più stringente alle tematiche ambientali (nonostante egli non fosse certo un filosofo di professione)²³ e ad anticipare, di fatto, molte delle intuizioni che saranno proprie della *deep ecology*, sarà Aldo Leopold²⁴. Egli lavorerà ad una concezione dei rapporti fra soggetto e oggetto in

²⁰ Cfr. S. IOVINO, *Filosofie dell'ambiente*, cit., pp. 24 ss. e 26 ss.

²¹ Ivi, p. 25.

²² Ivi, p. 30.

²³ Aldo Leopold era, infatti, esperto di amministrazione forestale e docente di *Wildlife Management* presso l'Università del Wisconsin: sarà, nondimeno, «il primo a concepire la gestione dell'ambiente nella cornice di una riflessione etico-filosofica» (cfr. S. IOVINO, *Filosofie dell'ambiente*, cit., p. 26). L'opera fondamentale di ALDO LEOPOLD è *Pensare come una montagna* (1949), trad. it. di A. Roveda, Piano B, Prato, 2019.

²⁴ S. IOVINO, *Filosofie dell'ambiente*, cit., pp. 60-66.

un'ottica relazionale, pensandoli in una perpetua tensione dinamica²⁵, e trovando nell'equilibrio del βίος, umano e non umano – riassumibile in una visione quasi 'sacrale' della *terra* – l'architrave portante del vivere comunitario. Una volta acquisito il fattore biocentrico quale paradigma fondativo delle indagini ambientaliste, la centralità della terra può però declinarsi in orientamenti distinti²⁶. Da un canto, è possibile interpretare la realtà ambientale nella sua potenza strutturale e nella sua energica capacità espansiva dal punto di vista fenomenico, tanto da arrivare a pensare e a configurare l'essere umano quale soggetto sottoposto e subordinato a tali potenze²⁷: è, questo, l'esito delle teorie più radicalmente biocentriche (da cui la *Land Ethic* di Leopold invero parzialmente si distacca). D'altro canto, è plausibile cercare di interpretare tale centralità della terra in una prospettiva ecologica in senso stretto, che richiami l'interesse sui fenomeni naturali in termini di 'beni comuni'²⁸, caricandoli, dunque, di un *surplus* valoriale aggiuntivo che non li riduca a meri *strumenti* nella disponibilità d'azione (incontrollata) dell'essere umano²⁹. Enti, cioè, dotati di valore in sé, a prescindere dall'uso, di natura strumentale, che a questi è possibile attribuire, ed al fine di pervenire ad un'etica più ampia e comprensiva: ad un'etica *totale*. Proprio questo secondo 'stadio' ha imposto la necessità di prendere atto del contesto d'azione in cui l'individuo si trova ad operare, invocando un cambio di paradigma che è in buona parte incarnato, appunto, dalla ecologia di Arne Næss.

2. Ecologia superficiale ed ecologia profonda³⁰

²⁵ A.C. AMATO MANGIAMELI, *La tutela dell'ambiente in Europa*, cit., p. 338.

²⁶ Ivi, pp. 338 ss.

²⁷ Ivi, p. 338.

²⁸ Cfr. F. CAPRA, U. MATTEI, *Ecologia del diritto. Scienza, politica, beni comuni*, Aboca, Sansepolcro (AR), 2017, pp. 73-101 e pp. 167-210.

²⁹ A.C. AMATO MANGIAMELI, *La tutela dell'ambiente in Europa* p. 339.

³⁰ Per una comparazione schematica fra le variegata sfumature ideologiche che animano dall'interno l'ambientalismo classico dell'ecologia superficiale e la rinnovata impostazione dell'ecologia profonda, cfr. S. IOVINO, *Filosofie dell'ambiente*, cit., p. 100, tabella I. Per una ricostruzione critica dei rapporti fra *Shallow Ecology* e *Deep Ecology*: M. TALLACCHINI, *Diritto per la natura*, cit., pp. 53-168.

È in quest'ottica che subentra quella inversione di tendenza a cui sopra si alludeva con riguardo alla storia delle riflessioni sui problemi ambientali³¹, e che concerne il passaggio dalla *Shallow Ecology* ('ecologia di superficie')³² – che Næss tratteggia come ancora caratterizzata da un approccio "ambientalistico"³³ –, alla così detta *Deep Ecology* ('ecologia profonda')³⁴, il cui principale teorizzatore e pioniere è stato proprio il filosofo norvegese³⁵. Questo mutamento di paradigma ha messo in nuova luce il problema relativo alla pensabilità di una metaetica valoriale che sottoponga ad analisi critica la stessa visione della natura quale ordine ontologicamente dato³⁶. In questa sede, tuttavia, a tali problemi si può solo rinviare, volendoci qui soffermare su questo secondo momento 'epocale', 'paradigmatico', del pensiero ecologico, al fine di comprendere, nei prossimi paragrafi, se nel processo di costituzionalizzazione della materia ambientale siano emerse talune di queste

³¹ L'affermazione della scienza ecologica non rappresenta soltanto una diversa configurazione dei problemi che emergono dalle analisi della filosofia dell'ambiente ma essa, piuttosto, si propone l'obiettivo di rivoluzionare la cultura ambientale determinando una «completa rivisitazione di abitudini mentali e stili di vita» (S. IOVINO, *Filosofie dell'ambiente*, cit., p. 91): elementi che si ravvisano fin dalle linee portanti del programma del 1973 presentato da Næss (ivi, pp. 93-94). Negli anni '80 l'esigenza pratica di attivismo politico in Næss si accentuerà maggiormente. Per constatarne la differenza si vedano le divergenze fra il manifesto programmatico del 1973 e gli *Eight Points Platform* del 1984: cfr. ivi, pp. 98-99.

³² A. NÆSS, *Il superficiale e il profondo*, in *Riga 46*, cit.

³³ S. IOVINO, *Filosofie dell'ambiente*, cit., p. 93.

³⁴ Sull'ecologia profonda cfr., *ex multis*: G. DALLA CASA, *L'ecologia profonda. Lineamenti per una nuova visione del mondo*, Mimesis, Milano, 2011; M. ANDREOZZI, *Verso una prospettiva ecocentrica. Ecologia profonda e pensiero a rete*, LED, Milano, 2011.

³⁵ Cfr. A. NÆSS, *Il movimento ecologico: ecologia superficiale ed ecologia profonda. Una sintesi*, in M. TALLACCHINI (a cura di), *Etiche della Terra. Antologia di filosofia dell'ambiente*, Vita e Pensiero, Milano, 1998, pp. 143-149; A. NÆSS, *Introduzione all'ecologia*, trad. it. di L. Valera, ETS, Pisa, 2015; ID., *Siamo l'aria che respiriamo. Saggi di ecologia profonda*, trad. it. di A. Roveda, Piano B, Prato, 2021. Per un resoconto biografico fornito dallo stesso Næss, si veda ID., *Introduzione dell'autore a SWAN*, in *Riga 46*, cit., pp. 49-54. Sessions colloca la riflessione ecologista di Næss in una quarta fase del suo pensiero, dopo gli studi di filosofia della scienza portati avanti fino alla fine degli anni '30, le ricerche di semantica empirica degli anni '40 e inizio anni '50, e le indagini, nei restanti anni '50, sullo scetticismo pirroniano. È all'incirca a partire dal 1968 che Næss si dedicherà con maggiore costanza agli studi di ecologia (cfr. G. SESSIONS, *Arne Næss e l'unione di teoria e pratica*, in *Riga 46*, cit., pp. 176-184, p. 180).

³⁶ Sulla ricostruzione della nozione di natura nel pensiero di Næss: G. VIDAL QUIÑONES, *La natura nella filosofia di Næss: una visione panoramica*, in *Riga 46*, pp. 344-350.

prospettive che si è brevemente delineato e come, in secondo luogo, sia plausibile articolarle su un piano di filosofia giuridica³⁷.

Qual è, pertanto, la differenza sostanziale che conduce al passaggio dalla *ecologia superficiale* alla *ecologia profonda*?³⁸ La prima si situa ancora all'interno di un canone essenzialmente utilitaristico, dualistico e individualistico, nonché politicamente 'paternalistico'³⁹, che intende la natura a servizio dell'uomo, legittimando la tesi per cui eventuali miglioramenti dell'ecosistema sarebbero necessari da perseguire al fine di consentire all'umanità di non perire, evitando di produrre risultati catastrofici che possano minacciare la sua stessa esistenza. In qualche modo, e in un'ottica capitalisticamente orientata, essa allude alla premura di non intaccare sfavorevolmente sul sistema ambientale, salvaguardandolo da potenziali effetti nocivi, così da garantire un tenore di vita⁴⁰ elevato ai paesi occidentali industrializzati. È un'impostazione, come si può vedere, radicata in una direzione rigidamente antropocentrica⁴¹, in cui il soggetto è ancora concepito, in via unilaterale, come il solo destinatario della tutela generale, mentre l'ambiente circostante viene interpretato come un mero *strumento* per garantire una maggiore prosperità (precipuamente economica) all'umanità nel suo complesso: che, poi, tali 'trattamenti' producano dei benefici tangibili anche per il mondo naturale, è solo una conseguenza, che non deriva, però, da un certo orientamento teorico o da precise presupposizioni di principio.

³⁷ Sulle questioni che coinvolgono il pensiero ecologico e la filosofia del diritto, si rinvia a M. TALLACCHINI, *Diritto per la natura*, cit., in particolare pp. 171-198.

³⁸ Esemplicativo di questo cambio di paradigma, è come le due diverse posizioni concepiscono il problema dell'inquinamento: strumentale alla crescita economica per la ecologia superficiale, funzionale al benessere del sistema umano e non umano per l'ecologia profonda (A. NÆSS, *Siamo l'aria che respiriamo*, cit., pp. 103-105). Sull'inquinamento nell'ambito della *deep ecology*: A. NÆSS, *Il superficiale e il profondo*, in *Riga 46*, cit., p. 27. Sulla pervasività dell'inquinamento ambientale, cfr.: R. CARSON, *Primavera silenziosa*, cit., pp. 56-57; J. LOVELOCK, *Gaia*, cit., pp. 130-146.

³⁹ S. IOVINO, *Filosofie dell'ambiente*, cit., p. 93.

⁴⁰ Sarà proprio Næss a proporre una netta ripartizione, quale chiave di volta per l'ecologia profonda, fra *tenore* di vita e *qualità* della vita. Cfr. A. NÆSS, *Siamo l'aria che respiriamo*, cit., pp. 177 ss. Lo sfondo di questa dicotomia, con le dovute differenziazioni, rievoca la riflessione pasoliniana sulla distinzione fra «sviluppo» e «progresso»: cfr. P.P. PASOLINI, *Sviluppo e progresso*, in Id., *Scritti corsari* (1975), Garzanti, Milano, 2012, pp. 175-178.

⁴¹ A. PORCIELLO, *Una giustificazione metaetica...*, cit., p. 221.

Giova mettere in rilievo, peraltro, che nel corpo ideologico dell'antropocentrismo convivono molteplici anime, composite teoricamente e variegata sotto il profilo strategico-attivistico, e l'obiettivo su cui l'ecologia profonda di Næss si sofferma è, in fondo, un bersaglio costruito un po' *ad hoc*⁴², utile per poi edificare il proprio modello alternativo. Nelle teorie antropocentriche di filosofia ambientale si passa da forme più 'moderate' o 'deboli' a forme più 'radicali' o 'forti', e il tutto ruota attorno alle differenti concezioni dell'idea di valore *intrinseco* della natura⁴³, da un lato, e di valore *strumentale* (o *non strumentale*), dall'altro. Se, infatti, nelle varie forme di antropocentrismo 'forte' la natura assume i caratteri di una riserva da cui poter indefinitamente attingere, una «base sicura da cui poter continuamente ripartire per ogni opera futura»⁴⁴, nelle diverse posizioni dell'antropocentrismo 'debole' si sottolinea la *responsabilità* dell'essere umano nell'ambito dei processi di sviluppo ambientale, evidenziando, al contempo, il valore oggettivo della natura. Per la *Deep Ecology*, tuttavia, le diverse sfumature dell'antropocentrismo ambientale rilevano solo *quantitativamente*⁴⁵. Dal punto di vista *qualitativo*, al contrario, esse permangono entro un sentiero ideologico che vede la natura come una risorsa sfruttabile (in modo più o meno intenso) e strumentalmente finalizzata a sostenere (in misura più o meno moderata) la crescita economica dell'umanità. La convinzione da cui parte la *Deep Ecology*, invece, risiede nel desiderio, teorico e pratico, di contribuire al mantenimento dell'equilibrio dell'ecosistema non già in via strumentale al miglioramento degli esseri umani, «ma per realizzare un valore che è intrinseco nella natura»⁴⁶. Alla base di questa concezione, riposa l'idea di un netto rifiuto di una impostazione teorica, tipica della tradizione scientifica occidentale, che cerca di opporre, in modo scisso e dicotomico, due realtà

⁴² È una sorta di «modello polemico» (S. IOVINO, *Filosofie dell'ambiente*, cit., p. 92).

⁴³ Sui vari significati di 'valore intrinseco' della natura si veda ivi, pp. 40 ss.

⁴⁴ G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite. Legge, diritti, giustizia*, Einaudi, Torino, 1992, p. 139.

⁴⁵ L'ecologia profonda si inserisce in un più ampio filone anti-anthropocentrico: dinanzi, infatti, alla genericità delle diverse definizioni, si può ragionevolmente sostenere che «il vero collante della *deep ecology* [...] [sia] il rifiuto dell'antropocentrismo» (S. IOVINO, *Filosofie dell'ambiente*, cit., p. 103). Per una panoramica delle concezioni anti-anthropocentriche nelle filosofie ambientali: ivi, pp. 42-66, in cui l'autrice inserisce le etiche biocentriche, quelle sensiocentriche, e quelle olistico-ecocentriche. Fra queste ultime, rientra, appunto, anche l'ecosofia di Arne Næss.

⁴⁶ A. PORCIELLO, *Una giustificazione metaetica...*, cit., p. 221.

eterogenee: da una parte la *realtà* oggettiva e, dall'altra, la *percezione* di tale realtà. È, questo, un orientamento, secondo Næss, tipicamente antropocentrico e dualistico, a cui va opposta una visione *olistica* o, viemmeglio, *gestaltista*⁴⁷ (che sarà, peraltro, già propria della riflessione di Aldo Leopold). L'approccio dell'ecologia profonda si configura come una posizione intermedia (ecocentrismo) fra un'angolatura rigidamente antropocentrica (che si radica nella convinzione secondo cui la terra è nient'altro che una risorsa dell'uomo) e una integralmente biocentrica (per cui fra vita e natura vi sarebbe una relazione di completa assimilazione), fondandosi su un principio fondamentale: «[l']autorealizzazione di tutti i viventi»⁴⁸, all'interno di una generale esigenza di eguaglianza fra mondo umano e non umano. Da ciò deriva, appunto, il bisogno del superamento del dualismo fra uomo e natura, e la necessità dell'adozione di una logica di non-dominio nei confronti del mondo naturale, entro una più ampia immagine dell'etica «rivolta alla natura nella sua totalità»⁴⁹, preferendo «l'ipotesi di una realtà costruita su una rete relazionale»⁵⁰. Il filosofo norvegese, così, dà una interpretazione *metafisica* della psicologia della *Gestalt*: se quest'ultima si limitava a «lega[re] le immagini mentali alla percezione [...] di strutture composte, *configurazioni* di oggetti e sensazioni»⁵¹, Næss si spinge più oltre, arrivando a concepire la stessa struttura della realtà come un campo formato non già da semplici fattori individuali giustapposti, ma bensì «da un tessuto variegato di relazioni»⁵².

Un ulteriore aspetto della riflessione ecologica di Næss è quello ricollegabile al principio dell'*egualitarismo biosferico*⁵³: elemento che allude all'urgenza di pensare l'ordine naturale del mondo, nelle sue componenti biotiche e abiotiche, come *degno*

⁴⁷ A. NÆSS, *Creatività e pensiero gestaltico*, in *Riga 46*, cit., pp. 45-48. Sul piano ecologista, l'Ontologia Gestalt, cercando di non ridurre l'esperienza ad un mero insieme di impressioni soggettive, prova a sottolineare la centralità delle qualità secondarie, che pertengono all'esperienza sensoriale, e di quelle terziarie dell'oggetto, le quali aggiungono anche un'impressione emotiva e una proiezione valoriale all'oggetto stesso. Cfr. G. VIDAL QUINONES, *La natura nella filosofia di Næss*, in *Riga 46*, cit., p. 347.

⁴⁸ A.C. AMATO MANGIAMELI, *La tutela dell'ambiente in Europa*, cit., p. 340.

⁴⁹ Ivi, p. 339.

⁵⁰ S. IOVINO, *Filosofie dell'ambiente*, cit., p. 92.

⁵¹ Ivi, p. 95 (corsivo nel testo).

⁵² *Ibidem*.

⁵³ M. TALLACCHINI, *Diritto per la natura*, cit., p. 109.

in sé e per sé. Un sistema che gode di un insito valore morale, e in cui non è ravvisabile alcuna forma di supposta gerarchia: esseri umani e ordine naturale si inseriscono nella stessa linea valoriale e non esiste, fra di essi, alcun criterio che possa consentirne un livellamento in scala di subordinazione⁵⁴. Al di là delle consuete problematiche relative a eventuali rischi di slittamento nella fallacia naturalistica⁵⁵, Næss stesso, e altri teorici dell'egualitarismo biosferico (come, ad esempio, Albert Schweitzer), si rendono conto del fatto che, sotto un profilo pratico, il principio possa richiedere una attenuazione, dal momento che qualunque azione (umana o non umana) non può non incidere, in qualche maniera, nelle sfere vitali altrui, cagionando dunque forme di uccisione, sfruttamento o oppressione (e, ancora una volta, circostanze di livellamento gerarchico per disparità di forza effettiva)⁵⁶.

Nondimeno, il maggior impedimento che pone, anche in un'ottica normativa, la questione dell'egualitarismo biosferico⁵⁷ è che gli esseri umani, a differenza degli altri esseri viventi, possiedono la *agency*, la capacità di agire liberamente sulla base di indicazioni normative, autonome – e cioè elaborate dalla morale critica – o eterodirette – ovvero indotte dalla morale 'positiva'⁵⁸. Azioni, che possono

⁵⁴ S. IOVINO, *Filosofie dell'ambiente*, cit., p. 92.

⁵⁵ A. PORCIELLO, *Una giustificazione metaetica...*, cit., pp. 226-227.

⁵⁶ Critiche nei confronti della metodologia (rivoluzionaria e, al contempo, radicale) della *deep ecology* sono provenute da più parti: sul piano generale, alla concezione filosofica dell'ecologia profonda sono state imputate, ad esempio, la natura 'ibrida' al confine fra attivismo politico e filosofia, la fragilità della sua metafisica relazionale, e, ancora, la eccessiva omologazione, all'interno delle etiche ecologiche 'superficiali', di prospettive fra loro molto diverse. Sotto un altro punto di vista, le categorie della *deep ecology* sono state oggetto di integrazione e di implementazione da parte di correnti afferenti alla *social ecology* (ecologia sociale) e all'*ecofeminism* (ecofemminismo). Per un inquadramento dei motivi teorici e pratici che contraddistinguono queste due visioni del problema ambientale, cfr. S. IOVINO, *Filosofie dell'ambiente*, cit., pp. 110-118. Sull'ecologia sociale si vedano alcuni lavori di uno dei suoi principali esponenti: M. BOOKCHIN, *Per una società ecologica* (1989), trad. it. di R. Ambrosoli, Elèuthera, Milano, 2016; ID., *L'ecologia della libertà* (1982), trad. it. di A. Bertolo e R. Di Leo, Elèuthera, Milano, 2017. Sull'ecofemminismo si rinvia, a scopo introduttivo, a S. CASTIGNONE, "Con voce di donna" in difesa dell'ambiente: l'ecofemminismo, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1, 2008, pp. 175-196.

⁵⁷ Per un approfondimento della questione: P. MADDALENA, F. TASSI, *Il diritto all'ambiente. Per un'ecologia politica del diritto*, La Scuola di Pitagora, Napoli, 2020.

⁵⁸ Cfr. N. MUFFATO, *Morale positiva vs morale critica*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1, 2014, pp. 115-148.

causare, in ambito ambientale, possibili conseguenze (benefiche o malefiche). Ciò che qui assume interesse, in termini giuridici, è che la facoltà, in capo agli esseri umani, di porre in essere tali azioni, che possono rivelarsi funzionali o non funzionali agli scopi immanenti alla natura stessa, esige una delimitazione delle condotte sul piano normativo. Ma se la morale rivela una congenita problematicità in ragione della sua incertezza contenutistica, dipendente dalle posizioni conflittuali degli individui sul piano cognitivo, nonché per la mancanza di strutture di autorità che possano indicare, pubblicamente, le direttive da seguire, e irrogare, nel caso, la sanzione comminata⁵⁹, tali difetti non presenta la dimensione giuridica. In tal senso, il diritto sembra poter svolgere una funzione cruciale proprio in ragione dei motivi a cui si è prima accennato, concernenti la necessità di stabilire, sotto il profilo regolativo, delle direttive di comportamento stabili e durature, che possano fornire un criterio discriminativo per le condotte degli agenti anche nel settore ambientale.

3. Lo sviluppo del diritto ambientale: un percorso costituzionale

Il diritto, dunque, rivestirebbe, come detto poc'anzi, un ruolo cardinale nei processi ambientali⁶⁰, a mezzo della capacità, si potrebbe dire, di 'monitoraggio sistematico', e di influenza regolativa sulle condotte degli agenti: aspetti che mettono in luce l'intrinseco legame fra azione politica (ambientale) e dinamica giuridico-legislativa⁶¹, e, a sua volta, l'impossibilità per l'etica dell'ambiente di «ignorare la

⁵⁹ Questa è, in fondo, la logica su cui Herbert Hart imposta la propria strategia teorica di qualificazione del passaggio da una società pre-giuridica (in cui sono operative sole norme primarie) ad una società giuridica vera e propria, attraverso l'introduzione delle così dette norme secondarie, dirette ad ovviare, appunto, a livello *funzionale*, alla incertezza, alla staticità e all'inefficienza di un contesto sociale giuridicamente 'primitivo': cfr. H.L.A. HART, *Il concetto di diritto* (1961), a cura di M.A. Cattaneo, Einaudi, Torino, 2002, pp. 108-117.

⁶⁰ Si noti, ad esempio, la ricezione, nel 1982, da parte della Assemblea Generale delle Nazioni Unite, nella Carta Mondiale della Natura, del punto di vista ecocentrico: «La natura deve essere rispettata e i suoi processi essenziali non devono essere distrutti» (cfr. S. IOVINO, *Filosofie dell'ambiente*, cit., p. 32). Per quanto attiene alla centralità dei meccanismi giuridici con riguardo alla tutela dei diritti soggettivi nell'ambito dei contenziosi climatici, si veda A. PISANÒ, *Il diritto al clima. Il ruolo dei diritti nei contenziosi climatici europei*, ESI, Napoli, 2022.

⁶¹ S. IOVINO, *Filosofie dell'ambiente*, cit., p. 32.

sua funzione di supporto *concreto e praticabile* all'azione politica e all'idea di una giustizia ambientale»⁶². La componente giuridica non può certo esaurire ogni dimensione normativa, soprattutto dinanzi a questioni, come quella ecologica, che risultano intrise di una pluralità di sfumature (etiche, economiche, politico-sociali) di differente gradazione. Analogamente, l'individuo non può ridursi ad un mero oggetto sui cui cadono prescrizioni a cui esso dovrà reagire con uno stimolo (più o meno) adeguato. La sfera normativa è filtrata da una molteplicità di presupposti ulteriori, attinenti sia a moti esistenziali che a fattori, *lato sensu*, culturali, e, dunque, la condotta responsabile dei soggetti che si trovano ad operare in specifici contesti, storicamente situati, dovrà incorporare l'esigenza di una attenzione peculiare alle diverse problematiche ecologiche che si presenteranno, senza per questo poter ricorrere alla giustificazione dell'assenza di regole giuridiche o della presenza di eventuali lacune normative a livello di singolo ordinamento giuridico. Ad ogni modo, il diritto, nel corso degli ultimi decenni, ha recepito, in modo più o meno concettualmente ordinato, una serie di cognizioni basilari, che hanno provato a contribuire (con modalità non sempre soddisfacenti) allo sviluppo della tutela ambientale, sia sul piano interno che internazionale.

Nella struttura a gradi dell'ordinamento giuridico⁶³, la fonte deputata a recepire i principi fondamentali e le norme direttive essenziali è quella costituzionale, la quale, guidando e vincolando il legislatore (in chiave formale e materiale) nell'attività di produzione normativa, e stabilendo i principi a cui le disposizioni normative del sistema giuridico devono sottostare a livello di coerenza logica e di congruità assiologica, svolge la funzione primaria di 'collante' dell'ordine normativo, tracciando le linee di fondo del sistema⁶⁴. In questo senso, la recezione delle norme in materia di ambiente ha dimostrato come le varie costituzioni

⁶² Ivi, p. 82 (corsivo nel testo).

⁶³ Ci si riferisce, in via generale, ad un modello ipotetico di origine kelseniana («*Stufenbau*»): cfr. H. KELSEN, *La dottrina pura del diritto* (1960), a cura di M.G. Losano, Einaudi, Torino, 2021, pp. 296 ss.

⁶⁴ Grazie all'ausilio, appunto, dei principi giuridici. Sulla distinzione fra regole e principi si vedano, almeno: R. DWORKIN, *I diritti presi sul serio* (1977), a cura di N. Muffato, Il Mulino, Bologna, 2010, pp. 37 ss.; R. ALEXI, *Teoria dei diritti fondamentali* (1985), a cura di L. Di Carlo, Il Mulino, Bologna, 2012, pp. 100 ss.; G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, cit., pp. 147-178.

nazionali, su scala globale, si siano preoccupate di delineare, quantomeno formalmente, un insieme di principi strutturali che possa fornire un primo orientamento della disciplina.

Negli ultimi trent'anni, le costituzioni che regolano il settore ambientale sono più che triplicate: dal 1989 al 2019, sono passate da un numero di circa 40 a un numero pari a 153⁶⁵. Peraltro, a tale incremento quantitativo, si è accompagnato un aumento parallelo dell'importanza sistematica del problema ambientale. Se, infatti, inizialmente, i singoli documenti assumevano la questione 'verde' come tema ancillare al più ampio sistema costituzionale, negli ultimi anni essa ha assunto un rilievo sempre maggiore, tale da riuscire a svolgere se non una funzione di perno dell'ordine giuridico, quantomeno a ricoprire un posto decisivo nella sua architettura complessiva.

In letteratura, si sono sollevate alcune «aporie»⁶⁶ che hanno da sempre contrassegnato il diritto ambientale (viemmeglio: le modalità e le forme con cui il diritto si è trovato a disciplinare la dimensione ambientale). Questi tre fulcri polemici sono riconducibili, rispettivamente, al tema "emergenziale", all'elemento "inflazionistico" sul piano legislativo, e agli interrogativi circa i legami delle norme sull'ambiente con le acquisizioni sopraggiunte in ambito tecnico e tecnologico⁶⁷. Per ciò che afferisce al primo aspetto, in sede critica si rileva come «i problemi ambientali» siano «stati quasi sempre affrontati quando erano improcrastinabili, o, peggio, quando avevano già prodotto effetti catastrofici»⁶⁸. Con la conseguenza che la disciplina giuridica si rivelava frammentaria e lacunosa, appunto perché diretta a rispondere, contingentemente, alle esigenze estemporanee scaturenti dal momento storico. Essa risultava quindi connotata da una fatale precarietà contenutistica. Inoltre – e ciò costituisce il secondo aspetto elencato –, il sistema politico, dovendo reagire in forma provvisoria ad isolati episodi emergenziali, per

⁶⁵ D. AMIRANTE, *L'ambiente "preso sul serio". Il percorso accidentato del costituzionalismo ambientale*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, Fascicolo speciale, 2019, pp. 1-32, p. 3.

⁶⁶ Ivi, p. 5.

⁶⁷ Ivi, pp. 5 ss.

⁶⁸ Ivi, p. 5.

ogni evenienza rispondeva con una norma legislativa *ad hoc*⁶⁹, con ciò generando una inesorabile proliferazione di regole, fra loro contraddittorie e, per quantità, quasi inaccessibili sotto il profilo conoscitivo. Infine, la terza 'aporìa' è quella del legame con la componente tecnica, che alimenta l'errore pregiudiziale per cui nelle tematiche ambientali sussisterebbe sempre una possibile soluzione oggettiva a livello scientifico⁷⁰. Ciò, tuttavia, entra in collisione con l'*humus* genetico dell'approccio ecologico, che si informa a criteri 'olistici' volti a convogliare al loro interno più branche conoscitive, e in cui, dunque, abitano metodologie d'analisi non riconducibili alla rigidità di una scienza 'dura', capace di denotare, con coerenza granitica, le cause e gli effetti di un dato fenomeno. Non a caso, questo stretto legame con la tecnica presenta delle avversità con riguardo alla necessità di una produzione normativa intesa in senso democratico, dove l'elemento partecipativo della cittadinanza, attraverso le forme regolate dalla costituzione, deve assumere cifra prioritaria rispetto alle singole soluzioni tecniche, pur utili in sede di deliberazione al fine di vagliare le diverse opportunità di regolamentazione, ma difettose in chiave di legittimità elettorale⁷¹.

In ragione di quanto appena affermato, sembra forte l'urgenza di garantire un livello di sovradeterminazione normativa, sul piano costituzionale, della materia ambientale. Nei fatti, negli ultimi trent'anni, vi è stata una crescita esponenziale su questo fronte, evidentemente correlata ad esigenze reali non strettamente ascrivibili al primo problema accennato, ossia alla contestuale emergenzialità delle tematiche ambientali: lungi da essere tale – e cioè episodico e contingente – l'"affare" ambientale ha ormai assunto carattere 'endemico' e strutturale, e, soprattutto, globale.

Guardando la realtà europea ed occidentale, non poche costituzioni hanno tentato di fornire una disciplina della materia in oggetto. In questa sede, è utile presentare una categorizzazione sincronica⁷², diretta a fornire una griglia concettuale per

⁶⁹ Ibidem.

⁷⁰ Ivi, p. 6.

⁷¹ Ivi, pp. 6-7.

⁷² Ivi, p. 8.

delimitare le varie tipologie di costituzione sulla base delle modalità con cui il settore *green* è stato disciplinato e regolamentato.

Ora, da un punto di vista fenomenico, vi sono, in primo luogo, quelle costituzioni che includono al loro interno, *ab origine*, valori ambientali⁷³, e che dunque si contraddistinguono per il fatto che la dimensione della tutela dell'ambiente non è pensata come alcunché di succedaneo o sopraggiunto, ovvero come un obiettivo da dover perseguire in una fase successiva, una volta che la costituzione sia già entrata in vigore. Tali costituzioni sono dei 'prodotti' normativi che prevedono fin dall'inizio degli specifici articoli dedicati al tema ambientale, «considerando la sua protezione come un punto determinante della propria complessiva struttura»⁷⁴. Inevitabilmente, le costituzioni annoverabili in questa categoria saranno documenti relativamente "recenti", in linea di massima attribuibili agli anni '70 del secolo scorso: interessanti, sotto questa prospettiva, sono le costituzioni spagnola (1978) e portoghese (1976), oltre alla costituzione greca del 1975.

In secondo luogo, affiora dinanzi all'osservatore una seconda tipologia categoriale, che è riconducibile alle costituzioni in cui il tema dell'ambiente e i problemi ecologici non sono stati inclusi, fin da principio, nel testo della carta costituzionale, ma che, invece, sono stati inseriti attraverso una modificazione successiva a mezzo di riforma costituzionale⁷⁵. Tra questi, vi rientra la stessa costituzione italiana, dopo la riforma del 2001, e, in termini generali, le principali costituzioni europee. Giova considerare che, tali costituzioni, per lo più ricollegabili alla fase del secondo dopo guerra, pur non annoverando, nei testi originari, rimandi normativi alla questione verde, spesso incorporano tentativi di regolamentazione di principio di ambiti attigui, come la protezione del paesaggio⁷⁶ o la salvaguardia della integrità e della struttura del territorio nazionale.

Infine, una terza categoria è quella in cui il discorso giuridico sull'ambiente è presente all'interno dell'ordinamento giuridico grazie all'opera interpretativa (o

⁷³ Ivi, p. 9.

⁷⁴ Ibidem.

⁷⁵ Ivi, pp. 9-10.

⁷⁶ Cfr. E. PARISI, *I moderni caratteri del concetto giuridico di paesaggio*, in *Federalismi.it*, 17, 2023, pp. 174-202.

'creativa') di corti supreme o corti costituzionali, o in cui i valori e le norme di tutela ambientali sono rinvenibili, precipuamente, in disposizioni di legislazione ordinaria⁷⁷. Tali casi sono sovente riferibili a Paesi di *common law*, come Regno Unito, Stati Uniti, Canada, o Australia.

Dal punto di vista storico, una vera svolta nel diritto ambientale è rappresentata dalla *Conferenza delle Nazioni Unite sull'Ambiente Umano* del 1972, tenutasi a Stoccolma, che dette una poderosa spinta propulsiva ai singoli Stati per l'adozione di norme in materia. Non è affatto casuale che, come sopra anticipato, fra le costituzioni riconducibili alla prima categoria una buona parte entrino in vigore proprio nella seconda metà degli anni '70 (Grecia, Portogallo, Spagna). Peraltro, se la costituzione greca, pur disciplinando i fenomeni ambientali, ne propone una impostazione intrinsecamente statalista⁷⁸, la costituzione spagnola presenta una peculiarità che merita attenzione, perché acclude, nel suo articolato, una duplice dimensione, la quale, lungi da presentarsi come puramente contingente, rinvia ad una spinosa questione teorica, 'strutturale'⁷⁹ per le modalità di salvaguardia ambientale. Formalmente, l'art. 45 della costituzione del Regno di Spagna delinea la tutela dell'ambiente nel suo duplice carattere: da una parte, come *diritto soggettivo*⁸⁰ attribuibile ai singoli cittadini, dall'altra, come *valore oggettivo*⁸¹ dell'ordinamento giuridico nel suo complesso, facendo emergere quel 'doppio binario', arduo da far convergere e bilanciare, della protezione giuridica dell'ambiente, che scinde la capacità potestativa dei pubblici poteri e la facoltà oppositiva dei cittadini a mezzo dell'esercizio dei propri diritti in una frattura difficilmente componibile.

Prima di passare al prossimo paragrafo è utile rimarcare, infatti, come, dal punto di vista giuridico, le multiformi discipline costituzionali che si sono rapportate con il fenomeno 'verde' hanno dovuto fare i conti proprio con una *doppia dimensione* della

⁷⁷ D. AMIRANTE, *L'ambiente "preso sul serio"*, cit. p. 10.

⁷⁸ Ivi, p. 11.

⁷⁹ Peculiarità che si ravvisa anche nelle Costituzioni tedesca (art. 20a), belga (art. 23), russa (art. 42), e, in parte, in quella italiana (artt. 9 e 41).

⁸⁰ Cfr. G. CAMPEGGIO, *Diritto all'ambiente e condizioni "tossiche" del pianeta*, in *Federalismi.it*, 17, 2023, pp. 21-53.

⁸¹ D. AMIRANTE, *L'ambiente "preso sul serio"*, cit., pp. 11 ss.

disciplina dell'ambiente, la quale possiede due distinte componenti, derivanti, peraltro, da ben definite direttive teoriche. In primo luogo, la tutela ambientale, per quanto debba prevedere dei precisi obblighi in capo allo Stato, non può essere rimessa alla libera discrezionalità di quest'ultimo, ma dovrebbe cercare di bilanciarsi con le legittime aspettative individuali: i cittadini, cioè, fanno parte di quella pluralità di destinatari che la disciplina giuridica sull'ambiente vuole proteggere, se non altro perché l'essere umano, come insegna la stessa *Deep Ecology*, è parte di quello stesso mondo naturale, quantunque "equipaggiato" di un *surplus* ideativo e creazionale che lo distingue dagli altri esseri viventi. Perpetuare, perciò, un panorama teorico che obliteri, integralmente, la dimensione individuale di tutela soggettiva della persona appare oltremodo anacronistica e produttiva di effetti deleteri sul piano delle situazioni giuridiche individuali (purché, però, tale sfera individuale si arricchisca di uno spettro semantico più vario, che inserisca la soggettività entro paradigmi improntati ad una logica relazionale).

In secondo luogo, tuttavia, ciò non deve esonerare le istituzioni politiche (dallo Stato fino ai singoli enti locali) da precise assunzioni di *responsabilità*. La salvaguardia ambientale è un *dovere* da parte dei pubblici poteri che, usufruendo di risorse infinitamente più elevate rispetto a quelle messe a disposizione dei singoli individui, devono operare al fine di adottare, di volta in volta, tutte le misure imprescindibili per garantire una protezione più integrale e adeguata possibile. Ciò non sminuisce, come si vedrà fra poco, la centralità degli 'stili di vita' e della prassi quotidiana dei singoli, che possono svolgere una funzione essenziale, sia al fine di reclamare le necessarie aspettative di tutela da parte dei poteri dello Stato, sia per cercare di modificare, dal basso, contesti locali che possono ben influenzare l'assetto delle relazioni globali.

4. La posizione della persona, fra teoria e prassi

Quanto appena detto ci conduce ad alcune riflessioni, di natura teorica, che meritano in questa sede di essere presentate, e che costituiscono un riflesso dei

problemi che, empiricamente, abbiamo visto affliggere molte delle discipline costituzionali dei vari Stati europei.

La prima questione che affiora con forza è che il discorso ambientalista impone una nuova classificazione e categorizzazione della nozione di essere umano in quanto soggetto munito di uno specifico *status* morale, oltrepassando una qualificazione della soggettività ripiegata su un'idea puramente individualistica e *atomistica*, e preferendo invece un concetto più concreto e relazionale: è su questa linea di pensiero che lo stesso Næss, sulla scorta di William James, distingueva due 'io' (*self*): se l'*io* con la 'i' minuscola designa il soggetto isolatamente considerato, l'*Io* (con la 'i' maiuscola) rinvia ad una «sorta di soggetto onnicomprensivo, in cui i confini delle nostre singolarità si dilatano fino a comprendere (e a identificarsi con) l'insieme delle forme naturali»⁸², a cui si ricollega l'ampio processo di *auto-realizzazione* come dinamica di sviluppo del soggetto che si impegna in un «cammino di consapevolezza allargata, basata sull'identificazione attiva con cerchi di esistenza sempre più ampi»⁸³. Tuttavia, in modo altrettanto cogente, è doveroso non confondere il desiderio di superamento del mero individualismo con l'evocazione di prospettive organicistiche fagocitanti ogni espressione di singolarità⁸⁴. Ciò che, al contrario, va privilegiato è una traiettoria che ponga l'accento sulla componente *relazionale*, su cui del resto lo stesso Næss si sofferma. Intendere il soggetto in questi termini può aiutare a conciliare quella eccessiva parcellizzazione generata dalla contrapposizione fra chi vede il problema ambientale come una questione riducibile alla capacità di esercizio del potere degli enti statali, e chi invece la configura come una mera faccenda 'privata': individuo e Stato, invece, dovrebbero operare in sintetica sinergia, e il rischio da scongiurare, in tal senso, è duplice.

⁸² S. IOVINO, *Filosofie dell'ambiente*, cit., p. 95.

⁸³ Ivi, p. 96.

⁸⁴ «L'ecosofia di Næss è [...] pervasa», diversamente dalle cognizioni teoriche di Lovelock e Leopold, «dalla ricerca costante di un equilibrio tra la difesa di una concezione olistica della natura e la rivendicazione del riconoscimento dell'individualità» (R. BONDÍ, *Gaia, Næss e la Deep Ecology*, in *Riga 46*, cit., pp. 280-288, p. 285). Su eventuali 'estremismi' ambientalisti si veda G. FERRARI, *Næss e Gandhi*, in *Riga 46*, cit., pp. 317-329, p. 325 e p. 329, nota 80.

Innanzitutto, è indispensabile non concepire il campo della regolazione ambientale in contrasto o in conflitto con l'individuo. Al fine di evitare questa nefasta conseguenza è d'uopo sfuggire da una integrale sovrapposizione fra soggetto e *individualità astratta*, così come immaginata, in una chiave filosofico-politica, da una certa vulgata (neo)liberale. L'ipotesi, infatti, di un soggetto slacciato da ogni influenza o pressione esteriore, che si trova ad operare liberamente, senza vincoli, grazie alla sua capacità, totale, di *autoamministrarsi*, non solo restituisce un'immagine poco 'realistica' dei rapporti sociali, ma rappresenterebbe pur anco, da un'angolatura più pragmatica, una soluzione negativa, specialmente in settori come quello di cui si sta qui brevemente discutendo. Un concetto di individuo, cioè, come autonomo garante di specifiche prerogative, completamente slegato dal generale atteggiarsi dei comportamenti degli altri soggetti presenti in società⁸⁵, determinerebbe, nel ramo ambientale, quello che, in altro contesto, Pietro Barcellona definì come «individualismo proprietario»⁸⁶, in cui il soggetto si orienta ad una logica puramente quantitativa di "fruizione" del mondo, ed in cui oltre agli oggetti ed ai beni economici, cerca di rivolgersi anche alla natura per poter esercitare forme affini di sfruttamento tecnologico o di godimento economico. Anche la materia ambientale diventa similare territorio di 'conquista'. Qui, la sfera naturale, l'ambiente, il mondo esterno, diviene campo di arbitrario impossessamento esteso all'intero dominio naturale, all'interno di un impianto ideologico che vede la natura «come qualcosa di inerte, che serve solo come materiale per i bisogni umani e la tecnologia»⁸⁷. Immancabilmente, questa concettualizzazione porterà il soggetto a pensarsi *al di sopra* di ogni dinamica naturale, preordinando la propria attività nell'ottica di questa supposta gerarchia. Così, il diritto risentirà di questa dinamica, e sarà concepito come uno strumento addizionale nelle mani dei soggetti per l'esercizio di questo spazio di dominio. Un'idea di natura e di ambiente che si possa situare nell'esigenza di armonia del

⁸⁵ Oltre che, per quanto qui ci concerne, dai processi complessivi che coinvolgono i fenomeni naturali e ambientali: cfr. S. IOVINO, *Filosofie dell'ambiente*, cit., p. 146.

⁸⁶ P. BARCELLONA, *L'individualismo proprietario*, Bollati Boringhieri, Torino, 1987.

⁸⁷ G. VIDAL QUINONES, *La natura nella filosofia di Næss*, in *Riga* 46, cit., p. 345.

complessivo costituirsi dei rapporti sociali e naturali è qui estranea, giacché il precipuo metro di paragone diviene il soddisfacimento dei propri desideri personali, e in cui, dunque, la identità della realtà naturale è sfocata e opacizzata al fine di renderla più malleabile rispetto alle finalità peculiari che una razionalità economica, tipicamente strumentale, vuole conseguire.

Le due dimensioni giuridiche, a cui sopra si è accennato⁸⁸, sono entrambe la riproduzione, *in negativo*, di questa concettualizzazione dei rapporti fra umano e ambiente⁸⁹: l'angolatura oggettivistica – quella, cioè, che rimarca la centralità dello Stato ai fini del rispetto degli obblighi ambientali a scopo di preservazione dell'umanità –, infatti, coincide con una definizione delle relazioni fra uomo e natura di impronta teleologica ed enfatizza la centralità del corpo amministrativo dell'ente statale per garantire un più consono sviluppo dell'ambiente (in conformità, però, con una traiettoria irrimovibilmente antropocentrica⁹⁰); l'indirizzo soggettivo, parimenti, correla la preservazione del contesto naturale con la concettualizzazione di ben definiti diritti soggettivi nei quali la componente individualistica assume priorità rispetto all'assicurazione di procurare minori danni possibili all'ambiente in termini *assoluti*. L'ambiente è, qui, a sostegno delle singole individualità, e l'eventuale contenimento di ripercussioni negative è collegato a preservare la società umana da danni ulteriori. In entrambi i casi lo sbocco teorico è rigidamente antropocentrico in senso 'forte': l'attore principale può essere l'apparato amministrativo dello Stato, da una parte, o il singolo individuo, atomisticamente concepito, dall'altra, ma a dominare è sempre l'uomo: seppure, in un caso, è l'essere umano ingabbiato dentro specifiche strutture burocratiche, nell'altro, l'essere umano slacciato da ogni prassi relazionale e impegnato solo nella realizzazione del proprio 'utile'.

⁸⁸ Vedi *supra*, par. 3.

⁸⁹ In tal senso, Aldo Leopold denunciava la mancanza di una visione complessiva orientata ad una 'etica della terra', deficitaria rispetto all'integrazione dell'individuo in società e ai processi di organizzazione politica democratica. Cfr. A. LEOPOLD, *Pensare come una montagna*, cit., p. 211.

⁹⁰ Sui più ampi risvolti filosofico-politici che affiorano da una radicalizzazione del punto di vista antropocentrico nel contesto ambientale si è soffermato anche R. ESPOSITO, *Istituzione*, Il Mulino, Bologna, 2021, p. 152. Di «antropocentrismo giuridico», si discute in M. TALLACCHINI, *Diritto per la natura*, cit., pp. 174 ss.

Ma l'altro rischio, altrettanto esiziale, è quello di concepire l'individuo come un ente assorbito all'interno dei processi naturali, in una specie di analogia con dottrine politiche di timbro organicistico. Subentra una sorta di trasposizione del modello organicistico aristotelico, che, però, invece di riguardare il solo campo delle relazioni politiche e sociali, si amplia fino a comprendere l'intero assetto delle relazioni fra uomo e ambiente. Il soggetto, cioè, non è solo l'ingranaggio di un intricato moto sociale, ma, è altresì, strumento di altri fini per la stessa realtà naturale nel suo complesso. L'individuo, e le stesse strutture istituzionali, sono integrati in processi 'totalitari' che ne menomano, alla radice, ogni concreta possibilità di libertà creativa. È adesso un intero ordine di norme che trasla dal 'terreno' più strettamente sociale a quello specificamente naturale⁹¹ e che si pone in un *continuum* che fa perno sulla centralità etimologica del concetto di *legge*⁹²: il soggetto diviene *oggetto* perché subordinato alle regole che dominano, indifferentemente, società e natura⁹³, e a cui egli è sottoposto senza alcun margine di affrancamento. La violazione non è concessa (in altre parole: qualsivoglia ipotesi di libertà è bandita), ed ogni elemento è incasellato nella sua specifica posizione, come rotella nel complessivo ingranaggio. In questo meccanismo l'individuo opera, e adempie ai fini imposti per la garanzia dell'ordine così come "naturalmente" costituito.

Siamo, in questo caso, agli antipodi dell'esempio teorico precedente. Se infatti, nel modello individualistico la dicotomia fra uomo e natura è netta e priva di ipotesi di conciliazione, giacché il diritto abita questa stessa scissione al fine di garantire che la natura non vada oltre se stessa solo per non nuocere all'umanità e consentire una prospera crescita economica, nella seconda direzione, di natura organicistica, tale frattura viene a mancare e fra uomo e natura non è rinvenibile alcuno spazio di azione differenziale, implicando la integrale e completa assimilazione del soggetto

⁹¹ Sulla distinzione fra legge pratica e legge naturale: G. FASSÒ, *La storia come esperienza giuridica* (1953), a cura di C. Faralli, Rubbettino, Soveria Mannelli, 2016, pp. 39-62; ID., *Legge naturalistica e legge pratica* (1953), in *Scritti di filosofia del diritto*, a cura di E. Pattaro, C. Faralli e G. Zucchini, Giuffrè, Milano, 1982, pp. 165-209.

⁹² Cfr. F. CAPRA, U. MATTEI, *Ecologia del diritto*, cit., pp. 25-58.

⁹³ Sui distinti ordini logici che reggono l'assetto 'sociale' e quello 'naturale': Cfr. H. KELSEN, *Società e natura. Ricerca sociologica*, trad. it. di L. Fuà, Bollati Boringhieri, Torino, 1992.

nel flusso della realtà oggettiva: è una sorta di organicismo (culturale e naturale) *super-integrale*.

5. Una 'terza via': soggettività, ruolo del diritto e alcune considerazioni finali

Mitigando queste due distinte impostazioni, e seguendo, in un certo senso, gli stessi suggerimenti che derivano dalla teoria ecologica di Næss, un possibile sbocco risolutivo risiede proprio in una rivisitazione critica della stessa nozione di soggetto, che si apre adesso ad una definizione concettuale che possa anche trovare sostegno nell'idea di *persona*⁹⁴, così come concettualizzata da un certo filone di studi novecenteschi⁹⁵. Senza potersi soffermare con profondità su questa traiettoria speculativa, quello che è utile affermare in questa sede è che sia nell'itinerario filosofico del pensatore e attivista norvegese, sia nelle correnti personaliste, la concettualizzazione dell'individuo è sganciata sia da un riduzionismo soggettivistico e particolaristico, sia da estremizzazioni organicistiche: il soggetto non è semplice datità atomistica né il mero costituente di un articolato ingranaggio, ma, piuttosto, realtà *personale*, in cui la componente *relazionale* svolge una funzione primigenia di natura definitoria per strutturare gli stessi legami sociali⁹⁶: è nella relazione che il soggetto riconosce se stesso, e nel rapporto che esso istituisce, per il personalismo, con i propri simili, e per Næss, anche con il mondo naturale comprensivo di tutta la realtà vivente, biotica e abiotica. Nel confronto con l'alterità, il soggetto accresce la consapevolezza della propria umana specificità, che

⁹⁴ Cfr. A. POLI (a cura di), *La persona nelle filosofie dell'ambiente*, Limina Mentis, Monza, 2012.

⁹⁵ Ci si riferisce, precipuamente, al complessivo movimento personalista del Novecento. Per una panoramica, cfr.: A. RIGOBELLO (a cura di), *Il personalismo*, Città Nuova, Roma, 1975; E. MOUNIER, *Il personalismo* (1949), a cura di G. Campanini e M. Pesenti, AVE, Roma, 2014; J. LACROIX, *Il personalismo come anti-ideologia*, trad. it. di E. Botto, Vita e Pensiero, Milano, 1974; J.-M. DOMENACH, *Personalismo*, in *Enciclopedia del Novecento*, Treccani, 1980 (reperibile online: www.treccani.it). Di estremo interesse anche la fase del 'primo' Norberto Bobbio, che si articolava in un tentativo di strutturare un personalismo di matrice 'laica': a scopo introduttivo su questo periodo del filosofo del diritto torinese, oggetto di minore attenzione da parte della letteratura critica, si veda T. GRECO, *Norberto Bobbio. Un itinerario intellettuale tra filosofia e politica*, Donzelli, Roma, 2000, pp. 3-86, nonché il recente volume di C. PIANCIOLA, *La persona laica. Norberto Bobbio nel Novecento filosofico*, Biblion, Milano, 2022.

⁹⁶ Cfr. T. GRECO, *Diritto e legame sociale*, Giappichelli, Torino, 2012.

è, inevitabilmente, situazionale e contestuale. L'individuo, cioè, è *persona*, proprio perché non può pensarsi concettualmente se non nella dinamica di fondazione con ciò con cui egli entra in diretta connessione, umana (con altri soggetti) e ambientale (con la realtà naturale che lo circonda). È in questo senso che Næss pone sovente l'accento sul momento della *relazione*, quale paradigma di comprensione della realtà che eviti eccessi ideologici. L'individuo non è tale nel suo darsi puramente empirico, ma è tale nell'attimo in cui, costitutivamente, impartisce relazioni reciproche con i soggetti e con il mondo circostante, e in tale relazione sta tutta la sua cifra esistenziale.

Ciò non toglie, però, che le istituzioni politiche svolgano una funzione cruciale, e dunque, in tal senso, è necessario capire se sia fattibile configurare anche un concetto di diritto più coerente con gli obiettivi che i 'dilemmi' ambientali ci pongono dinnanzi⁹⁷. Sotto questa luce, il rischio di aderire a un modello giuridico che incorpori, in via esclusiva, una logica puramente sanzionatoria, va scongiurato tramite il ricorso al ruolo dell'educazione ambientale in prospettiva etica e giuridico-istituzionale (quantunque il pensiero ecologico abbia, fin dalle origini, messo in guardia da apparentemente comode soluzioni orientate verso questo obiettivo, evocando un cambio di passo più radicale⁹⁸). In quest'ottica, lo stesso Næss cerca di suggerire l'esigenza di un bilanciamento fra prassi quotidiana individuale e ruolo delle istituzioni politiche, in una *sintetica sinergia*⁹⁹. Nell'ambito dell'etica ambientale la centralità delle prassi collettive e individuali, infatti, assume un'intensità particolarmente probante: lo stile di vita (individuale e collettivo) – espressione a cui il pensatore norvegese fa frequente ricorso¹⁰⁰ –, cioè, è

⁹⁷ Cfr. F. CAPRA, U. MATTEI, *Ecologia del diritto*, cit., pp. 211-234, ove si parla di «rivoluzione eco-giuridica», diretta ad influenzare la pluralità delle categorie giuridiche tradizionali. Sul complesso rapporto fra diritto e questione ambientale, all'interno di una riconsiderazione della dimensione "spaziale": N. CAPONE, *Lo spazio e la norma. Per una ecologia politica del diritto*, Ombre Corte, Verona, 2020.

⁹⁸ Sul problema della 'coscienza ecologica' si veda, ad esempio: A. LEOPOLD, *Pensare come una montagna*, cit., pp. 215 ss.

⁹⁹ A. NÆSS, *Siamo l'aria che respiriamo*, cit., pp. 169-174.

¹⁰⁰ A. NÆSS, *Tendenze negli stili di vita nel movimento dell'Ecologia profonda*, in *Riga 46*, cit., pp. 41-42. La rilevanza degli atteggiamenti pratici quotidiani è comune a vari esponenti del pensiero ecologista: ad esempio, nota Bondí, «Lovelock è affascinato dal rapporto uomo-natura così

decisiva. La dimensione individuale delle condotte e l'esercizio di uno specifico stile di vita, però, deve coniugarsi con la operatività delle istituzioni politiche e giuridiche. Ed è la combinazione di questi due 'ingredienti' concettuali che ci consente di approdare ad una soluzione plausibile.

Il soggetto, come *persona*, dovrebbe agire concependosi come un'entità inserita in un processo più ampio di relazioni che lo indirizzano e gli indicano le potenziali vie da percorrere e, frattanto, si dovrebbe assumere la responsabilità delle condotte che pone in essere quotidianamente, eticamente coerenti con una garanzia delle risorse ambientali. E tale assunzione di responsabilità è possibile soltanto laddove non si senta 'protetto', in modo cieco, da strutture giuridiche e statali che operino per suo conto e non si concepisca come una entità puramente autoreferenziale il cui campo di azione sia limitato al proprio spazio di operatività (individuale, o, al massimo, familiare), ma allorché si apra sia al complesso delle relazioni sociali – in una logica, si potrebbe dire, quasi 'cosmopolitica', comprendente l'intera umanità –, sia nei confronti di tutto il corpo del vivente, che è la realtà naturale nella sua complessità strutturale e nella sua varietà fenomenica.

Allo stesso tempo, lo Stato deve introdurre tutti quegli strumenti che consentano di effettuare un salto più rapido e qualitativamente immediato verso un orizzonte di maggiore sicurezza e di garanzia ambientale, in piena sintonia *programmatica* con le azioni individuali e il complessivo atteggiarsi collettivo delle realtà organizzate, politicamente impegnate nella lotta alla salvaguardia dell'ambiente. Lo strumento sanzionatorio dello Stato, dunque, non rappresenta l'elemento primigenio per garantire un'adeguata tutela, ma si rivela succedaneo rispetto all'urgenza di strutturare un insieme di regole svincolate da logiche economiche (o peggio: *economicistiche*) e congruenti ad un rapporto sano fra uomo e natura, provando, laddove sia possibile, ad introiettare, dentro queste stesse norme, i principi cardine di un approccio 'profondo' alla questione ecologica. Fra l'eccessivo oggettivismo, che scade nella sacralizzazione degli organi statali, e lo smisurato soggettivismo

com'è stato teorizzato dal movimento dell'Ecologia profonda, ma è soprattutto attratto da coloro i quali hanno cercato di vivere da ecologisti profondi» (R. BONDÍ, *Gaia, Næss e la Deep Ecology*, cit., p. 283).

particolaristico delle preferenze individuali, pertanto, è necessario coltivare una prospettiva che cerchi nella *intersoggettività* e nella responsabilità delle condotte il punto cardine per una rinnovata coscienza etica, giuridica, valoriale e, dunque, anche ambientale¹⁰¹.

¹⁰¹ Coscienza etica che dovrà strutturarsi nella consapevolezza di un saldo legame fra indirizzo ecologico e domini attigui, come quello della pace e della giustizia sociale: cfr. A. NÆSS, *Ecologia profonda per il XXII secolo*, in *Riga* 46, cit., p. 37. Denso di implicazione politico-sociali è l'ultimo 'testamento filosofico', a forte vocazione ecologista, di Bruno Latour: B. LATOUR, N. SCHULTZ, *Facciamoci sentire! Manifesto per una nuova ecologia*, trad. it. di F. Bononi, Einaudi, Torino, 2023. Del resto, lo stesso legame fra problemi ecologici e coscienza (politica) pacifista, che mette in luce anche la spinosa questione dell'inquinamento ambientale connesso agli episodi bellici e all'uso di armi da guerra distruttive dell'ecosistema, veniva già a suo tempo evidenziato da R. CARSON, *Primavera silenziosa*, cit., p. 33. Seguendo tale ottica, il diritto dovrebbe contribuire al perpetuo miglioramento della condizione storica precedente, in virtù di una pretesa intrinseca di natura trascendentale: cfr. M. LA TORRE, *Pretesa di progresso. Sull'evoluzione nel diritto*, ESI, Napoli, 2021.

L'ergastolo 'ostativo': un reale cambiamento?

di

Tiziana Salvino*

Sommario: 1. Premessa e obiettivi dell'analisi 2. L'ergastolo ostativo: una definizione normativa alla luce della recente novella legislativa 3. L'ergastolo ostativo nella giurisprudenza costituzionale e in quella internazionale 4. Considerazioni critiche e conclusive

1. Premessa e obiettivi dell'analisi

La disciplina riguardante la pena detentiva perpetua, discende, come è noto, dal combinato disposto degli artt. 22 c.p., 4-bis e 58-ter della legge 26 luglio 1975, n. 354 (*Norme sull'ordinamento penitenziario e sulla esecuzione delle misure privative e limitative della libertà*)¹, delineando quello che comunemente viene definito ergastolo 'ostativo'. Una misura detentiva su cui l'attuale Governo ha posto l'attenzione attraverso il d.l. 31 ottobre 2022 convertito in legge 30 dicembre 2022 n. 199; ciò, tuttavia non ha del tutto sopito dibattito attorno a tale peculiare regime penitenziario, né, invero, può ritenersi che dalla novella normativa sia discesa una modifica di particolare rilievo. Al contrario, la nuova normativa impone talune domande, poiché è necessario chiedersi se attraverso tale disciplina si sia venuto incontro agli auspici e alle ammonizioni provenienti tanto dalla Corte

* Dottoressa di ricerca in Diritto Pubblico - DISPES, Unical

¹ Gazzetta Ufficiale 9 agosto 1975, n. 212, S.O. D'ora in poi, ord. pen., parzialmente modificata dal d.l. n. 152 del 1991, convertito nella legge del luglio 1991, n. 203.

costituzionale, quanto dalla Corte EDU. Se, dunque, la norma *de qua* “abbia assunto la fisionomia di un istituto conforme alla Costituzione e alla CEDU”².

Proprio al fine di rispondere a tale interrogativo l’obiettivo dell’analisi consiste non tanto nel volere ricostruire minuziosamente l’evoluzione normativa dell’istituto, quanto, piuttosto, nell’assumere un atteggiamento trasversale, capace di ricostruire i diversi orientamenti giurisprudenziali domestici e internazionali.

Dunque, a seguito di una breve disamina della legge riguardante tale misura detentiva, necessaria a inquadrare l’istituto, si cercherà di comprendere quale fisionomia essa debba assumere, ricordando che se la legge è la ragione libera dalla passione, parafrasando Aristotele, l’analisi dovrà essere quanto più lucida possibile, interrogandosi circa la capacità della nuova norma di aver recepito le indicazioni delle Corti, costituzionale ed Europea dei diritti dell’uomo.

2. *L’ergastolo ostativo: una definizione normativa alla luce della recente novella legislativa*

Con l’espressione ergastolo ‘ostativo’ si fa riferimento al combinato disposto degli art. 4-bis³ e 58-ter della legge 26 luglio 1975, n. 354, rubricata “Norme

² M. MERLINO “Esiste ancora l’ergastolo ostativo?”, in *Questionegiustizia.it*, 26 gennaio 2023.

³ Rubricato “Divieto di concessione dei benefici e accertamento della pericolosità sociale dei condannati per taluni delitti” e al cui comma primo prevede che “L’assegnazione al lavoro all’esterno, i permessi premio e le misure alternative alla detenzione previste dal capo VI, esclusa la liberazione anticipata, possono essere concessi ai detenuti e internati per i seguenti delitti solo nei casi in cui tali detenuti e internati collaborino con la giustizia a norma dell’articolo 58-ter della presente legge: delitti commessi per finalità di terrorismo, anche internazionale, o di eversione dell’ordine democratico mediante il compimento di atti di violenza, delitti di cui agli articoli 416-bis e 416-ter del codice penale, delitti commessi avvalendosi delle condizioni previste dallo stesso articolo ovvero al fine di agevolare l’attività delle associazioni in esso previste, delitti di cui agli articoli 600, 600-bis, primo comma, 600-ter, primo e secondo comma, 601, 602, 609-octies e 630 del codice penale, agli articoli 12, commi 1 e 3, e 12-bis, del testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell’immigrazione e norme sulla condizione dello straniero, di cui al decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286, e successive modificazioni, all’articolo 291-quater del testo unico delle disposizioni legislative in materia doganale, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 23 gennaio 1973, n. 43, e all’articolo 74 del testo unico delle leggi in materia di disciplina degli stupefacenti e sostanze

sull'ordinamento penitenziario e sulla esecuzione preventive e limitative della libertà"⁴. Si nota, dunque, sin dall'immediatezza, che tale apparato normativo vige esclusivamente per talune categorie di reati, confluiti nell'invero ampio calderone dell'art. 4- bis ord. pen., dunque a quei delitti ostativi, c.d. di prima fascia, per i quali è stata inflitta la pena dell'ergastolo⁵.

In effetti, nell'ordinamento italiano, convivono due tipi di ergastolo, poiché, oltre a quello 'ostativo', che alla trattazione interessa, se ne riconosce uno 'comune'. Quest'ultimo, al contrario della pena perpetua e ostativa, si presta ad essere 'mitigato', poiché, al ricorrere di talune condizioni, solitamente il tempo trascorso nella casa circondariale e la condotta tenuta dal reo, è consentito accedere a misure alternative alla detenzione. L'attinenza di tale misura restrittiva della libertà personale è stata sovente sottoposta al vaglio della Corte costituzionale, poiché la legge 25 novembre 1962, n. 1634, nel modificare l'art. 176, comma 3, c.p., stabiliva che la misura della libertà condizionale potesse essere estesa al reo esclusivamente qualora questo avesse scontato almeno 28 anni di pena⁶. Dirimente, in tal senso, diviene una pronuncia della Corte costituzionale⁷, attraverso la quale si accoglie con particolare favore il riequilibrio tra la pena dell'ergastolo e l'accesso ai benefici di legge, conferendo, dunque, una 'patente' di legittimità costituzionale alla legge del 1962.

Quanto all'ergastolo oggetto della trattazione, nella normativa, non si rinviene traccia alcuna dell'aggettivo 'ostativo', coniato successivamente dalla dottrina al fine di far emergere la differenza entro tale tipo di detenzione e ogni altra pena. In tal senso, l'ergastolo 'osta', dunque, alla concessione di qualsivoglia beneficio di

psicotrope, prevenzione, cura e riabilitazione dei relativi stati di tossicodipendenza, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 9 ottobre 1990, n. 309.

⁴ Per un apprendimento, in particolare C. CESARI – G. GIOSTRA, Art. 4-bis, in V. GREVI - G. GIOSTRA – F. DELLA CASA (a cura di), *"Ordinamento penitenziario commentato"*, Padova, 2011, p. 47 ss.

⁵ All'indomani della strage di Capaci del 23 maggio 1992, l'art. 15 del d.l. 8 giugno 1992, convertito con modificazioni nella L. 7 agosto 1992, n. 356, delinea definitivamente il volto dell'art. 4-bis, comma 1, ord. pen., stabilendo che ai condannati per associazione mafiosa non possono essere concesse misure alternative alla detenzione, se non in caso di collaborazione con la giustizia, ai sensi dell'art. 58- ter ord. pen.

⁶ M. MERLINO, *op. cit.*, p. 2 e ss.

⁷ Sent. n. 264 del 1974.

legge, come le misure alternative alla detenzione, quali il lavoro all'esterno, la semilibertà, ovvero la concessione di permessi premio e benefici penitenziari⁸. Tuttavia, il reale *discrimen* si rinviene nell'impossibilità di accedere alle misure extramurarie in assenza di collaborazione attiva con la giustizia⁹ e sarà proprio questo uno degli elementi cardine su cui si focalizzerà l'analisi, attesa la centralità che assumerà tanto nella giurisprudenza nazionale, quanto in quella internazionale. Appare chiaro, in tal senso, che per coloro i quali non collaborano attivamente con la giustizia, il fine pena potrebbe divenire realmente mai, trasformandosi, di fatto, in una pena perpetua.

In effetti, la mancata collaborazione con la giustizia si declina(va) *sic et simpliciter* nella presunzione di perdurante pericolosità sociale del condannato, poiché da ciò si è sovente desunto, in maniera piuttosto superficiale, che questo non avesse rescisso i legami con l'organizzazione criminale di appartenenza. Tale presunzione diveniva, dunque, assoluta, poiché non superabile, se non per l'effetto della collaborazione con la giustizia, rendendo ogni richiesta di accesso ai benefici di legge da parte del detenuto non meritevole di essere sottoposta al vaglio della magistratura di sorveglianza. Sarà successivamente la Corte costituzionale a scardinare tale assolutezza, 'lavorando' di concerto con la Corte EDU. Un impegno, come si vedrà, parzialmente caducato dalla disciplina introdotta dal nuovo Governo.

Il legislatore ha inteso mantenere nell'ordinamento entrambi gli istituti, distinguendo, invero, più correttamente, i reati comuni da quelli ostativi, sui quali, come si dirà nel corso della trattazione, è intervenuta sovente la Corte costituzionale, ma vi si è focalizzata, altresì, l'attenzione della Corte EDU. È stata, però, la novella normativa a rendere i criteri di accesso ai benefici di legge ancora più stringenti.

⁸ *Ex plurimis* Corte costituzionale, sent. 253 del 2019, che, al contempo, inaugura un cambiamento giurisprudenziale.

⁹ Art. 58-ter, legge 26 luglio 1975, n. 354.

La norma, introdotta con la legge 30 dicembre 2022, n. 199¹⁰, segue, indubbiamente, un percorso peculiare, poiché la sua introduzione è stata sollecitata dalla Corte costituzionale, invero, essa stessa pungolata dalla I Sez. Penale della Corte di Cassazione¹¹, la quale doveva pronunciarsi sul ricorso proposto contro un'ordinanza del Tribunale di sorveglianza de L'Aquila. Attraverso tale ordinanza, si dichiarava inammissibile, per difetto di collaborazione, l'istanza di liberazione condizionale presentata da un condannato all'ergastolo, riconosciuto colpevole di omicidio volontario aggravato dalla finalità mafiosa. Tuttavia, la Corte costituzionale ha preferito non calare la scure dell'incostituzionalità, attraverso l'ordinanza del 15 aprile 2021, n. 97¹², poiché ciò avrebbe lasciato un vuoto normativo all'interno dell'ordinamento, e si è invece rivolta al legislatore, concedendo a quest'ultimo un anno di tempo, al fine di modificare la normativa vigente per renderla conforme a Costituzione. Invero, l'incostituzionalità viene rilevata rispetto ai parametri di cui agli artt. 3, 27, comma 3, 117, comma 1, in virtù del principio di leale collaborazione tra istituzioni. Ritenendo che una sentenza meramente 'demolitoria' della norma avrebbe creato un'incertezza giuridica significativa, il Giudice delle leggi ha preferito una strada che potremmo definire conciliatoria, riconoscendo al legislatore un anno di tempo al fine di riordinare l'intero assetto normativo, ampliato, peraltro, dagli ulteriori sei mesi attraverso l'ordinanza dell'8 maggio 2022¹³.

¹⁰ Si vedano le dichiarazioni del Presidente del Consiglio Giorgia Meloni in data 31 ottobre 2022: <https://www.radioradicale.it/scheda/681970/incontro-con-la-stampa-al-terminare-del-consiglio-dei-ministri>.

¹¹ Cassazione, Sez. I, ordinanza del 18 giugno 2020 n. 100.

¹² Secondo la Corte, espressasi con l'ordinanza 15 aprile 2021, n. 97, "il complessivo equilibrio della disciplina in esame e, soprattutto, le esigenze di prevenzione generale e di sicurezza collettiva che essa persegue per contrastare il pervasivo e radicato fenomeno della criminalità mafiosa".

¹³ "La Corte costituzionale, nell'esaminare l'istanza di rinvio delle questioni di legittimità costituzionale sull'ergastolo ostativo, presentata dalla Presidenza del Consiglio per il tramite dell'Avvocatura dello Stato, nonché la richiesta di rigetto della parte privata costituita, entrambe discusse oggi in udienza pubblica, ha disposto il rinvio della trattazione all'udienza pubblica dell'8 novembre 2022. La decisione è stata presa considerato che la Camera ha approvato una proposta di legge ora all'esame del Senato e che, nella seduta del 4 maggio 2022, il presidente della commissione Giustizia di Palazzo Madama ha auspicato un nuovo rinvio dell'odierna udienza "per consentire la prosecuzione e la conclusione dei lavori di

La Consulta si riservava, dunque, di valutare *ex post* la conformità a Costituzione delle scelte assunte dal Parlamento, rinviando a tal fine all'udienza del 10 maggio 2022. In quest'ultima occasione, preso atto dell'approvazione alla Camera di una proposta di legge, la Corte aveva disposto ulteriore rinvio all'8 novembre 2022 al fine di consentire al Parlamento di completare i lavori¹⁴.

A ridosso di tale scadenza, il Governo ha provveduto ad emanare un Decreto Legge¹⁵, recante *“Misure urgenti di divieto di concessione di benefici penitenziari internati che non collaborano con la giustizia e di entrata in vigore del decreto legislativo 10 ottobre 2022, n. 150”*, la cui urgenza viene giustificata dalla necessità di dar seguito alle indicazioni della Corte costituzionale¹⁶. Quel che appare singolare, è che il Decreto, salvo modifiche minime, ricalca per intero il disegno di legge proposto nella legislatura precedente e non votato dalle attuali forze governative, poiché definito fin troppo permissivo¹⁷. In sede di conversione del d.l. 31 ottobre 2022 nella legge 30 dicembre 2022 n. 199, il Senato ha approvato diversi emendamenti, attraverso i quali sono stati introdotti nuovi oneri probatori in capo al reo

Commissione (...)Permangono inalterate le ragioni che hanno indotto questa Corte a sollecitare l'intervento del legislatore, al quale compete, in prima battuta, una complessiva e ponderata disciplina della materia, alla luce dei rilievi svolti nell'ordinanza n. 97 del 2021 (...) Proprio in considerazione dello stato di avanzamento dell'iter di formazione della legge, appare necessario un ulteriore rinvio dell'udienza, per consentire al Parlamento di completare i propri lavori". Tuttavia, "anche alla luce delle osservazioni della parte costituita, tale ulteriore rinvio deve essere concesso in tempi contenuti", conclude l'ordinanza, fissando all'8 novembre la data di trattazione delle questioni di legittimità costituzionale sollevate dalla Corte di cassazione, prima sezione penale".

¹⁴ R. DE VITO, *“Finisce davvero il ‘fine pena mai’?. Riflessioni e interrogativi sul Decreto Legge che riscrive il 4-bis”*, in *Questione Giustizia*, 2 novembre 2022, p. 3.

¹⁵ D.l. 31 ottobre 2022, n. 162.

¹⁶ Nell'ampia bibliografia, in particolare V. STELLA, *“Ergastolo ostativo, alla Camera passa la linea dura “anti Consulta””*, ne *Il Dubbio*, 1° aprile 2022; M. PASSIONE, M. BRUCALE *“L'insostenibile pesantezza dell'essere”*, in *Questione Giustizia*, 22 novembre 2021; L. TESCAROLI, *“La Corte costituzionale e le scelte del legislatore sull'ergastolo ostativo”*, in *Questione Giustizia*, 1° ottobre 2021; O. SFERLAZZA, *“Riflessioni a margine dell'ordinanza della Corte costituzionale n. 97/2021 sull'ergastolo ostativo: molti dubbi e poche certezze”*, in *Questione Giustizia*, 24 giugno 2021; F. GIANFILIPPI, *“Ergastolo ostativo: incostituzionalità esibita e ritardi del legislatore. Prime note all'ordinanza 97/2021”*, in *Questione Giustizia*, 27 maggio 2021; H. J. WOODCOCK, *“Qualche recente pronuncia della Corte costituzionale in materia di ergastolo ostativo”*, in *Questione Giustizia*, 26 maggio 2021; G. FIANDACA, *“Ergastolo ostativo, carcere duro e dintorni”*, in *Questione Giustizia*, 9 marzo 2021; D. GALLIANI, *“Un dialogo (immaginario) fra un ergastolano ostativo e un giudice costituzionale”*, in *Questione Giustizia* 21 ottobre 2020.

¹⁷ Lo ricorda R. DE VITO, *op. cit.* p. 4 e ss.

sottoposto a regime di ergastolo 'ostativo'¹⁸. La nuova norma esordisce, dunque, aumentando il catalogo dei reati ostativi, il che pare travalicare le indicazioni della Corte costituzionale, ponendo, di fatto, un problema ulteriore circa gli elementi aggiuntivi richiesti al condannato per accedere ai benefici penitenziari. Peraltro, anziché riportare l'art. 4-bis alla sua *ratio* originaria, si muove in direzione contraria, introducendo nell'elencazione nuovi delitti ostativi e includendo, altresì, previsioni di accesso alle misure alternative alla detenzione pressoché impossibili da dimostrare dal detenuto. La sua configurazione, in effetti, è molto particolare, poiché il decreto *de qua* riconfigura l'art. 4-bis, sostituendo il comma 1 con 3 nuovi commi¹⁹, attraverso i quali si individuano i modi di accesso ai benefici extramurari. La nuova normativa impone, dunque, l'aver adempiuto alle obbligazioni civili e di riparazione pecuniaria conseguenti alla condanna e, se già tale onere probatorio costituisce elemento particolarmente gravoso, nel prosieguo della normativa viene previsto qualcosa di pressoché impossibile dimostrazione, poiché non è sufficiente la condotta carceraria del detenuto, la partecipazione di questo al percorso rieducativo e la dichiarazione di dissociazione dall'organizzazione criminale di appartenenza, ma diviene necessario, altresì, un *quid pluris*, dunque elementi specifici e ulteriori, capaci di provare realmente l'avvenuta rescissione di ogni collegamento con la criminalità organizzata e con il contesto entro il quale il reato si è consumato, nonché l'insussistenza della possibilità di riallacciare legami con il contesto criminoso. Spetterà, successivamente, al giudice accertare l'assolvimento

¹⁸ Secondo la nuova normativa, possono essere concessi benefici ai condannati delitti 'ostativi' "purché gli stessi dimostrino l'adempimento delle obbligazioni civili e degli obblighi di riparazione pecuniaria conseguenti alla condanna o l'assoluta impossibilità di tale adempimento e alleghino elementi specifici, diversi e ulteriori rispetto alla regolare condotta carceraria, alla partecipazione al detenuto al percorso rieducativo e alla mera dichiarazione di dissociazione dall'organizzazione criminale di eventuale appartenenza, che consentano di escludere l'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata, terroristica o eversiva e con il contesto nel quale il reato è stato commesso, nonché il pericolo di ripristino di tali collegamenti, anche indiretti o tramite terzi, tenuto conto delle circostanze personali e ambientali, delle ragioni eventualmente dedotte a sostegno della mancata collaborazione, della revisione critica della condotta criminosa e di ogni altra informazione disponibile. Al fine della concessione dei benefici, il giudice accerta altresì la sussistenza di iniziative dell'interessato a favore delle vittime, sia nelle forme risarcitorie che in quelle della giustizia riparativa", in GU Serie Generale n. 304 del 30 dicembre 2022.

¹⁹ Commi 1-bis, 1-bis 2 e 1-bis 3.

di tali oneri probatori; tuttavia, appare piuttosto chiaro che tali dimostrazioni divengono esse stesse ostative, attesa la difficoltà di provarle e determinandosi, di fatto, una impossibilità di accesso ai benefici di legge per i soggetti che non collaborano con la giustizia²⁰.

Invero, al detenuto è concessa la possibilità di argomentare le ragioni per cui non ha inteso collaborare con la giustizia, ma la norma dispone, altresì, che ciò possa avvenire 'eventualmente' ed è evidente che tale locuzione non presume un obbligo, attraverso il quale, al contrario, sarebbe divenuto necessario comprendere le ragioni che hanno indotto il reo al silenzio e che, nella realtà dei fatti, tutto sono fuorché irrilevanti. La previsione di siffatto obbligo era stata suggerita, nelle more della conversione in legge del decreto 162 del 2022, dal Tribunale di sorveglianza di Roma, secondo il quale l'obbligo del reo di specificare le ragioni della mancata collaborazione si sarebbe tradotto in uno strumento importante nelle mani del magistrato di sorveglianza, come peraltro aveva auspicato la Corte costituzionale nell'ordinanza 97 del 2021²¹ e, come si dirà successivamente, anche la Corte EDU.

3. *L'ergastolo ostativo nella giurisprudenza costituzionale e in quella internazionale*

²⁰ A norma del nuovo comma 2 dell'art. 4-bis ord. pen. "Il giudice acquisisce, anche al fine di verificare la fondatezza degli elementi offerti dall'istante, dettagliate informazioni in merito al perdurare dell'operatività del sodalizio criminale di appartenenza o del contesto criminale nel quale il reato è stato consumato, al profilo criminale del detenuto o dell'internato e alla sua posizione all'interno dell'associazione, alle eventuali nuove imputazioni o misure cautelari o di prevenzione sopravvenute a suo carico e, ove significative, alle infrazioni disciplinari commesse durante la detenzione. Il giudice chiede altresì il parere del pubblico ministero presso il giudice che ha emesso la sentenza di primo grado o, se si tratta di condanne per i delitti indicati all'articolo 51, commi 3-bis e 3-quater, del codice di procedura penale, del pubblico ministero presso il tribunale del capoluogo del distretto ove è stata pronunciata la sentenza di primo grado e del Procuratore nazionale antimafia, acquisisce informazioni dalla Direzione dell'istituto ove l'istante è detenuto o internato e dispone, nei confronti del medesimo, degli appartenenti al suo nucleo familiare e delle persone ad esso collegate, accertamenti in ordine alle condizioni reddituali e patrimoniali, al tenore di vita, alle attività economiche eventualmente svolte e alla pendenza o definitività di misure di prevenzione personali o patrimoniali.

²¹ M. RUOTOLO, "Riflessioni sul possibile "seguito" dell'ord. n. 97 del 2021 della Corte costituzionale", in *Sistema Penale*, 28 febbraio 2022.

La giurisprudenza riguardante l'ergastolo 'ostativo' è stata sovente caratterizzata da posizioni contrastanti, dunque da una marcata evoluzione che porterà la Corte costituzionale a percorrere un lungo e controverso cammino, approdando a "una giurisprudenza in direzione ostinata e contraria"²².

Invero, la prima decisione riguardante l'ergastolo si rinviene in un'ordinanza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione²³, attraverso la quale veniva confermata la compatibilità dell'ergastolo con l'art. 27 comma 3 Cost., ritenendo che la pena perpetua non sia incompatibile con la prima parte del terzo comma dell'art. 27 Cost., poiché "in essa non altro si è inteso che solamente ribadire il principio della umanizzazione della esecuzione della pena"²⁴, peraltro, "il processo di rieducazione ben può essere attuato, come del resto è ormai acquisita esperienza"²⁵. L'ordinanza del 1956 della Corte di Cassazione ha, tuttavia, suscitato un certo scalpore fra i commentatori, in particolare se si tiene conto del fatto che talune argomentazioni del provvedimento si rinvergono nelle sentenze della Corte costituzionale che hanno rigettato le questioni di costituzionalità dell'ergastolo. Tuttavia, non sono mancate le critiche all'ordinanza, poiché la Cassazione, non soltanto si è arrogata il diritto - non suo - di giudicare la legittimità costituzionale di una norma, ma ha addirittura asserito che la rieducazione del condannato non equivale esclusivamente a un recupero sociale, poiché può tradursi anche solo nella redenzione morale del reo, intesa come processo interiore che libera il condannato dal peso del delitto commesso²⁶. Inoltre, nell'interpretazione della Cassazione, si

²² Così definita da A. PUGIOTTO, che pare ricordare il titolo di un album di De André, nello scritto "Due decisioni radicali della Corte costituzionale in tema di ostatività penitenziaria: le sentenze 253 e 263 del 2019", in AIC, n. 1/2020, del 20 marzo 2020.

²³ Si tratta dell'ordinanza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione del 16 giugno 1956, particolarmente criticata per aver invaso il territorio della Corte costituzionale attraverso un vero e proprio sindacato di legittimità costituzionale.

²⁴ Cass. SS.UU. 16 giugno 1956, in Riv. it. dir. proc. pen., 1956, p. 485 ss. con nota di A. DALL'ORA. "Non vi è ragione di limitare il concetto di rieducazione del condannato alla sola finalità del suo recupero sociale, ma deve intendersi inclusa nel detto concetto anche quella della redenzione morale del reo, ossia quel percorso attuoso dello spirito, diretto a facilitare il pentimento, che, liberando il condannato dal peso del delitto commesso, lo porti a redimersi".

²⁵ *Ibidem*.

²⁶ L. FERRAJOLI, "Ergastolo e diritti fondamentali", in *Dei delitti e delle pene*, fasc. 2, 1992, p. 82; R. CABRI, "La pena dell'ergastolo: storia, costituzionalità e prospettive di un suo superamento", in Riv.

afferma che se l'Assemblea Costituente non avesse inteso introdurre la pena dell'ergastolo nell'ordinamento, lo avrebbero vietato espressamente, così come accaduto con la pena di morte²⁷.

Una singolare posizione quella della Cassazione che, tuttavia, non ha mancato di essere ripresa dalla stessa Corte costituzionale, attraverso la sentenza 264 del 1974. In effetti, dopo quasi vent'anni dall'ordinanza della Cassazione del 1956, viene sollevata una questione di legittimità riguardante l'art. 22 c.p., da parte della Corte d'Assise di Verona²⁸. La questione di legittimità costituzionale della pena dell'ergastolo *ex art. 22 c.p.*, secondo il giudice scaligero, si poneva in contrasto con il parametro costituzionale individuato nell'art. 27, comma. 3 Cost., poiché, trattandosi di una pena perpetua, priva il soggetto della libertà personale, rendendo impossibile il suo reinserimento sociale. Tuttavia, la Consulta, rigettando la questione di legittimità costituzionale, ha come è noto affermato che "A prescindere sia dalle teorie retributive secondo cui la pena è dovuta per il male commesso, sia dalle dottrine positiviste secondo cui esisterebbero criminali sempre pericolosi e assolutamente incorreggibili, non vi è dubbio che dissuasione, prevenzione, difesa sociale, stiano, non meno della sperata emenda, alla radice della pena"²⁹, salvo, successivamente, superare la sua posizione attraverso la sentenza 313/1990. In effetti, pur richiamando il suo precedente del 1974, la Corte pone l'accento sulla necessaria funzione rieducativa della pena, così come aveva fatto con la sent. 4 luglio 1974 n. 204, attraverso la quale viene ribadito il diritto del condannato "(...) a che, verificandosi le condizioni poste dalla norma di diritto sostanziale, il protrarsi della realizzazione della pretesa punitiva venga riesaminato al fine di accertare se in effetti la quantità di pena espiata abbia o meno assolto positivamente al suo fine rieducativo". È, probabilmente, attraverso tale pronuncia che la Consulta inaugura la sua giurisprudenza contraria a un fine pena mai che

pen., 1990, p. 529; C. MUSUMECI, A. PUGIOTTO, "Gli ergastolani senza scampo: fenomenologia e criticità costituzionali dell'ergastolo ostativo", Napoli, 2016.

²⁷ A. PUGIOTTO, "Quando la clessidra è senza sabbia. Ovvero: perché l'ergastolo è incostituzionale", in F. CORLEONE – A. PUGIOTTO (a cura di), "Il delitto della pena", Roma, 2012, p. 118.

²⁸ Proc. Versini Pier Alberto ed altri, in GU, 12 luglio 1972.

²⁹ Sentenza 264 del 1974.

tenda, nel contempo, alla rieducazione sociale del reo, tanto da sottolinearlo nuovamente nella sentenza 274/1983, attraverso la quale la Corte ha esteso agli ergastolani la possibilità di usufruire della liberazione anticipata e della semilibertà. Certo, non ci troviamo ancora di fronte a pronunce riguardanti l'ergastolo 'ostativo', ma è pur vero che la Consulta getta inevitabilmente le basi per una giurisprudenza capace di tener conto dei dettami dell'art. 27, comma 3, Cost. Invero, nella prima sentenza riguardante tale peculiare regime di detenzione, la Consulta, interpellata dal Tribunale di sorveglianza di Firenze in merito alla legittimità dell'art. 4-bis ord. pen. in relazione all'art. 27, comma 3, Cost., nella parte in cui preclude i benefici di legge ai detenuti non collaboranti, ritiene che non vi sia una lesione della Costituzione. Tuttavia, anche tale posizione è destinata a mutare favorevolmente al reo³⁰.

Nelle più recenti sentenze³¹, in effetti, la Corte costituzionale sostiene che ogni pena, anche la peggiore prevista nell'ordinamento, deve tendere alla rieducazione del condannato; rappresentano conferma di peculiare evidenza le sentenze nn. 253 e 263 del 2019, attraverso le quali si è intervenuti al fine di abbattere quel muro che il legislatore aveva eretto con l'art. 4-bis, comma 1, e 58-ter ord. pen.³². Un abbattimento che, tuttavia, a oggi si trova a fare i conti con lo *ius superveniens* della novella normativa introdotta dal Governo, ma che continua a indicarci la strada tracciata dalla Consulta. Tali pronunce, comunque, hanno definitivamente incrinato i presupposti costituzionali su cui si era retta, fino a quel momento, la disciplina dell'ergastolo ostativo³³.

³⁰ Sull'evoluzione giurisprudenziale, in particolare A. PUGIOTTO, "Il "blocco di costituzionalità" nel sindacato della pena in fase esecutiva", in *Giur. Cost.*, 2018, pp. 1654-1657.

³¹ Salvo la parentesi costituita dalla sent. 135/2003, che sembrava creare una nuova nota di chiusura, secondo la quale "la preclusione prevista dall'art. 4-bis, comma 1, primo periodo, dell'ordinamento penitenziario non è conseguenza che discende automaticamente dalla norma censurata, ma deriva dalla scelta del condannato di non collaborare, pur essendo nelle condizioni per farlo: tale disciplina non preclude pertanto in maniera assoluta l'ammissione al beneficio, in quanto al condannato è comunque data la possibilità di cambiare la propria scelta".

³² Dello stesso A., "Due decisioni radicali della Corte costituzionale in tema di ostatività penitenziaria: le sentenze nn. 253 e 265 del 2019", *op. cit.*

³³ D.MARTIRE, A. R. SALERNO, "L'ergastolo ostativo e lo stato attuale della giustizia costituzionale", in *Osservatorio costituzionale*, 4/2022, del 2 agosto 2022.

Per alcuni commentatori³⁴, la Corte costituzionale ha tratto largo spunto, per il suo percorso giurisprudenziale, dalla sentenza emanata dalla Corte EDU, *Viola c. Italia*³⁵, in virtù della quale, è bene sottolinearlo, il regime normativo riguardante l'ergastolo 'ostativo' diviene incostituzionale per violazione del primo comma dell'art. 117 Cost., reso operativo, quale parametro interposto, dall'art 3 CEDU, sul divieto di tortura e di trattamenti inumani e degradanti³⁶. Tuttavia, prima di addentrarci nella trattazione della sentenza della Corte EDU, pare necessario sottolineare che senza dubbio la Corte costituzionale ha tenuto in debita considerazione la pronuncia proveniente da Strasburgo, ma è, altresì, importante mettere in luce che quello della Consulta è stato un percorso tortuoso³⁷, compiuto, in particolare, grazie al lavoro operato di concerto con le corti interne, le quali più volte hanno richiamato la sua attenzione sulla legittimità costituzionale dell'impianto normativo costituito dal combinato disposto degli artt. 4- *bis*, comma 1 e 58- *ter* ord. pen. Non v'è dubbio che la sentenza *Viola c. Italia* abbia coadiuvato il lavoro della Corte costituzionale, ma, pur riconoscendo la portata e l'importanza

³⁴ M. PELISSERO, "Verso il superamento dell'ergastolo ostativo: gli effetti della sentenza *Viola c. Italia* sulla disciplina delle preclusioni in materia di benefici penitenziari", in www.sidiblog.org, 21 giugno 2019; S. SANTINI, "Anche gli ergastolani ostativi hanno diritto a una concreta "via di scampo": dalla Corte di Strasburgo un monito al rispetto della dignità umana", in penalecontemporaneo.it, 1 luglio 2019.

³⁵ Corte EDU, Prima Sezione, n. 77633/16, *Viola c. Italia* n. 2, 13 giugno del 2019. Invero, in continuità con altre sentenze: Corte EDU, Seconda Sezione, n. 24069/03, n. 197/04, n. 6201/06 e n. 10464/07, *Öcalan c. Turchia* n. 2, 18 marzo 2014. Si vedano anche, in continuità con tale pronuncia, Grande Camera, *Hutchinson c. Regno Unito*, 17 gennaio 2017, *Murray c. Paesi Bassi*, 26 aprile 2016 e *Vinter e altri c. Regno Unito*, 9 luglio 2013.

³⁶ Ex plurimis, D. GALLIANI, A. PUGIOTTO, "L'ergastolo ostativo non supera l'esame a Strasburgo (A proposito della sentenza *Viola v. Italia* n.2)", in *AIC*, 4/2019, del 6 agosto 2019; E. DOLCINI, "Dalla Corte EDU una nuova condanna per l'Italia: l'ergastolo ostativo contraddice il principio di umanità della pena", in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2019; M. PELISSERO, "Verso il superamento dell'ergastolo ostativo: gli effetti della sentenza *Viola c. Italia* sulla disciplina delle preclusioni in materia di benefici penitenziari", in *SIDIBlog*, 2019; S. SANTINI, "Anche gli ergastolani ostativi hanno diritto a una concreta "via di scampo": dalla Corte di Strasburgo un monito al rispetto alla dignità umana", in *Dir. pen. cont.*, 2019

³⁷ Basti richiamare anche la sola sent. n. 306 del 1993, punto 13 del Considerato in diritto, nella quale la Corte costituzionale asseriva è "ben vero che la collaborazione consente di presumere che chi la presta si sia dissociato dalla criminalità e che ne sia perciò più agevole il reinserimento sociale. Ma dalla mancata collaborazione non può trarsi una valida presunzione di segno contrario, e cioè che essa sia indice univoco di mantenimento dei legami di solidarietà con l'organizzazione criminale: tanto più, quando l'esistenza di collegamenti con quest'ultima sia stata altrimenti esclusa".

della pronuncia di Strasburgo, appare riduttivo sostenere che abbia spronato, da sola, il Giudice delle leggi a un intervento marcato in materia di ergastolo ostativo. Non se ne trascuri, tuttavia, l'importanza, poiché la Corte di Strasburgo non si era finora mostrata contraria alle pene a tempo indeterminato, qualora queste non presentassero il carattere di assolutezza e perpetuità³⁸. Tuttavia, la struttura normativa su cui, nell'ordinamento italiano, poggia l'ostatività dell'ergastolo pare presentare proprio tali caratteristiche, tanto da indurre la Corte EDU a evidenziare che, in assenza di una collaborazione con la giustizia, l'Italia non concede spazio alcuno all'accesso ai benefici di legge. È, dunque, proprio tale assunto a divenire oggetto della censura della Corte di Strasburgo, secondo la quale "la legislazione interna non vieta, in maniera assoluta e con effetto automatico, l'accesso alla liberazione condizionale e agli altri benefici propri del sistema penitenziario"³⁹, ma la subordina alla collaborazione con la giustizia, stabilendo un'equivalenza tra la mancanza di collaborazione e la pericolosità sociale del condannato. La Corte di Strasburgo sottolinea, al contempo, che la libertà di tale scelta non è scontata, atteso che il condannato potrebbe avere timore per sé stesso, ovvero per i propri familiari, in particolare per i condannati per reati di tipo mafioso. Nella visione della Corte EDU "la mancanza di collaborazione non può essere sempre imputata a una scelta libera e volontaria, né giustificata soltanto dalla persistenza dell'adesione ai "valori criminali" e al mantenimento di legami con il gruppo di appartenenza"⁴⁰. Da ciò discende che la stessa collaborazione con la giustizia non equivale a un ravvedimento, poiché potrebbe essere solo l'opportunità colta dal reo per continuare il sodalizio criminale.

Si "riconduce in realtà la pericolosità dell'interessato al momento in cui i reati sono stati commessi, invece di tenere conto del percorso di reinserimento e dei progressi eventualmente compiuti a partire dalla condanna"⁴¹, il che impedisce al magistrato di sorveglianza di "effettuare una valutazione del percorso individuale del

³⁸ D. GALLIANI, A. PUGIOTTO, *op. cit.*, p.3.

³⁹ § 101 Corte EDU, Prima Sezione, n. 77633/16, *Viola c. Italia n. 2*.

⁴⁰ § 118 *Ibidem*.

⁴¹ § 128 *Ibidem*.

detenuto e della sua evoluzione sulla strada della risocializzazione”⁴². Si riconosce, dunque, il diritto al silenzio per il reo.

Se, dunque, fino alla sentenza 89 del 1999, la Corte costituzionale aveva, attraverso un critico silenzio, accettato il regime nato dal combinato disposto degli art. 4- *bis*, comma 1, e 58- *ter*, circa la negazione di benefici di legge ai condannati all’ergastolo ‘ostativo’ non collaboranti con la giustizia, con le due sentenze in esame decide di seguire una rotta differente⁴³, rifiutando l’assunto secondo cui il silenzio del reo equivale alla presunzione di pericolosità sociale. La natura dell’assolutezza di tale assunto viene rivista e revocata per gli adulti nella sentenza 253/2019⁴⁴, mentre, per i minori, viene espulsa totalmente dall’ordinamento attraverso la pronuncia 263/2019. Toccherà, dunque, al giudice comprendere, caso per caso la necessità di adottare misure alternative alla detenzione.

Più nel dettaglio, la sentenza 253 del 2019⁴⁵ trae origine da due questioni di legittimità piuttosto simili, sollevate dalla I Sez. Pen. della Cassazione e dal Tribunale di sorveglianza di Perugia, e inaugura, senza dubbio, un nuovo filone giurisprudenziale, atteso che la Consulta apre l’accesso ai permessi premio ai condannati per i reati dell’ampio calderone di cui all’art. 4 *bis*, comma 1, ord. pen. Le motivazioni di tale *overruling* giurisprudenziale appaiono ineccepibili, oltre che aderenti (finalmente!) allo spirito dell’art. 27, comma 3, Cost., ma, più in generale, all’intero apparato costituzionale⁴⁶. Il Giudice delle leggi, nel suo un lungo e controverso percorso, approda a un inconfutabile assunto, poiché innegabile è che

⁴² § 128 *Ibidem*.

⁴³ Inaugurata, invero ed in maniera meno dirompente dalle sentt. nn. 279/2018 e 229/2019.

⁴⁴ S. BERNARDI “Sull’incompatibilità con la Costituzione della presunzione assoluta di pericolosità dei condannati per reati ostativi che non collaborano con la giustizia: in margine a Corte cost., sentenza del 23 ottobre 2019 (dep. 4 dicembre 2019), n. 253” in AIC, n. 2/2020 del 3 marzo 2020; M. RUOTOLO, “Reati ostativi e permessi premio. Le conseguenze della sent. n. 253 del 2019 della Corte costituzionale”, in *Sistema Penale*, 12 dicembre 2019; M. CERASE, “La Corte costituzionale sui reati ostativi: una sentenza, molte perplessità”, in *Forum di Quad. Cost.*, 5 febbraio 2020; A. RICCI, “Riflessioni sull’interesse del condannato per delitto ostativo e non collaborante all’accertamento di impossibilità o inesigibilità di utile collaborazione con la giustizia ex art. 4-bis, comma 1-bis, o.p. a seguito della sentenza della Corte costituzionale n. 253 del 2019”, in *Giur. Pen.*, fasc. 1/2020.

⁴⁵ Per un’analisi delle sentenze, A. PUGIOTTO, “Due decisioni radicali della Corte costituzionale in tema di ostatività penitenziaria: le sentenze nn. 253 e 265 del 2019”, *op. cit.*

⁴⁶ F. VIGANÒ, “Diritto penale e diritti della persona”, in *Sistema penale*, 2023, pp. 24 e ss.

il silenzio del reo non debba equivalere alla sua perdurante e dimostrata pericolosità sociale. Non vi è dubbio alcuno che il risultato di una siffatta equivalenza produca come unico risultato un errore, sanabile esclusivamente tenendo conto che il rispetto per la vita, anche di quella di chi si è macchiato di crimini, non è un'equazione matematica dal risultato certo, piuttosto vi deve essere la consapevolezza che, sovente, il silenzio non è 'sodalizio criminale non reciso', divenendo ascrivibile a dinamiche umane che, per ciò stesso, non possono ridursi al concetto di silenzio-pericolosità sociale. Il ragionamento seguito dalla Corte nella sentenza *de qua* è di peculiare interesse, poiché se è vero che il silenzio non equivale al perdurare di un sodalizio criminale con l'organizzazione di appartenenza, è altrettanto vero che la collaborazione con la giustizia non si traduce in maniera automatica nella certezza del venir meno di ogni legame del reo con la criminalità. Evidentemente, corollario di tale assunto è che l'equivalenza tra collaborazione e ravvedimento innescherebbe un meccanismo atto a escludere il reo non collaborante dai benefici di legge, determinando un'incostituzionalità rinvenibile sotto diversi profili⁴⁷. In primo luogo⁴⁸, da una simile lettura discenderebbe una eccedenza afflittiva a carico del detenuto non collaborante, che impedirebbe alla magistratura di sorveglianza di valutare il percorso compiuto nel recupero della socialità, atteso che non verrebbe alla sua attenzione il recupero sociale del condannato, essendo a questi impedito di accedere ai benefici di legge e, di conseguenza, al vaglio della magistratura di sorveglianza⁴⁹. Tuttavia, per la Corte non è tutto, c'è qualcosa di più grave, che risiede in una visione estremamente distorta della pena, seppure 'ostativa' dell'ergastolo, poiché peggiore di una

⁴⁷ "Non è la presunzione in sé stessa a risultare costituzionalmente illegittima. Non è infatti irragionevole presumere che il condannato che non collabora mantenga vivi i legami con l'organizzazione criminale di originaria appartenenza, purché si preveda che tale presunzione sia relativa e non già assoluta e quindi possa essere vinta da prova contraria. Mentre una disciplina improntata al carattere relativo della presunzione si mantiene entro i limiti di una scelta legislativa costituzionalmente compatibile con gli obiettivi di prevenzione speciale e con gli imperativi di risocializzazione insiti nella pena, non regge, invece, il confronto con gli artt. 3 e 27, terzo comma, Cost. – agli specifici e limitati fini della fattispecie in questione – una disciplina che assegni carattere assoluto alla presunzione di attualità dei collegamenti con la criminalità organizzata" (punto 8 del Considerato in diritto).

⁴⁸ Punto 8.1 Considerato in diritto.

⁴⁹ Punto 8.2 Considerato in diritto.

eccedenza afflittiva è la presunzione dell'immutabilità della personalità del condannato e del contesto esterno, poiché ciò è capace di gettare ombra su qualsivoglia progresso compiuto durante gli anni della detenzione⁵⁰.

Tali affermazioni, inconfutabilmente legate al concetto del *favor rei*, inteso in senso ampio, non sono, chiaramente capaci di oscurare la ragione che pervade il diritto e la giurisprudenza. La Consulta, infatti, se, da una parte, difende Caino, dall'altra, in maniera incontrovertibile impone al reo di soddisfare i requisiti richiesti al fine di ottenere i benefici di legge, poiché la Corte è indubbiamente consapevole della pericolosità della criminalità organizzata e ciò si traduce nel soddisfacimento di imprescindibili requisiti⁵¹.

4. Considerazioni critiche e conclusive

La modifica della normativa circa l'ergastolo 'ostativo' presenta, dunque, più di una singolarità, poiché viene adottata a seguito di un monito della Corte costituzionale, che si dimostra particolarmente attenta al dialogo tra istituzioni, scegliendo di concedere all'organo legislativo la possibilità di rivedere una norma sulla quale l'incostituzionalità era stata ravvisata, ma non dichiarata, poiché l'effetto demolitorio della scure di una dichiarazione di incostituzionalità avrebbe, indubbiamente, lasciato un vuoto normativo. Tuttavia, il monito viene colto attraverso un d.l. ed in questo risiede un'ulteriore peculiarità, atteso che la veste normativa del decreto-legge pare non essere adeguata ad intervenire in materia di restrizione della libertà personale, non soltanto perché la Costituzione copre la materia dei diritti con una riserva di legge e di dibattito, ma, altresì, perché nel caso della restrizione della libertà, la riserva di legge è addirittura rinforzata. Non pare esservi, dunque, una congruenza tra la fonte di disciplina e il dettato

⁵⁰ Punto 8.3 Considerato in diritto.

⁵¹ Aver scontato gran parte della pena; dimostrare la sua partecipazione al percorso rieducativo; aver cessato i legami con l'organizzazione criminale di appartenenza. Tali oneri probatori saranno valutati, in prima battuta, dalla magistratura di sorveglianza.

costituzionale, ricordando, è appena il caso, che la Carta fondamentale è fonte sulla produzione⁵².

Invero, nel preambolo del Decreto si ritrova una sorta di 'giustificazione', poiché, come si accennava, il Governo rinviene i parametri *ex art. 77 Cost.* nella straordinaria necessità ed urgenza di apportare modifiche alla disciplina prevista dall'art. 4- *bis*, comma 1, ord. pen., nonché di dar seguito al monito proveniente dalla Corte costituzionale. Lasciando, tuttavia, ogni riflessione alla parte conclusiva, quel che vi è da sottolineare risiede nella 'reazione' della Corte costituzionale al novellato impianto normativo. Cambiata la norma sottoposta al suo vaglio da parte della Corte di Cassazione, non le restava altra strada se non quella di restituire gli atti al giudice rimettente al fine di procedere ad una nuova valutazione circa la rilevanza e la non manifesta infondatezza della questione⁵³. In

⁵² È utile richiamare la sentenza 171 del 2007 della Corte Costituzionale, nella quale si afferma, fra l'altro, che "occorre verificare, alla stregua di indici intrinseci ed estrinseci alla disposizione impugnata, se risulti evidente o meno la carenza del requisito della straordinarietà del caso di necessità e d'urgenza di provvedere". Nell'ampia bibliografia A.CELOTTO, "C'è sempre una prima volta... (La Corte costituzionale annulla un decreto-legge per mancanza dei presupposti)" in www.giustamm.it; R. ROMBOLI, "Una sentenza "storica": la dichiarazione di incostituzionalità di un decreto-legge per evidente mancanza dei presupposti di necessità e di urgenza", in AIC, 2007; A. RUGGERI, "Ancora una stretta (seppur non decisiva) ai decreti-legge, suscettibile di ulteriori, ad oggi per vero imprevedibili, implicazioni a più largo raggio (a margine di Corte cost. n. 171 del 2007)", in Forum dei Quaderni Costituzionali, 2007

⁵³Nel comunicato stampa, rinvenibile in https://www.cortecostituzionale.it/documenti/comunicatistampa/CC_CS_20221108182221.pdf, si legge "Dopo due rinvii disposti per concedere al legislatore il tempo necessario al fine di intervenire sulla materia (ordinanze n. 97 del 2021 e n. 122 del 2022), la Corte costituzionale ha nuovamente esaminato oggi, in camera di consiglio, le questioni di legittimità costituzionale, sollevate dalla Corte di Cassazione, sulla disciplina del cosiddetto ergastolo ostativo. Oggetto di scrutinio sono le disposizioni che non consentono al condannato all'ergastolo per delitti di contesto mafioso, che non abbia utilmente collaborato con la giustizia, di essere ammesso al beneficio della liberazione condizionale, pur dopo aver scontato la quota di pena prevista e pur risultando elementi sintomatici del suo ravvedimento. In attesa del deposito dell'ordinanza, l'Ufficio comunicazione e stampa fa sapere che la Corte costituzionale ha deciso di restituire gli atti al giudice a quo, a seguito dell'entrata in vigore del decreto-legge 31 ottobre 2022, n. 162, che contiene, fra l'altro, misure urgenti nella materia in esame. Le nuove disposizioni, infatti, incidono immediatamente e direttamente sulle norme oggetto del giudizio di legittimità costituzionale, trasformando da assoluta in relativa la presunzione di pericolosità che impedisce la concessione dei benefici e delle misure alternative a favore di tutti i condannati (anche all'ergastolo) per reati cosiddetti "ostativi", che non hanno collaborato con la giustizia. Costoro sono ora ammessi a chiedere i benefici, sebbene in presenza di nuove, stringenti e concomitanti condizioni, diversificate a seconda dei reati che vengono in rilievo. Gli atti vengono dunque restituiti alla Cassazione, cui spetta verificare gli effetti della normativa sopravvenuta sulla

effetti, con ordinanza n. 227 del 10 novembre 2022, la Corte Costituzionale ha restituito gli atti alla I Sezione penale della Corte di Cassazione, la quale, con ordinanza del 3 giugno 2020, depositata il 18 giugno 2020, aveva sollevato, quali parametri costituzionali di riferimento gli artt. 3, 27, comma 3, e 117, comma 1, Cost., questioni di legittimità costituzionale degli artt. 4-bis, comma 1, e 58-ter, L. 26 luglio 1975, n. 354, *“Norme sull’ordinamento penitenziario e sulla esecuzione delle misure privative e limitative della libertà”*, nonché dell’art. 2, d.l 13 maggio 1991, n. 152 *“Provvedimenti urgenti in tema di lotta alla criminalità organizzata e di trasparenza e buon andamento dell’attività amministrativa”*, convertito, con modificazioni, nella L. 12 luglio 1991, n. 203, nella parte in cui escludono che possa essere ammesso alla liberazione condizionale il condannato all’ergastolo, per delitti commessi avvalendosi delle condizioni di cui all’art. 416-bis c.p., ovvero al fine di agevolare l’attività delle associazioni in esso previste, che non abbia collaborato con la giustizia.

Dunque, secondo la Consulta, essendo in presenza di una modifica complessiva della disciplina interessata dalle questioni di legittimità costituzionale in esame, che incide immediatamente sul nucleo essenziale delle questioni sollevate dall’ordinanza di rimessione, spetterà al giudice rimettente valutare la portata

rilevanza delle questioni sollevate, nonché procedere a una nuova valutazione della loro non manifesta infondatezza”.

⁵³ A norma del nuovo comma 2 dell’art. 4-bis ord. pen. *“Il giudice acquisisce, anche al fine di verificare la fondatezza degli elementi offerti dall’istante, dettagliate informazioni in merito al perdurare dell’operatività del sodalizio criminale di appartenenza o del contesto criminale nel quale il reato è stato consumato, al profilo criminale del detenuto o dell’internato e alla sua posizione all’interno dell’associazione, alle eventuali nuove imputazioni o misure cautelari o di prevenzione sopravvenute a suo carico e, ove significative, alle infrazioni disciplinari commesse durante la detenzione. Il giudice chiede altresì il parere del pubblico ministero presso il giudice che ha emesso la sentenza di primo grado o, se si tratta di condanne per i delitti indicati all’articolo 51, commi 3-bis e 3-quater, del codice di procedura penale, del pubblico ministero presso il tribunale del capoluogo del distretto ove è stata pronunciata la sentenza di primo grado e del Procuratore nazionale antimafia, acquisisce informazioni dalla Direzione dell’istituto ove l’istante è detenuto o internato e dispone, nei confronti del medesimo, degli appartenenti al suo nucleo familiare e delle persone ad esso collegate, accertamenti in ordine alle condizioni reddituali e patrimoniali, al tenore di vita, alle attività economiche eventualmente svolte e alla pendenza o definitività di misure di prevenzione personali o patrimoniali.*

applicativa dello *ius superveniens* nel giudizio *a quo*, anche all'esito del procedimento di conversione del decreto-legge⁵⁴.

Il nuovo tessuto normativo appare, dunque, appesantito, di difficile lettura, fin troppo carico di aggettivi, frasi, concetti che si prestano a interpretazione, quali, fra tutti, i "collegamenti indiretti" con l'associazione criminale di appartenenza del reo e come questi siano dimostrabili. Questo stile ridondante e ripetitivo del legislatore⁵⁵ non fa altro che 'traghetare' il vecchio concetto di pericolosità sociale all'impossibile prova della non pericolosità, oltre a prestarsi a numerose interpretazioni. A ciò si aggiunga la previsione secondo la quale il detenuto non collaborante potrà partecipare a questa corsa ad ostacoli verso i benefici di legge non più a seguito dei ventisei anni⁵⁶ di detenzione, poiché il termine viene innalzato a trent'anni. Un'introduzione, pressoché puntuale, del fine pena mai, accompagnata da una disattenzione delle pronunce nazionali ed internazionali. Se ciò non bastasse, una possibile lesione della Costituzione, nei suoi art. 3, 27, comma 3, e 117, comma 1, ricordando che "il fine delle pene non è di tormentare ed affliggere un essere (...) ma quello di impedire al reo di far nuovi danni ai suoi cittadini"⁵⁷, "perché ogni pena non sia una violenza di uno o di molti contro un privato cittadino, dev'essere essenzialmente pubblica, pronta, necessaria, la minima delle possibili nelle date circostanze, proporzionata a' delitti, dettata dalle leggi"⁵⁸.

La trama tessuta dalla Corte costituzionale attraverso la sentenza 68 del 1995, circa la collaborazione inesigibile e irrilevante viene scardinata, abrogata dalla novella normativa, che non fa distinzione alcuna tra non collaboranti 'per scelta' e non collaboranti 'loro malgrado' peggiorando, innegabilmente, le condizioni del reo,

⁵⁴ V. DE GIOIA, "Corte Costituzionale: sull'ergastolo ostativo il decreto "Nordio" impone la restituzione al giudice rimettente", in *Diritto processuale penale*, del 10 novembre 2022.

⁵⁵ R. DE VITO, *op. cit.* p. 5.

⁵⁶ Come prevedeva l'art. 176 c.p. a seguito della modifica introdotta dalla legge Gozzini, 663 del 1986.

⁵⁷ C. BECCARIA, "Dei delitti e delle Pene", p. 31, Edizione di riferimento: a cura di Renato Fabietti, Mursia, Milano 1973.

⁵⁸ *Ibidem*, p. 117.

trascurando, di fatto, l'opzione proposta dalla Consulta⁵⁹ ed i moniti di Strasburgo. Con ogni probabilità, si è ancora una volta persa l'occasione, invero mal colta dalla normativa in vigore, di giungere a quel bilanciamento tra valori che tanto auspicava la Corte costituzionale, che pur avrebbe trovato l'anello di congiunzione tra Carta costituzionale e Corte EDU, atteso che è ancora ben lungi dall'esser raggiunto.

Infine, per ciò che attiene al comune errore di sovrapporre l'art. 41-*bis* ord. pen.⁶⁰ alla normativa circa l'ergastolo 'ostativo', vi è da sottolineare che solo in alcuni casi si può rinvenire un legame fra questi ed è, altresì, vero che, in merito, la Corte costituzionale ha sostenuto che "La pena edittale dell'ergastolo non può risultare "fissa" e "indefettibile" per effetto del divieto di prevalenza delle circostanze attenuanti sull'aggravante della recidiva reiterata; divieto, introdotto nel 2005 come deroga alla regola generale secondo cui il giudice può fare l'ordinario bilanciamento delle circostanze attenuanti e aggravanti (...) . La pena "fissa" e "indefettibile" dell'ergastolo, quale effetto del divieto suddetto, si pone, inoltre, in contrasto con il principio di necessaria proporzionalità della sanzione. Il giudice deve poter graduare la pena secondo la maggiore o minore offensività della condotta in concreto, tenuto conto delle circostanze del reato"⁶¹.

Dunque, al contrario dei timori manifestati da commentatori e forze politiche circa la possibilità di scalfire la disposizione, non si è creato alcun "pericoloso" precedente, al più sembra essersi aperta una breccia, dalla quale, invero, poca luce è uscita, poiché si è affermato che il giudice può operare l'ordinario bilanciamento tra circostanze aggravanti e attenuanti, nulla dicendo circa la costituzionalità del

⁵⁹ In tal senso il recente e bel saggio di F. POLACCHINI, "Fine pena (forse): ergastolo ostativo e prospettive di riscatto", in *Federalismi* n. 11 del 17 maggio 2023

⁶⁰ Introdotto dalla legge 10 ottobre 1986, n. 663.

⁶¹ Con la sentenza n. 94 del 2023, deposita il 12 maggio 2023, la Consulta si è pronunciata sulla questione, sollevata dalla Corte d'Assise d'Appello di Torino, circa l'art. 69 comma 4 c.p., nella formulazione vigente a seguito dell'entrata in vigore dell'art. 3 della legge n. 251 del 2005, nella parte in cui, relativamente al delitto punito dall'art. 285 c.p., prevede il divieto di prevalenza della circostanza attenuante di cui all'art. 311 c.p. sulla recidiva di cui all'art. 99 comma 4 c.p. ed ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 69, quarto comma c.p., nella parte in cui, relativamente ai delitti puniti con la pena edittale dell'ergastolo, prevede il divieto di prevalenza delle circostanze attenuanti sulla recidiva reiterata di cui all'art. 99, quarto comma, c.p.

‘carcere duro’. Al contrario, pare che l’istituto ne sia uscito rafforzato, poiché si è sottolineato con forza che il ‘carcere duro’ si applica a talune fattispecie di reati, rimarcando le condizioni necessarie affinché si applichi. Il legislatore avrebbe potuto cogliere l’opportunità di richiedere maggiori oneri probatori per i condannati per delitti di tipo mafioso, invece di continuare a riempire il calderone di reati ‘ostativi’, la cui misura è colma, ma, soprattutto, non ammettendo differenza alcuna nell’accesso ai benefici da parte dei detenuti, ci si preoccupa ben poco del percorso di rieducazione, approdando ad un fine pena particolarmente macchinoso e poco rispettoso tanto dell’art. 27, comma 3, Cost., quanto dell’articolo 3 CEDU, facendo sorgere ragionevoli dubbi (ancora una volta) circa la legittimità costituzionale e convenzionale della normativa interna.

Se, dunque, l’intervento normativo doveva assolvere al compito di trovare una convergenza tra i moniti provenienti tanto dalla Corte costituzionale, quanto dalla Corte EDU, pare che il compito non sia stato pienamente assolto. In effetti, come si accennava, sembra che il legislatore sia stato particolarmente influenzato dal limite temporale posto dalla Consulta, emanando, così, una norma che avrebbe richiesto maggiore attenzione in termini di discussione parlamentare. Peraltro, se il legislatore ha rinvenuto le condizioni sottese alla decretazione d’urgenza nei moniti rivolti dalla Corte costituzionale per l’adozione di un nuovo regolamento dell’istituto, al fine di ricondurlo a legittimità costituzionale nell’imminenza della data dell’8 novembre 2022, pare piuttosto evidente che mal si è colto l’auspicio della Consulta. Invero, quest’ultima, pur indicando una data, richiedeva al legislatore qualcosa di molto più significativo, dunque rendere la norma attinente a Costituzione, non già trattare la questione come ‘qualcosa’ da risolvere celermente. Tuttavia, il legislatore ha scelto una tortuosa e controversa strada, preferendo arrivare in tempo, ma poco preparato al soddisfacimento delle richieste provenienti dalla Consulta, ‘consegnando’ una norma i cui reati cui si applicherà l’ergastolo ‘ostativo’ sono aumentati. Ciò, innegabilmente, contribuisce ad appesantire la norma, rendendola di difficile lettura ed interpretazione, in particolare per ciò che attiene agli oneri probatori in capo al reo al fine di accedere ai benefici di legge,

ponendosi in contrasto con il monito proveniente da Strasburgo, rinunciando definitivamente a quel bilanciamento tra i moniti delle Corti.

Infine, vi è da mettere in luce che quel cammino giurisprudenziale che la Corte costituzionale aveva intrapreso, pervasa da una nuova sensibilità per i diritti del detenuto e finalizzata alla ricerca, nella norma precedente alla novella, un'interpretazione costituzionalmente e convenzionalmente orientata, è stato del tutto trascurato.

Quel che emerge dal percorso legislativo fin qui compiuto è una norma poco chiara nel linguaggio; quindi, in grado di prestarsi a diverse interpretazioni, ma, al contrario, incapace di cogliere quella sensibilità circa l'oggetto, che pure la Consulta aveva dimostrato e di ascoltare la voce della Corte EDU. Una norma, dunque, poco attenta alla funzione rieducativa della pena, malgrado sia questo l'obiettivo cui la Costituzione persegue e che, con ogni probabilità, non sopirà il dibattito dentro e fuori dalle corti circa il concetto di ergastolo 'ostativo'.

Tra valorizzazione della "società solidale" e crisi dello stato sociale. Terzo settore e pubblico potere nell'erogazione di prestazioni sociali

di

Francesca Paruzzo*

Sommario: 1. La crisi dello stato sociale e la rilevanza del Terzo settore nei settori della sanità, dell'istruzione e dell'assistenza. Cenni introduttivi; - 2. La realizzazione dello Stato sociale e il fondamento costituzionale del Terzo settore; - 3. Lo sviluppo del Terzo Settore nel suo rapporto con i pubblici poteri; 4. La compatibilità con il quadro costituzionale dell'affidamento al Terzo settore dell'erogazione di prestazioni sociali.

1. La crisi dello stato sociale e la rilevanza del Terzo settore nei settori della sanità, dell'istruzione e dell'assistenza. Cenni introduttivi

Il Terzo settore e le attività da esso svolte hanno una rilevanza e un fondamento costituzionale; è in ragione di ciò che il ruolo svolto oggi dalla "società solidale", presente e attiva in una pluralità sempre più vasta di settori, impone di esaminare il rapporto di essa, mutato nel tempo, con l'azione dei pubblici poteri e con l'aspirazione di realizzazione dello stato sociale¹.

* Assegnista di ricerca, Università di Torino.

¹ La dottrina sullo stato sociale e sulle concrete garanzie, da esso discendente, dei diritti sociali, è sterminata. Si veda, *ex multis*, senza pretese di esaustività M. MAZZIOTTI, *Diritti sociali*, in *Enciclopedia del diritto*, 1964, p. 804 ss.; P. BISCARETTI DI RUFFIA, *I diritti sociali*, in *Novissimo Digesto Italiano*, 1968, p. 759 ss.; P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Il Mulino, Bologna, 1984, p. 14 ss.; N. BOBBIO, *Sui diritti sociali*, in G. NEPPI MODONA (a cura di), *Cinquant'anni di Repubblica italiana*, Giappichelli, Torino, 1997, p. 116 ss.; A. GIORGIS, *Diritti sociali*, in S. CASSESE (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006, p. 1903 ss.; S. FOIS, *Analisi delle problematiche fondamentali dello Stato sociale*, in *Diritto e società*, 1999, p. 163 ss. F. CONTI, G. SILEI, *Breve storia dello Stato sociale*, Carocci, Roma, 2005, p. 9 ss. V. CRISAFULLI, *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Giuffrè, Milano, 1952, p. 115 ss.; A. BALDASSARRE, *Diritti sociali*, in *Enciclopedia Giuridica*, vol. XI, Roma 1989, p. 1 ss.; G. CORSO, *I diritti sociali nella Costituzione italiana*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1981, p. 755 ss.; F. MERUSI, *Servizi*

In un contesto, infatti, in cui l'evidente crisi dello stato sociale «rende la realizzazione del benessere collettivo sempre più connessa al riconoscimento e al rafforzamento delle virtù private»², è necessario domandarsi sia se e quanto la supplenza³ (più che la sinergia) che il privato (sociale) si trova a svolgere rispetto all'azione dei pubblici poteri, condizioni l'erogazione di quelle prestazioni connesse alla garanzia di diritti fondamentali, specialmente di natura sociale; sia se ciò sia compatibile con la vocazione universalistica di questi stessi diritti, in particolare salute, assistenza e istruzione, quale discendente dal carattere generale delle formule impiegate nel testo costituzionale.

In questo senso, ad esempio, l'art. 32, comma 1 della Costituzione attribuisce alla Repubblica il compito di tutelare la salute come «fondamentale diritto dell'individuo»; se quest'ultimo è portatore di un diritto che l'ordinamento è tenuto a realizzare⁴, da ciò deriva il dovere positivo di «porre in essere le azioni e organizzare i servizi necessari per assicurare il bene salute»⁵ sulla base dei principi

pubblici instabili, Il Mulino, Bologna, 1990; A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali*, Cedam, Padova, 1993; U. DE SIERVO, *Assistenza e beneficenza pubblica*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, Utet, Torino, 1987, p. 445 ss.

² C. RANCI, A. VANOLI, *Beni pubblici e virtù private. Il terzo settore nelle politiche di welfare*, Fondazione Olivetti, Torino, 1994, p. 9.

³ Così C. CORDELLI, *Privatocrazia. Perché privatizzare è un rischio per lo Stato democratico*, Mondadori, Milano, p. 3.

⁴ Fino all'entrata in vigore della Costituzione la salute era intesa in funzione della realizzazione di un mero interesse pubblico. Per una ricognizione dei lavori preparatori che condussero alla redazione dell'art. 32 Cost., cfr. M. COCCONI, *Il diritto alla tutela della salute*, Padova, Cedam, 1998, p. 38; G. CILIONE, *Diritto sanitario: profili costituzionali e amministrativi, ripartizione delle competenze, organizzazione, prestazioni, presidi sanitari privati, professioni: con riferimenti normativi bibliografici e giurisprudenziali*, Rimini, Edizioni Maggioli, 2003, p. 45 ss.; R. FERRARA, *Il diritto alla salute: i principi costituzionali*, in R. FERRARA, C. SARTORETTI, (a cura di), *Trattato di biodiritto. Salute e sanità*, Giuffrè, Milano, 2010, p. 12; A. BALDASSARRE, *Diritti della persona e valori costituzionali*, Torino, Giappichelli, 1997, p. 68; P. BARILE, *Il soggetto privato nella Costituzione italiana*, Padova, Cedam, 1953; V. FALZONE, F. PALERMO, F. CASENTINO (a cura di) *La Costituzione della Repubblica italiana illustrata con i lavori preparatori*, Milano, Mondadori, 1976, p. 114.

⁵ A. SIMONCINI, E. LONGO, *Art. 32*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Torino, Utet, 2006. Altresì R. BALDUZZI, D. SERVETTI, *La garanzia costituzionale del diritto alla salute e la sua attuazione nel servizio sanitario nazionale*, in R. BALDUZZI, G. CARPANI (a cura di), *Manuale di diritto sanitario*, Bologna, Il Mulino, 2013, p. 20 ss.

«di globalità delle prestazioni e di universalità dei destinatari»⁶ (art. 2 della l. n. 833 del 1978).

Similmente, con riferimento al diritto all'assistenza, attraverso l'art. 38 della Costituzione si aspira a conferire effettività al nucleo forte dell'idea di stato sociale voluta dai costituenti: nella prospettiva solidaristica alla base della Carta fondamentale, la protezione sociale, quale garanzia di condizioni adeguate di vita anche nei confronti di chi si trovi in situazioni di maggior debolezza, diventa strumento di emancipazione per quanti siano sprovvisti dei mezzi necessari per vivere⁷. Da ciò, di nuovo, deriva in capo alla Repubblica il compito, «imposto»⁸ dal quarto comma dell'art. 38 Cost. e direttamente operante nell'ordinamento⁹, di correggere, in attuazione del principio di uguaglianza sostanziale, gli squilibri socio-economici non altrimenti rimediabili.

Ancora, l'art. 34 comma 1 della Costituzione prevede che la scuola, fattore di uguaglianza, emancipazione della persona e sviluppo democratico della Repubblica, sia «aperta a tutti» e delinea quindi non solo una struttura istituzionale

⁶ Cfr. B. PEZZINI, *Principi costituzionali e politica della sanità: il contributo della giurisprudenza costituzionale alla definizione del diritto sociale alla salute*, in F. GALLO, B. PEZZINI (a cura di), *Profili attuali del diritto alla salute*, Milano, Giuffrè, 1998, p. 12 e M. LUCIANI, *Salute (Diritto alla)*, cit., p. 4. A tale riguardo, la legge n. 833 del 1978 fa propria una lettura espansiva dell'art. 32 della Costituzione rispetto alla gratuità delle cure, stabilendo che l'accesso alle prestazioni sanitarie debba essere universale e gratuito. In tal senso, Corte costituzionale n. 88 del 1979, e in un momento successivo sentenze n. 309 del 1999; n. 509 del 2000 e n. 252 del 2001.

⁷ C. TRIPODINA, *Art. 38 (Commento)*, in F. CLEMENTI, L. CUOCOLO, F. ROSA, G. E. VIGEVANI (a cura di), *La Costituzione italiana. Commento articolo per articolo*, Il Mulino, Bologna 2018, p. 370; si veda altresì M. MAZZIOTTI, *voce Assistenza (dir. cost.)*, in *Enciclopedia del diritto*, III, p. 749-753; N. VETTORI, *Persona e diritto all'assistenza*, in *Diritto pubblico*, 2016, p. 309. Per molti autori è a lungo prevalsa la tesi secondo la quale quanto previsto dalla Costituzione non aveva comportato l'attribuzione di un diritto soggettivo, ma si era limitato a porre un obiettivo al legislatore ordinario; la posizione dell'utente nei confronti dell'amministrazione erogatrice del servizio è qualificata come interesse legittimo ovvero diritto sociale "condizionato" alle scelte organizzative e distributive del legislatore e dell'amministrazione; così ad esempio V. CRISAFULLI, *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Milano, Giuffrè, 1952, p. 115 ss.; A. BALDASSARRE, *Diritti sociali*, in *Enciclopedia Giuridica*, vol. XI, Roma, Treccani, 1989, p. 1 ss.; G. CORSO, *I diritti sociali nella Costituzione italiana*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1981, p. 755 ss.; F. MERUSI, *Servizi pubblici instabili*, Bologna, Il Mulino, 1990; A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali*, Padova, Cedam, 1993; U. DE SIERVO, *Assistenza e beneficenza pubblica*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, Torino, Utet, 1987, p. 445 ss.

⁸ P. CARETTI, G. TARLI BARBIERI, *I diritti fondamentali. libertà e diritti sociali*, IV ed., Torino, 2017, p. 529.

⁹ Corte costituzionale, n. 22 del 1969; n. 80 del 1971; n. 160 del 1974.

necessaria, la scuola appunto, ma anche l'unica attraverso cui assicurare agli indigenti la gratuità del servizio¹⁰. Compito della Repubblica, quindi, è quello di provvedere all'istruzione, attraverso l'istituzione «di scuole statali per tutti gli ordini e gradi» (art. 33 comma 2 Cost.)¹¹.

A dispetto delle previsioni costituzionali, tuttavia, il sistema sociale dalle stesse delineato (soprattutto, ma non solo, con riferimento a questi ambiti su cui il presente lavoro intende concentrarsi) sconta rilevanti problemi di effettività, ulteriormente aggravati, negli ultimi anni, dalla pandemia di Covid-19.

Le forme di marginalizzazione sono sempre più estese¹² e il rischio povertà è accresciuto¹³. In questo contesto, i servizi di assistenza sociale, rimessi alla disciplina delle singole regioni, non riescono a farsi carico di una compiuta e adeguata tutela del nucleo essenziale del diritto al mantenimento e all'assistenza, il tutto con l'effetto di accrescere le già esistenti differenziazioni tra i vari sistemi di welfare regionali e locali¹⁴; i sistemi sanitari e socio-assistenziali, dal canto loro, sono messi sotto pressione, "provati" da una cronica carenza di personale¹⁵ e da politiche sanitarie che hanno favorito «la specializzazione clinica, una gestione manageriale e aziendalistica basata sull'erogazione prestazionale del servizio e il conseguente accorpamento di buona parte dei servizi sanitari in grandi strutture

¹⁰ S. SICARDI, *Pubblico e privato nell'ambito dell'istruzione*, 187 ss. Altresì, C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Cedam, Padova, 1969, p. 133 ss. Che sottolinea il contenuto tipico di diritto sociale e DE SIMONE, *Il diritto scolastico nella Costituzione italiana*, Milano, 1968, p. 226 ss.

¹¹ A. D'ANDREA, *Diritto all'istruzione e ruolo della Repubblica*, in *Scritti in onore di A. Pace*, tomo II, Napoli 2012, 1293 s., 1305 ss. Altresì e più diffusamente A. POGGI, *Per un «diverso» Stato sociale. La parabola del diritto all'istruzione nel nostro Paese*, Il Mulino, Bologna, 2019.

¹² L. CARLASSARE, *Solidarietà: un progetto politico*, in *Costituzionalismo.it*, n. 1 del 2016, p. 24.

¹³ Si evince dal XXI Rapporto della Caritas sulla povertà e l'esclusione sociale, che evidenzia come la povertà assoluta, anche conseguente alla crisi economica che dalla pandemia è derivata, ha confermato i propri massimi storici, arrivando a riguardare il 9,4% della popolazione residente

¹⁴ Le singole regioni, in seguito alla l. n. 328 del 200, hanno infatti provveduto a definire, per il proprio ambito territoriale di competenza le caratteristiche quantitative e qualitative dei servizi e degli interventi: la l.r. Emilia-Romagna, n. 2 del 2003, artt. 5 e 6; l.r. Puglia n. 17 del 2003, artt. 7 e 8; l.r. Piemonte n. 1 del 2004, artt. 18 e 19; l.r. Calabria n. 23 del 2003, artt. 7 e 8; l.r. Friuli Venezia Giulia n. 23 del 2004, art. 9; l.r. Toscana n. 41 del 2005, artt. 4 e 27.

¹⁵ Si stima, secondo quanto risulta dal 56esimo Rapporto Censis 2022 e dal Report Agenas, *Il personale del Servizio sanitario nazionale*, 2022, che entro il 2027 vi sarà una "fuoriuscita" dal SSN di 41.196 tra medici e personale sanitario, non compensato da nuove assunzioni.

ospedaliere scollegate dal territorio e dalla vita delle persone»¹⁶; a ciò si aggiungono le conseguenze connesse alla non sufficiente assistenza garantita nella fase successiva ai ricoveri e alla cura delle malattie croniche¹⁷. Ancora, per quanto riguarda l'istruzione, secondo il Report redatto dalla World Bank 2020, in un contesto in cui l'abbandono scolastico, se pur diminuito negli ultimi anni, resta pari al 13,5%¹⁸ e con rilevanti differenze interne¹⁹, la pandemia ha comportato una ulteriore crescita delle disuguaglianze, con effetti su un aumentato declino della frequenza scolastica²⁰ e un incremento complessivo della quota dei Neet, cioè i giovani adulti che non lavorano né studiano: nella fascia dai 25 ai 29 anni era al 31,7% nel 2020 e ha continuato ad aumentare fino al 34,6% nel 2021. Su tali aspetti incide certamente il fatto, descritto dall'ultimo rapporto dell'Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economico *Education at a Glance 2022, Uno sguardo sull'istruzione*, secondo cui i Paesi dell'Ocse spendono in media il 4,9% del loro Pil per gli istituti di istruzione dal livello primario a quello terziario, mentre l'Italia si ferma al 3,8%; tale spesa, aumentata al 4,3% nel 2020²¹, sarà poi ridotta al 3,5%, nel 2025, secondo quanto previsto dal Documento di Economia e Finanza approvato il 6 aprile 2022²².

Si tratta di un quadro, appena accennato, di inadeguatezze e carenze rispetto al disegno costituzionale, che si ripercuote sulla garanzia dei diritti sociali, nonché

¹⁶ L. BETTI, C. BODINI, G. GALERA, G. PISANI, *Prossimità e salute: un quadro introduttivo*, Euricse Working Paper, 119 del 2022, p. 8.

¹⁷ Sia consentito un rinvio a F. PARUZZO, *Integrazione socio-sanitaria e "libertà dal bisogno"*. *Problemi di effettività*, in *Corti supreme e salute*, n. 3 del 2022.

¹⁸ Contro una media europea del 10,3%

¹⁹ Dati Istat, censimento permanente 2021.

²⁰ World Bank, *The World Bank Annual Report 2020*, World Bank, Washington. Altresì D C. CHECCHI (a cura di) *LOST. Dispersione scolastica: il costo per la collettività e il ruolo di scuole e Terzo settore*, WeWorldOnlus – Associazione Bruno Trentin – Fondazione Agnelli, 2014 e G. FALZARANO, M. VERDE, *Il contributo del terzo settore nelle azioni di contrasto alla dispersione scolastica*, in *Impresa Sociale*, n. 2 del 2022.

²¹ *Percentuale di spesa pubblica in educazione rispetto al Pil (2020) elaborazione Openpolis - Con i Bambini su dati Eurostat*, gennaio 2023.

²² Ministero dell'Economia e delle Finanze, *Documento di economia e Finanza – Sezione I – Programma di Stabilità*, p. 102.

«sull'insieme di prestazioni che costituiscono il Welfare pubblico»²³ e, quindi, su quelle risposte che l'ordinamento è chiamato a dare, in quanto strettamente attinenti alla «dimensione sostanziale della democrazia»²⁴. Proprio tale quadro ha favorito, negli ultimi anni, l'estensione dell'attività del Terzo settore anche in questi ambiti, ulteriori rispetto a quelli più "tradizionali"²⁵: se è vero, infatti, che il non profit opera soprattutto in campo culturale, sportivo e ricreativo (per circa il 63,6% del totale degli enti attivi), rispetto a tale settore risulta dare lavoro solo al 6,2% del totale di chi vi svolge un'attività lavorativa (per un totale di circa 52.000 persone).

I tre ambiti che rappresentano il maggiore motore occupazionale sembrano essere invece, appunto, l'assistenza (con circa 324.000 lavoratori occupati), la sanità (con circa 188.000 lavoratori occupati) e l'istruzione e la ricerca (con circa 128.000 lavoratori occupati)²⁶. Che in questi campi il Terzo settore abbia un peso sempre maggiore emerge, con riferimento all'assistenza e alla sanità, dalla ricerca Euricse, *Tra sanità e assistenza: una filiera da ricomporre; evoluzione e ruolo del Terzo settore in Italia*, pubblicata nel 2022, secondo cui il privato sociale impiega in Italia più di 7 lavoratori rispetto ai 10 espressi dall'intero settore dell'assistenza sociale (ha quindi un ruolo preponderante nell'offerta di tali servizi) e 1 lavoratore rispetto ai 10 espressi dall'intero settore della sanità (di cui solo 5,2 sono garantiti dal pubblico)²⁷. Ancora, con riguardo al solo settore della sanità, il comparto dell'emergenza e dell'urgenza è rimesso per circa l'80% ad organizzazioni di volontariato e non profit²⁸. Con riferimento all'istruzione, invece, il Rapporto del 2021, *Il Terzo Settore e*

²³ A. POGGI, *I diritti delle persone. Lo stato sociale come Repubblica dei diritti e dei doveri*, Mondadori, Milano, 2014, p. 10.

²⁴ L. FERRAJOLI, *La democrazia costituzionale*, in *Revus*, n. 18 del 2012, pp. 69-124

²⁵ A. IANES, C. BORZAGA, *La cooperazione sociale e il volontariato organizzato: un tornante della storia*, in *Impresa Sociale*, n. 4 del 2021, pp. 9-16.

²⁶ Censimento permanente Istat delle Istituzioni non profit, 23 ottobre 2022.

²⁷ E. FONTANARI (a cura di), *Rapporto sanitario Euricse, Tra sanità e assistenza: una filiera da ricomporre Evoluzione e ruolo del Terzo Settore in Italia*, Research paper, n. 4 del 2022, p. 22.

²⁸ Spetta alle Regioni – in forza delle competenze legislative loro attribuite ai sensi dell'art. 117 Cost. in tema di organizzazione dei servizi sanitari – disciplinare questa modalità di affidamento e, in particolare, stabilire se e come ricorrere a tale modalità di convenzione "in via prioritaria", eventualmente prevedendo una forma di accreditamento. Ciascuna Regione ha compiuto una scelta diversa. In alcune Regioni sono state approvate vere e proprie leggi regionali che hanno disciplinato l'affidamento; in altre, invece, vi sono delibere della Giunta regionale. In altre, ancora, l'individuazione delle modalità di attuazione dell'art. 57 del Codice

gli obiettivi di sviluppo sostenibile, che pone in rapporto le attività del Terzo settore e il ruolo che esso ha in funzione del raggiungimento dei 17 Obiettivi per lo Sviluppo Sostenibile²⁹, mostra come proprio istruzione e ricerca si pongano tra gli obiettivi di sviluppo sostenibile più perseguiti: 35 enti su 51 che hanno risposto all'indagine (all'interno delle grandi reti nazionali che costituiscono il Forum del Terzo settore). Più in generale, circa il 60% dei soci aderenti al Forum ha come attività prioritaria *istruzione e formazione*.

Tale rapporto, in generale, mettendo in relazione la specifica attività dell'ente e l'obiettivo di sviluppo sostenibile che rappresenta, e analizzando così il perimetro principale d'impatto del soggetto che opera in quel determinato settore o eroga quel determinato servizio, è utile, ai fini del presente lavoro, per mettere in luce in cosa si espliciti l'opera del Terzo settore negli ambiti considerati; nell' *Istruzione e ricerca* rientrano, tra le altre cose, istruzione in scuole dell'infanzia, in scuole primarie e/o scuole secondarie di primo e secondo grado, corsi integrativi del curriculum scolastico, master e corsi post-laurea, formazione e aggiornamento professionale, organizzazione di università popolari e/o corsi di educazione permanente per adulti (SDGs 4 - *Istruzione di qualità*); nella *Sanità* rientrano, tra le altre cose, interventi sanitari in ricovero, interventi riabilitativi, servizi ambulatoriali, Day Hospital, gestione di strutture residenziali o semiresidenziali per malati psichiatrici, servizi sanitari a domicilio, soccorso e trasporto sanitario,

del Terzo settore è stata rimessa all'autonomia gestionale delle aziende sanitarie o di altri enti regionali. **L'art. 57 del Codice del Terzo settore afferma che il soggetto competente, all'interno della Regione, può – anziché ricorrere a quanto previsto dal Codice dei contratti pubblici – affidare direttamente, in via prioritaria, in tutto o in parte, i servizi di emergenza/urgenza**, nelle ipotesi in cui, per la natura specifica del servizio, l'affidamento diretto garantisca l'espletamento del servizio di interesse generale, in un sistema di effettiva contribuzione a una finalità sociale e di perseguimento degli obiettivi di solidarietà, in condizioni di efficienza economica e adeguatezza, nonché nel rispetto dei principi di trasparenza e non discriminazione.

²⁹ SDGs – Sustainable Development Goals. Si tratta, come noto, di un programma di azione sottoscritto il 25 settembre 2015 dai governi dei 193 Paesi membri delle Nazioni Unite. Tali obiettivi sono ricondotti a: sconfiggere la povertà, sconfiggere la fame, salute e benessere, istruzione di qualità, parità di genere, acqua pulita e servizi igienico sanitari, energia pulita e accessibile, lavoro dignitoso e crescita economica, imprese, innovazione e infrastrutture, ridurre le disuguaglianze, città e comunità sostenibili, consumo e produzione responsabili, lotta contro il cambiamento climatico, vita sott'acqua, vita sulla terra, pace, giustizia e istituzioni solide, partnership per gli obiettivi.

promozione della salute (SDGs 3 - *Salute e Benessere* -); nell'*assistenza sociale e protezione civile*, rientrano, tra le altre cose, contributi di integrazione del reddito, mensa sociale e/o pasti a domicilio, la gestione di centri diurni e strutture semi-residenziali, di strutture socio-assistenziali residenziali e l'assistenza domiciliare (SDGs 1 - *sconfiggere la povertà* - 2 - *Fame zero* -10 - *Ridurre le disuguaglianze* -).

L'attività sempre più estesa del Terzo settore in questi ambiti, che interessano ormai «anche quelle funzioni centrali dei servizi pubblici»³⁰, investe quindi in pieno il mutato rapporto tra esso e lo stato sociale e pone la "società solidale" nella condizione di giocare un ruolo strategico.

2. La realizzazione dello Stato sociale e il fondamento costituzionale del Terzo settore

La giuridicizzazione del principio di dignità umana ha costituito il punto di partenza per il riconoscimento dei diritti fondamentali nel secondo dopoguerra: attorno a tale valore, che rappresenta il primo degli elementi di cui si compone lo Stato costituzionale³¹, le diverse categorie dei diritti fondamentali, i diritti di libertà come i diritti sociali, raggiungono la medesima parità assiologica sia come imprescindibili basi per lo sviluppo dei consociati in condizioni di uguaglianza sia come vincolo all'esercizio dei poteri pubblici³².

Diritti di libertà e diritti sociali contribuiscono, in questo senso entrambi, a «delineare la posizione dell'uomo nel disegno costituzionale»³³. Soprattutto questi ultimi, per ciò che interessa, mirano, quantomeno nelle loro aspirazioni, a sottrarre al potere – qualsiasi potere, sia esso politico, economico o culturale, pubblico o

³⁰ A. TASSINARI, *Le esternalizzazioni: l'altro volto dell'austerità*, in *Jacobin*, 7 novembre 2018.

³¹ P. HÄBERLE, *Le libertà fondamentali nello stato costituzionale*, Carocci, Roma, 2005, p. 7.

³² T.N. POLI, *Diritti sociali ed eguaglianza nello spazio giuridico europeo*, in *Amministrazione in cammino*, 1. Altresì, D. BIFULCO, *L'inviolabilità dei diritti sociali*, Napoli, 2003, 128 e F. MODUGNO, *I "nuovi" diritti nella giurisprudenza costituzionale*, Torino 1995, 41 ss. e 67 ss.

³³ A. D'ALOIA, *Introduzione. I diritti come immagini in movimento: tra norma e cultura costituzionale*, in A. D'ALOIA (a cura di), *Diritti e Costituzione. Profili evolutivi e dimensioni inedite*, Milano, 2003, XV ss.; M. MAZZIOTTI, *Diritti sociali*, in *Enc. dir.*, XII, 803-804;

privato³⁴ - la possibilità di effettuare discrezionalmente scelte e tenere comportamenti derivanti dai rapporti di forza e dai meccanismi spontanei del mercato che si esplicano all'interno della società e a imporre, al contrario, che prestazioni, risorse e beni scarsi siano distribuiti in favore di tutti³⁵, compreso il più svantaggiato tra i cittadini³⁶.

Attraverso la previsione di un complesso articolato di pretese soggettive, si aspira così a porre le basi di quella che costituisce la «premessa ineliminabile di uno Stato essenzialmente democratico»³⁷: la realizzazione, in attuazione del principio di uguaglianza sostanziale di cui all'art. 3 comma 2 Cost., di una solidarietà collettiva finalizzata a che ognuno sia libero da situazioni di bisogno³⁸, qualunque sia la loro natura.

In un contesto connotato da tali principi, l'emersione del Terzo settore come categoria unitaria che racchiude molteplici soggetti collettivi privati operanti in ambito *terzo* rispetto allo Stato e al mercato³⁹, assume, come detto, una rilevanza e un fondamento costituzionale⁴⁰: tale fondamento è rinvenibile nell'art. 18 della

³⁴ Su questo e in particolar modo con riferimento alla diretta applicazione delle norme costituzionali nei rapporti inter-privati in cui si manifestino forme di disuguaglianza e subordinazione, G. LOMBARDI, *Potere privato e diritti fondamentali*, Giappichelli, Torino, 1970.

³⁵ R. SPAEMANN, *Concetti morali fondamentali*, Edizioni Piemme, Casale Monferrato, 1993, p. 61.

³⁶ A. GIORGIS, *La costituzionalizzazione dei diritti all'uguaglianza sostanziale*, Jovene, Napoli, 1999.

G. RAZZANO, *Lo statuto costituzionale dei diritti sociali*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, n. 3 del 2012, p. 14-15; C. MORTATI, *Le forme di governo*, Cedam, Padova, 1973, p. 62.

³⁷ S. GRASSI, *Il contributo di Giorgio La Pira ai lavori dell'Assemblea costituente*, in U. DE SIERVO (a cura di), *Scelte della Costituente e cultura giuridica, II: Protagonisti e momenti del dibattito costituzionale*, Il Mulino, Bologna, 1980, p. 189.

³⁸ E. JORIO, *Diritto dell'assistenza sociale*, Giuffrè, Milano, 2006, p. 27.

³⁹ Un gruppo di ricercatori della Johns Hopkins University di Baltimora, rilevando le criticità emerse nella definizione di questa "terza dimensione", ha proceduto a indagarne le peculiarità e i profili differenziali in alcune importanti esperienze nazionali, tra cui quella italiana. Dalla ricerca sono stati individuati sette elementi distintivi comuni agli organismi di Terzo settore: la "formalità" (ossia nella non temporaneità dell'organizzazione); la "natura privata" (cioè nell'assenza di legami con l'apparato governativo); la "non distribuzione dei profitti"; l'"autogoverno" (vale a dire nell'autonoma capacità di definire i propri obiettivi); la "presenza di volontari (che deve essere in ogni caso rilevante); il carattere "non religioso" (ossia non prevalentemente di culto); nonché il fatto di non essere un'organizzazione "politica". Cfr. L. M. SALOMON, H. K. ANHEIER, *The Emerging Nonprofit Sector: An Overview*, Manchester - New York, 1996.

⁴⁰ G. TIBERI, *La dimensione costituzionale del Terzo settore*, in C. CITTADINO (a cura di), *Dove lo Stato non arriva. Pubblica amministrazione e Terzo settore*, Firenze, 2008, p. 27. Di "caratteristiche costituzionali" parla A. SIMONCINI, *Il terzo settore ed il nuovo Titolo V della Costituzione*, in

Costituzione⁴¹, quale «proiezione sul piano dell'azione collettiva della libertà dei singoli individui»⁴², ma, ancora prima, nell'art. 2 della Carta fondamentale. Tale ultimo articolo, infatti, tutela le formazioni sociali quale strumento di promozione della persona⁴³, associata «secondo una libera vocazione sociale»⁴⁴ e valorizza, così, la dimensione “relazionale” esistente tra individuo e Stato⁴⁵.

In questo senso, il Terzo settore costituisce «la più diretta realizzazione del principio di solidarietà [...], per il quale la persona è chiamata ad agire [...] per libera e spontanea espressione della profonda socialità che caratterizza la persona stessa». La Corte, come confermato in pronunce successive⁴⁶, accoglie così un'impostazione del paradigma solidaristico più ampia, che va oltre il «binomio solidarietà-dovere» e che al contrario ne valorizza il suo aspetto di “libertà” al di fuori degli obblighi previsti dal diritto positivo⁴⁷.

In ultimo, la rilevanza e il fondamento costituzionale del Terzo settore sono rinvenibili, dopo la Riforma del Titolo V, nell'art. 118 della Costituzione: il

E. A. FERIOLI (a cura di), *Sussidiarietà e politiche sociali dopo la riforma del Titolo V della Costituzione*. Atti del Convegno svoltosi a Pisa il 27 e 28 settembre 2002, Torino, 2004, p. 70.

⁴¹ Così, A. POGGI, *L'impresa sociale tra Stato e mercato e la necessità di una “identificazione” all'interno del Terzo settore*, in *Non Profit*, 2000.

⁴² Corte costituzionale, sentenza 25 novembre 1993, n. 117, Considerato in diritto, punto 4. La rilevanza della pronuncia è posta in rilievo anche da E. FERIOLI, *La libertà di associazione*, in L. MEZZETTI (a cura di), *Diritti e doveri*, Giappichelli, Torino, 2013, p. 368. Le associazioni infatti si differenzerebbero dal più ampio genere delle “formazioni sociali” di cui all'art. 2, nel cui novero sono comunque ricomprese a causa della natura volontaria del vincolo associativo, come ricordato sempre da F. BENELLI, *Art. 18*, in S. BARTOLE, R. BIN (a cura di), *Commentario breve alla costituzione*, Cedam, Padova, 2008, p. 144

⁴³ A. BARBERA, *Art. 2*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Zanichelli, Bologna, 1975, p. 109. G. DI COSIMO, *Art. 2*, in S. BARTOLE, R. BIN (a cura di), *Commentario breve alla Costituzione*, Cedam, Padova, 2008, pp. 10 ss.

⁴⁴ Aldo Moro, seduta del 24 marzo 1947.

⁴⁵ La Corte costituzionale, con sentenza n. 75 del 1992, afferma che il volontariato «rappresenta l'espressione più immediata della primigenia vocazione sociale dell'uomo, derivante dall'originaria identificazione del singolo con le formazioni [...] e dal conseguente vincolo di appartenenza attiva che lega l'individuo alla comunità degli uomini».

⁴⁶ Si vedano anche le ulteriori pronunce 28 aprile 1992, n. 202 e 23 luglio 1992, n. 355, nonché la già richiamata decisione 29 dicembre 1993, n. 500. sentenze n. 185 del 2018 e n. 300 del 2003 sentenza n. 309 del 2013

⁴⁷ F. SANCHINI, *Profili costituzionali del Terzo settore*, Giuffrè, Milano, 2021, p. 51. Altresì G. TIBERI, *La dimensione costituzionale del Terzo settore*, in C. CITTADINO (a cura di), *Dove lo Stato non arriva. Pubblica amministrazione e Terzo settore*, Firenze, 2008, p. 34. P. ADDIS, E. FERIOLI, E. VIVALDI, *Il Terzo settore nella disciplina normativa italiana dall'unità ad oggi*, in E. ROSSI, S. ZAMAGNI (a cura di), *Il Terzo settore nell'Italia unita*, cit., p. 175.

riferimento al principio di sussidiarietà⁴⁸ nella sua declinazione orizzontale illumina infatti la prima parte della Costituzione nei rapporti tra pubblici poteri e consociati⁴⁹, richiedendo che tutti i livelli istituzionali, in relazione alle funzioni esercitate, favoriscano l'autonoma iniziativa dei privati per lo svolgimento e il conseguimento di attività di interesse generale⁵⁰. La costituzionalizzazione del principio di sussidiarietà ha, per quanto qui interessa, un'importanza decisiva nei rapporti tra potere pubblico e Terzo Settore: «lo spazio amministrativo non è più un'area riservata ai soggetti pubblici, ma diventa un luogo in cui devono poter operare anche coloro che sono espressione spontanea della società»⁵¹ e che emergono come soggetto collettivo per soddisfare interessi collettivi. Si valorizza, così, riconoscendo un diritto di iniziativa dei soggetti privati, necessariamente autonomo (da un punto di vista organizzativo, funzionale e contabile) rispetto a quello pubblico, una dimensione privata idonea a privilegiare quelle istanze mosse da una «logica di inclusione sociale»⁵², in un orizzonte di tipo personalistico, che determina una ripartizione di compiti tra vari soggetti e la configurazione di un criterio allocativo più conforme all'impostazione solidarista accolta dalla Carta⁵³.

La sussidiarietà orizzontale, nel far coesistere la sfera pubblica e quella privata presuppone in questo senso che il potere pubblico, da un lato, pur nella persistente

⁴⁸ Sulla sussidiarietà la dottrina è sterminata. Sulla ambiguità del termine si è espresso S. CASSESE, *L'aquila e le mosche. Principio di sussidiarietà e diritti amministrativi nell'area europea*, in *Foro italiano*, V, 1995, p. 373. In generale, *ex multis*, T. E. FROSINI, *Sussidiarietà (principio di diritto costituzionale)*, in *Enc. dir.*, Annali, II, 2, Milano, 2008, p. 1134; A. D'ATENA, *Costituzione e principio di sussidiarietà*, in *Quaderni costituzionali*, n.1 del 2001, p. 14; G. U. RESCIGNO, *Principio di sussidiarietà orizzontale e diritti sociali*, in *Diritto pubblico*, n.1 del 2002, p. 14 ss; F. PIZZOLATO, *Il principio di sussidiarietà*, in T. GROPPI, M. OLIVETTI, *La Repubblica delle autonomie. Regioni ed enti locali nel nuovo Titolo V, II ed.*, Torino, 2003, p. 201. A. POGGI, *Il principio di sussidiarietà e il "ripensamento" dell'amministrazione pubblica. Spunti di riflessione sul principio di sussidiarietà nel contesto delle riforme amministrative e costituzionali*, in *Astrid-online.it*, 2005.

⁴⁹ Già sue originarie formulazioni erano state accolte, a Costituzione invariata, dalla legge Bassanini, la n. 59 del 1997, dalla l. n. 265 del 1999 di Riforma del sistema delle autonomie locali, dal d.lgs. n. 267 del 2000, Testo unico sull'ordinamento degli enti locali e dalla l. n. 328 del 2000, Legge quadro per la realizzazione del sistema integrato di interventi e servizi sociali.

⁵⁰ G. TIBERI, *La dimensione costituzionale del Terzo settore*, cit., p. 18.

⁵¹ S. LA PORTA, *L'organizzazione delle libertà sociali*, cit., p. 22.

⁵² F. PIZZOLATO, *Il principio di sussidiarietà*, cit., p. 203, c

⁵³ F. PIZZOLATO, *Il principio di sussidiarietà*, cit., p. 201. F. PIZZETTI, *Il ruolo delle istituzioni nel quadro della "democrazia della cittadinanza"*, cit., p. 4.

doverosità della sua azione, si astenga dall'intervenire (se non nei limiti di favorirne l'azione) fintantoché la società riesca a provvedere adeguatamente ai bisogni dei consociati e, dall'altro, al tempo stesso, che doverosamente intervenga là dove essa non sia in grado di rendere effettiva per tutti la possibilità di partecipare alle diverse sfere (culturale, economica e politica) entro cui si articola la convivenza. L'applicazione del principio di sussidiarietà orizzontale, in altri termini, non corrisponde a qualsiasi tipologia di esternalizzazione dell'azione dei pubblici poteri, sia perché presuppone che coesistano tre elementi costitutivi e necessari: l'autonoma iniziativa (che non è tale se «indotta su impulso o affidamento delle pubbliche amministrazioni»⁵⁴), l'interesse generale e l'azione su base volontaria e senza fini di lucro⁵⁵; sia perché l'art. 118 della Costituzione, pur esprimendo una direzione preferenziale nei confronti del soggetto sussidiario, va interpretata in modo coordinato e sistematico rispetto ad altri principi previsti dalla Costituzione: una declinazione del principio di sussidiarietà orizzontale quale regola che riduca il contributo pubblico a una semplice evenienza, parrebbe infatti contrastare con le stesse linee ispiratrici della Carta fondamentale, in quanto esse «delineano una forma di Stato in cui il compito pubblico di tutela dei diritti sociali non può essere considerato come residuale, né come meramente eventuale»⁵⁶.

È secondo i tratti così delineati, se pur nei loro elementi essenziali, che è possibile collocare il Terzo settore nel quadro costituzionale e cogliere oggi le ragioni profonde della sua affermazione, della sua diffusione in una serie sempre più vasta di settori, tra cui quelli sopra considerati, e le criticità che si ritiene a ciò possano essere collegate.

3. Lo sviluppo del Terzo Settore nel suo rapporto con i pubblici poteri

⁵⁴ F. GIGLIONI, *Sussidiarietà orizzontale e Terzo settore*, cit., p. 2.

⁵⁵ F. GALLO, *L'applicazione del principio di sussidiarietà tra crisi del disegno federalista e tutela del bene comune*, in *Rassegna Tributaria*, n. 2 del 2014, p. 23.

⁵⁶ A. ALBANESE, *Diritto all'assistenza e servizi sociali. Intervento pubblico e attività dei privati*, cit., p. 116 ss.

In un contesto, nel corso dell'Ottocento⁵⁷, in cui era evidente il disfavore verso tutti quei corpi "intermedi" in grado di porsi come potenziale argine rispetto al libero esplicarsi, da un lato, della piena autonomia dei singoli individui e, dall'altro, delle prerogative riconducibili all'autorità statale⁵⁸, erano le opere Pie⁵⁹, le società di mutuo soccorso e le cooperative⁶⁰, a trovarsi a svolgere attività solidaristiche e di interesse generale in assenza, tuttavia, di un sostanziale coordinamento con l'azione dei pubblici poteri⁶¹.

È solo a partire dal secondo dopoguerra, con l'affermarsi della nuova cornice costituzionale, che si assiste a un «cambio di rotta»⁶² nel rapporto tra Stato ed enti collettivi, i quali iniziano a essere considerati una risorsa idonea a valorizzare, insieme ad altri, il libero sviluppo della persona.

Il nuovo quadro valoriale definito dalla Carta fondamentale, infatti, nell'abbracciare una prospettiva relazionale tra individuo, società e Stato, da un lato, conferisce, come detto, una legittimazione profonda alle formazioni sociali⁶³; dall'altro, con il riconoscimento dei diritti sociali, individua tra i fini fondamentali ai quali lo Stato tende, «quello di intervenire nei rapporti sociali per modificarne gli

⁵⁷ Invero, forme di attenzione nei confronti dei bisogni sociali delle città comunali (come enti ospedalieri, ricoveri e mense per i poveri) già si riscontravano nell'Alto medioevo per volontà della Chiesa o di soggetti privati. Cfr. sul punto S. ZAMAGNI, L. BRUNI, *Economia civile. Efficienza, equità, felicità pubblica*, Il Mulino, Bologna, 2004, nonché A. COVA, *La situazione italiana: una storia di non profit*, in G. VITTADINI (a cura di), *Il non profit dimezzato*, Rizzoli, Milano, 1997, pp. 29 ss. A. SANTUARI, *Le organizzazioni non profit*, Cedam, Padova, p. 5; M. CAPECCHI, *Evoluzione del Terzo settore e disciplina civilistica. Dagli enti non lucrativi alla "impresa sociale"*, Cedam, Padova, 2005, p. 7 ss.

⁵⁸ F. SANCHINI, *Profili costituzionali del Terzo settore*, cit. p. 16 ss.

⁵⁹ Cfr. E. BRESSAN, *La disciplina delle Opere pie nella legge 3 agosto 1862, n. 753*, in AA.VV., *L'autonomia delle I.P.A.B., storia, problemi, prospettive*, Maggioli, Rimini, 1996, pp. 21 ss.; V. ONIDA, *Apertura al convegno: la legislazione sulle I.p.a.b. tra passato e presente*, in AA.VV., *L'autonomia delle I.P.A.B., storia, problemi, prospettive*, cit., pp. 15 ss..

⁶⁰ F. FABBRI, *L'Italia cooperativa. Centocinquanta anni di storia e di memoria. 1861-2011*, Ediesse s.r.l., Roma, 2011.

⁶¹ G. TIBERI, *La dimensione costituzionale del Terzo settore*, cit., p. 5, ma altresì H. WOLLMANN, *Public and personal social services in European countries from public/municipal to private – and back to municipal and "third sector" provision?* in *International Public Management Journal*, 21, 2, 2018. F. RIGANO, *Libertà individuale e rapporti sociali: lo statuto costituzionale del Terzo settore*, in *Diritto costituzionale, Rivista quadrimestrale*, n. 2 del 2021, p. 140 e 141.

⁶² G. BORZAGA, A. SANTUARI, *L'evoluzione del Terzo settore in Italia*, p. 41.

⁶³ A. BARBERA, *Art. 2*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Bologna, 1975, p. 109.

effetti a favore di determinati gruppi e classi (ed in particolare a favore dei gruppi e delle classi economicamente più deboli)»⁶⁴, garantendo a tutti i consociati una certa misura di prestazioni pubbliche⁶⁵.

Si definisce, in questo senso, una forma di «organizzazione politica che segna una tappa di incomparabile valore nella storia dell'umanità, poiché è il primo sistema politico di grandi dimensioni che tenta di coniugare la democrazia (...) con la libertà individuale»⁶⁶.

Se, però, in una prima fase, si assiste alla preferenza di un modello organizzativo volto a delineare un «apparato di sicurezza sociale gestito dal [solo] potere pubblico»⁶⁷, è a partire dalla fine degli anni Settanta che la dimensione giuridica del Terzo settore acquisisce maggiore rilevanza. Si comincia, in quegli anni, ad avvertire un'inversione di tendenza rispetto all'espansione dei diritti sociali e, nel bilanciamento tra i diversi interessi in gioco, iniziano a comparire istanze di contenimento della finanza pubblica⁶⁸: il rapporto diretto tra esigenze finanziarie e diritti, soprattutto sociali, fa sì che l'effettività di questi ultimi entri in concorrenza (e sia subordinata) a necessarie coperture economiche, con conseguente selettività delle garanzie e, nei fatti, limitatezza dei beneficiari.

Il sistema di erogazione dei servizi sociali (latamente intesi) comincia in questo modo a essere considerato non (più) sostenibile attraverso la sola spesa pubblica ed è a partire da ciò che un'importanza crescente inizia ad essere ascritta a soggetti capaci di erogare servizi di interesse collettivo senza finalità di lucro. Si comincia, in altre parole, ad affermare l'idea secondo cui l'«azione sinergica dei pubblici poteri, assieme al supporto del privato sociale, avrebbe potuto condurre

⁶⁴ C. MORTATI, *Le forme di governo*, Cedam, Padova, 1973, p. 62.

⁶⁵ M. MAZZIOTTI, *Diritti sociali*, in Enc. dir., XII, p. 803.

⁶⁶ A. BALDASSARRE, *Lo Stato sociale: una formula in evoluzione*, in *Critica dello stato sociale*, cit., p. 40.

⁶⁷ G. RAZZANO, *Lo statuto costituzionale dei diritti sociali*, cit., p. 19.

⁶⁸ M. LUCIANI, *Laterna Magika. I diritti "finanziariamente condizionati"*, in Riv. Corte Conti, 1-2/2018, IV, p. 643; altresì M. BENVENUTI, *Diritti sociali*, in *Dig. pubb.* Utet, 2012, pp. 219-289; C. SALAZAR, *Crisi economica e diritti fondamentali – Relazione al XXVIII Convegno annuale dell'AIC*, in *Rivista AIC*, n. 4 del 2014, 1-39.

all'affermazione di una nuova *welfare society*⁶⁹: compromessa la fiducia nei «poteri taumaturgici discendenti dalla dialettica Stato-mercato», emerge un soggetto *terzo* chiamato, nelle aspirazioni, a «dare una risposta a quei bisogni sociali creati dalla sovrapposizione dei fallimenti dello Stato e del mercato»⁷⁰.

Superato così un principio di «pubblicizzazione generalizzata»⁷¹, si conferma l'opzione per un modello di protezione sociale non interamente assorbito nella statualità, posto che, si sostiene, dal disegno costituzionale non risulta l'esclusività del potere pubblico in questo impegno⁷²: la Costituzione prefigurerebbe una «cornice a maglie larghe» che permette al legislatore di realizzare obiettivi fondamentali «relativi allo sviluppo della persona e alla liberazione dal bisogno mediante soluzioni diversificate in base ai contesti e ai rapporti di forza politico-sociali»⁷³. Ciò, al posto di una “gerarchia verticale”, porta all'affermazione di un sistema più flessibile di contratti orizzontali per cui governare significa anche incentivare e coordinare organizzazioni e attori privati così da poterne sfruttare il potenziale⁷⁴ in via sussidiaria rispetto all'azione dei pubblici poteri⁷⁵.

È in questo quadro di ancora apparente equilibrio tra pubblico e privato che iniziano a diffondersi le prime discipline, frammentarie e disomogenee, di tali enti privati non economici, per lo più volte a garantire provvidenze finanziarie a singoli fenomeni individuati: senza pretesa di esaustività, la l. n. 266 del 1992, sulle organizzazioni di volontariato; la l. n. 381 del 1991, sulle cooperative sociali; il d.lgs. n. 460 del 1997 sulle Onlus; la l. n. 383 del 2000 sulle associazioni di promozione

⁶⁹ In questo senso si veda quanto affermato dalle *Linee guida per una riforma del Terzo settore*, 2014.

⁷⁰ L. VIOLINI, A. ZUCHELLA, *Il terzo settore tra cittadinanza dell'impresa e contesto costituzionale sussidiario*, in *Non Profit*, 2003, p. 265 ss

⁷¹ Corte cost., n. 173 del 1981 e 396 del 1988,

⁷² A. D'ALOIA, *Autonomie territoriali e “autonomie sociali” nelle dinamiche di garanzia del principio di uguaglianza sostanziale*, in L. CHIEFFI (a cura di) *Evoluzione dello Stato delle autonomie e tutela dei diritti sociali. A proposito della riforma del Titolo V della Costituzione*, Cedam, Padova, 2001, p. 102 ss.,

⁷³ F. SALMONI, *Riflessioni minime sul concetto di stato sociale e vincoli comunitari. Selezione dei diritti o selezione dei soggetti da tutelare?*, in *Rivista AIC*, n. 2 del 2016, p. 49 ma anche A. MORRONE, *Crisi economica e diritti. Appunti per lo stato costituzionale in Europa*, in *Quaderni costituzionali*, n. 1 del 2014, p. 86.

⁷⁴ C. CORDELLI, *Privatocrazia. Perché privatizzare è un rischio per lo Stato democratico*, cit., p. 38.

⁷⁵ G. RAZZANO, *Lo statuto costituzionale dei diritti sociali*, cit. p. 58.

sociale; il d.lgs. n. 207 del 2001, sulla riforma delle IPAB; il d.lgs. n. 155 del 2006 sulle imprese sociali.

Attraverso il “sistema” delle coordinate costituzionali che ne rappresentano la base giuridica fondamentale, il Terzo settore, anche a causa della sempre più evidente crisi sociale, inizia però negli anni ad acquisire un ruolo progressivamente più significativo a livello sociale, culturale ed economico, poi confermato dalla Riforma del Terzo settore, contenuta nel d.lgs. n. 117 del 2017, con cui il legislatore provvede a una razionalizzazione e revisione organica dell’intera disciplina⁷⁶, sancendone la preordinazione al sostegno dell’autonoma iniziativa dei cittadini. Questi ultimi, infatti, «concorrono, anche in forma associata, a perseguire il bene comune, ad elevare i livelli di cittadinanza attiva, di coesione e protezione sociale, favorendo la partecipazione, l’inclusione e il pieno sviluppo della persona», nonché contribuiscono «alla valorizzazione del potenziale di crescita e di occupazione lavorativa» in attuazione degli articoli 2, 3, 18 e 118 della Costituzione (così gli art. 1 comma 1 e comma 2 della l. delega n. 106 del 2016).

Cambia, in questo caso (e non senza implicazioni nel rapporto pubblico-privato e nella definizione di quelli che dovrebbero essere gli elementi essenziali per il libero esplicarsi del principio di sussidiarietà in senso orizzontale) il ruolo delle pubbliche amministrazioni che sono chiamate ad assicurare, ai fini della gestione di servizi pubblici, «il coinvolgimento attivo degli enti del Terzo settore attraverso forme di co-programmazione e di co-progettazione e accreditamento», intendendosi, con co-programmazione, l’attività orientata all’individuazione dei bisogni da soddisfare nonché degli interventi, delle modalità e delle risorse disponibili necessarie alla loro realizzazione e, con co-progettazione, la definizione e l’eventuale realizzazione di specifici progetti di servizio o di intervento preordinati a soddisfare bisogni prestabiliti a livello di programmazione (art. 55 comma 2 e 3 del d.lgs. n. 117 del 2017)⁷⁷. L’art. 55 sembra configurarsi in questo senso come una «clausola di

⁷⁶ E. ROSSI, *La necessità di una “revisione organica” della legislazione del Terzo settore: un’opportunità da cogliere, un lavoro parlamentare da realizzare*, in *Non profit*, n.3 del 2014, pp. 19 ss

⁷⁷ Ribadite dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 131 del 2020. La Corte ha proposto una interpretazione degli artt. 55-57 del Codice del Terzo Settore coerente con i principi

chiusura del sistema»⁷⁸, in ragione della procedimentalizzazione in via legislativa dei meccanismi di collaborazione tra pubblica amministrazione e Terzo settore⁷⁹.

Gli enti del Terzo settore, mutando in parte la prospettiva della loro azione, diventano così agenti dello Stato, con cui condividono la responsabilità di assicurare il raggiungimento di fini sociali pubblicamente sanciti⁸⁰, mentre lo Stato diventa imprenditore e facilitatore di una forma alternativa di privatizzazione che tende sempre più ad assomigliare, allontanandosi dalle aspirazioni iniziali e dal disegno costituzionale, a una «corresponsabilizzazione sociale»⁸¹, secondo modalità che trovano conferma nella Missione 5 del PNRR, indirizzata a Infrastrutture sociali, famiglie, comunità e, appunto, Terzo settore, il quale è inteso come *collaboratore integrativo funzionale* dello Stato, volto a compensare i limiti di questo nell'affrontare le problematiche sociali più spinose.

4. La compatibilità con il quadro costituzionale dell'affidamento al Terzo settore dell'erogazione di prestazioni sociali.

Si è detto che il Terzo Settore sembra affermarsi maggiormente quando il Welfare State non è più in grado di garantire, da solo, soprattutto quei diritti sociali a prestazioni positive che la Costituzione invece proclama nella prospettiva solidaristica di cui si fa portatrice e quale garanzia di condizioni adeguate di vita anche nei confronti di chi si trovi in situazioni di maggior debolezza.

costituzionali e con quelli del diritto euro-unitario, indicando in essi una delle più significative **attuazioni del principio di sussidiarietà orizzontale**.

⁷⁸ L. GORI, *La "saga" della sussidiarietà orizzontale. La tortuosa vicenda dei rapporti fra Terzo settore e P.A.*, in *Federalismi.it*, n. 14 del 2020, p. 189.

⁷⁹ L'art. 55 del Codice del Terzo settore è definito, dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 131 del 2020, «una delle più significative attuazioni del principio di sussidiarietà orizzontale valorizzato dall'art. 118, quarto comma, Cost.». Anche il Consiglio di Stato, nella pronuncia n. 1546 del 6 marzo 2019 (in parte superata dalla sentenza n. 131 del 2020 della Corte costituzionale), aveva ritenuto che il nuovo principio di sussidiarietà fosse «volto a favorire l'autonoma iniziativa dei cittadini, singoli e associati», ovvero a favorire la partecipazione dei cittadini e delle formazioni sociali (imprenditoriali ed associative) nelle quali si svolge la loro personalità, ai sensi dell'art. 2 Cost., alla cura e al buon andamento della 'Cosa pubblica' mediante 'lo svolgimento di attività d'interesse generale».

⁸⁰ C. CORDELLI, *Privatocrazia. Perché privatizzare è un rischio per lo Stato democratico*, cit., p. 5.

⁸¹ Così C. CORDELLI, *Privatocrazia. Perché privatizzare è un rischio per lo Stato democratico*, cit., p. 34.

Si è detto che la creazione di condizioni di uguaglianza sostanziale non è automaticamente e obbligatoriamente rimessa allo Stato⁸²: nei limiti in cui il risultato sia il medesimo (e cioè sia medesima, alla luce del servizio prestato e dell'attività svolta, la concreta possibilità per tutti di condurre un'esistenza realmente libera e dignitosa in termini di allocazione ugualitaria di beni e prestazioni), non è la natura di chi eroga il servizio che rileva⁸³, ben potendo, il pubblico, operare come finanziatore/acquirente di prestazioni fornite dal privato sociale⁸⁴.

È tuttavia proprio guardando a tale risultato, quantomeno con riferimento agli ambiti considerati - cioè salute, assistenza e istruzione - che appare evidente come non possa sostenersi che i servizi a essi connessi, in cui sono in gioco «particolari interessi pubblici o doveri di solidarietà sociale»⁸⁵, possano essere prestato indifferentemente dallo Stato o dal Terzo settore.

Se è infatti nel contesto materiale dei rapporti politici, sociali ed economici che devono misurarsi, in concreto, le capacità, da parte dell'ordinamento, di dare risposta agli interrogativi «suscitati dalle aspettative costituzionalmente tutelate di realizzazione delle funzioni di garanzia sociale dello Stato»⁸⁶, appare chiaro che il processo di graduale restringimento dell'intervento diretto dei pubblici poteri nell'erogazione e gestione di tali servizi pubblici fondamentali di natura sociale, nonché la trasformazione dei compiti pubblici attraverso la co-programmazione, co-progettazione e il meccanismo della registrazione, dei controlli e vincoli da ciò discendenti va di pari passo con il

⁸² L. CHIEFFI, *Riforma dello Stato delle autonomie e trasformazione del welfare in Italia*, in L. CHIEFFI, (a cura di), *Evoluzione dello Stato delle autonomie e tutela dei diritti sociali*, Cedam, Padova, 2001, p. 6.

⁸³ In questo senso, già in epoca risalente, G. AZZARITI, *Ipotesi sui diritti sociali*, in *Nuvole*, n. 5 del 1993.

⁸⁴ O. DE LEONARDIS, *I welfare mix. Privatismo e sfera pubblica*, in *Stato e mercato*, n. 46 del 1996, p. 60 ss. sul punto la sentenza n. 396 del 1988, per un commento si veda U. DE SIERVO, *La tormentata fine delle I.P.A.B.*, in *Giur. cost.*, I, 1988, pp. 1757 ss.

⁸⁵ Cfr. A. POGGI, *L'impresa sociale tra Stato e mercato e la necessità di una "identificazione" all'interno del terzo settore*, in *Non Profit*, 2000.

⁸⁶ B. PEZZINI, *Risorse e diritti: qualche spunto per tornare a parlare di effettività dei diritti sociali*, in *Diritto & conti. Bilancio, comunità, persona*, n. 1 del 2020, 44.

rischio di dismettere quel paradigma universalistico funzionale a conferire effettività al principio di uguaglianza sostanziale.

Diversi infatti sono gli elementi che devono essere tenuti in conto: in primo luogo, i pubblici poteri non vedono circoscritta, quantomeno astrattamente, la propria attività né sotto il profilo geografico né sotto quello funzionale: hanno – o dovrebbero avere – riferimento a tutto il territorio su cui insistono, nell'unico perseguimento dei fini indicati dalla Costituzione⁸⁷. Gli enti del Terzo settore, invece, presentano una distribuzione territoriale piuttosto concentrata: oltre il 50% è attivo al Nord, il 22,2% al Centro, ma solo il 18,2% e il 9,4% rispettivamente al Sud e nelle Isole⁸⁸. Tale quadro, peraltro, è aggravato dal fatto che proprio il profilo geografico e funzionale dei pubblici poteri, che dovrebbe essere riferito, come detto, a tutto il territorio, sconta, nei settori che qui interessano, rilevanti problemi di effettività: con riferimento al diritto alla salute, la riforma del Titolo V della Costituzione, riservando allo Stato quelle funzioni che «richiedono l'esercizio unitario» e affidando al livello locale la «responsabilità della rete [...] dei servizi territoriali preposti all'organizzazione delle prestazioni»⁸⁹, nonostante l'individuazione dei LEA quale «risorsa dell'unità»⁹⁰, non ha potuto impedire una eccessiva diversificazione dei servizi sanitari regionali: il Nuovo sistema di monitoraggio Lea mostra infatti come risultano adempienti rispetto alle tre macro aree considerate (prevenzione, ospedaliera e distrettuale), tutte le regioni del Nord (con l'esclusione della Valle d'Aosta e della Liguria), ma nessuna regione del Sud. Medesime differenziazioni si rivengono rispetto al diritto all'assistenza; il fatto che l'organizzazione dei servizi sociali sia rimessa alla competenza residuale delle regioni, che la l. n. 328 del 2000 individui nel Comune l'ente locale cui, sul piano

⁸⁷ F. PALLANTE, *Per scelta o per destino? La Costituzione tra individuo e comunità*, Giappichelli, Torino, 2018, p. 93.

⁸⁸ Dati Istat pubblicati il 14 ottobre 2022 relativi al Censimento permanente delle Istituzioni non Profit, p. 3.

⁸⁹ C. DI COSTANZO, A. CERRUTI, *Allocazione delle risorse e tutela costituzionale del diritto alla salute. I sistemi europei e il caso italiano*, Il Mulino, Bologna, 2020, p. 198.

⁹⁰ A. D'ALOIA, *Diritti e Stato autonomistico. Il modello dei livelli essenziali delle prestazioni*, in *Le Regioni*, n. 6 del 2003, p. 16.

operativo, assegnare un ruolo prioritario⁹¹, che il finanziamento del Fondo nazionale per le politiche sociali non abbia mai assunto caratteri strutturali e che i livelli essenziali da definirsi ai sensi dell'art. 117 comma secondo lett. m) Cost. non abbiano ancora visto una compiuta determinazione⁹², ha causato l'accrescersi, invece che il ridursi, delle già esistenti differenziazioni tra i vari sistemi assistenziali regionali e locali⁹³: a titolo di esempio, secondo l'Istat, nell'anno 2020, ultima annualità disponibile, le spese dei Comuni per i servizi sociali vedono, al Sud, una spesa pro-capite per il *welfare* territoriale, pari a 66 euro, cioè la metà della media nazionale (132 euro) e poco più di un terzo di quella del Nord (184 euro). In ultimo, nonostante le norme generali sull'istruzione siano rimesse alla potestà legislativa esclusiva dello Stato così come i – mai attuati – livelli essenziali e l'«istruzione, salva l'autonomia delle istituzioni scolastiche», alla potestà legislativa concorrente⁹⁴, l'Italia, come già detto, presenta forti differenze territoriali in termini di accesso ai percorsi di istruzione: nelle regioni meridionali è generalmente più bassa l'offerta di posti nido (solo 6 regioni superano la quota del 33% fissata in sede Ue: Valle d'Aosta, Umbria, Emilia-Romagna, Toscana, Lazio e Friuli-Venezia Giulia) e del tempo pieno (in Sicilia e Molise è erogato per meno del 20% degli studenti), mentre sono più frequenti la dispersione scolastica e i bassi apprendimenti; è, nel 2021, pari al 16,6% la percentuale, nel Mezzogiorno, di giovani tra i 18 e i 24 anni che hanno lasciato la scuola prima del tempo, rispetto a

⁹¹ Si rinvia, per una trattazione più approfondita a F. PARUZZO, *Integrazione socio-sanitaria e "libertà dal bisogno"*. *Problemi di effettività*, in *Corti Supreme e Salute*, n. 3 del 2022, 615 ss.

⁹² Con la legge di bilancio 2022 si è fornito, ai commi 159-171, una prima indicazione dei livelli essenziali delle prestazioni sociali (LEPS). Tuttavia, anche in questo caso, l'attuazione degli interventi e l'adozione dei necessari atti di programmazione integrata, non sono definiti nel dettaglio, ma sono demandati a D.p.c.m. da adottare, con intesa, in sede di Conferenza Unificata.

⁹³ In tale ultimo senso, infatti, le singole Regioni hanno provveduto a definire, per il proprio ambito territoriale di competenza le caratteristiche quantitative e qualitative dei servizi e degli interventi: la l.r. Emilia-Romagna, n. 2 del 2003, artt. 5 e 6; l.r. Puglia n. 17 del 2003, artt. 7 e 8; l.r. Piemonte n. 1 del 2004, artt. 18 e 19; l.r. Calabria n. 23 del 2003, artt. 7 e 8; l.r. Friuli Venezia Giulia n. 23 del 2004, art. 9; l.r. Toscana n. 41 del 2005, artt. 4 e 27. Per una prima rassegna degli interventi legislativi di alcune Regioni a proposito dei livelli essenziali delle prestazioni sociali in assenza della definizione statale degli stessi, si veda F. Pesaresi, *Regioni e livelli essenziali delle prestazioni sociali*, in *Prospettive Sociali e Sanitarie*, 2003, n. 15-17, pp. 8 ss.

⁹⁴ Come noto, con l'eccezione della competenza residuale in materia di "istruzione e formazione professionale".

una media nazionale del 12,7%. Nel Sud meno ragazzi arrivano al diploma e meno si iscrivono all'Università: nel 2019 sono stati il 47,5% del totale sia nel Sud continentale che nelle isole, rispetto alla media nazionale del 51,4%.

Emerge così da tale quadro un ulteriore aspetto da considerare: nei territori caratterizzati da una sottoproduzione di servizi di welfare pubblico, si registra altresì una più scarsa diffusione del non profit, di cui vengono in luce le difficoltà organizzative a operare senza il sostegno della pubblica amministrazione e a strutturare un'adeguata offerta di prestazioni⁹⁵, limitata dal carattere intrinsecamente particolaristico, non necessariamente continuativo e discrezionale della sua attività, che lo pone nelle condizioni di non poter «evitare l'aumento di nuove forme di vulnerabilità sociale, povertà e disuguaglianza»⁹⁶.

A ciò si aggiunga che solo il settore pubblico, vincolato come è nel fine dalle norme costituzionali, è tenuto ad assicurare un'erogazione universale, globale e uguale delle prestazioni connesse alla garanzia di diritti fondamentali, ordinando la propria azione a principi di imparzialità e neutralità, posti a fondamento del suo *agere*⁹⁷. Al privato (anche sociale) non può invece essere richiesto (salvo mettere in discussione i principi sottesi alla garanzia del principio di sussidiarietà in senso orizzontale) di svolgere attività con il solo margine di discrezionalità corrispondente all'esercizio del potere politico-amministrativo, limitandosi ad attenuare e correggere le conseguenze dell'assetto economico e sociale attuale⁹⁸. I privati, per quanto svolgano attività di interesse generale, esercitano la propria azione alla luce di fini che sono – legittimamente - interpretati dall'ente in base a ideologie e concezioni proprie del bene comune⁹⁹.

⁹⁵ E. FONTANARI (a cura di), *Rapporto sanitario Euricse, Tra sanità e assistenza: una filiera da ricomporre Evoluzione e ruolo del Terzo Settore in Italia*, Research paper, n. 4 del 2022, p. 53/54.

⁹⁶ S. BENVENUTI, S. MARTINI, *La crisi del welfare pubblico e il "nuovo" Terzo settore: la via tracciata dalla legge delega n. 106/2016*, in *Osservatorio AIC*, n. 2 del 2017, p. 2 e 3.

⁹⁷ C. TRIPODINA, *Art. 38*, in S. BARTOLE, R. BIN (a cura di), *Commentario breve alla Costituzione*, cit., p. 382.

⁹⁸ F. SALMONI, *Riflessioni minime sul concetto di stato sociale e vincoli comunitari. Selezione dei diritti o selezione dei soggetti da tutelare?*, in *Rivista AIC*, n. 2 del 2016, p. 31.

⁹⁹ C. CORDELLI, *Privatocrazia. Perché privatizzare è un rischio per lo Stato democratico*, cit., p. 50. Si pensi, in questo senso, alle organizzazioni di carattere confessionale che operano nel settore dell'istruzione o dell'assistenza. Quanto a questo aspetto, ha suscitato ad esempio particolare

Si tratta di alcuni elementi che impongono di affrontare il dilemma pubblico-privato nell'erogazione dei servizi; da un lato, tutelando la creazione di un sistema in cui sia pienamente garantita un'offerta pluralistica delle prestazioni sociali: solo in questo modo può essere resa effettiva la libertà di scelta circa il soggetto erogatore, in accordo anche con specifici orientamenti culturali¹⁰⁰, agevolando altresì la sinergia tra l'azione pubblica e quella privata nella definizione dei bisogni e nell'erogazione di servizi; dall'altro, considerando però altresì che la privatizzazione, anche quella di carattere sociale, trasferisce «poteri, responsabilità e discrezionalità significative ai privati»¹⁰¹, e riproduce, nei fatti, un sistema in forza del quale la capacità di alcuni cittadini di fruire pienamente dei propri diritti e delle condizioni della propria libertà ed eguaglianza, è resa principalmente (o addirittura esclusivamente là dove, come si è visto, lo stato sociale mostra tutta la sua fragilità) dipendente dalla volontà unilaterale di altri¹⁰².

È allora allo Stato, quantomeno in questi ambiti così strettamente connessi alla garanzia di diritti fondamentali, che spetta il compito di assumere la responsabilità primaria di creare un sistema sociale all'interno del quale primariamente il potere pubblico (coadiuvato dal privato sociale) assicuri il raggiungimento di determinati risultati, non rimettendo al Terzo settore, come si è visto avvenire oggi, responsabilità sociali così rilevanti.

Lo Stato può e deve orientare l'intraprendenza individuale verso la soddisfazione di esigenze materiali (e non) dei soggetti più deboli che rischiano di rimanere esclusi dalla possibilità di fruire di un bene o di un servizio in forza della ineguale distribuzione delle risorse, ma lo deve fare senza arretrare rispetto alla doverosità

clamore la stipulazione di una convenzione tra l'AOU Città della Salute di Torino e un ente del Terzo Settore, appartenente al *Movimento Pro Vita*, nell'agosto 2023, per l'istituzione di una "stanza dell'ascolto" presso una struttura ospedaliera del capoluogo torinese, per «dissuadere le donne che abbiano deciso di abortire a superare le cause che abbiano portato a tale decisione».

¹⁰⁰ G. TIBERI, *La dimensione costituzionale del Terzo settore*, cit., p. 20.

¹⁰¹ C. CORDELLI, *Privatocrazia. Perché privatizzare è un rischio per lo Stato democratico*, cit., p. 11.

¹⁰² C. CORDELLI, *Privatocrazia. Perché privatizzare è un rischio per lo Stato democratico*, cit., p. 37.

della sua azione, facendo emergere il rilievo prioritario che deve essere attribuito ai diritti fondamentali, anche a discapito di esigenze di contrazione della spesa¹⁰³.

Se le costituzioni democratiche contemporanee aspirano a essere «la risposta politico-costituzionale alla crescente e obiettiva insicurezza sociale, che costituisce il sottoprodotto [...] sia degli squilibri di potere comportati dal libero gioco delle forze sociali e dell'incertezza insita nei meccanismi spontanei del mercato [...] sia dell'instabilità dei valori insita nelle accelerate dinamiche culturali»¹⁰⁴, è necessario che la valorizzazione delle organizzazioni Non profit non si accompagni a *meno Stato*, ma sia sostenuta, attraverso riforme pubbliche strutturali, dallo sviluppo di una politica di tutela del bene comune senza che, appunto lo Stato, rinunci alle sue prerogative: solamente quest'ultimo, quantomeno negli ambiti considerati, può assicurare la determinazione e l'esecuzione effettiva dei diritti e dei doveri dei cittadini in maniera pubblica, reciproca e rappresentativa della volontà di tutti¹⁰⁵.

¹⁰³ A. APOSTOLI, *I diritti fondamentali "visti" da vicino dal giudice amministrativo Una annotazione a "caldo" della sentenza della Corte costituzionale n. 275 del 2016*, in *Forum Quaderni costituzionali*, gennaio 2017, p. 4. Il riferimento in questo caso è alle pronunce n. 10 del 2016 e n. 275 del 2016 della Corte costituzionale.

¹⁰⁴ A. BALDASSARRE, *Diritti della persona e valori costituzionali*, Giappichelli, Torino, 1997, p. 129.

¹⁰⁵ C. CORDELLI, *Privatocrazia. Perché privatizzare è un rischio per lo Stato democratico*, cit., p. 8-9.

Dignità, lavoro, responsabilità*

di

Giuseppe Bergonzini**

Sommario: 1. Dignità dell'uomo, esistenza libera e dignitosa, lavoro: le chiare assonanze tra Enciclica *Pacem in terris*, Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, CDFUE e Costituzione italiana. – 2. Attività economica e (attitudine di) responsabilità; dall'Enciclica *Pacem in terris* all'art. 36 Cost., tra lavoro subordinato, autonomo e attività d'impresa. – 3. Dignità della persona nel lavoro, responsabilità (individuale e collettiva) e misure di sostegno pubblico in favore dei nuclei familiari in stato di bisogno: reddito di cittadinanza, assegno di inclusione. – 4. Dignità del lavoratore e concorso alle spese pubbliche: esistenza libera e dignitosa del contribuente, *no tax area* e tutela coordinata dei redditi minimi.

1. Dignità dell'uomo, esistenza libera e dignitosa, lavoro: le chiare assonanze tra Enciclica *Pacem in terris*, Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, CDFUE e Costituzione italiana

Che l'Enciclica *Pacem in terris* costituisca una vera e propria carta dei diritti, comparabile alle moderne carte "laiche" dei diritti, è senz'altro confermato dal principio personalista che la ispira: "ogni essere umano è persona cioè una natura dotata di intelligenza e di volontà libera"¹; principio che trova decisiva conferma nella ripetuta, fondamentale attenzione dedicata al concetto di dignità dell'uomo².

* Il presente contributo è destinato al volume *Lettera enciclica di Giovanni XXIII Pacem in terris. Costituzioni e Carte dei diritti*, a cura di M. Bertolissi, di prossima pubblicazione per i tipi Jovene.

** RTDb di Istituzioni di Diritto pubblico presso il Dipartimento di Diritto Pubblico, Internazionale e Comunitario – Università degli Studi di Padova.

¹ "E quindi è soggetto di diritti e di doveri che scaturiscono immediatamente e simultaneamente dalla sua stessa natura" (GIOVANNI XXIII, *Pacem in terris*, n. 5).

² Immediatamente caratterizzata dal richiamo all'Assoluto: perché "la dignità della persona umana" va considerata "alla luce della rivelazione divina" (GIOVANNI XXIII, *Pacem in terris*, n.

Questo è il contesto nel quale deve essere collocata l'affermazione secondo cui ogni essere umano/persona "ha il diritto all'esistenza, all'integrità fisica, ai mezzi indispensabili e sufficienti per un dignitoso tenore di vita"; insieme all'immediatamente successiva specificazione in base alla quale tanto vale, *in primis*, "per quanto riguarda l'alimentazione, il vestiario, l'abitazione, il riposo, le cure mediche, i servizi sociali necessari; (...) il diritto alla sicurezza in caso di malattia, di invalidità, di vedovanza, di vecchiaia, di disoccupazione, e in ogni altro caso di perdita dei mezzi di sussistenza per circostanze indipendenti dalla sua volontà"³.

E sempre nella stessa prospettiva va letta l'importanza determinante attribuita, tra i diritti aventi rilievo economico, al "diritto ad una retribuzione del lavoro determinata secondo i criteri di giustizia, e quindi sufficiente, nelle proporzioni rispondenti alla ricchezza disponibile, a permettere al lavoratore ed alla sua famiglia, un tenore di vita conforme alla dignità umana"⁴.

L'assonanza con la Dichiarazione universale dei diritti umani del 1948 è particolarmente evidente: l'art. 25, comma 1 di quest'ultima assicura ad ogni individuo (*rectius*, persona⁵) il diritto "ad un tenore di vita sufficiente a garantire la salute e il benessere proprio e della sua famiglia"⁶; l'art. 23, comma 3 della stessa Dichiarazione precisa, d'altra parte, che ogni individuo (*rectius*, persona) "che lavora ha diritto ad una remunerazione equa e soddisfacente che assicuri a lui

5). Non è inutile ricordare, forse, che nell'Enciclica il termine "dignità" ricorre 31 volte; l'aggettivo "dignitoso/a" 6 volte; l'avverbio "dignitosamente", una volta.

³ GIOVANNI XXIII, *Pacem in terris*, n. 6.

⁴ GIOVANNI XXIII, *Pacem in terris*, n. 10.

⁵ Rispetto al testo ufficiale in lingua italiana (che utilizza in modo ricorrente, appunto, la parola "individuo") appaiono dunque preferibili le rispettive declinazioni in lingua francese ("*toute personne*"), inglese ("*everyone*") e spagnola ("*toda persona*"): si veda ASSEMBLEA GENERALE DELLE NAZIONI UNITE, *Dichiarazione universale dei diritti umani*, 10 dicembre 1948, Parigi, p. 12 (nel testo pubblicato a cura del Senato della Repubblica italiana, reperibile all'indirizzo https://www.senato.it/application/xmanager/projects/leg18/file/DICHIARAZIONE_diritti_umani_4lingue.pdf).

⁶ Diritto che, anche in questa sede, trova specificazione con espresso riferimento "all'alimentazione, al vestiario, all'abitazione, e alle cure mediche e ai servizi sociali necessari", "alla sicurezza in caso di disoccupazione, malattia, invalidità, vedovanza, vecchiaia o in altro caso di perdita di mezzi di sussistenza per circostanze indipendenti dalla sua volontà" (ASSEMBLEA GENERALE DELLE NAZIONI UNITE, *Dichiarazione universale dei diritti umani*, cit., p. 12).

stesso e alla sua famiglia una esistenza conforme alla dignità umana ed integrata, se necessario, da altri mezzi di protezione sociale”⁷.

Di segno sostanzialmente analogo anche alcune disposizioni della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea: l’art. 34, commi 1 e 4, riconosce “il diritto di accesso alle prestazioni di sicurezza sociale e ai servizi sociali”⁸, oltre al “diritto all’assistenza sociale e all’assistenza abitativa volte a garantire un’esistenza dignitosa a tutti coloro che non dispongano di risorse sufficienti”; e l’art. 31, comma 1 assicura ad ogni lavoratore il “diritto a condizioni di lavoro sane, sicure e dignitose”: qui dovendosi ritenere incluso, anche se non espressamente precisato, il diritto ad una retribuzione adeguata⁹.

Altrettanto evidente, infine, l’assonanza con l’art. 36 Cost.: “Il lavoratore ha diritto ad una retribuzione proporzionata alla quantità e qualità del suo lavoro e in ogni caso sufficiente ad assicurare a sé e alla famiglia un’esistenza libera e dignitosa”. Ma pure con l’art. 38 Cost., che garantisce ad “ogni cittadino inabile al lavoro e sprovvisto dei mezzi necessari per vivere” il “diritto al mantenimento e all’assistenza sociale”; e assicura per i lavoratori “mezzi adeguati alle loro esigenze di vita in caso di infortunio, malattia, invalidità e vecchiaia, disoccupazione involontaria”.

2. Attività economica e (attitudine di) responsabilità; dall’Enciclica *Pacem in terris* all’art. 36 Cost., tra lavoro subordinato, autonomo e attività d’impresa

È il caso di notare immediatamente, peraltro, come le considerazioni svolte nell’Enciclica in merito al rapporto tra lavoro e dignità della persona trovino giustificazione nell’ambito di un più ampio riconoscimento dell’economia privata, concepita come mezzo per l’indipendenza della persona e della sua famiglia.

Chiara, in tal senso, la sottolineatura della strettissima connessione tra diritto al lavoro e “diritto di libera iniziativa in campo economico”, seguita dal rilievo

⁷ ASSEMBLEA GENERALE DELLE NAZIONI UNITE, *Dichiarazione universale dei diritti umani*, cit., p. 11.

⁸ Con specifico riguardo alla maternità, malattia, infortuni sul lavoro, dipendenza o la vecchiaia, perdita del posto di lavoro.

⁹ In questo senso, ad esempio, C. PONTERIO, *Il lavoro per un’esistenza libera e dignitosa: art. 36 Cost. e salario minimo legale*, in *Questione Giustizia*, n. 4/2019, p. 21.

secondo cui dalla “dignità della persona scaturisce pure il diritto di svolgere le attività economiche in attitudine di responsabilità”¹⁰. Ulteriormente precisata dall’esplicito riferimento al pensiero di Papa Pio XII¹¹ e al collegamento tra “dovere personale del lavoro imposto dalla natura” e diritto di ciascuno “a fare del lavoro il mezzo per provvedere alla vita propria e dei figli”; alla quale segue il riconoscimento come consustanziale alla natura umana del “diritto di proprietà privata sui beni anche produttivi”, da intendersi come “mezzo idoneo all’affermazione della persona umana e all’esercizio della responsabilità in tutti i campi, un elemento di consistenza e di serenità per la vita familiare e di pacifico e ordinato sviluppo nella convivenza”¹².

La relazione tra diritti economici, lavoro e responsabilità diviene, dunque, un tratto caratterizzante: la capacità di ogni persona di creare, conservare ed incrementare la ricchezza propria e della sua famiglia attraverso l’impegno e l’iniziativa individuale costituisce espressione prima della dignità umana, che si sostanzia nella partecipazione al percorso di crescita della collettività.

Un aspetto, questo, davvero *costituzionale* nel senso più profondo del termine; e *costituzionale* guardando a questi temi anche dallo specifico punto di vista della Costituzione italiana: perché, se è vero che la Repubblica italiana è “fondata sul lavoro”, che costituisce allo stesso tempo un diritto e un dovere¹³, è proprio la lettura dell’art. 36 Cost. che consente di evidenziare come “uno speciale significato” vada “assegnato alla congiunta, duplice menzione del lavoro e della famiglia: le

¹⁰ GIOVANNI XXIII, *Pacem in terris*, n. 10.

¹¹ Trattasi, precisamente, del Radiomessaggio di Pentecoste di Papa Pio XII (1 giugno 1941).

¹² GIOVANNI XXIII, *Pacem in terris*, n. 10.

¹³ Sul lavoro come dovere si rinvia a G. DI GASPARÉ, *Il lavoro quale fondamento della Repubblica*, in *Astrid Online*, pp. 7-8, che ragiona di “dovere civico che si esplica in genere attraverso lo svolgimento di un’attività individuale concorrente al progresso sociale”, e di “dovere relazionale verso gli altri consociati” al quale ciascuno “deve fare fronte, nel concreto, tenendo conto delle possibilità che, nella sua concreta situazione, gli si presentino o che può procurarsi con i mezzi di cui dispone assecondando le sue propensioni personali e nei limiti in cui può concretamente scegliere”. Secondo A. CARIOLA, *Art. 4*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Utet, Torino, 2006, p. 33, “il 2° co. dell’art. 4 Cost. rafforza (...) l’idea del lavoro come libertà, giacché contempla e ritiene degne di considerazione costituzionale tutte le attività attraverso le quali si esprime la dignità umana”.

due gambe su cui avanza e si svolge l'esperienza di vita di ogni essere umano che sia in grado di impegnarsi in seno alla comunità del lavoro"¹⁴.

Il parallelismo tra *Pacem in terris* e art. 36 Cost. induce, muovendo da questi presupposti, ad interrogarsi sul rapporto tra esistenza libera e dignitosa, lavoro e attività economica privata ampiamente intesa, alla luce del canone della responsabilità: che l'Enciclica invoca esplicitamente, e che non può certo dirsi estraneo alla Costituzione italiana¹⁵.

Ormai risalente, anche negli sviluppi che ha avuto in seno alla giurisprudenza costituzionale italiana, può forse apparire il dibattito sull'ambito soggettivo di applicazione dell'art. 36 Cost.: le cui garanzie puntuali potrebbero ritenersi riferibili esclusivamente alla retribuzione del lavoratore subordinato, in quanto contraente debole posto "in condizioni di inferiorità economico-sociale (...) rispetto al lavoratore autonomo, o ancor più, all'imprenditore"¹⁶; ma i cui principi dovrebbero valere anche per i lavoratori autonomi che "traggano sostentamento

¹⁴ Così A. RUGGERI, *Cosa sono i diritti fondamentali e da chi e come se ne può avere il riconoscimento e la tutela*, in *Consulta Online*, fasc. II/2016, p. 4, che dall'art. 36 ricava elementi fondamentali per definire "i diritti fondamentali quali i bisogni elementari di ciascun essere umano senza il cui riconoscimento (...) non potrebbe aversi un'esistenza libera e dignitosa". Sul rapporto tra art. 36 Cost. e dignità dell'uomo, "ben oltre dunque il pur vasto ambito del lavoro" si veda anche ID., *Appunti per uno studio sulla dignità dell'uomo, secondo diritto costituzionale*, in *Rivista AIC*, n. 1/2011, p. 7, e nota n. 23.

¹⁵ Di recente, sul tema, M. BERTOLISSI, *Di bessò. La Piccola Patria del Friuli in soccorso di una Repubblica spaesata*, in *Consulta Online*, fasc. I/2023, pp. 191-194.

¹⁶ Così C. TRIPODINA, *Art. 36 Cost.*, in S. BARTOLE, R. BIN (a cura di), *Commentario breve alla Costituzione*, Cedam, Padova, 2008, p. 352. In precedenza, R. SCOGNAMIGLIO, *Il lavoro nella Costituzione italiana*, in AA. VV., *Il lavoro nella giurisprudenza costituzionale. Ricerca diretta da Renato Scognamiglio*, FrancoAngeli, Milano, 1973, pp. 70-72. Di recente, ha ragionato di favore costituzionale nei confronti del lavoratore subordinato (da intendersi sostanzialmente come operaio, che vive del proprio lavoro), P. COSTA, *L'«esistenza» del lavoratore nella transizione del modello economico. Alcune considerazioni giuridiche e lessicali*, in corso di pubblicazione in *Diritto Costituzionale*, n. 2/2023, p. 21. Sulla tutela rafforzata del lavoratore subordinato in Costituzione si veda anche G. DI GASPARE, *Il lavoro quale fondamento della Repubblica*, cit., p. 15. Consueto, al riguardo, il richiamo di Corte cost., 23 aprile 1965, n. 30, punto 2 del Considerato in diritto, secondo la quale l'art. 36 Cost. "si riferisce ai rapporti di lavoro e non può essere fonte di legittimi interventi legislativi in materie che, anche se di contenuto economico, sono di tutt'altra natura".

essenzialmente dalla propria attività manuale o intellettuale, prevalendo il lavoro sul capitale”¹⁷.

Un dibattito, questo, che oggi merita di essere relativizzato tenendo conto della problematica delimitazione degli esatti confini tra lavoro autonomo e lavoro subordinato; tenendo conto del fatto che “la percezione di reddito da attività umana è connessa ormai a una grande varietà di modi di lavorare, prestati tutti da soggetti che sostanzialmente vivono del proprio lavoro, ma che tuttavia non percepiscono il loro reddito sotto forma di salario, non essendo ammessi al circolo della subordinazione”¹⁸.

Da questo punto di vista, la lettura dell’Enciclica in commento offre l’occasione per ribadire come in linea di principio il diritto a un’esistenza libera e dignitosa non possa che essere proprio di ogni lavoratore, comunque lo si voglia classificare o definire: di tutti coloro che, attraverso il loro impegno (*in primis*) individuale e la loro responsabilità, cercano di guadagnare con il lavoro le risorse necessarie a garantire a sé stessi e alle loro famiglie adeguate condizioni di vita.

Tanto che, a ben vedere, anche l’assunzione in prima persona di responsabilità imprenditoriali non meriterebbe di essere esclusa a priori dal discorso: chi organizza il lavoro altrui e gestisce risorse e fattori produttivi di varia natura, assumendo su di sé il rischio d’impresa, non svolge forse un’attività che concorre

¹⁷ In questo senso sempre C. TRIPODINA, *Art. 36 Cost.*, cit., p. 352. Sul punto, M. MAZZIOTTI, *Lavoro (diritto costituzionale)*, in *Enc. dir.*, vol. XXIII, Giuffrè, Milano, p. 340. Ha statuito espressamente che i principi contenuti nell’art. 36 Cost. “debbono considerarsi applicabili nel campo del lavoro autonomo, e in particolare nel campo delle professioni intellettuali”, ma esclusivamente “in considerazione dell’attività complessiva del professionista (...), e non in relazione ai singoli rapporti e alle singole prestazioni in cui si esplica l’attività del libero professionista”, Corte cost., 7 luglio 1964, n. 75, punto 1 del Considerato in diritto.

¹⁸ L. CORAZZA, *Il diritto del lavoro e la riscoperta della questione redistributiva*, in *Questione Giustizia*, n. 4/2019, p. 11. Si pensi ai c.d. lavoratori autonomi economicamente dipendenti, o ai c.d. lavoratori parzialmente autonomi, riconducibili al lavoro autonomo di seconda (e persino di terza) generazione, “che condividono con il mondo dell’autonomia le modalità di prestazione del lavoro, ma sono molto lontani dal significato che, sul piano socio-economico, quell’universo ha storica mente rappresentato” (così sempre L. CORAZZA, *ibidem*). Si vedano, al riguardo: S. BOLOGNA, A. FUMAGALLI, *Lavoro autonomo di seconda generazione. Scenari del postfordismo in Italia*, Feltrinelli, Milano, 1997; A. FUMAGALLI, *Le trasformazioni del lavoro autonomo tra crisi e precarietà: il lavoro autonomo di III generazione*, in *Quaderni di ricerca sull’artigianato*, n. 2/2015, pp. 227-254; R. SCIOTTI, *Il lavoro parasubordinato eterorganizzato ed il suo inquadramento giuridico*, in *Rivista degli infortuni e delle malattie professionali*, n. 2/2016, pp. 327-332.

“al progresso materiale o spirituale della società”, in conformità all’art. 4 Cost.? Se la esercita in modo compatibile “con l’utilità sociale”, e senza “recare danno alla salute, all’ambiente, alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana”, in ossequio sostanziale dei limiti definiti dall’art. 41 Cost., perché non dovrebbe anch’egli maturare il diritto a ricavarne i mezzi sufficienti a un’esistenza libera e dignitosa, per sé e per la sua famiglia?¹⁹.

Se questo sembra in generale valere per ogni forma di impegno lavorativo ampiamente inteso²⁰ altra cosa è, invece, tradurre il principio in regole effettivamente attuabili in concreto: ed è qui, in applicazione del diritto positivo (anche costituzionale) di riferimento, che le differenze tra i molteplici *modi* e *mondi* del lavoro assumono particolare consistenza²¹, obbligando sostanzialmente a restringere la rilevanza giuridica concreta del principio costituzionale di sufficienza della retribuzione con riferimento a un determinato tipo di rapporti di lavoro²².

Ma questo non significa che non sia possibile, anche traendo spunto dalle considerazioni dell’Enciclica in commento, continuare a ragionare sul rapporto tra dignità della persona, lavoro e responsabilità andando oltre il principio costituzionale di sufficienza della retribuzione.

¹⁹ Osservazione, pare, tanto più condivisibile, alla luce delle precisazioni svolte poco sopra, quanto più l’attività d’impresa (per dimensioni e apporto personale dell’imprenditore) si avvicina al lavoro autonomo.

²⁰ Sulla nozione di lavoro in senso ampio, ricomprensivo anche “il lavoro autonomo e la stessa attività imprenditoriale”, M. OLIVETTI, *Art. 1*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, cit., p. 33; diversamente, A. CARIOLA, *Art. 4*, cit., pp. 121-122.

²¹ Appare evidente, in particolare, come il principio della sufficienza della retribuzione non possa essere declinato allo stesso modo per il lavoratore subordinato, per il lavoratore autonomo o per l’imprenditore: l’ipotesi di non ricavare un reddito sufficiente dall’attività svolta è infatti, per lavoratori autonomi e imprenditori, implicita nell’assunzione personale di rischio che caratterizza tale attività.

²² Come noto, infatti, le garanzie dell’art. 36 Cost. (e, in particolare, quella della sufficienza della retribuzione) hanno avuto applicazione concreta proprio con riferimento ai rapporti di lavoro subordinato; ampiamente, sul tema, T. TREU, *Art. 36 Cost.*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Zanichelli-Soc. ed. del Foro italiano, Bologna-Roma, , 1979, pp. 77-94; B. CARAVITA, *Art. 36 Cost.*, in V. CRISAFULLI, L. PALADIN, (a cura di), *Commentario breve alla Costituzione*, Cedam, Padova, 1990, p. 243; C. TRIPODINA, *Art. 36 Cost.*, cit., pp. 353-358; C. COLAPIETRO, *Art. 36 Cost.*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, cit., pp. 746-748; C. PONTERIO, *Il lavoro per un’esistenza libera e dignitosa: art. 36 Cost. e salario minimo legale*, cit., pp. 20-24.

3. Dignità della persona nel lavoro, responsabilità (individuale e collettiva) e misure di sostegno pubblico in favore dei nuclei familiari in stato di bisogno: reddito di cittadinanza, assegno di inclusione

I percorsi di riflessione che potrebbero essere seguiti, al riguardo, sono diversi.

Il primo, di più immediata evidenza, ha a che vedere con la relazione tra dignità del lavoratore e misure pubbliche di sostegno volte a garantire il diritto all'esistenza anche al non-lavoratore.

Non si tratta di una contraddizione in termini: ad essere in gioco è infatti un preciso ruolo positivo dello Stato, i cui limiti e confini vanno tracciati proprio muovendo dai concetti fondamentali di dignità del lavoro e di responsabilità individuale fatti propri dall'Enciclica; certo non ignorati dalla Costituzione italiana, e desumibili soprattutto dalla lettura coordinata degli artt. 1, 2, 3, 4, 36 e 38 Cost.

Un ambito di riflessione, questo, che intercetta in modo immediato e diretto il dibattito sempre attuale sul reddito di cittadinanza: costantemente a rischio di risultare polarizzato tra un eccesso negativo di realismo, quasi succube della constatata (ovvia) scarsità delle risorse pubbliche disponibili, e l'opposto eccesso positivo favorevole a incondizionate prestazioni universali di base, difficilmente sostenibile dal punto di vista finanziario (e, forse, pure costituzionalmente discutibile)²³.

Il punto di approdo cui è pervenuto, in tempi recenti, l'ordinamento italiano²⁴ sembra in effetti lontano dai due estremi: la ritrosia all'introduzione di forme generalizzate di protezione del diritto all'esistenza libera e dignitosa anche per i non-lavoratori è stata superata; ma esclusivamente per effetto della previsione di forme condizionate di reddito minimo garantito, erogate in favore dei soli bisognosi (universalismo selettivo)²⁵.

²³ Di questa tensione tra opposti estremi, sulla cui compatibilità con la Costituzione vigente è bene interrogarsi, ha ragionato F. PIZZOLATO, *Ma la Costituzione lo aveva già previsto*, in *Bene Comune*, n. 1/2014, p. 1.

²⁴ Per una ricostruzione delle diverse politiche attive di contrasto alla povertà nell'ordinamento italiano, si veda L. DE CARLO, *Il contrasto alla povertà in Italia dall'Unità al REI e al RDC*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, n. 4/2020, pp. 199-240.

²⁵ In merito alla distinzione tra reddito minimo (universalismo selettivo), *secundum constitutionem*, e reddito di base garantito a tutti (universalismo assoluto), *praeter constitutionem*,

Questo punto di approdo, però, non può certo dirsi sicuro e adeguatamente stabilizzato.

In primo luogo, perché la disciplina del reddito di cittadinanza, introdotta con il d.l. 28 gennaio 2019, n. 4²⁶, non risulta esente da possibili profili critici e controversi, sia di dettaglio, sia di carattere generale.

Quanto ai profili di dettaglio (ma non per questo meno significativi), basti qui rammentare il ripetuto coinvolgimento della giurisprudenza costituzionale in tema di requisiti per ottenere (e mantenere) il beneficio economico, a fronte di misure cautelari personali²⁷; oppure in ordine alla *vexata quaestio* delle condizioni di accesso alla misura stabilite per gli stranieri (con specifico riferimento al requisito del “*possesso del permesso di soggiorno UE per soggiornanti di lungo periodo*”²⁸, e a quello della residenza in Italia “*per almeno 10 anni*”²⁹).

C. TRIPODINA, *Reddito di cittadinanza come “risarcimento per mancato procurato lavoro”. Il dovere della Repubblica di garantire il diritto al lavoro o assicurare altrimenti il diritto all’esistenza*, in *Costituzionalimo.it*, n. 1/2015 p. 18. In precedenza, aveva notato F. PIZZOLATO, *Il minimo vitale. Profili costituzionali e processi attuativi*, Giuffrè, Milano, 2004, p. 80, come l’eventuale incondizionata estensione del reddito minimo potrebbe determinare un effetto *contra constitutionem* “quando il reddito (o meglio, l’insieme delle prestazioni assistenziali) che in questo modo si riesca a distribuire su tutti i destinatari si venga a collocare al di sotto della soglia del ‘mantenimento’ per quei cittadini (inabili al lavoro e sprovvisti dei mezzi necessari per vivere) che l’articolo 38 Cost. vuole invece certamente garantiti”. Sui meccanismi di reciprocità e condizionalità che possono caratterizzare i sistemi di *welfare*, in prospettiva comparata, F.V. PONTE, *Note minime sul reddito di cittadinanza*, in *La cittadinanza europea*, n. 1/2018, pp. 126-131.

²⁶ “*Disposizioni urgenti in materia di reddito di cittadinanza e di pensioni*”, convertito in legge, con modificazioni, dalla l. 28 marzo 2019, n. 26.

²⁷ Si vedano, al riguardo, Corte cost., 23 giugno 2020, n. 122, e Corte cost., 23 giugno 2021, n. 126, che hanno dichiarato infondate le questioni di legittimità costituzionale dell’art. 7-ter, comma 1, del d.l. n. 4/2019 sollevate in via incidentale (per un commento complessivo, si rinvia a C. MORSELLI, *La “prova da sforzo” dell’incidente di costituzionalità sul reddito di cittadinanza. La Consulta che cristallizza il c.d. requisito negativo per usufruirne: l’assenza di una misura cautelare personale*, 22 settembre 2022, in *Giustizia Insieme*, 22 settembre 2022).

²⁸ Richiesto dall’art. 2, comma 1, lett. a), n. 1), del d.l. n. 4/2019; le relative questioni di legittimità costituzionale sono state dichiarate manifestamente inammissibili e infondate da Corte cost., 15 gennaio 2022, n. 19; si veda anche la successiva sentenza 17 febbraio 2022, n. 34, con cui sono state dichiarate inammissibili e infondate le questioni relative all’analoga disciplina in tema di reddito di inclusione, di cui all’art. 3, comma 1, lett. a), n. 1), del d.lgs. 15 settembre 2017, n. 147 (rilievi critici sono stati svolti, al riguardo, da A. LAMBERTI, *Dignità, eguaglianza e ragionevolezza nella recente giurisprudenza costituzionale sui diritti sociali degli stranieri*, in *Nomos – Le attualità nel diritto*, n. 2/2022, pp. 28-31; si vedano anche D. LOPRIENO, *Riflessioni sul reddito di cittadinanza e gli stranieri alla luce della sent. n. 19 del 2022 della Corte costituzionale*, in *Osservatorio costituzionale AIC*, fasc. 3/2022, pp. 252-273, e M. ROMA, *La Corte costituzionale su reddito di cittadinanza e reddito*

Quanto ai profili generali, a distanza di quattro anni dall'introduzione della misura diverse sono le questioni di particolare rilievo, costantemente all'ordine del giorno: dal problema del suo possibile abuso e della percezione indebita (in tutto o in parte) delle relative risorse, oltre che dell'effettività del relativo apparato di controllo preventivo, nonché sanzionatorio³⁰; a quello della capacità della misura di raggiungere davvero le famiglie bisognose dell'intervento pubblico; per finire con la concreta idoneità della misura ad incentivare e favorire l'inserimento lavorativo dei relativi beneficiari³¹.

Tutti aspetti, questi, sui quali si gioca la reale rispondenza dell'istituto alle diverse anime (assistenziale e, allo stesso tempo, promozionale del lavoro) che lo caratterizzano³²; e, con ciò, la stessa conformità al disegno costituzionale emergente dagli artt. 1, 2, 3, 4, 36 e 38 Cost., al crocevia tra il diritto a un tenore di vita conforme alla dignità umana e l'attitudine di responsabilità (per riprendere la felice espressione fatta propria dall'Enciclica in commento), che dovrebbero accomunare lavoratori e non-lavoratori.

di inclusione Bisogni primari degli individui e limite delle risorse disponibili, in *Consulta Online*, fasc. II/2022, pp. 605-612).

²⁹ Prescritto dall'art. 2, comma 1, lett. a), n. 2), del d.l. n. 4/2019. Le relative questioni di legittimità costituzionale sono state sollevate dalla Corte d'appello di Milano con ordinanza del 31 maggio 2022, e sono attualmente pendenti innanzi alla Corte costituzionale al reg.ord. n. 100/2022.

³⁰ Panorama al quale si è di recente aggiunto anche il possibile coinvolgimento della Corte dei conti, ove si ipotizzi la sussistenza di un rapporto di servizio in capo al percettore del reddito di cittadinanza: sul tema, specificamente, S. FOÀ, E. ANDREIS, *Giurisdizione contabile sull'indebita percezione del reddito di cittadinanza. Tra programma pubblicitario e rinnovata nozione del rapporto di servizio*, in *federalismi.it*, n. 2/2023, pp. 60-77.

³¹ Di particolare interesse, sotto entrambi i profili da ultimo accennati, lo studio di CARITAS ITALIANA, *Lotta alla povertà: imparare dall'esperienza, migliorare le risposte. Un monitoraggio plurale del Reddito di Cittadinanza*, Edizioni Palumbi, Teramo, 2021 (reperibile all'indirizzo https://www.caritas.it/wp-content/uploads/sites/2/2023/01/rapportocaritas_pcp2021.pdf).

³² Può essere utile ricordare, al riguardo, che secondo la già menzionata giurisprudenza costituzionale "il reddito di cittadinanza, pur presentando anche tratti propri di una misura di contrasto alla povertà, non si risolve in una provvidenza assistenziale diretta a soddisfare un bisogno primario dell'individuo, ma persegue diversi e più articolati obiettivi di politica attiva del lavoro e di integrazione sociale" (così Corte cost., n. 19/2022, punto 4 del Considerato in diritto, e Corte cost., n. 34/2022, punto 4 del Considerato in diritto). In argomento, specificamente, D. LOPRIENO, *Riflessioni sul reddito di cittadinanza e gli stranieri alla luce della sent. n. 19 del 2022 della Corte costituzionale*, cit., pp. 259-261.

Da questo punto di vista, l'Enciclica offre una chiave di lettura dal significato costituzionale potenzialmente duplice: l'attitudine di responsabilità (individuale) sta alla base del dovere di ciascuno di concorrere al progresso materiale o spirituale della società, secondo le proprie capacità e inclinazioni; e sta pure alla base del dovere di chi risulta beneficiario del sostegno pubblico, perché in stato di bisogno, di rispondere alla solidarietà con l'impegno personale e la propria adesione attiva³³, e non con una rassegnata indolenza. Perché, se una certa enfasi data al principio lavoristico e al dovere di lavorare presupponeva, già in sede costituente, l'idea che avrebbe potuto e dovuto essere garantita la piena occupazione³⁴; e se, quindi, può immaginarsi che l'erogazione di prestazioni economiche di sostegno nei confronti dei non-lavoratori corrisponda ad una sorta di risarcimento per questa promessa tradita³⁵, è vero pure che il fondamento costituzionalmente legittimo di tali prestazioni non può che essere rivenuto nella sussistenza di uno stato di bisogno incolpevole e involontario³⁶.

D'altra parte, analoga attitudine di responsabilità (collettiva) dovrebbe ispirare il dovere della Repubblica di intervenire a tutela di chi si trova in una condizione incolpevole di bisogno non solo a scopi assistenziali, ma anche al fine promozionale di condurre (o ricondurre) la persona a un ruolo attivo di partecipazione concreta all'organizzazione economica e sociale del Paese: che non

³³ Che possono esplicarsi in molti modi apprezzabili e conformi al *pactum societatis*, non necessariamente in attività immediatamente e direttamente produttive di reddito.

³⁴ Come rilevato, in particolare, da F. PIZZOLATO, *Il minimo vitale. Profili costituzionali e processi attuativi*, cit., pp. 18-19. Nello stesso senso C. TRIPODINA, *Reddito di cittadinanza come "risarcimento per mancato procurato lavoro". Il dovere della Repubblica di garantire il diritto al lavoro o assicurare altrimenti il diritto all'esistenza*, cit., pp. 6-9, e M. CRISTOFARO, *La Costituzione e il reddito minimo garantito*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 8 giugno 2018, p. 9.

³⁵ Così, in specie, C. TRIPODINA, *Reddito di cittadinanza come "risarcimento per mancato procurato lavoro". Il dovere della Repubblica di garantire il diritto al lavoro o assicurare altrimenti il diritto all'esistenza*, cit., pp. 13-15, che muove dal pensiero di Costantino Mortati.

³⁶ Come efficacemente sintetizzato da F. PIZZOLATO, *Ma la Costituzione lo aveva già previsto*, cit., p. 2, "la Repubblica non ha l'obbligo di mantenere il 'surfista perdigiorno di Malibu' reso famoso da Rawls"; si vedano anche: ID., *Il minimo vitale. Profili costituzionali e processi attuativi*, cit., pp. 26-30 e 164-165; M. OLIVETTI, *Quali misure per assicurare un'esistenza libera e dignitosa? Lavoro e reddito in una prospettiva costituzionale*, in M.P. IADICICCO, V. NUZZO (a cura di), *Le riforme del diritto del lavoro*, Editoriale scientifica, Napoli, 2016, p. 179; E. VIVALDI, A. GUALDANI, *Il minimo vitale tra tentativi di attuazione e prospettive future*, in *Dir. soc.*, I/2014, p. 124; M. CRISTOFARO, *La Costituzione e il reddito minimo garantito*, cit., p. 24.

può significare, evidentemente, schiavitù per il (e a causa del) lavoro, ma libertà nel (e grazie al) lavoro.

Solo in questo modo pare possibile combinare il diritto (necessariamente, di tutti) a un'esistenza libera e dignitosa, con i doveri (anch'essi, di tutti) di essere parte attiva del "patto reciprocamente obbligante"³⁷ che tiene insieme la società organizzata.

Questi sembrano essere i criteri di fondo, certo non agevoli da perseguire in concreto: ma è rispetto a questi criteri che può (e deve) essere apprezzata l'effettiva capacità del diritto positivo di cercare (perlomeno) di tradurre in realtà il principio della dignità dell'uomo, quale risulta dalle evidenziate assonanze tra la Costituzione italiana e le considerazioni di Papa Giovanni XXIII.

E con ciò si torna ai profili critici della normativa vigente, al suo carattere incerto e ancora non sufficientemente stabilizzato.

In particolare, è doveroso evidenziare, al riguardo, come la disciplina del reddito di cittadinanza di cui al d.l. n. 4/ 2019 sia stata oggetto di recenti, significativi interventi per effetto della l. 29 dicembre 2022, n. 197, che ne hanno delimitato l'ambito temporale di efficacia all'anno solare in corso³⁸, anche integrando le condizioni per l'accesso alla misura di sostegno³⁹. Dal 1° gennaio 2024, quindi, il reddito di cittadinanza dovrà intendersi a tutti gli effetti sostituito dalla nuova disciplina definita dal Capo I del d.l. 4 maggio 2023, n. 48⁴⁰, relativa al c.d. "Assegno di inclusione".

³⁷ L'espressione è di F. BARBAGALLO, *Da Crispi a Giolitti. Lo Stato, la politica, i conflitti sociali*, in G. SABBATUCCI, V. VIDOTTO (a cura di), *Storia d'Italia*, Vol. 5, Laterza, Roma-Bari, 2010, p. 6.

³⁸ L'art. 1, comma 313 della l. n. 197/2022 ("*Bilancio di previsione dello Stato per l'anno finanziario 2023 e bilancio pluriennale per il triennio 2023-2025*") ha previsto che la misura del reddito di cittadinanza sia riconosciuta, per il 2023, nella misura massima "*di sette mensilità e comunque non oltre il 31 dicembre 2023*"; salvo il termine ultimo del 31 dicembre dell'anno in corso, il limite delle sette mensilità non opera per coloro che sono stati presi in carico dai servizi sociali, e per i nuclei familiari al cui interno vi siano persone con disabilità (comma 314).

³⁹ In specie, le condizioni di accesso alla misura di sostegno, definite dall'art. 4 del d.l. n. 4/2019 ("*Patto per il lavoro e Patto per l'inclusione sociale*"), sono integrate dalla disciplina di cui ai commi 315 e 316 della l. n. 197/2022: obbligo di inserimento dei beneficiari in misure di politica attiva per il lavoro, con frequenza obbligatoria dei programmi assegnati, e di iscrizione e frequenza di percorsi di istruzione degli adulti di primo livello (per i beneficiari di età compresa tra diciotto e ventinove anni che non hanno adempiuto agli obblighi scolastici).

⁴⁰ "*Misure urgenti per l'inclusione sociale e l'accesso al mondo del lavoro*", convertito in legge, con modificazioni, dalla l. 3 luglio 2023, n. 85.

Una misura di sostegno, quest'ultima, che in linea di massima appare ispirata ad una *ratio* nel complesso non dissimile da quella del reddito di cittadinanza: in quanto sussidio di carattere condizionato, rispondente sia a finalità dichiaratamente assistenziali (contrasto alla povertà), sia ad obiettivi promozionali di inserimento sociale e di politica attiva per il lavoro.

Con una differenza che si rivela tuttavia, già in prima battuta, significativa: la nuova disciplina reca con sé una delimitazione soggettiva della platea dei potenziali beneficiari sconosciuta alle regole previgenti: risultando destinatari della misura, infatti, solo i nuclei familiari in cui siano presenti persone con disabilità, minorenni, ultrasessantenni, oppure "componenti in condizione di svantaggio e inseriti in programmi di cura e assistenza dei servizi socio-sanitari territoriali certificati dalla pubblica amministrazione"⁴¹. Per i restanti nuclei familiari⁴² è prevista la possibilità di accedere al "Supporto per la formazione e il lavoro": misura che prevede la partecipazione ad attività formative di varia natura⁴³, e per la quale viene erogata un'indennità mensile⁴⁴ della durata massima di un anno.

Rispetto all'universalismo selettivo che caratterizzava il reddito di cittadinanza i nuovi istituti sembrano segnare, dunque, un passo indietro; evidentemente ispirato dalla volontà di limitare l'erogazione di risorse pubbliche in favore di persone considerate abili al lavoro, ma non per questo necessariamente conforme al principio di responsabilità: perché anche queste persone potrebbero trovarsi in un incolpevole stato di bisogno, meritevole di intervento.

4. Dignità del lavoratore e concorso alle spese pubbliche: esistenza libera e dignitosa del contribuente, *no tax area* e tutela coordinata dei redditi minimi

⁴¹ Così dispone l'art. 2, comma 1 del d.l. n. 48/2023; l'ultima categoria di componenti del nucleo familiare è stata aggiunta in sede di conversione.

⁴² Composti, dunque, di persone maggiorenne e con meno di sessant'anni che non si trovino in condizioni di disabilità o di svantaggio sociale.

⁴³ L'art. 12, comma 1 del d.l. n. 48/2023 ragiona di "progetti di formazione, di qualificazione e riqualificazione professionale, di orientamento, di accompagnamento al lavoro e di politiche attive del lavoro comunque denominate", ivi inclusi "il servizio civile universale" e "i progetti utili alla collettività".

⁴⁴ Pari a 350 euro.

Un altro ambito di particolare interesse, che consente di mettere alla prova il rapporto tra dignità della persona, lavoro e responsabilità sul piano della disciplina di diritto positivo vigente, è costituito dal trattamento riservato ai redditi minimi del lavoratore sul piano tributario.

Tutti coloro che producono una qualche forma di reddito sono chiamati a contribuire alle spese pubbliche, oppure no? E, se sì, in quale misura?

Il tema continua ad essere di particolare rilievo, perché posto al confine tra il diritto/dovere del lavoratore di mantenere sé stesso e la sua famiglia (in attitudine di responsabilità, appunto) e il dovere di concorrere alle spese pubbliche; al confine, in altri termini, tra il diritto di ricevere solidarietà, e il dovere di dare solidarietà⁴⁵.

Proprio per questa ragione, rimangono attuali (e particolarmente attinenti all'argomento in discussione) le considerazioni svolte dall'On. Scoca in sede costituente: "non si può negare che il cittadino, prima di essere chiamato a corrispondere una quota parte della sua ricchezza allo Stato, per la soddisfazione dei bisogni pubblici, deve soddisfare i bisogni elementari di vita suoi propri e di coloro ai quali, per obbligo morale e giuridico, deve provvedere"⁴⁶.

In breve: *primum vivere, deinde contribuere*. Gli obblighi di solidarietà economica e sociale del lavoratore sono innanzitutto funzionali alla tutela dell'esistenza libera e dignitosa della formazione sociale di base sulla quale si regge l'ordinamento (la famiglia); e si ampliano all'esterno di tale formazione solo una volta superata una determinata soglia di capacità economica.

Non stupisce, quindi, l'esistenza di un generale consenso in merito alla sostanziale inerenza di un limite minimo all'imposizione fiscale al principio di capacità

⁴⁵ Il che rende particolarmente chiaro, tra l'altro, il collegamento (e la necessità di coordinamento normativo) tra la disciplina tributaria dei redditi minimi e le varie possibili forme di prestazione pubblica erogabili a chi si trovi in stato di bisogno (se ne parlerà al termine del presente paragrafo).

⁴⁶ "Da ciò discende la necessità della esclusione dei redditi minimi dalla imposizione; minimi che lo Stato ha interesse a tenere sufficientemente elevati, per consentire il miglioramento delle condizioni di vita delle classi meno abbienti, che contribuisce al miglioramento morale e fisico delle stesse ed in definitiva anche all'aumento della loro capacità produttiva. Da ciò discende pure che debbono essere tenuti in considerazione i carichi di famiglia del contribuente" (ASSEMBLEA COSTITUENTE, CXXX, *Seduta di venerdì 23 maggio 1947*, p. 4204).

contributiva, espresso dall'art. 53 Cost.: non ogni capacità economica denota capacità contributiva, ma solo quella che eccede quanto necessario a garantire al contribuente e alla sua famiglia un'esistenza libera e dignitosa⁴⁷. L'esigenza di non assoggettare a imposta i redditi minimi del contribuente e dei suoi familiari (c.d. *no tax area*) trova fondamento, d'altra parte, anche negli artt. 2, 3, 29, 30, 31 e 36 Cost.⁴⁸. La stessa Corte costituzionale ha espressamente confermato l'esistenza di questo limite, perlomeno in linea di principio⁴⁹. Lasciando tuttavia, nei fatti, ampio margine di manovra al legislatore sia in merito al *quantum* delle detrazioni (o deduzioni) concesse dal legislatore per tutelare i contribuenti minimi e le loro famiglie, sia in ordine alla tipologia di spese a cui essi devono far fronte per garantire a sé stessi e alle loro famiglie un'esistenza libera e dignitosa⁵⁰.

⁴⁷ La determinazione della *no tax area* non può, quindi, che tener conto anche dei familiari a carico, a cui ciascun contribuente/lavoratore è tenuto a provvedere.

⁴⁸ Sul rapporto tra minimo vitale e principio di capacità contributiva si vedano, in particolare: E. GIARDINA, *Le basi teoriche del principio della capacità contributiva*, Giuffrè, Milano, 1961, pp. 212-219; I. MANZONI, *Il principio della capacità contributiva nell'ordinamento costituzionale italiano*, Giappichelli, Torino, 1965, pp. 74-82; G. GAFFURI, *L'attitudine alla contribuzione*, Giuffrè, Milano, 1969, pp. 122-129; F. MOSCHETTI, *Il principio della capacità contributiva*, Cedam, Padova, 1973, pp. 225-232; L. ANTONINI, *Dovere tributario, interesse fiscale e doveri costituzionali*, Giuffrè, Milano, 1996, pp. 347-374; F. BATISTONI FERRARA, *Capacità contributiva*, in *Enc. dir.*, Giuffrè, Milano, 1999, pp. 351-352; G. FALSITTA, *Giustizia tributaria e tirannia fiscale*, Giuffrè, Milano, 2008, pp. 229, 240-241, 273; G. BERGONZINI, *I limiti costituzionali quantitativi dell'imposizione fiscale*, vol. I, Jovene, Napoli, 2011, pp. 195-211; M. POGGIOLI, *Indicatori di forza economica e prelievo confiscatorio*, Cedam, Padova, 2012, pp. 51-69; A. GIOVANNINI, *Capacità contributiva*, in *Diritto on line – Treccani*, 2013. Preferiscono rinvenire nel principio di uguaglianza il fondamento della necessaria tutela del minimo vitale del contribuente A. FEDELE, *La funzione fiscale e la «capacità contributiva» nella Costituzione italiana*, in L. PERRONE E C. BERLIRI (a cura di), *Diritto tributario e Corte costituzionale*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2006, pp. 4 e 15, e F. GALLO, *Le ragioni del fisco*, il Mulino, Bologna, 2011, p. 104. Per rilievi maggiormente critici in argomento si rinvia invece a F. MAFFEZZONI, *Il principio di capacità contributiva nel diritto finanziario*, Utet, Torino, 1970, pp. 301-305, e P. BORIA, *L'interesse fiscale*, Giappichelli, Torino, 2002, pp. 218-220.

⁴⁹ Chiara, in tal senso, soprattutto Corte cost., 10 luglio 1968, n. 97, punto 2 del Considerato in diritto: “vi è soggezione all'imposizione solo quando sussista una disponibilità di mezzi economici che consenta di farvi fronte”. Il legislatore quindi, “non può non esentare dall'imposizione quei soggetti che percepiscano redditi tanto modesti da essere appena sufficienti a soddisfare i bisogni elementari della vita: se così non disponesse, la legge finirebbe con l'imporre un obbligo di imposta anche là dove una capacità contributiva è inesistente”.

⁵⁰ Oltre all'appena ricordata sentenza n. 97/1968, punti 3 e 4 del Considerato in diritto, si vedano anche: Corte cost., 14 luglio 1982, n. 134, punto 2 del considerato in diritto; Corte cost., 29 luglio 1982, n. 151, punto 3 del Considerato in diritto; Corte cost., 28 aprile 1983, n. 108, punto 2 del Considerato in diritto; Corte cost., 17 dicembre 1987, n. 556, secondo capoverso del Considerato; Corte cost., 29 luglio 1988, n. 950, primo capoverso del Considerato; Corte cost., 23 gennaio 1990, n. 11, punto 2 del Considerato in diritto; Corte cost., 28 luglio 1999, n. 370, secondo

Tanto precisato, diversi sono i profili della disciplina vigente che meritano qui un cenno specifico.

Vi è, in primo luogo, il problema della precisa quantificazione della soglia di esclusione dall'obbligo tributario, dalla quale è possibile ricavare cosa intenda in concreto il legislatore per esistenza libera e dignitosa del contribuente. Attualmente questa soglia è pari a euro 8.175 per i redditi da lavoro dipendente, a euro 8.500 per i redditi da pensione, e a euro 5.500 per i redditi da lavoro autonomo⁵¹.

Al riguardo, è lecito nutrire perplessità sia sull'adeguatezza di tali valori, inferiori ad alcune soglie di povertà assoluta annualmente definite dall'Istat⁵² (specie con riferimento alle aree del Paese in cui il costo della vita è più elevato⁵³), sia sull'ormai consolidata differenziazione per tipologia di reddito. Che appare incompatibile non solo con il principio di dignità del lavoratore e con il suo diritto di trattenere per sé e per la sua famiglia quanto necessario a un'esistenza libera e dignitosa; ma pure con il principio di uguaglianza, soprattutto se letto attraverso il prisma della capacità contributiva: si tratta, infatti, di una differenziazione assai difficilmente giustificabile⁵⁴, sia con riferimento al rapporto tra redditi da pensione

capoverso del Considerato; Corte cost., 14 novembre 2008, n. 373, punto 2 del Considerato in diritto.

⁵¹ Tanto si desume dall'art. 13, commi 1, 3 e 5 del d.P.R. 22 dicembre 1986, n. 917 (Testo unico delle imposte sui redditi). Per questi valori di reddito, la misura della detrazione stabilita dal legislatore è pari all'imposta che sarebbe dovuta in applicazione delle aliquote definite dall'art. 11, comma 1 del medesimo d.P.R.

⁵² La soglia di povertà assoluta consiste nella spesa necessaria per acquistare un paniere di beni e servizi essenziali, in grado di assicurare alle famiglie uno standard di vita sufficiente a evitare gravi forme di esclusione sociale. Si veda, nel dettaglio, ISTAT, *La misura della povertà assoluta*, Istituto nazionale di statistica, Roma, 2009, pp. 13-66 (reperibile alla pagina https://www.istat.it/it/files/2021/01/misura_della_poverta_assoluta.pdf).

⁵³ Ad esempio, nel 2021 la soglia mensile di povertà assoluta di una famiglia monocomponente che viveva in zona centrale d'area metropolitana nel Nord Italia, era pari ad 852,83 euro (10.233,96 euro/anno); la soglia per una persona che viveva in periferia di area metropolitana nel Centro Italia era pari a 770,33 euro/mese (9.243,96/anno); una soglia di povertà assoluta minore si registrava, invece, per chi viveva in Comuni con meno di cinquantamila abitanti nel Mezzogiorno, ed era pari a 576,63 euro/mese (6.919,56 euro/anno): dati ISTAT, *Le statistiche dell'Istat sulla povertà. Anno 2021*, 15 giugno 2022, p. 12 (reperibile alla pagina https://www.istat.it/it/files/2022/06/Report_Povert%C3%A0_2021_14-06.pdf).

⁵⁴ Se n'è parlato più diffusamente in G. BERGONZINI, *I limiti costituzionali quantitativi dell'imposizione fiscale*, cit., pp. 227-230, e 237-238; in precedenza, sul punto, L. ANTONINI, *Dovere tributario, interesse fiscale e doveri costituzionali*, cit., p. 371.

e redditi da lavoro⁵⁵, sia con riguardo alla netta penalizzazione dei redditi da lavoro autonomo rispetto ai redditi da lavoro dipendente⁵⁶. A maggior ragione, sotto quest'ultimo profilo, se si considera la rilevanza attuale del lavoro formalmente autonomo, ma sostanzialmente al confine della subordinazione⁵⁷, nonché del c.d. lavoro povero⁵⁸, non necessariamente riconducibile ai soli rapporti di subordinazione in senso proprio.

Significativo è, poi, il problema del possibile collegamento tra la disciplina positiva della *no tax area* e le varie altre tipologie di assistenza pubblica in favore dei redditi minimi.

Al riguardo è opportuno evidenziare, in primo luogo, come tanto il reddito di cittadinanza quanto l'assegno di inclusione risultino compatibili con la *no tax area* garantita al contribuente: potendo quest'ultimo beneficiare della misura pubblica di sostegno diretto come integrazione rispetto al reddito effettivamente percepito (e non soggetto ad imposta⁵⁹).

⁵⁵ Specie se si tiene presente, in proposito, che le soglie di povertà per i nuclei familiari composti da persone in età da pensione (60-74, 75+) sono mediamente inferiori a quelle proprie di nuclei familiari composti da persone in età da lavoro attivo (18-59): lo si desume sempre da ISTAT, *Le statistiche dell'Istat sulla povertà. Anno 2021*, cit., p. 12.

⁵⁶ Che non può trovare ragionevole giustificazione di diritto positivo, evidentemente, né in una sorta di presunzione di evasione fiscale a carico dei lavoratori autonomi, né in considerazioni relative ad eventuali regimi fiscali peculiari di favore, agli stessi eventualmente applicabile; ad esempio, il regime forfettario di cui all'art. 1, commi 54-88 della l. 23 dicembre 2014, n. 190, prevede l'applicazione di un'aliquota unica, pari al 15%, sul reddito imponibile calcolato applicando all'ammontare dei ricavi conseguiti o dei compensi percepiti un determinato coefficiente di redditività previsto per l'attività esercitata; in tale regime non opera, dunque, alcuna *no tax area* (tanto che, per i contribuenti minimi, il regime ordinario potrebbe, proprio per questo motivo, essere più favorevole di quello forfettario).

⁵⁷ Valga sempre, in merito, quanto considerato nel corso del par. n. 2, e *sub* nota n. 18 (anche per le relative indicazioni bibliografiche).

⁵⁸ Sul punto, F. PIZZOLATO, *Il minimo vitale. Profili costituzionali e processi attuativi*, cit., pp. 60-72.

⁵⁹ Perché inferiore, appunto, al *quantum* dei redditi in precedenza ricordati, dal quale scatta l'obbligo di contribuzione. Sia il reddito di cittadinanza sia l'assegno di inclusione sono principalmente strutturati, infatti, come forme di "*integrazione del reddito familiare*" fino alle soglie prestabilite dalla disciplina vigente (si vedano l'art. 3, comma 1 del d.l. n. 4/2019, e l'art. 3, comma 1 del d.l. n. 48/2023). Peraltro, come avverte l'art. 4, comma 15-*quater* del d.l. n. 4/2019 (disposizione conservata in vigore dall'art. 1, comma 318 della l. n. 197/2022), ad ogni fine di legge vengono considerati "*in stato di disoccupazione anche i lavoratori il cui reddito da lavoro dipendente o autonomo corrisponde a un'imposta lorda pari o inferiore alle detrazioni spettanti ai sensi dell'articolo 13 del testo unico delle imposte sui redditi*".

È il caso di ricordare, poi, come la problematica dell'esistenza libera e dignitosa della famiglia del contribuente abbia tradizionalmente assunto, nell'ordinamento giuridico italiano, la forma di diritto positivo delle deduzioni/detrazioni per familiari a carico⁶⁰.

Da segnalare, in proposito, come a partire dal mese di marzo 2022 le detrazioni per figli a carico di età inferiore a ventun anni siano state sostituite dall'assegno unico erogato direttamente dall'INPS in base al d.lgs. 29 dicembre 2021, n. 230⁶¹. Viene meno, in tal modo, un più evidente e diretto collegamento tra minimo vitale (necessariamente familiare) e capacità contributiva del contribuente⁶², in favore di una forma pubblica di sussidio per le famiglie con figli che ambisce ad avere carattere universalistico (in quanto compatibile sia con i nuclei familiari composti da lavoratori/contribuenti, sia da non-lavoratori/non-contribuenti⁶³). Non priva di criticità⁶⁴ ma che, comunque, appare in linea di principio compatibile con l'erogazione di altre forme di aiuto pubblico diretto, volte a tutelare il diritto a un'esistenza libera e dignitosa della famiglia⁶⁵.

Sull'adeguatezza di tutte queste varie forme pubbliche di tutela complessivamente considerate è, quindi, indispensabile mantenere particolarmente alta la soglia di attenzione; perché è proprio sull'esistenza del necessario coordinamento tra le

⁶⁰ Disciplinate dall'art. 12 del d.P.R. n. 917/1986.

⁶¹ *"Istituzione dell'assegno unico e universale per i figli a carico, in attuazione della delega conferita al Governo ai sensi della legge 1 aprile 2021, n. 46"*.

⁶² Quel collegamento che imporrebbe di esonerare da prelievo fiscale la capacità economica indispensabile a garantire un'esistenza libera e dignitosa sia al lavoratore, sia alla sua famiglia; e che, in quanto tale, non manifesta capacità contributiva. La disciplina vigente, invece, sostituendo parzialmente il regime delle detrazioni impone al contribuente di concorrere anche per questa parte, per poi vedersela (in qualche modo) restituita sotto forma di assegno unico.

⁶³ Mentre il regime delle detrazioni/deduzioni presuppone, evidentemente, la percezione di una qualche forma di reddito, così non è per l'assegno unico.

⁶⁴ È possibile interrogarsi, ad esempio, sulla sufficienza delle risorse erogate in favore dei nuclei familiari ai sensi dell'art. 4 del d.lgs. n. 230/2021 (specie con riferimento a quelli più numerosi, o nei quali siano presenti persone con disabilità), o sui requisiti soggettivi di cittadinanza, residenza e soggiorno prescritti dall'art. 3 del medesimo d.lgs.

⁶⁵ In base all'art. 7, comma 2 del d.lgs. n. 230/2021, l'assegno unico universale è compatibile con l'erogazione del reddito di cittadinanza. Lo stesso vale per l'assegno di inclusione: l'art. 2, comma 7 del d.l. n. 48/2023 dispone, infatti, che le erogazioni relative all'assegno unico e universale non rilevano ai fini della determinazione del reddito familiare che condiziona l'accesso alla misura ai sensi del precedente comma 2, lett. b), n. 2).

medesime⁶⁶ che deve essere valutata l'effettiva capacità dell'ordinamento di rispondere con istituti e regole di diritto positivo alle esigenze della dignità dell'uomo e della sua famiglia, quali si desumono dalla Costituzione italiana; e che continuano a trovare preziosa conferma in molteplici, significativi passaggi dell'Enciclica *Pacem in terris*.

⁶⁶ Che non possono, evidentemente, essere guardate in modo atomistico: pena il rischio di sopravvalutare (o sottovalutare) gli effetti concreti di ciascuna di esse.

“In attitudine di responsabilità”: la ricerca di un equilibrio tra diritti della persona e doveri di solidarietà nell’enciclica *Pacem in terris**

di

Giovanni Comazzetto**

Sommario: 1. Premessa. L’uomo come essere sociale. – 2. La solidarietà nei rapporti tra gli esseri umani e nei rapporti tra le comunità politiche. – 3. L’intreccio tra le diverse forme di solidarietà alla luce della crescente interdipendenza tra le comunità politiche. Riflessioni conclusive.

1. Premessa. L’uomo come essere sociale

Le pagine che seguono si prefiggono l’obiettivo di mettere in questione il modo in cui frequentemente è trattato sul piano della teoria costituzionale il principio giuridico di solidarietà; a dare l’abbrivio, e a segnare i passaggi fondamentali della riflessione, è l’enciclica *Pacem in terris* di Giovanni XXIII.

Dei molti presupposti ‘non pensati’ della moderna giuspubblicistica, quattro sembrano di particolare rilievo ai fini della presente riflessione: l’individualismo, la separazione tra Stato e società, la dissociazione tra diritti e doveri, la declinazione ‘negativa’ della solidarietà. Questi quattro profili sono tra loro variamente intrecciati, e i problemi che da essi sorgono si implicano vicendevolmente.

L’individualismo è un’ipoteca che grava sull’intera tradizione giuridica moderna. Esso deve tuttavia essere inteso non come sinonimo di egoismo, bensì come il portato dell’idea moderna di libertà, in forza della quale la società consiste nei rapporti di scambio tra individualità precostituite, che vedono nell’altro in primo luogo un impedimento alla propria libertà, un limite alla propria originaria e

* Il presente contributo è destinato al volume *Lettera enciclica di Giovanni XXIII Pacem in terris. Costituzioni e Carte dei diritti*, a cura di M. Bertolissi, di prossima pubblicazione per i tipi Jovene.

** Assegnista di ricerca in Diritto costituzionale – Università degli Studi di Padova.

assoluta indipendenza. In questo senso “*Impedire l’impedimento* che ciascuno esercita su tutti gli altri e viceversa, è il segreto della moderna disciplina delle passioni: l’uomo è fatto per la società solo se interviene l’artificio della legge a fissare, letteralmente, ogni singolo al suo diritto e a garantirgli un’altrimenti impossibile libertà di movimento”¹. L’immagine hobbesiana delle *corsie* esprime al meglio questa concettualità².

Nel tentativo di conciliare il diritto naturale cristiano con la teoria dei diritti dell’uomo, la *Pacem in terris* individua come fondamento “il principio che ogni essere umano è *persona*, cioè una natura dotata di intelligenza e di volontà libera; e quindi è soggetto di diritti e di doveri che scaturiscono immediatamente e simultaneamente dalla sua stessa natura; diritti e doveri che sono perciò universali, inviolabili, inalienabili”³. La distanza dai temi portanti del giusnaturalismo moderno si definisce nei riferimenti alla “intrinseca socialità”⁴ degli esseri umani, tale per cui essi “sono nati [...] per convivere e operare gli uni a bene degli altri”⁵. Se la *persona*, intesa come soggetto, fondamento e fine della vita sociale, è dunque il concetto centrale di questa concezione dell’ordine tra gli esseri umani, essa va intesa nella complessità delle sue relazioni nonché nella necessaria appartenenza a una pluralità di comunità politiche⁶. In questo senso – e qui si giunge al secondo profilo sopra citato: la separazione tra società e Stato, che contraddistingue la concettualità giuspubblicistica moderna – la creazione di una “ricca gamma” di associazioni e corpi intermedi, per il perseguimento di fini che i singoli non possono adeguatamente raggiungere se non associandosi, rappresenta “un elemento necessario e insostituibile perché sia assicurata alla persona umana una

¹ S. CHIGNOLA, *La transizione sociologica: pensare dopo la Rivoluzione*, in *Filosofia politica*, n. 2/2018, p. 308.

² Sul punto vedi G. DUSO, *La logica del potere. Storia concettuale come filosofia politica*, Polimetrica, Monza, 2007, p. 45 ss.

³ GIOVANNI XXIII, *Pacem in terris*, n. 5.

⁴ GIOVANNI XXIII, *Pacem in terris*, n. 11.

⁵ GIOVANNI XXIII, *Pacem in terris*, n. 16.

⁶ “Per il fatto che si è cittadini di una determinata comunità politica, nulla perde di contenuto la propria appartenenza, in qualità di membri, alla stessa famiglia umana; e quindi l’appartenenza, in qualità di cittadini, alla comunità mondiale” (GIOVANNI XXIII, *Pacem in terris*, n. 12).

sfera sufficiente di libertà e di responsabilità”⁷. Nella matrice teorica del moderno costituzionalismo⁸ si trova, per contro, la radice della persistente difficoltà a tenere conto, sul piano delle categorie giuridiche, dell’irriducibile pluralità delle istituzioni nelle quali si estrinseca la naturale socialità dell’uomo. Per mettere in discussione tale forma di riduzionismo occorre decostruire l’asse Stato-individuo sul quale è imperniato il diritto pubblico moderno, seguendo le intuizioni che ricorrono ad esempio nelle teorie pluraliste e istituzionaliste affermatesi a cavallo tra la fine dell’Ottocento e l’inizio del Novecento⁹. Sul punto, le pagine dell’enciclica sembrano in sintonia con l’antropologia personalistica che è sottesa ai principi fondamentali della Costituzione italiana¹⁰.

Con l’affermazione dell’indissolubile rapporto fra diritti e doveri nella stessa persona, l’enciclica sembra poi volersi porre in contrapposizione critica rispetto agli approcci che tendono a dissociare i due elementi, assegnando il primato agli uni o agli altri nella costruzione categoriale. L’articolo 29 della Dichiarazione universale dei diritti dell’uomo recita che “Ogni individuo ha dei doveri verso la comunità,

⁷ GIOVANNI XXIII, *Pacem in terris*, n. 11.

⁸ “L’interesse personale non è pericoloso; esso è isolato, e ciascuno ha il suo. La sua diversità lo rende innocuo. Il maggiore ostacolo è costituito invece dall’interesse per cui un cittadino si accorda soltanto con alcuni dei suoi consociati. Ciò permette a costoro di concertarsi, di far lega, ispira loro dei progetti pericolosi per la comunità, e ne fa i nemici pubblici più temibili [...]. Non ci si meravigli dunque se l’ordine sociale esiga con tanto rigore che i semplici cittadini non possano unirsi in *corporazioni*” (E.J. SIEYÈS, *Che cosa è il terzo stato?*, a cura di U. Cerroni, Editori Riuniti, Roma, 2016, p. 103).

⁹ Si consenta, sul punto, di rinviare alla ricostruzione fornita in G. COMAZZETTO, *La solidarietà necessaria. Metamorfosi di un principio nell’orizzonte costituzionale europeo*, Jovene, Napoli, 2023, p. 29 ss.

¹⁰ Osserva F. PIZZOLATO, *Il principio costituzionale di fraternità. Itinerario di ricerca a partire dalla Costituzione italiana*, Città Nuova, Roma, 2012, p. 113, che “secondo la concezione personalistica, ogni uomo sviluppa la sua personalità aderendo ad una serie progressiva di formazioni sociali, ad appartenenza naturale, volontaria o necessaria. L’appartenenza alla società e l’apertura relazionale sono dunque costitutive della persona e condizione ineludibile del suo sviluppo. Lo sviluppo (fisico e morale) della personalità è [...] *situato*, in quanto può avvenire solo se l’individuo si trova inserito in comunità organizzate che, secondo forme e finalità differenti, lo nutrono, lo educano, lo socializzano, gli donano un’identità [...]. Esiste dunque un insieme di condizioni sociali (il *bene comune*), materiali e spirituali, che sole rendono possibile realizzare la dignità dell’uomo. Fine indisponibile delle varie formazioni sociali e, in senso sintetico e generale, della società politica, sia essa organizzata in Stato o in Comunità internazionale, è quello di garantire che queste condizioni sociali siano realizzate. In ciò risiede il fondamento antropologico dello Stato sociale, di uno Stato cioè che interviene nei meccanismi sociali, per garantire che siano conformi al bene comune”.

nella quale soltanto è possibile il libero e pieno sviluppo della sua personalità”¹¹. Nel corso del dibattito in Assemblea Costituente, La Pira aveva proposto di inserire nella Costituzione il seguente articolo: “L’autonomia del singolo e le singole libertà in cui essa si concreta [...] debbono essere esercitate per l’affermazione e il perfezionamento della persona in armonia con le esigenze del bene comune e per il continuo incremento di esso nella solidarietà sociale. Pertanto ogni libertà è fondamento di responsabilità”¹². Sebbene non accolto nel testo definitivo, il nesso tra libertà e responsabilità sembra potersi desumere da diversi altri riferimenti, alla luce dei quali si può affermare che sia nella Dichiarazione universale sia nella Costituzione italiana la persona non è il soggetto ‘irrelato’ delle costituzioni liberali ottocentesche, essendo piuttosto intesa nella sua costitutiva socialità e irrinunciabile relazionalità, cui gli stessi diritti e libertà sono orientati. Come si osserva nell’enciclica, “Coloro [...] che, mentre rivendicano i propri diritti, dimenticano o non mettono nel debito rilievo i rispettivi doveri, corrono il pericolo di costruire con una mano e distruggere con l’altra”¹³.

Il modo in cui siffatti doveri sono adempiuti costituisce – e qui si giunge al quarto profilo summenzionato – un nodo particolarmente problematico di qualsivoglia riflessione sul tema. La naturale socialità dell’essere umano comporta “che ognuno porti generosamente il suo contributo alla creazione di ambienti umani, in cui diritti e doveri siano sostanzianti da contenuti sempre più ricchi. Non basta, ad esempio, riconoscere e rispettare in ogni essere umano il diritto ai mezzi di sussistenza: occorre pure che ci si adoperi, secondo le proprie forze, perché ogni essere umano disponga di mezzi di sussistenza in misura sufficiente”¹⁴. Non è sufficiente che la convivenza sia ordinata e che ciascuno rispetti la sfera di libertà altrui: essa deve essere anche “feconda di bene”. Si pone allora il problema di come

¹¹ Su tale articolo v. le osservazioni di M. BERTOLISSI, *Ultima Lectio*, in G. BERGONZINI, F. PIZZOLATO, G. RIVOCSECCI, G. TIEGHI (a cura di), *Libertà Giovani Responsabilità. Scritti in onore di Mario Bertolissi*, Jovene, Napoli, 2020, p. 398 ss.

¹² Assemblea Costituente, Prima Sottocommissione, sed. 1 ottobre 1946, p. 165. Sul concetto di “finalizzazione della libertà” vedi F. PIZZOLATO, *Finalismo dello Stato e sistema dei diritti nella Costituzione italiana*, Vita e Pensiero, Milano, 1999.

¹³ GIOVANNI XXIII, *Pacem in terris*, n. 15.

¹⁴ GIOVANNI XXIII, *Pacem in terris*, n. 16.

determinare, sul piano giuridico, un complesso di doveri di collaborazione che non possono essere 'imposti' in forza della mera coercizione, ma neppure considerati del tutto rimessi alla spontanea iniziativa del singolo. Nei rapporti della convivenza "i diritti vanno esercitati, i doveri vanno compiuti, le mille forme di collaborazione vanno attuate specialmente in virtù di decisioni personali; prese cioè per convinzione, di propria iniziativa, *in attitudine di responsabilità*, e non in forza di coercizioni o pressioni provenienti soprattutto dall'esterno"¹⁵. Nella definizione dello statuto di questi doveri di solidarietà sembra giocare la possibilità di far acquisire a tale concetto un pieno valore giuridico, non riconosciuto in modo adeguato dalla concettualità giuspubblicistica imperniata sulla triade individuo-Stato-sovranià¹⁶.

2. La solidarietà nei rapporti tra gli esseri umani e nei rapporti tra le comunità politiche

Una convivenza fondata solo su rapporti di forza "non è umana"¹⁷. L'autorità che solo sulla forza fondasse la sua azione, perderebbe ogni connessione con l'ordine morale e degenererebbe in sopruso¹⁸. Pertanto, essa deve "in primo luogo, fare appello alla coscienza, al dovere cioè che ognuno ha di portare volenterosamente il suo contributo al bene di tutti"¹⁹. All'attuazione del bene comune debbono concorrere, in diverso grado e misura, tutti gli esseri umani e tutti i corpi intermedi; si tratta inoltre del compito precipuo e fondamentale del potere pubblico. Il bene comune, dice Giovanni XXIII nell'enciclica *Mater et magistra*, consiste "nell'insieme di quelle condizioni sociali che consentono e favoriscono negli esseri umani lo sviluppo integrale della loro persona"²⁰. Nell'epoca moderna l'attuazione del bene comune passa necessariamente attraverso la tutela dei diritti della persona e l'agevolazione dell'adempimento dei corrispettivi doveri. Il compito del potere

¹⁵ GIOVANNI XXIII, *Pacem in terris*, n. 17 (cors. ns.).

¹⁶ Si consenta di rinviare nuovamente a G. COMAZZETTO, *La solidarietà necessaria*, cit., p. 118 ss.

¹⁷ GIOVANNI XXIII, *Pacem in terris*, n. 17.

¹⁸ GIOVANNI XXIII, *Pacem in terris*, n. 30.

¹⁹ GIOVANNI XXIII, *Pacem in terris*, n. 28.

²⁰ GIOVANNI XXIII, *Mater et magistra*, n. 51.

pubblico, in ogni caso, non si esaurisce nel complesso di attività in forza delle quali l'esercizio dei diritti degli uni non minaccia od ostacola l'esercizio dei diritti degli altri, ovvero nella tutela e nel ripristino dei diritti violati. Occorre che i poteri pubblici "contribuiscano positivamente alla creazione di un ambiente umano nel quale a tutti i membri del corpo sociale sia reso possibile e facilitato l'effettivo esercizio degli accennati diritti, come pure l'adempimento dei rispettivi doveri"²¹.

Per molti versi, gli esempi adottati da Giovanni XXIII nel senso di una appropriata azione dei pubblici poteri sono coerenti con il modello di Stato sociale attestato nelle costituzioni secondo-novecentesche: sono menzionati servizi essenziali quali le infrastrutture, le comunicazioni, l'assistenza sanitaria, l'istruzione, i sistemi assicurativi; una remunerazione del lavoro improntata a criteri di giustizia ed equità; l'accesso generalizzato ai beni della cultura. Il potere pubblico, peraltro, deve promuovere tanto la prosperità materiale che i beni spirituali²². Tale attività di tutela e promozione dei diritti, volta a rimediare agli squilibri economici e sociali che rischiano di svuotarli di contenuto, appare decisiva affinché possa darsi quell'adempimento *consapevole e libero*, da parte di ciascuno, dei doveri di solidarietà, nei quali si sostanzia la mutua collaborazione connessa alla costitutiva socialità dell'essere umano. Tale adempimento non si può evidentemente richiedere a chi non disponga in misura sufficiente di mezzi di sussistenza, o veda altrimenti lesa e menomata la propria dignità. *Homo sine pecunia imago mortis*, si potrebbe dire ricordando un noto brocardo²³. Ecco allora che sembra configurarsi un rapporto osmotico tra l'azione "positiva" del pubblico potere, orientata al bene comune, e l'esigibilità dei doveri di solidarietà, che risultano – secondo una contraddizione solo apparente – *tanto più cogenti e insieme tanto più spontaneamente adempiuti quanto più sono rafforzate le condizioni sociali che realizzano i principi di libertà e uguaglianza* stabiliti dalle moderne carte dei diritti.

²¹ GIOVANNI XXIII, *Pacem in terris*, n. 38.

²² GIOVANNI XXIII, *Pacem in terris*, n. 35.

²³ Lo riporta M. BERTOLISSI, *I cittadini azionisti della città*, in F. PIZZOLATO, G. RIVOCCHI, A. SCALONE (a cura di), *La città oltre lo Stato*, Giappichelli, Torino, 2022, p. 25.

A principi non dissimili debbono improntarsi i rapporti tra le comunità politiche; ciò perché anche nella disciplina di questi ultimi l'autorità va esercitata per attuare il bene comune, al fine di innalzare l'ordine tra le comunità "sulla rupe incrollabile della legge morale"²⁴. I rapporti tra le comunità vanno allora regolati nella verità e secondo giustizia, implicando ad esempio quest'ultima che non si possano perseguire i propri interessi a danno delle altre comunità, comprimendole od opprimendole²⁵. Anche qui, tuttavia, emerge un'accezione più ricca e originale del principio di solidarietà, tale per cui non solo a ciascuna comunità umana non è lecito accentuare le proprie peculiarità (siano esse di carattere etnico, linguistico, storico, etc.) e trasformarsi in uno "scompartimento stagno in cui degli esseri umani vengano impediti di comunicare con gli esseri umani appartenenti a gruppi etnici differenti"²⁶; ma occorre altresì che quei rapporti siano "vivificati dall'operante solidarietà attraverso le mille forme di collaborazione economica, sociale, politica, culturale, sanitaria, sportiva"²⁷. Il bene comune perseguito dai poteri pubblici non può allora essere inteso come riferito in via esclusiva ai componenti della comunità nazionale, essendo esso piuttosto un elemento del bene comune dell'intera famiglia umana. Ciò importa che la portata prescrittiva del principio di solidarietà non si possa limitare all'idea che le singole comunità politiche perseguano i propri interessi senza danneggiarsi le une le altre, in quanto è altresì necessario che esse "mettano pure in comune l'opera loro quando ciò sia indispensabile per il raggiungimento di obiettivi altrimenti non raggiungibili: nel qual caso però occorre usare ogni riguardo perché ciò che torna di utilità a un gruppo di comunità politiche, non sia di nocimento ad altre, ma abbia anche su esse riflessi positivi"²⁸.

3. L'intreccio tra le diverse forme di solidarietà alla luce della crescente interdipendenza tra le comunità politiche. Riflessioni conclusive

²⁴ GIOVANNI XXIII, *Pacem in terris*, n. 48.

²⁵ GIOVANNI XXIII, *Pacem in terris*, n. 51.

²⁶ GIOVANNI XXIII, *Pacem in terris*, n. 53.

²⁷ GIOVANNI XXIII, *Pacem in terris*, n. 54.

²⁸ GIOVANNI XXIII, *Pacem in terris*, n. 54.

La circolazione di idee, uomini e cose si è notevolmente accentuata, così come l'interdipendenza tra le economie nazionali, al punto che "nessuna comunità politica è oggi in grado di perseguire i suoi interessi e di svilupparli chiudendosi in se stessa; giacché il grado della sua prosperità e del suo sviluppo sono pure il riflesso e una componente del grado di prosperità e dello sviluppo di tutte le altre comunità politiche"²⁹. Si nota tuttavia uno scarto tra i problemi "complessi, gravissimi, estremamente urgenti, specialmente per ciò che riguarda la sicurezza e la pace mondiale", e la capacità d'azione dei poteri pubblici delle singole comunità politiche, che "non sono più in grado di affrontare e risolvere gli accennati problemi adeguatamente; e ciò non tanto per mancanza di buona volontà o di iniziativa, ma a motivo di una loro deficienza strutturale"³⁰. Si tratta allora di istituire nuovi poteri pubblici all'altezza dei problemi che si danno nella contemporaneità, poteri in grado di tradurre nella realtà i contenuti del bene comune universale, necessariamente mutati nell'evolversi storico della convivenza. Si tratta di poteri che debbono essere istituiti di comune accordo, e non certo con la forza: si corre infatti il rischio che le nazioni più potenti impongano un'autorità mondiale che si fa strumento di interessi particolaristici e non del bene comune universale³¹. Siffatti poteri debbono in ogni caso rispettare e tutelare i diritti della persona, e agire in ossequio al principio dell'uguaglianza e pari dignità di tutte le comunità politiche. A regolare la portata e i limiti della loro azione è poi il principio di sussidiarietà: essi infatti "non hanno lo scopo di limitare la sfera di azione ai poteri pubblici delle singole comunità politiche e tanto meno di sostituirsi ad essi; hanno invece lo scopo di contribuire alla creazione, su piano mondiale, di un ambiente nel quale i poteri pubblici delle singole comunità politiche, i rispettivi cittadini e i corpi intermedi possano svolgere i loro compiti, adempiere i loro doveri, esercitare i loro diritti con maggiore sicurezza"³².

²⁹ GIOVANNI XXIII, *Pacem in terris*, n. 68.

³⁰ GIOVANNI XXIII, *Pacem in terris*, n. 70.

³¹ GIOVANNI XXIII, *Pacem in terris*, n. 72.

³² GIOVANNI XXIII, *Pacem in terris*, n. 74.

Tre aspetti si possono conclusivamente (e sinteticamente) trattare, sulla base di quanto fin qui osservato.

La generica solidarietà umana si intreccia con altre, diverse e più specifiche forme di solidarietà, che si realizzano nell'ambito di comunità come famiglie, corpi intermedi e Stati. Qual è il rapporto tra tali diversi piani, e come si risolvono gli eventuali conflitti tra solidarietà? Gli studi sul concetto sembrano gravati dal cosiddetto "nazionalismo metodologico"³³, che ostacola l'apertura (o meglio, lo "sfondamento") del concetto oltre l'orizzonte particolare di ciascuna comunità nazionale.

Il riferimento a poteri pubblici sovranazionali dà poi l'abbrivio a una considerazione della forma politica adeguata alla dimensione globale dei problemi che si stagliano nella realtà odierna. Tale forma politica, fondata sull'accordo piuttosto che sull'uso della forza, sembra delinearsi secondo caratteri che nella riflessione giuridica hanno generalmente orbitato nella concettualità federalistica. Una forma politica *federale*, dunque, che non si limiti a replicare su scala più alta tratti – quali la sovranità statale e la limitazione della guerra – che ineluttabilmente si associano allo *jus publicum europaeum*³⁴. È tuttavia opportuno domandarsi se l'invenzione di una siffatta forma politica a livello mondiale non determini necessariamente – pena l'inanità dello sforzo complessivo – una radicale messa in discussione del modo in cui si pensa tuttora la democrazia a livello degli Stati nazionali³⁵.

Ci si deve infine chiedere se il principio di solidarietà "positiva" enucleato nell'enciclica fin qui commentata non possa utilmente orientare una critica al modo in cui la solidarietà è pensata all'interno dell'attuale modello sociale europeo. Si è parlato lucidamente di una torsione "mercantilistica"³⁶ della solidarietà, ormai

³³ L'espressione è stata diffusa da U. BECK, *Che cos'è la globalizzazione? Rischi e prospettive della società planetaria*, Carocci, Roma, 1999, p. 87 ss.

³⁴ Sul tema rimane centrale la riflessione di C. SCHMITT, *Il Nomos della Terra nel diritto internazionale dello «jus publicum Europaeum»*, Adelphi, Milano, 1991.

³⁵ Vedi G. DUSO, *Reinventare la democrazia. Dal popolo sovrano all'agire politico dei cittadini*, FrancoAngeli, Milano, 2022.

³⁶ L. COBBE, *Solidarietà in movimento. Politica, sociologia e diritto tra welfare e globalizzazione*, in *Scienza & Politica*, vol. XXVI, n. 51, 2014, p. 11.

sempre meno connotata in senso redistributivo e piuttosto orientata in termini competitivi³⁷, tali per cui, ad esempio, “gli Stati membri dell’Unione europea formano una ‘comunità di solidarietà’ solo nel senso specifico che la stabilità della moneta comune viene credibilmente e permanentemente assicurata grazie ad una stretta disciplina dei vincoli di bilancio di tutti i paesi che vi prendono parte”³⁸. Per quanto concerne invece l’evoluzione del diritto del lavoro, nel nuovo mondo della *flexicurity* l’obiettivo della “attivazione” del soggetto svantaggiato si connota per una “arcigna condizionalità nell’accesso a prestazioni sociali ridotte, in una logica di sostanziale affievolimento dei diritti, subordinati alla attiva disponibilità dell’assistito, pienamente responsabilizzato, ad accettare qualunque offerta di lavoro, anche scarsamente qualificato e retribuito”³⁹. Non vi è chi non veda come queste forme di precarizzazione e dequalificazione del lavoro incidano notevolmente sulla nozione dinamica e progressiva della solidarietà che ha connotato per decenni i sistemi europei di *welfare*, i quali poggiavano su una visione della società la cui unità poggiava sul processo (non privo di aspetti discutibili, connessi a rigidità e a meccanismi di controllo sociale) di integrazione costante della pluralità di aggregazioni e interessi che insistevano sui territori nazionali. Nel nuovo modello sociale europeo è minato “quel legame tra il dovere di contribuire e il diritto di beneficiare di servizi e prestazioni che ha rappresentato per tutto il Novecento uno dei principali argini alla disintegrazione e polarizzazione dell’unità sociale. Sempre più individui sono chiamati a sacrificarsi in nome della società senza però godere di una qualche forma di reciprocità in termini di salario, reddito e prestazioni”⁴⁰.

Nessuna solidarietà sembra pensabile senza una qualche forma di territorializzazione, ma di fronte alla destrutturazione dei poteri pubblici nazionali e all’assenza di un governo adeguato dei processi a livello globale, nuove forme di legame societario faticano a consolidarsi. Mancano, probabilmente, le stesse

³⁷ W. STREECK, *Il modello sociale europeo: dalla redistribuzione alla solidarietà competitiva*, in *Stato e mercato*, n. 58, 2000, pp. 3-24.

³⁸ S. GIUBBONI, *Solidarietà*, in *Politica del diritto*, n. 4/2012, p. 547.

³⁹ S. GIUBBONI, *Solidarietà*, cit., p. 552.

⁴⁰ L. COBBE, *Solidarietà in movimento*, cit., p. 12.

categorie analitiche per dare ad esse un nome. Il compito che ci attende è, evidentemente, immenso; d'altro canto, il problema dell'adeguazione della realtà sociale alle esigenze obiettive della giustizia "non ammette mai una soluzione definitiva"⁴¹.

⁴¹ GIOVANNI XXIII, *Pacem in terris*, n. 81.

La *Pacem in terris*, lo “Stato del valore umano” di Aldo Moro e la Costituzione*

di

Giacomo Menegatto**

Sommario: 1. Premessa: “Il sabato è stato fatto per l’uomo”. – 2. La concezione umanistica dello Stato e del diritto nella *Pacem in terris*. – 3. Aldo Moro: “l’uomo è al centro”. – 4. *En passant*: “lo spirito di Camaldoli”. – 5. Riflessioni conclusive, anche attraverso la giurisprudenza costituzionale.

1. Premessa: “Il sabato è stato fatto per l’uomo”

In un celeberrimo passo del Vangelo di Marco¹, si legge di Gesù che – per il solo fatto di essere stato avvistato, in compagnia dei suoi discepoli, all’atto di raccogliere delle spighe lungo un campo di grano – viene redarguito dai farisei, che gli contestano di compiere, “in giorno di sabato”, “quello che non è lecito”². Ad una tale osservazione, Gesù – dopo aver rievocato un antico episodio, avente quale protagonista Davide³ – replica, sentenziando che “Il sabato è stato fatto per l’uomo e non l’uomo per il sabato”. Ed ancor più sorprendente appare, forse, il passo

* Il presente contributo è destinato al volume *Lettera enciclica di Giovanni XXIII Pacem in terris. Costituzioni e Carte dei diritti*, a cura di M. Bertolissi, di prossima pubblicazione per i tipi Jovene.

** Dottorando di ricerca in Giurisprudenza (Diritto costituzionale) – Università degli Studi di Padova.

¹ MARCO, 2, 23-28.

² Come, infatti, si legge in *Esodo*, 34, 21-22, “Per sei giorni lavorerai, ma nel settimo riposerai; dovrai riposare anche nel tempo dell’aratura e della mietitura. – Celebrerai anche la festa della settimana, la festa cioè delle primizie della mietitura del frumento e la festa del raccolto al volgere dell’anno”.

³ “Non avete mai letto quello che fece Davide quando si trovò nel bisogno e lui e i suoi compagni ebbero fame? Sotto il sommo sacerdote Abiatà, entrò nella casa di Dio e mangiò i pani dell’offerta, che non è lecito mangiare se non ai sacerdoti, e ne diede anche ai suoi compagni!” (MARCO, 2, 25-27). Cfr. quanto viene narrato nel *Primo Libro di Samuele*, 21, 1-6.

successivo⁴, nel quale Gesù – anticipando le critiche dei saggi, pronti a taciarlo di eterodossia, qualora avesse accettato di guarire la mano di un paralitico, nel giorno sacro agli ebrei – domandò loro: “È lecito (...) di sabato fare del bene o fare del male, salvare una vita o ucciderla?”; e, “rattristato per la durezza dei loro cuori”, dopo averli guardati “con indignazione”, stese la sua opera salvifica sull’arto malato dell’uomo.

L’enunciazione di Gesù – “proverbiale, lapidaria e folgorante, idealmente legata alla spiritualità dei profeti, per i quali culto e vita non possono escludersi”⁵ – costituisce, in tutta evidenza, una direttrice imprescindibile anche per il giurista, chiamato non già ad interpretare il proprio ruolo in termini pressoché meccanicistici, quale “ancillare esegeta di un testo legislativo scambiato per un testo sacro”⁶, bensì a concepire il diritto quale “scienza dell’uomo e delle organizzazioni sociali”, della quale occorre fornire una lettura – prima ancora che “realistica” – anzitutto “umanistica”⁷: perché, coerentemente con il principio personalista consacrato tra le righe dell’art. 2 Cost. – ma anche in conformità all’insegnamento evangelico –, “non l’uomo è in funzione dello Stato ma quest’ultimo in funzione dell’uomo, nel senso che suo fine è di assicurare lo svolgimento della persona umana e di garantirne i diritti”⁸.

⁴ MARCO, 3, 1-6.

⁵ Così la definisce G. RAVASI, *Biografia di Gesù. Secondo i Vangeli*, Raffaello Cortina Editore, Milano, 2021, p. 53.

⁶ P. GROSSI, *Prima lezione di diritto*, Laterza, Roma-Bari, 2003, p. 112.

⁷ E. CHELI, *Introduzione a L. PALADIN, Per una storia costituzionale dell’Italia repubblicana*, il Mulino, Bologna, 2004, p. 10, ove si ricorda che l’illustre costituzionalista triestino “viene a collocarsi tra coloro che più hanno contribuito a (...) favorire il progressivo e consapevole spostamento della scienza costituzionale dal terreno delle analisi normative a quello delle dinamiche istituzionali, senza mai rinunciare al rigore delle categorie proprie del giurista”.

⁸ C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, I, Cedam, Padova, 1975, p. 155. Tali diritti “sono involabili, tali cioè che, se riconosciuti espressamente o comunque deducibili dalla Costituzione, non possono venir meno neppure ricorrendo al procedimento di revisione costituzionale, in quanto formano il nucleo intangibile, destinato a contrassegnare la specie di aggregazione statale cui si è voluto dar vita”.

Infatti, come ricorda M. BERTOLISSI, *Livio Paladin. Appunti riflessioni ricordi di un allievo*, Jovene, Napoli, 2015, p. 102, il “Diritto” – “cui dovrebbe ispirarsi il diritto positivo: instabile, storicamente determinato e condizionato, umano” – è “Concepito per l’uomo da parte di alcuni uomini, per durare nel tempo: perché, in questo contesto, la certezza diviene un valore e non è disvalore”.

In generale e più ampiamente, v., sul punto, F. PIZZOLATO, *Finalismo dello Stato e sistema dei diritti nella Costituzione italiana*, Vita e Pensiero, Milano, 1999, spec. pp. 121 ss.

In una sola espressione: “Il fine è l’uomo”⁹. Meglio: il fine *deve essere* l’uomo. Certo, le regole *servono all’uomo* – nel senso che, sin dai primordi della civiltà, gli permettono di convivere ordinatamente con i propri simili¹⁰ – ma, prima ancora, le medesime sono chiamate a *servire l’uomo* e, dunque, ad essere in funzione del suo bene. Del resto, proprio in questa direzione ha inteso muoversi il Costituente, allorché ha scelto di “porre a base di tutto il sistema dei rapporti fra Stato e singoli l’esigenza del rispetto della persona, della ‘dignità’ corrispondente alla qualità di *uomo* come tale, quale che sia la posizione sociale da esso rivestita”¹¹.

Si tratta di una prospettiva tanto essenziale, quanto rivoluzionaria, alla quale Giovanni XXIII – nell’ambito delle riflessioni confluite all’interno dell’enciclica *Pacem in terris* – si richiama di continuo, dall’esordio sino a giungere ai richiami pastorali che ne segnano la conclusione.

Invero, l’enciclica giovannea – non a caso, la prima ad essere stata indirizzata non solo ai credenti, bensì a “tutti gli uomini di buona volontà”¹² – non si esaurisce (come sovente pare ritenere la vulgata) in una riflessione dedicata alla pace e alla guerra, ma rappresenta un’impareggiabile lezione di diritto pubblico generale¹³,

⁹ A. MORO, *Il fine è l’uomo*, Edizioni di Comunità, Bologna, 2018. Questo il sottotitolo: “Non abbiamo bisogno di una politica tiepida e ingiusta ma di una politica che sia intensamente umana”.

¹⁰ Cfr. T. HOBBS, *Leviatano*, con un saggio introduttivo di C. Galli e traduzione di G. Micheli, Bur, Milano, 2018, p. 177: “La causa finale, il fine o il disegno degli uomini (...) nell’introdurre quella restrizione su loro stessi (in cui li vediamo vivere negli stati) è la previsione di ottenere con quel mezzo la propria preservazione e una vita più soddisfacente, vale a dire, di uscire da quella miserabile condizione di guerra, che è necessariamente conseguente (...) alle passioni naturali degli uomini, quando non c’è un potere visibile per tenerli in soggezione (...)”; J. LOCKE, *Il secondo trattato sul governo*, con introduzione di T. Magri e traduzione di A. Gialluca, Bur, Milano, 2018, p. 189: “Il solo modo in cui un uomo si spoglia della sua libertà naturale e assume su di sé i vincoli della società civile, consiste nell’accordarsi con altri uomini per associarsi e unirsi in una comunità al fine di vivere gli uni con gli altri in comodità, sicurezza e pace (...)”; J.J. ROUSSEAU, *Il contratto sociale*, con introduzione di A. Burgio, note di A. Marchili e traduzione di J. Bertolazzi, Feltrinelli, Milano, 2022, p. 85: “[nello stato civile] l’uomo, che fino a quel momento aveva considerato soltanto sé stesso, si vede obbligato ad agire in base ad altri principi, e a consultare la sua ragione prima di dare ascolto alle sue inclinazioni”.

¹¹ C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, cit., pp. 155-156. Il corsivo non compare nel testo originario.

¹² GIOVANNI XXIII, *Pacem in terris*, n. 91. Il testo integrale della lettera enciclica è disponibile nel sito ufficiale della Santa Sede (www.vatican.va).

¹³ Di diritto costituzionale (spec. Parte I e Parte II), oltre che, naturalmente, di diritto internazionale (spec. Parte III e Parte IV).

che – come tale – “ha molto da dire ai costituzionalisti”¹⁴ e di cui l’interprete, anche a distanza di sessant’anni, può utilmente servirsi quale prezioso strumento ermeneutico¹⁵, anche al fine di riscoprire proprio quella *matrice umanistica* cui si è, poc’anzi, fatto cenno, e di cui il fenomeno giuridico non può che essere intimamente impregnato¹⁶.

Proprio questa concezione ha ispirato la vita, il pensiero e l’impegno politico di Aldo Moro – non a caso, tra coloro che presero parte all’ideazione del lungimirante Codice di Camaldoli¹⁷ –, come emerge da scritti e da esternazioni pubbliche di vario genere e di diversa datazione, a partire da alcuni memorabili interventi che quest’ultimo tenne all’Assemblea costituente, in seno alla quale, tra l’altro, fornì un significativo apporto proprio nella redazione di quello che sarebbe divenuto l’art. 2 della Legge fondamentale: nel testo del quale, ancora oggi, non può non riecheggiare il contributo di chi – “statista”, “credente” e “martire”¹⁸ – fin dalla sua giovinezza “poneva l’uomo, ogni singolo uomo, al centro della sua visione di rinascita e di progresso civile e sociale”¹⁹.

¹⁴ G. BRUNELLI, *Diritti umani e popolo in Fratelli tutti. Una lettura costituzionalista dell’enciclica di Francesco*, in *Quad. cost.*, n. 1/2022, p. 189. Dal canto suo, M. BERTOLISSI, *Il diritto pubblico nella “Centésimus Annus”*, in *Diritto e Società*, n. 3/1992, pp. 385-386, rileva – con riguardo al documento emanato da Giovanni Paolo II nel 1991 – che “l’enciclica papale offre di sé, specialmente al cultore del diritto pubblico, un’immagine straordinariamente feconda”, dal momento che “la ‘giuridicità’ non è affatto costretta all’interno del mero dato formale (...), dovendosi considerare, accanto ad esso, il fatto costitutivo della normatività, riconducibile in linea generale alle vicende più disparate”. In senso analogo, v., del medesimo autore, *La Laudato si’ come fatto normativo*, in ID. (a cura di), *Riforme. Opinioni a confronto. Giornata di studi in ricordo di Livio Paladin*, Jovene, Napoli, 2015, pp. 49 ss.

¹⁵ Ne ho parlato, anche se con riguardo all’enciclica *Fratelli tutti* di Papa Francesco, in G. MENEGATTO, *Gemellaggi ed orizzonti relazionali delle città: qualche spunto a partire dalla “Fratelli tutti”*, in F. PIZZOLATO, G. RIVOSECCHI, A. SCALONE (a cura di), *La città oltre lo Stato*, Giappichelli, Torino, 2022, pp. 228-229.

¹⁶ Del resto, il diritto – oltre ad avere (almeno auspicabilmente) l’uomo come proprio oggetto e come proprio fine – è, altresì, “il prodotto dell’agire umano: di persone, che hanno una data cultura, una specifica tradizione, ben determinati modi di pensare, schemi concettuali frutto del tempo”: così, M. BERTOLISSI, *Il mito del buon governo*, Jovene, Napoli, 2022, p. 35.

¹⁷ V. *infra*, sub 4.

¹⁸ M. RIDOLFI, *Aldo Moro nella storia e nelle memorie della Repubblica*, in ID. (a cura di), *Aldo Moro, la storia e le memorie pubbliche*, Viella, Roma, 2022, p. 12.

¹⁹ C. DAU NOVELLI, *La pedagogia civile di Aldo Moro*, in M. RIDOLFI (a cura di), *Aldo Moro, la storia e le memorie pubbliche*, cit., p. 50: “Il suo impegno politico fu caratterizzato sempre da questa visione, da questo suo convincimento di dover umanizzare la politica per sconfiggere quei germi dei totalitarismi che avevano gravemente inquinato il corso della prima parte del

2. La concezione umanistica dello Stato e del diritto nella *Pacem in terris*

La centralità della “dignità della persona umana” e della “sua naturale perfezione”, in termini di “questione di grande importanza”, “difficilissima da realizzare”²⁰, emerge, in modo piuttosto netto, già dal discorso che Giovanni XXIII tenne in occasione della solenne apertura del Concilio ecumenico Vaticano II. Ma è, in modo particolare, l’enciclica *Pacem in terris* ad inaugurare “qualcosa che va al di là della tradizione consolidata del magistero pontificio”, vale a dire “l’immagine della persona umana come un assoluto dotato di dignità inviolabile”²¹.

Invero, l’idea della centralità dell’uomo, al pari di quella della sua dignità – concepita come essenziale presupposto di ogni diritto –, pervadono, in modo dirompente, la lettera enciclica nella sua totalità: la quale, non a caso, esordisce, nella prima parte, affermando che, “In una convivenza ordinata e feconda, va posto come fondamento il principio che ogni essere umano è *persona* (...) e quindi è soggetto di diritti e di doveri che scaturiscono immediatamente e simultaneamente dalla sua stessa natura”²².

Così, è dalla dignità umana che – nelle parole del Pontefice – traggono la propria origine alcuni dei più importanti *diritti*: non solo personali e sociali²³, ma anche di

Novecento. Moro aveva una profonda fiducia nella riserva di valori umani e spirituali degli italiani, della tradizione italiana. Il suo continuo appellarsi alla coscienza di ogni uomo e donna era come il voler sollecitare l’autentico motore intelligente di ciascuno”.

²⁰ GIOVANNI XXIII, *Solenne apertura del Concilio ecumenico Vaticano II*, 11 ottobre 1962, Sessione I. Il testo integrale del discorso è disponibile nel sito ufficiale della Santa Sede.

²¹ A. MELLONI, *Pacem in terris. Storia dell’ultima enciclica di Papa Giovanni*, Laterza, Roma-Bari, 2010, p. 69, il quale rileva che “il punto di novità non sta nel personalismo, ormai entrato nel magistero romano in una funzione limitativa, ma nel fatto che questa figura rompe lo schema precedente in base al quale era la verità ad essere titolare dei diritti (...)”; così, “l’appartenenza a Dio per creazione di ogni persona” costituisce l’uomo “in una dignità inviolabile perché anteriore ad ogni considerazione di carattere ideale, morale o ideologico” (ivi, pp. 69 e 70).

²² GIOVANNI XXIII, *Pacem in terris*, n. 5: “diritti e doveri sono perciò universali, inviolabili e inalienabili”.

²³ Così, “Ogni essere umano ha il diritto all’esistenza, all’integrità fisica, ai mezzi indispensabili e sufficienti per un dignitoso tenore di vita” (GIOVANNI XXIII, *Pacem in terris*, n. 6); “Ogni essere umano ha il diritto al rispetto della sua persona”, “alla buona reputazione”, “alla libertà nella ricerca del vero, nella manifestazione del pensiero e nella sua diffusione, nel coltivare l’arte” (ivi, n. 7); “Scaturisce pure dalla natura umana il diritto di partecipare ai beni della cultura, e quindi il diritto ad un’istruzione di base” (*ibidem*); “Ogni essere umano ha il diritto alla libertà

natura economica e politica²⁴, consacrati – *id est*, riconosciuti in quanto insiti nella natura dell'essere umano, e non autoritativamente concessi – dalla Costituzione italiana e da molte altre Leggi fondamentali. Ma v'è di più: è nella medesima dignità della persona umana che trovano scaturigine pure i *doveri*, ai quali i “diritti naturali (...) sono indissolubilmente congiunti”: infatti, tanto l'una, quanto l'altra specie di situazioni giuridiche soggettive “hanno (...) nella legge naturale, che li conferisce o che li impone, la loro radice, il loro alimento, la loro forza indistruttibile”²⁵.

Poste queste premesse, deriva che l'aspirazione principale dell'autorità statale, così come della comunità internazionale – e, dunque, dei rispettivi ordinamenti giuridici – non può che essere costituita, *in primis*, dalla valorizzazione della persona umana e della sua intrinseca dignità. Infatti, Papa Giovanni – con una formulazione che quasi ricalca il dettato dell'art. 2 Cost. – sottolinea che “i compiti precipui dei poteri pubblici consistono, soprattutto, nel riconoscere, rispettare, comporre, tutelare e promuovere quei diritti; e nel contribuire, di conseguenza, a rendere più facile l'adempimento dei rispettivi doveri”²⁶: e ciò, in nome del “bene

di movimento e di dimora nell'interno della comunità politica di cui è cittadino; e ha pure il diritto (...) di immigrare in altre comunità politiche e stabilirsi in esse” (ivi, n. 12).

²⁴ Ad esempio, “Agli esseri umani è inerente il diritto di libera iniziativa in campo economico e il diritto al lavoro” (GIOVANNI XXIII, *Pacem in terris*, n. 10); “Dalla dignità della persona scaturisce (...) il diritto di svolgere le attività economiche in attitudine di responsabilità” (*ibidem*); “Dalla dignità della persona scaturisce il diritto di prender parte attiva alla vita pubblica e addurre un apporto personale all'attuazione del bene comune” (ivi, n. 13).

²⁵ GIOVANNI XXIII, *Pacem in terris*, n. 14. Il Pontefice prosegue rilevando che “Nella convivenza umana ogni diritto naturale in una persona comporta un rispettivo dovere in tutte le altre persone: il dovere di riconoscere e rispettare quel diritto” (ivi, n. 15); nonché sottolineando che “i diritti vanno esercitati, i doveri vanno compiuti, le mille forme di collaborazione vanno attuate (...) in attitudine di responsabilità” (ivi, n. 17).

Si tratta di una constatazione tutt'altro che scontata, se è vero che, troppo spesso, la retorica dei diritti tende ad offuscare, in modo preoccupante, l'imprescindibilità di una responsabile assunzione di altrettanti doveri: v. M. BERTOLISSI, *Il mito del buon governo*, cit., p. 9, che denuncia la “naturale ripulsa, nei confronti” del termine *dovere*, “di una società, che nelle sue componenti essenziali ha preferito invocare diritti, a prescindere dai doveri. Doveri che, se si intende (...) vivere e morire con dignità, debbono essere posti al centro dell'esperienza di ciascuno”. V., sul punto, L. VIOLANTE, *Il dovere di avere doveri*, Einaudi, Torino, 2015, *passim*.

²⁶ GIOVANNI XXIII, *Pacem in terris*, n. 36. “È quindi compito fondamentale dei poteri pubblici disciplinare e comporre armonicamente i rapporti tra gli esseri umani in maniera che l'esercizio dei diritti negli uni non costituisca un ostacolo o una minaccia per l'esercizio degli stessi diritti negli altri, e si accompagna all'adempimento dei rispettivi doveri”. Richiamano il tenore dell'art.

comune”²⁷, che “non può essere determinato che avendo riguardo alla persona umana”²⁸. Analogamente, in una prospettiva di più ampio respiro, le istituzioni “della comunità mondiale devono proporsi come obiettivo fondamentale il riconoscimento, il rispetto, la tutela e la promozione dei diritti della persona”²⁹.

Di qui, il compito – la missione – di chi partecipa “attivamente alla vita pubblica”: “contribuire all’attuazione del bene comune della famiglia umana e della propria comunità politica”, adoperandosi affinché “le istituzioni a finalità economiche, sociali, culturali e politiche siano tali da non creare ostacoli, ma piuttosto facilitare o rendere meno arduo alle persone il loro perfezionamento”³⁰. In questo modo, viene “pure salvaguardata la dignità personale dei cittadini”, con la conseguenza che “la loro obbedienza ai poteri pubblici non è sudditanza di uomo a uomo, ma nel suo vero significato è un atto di omaggio a Dio creatore e provvido”³¹.

Ancora una volta: il centro nevralgico è rappresentato dalla persona. Del resto, come ha ricordato il successore di Papa Roncalli – Paolo VI – “La carità, che vuol dire amore fraterno, è il motore di tutto il progresso sociale”, così che l’impegno politico – non a caso definito, da un altro Pontefice, “forma più alta di carità”³² –

2 Cost. anche il paragrafo n. 16 (“Ciò postula che essi riconoscano e rispettino i loro vicendevoli diritti e adempiano i rispettivi doveri, ma postula pure che collaborino tra loro nelle mille forme e gradi che l’incivilimento acconsente, suggerisce, reclama”); il paragrafo n. 18 (“Ed è inoltre una convivenza che si attua secondo giustizia o nell’effettivo rispetto di quei diritti e nel leale adempimento dei rispettivi doveri”); e il paragrafo n. 35 (“il bene comune consiste ‘nell’insieme di quelle condizioni sociali che consentono e favoriscono negli esseri umani lo sviluppo integrale della loro persona”).

²⁷ Il quale “esige che i poteri pubblici, nei confronti dei diritti della persona, svolgano una duplice azione: l’una diretta a comporre e tutelare quei diritti, l’altra a promuoverli” (GIOVANNI XXIII, *Pacem in terris*, n. 40).

²⁸ GIOVANNI XXIII, *Pacem in terris*, n. 73.

²⁹ GIOVANNI XXIII, *Pacem in terris*, n. 73.

³⁰ GIOVANNI XXIII, *Pacem in terris*, n. 76.

³¹ GIOVANNI XXIII, *Pacem in terris*, n. 29: Dio, infatti, “ha disposto che i rapporti della convivenza siano regolati secondo un ordine da lui stesso stabilito; e rendendo omaggio a Dio, non ci si umilia, ma ci si eleva e ci si nobilita, giacché *servire Deo regnare est*”.

³² PIO XI, *Udienza del Santo Padre ai dirigenti della Federazione Universitaria Cattolica*, 18 dicembre 1927, in D. BERTETTO (a cura di), *Discorsi di Pio XI. 1892-1928*, Libreria Editrice Vaticana, Città del Vaticano, 1985, p. 745. In quell’occasione, il Papa (al secolo, Achille Ratti) ebbe ad osservare che “tale è il campo della politica, che riguarda gli interessi di tutte le società, e che sotto questo riguardo è il campo della più vasta carità, della carità politica, a cui si potrebbe dire null’altro, all’infuori della religione, essere superiore”.

richiede, innanzi tutto, “amore per l’uomo: l’uomo si consacra e dedica all’uomo, perché lo riconosce come suo fratello”³³. Perché, in altre parole, “tutto quello che avete fatto a uno solo di questi miei fratelli più piccoli, l’avete fatto a me”³⁴.

3. Aldo Moro: “l’uomo è al centro”

Quando la *Pacem in terris* viene emanata, l’11 aprile 1963, l’Italia si trova immersa nel frenetico clima che avvolge la vigilia delle elezioni generali, che saranno celebrate di lì a poche settimane. Aldo Moro è segretario della Democrazia cristiana³⁵; diventerà Presidente del Consiglio dei ministri³⁶ qualche mese dopo, il 5 dicembre del medesimo anno.

Non è, questa, la sede per indugiare in ordine all’accoglienza che taluni ambienti romani riservarono all’enciclica³⁷ e, in particolare, ai possibili punti di contatto tra quest’ultima e il disegno politico ‘aperturista’ tratteggiato dallo stesso Moro, e sostanzialmente sconfessato da una parte della gerarchia ecclesiastica³⁸. Quel che ci si propone, invece, è di mettere in luce la vicinanza del pensiero di Aldo Moro – giurista, Costituente, politico – in merito alla centralità della persona umana

V., del resto, la *Lettera ai Romani*, 13, 10: “La carità non fa alcun male al prossimo: pienezza della Legge infatti è la carità”.

³³ PAOLO VI, *Discorso di Sua Santità in occasione del 25° anniversario della FAO*, 16 novembre 1970, consultabile, nella sua versione integrale, nel sito ufficiale della Santa Sede.

³⁴ MATTEO, 25, 40.

³⁵ Fu segretario della Democrazia cristiana dal 1959 al 1964: v., sul punto, M. MARCHI, *Aldo Moro segretario della Democrazia cristiana. Una leadership politica in azione (1959-1964)*, in MONDO CONTEMPORANEO (a cura di), *Aldo Moro nella storia dell’Italia repubblicana*, FrancoAngeli, Milano, 2011, pp. 105 ss.

³⁶ Fu cinque volte Presidente del Consiglio dei ministri: dal 1963 al 1968, nonché dal 1974 al 1976.

³⁷ A. MELLONI, *Pacem in terris. Storia dell’ultima enciclica di Papa Giovanni*, cit., p. 89, ove si ricordano le contestazioni provenienti dal cosiddetto “partito romano”, “cioè quell’agglomerato di visioni politiche e teologiche che faceva capo ai giornali della destra, ad alcuni ambienti di curia e segnatamente al card. Ottaviani, e all’organizzazione embrionale dell’episcopato italiano presieduta dal card. Siri: tutte zone molto concentrate sul quadrante politico italiano (...)”.

³⁸ A. MELLONI, *Pacem in terris. Storia dell’ultima enciclica di Papa Giovanni*, cit., p. 89: “Chi legge l’enciclica, infatti, sente a prima vista la differenza fra le posizioni di *Pacem in terris* e il messaggio dei vescovi italiani: la conferenza episcopale lombarda (...) aveva preso la parola in febbraio per sconfessare l’apertura a sinistra, che Moro intendeva testare (...); l’organismo nazionale dei vescovi aveva pubblicato il 12 marzo una nota che sanciva il ‘dovere elettorale’ dei cattolici di votare Dc proprio contro quel disegno di Moro che l’enciclica non condanna (...)”.

nell'azione dei poteri pubblici, con il messaggio – profondamente intriso di un fervente umanesimo – contenuto nelle pagine dell'ultima enciclica giovannea, della quale si sono appena sintetizzati i passaggi all'uopo più significativi.

Nell'intraprendere un percorso siffatto, il punto di partenza non può che essere rappresentato dal dibattito, svoltosi in Assemblea costituente, in relazione, perlopiù, all'art. 2 Cost.³⁹: dibattito, nell'ambito del quale il punto di vista espresso da Moro contribuì considerevolmente a fare in modo che la disposizione in parola assumesse i connotati che oggi la caratterizzano, a cominciare dalla irrinunciabile impronta personalista, "primo dei principi fondamentali degli ordinamenti costituzionali del mondo occidentale"⁴⁰.

Se è vero che "costruire un nuovo Stato vale quanto prendere posizione intorno ad alcuni punti fondamentali inerenti alla concezione dell'uomo e del mondo"⁴¹, "il volto" della neonata Repubblica italiana – secondo Aldo Moro – deve essere definito "in senso largamente umano"⁴²: infatti, "Uno Stato non è veramente democratico se non è al servizio dell'uomo, se non ha come fine supremo la dignità, la libertà, l'autonomia della persona umana, se non è rispettoso di quelle formazioni sociali nelle quali la persona umana liberamente si svolge e nelle quali essa integra la propria personalità"⁴³. Così, il Costituente – nel porre le basi del nuovo ordinamento, fondato su di una Legge fondamentale non tiepidamente

³⁹ Per una esaustiva ricostruzione della genesi dell'art. 2 Cost., è possibile rinviare, per tutti, ad A. BARBERA, *Art. 2*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione. Principi fondamentali. Art. 1-12*, Zanichelli-II Foro Italiano, Bologna-Roma, 1975, pp. 50 ss., nonché ad E. ROSSI, *Art. 2*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, I, Utet Giuridica, Milano, 2006, pp. 38 ss.

⁴⁰ E. TOSATO, *Rapporti tra persona, società intermedie e Stato*, in G. CONCETTI (a cura di), *I diritti umani. Dottrina e prassi*, Editrice Ave, Roma, 1982, p. 695.

⁴¹ ASSEMBLEA COSTITUENTE, *Seduta di giovedì 13 marzo 1947*, p. 2039: "noi siamo membri di una comunità, la comunità del nostro Stato e vi restiamo uniti sulla base di un'elementare, semplice idea dell'uomo, la quale ci accomuna e determina un rispetto reciproco degli uni verso gli altri".

⁴² ASSEMBLEA COSTITUENTE, *Seduta di giovedì 13 marzo 1947*, p. 2042. Ma v., altresì, ivi, p. 2040, ove Moro, più ampiamente, sottolinea che i "tre pilastri, sui quali mi pare che posi il nuovo Stato italiano sono: la democrazia, in senso politico, in senso sociale ed in senso che potremmo chiamare largamente umano".

⁴³ ASSEMBLEA COSTITUENTE, *Seduta di giovedì 13 marzo 1947*, p. 2042.

afascista, ma convintamente antifascista⁴⁴ – non può che perseguire, prima di tutto, “il potenziamento della dignità umana”⁴⁵, rivendicando la “libertà della persona”, nella prospettiva, appunto, di garantire a ciascuno “un avvenire più degno”⁴⁶. A ciascuno: vale a dire, ad ogni individuo, non già, semplicemente, ad ogni cittadino. Invero, il trentenne Moro si oppose fermamente alla proposta – che pure era stata avanzata – di sostituire, nella formulazione dell’art. 2, il termine “uomo” con il termine “cittadino”, dal momento che “l’intento specifico” della disposizione in parola “è quello di mettere in luce la complessa natura dell’uomo” *tout court*, “la quale trova espressione nobilissima nelle manifestazioni politiche del cittadino, ma non si esaurisce in esse”⁴⁷.

Inoltre, lo Stato, per dirsi “veramente democratico”, è chiamato a porre alla base del suo ordinamento sì l’uomo in quanto tale, ma non concepito quale singolo individuo – “isolato” –, bensì dialetticamente inserito nell’ambito di una variegata “molteplicità” e, dunque, “associato secondo una libera vocazione sociale”: infatti, è solo “facendo riferimento all’uomo come titolare di un diritto che trova espressione nella formazione sociale” che è possibile “chiarire nettamente il

⁴⁴ Infatti, nell’opinione di Moro, “Non possiamo (...) fare una Costituzione afascista, cioè non possiamo prescindere da quello che è stato nel nostro Paese un movimento storico di importanza grandissima”, responsabile di una “lunga oppressione (...) dei valori della personalità umana e della solidarietà sociale”. “Non possiamo dimenticare quello che è stato, perché questa Costituzione oggi emerge da quella resistenza, da quella lotta, da quella negazione, per le quali (...) ora ci troviamo insieme per questo impegno di affermazione dei valori supremi della dignità umana e della vita sociale”: ASSEMBLEA COSTITUENTE, *Seduta di giovedì 13 marzo 1947*, p. 2040.

⁴⁵ ASSEMBLEA COSTITUENTE, *Seduta di giovedì 13 marzo 1947*, p. 2042.

⁴⁶ ASSEMBLEA COSTITUENTE, *Seduta di giovedì 13 marzo 1947*, p. 2044: “Certamente la rivendicazione della libertà della persona, dell’autonomia delle formazioni sociali, della democraticità dello Stato, sono rivendicazioni che noi facciamo di fronte al fascismo e contro il fascismo; sono quelle da cui emergiamo per creare un avvenire più degno. Ma non sono soltanto una motivazione (...): esse sono anche davanti a noi come mete da realizzare”.

⁴⁷ ASSEMBLEA COSTITUENTE, *Seduta pomeridiana di lunedì 24 marzo 1947*, p. 2417: l’emendamento era stato presentato dall’onorevole Rodinò. Cfr., sul punto, C. DAU NOVELLI, *La pedagogia civile di Aldo Moro*, cit., p. 51, nonché, *amplius*, L. ELIA - M. MARTINAZZOLI, *La traccia di Aldo Moro*, La Quadra, Brescia, 2002.

carattere umanistico che essenzialmente spetta” anche alle aggregazioni che la norma in oggetto si prefigge di tutelare⁴⁸.

Divenuto, nel 1959, segretario del più importante partito italiano, Aldo Moro non abbandona questa “visione fortemente umanista e umanizzata della realtà e degli impegni da intraprendere”⁴⁹, che, come si è accennato, aveva fortemente contrassegnato la sua esperienza in seno all’Assemblea costituente⁵⁰. Anzi, questa medesima convinzione si ritrova – forse ancor più consolidata – nell’intervento che lo statista tiene, a Milano, il 3 ottobre di quello stesso anno. In quell’occasione, nel relazionare in ordine all’apporto – espressamente, e non a caso, definito “missione” – che il movimento politico da lui guidato avrebbe dovuto fornire “alla fondazione e allo sviluppo dello Stato democratico in Italia”⁵¹, Moro giunge a definire la “democrazia” con parole tanto alte e profonde, quanto vicine alla dimensione quotidiana di ciascuno, che paiono in grado di compendiare limpidamente parte del suo pensiero, e che si collocano perfettamente nell’alveo di quanto, di lì a poco, sarebbe stato messo in luce anche da Papa Giovanni: invero, essa viene concepita quale “atto di rispetto per l’uomo, per ogni uomo, per tutto l’uomo, per tutte le esperienze in cui si esprime e si concreta la sua libertà”⁵². Così ragionando, lo Stato democratico – lungi dall’essere inteso quale lontano ed impersonale assetto di poteri, autoritativamente insensibile dinanzi alle esigenze del singolo cittadino – diviene “Stato del valore umano”; “Stato fondato sul prestigio di ogni uomo e che garantisce il prestigio di ogni uomo”; “Stato nel quale ogni azione è sottratta

⁴⁸ ASSEMBLEA COSTITUENTE, *Seduta pomeridiana di lunedì 24 marzo 1947*, p. 2416: “La libertà dell’uomo è pienamente garantita, se l’uomo è libero di formare degli aggregati sociali e di svilupparsi in essi”.

⁴⁹ C. DAU NOVELLI, *La pedagogia civile di Aldo Moro*, cit., p. 50.

⁵⁰ C. DAU NOVELLI, *La pedagogia civile di Aldo Moro*, cit., p. 51: oltre a quel che si è richiamato, non si dimentichi che Aldo Moro, nella prima Sottocommissione della Commissione dei Settantacinque, “intervenne” anche “sulla libertà nell’ordinamento scolastico, sull’autonomia della famiglia, sulle società segrete”; nonché, in Assemblea plenaria, “sulla libertà di stampa e sulla libertà della scuola”.

⁵¹ A. MORO, *Lo Stato del valore umano*, intervento a Milano del 3 ottobre 1959, ora in ID., *Governare per l’uomo*, a cura di M. Dau, Castelvechi, Roma, 2016, p. 75.

⁵² A. MORO, *Lo Stato del valore umano*, cit., p. 79: in questo senso, la democrazia “non può che riconoscere, difendere, arricchire, questo vasto e vario contesto sociale, non può che affrontare con serietà e fiducia il problema, certo difficile, dell’armonizzazione e delle compatibilità” delle “libere articolazioni della realtà umana”.

all'arbitrio e alla prepotenza, in cui ogni sfera d'interesse e di potere obbedisce a una rigida delimitazione di giustizia, a un criterio obiettivo e per sua natura liberatore"; "Stato in cui lo stesso potere pubblico ha la forma, la misura e il limite della legge, e la legge, come disposizione generale, è un atto di chiarezza, è un'assunzione di responsabilità, è un impegno generale e uguale", che non può non rispondere, essenzialmente, "a finalità umane"⁵³: di modo che sia possibile rinvenire lo "Stato nell'uomo" e l'"uomo nello Stato"⁵⁴.

Una prospettiva, questa, cui Moro rimane fedele anche nel momento in cui si trova a rivestire la carica di Presidente del Consiglio dei ministri, come testimoniano i temi da lui toccati nel corso del XIII Congresso nazionale della Dc, nel marzo del 1976⁵⁵, allorquando – due anni prima della sua tragica scomparsa – torna a ribadire che "l'uomo è al centro" della vita sociale e politica: così, chi è attivamente impegnato nella cosa pubblica è chiamato, innanzi tutto, a cercare e a "valorizzare l'uomo", a "sottrarlo alla tutela mortificante di uno Stato accentratore e soffocante", puntando, invece, ad una "giusta sintesi, rispettosa a un tempo delle ragioni dello Stato e dei diritti umani"⁵⁶. Più in particolare, se è vero che "le istituzioni sono a servizio dell'uomo"⁵⁷, dinanzi a chi ne fa parte si erge "Un grande compito di

⁵³ A. MORO, *Lo Stato del valore umano*, cit., pp. 80-81. Invero, "nella legge di uno Stato democratico c'è in più il processo di libertà che l'ha generata, per il dibattito da cui nasce, per la mediata e conquistata prevalenza di opinioni che la caratterizza, per la rispondenza a finalità umane, per la rispettosa adesione alla causa progressiva e inesauribile della liberazione dell'uomo".

A tale ultimo proposito, cfr. le irraggiungibili parole di Piero Calamandrei in ASSEMBLEA COSTITUENTE, *Seduta di martedì 4 marzo 1947*, p. 1755: "A noi è rimasto un compito cento volte più agevole; quello di tradurre in leggi chiare, stabili e oneste il loro" – di quanti hanno sacrificato la propria vita "per restituire all'Italia libertà e dignità" – "sogno: di una società più giusta e più umana, di una solidarietà di tutti gli uomini, alleati a debellare il dolore". V., sul punto, M. BERTOLISSI, "Rivolta fiscale", *federalismo, riforme istituzionali. Promemoria per un'Italia che cambia*, Cedam, Padova, 1997, pp. 240-241, nonché, da ultimo, ID., *Il mito del buon governo*, cit., spec. pp. 14 e 46-49.

⁵⁴ A. MORO, *Lo Stato del valore umano*, cit., p. 86: "E quindi" – prosegue – "lo Stato, con tutti i rischi di involuzione e di impoverimento morale che gli eccessi della sua organizzazione, le deformazioni della sua struttura, la sempre possibile deviazione dal suo alto fine di unità nella libertà comportano, si realizza tendenzialmente e in sempre maggior misura nello sforzo di progresso, di libertà, di umanità, di democrazia".

⁵⁵ A. MORO, *Un nuovo senso del dovere: l'uomo è al centro*, intervento al XIII Congresso nazionale della Dc, Roma, 20 marzo 1976, ora in ID., *Governare per l'uomo*, cit., pp. 269 ss.

⁵⁶ A. MORO, *Un nuovo senso del dovere: l'uomo è al centro*, cit., p. 280.

⁵⁷ A. MORO, *Un nuovo senso del dovere: l'uomo è al centro*, cit., p. 275.

autentica promozione umana”⁵⁸, conformemente – in ultima analisi – con “lo spirito della Costituzione”, le cui disposizioni rappresentano “un messaggio libertario e umano, un monito contro ogni esclusivismo e ogni sopraffazione”⁵⁹.

Il “cammino dell’uomo” si sostanzia in “un andare più in alto e avanti”⁶⁰ e, in questo incessante percorso – di progresso, ad un tempo, materiale e spirituale –, lo Stato deve essere al suo fianco.

4. *En passant*: “lo spirito di Camaldoli”

Sulla base di quanto si è, sin qui, rievocato, non stupisce che Aldo Moro – prima ancora di divenire costituente, segretario di partito, Presidente del Consiglio – sia stato, nell’estate del 1943, uno dei giovanissimi (non aveva ancora compiuto ventisette anni) intellettuali cattolici che collaborarono all’ideazione e alla prima estensione del cosiddetto Codice di Camaldoli⁶¹, fondamentale e lungimirante documento programmatico, del quale si è, di recente, celebrato l’ottantesimo anniversario⁶².

⁵⁸ A. MORO, *Un nuovo senso del dovere: l’uomo è al centro*, cit., p. 277: infatti, se, da un lato, “si deve costruire lo Stato che abbia, nella sua fedeltà alla società che esprime, strutture idonee a garantirne la indispensabile funzione”, occorre non dimenticare, altresì, che “la libertà dell’uomo, la sua dignità personale, il suo potere politico, non faranno certamente passi indietro”.

⁵⁹ A. MORO, *Un nuovo senso del dovere: l’uomo è al centro*, cit., p. 276.

⁶⁰ A. MORO, *Un nuovo senso del dovere: l’uomo è al centro*, cit., p. 276.

⁶¹ In ordine alle vicende che condussero alla sua compilazione, v., in particolare, M. DAU, *Il Codice di Camaldoli*, con i contributi di F. Bertinotti, V. Castronovo e P. Savona, Castelvechchi, Roma, 2015, spec. pp. 11 ss.

R. ROMANELLI, *L’Italia e la sua Costituzione. Una storia*, Laterza, Roma-Bari, 2023, p. 15, ricorda che, nel luglio del 1943, “sotto la guida delle autorità ecclesiastiche, si riunirono nella comunità monastica di Camaldoli, nel Casentino, i più influenti tra i successivi costituenti della Democrazia cristiana e futuri ministri, da Ezio Vanoni a Mario Ferrari Aggradi, da Paolo Emilio Taviani a Guido Gonella, a Giorgio La Pira, Giulio Andreotti, Giuseppe Medici e Giuseppe Capograssi. Tra i collaboratori figurava anche Aldo Moro, che per obblighi militari nel 1942 aveva lasciato la presidenza nazionale della FUCI a Giulio Andreotti”. In ogni caso, il principale promotore ed ideatore del documento fu Sergio Paronetto (1911-1945), al quale si deve il completamento – negli anni immediatamente successivi alla riunione camaldolese, con la collaborazione, in particolare, di Pasquale Saraceno e di Ezio Vanoni – dell’opera, pubblicata nell’aprile del 1945 con il titolo *Per la comunità cristiana. Principi dell’ordinamento economico sociale, a cura di un gruppo di studiosi amici di Camaldoli* (cfr. M. DAU, *Il Codice di Camaldoli*, cit., spec. p. 14, e R. ROMANELLI, *L’Italia e la sua Costituzione*, cit., p. 16).

⁶² Numerosi sono stati i commenti e le cronache apparsi in occasione delle celebrazioni dell’ottantesimo anniversario del Codice: v., ad esempio, I. SANNA, *Un rinnovato umanesimo*, in

Ricordare, oggi, quell'avvenimento significa – come è stato condivisibilmente notato – tornare “alle radici più intime e robuste della Costituzione: non solo un testo scritto di norme basilari, ma un vero e proprio patto rinnovato di cittadinanza democratica”⁶³. Infatti, mentre il Gran consiglio del fascismo si accingeva ad approvare l'ordine del giorno Grandi, che avrebbe decretato la destituzione di Mussolini e l'inizio di una fase inedita nella vita del Paese, alcuni di coloro che sarebbero divenuti protagonisti assoluti della scena politica e istituzionale repubblicana – “uomini e donne animati da una fede senza orpelli, discepoli di quella religione delle coscienze che si nutriva del realismo evangelico e della quotidiana coscienza del vero”⁶⁴ – si incontravano tra le mura del monastero aretino, per gettare le basi ispiratrici del nuovo ordinamento democratico⁶⁵, attraverso l'elaborazione di un documento che non fu “utilizzato per costruire egemonie o per contrapporsi con ideologie ad altre ideologie”, ma fu “ispirato” e “scritto da uomini per la vita degli altri uomini”, e “perciò facilmente accettato come trama armonica e rispettosa delle diversità e delle peculiarità”⁶⁶.

Un documento – articolato in novantanove proposizioni, afferenti a sette diversi ambiti⁶⁷ –, che, dunque, pone, ancora una volta, l'uomo al centro delle proprie

Avvenire, 21 luglio 2023, pp. 1 e 18; nonché M. MARCELLI, *Impegno politico, il metodo del Codice: leggere la realtà per orientare il futuro*, ivi, 23 luglio 2023, p. 5, e G. NOTARSTEFANO, *Ritrovare lo spirito di Camaldoli per una politica della prossimità*, ivi, p. 17.

⁶³ M. DAU, *Il Codice di Camaldoli*, cit., p. 5. Di questa opinione è lo stesso Presidente della Repubblica, Sergio Mattarella, il quale ha ricordato che “Da Camaldoli vengono orientamenti basilari, che riscontriamo oggi nel nostro ordinamento”: “L'affermazione della dignità della persona e del suo primato rispetto allo Stato – con il rifiuto di ogni concezione assolutistica della politica – e il principio della pace” (v. “Da Camaldoli lezione per il presente”. Mattarella: lì vennero fissati il primato della persona e della pace. Oggi la prolusione di Zuppi, in *Avvenire*, 21 luglio 2023, p. 6).

⁶⁴ M. DAU, *Il Codice di Camaldoli*, cit., p. 6.

⁶⁵ M. DAU, *Il Codice di Camaldoli*, cit., p. 5, ricorda, infatti, che “Chi scrisse il Codice aveva già chiaro un organico ed evoluto disegno della nostra nuova vita nazionale, dove il lavoro è senz'altro un diritto ma anche un dovere di concorrere allo sviluppo sociale, dove ciascuno avrebbe potuto svolgere e plasmare la propria personalità attraverso la partecipazione a un pluralismo di formazioni sociali e istituzionali, dove la Repubblica attraverso lo Stato assume il compito sacro di rimuovere gli ostacoli di ogni natura che limitano la libertà individuale”.

⁶⁶ M. DAU, *Il Codice di Camaldoli*, cit., p. 7.

⁶⁷ M. DAU, *Il Codice di Camaldoli*, cit., p. 42: “Dopo una premessa sulla società e i destini dell'uomo, il Codice delinea sette diversi ambiti fondamentali, dettando indicazioni di principio e vere e proprie linee di lavoro: lo Stato, la famiglia, l'educazione, il lavoro, la produzione e lo scambio, l'attività economica, la vita internazionale”.

enunciazioni, proponendo la riscoperta di un “dinamico e rinnovato umanesimo”, finalizzato ad una “concezione integrale della persona come relazione aperta e non come monade ripiegata: aperta (e dunque responsabile) verso gli altri, verso l’ambiente, verso Dio”⁶⁸.

Così – per limitarsi soltanto al richiamo di alcuni, significativi passaggi cruciali –, il Codice (in perfetta linea con quanto – vent’anni dopo – verrà cristallizzato tra le pagine della *Pacem in terris*) esordisce proprio con un riferimento all’uomo, definito, “per sua natura”, “un essere socievole”: “sussiste cioè fra gli uomini una naturale solidarietà, fratellanza e complementarietà per cui le esigenze delle singole personalità non possono essere pienamente soddisfatte che nella società”⁶⁹, nell’ambito della quale – se è vero che “Tutte le forme dell’attività umana (...) sono regolate da leggi proprie intrinseche a ciascuna” – è altrettanto vero che “ognuna di esse è”, nondimeno, “ordinata alla vita spirituale dell’uomo e al suo fine ultimo”, e “tutte debbono operare in modo da non porre ostacolo al compimento del destino soprannaturale dell’uomo” medesimo⁷⁰. Del resto – secondo i compilatori del documento –, è proprio nell’intelligenza e nella moralità della persona umana che risiede la dignità di quest’ultima, e tale duplice prerogativa le consente, appunto, di essere sia consapevole “di avere per proprio fine il fine ultimo dell’universo” (vale a dire, “conoscere ed amare Dio e quindi conoscere ed amare”, con lui, “gli altri esseri intelligenti e morali”), sia capace di dominare i propri istinti⁷¹.

Di qui – da “questa intrinseca dignità e finalità dell’uomo” –, derivano, da un lato, i principi fondamentali, sui quali dovrebbe reggersi una società: *in primis*, quello secondo cui “l’individuo umano”, “in quanto essenzialmente ordinato a Dio”, “ha un valore assoluto”, che rappresenta “la radice e il fondamento di tutti i suoi doveri e diritti e della sua inalienabile libertà”⁷²; d’altro lato, lo scopo stesso del vivere in

⁶⁸ I. SANNA, *Un rinnovato umanesimo*, cit., p. 18.

⁶⁹ *Codice di Camaldoli*, n. 1 (“La società e il destino dell’uomo”), che così prosegue: “I fenomeni sociali non sono pertanto che attività umane. Per conoscerli e per trattarli è necessario conoscere la natura umana, l’origine, il valore, il destino dell’uomo, e i fattori di ordine fisico, psicologico, morale, sociale, che operano su di lui”.

⁷⁰ *Codice di Camaldoli*, n. 1.

⁷¹ *Codice di Camaldoli*, n. 2 (“Dignità dell’uomo”).

⁷² *Codice di Camaldoli*, n. 3 (“Fondamenti della coscienza individuale e sociale dell’uomo”).

forma aggregata, costituito, essenzialmente, dalla “conservazione”, dallo “sviluppo” e dal “perfezionamento dell’uomo”⁷³: dunque, dalla “assoluta esigenza di mantenere illeso e salvaguardare in ogni momento (...) l’individuo in questo suo valore supremo e nel suo destino infinito”⁷⁴.

Coerentemente rispetto ad una tale impostazione, lo Stato – nell’opinione degli estensori del manifesto camaldolese – “ha dei suoi fini specifici, che, qualunque siano gli altri fini che le circostanze storiche gli impongono di assumere, è tenuto”, nondimeno, “a realizzare”. Tra questi, figurano la necessità di “garantire i diritti di tutti gli individui e delle comunità e società che essi formano, dirette a realizzare i loro interessi e fini umani, onde assicurare l’armonia e l’azione reciproca degli individui, delle famiglie e delle forze sociali”, nonché l’opportunità di “provvedere agli interessi che sono comuni a tutti, e che soltanto con la collaborazione di tutti possono essere soddisfatti”⁷⁵: in un’unica espressione, ancora una volta, “lo Stato ha per proprio connaturale fine il bene comune”⁷⁶. E, per parte sua, “Il diritto consiste nella piena esistenza ed affermazione” delle libertà fondamentali “per tutti

⁷³ *Codice di Camaldoli*, n. 3: pertanto, “fine di ogni sistema educativo e politico è di far conoscere praticamente all’individuo questa dignità e abituarlo a rispettarla in sé e negli altri e a farla rispettare”. Così, “rispettare negli altri la eguale dignità dell’uomo significa obbedire alla parola dell’Apostolo ‘*fiat aequalitas*’, sentire che tutti gli altri uomini qualunque sia la loro condizione sono eguali, aventi la stessa natura, capaci delle stesse virtù, chiamati allo stesso destino, destinati alla stessa salvezza”. E ciò “non è qualcosa di negativo ma di essenzialmente positivo: significa amare gli altri in modo da fare ognuno di essi eguale a noi, cercando per quanto in noi di procurare agli altri gli aiuti perché le prove della vita possano essere da ognuno affrontate con proporzionalità di mezzi ed eguale possibilità di sviluppo”. È a questo punto, che gli autori del Codice – al fine di permettere al lettore di cogliere al meglio la propria percezione di “concetto preciso e chiaro della vita” – scelgono di menzionare espressamente un memorabile insegnamento, che A. MANZONI, *I Promessi Sposi*, con introduzione e note di G. Bezzola, RCS, Milano, 2006, cap. XXII, p. 340, fa pronunciare al cardinale Federigo Borromeo: “La vita non è destinata a essere un peso per molti e una festa per alcuni, ma per tutti un impiego del quale ognuno renderà conto”.

⁷⁴ *Codice di Camaldoli*, n. 4 (“Natura e fine della società”). Merita di essere riportata la definizione di *società*, che viene suggerita dagli intellettuali camaldolesi: “la società è molteplicità di forme, di sfere, di esperienze e di fini umani, e perciò è per sua intrinseca sostanza libertà”.

⁷⁵ *Codice di Camaldoli*, n. 9 (“Fini dello Stato”).

⁷⁶ *Codice di Camaldoli*, n. 9. V., anche, il n. 8 (“Essenza dello Stato”), ove si legge che “Lo Stato e l’ordinamento giuridico hanno appunto per fine di instaurare l’ordine nella molteplicità della società, vale a dire di mettere ciascuna iniziativa, istituzione, esperienza di vita associata al suo posto, ordinandole secondo il proprio valore rispetto al fine ultimo e organizzando fra di loro l’umana convivenza”.

gli uomini e (...) per le forze sociali”, che lo Stato deve “proteggere e tutelare”⁷⁷, in vista del raggiungimento della “giustizia sociale”⁷⁸.

La tutela di diritti e libertà, naturalmente, non può prescindere – anche nella prospettiva assunta dal Codice – dall’assunzione, da parte dei cittadini, di precisi doveri, il primo dei quali è rappresentato dal “dovere fondamentale dell’individuo” di “mantenere illesa in sé stesso” la sua “dignità”, di “rispettarla” e di “ricordarsi in ogni azione del suo valore, cioè del suo fine, cioè di Dio”⁷⁹. Inoltre, è imprescindibile “il dovere degli individui, gruppi e forze sociali di essere parte attiva nella vita dello Stato”: si tratta, invero, di un impegno che “costituisce un punto essenziale della vita etica dell’individuo e uno dei più vivi obblighi di coscienza”, dal momento che, “dall’indirizzo politico impresso allo Stato”, dipende – ecco, ancora una volta, il finalismo intimamente umanistico – “la salvaguardia dei beni più preziosi della umanità”. Con la conseguenza che soprassedere all’espletamento di un tale dovere rappresenta, “per ogni individuo”, “una vera colpa morale”⁸⁰.

5. Riflessioni conclusive, anche attraverso la giurisprudenza costituzionale

“Il fine è l’uomo”, dunque⁸¹. Affermare ciò – non è scontato precisarlo – non significa porre al centro sé stessi, il proprio interesse, il proprio rendiconto

⁷⁷ Codice di Camaldoli, n. 10 (“Stato e diritto”).

⁷⁸ Codice di Camaldoli, n. 11 (“La giustizia sociale, compito e fine dello Stato”).

⁷⁹ Codice di Camaldoli, n. 3.

⁸⁰ Codice di Camaldoli, n. 16 (“Dovere fondamentale di partecipazione alla vita dello Stato”): “È verità eterna (...) che sia questo dovere del cittadino sia il correlativo dovere di coloro che esercitano l’attività pubblica debbono essere adempiuti sotto il continuo, costante, pieno rispetto dei principi morali. Tali principi trovano la loro più alta espressione nel Decalogo e nella legge evangelica”. Ma v’è di più: “Individui, famiglie, gruppi e forze sociali devono partecipare anche col proprio sacrificio alla vita dello Stato. Tali sacrifici sono di carattere patrimoniale e personale: essi devono essere esattamente, determinatamente e preventivamente stabiliti nei loro limiti dalle leggi discusse ed approvate dalle rappresentanze politiche” (ivi, n. 17, “Limiti dei sacrifici per lo Stato”). Si tratta, in tutta evidenza, dell’ideale matrice di quelli che, di lì a qualche anno, sarebbero divenuti gli artt. 23 e 53 Cost., i quali – accantonando la dilagante retorica delle libertà incondizionate (v. *supra*, nota 25) – non lasciano scampo alla necessità di fare i conti con una circostanza ineludibile: “tutti i diritti costano” (così, M. BERTOLISSI, *Il mito del buon governo*, cit., p. 389, sulla scorta dell’insegnamento di S. HOLMES, C.R. SUNSTEIN, *Il costo dei diritti. Perché la libertà dipende dalle tasse*, il Mulino, Bologna, 2000).

⁸¹ A. MORO, *Il fine è l’uomo*, cit.: v. *supra*, sub 1.

individuale. Al contrario, significa guardare all'altro, a chi è prossimo: in definitiva, a colui che "scendeva da Gerusalemme a Gerico"⁸², nel quale ognuno di noi è chiamato a riconoscersi, e al quale l'ordinamento giuridico, nelle sue diverse articolazioni, è chiamato ad andare incontro.

È, questa, l'essenza del principio personalista, cui si conforma l'intera Legge fondamentale della Repubblica, e cui costantemente si richiama, fin dal principio della sua attività, la Corte costituzionale: la quale, già nel 1956, aveva avuto modo di affermare che il compito precipuo della legge risiede nell'elevare "a regola fondamentale dello Stato, per tutto quanto attiene ai rapporti tra la collettività e i singoli, il riconoscimento di quei diritti che formano il patrimonio irretrattabile della personalità umana: diritti che appartengono all'uomo inteso come essere libero"⁸³. Invero, proprio la personalità umana rappresenta – nella prospettiva del Giudice delle leggi – un "valore (...) avente un carattere fondante rispetto al sistema democratico voluto dal Costituente"⁸⁴, tanto che il "rispetto" di quest'ultima (e della "dignità" ad essa intrinsecamente connessa) "permea di sé il diritto positivo e deve dunque incidere sull'interpretazione" (oltre che sulla stessa attività creativa) della legislazione vigente⁸⁵, relativa tanto alla sfera esteriore, quanto alla – non meno rilevante – sfera interiore. Infatti, proprio con riguardo a tale dimensione – recondita, invisibile e profonda, con la quale ciascuno di noi è chiamato a fare i conti –, la Corte ha sottolineato che "non può darsi una piena ed effettiva garanzia" dei diritti e delle libertà "senza che sia stabilita una correlativa protezione costituzionale di quella relazione intima e privilegiata dell'uomo con sé stesso, che di quelli costituisce la base spirituale-culturale e il fondamento di valore etico-giuridico": e ciò, in quanto "la sfera intima della coscienza individuale deve esser

⁸² LUCA, 10, 30.

⁸³ Corte cost., 3 luglio 1956, n. 11, con specifico riferimento all'art. 2 Cost. V., anche, Corte cost., 3 febbraio 1994, n. 13, spec. n. 5.1. del Considerato in diritto.

⁸⁴ Corte cost., 23 luglio 1991, n. 366, n. 3 del Considerato in diritto, con riguardo al principio consacrato all'art. 15 Cost. (libertà e segretezza della corrispondenza), di cui la Corte sottolinea la "stretta attinenza" rispetto al "nucleo essenziale dei valori di personalità", "che inducono a qualificarlo come parte necessaria di quello spazio vitale che circonda la persona e senza il quale questa non può esistere e svilupparsi in armonia con i postulati della dignità umana".

⁸⁵ In questi termini, Corte cost., 17 luglio 2000, n. 293, rispettivamente nn. 3 e 4 del Considerato in diritto.

considerata come il riflesso giuridico più profondo dell'idea universale della dignità della persona umana"⁸⁶.

Del resto, proprio la *Pacem in terris* – dopo aver rilevato che “Ognuno ha il diritto di onorare Dio secondo il dettame della retta coscienza”⁸⁷ – richiama “l’attenzione sul fatto che il bene comune ha attinenza a tutto l’uomo: tanto ai bisogni del suo corpo che alle esigenze del suo spirito”. Dimodoché, “i poteri pubblici si devono adoperare ad attuarlo (...) in maniera tale (...) da promuovere simultaneamente, nel riconoscimento e nel rispetto della gerarchia dei valori, tanto la prosperità materiale che i beni spirituali”⁸⁸, nell’ambito dei quali gli uomini “vivono nell’intimità di sé stessi” e “comprendono che cosa” siano “la verità, la giustizia, l’amore, la libertà”⁸⁹.

Così, lo Stato – la “patria”: lo ricorda Aldo Moro –, “è realtà umana, e si nutre appunto di quello che è umano, e cioè spirituale, in noi”: anche nell’ambito dei poteri pubblici, infatti, è necessario “dare sviluppo rigoglioso come non mai a quella profonda vita dello spirito, la quale, ridotta ma non esaurita in tempi di prosperità esteriore e apparente, trova ora, in tanta miseria e disperazione, le ragioni determinanti di un insorgere nuovo e vibrante”⁹⁰. Invero, dal momento che è “l’uomo il fine della società” e che sono “primari per l’uomo i beni di natura spirituale, condizione fondamentale per il perfezionamento intellettuale e morale, e quindi per il bene comune, è la possibilità di aderire spontaneamente alla verità, in

⁸⁶ Corte cost., 19 dicembre 1991, n. 467, n. 4 del Considerato in diritto: “In altri termini, poiché la coscienza individuale ha rilievo costituzionale quale principio creativo che rende possibile la realtà delle libertà fondamentali dell’uomo e quale regno delle virtualità di espressione dei diritti inviolabili del singolo nella vita di relazione, essa gode di una protezione costituzionale commisurata alla necessità che quelle libertà e quei diritti non risultino irragionevolmente compressi nelle loro possibilità di manifestazione e di svolgimento a causa di preclusioni o di impedimenti ingiustificatamente posti alle potenzialità di determinazione della coscienza medesima”.

⁸⁷ GIOVANNI XXIII, *Pacem in terris*, n. 8.

⁸⁸ GIOVANNI XXIII, *Pacem in terris*, n. 35.

⁸⁹ GIOVANNI XXIII, *Pacem in terris*, n. 25.

⁹⁰ A. MORO, *Una patria umana (Patria realtà umana)*, in *Ricerca*, n. 10, 15 settembre 1945, ora in ID., *Governare per l’uomo*, cit., p. 50: “Sono le vie dell’intimità e profondità dello spirito quelle nelle quali siamo chiamati oggi a entrare”. Parole, queste, che si collocano, temporalmente, all’indomani della conclusione del secondo conflitto mondiale.

quanto merito morale vi è solo per l'azione coerente con le verità personalmente raggiunte"⁹¹.

Tutto ciò ci riporta, in conclusione, alla "più felice delle definizioni"⁹² di diritto, non a caso dovuta al genio di Dante Alighieri, che Papa Francesco ha qualificato come "profeta di speranza", "testimone della sete di infinito insita nel cuore dell'uomo" e "paladino della dignità di ogni essere umano"⁹³: "*hominis ad hominem proportio*"⁹⁴. Una definizione, questa, coerente con il pensiero del suo autore, fermamente convinto del fatto che "il fine del tutto e della parte è rimuovere i viventi in questa vita da uno stato di miseria e condurli a uno stato di felicità"⁹⁵, da intendersi "sia come pienezza di vita nella storia", "sia come beatitudine eterna in Dio"⁹⁶. Una definizione, dunque, che, ancora una volta, invita – in compagnia di chi, nel corso dei secoli, ne ha condiviso l'essenza e raccolto l'eredità – ad accogliere il perfezionamento dell'uomo, tanto nella dimensione terrena, quanto in quella spirituale, come fine ultimo della riflessione giuridica, dell'attività istituzionale e della convivenza sociale, la quale – è l'insegnamento di Giovanni XXIII – "è vivificata e integrata dall'amore, atteggiamento d'amore che fa sentire come propri i bisogni e le esigenze altrui, rende partecipi gli altri dei propri beni e mira a rendere sempre più vivida la comunione nel mondo dei valori spirituali; ed è

⁹¹ *Codice di Camaldoli*, n. 15 ("La libertà delle coscienze"): "La libertà delle coscienze è quindi una esigenza da tutelare fino all'estremo limite della compatibilità col bene comune, in quanto dal dovere di ogni uomo di comportarsi secondo la sua personale coscienza, anche se errante in buona fede, consegue il diritto di non esserne impedito, nei limiti compatibili con le necessità della convivenza sociale".

⁹² C. PEDRAZZA GORLERO, *La proporzione del diritto: spunti dalla Monarchia di Dante Alighieri*, in *Historia et Ius*, n. 20/2021, p. 4.

⁹³ FRANCESCO, *Candor lucis aeternae. Lettera apostolica in occasione del VII centenario della morte di Dante Alighieri*, San Paolo, Cinisello Balsamo, 2021, rispettivamente p. 23 e p. 49.

⁹⁴ D. ALIGHIERI, *De Monarchia*, II, V, 1. A tal riguardo, v., da ultimo, D. MANTOVANI, *La definizione di ius nella Monarchia di Dante: una lettura contestuale*, in G.F. FERRARI (a cura di), *Dante Alighieri e il diritto pubblico*, Giappichelli, Torino, 2022, pp. 21 ss., nonché, più ampiamente, G. FALSITTA, *Giustizia distributiva, principio di proporzionalità e federalismo nell'opera di Dante Alighieri*, in AA.VV., *Studi in ricordo di Pier Giusto Jaeger*, Giuffrè, Milano, 2011, pp. 53 ss. V., anche, M. BERTOLISSI, *Il mito del buon governo*, cit., p. 36.

⁹⁵ D. ALIGHIERI, *Epistola XIII a Cangrande della Scala*, 39, 15.

⁹⁶ FRANCESCO, *Candor lucis aeternae*, cit., p. 43.

attuata nella libertà, nel modo cioè che si addice alla dignità di essere portati dalla loro stessa natura razionale ad assumere la responsabilità del proprio operare”⁹⁷.

dirittifondamentali.it

⁹⁷ GIOVANNI XXIII, *Pacem in terris*, n. 18.

La gradualità come “legge della vita”. Insegnamenti eterni sull’arte di ‘positioning’*

di
Giovanna Tieghi**

Sommario: 1. 1963-2023. Grandi interrogativi e direttive per orientarsi. Allora come oggi. – 1.1. Non solo coincidenze storiche, ma scelte valoriali: la ‘rivoluzione’ nel segno dei Giusti. – 2. “*The Teaching and Methodology*” e l’arte di ‘positioning’ in prospettiva comparata. – 2.1. Interdipendenza e dimensione globale. – 2.2. Realismo, verità, differenze, uguaglianza. – 2.3. Responsabilità: dal fatto spirituale al dovere istituzionale. – 3. *Incrementalism* alla prova della contemporaneità: sguardo ai diversi formanti. – 4. “Rivoluzione” o “evoluzione concordata”? Nuovi scenari di *Law, Society and Politics* nella prospettiva della *Transitional Justice*.

1. 1963-2023. Grandi interrogativi e direttive per orientarsi. Allora come oggi

Gli eventi, anche tragici, che stanno segnando la storia e l’assetto geopolitico-istituzionale¹ delle democrazie contemporanee impongono una riflessione di ampio respiro sul piano costituzionale. A partire dal porre in discussione lo stesso ruolo del giurista e il suo modo di procedere. Nello specifico, del comparatista², rispetto

* Il presente contributo è destinato al volume *Lettera enciclica di Giovanni XXIII Pacem in terris. Costituzioni e Carte dei diritti*, a cura di M. Bertolissi, di prossima pubblicazione per i tipi Jovene.

** Prof. a c. di ELP - *Global English for Legal Studies*, Dipartimento di Diritto pubblico, internazionale e comunitario, Scuola di Giurisprudenza, Università di Padova.

¹ Secondo quello slogan “Governa globalmente, agisci localmente” che, si è detto, “meglio cattura lo spirito della nuova diplomazia”. Il suo fondamento si rinviene nell’impotenza dei governi e nella conseguente restituzione, agli abitanti della società civile, di nuovi spazi: P. KHANNA, *Come si governa il mondo*, Fazi, Roma, 2011, p. 40.

² “It is along the thin line, between the global dimension of law and its particular roots linked to a given community, that today, more than ever, comparative constitutionalists must carefully walk”: A. BARAGGIA, *Challenges in Comparative Constitutional Law Studies: Between Globalization and Constitutional Tradition*, Special Issue – Comparative Law, in *Law and Method*, Oct. 2017, p. 3.

alle emergenze – e ai grandi interrogativi³ – che coinvolgono la persona umana: nelle sue più variegata sfaccettature e nei relativi contesti, di pace e di guerra, spirituale e di umana carnalità⁴.

Lo stato di fatto esistente, caratterizzato da un'empirica interconnessione di problematiche che intercettano diverse discipline – non solo giuridiche⁵ –, richiama alla improcrastinabile necessità che lo sguardo del comparatista, per l'attitudine che gli è propria⁶, sia sapientemente orientato. In specie, da quei messaggi di speranza costruttiva – dunque, di natura *costituente*⁷ anche sul fronte metodologico

³ “C'è qui una domanda implicita (...): ‘perché non giudichi da te stesso?’ Questa è la chiave per entrare nelle situazioni conflittuali incontrate sul cammino (dell'uomo): si deve leggere, assumere, attraversare, risolvere il proprio conflitto interiore per poter nella pace vivere le relazioni con gli altri e quindi portare pace nel mondo. ‘Solo quando un essere umano ha trovato la pace in sé stesso, può andare a cercarla nel mondo intero’, insegnano i rabbini hasidici, che hanno sempre come obiettivo il bene del mondo e non solo quello degli individui”: E. BIANCHI, *Prefazione*, in M. BUBER, *Il cammino dell'uomo*, trad. a cura di F. Giuntoli, Einaudi, Torino, 2023, p. XII. “Infatti non si dà pace fra gli uomini se non vi è pace in ciascuno di essi, se cioè ognuno non instaura in se stesso l'ordine voluto da Dio”: GIOVANNI XXIII, *Pacem in terris*, n. 88.

⁴ “Tuttavia, si fraintenderebbe completamente il senso dell'unità dell'anima, se con ‘anima’ si dovesse intendere qualcosa di diverso dall'interezza dell'essere umano, corpo e spirito insieme. L'anima non è realmente unita se non lo sono tutte le forze, tutte le membra del corpo. Il Ba'al Shem interpretava il versetto della Scrittura ‘Tutto ciò che alle tue mani capita di fare fallo con tutte le tue forze’, nel senso che si deve compiere l'azione che si sta facendo con tutte le proprie membra. E cioè”, si insiste, “l'intero corpo dell'essere umano deve essere coinvolto; nulla di esso deve rimanere escluso. In tal modo, quando l'essere umano diviene una tale unificazione di corpo e di spirito, l'opera che si realizza è un'opera tutta d'un pezzo”: M. BUBER, *Il cammino dell'uomo*, cit., pp. 24-25.

⁵ In ambito giuridico: dalla filosofia del diritto, al diritto internazionale e a quello costituzionale. Ma anche oltre, con un approccio interdisciplinare oramai imprescindibile perché già in essere negli studi che si occupano delle sfide della contemporaneità e, in particolare, del costituzionalismo: recentemente, sul tema, A. VEDASCHI, *Diritto comparato e interdisciplinarietà: tra innata vocazione e incompiuta realizzazione?*, in *DPCE*, n. 2/2021.

⁶ “Il comparatista (...) è un viaggiatore della teoria e della prassi nell'universo giuridico. Una sorta di ‘Marco Polo’ mosso dall'inquietudine e dalla curiosità, che lo spingono a superare le sue paratie culturali e disciplinari, accettando di rimettersi ogni volta in gioco per spostare sempre un po' più avanti la bandierina della conoscenza. Nella sua valigia”, ammonisce l'autore, “non deve portare le ristrettezze mentali del proprio mondo di origine, ma aprirsi all'esterno, al confronto, alla novità, alle contrapposizioni; non deve trascurare la lezione del passato, ma non deve essere neppure troppo immerso nel presente, che è transeunte”: T.E. FROSINI (a cura di), *Diritto pubblico comparato. Le democrazie stabilizzate*, il Mulino, Bologna, 2022, p. 18.

⁷ Sul valore fondativo della speranza, e sulla sua connessione con i valori costituzionali così da divenire fonte costruttiva di avanzamento, anche metodologico: F. SCHAUER, *Constitutions of Hope and Fair*, Harvard University Press, Cambridge, 2014; M. R. BRIEDIS, *Towards an Institutional Vision of Constituent Power?*, in *European Constitutional Law Review*, 2023.

– che riguardano indistintamente, oggi come allora, “tutti gli uomini di buona volontà”⁸: credenti e non credenti. Individui – e comunità –, che vogliono impegnarsi ad affrontare le sfide di un mondo senza confini. Il fine? Assumere un ruolo guida anche nel processo di definizione del contributo che lo stesso diritto può dare al progresso umano, nelle sfide presenti e future. Quello dello sguardo costituzionale ad encicliche papali⁹ si rivela dunque essere un *modus operandi* da declinarsi – nelle dovute forme e contenuti – per verificare “lo stato di ‘salute’ dei popoli”¹⁰, e per proporre percorsi atti a delineare nuovi (o rinnovati) strumenti per orientarsi, anche nella contemporaneità. In specie, quando la riflessione giuridica può trarre linfa da un vero e proprio compendio di diritto costituzionale come l’Enciclica in esame¹¹.

La ricorrenza del sessantesimo anno dalla morte di Papa Giovanni XXIII e, in particolare, dalla pubblicazione (il Giovedì Santo dell’11 aprile del 1963) della ottava e ultima lettera Enciclica firmata da quel Papa, a Concilio Vaticano II in corso, offre un autentico spunto di riflessione sulla *persona umana* e sul nostro

⁸ Individuati, nell’intestazione, come destinatari della *IOANNES PP. XXIII, Litt. Enc. Pacem in terris de pace omnium gentium in veritate, iustitia, caritate, libertate constituenda*, [Venerabilibus fratribus Patriarchis, Primatibus, Archiepiscopis, Episcopis aliisque locorum Ordinariis pacem et communionem cum Apostolica Sede habentibus, clero et christifidelibus totius orbis itemque universis bonae voluntatis hominibus], 11 aprilis 1963: A.A.S. 55 (1963), pp. 257-304. Versione italiana: *L’Osservatore romano*, 11 aprile 1963, *La Civiltà cattolica*, 114 (1963), II, p. 105 ss.

⁹ “Le encicliche, come le bolle, i brevi e i motu-proprio pontifici, sono documenti di dottrina cattolica e fonti di diritto ecclesiastico, ma non possono considerarsi come pronunziati ex *cathedra*, né implicano per sé stesse il privilegio dell’infallibilità. Dato tuttavia il loro carattere di speciale solennità e la ripercussione che esse hanno avuto anche fuori del dominio strettamente religioso, le encicliche degli ultimi quattro pontificati costituiscono dei punti sicuri di riferimento nelle più importanti questioni teologiche, filosofiche, economiche e sociali dibattute in seno alla Chiesa e alla società”: P. PISANI, voce *Enciclica*, in *Enciclopedia Italiana*, 1932, in www.treccani.it.

¹⁰ Se ne è discusso anche in occasione della Conferenza su *Europa, guerra, pace e “salute” dei popoli. Il ruolo del giurista tra passato e futuro*, organizzata lo scorso 10 ottobre dall’Università degli Studi di Milano (programma reperibile al link <https://www.dirittopubblico.unimi.it/extfiles/unimidire/389501/attachment/locandina-10-ottobre-europa.pdf>).

¹¹ “As a living document, how do we keep the message of *Pacem in terris* alive?”: DEVELOPMENT AND PEACE - CARITAS CANADA, *Celebrating the 50th Anniversary of Pacem in Terris*, in <https://www.devop.org/en/legacy/celebrating-yhe-50th-anniversary-pacem-terris/>, p. 2.

progresso come individui¹². Non ultimo, segna l'occasione per meglio comprendere¹³ contenuti che, ancorché intensamente correlati alla situazione dell'epoca, chiariscono in termini valoriali¹⁴, anche per i tempi che stiamo vivendo¹⁵, alcune specifiche esigenze di significativo rilievo sul piano costituzionale-comparato: innanzitutto, quelle di ordine metodologico (parr. 2 e 3). Come affrontare le grandi tragicità del nostro tempo? Quali approcci meglio consentono al giurista un'equilibrata combinazione tra valutazioni giuridiche, istituzionali e, non ultime, di etica pubblica? Di quali indirizzi far tesoro e quali

¹² "In presenza di adeguate condizioni sociali, i singoli individui possono sia plasmare il proprio destino, sia aiutarsi reciprocamente in modo efficace. Non è necessario vederli prima di tutto come destinatari passivi dei benefici di un programma di sviluppo intelligente; esistono anzi ragioni molto forti per riconoscere il ruolo positivo di un'iniziativa libera realisticamente sostenibile, e perfino dell'impazienza costruttiva": A. SEN, *Lo sviluppo è libertà. Perché non c'è crescita senza democrazia*, Mondadori, Milano, 2000, p. 17.

¹³ Come già avvenuto, in occasione di precedenti anniversari. Da ultimo, affrontando la questione del fondamento della pace, si ricorda il monito di Papa Francesco durante il Convegno di approfondimento dell'Enciclica svoltosi a Roma dal 2 al 4 ottobre 2013, nel cinquantesimo anniversario dalla sua pubblicazione: "La *Pacem in terris*", aveva sottolineato il Papa, "lo vuole ricordare a tutti: esso consiste nell'origine divina dell'uomo, della società e dell'autorità stessa, che impegna i singoli, le famiglie, i vari gruppi sociali e gli Stati a vivere rapporti di giustizia e solidarietà. È compito allora di tutti gli uomini costruire la pace, sull'esempio di Gesù Cristo, attraverso queste due strade: promuovere e praticare la giustizia, con verità e amore; contribuire, ognuno secondo le sue possibilità, allo sviluppo umano integrale, secondo la logica della solidarietà". Sul tema, si rinvia agli Atti del convegno: PONTIFICIO CONSIGLIO DELLA GIUSTIZIA E DELLA PACE, *Il concetto di pace. Attualità della Pacem in terris nel 50° anniversario (1963-2013)*, Libreria Editrice Vaticana, Città del Vaticano, 2016 (anche nella versione inglese, PONTIFICAL COUNCIL FOR JUSTICE AND PEACE, *Peace on Earth. The Relevance of Pacem in Terris Today*, Libreria Editrice Vaticana, Città del Vaticano, 2016).

¹⁴ "Per l'odierno studioso del diritto costituzionale l'impegno ad approfondire la tematica della comparazione si presenta particolarmente attuale a causa dell'intensificarsi dei rapporti fra le diverse aree geografiche che caratterizza il mondo contemporaneo e per il diffondersi di processi di collaborazione e integrazione fra ordinamenti che richiedono confronti tra diverse concezioni dei valori costituzionali": G. DE VERGOTTINI, *Diritto costituzionale comparato*, Wolters Kluwer-Cedam, X ed., Milano, 2019, p. 5.

¹⁵ "Ieri ricorreva il 60esimo dell'Enciclica *Pacem in terris* che San Giovanni XXIII indirizzò alla Chiesa e al mondo nel pieno della tensione tra due blocchi contrapposti della guerra fredda, il Papa aprì davanti a tutti l'orizzonte ampio in cui parlare di pace, costruire la pace, il disegno di Dio sul mondo di quell'enciclica fu una vera benedizione, come uno squarcio di sereno in mezzo a nubi oscure. Il suo messaggio è attualissimo: i rapporti tra le comunità politiche come quello tra i singoli esseri umani vanno regolati non facendo ricorso alla forza delle armi, ma nella luce della ragione, nella verità, nella giustizia, nella solidarietà operante. **Invito i fedeli a leggere la *Pacem in terris*** e prego perché i capi delle nazioni se ne lascino ispirare nei progetti e nelle decisioni": sono le parole di Papa Francesco del 12 aprile 2023, ora in V. GIACOMETTI, *Pacem in Terris, per Papa Francesco "uno squarcio di sereno in mezzo a nubi oscure"*, in <https://www.acistampa.com>.

strumenti, invece, evitare per affrontare la crisi – del diritto e dello spirito – che permea il costituzionalismo contemporaneo? Quale ruolo è da riconoscersi alla pace, oggi, nella prospettiva costituzionale e quale connessione – se esistente – con altri valori espressi nelle Costituzioni e nelle Carte dei diritti? Che significato hanno i medesimi valori sul piano costituzionale comparato, in specie considerando le democrazie che hanno vissuto, più di altre, percorsi democratici turbolenti per l'affermazione delle libertà? Come raggiungere quegli obiettivi di Pace, Libertà, Giustizia, Eguaglianza e come risolvere le perduranti situazioni conflittuali?

La complessità - e l'evidente attualità - di questi interrogativi rende la lettura dell'Enciclica di estremo interesse. E non più, solo, nell'ottica eurocentrica. La prospettiva qui proposta intende far luce, infatti, su alcune specifiche direttive che paiono emergere dal testo del 1963 e che declinano un vero e proprio *percorso costituzionalmente strutturato*, di valenza globale. Un percorso, da un lato, atto a chiarire il contesto istituzionale del quale si deve tener conto per poter provare ad agire (ossia, la dimensione globale e l'interdipendenza)¹⁶; finalizzato ad incoraggiare un costante allineamento delle direttrici della giustizia alla realtà concreta¹⁷; non ultimo, concepito per favorire uno stimolante rapporto tra verità, differenziazione e responsabilità¹⁸. Dall'altro, espressamente indicativo di un metodo 'di vita' (da intendersi, anche, come 'visione del mondo') per affrontare le nuove sfide della contemporaneità: la c.d. gradualità¹⁹.

Ancorché inserita nell'ultima parte dell'Enciclica²⁰, la gradualità risulta essere il nucleo concettuale decisivo per una lettura aggiornata, empirica, finanche dinamica dell'Enciclica stessa. La prospettiva comparata²¹, tra l'altro, favorendo la rilevazione di alcuni concreti tentativi di invero, agevola il riconoscimento di quel prezioso lascito. Anche in prospettiva futura.

¹⁶ GIOVANNI XXIII, *Pacem in terris*, n. 68.

¹⁷ GIOVANNI XXIII, *Pacem in terris*, n. 81 e n. 49.

¹⁸ GIOVANNI XXIII, *Pacem in terris*, n. 49, n. 19 e n. 13.

¹⁹ GIOVANNI XXIII, *Pacem in terris*, n. 86.

²⁰ Si tratta della Parte V dell'Enciclica, tra i Richiami Pastoralis.

²¹ "Capire sé stessi attraverso gli altri": L. PEGORARO, A. RINELLA, *Sistemi costituzionali comparati*, Giappichelli, Torino, 2017, pp. 33-34.

1.1. Non solo coincidenze storiche, ma scelte valoriali: la 'rivoluzione' nel segno dei Giusti

1963: è l'anno della pubblicazione dell'Enciclica, ed è anche l'anno dell'arresto che portò definitivamente in carcere, per lunghi ventisette anni, Nelson Rolihlahla Mandela – nella lingua locale *xhosa*, per tutti, Madiba –. In occasione della morte di quest'ultimo – di cui ricorre proprio quest'anno il decimo anniversario, oltre che il trentennale dall'assegnazione del Premio Nobel –, Angelo Giuseppe Roncalli (ovvero Papa Giovanni XXIII) e lo stesso Mandela sono entrati ufficialmente nel *Giardino dei Giusti di tutto il mondo*, sulla collina del Monte stella di Milano. I loro insegnamenti si intrecciano, si rincorrono, si amalgamano, congiunti nel solco di quel termine, *giustizia*, che continua a riaffiorare dal ricordo delle vicende umane di entrambi. I loro scritti lo dimostrano e le loro parole scuotono. Oggi, forse più di quanto si potesse, probabilmente, percepire allora.

Il percorso costituzionalmente strutturato che si è individuato nell'Enciclica, e che merita attenta riflessione, è divenuto, nel tempo, un laboratorio di autentico rilievo costituzionale. Se ne ricavano strumenti operativi per meglio orientarsi, in una specifica logica di '*positioning*': ossia, di definizione del proprio spazio di azione. Come giurista, come governante, come leader politico, come legislatore, come giudice. Non solo, anche come cittadino.

Il percorso è facilmente definibile in ragione del susseguirsi – in combinazione – di alcuni specifici paragrafi dell'Enciclica²² stessa, la quale orienta in tre precise direzioni istituzionalmente ideate: "verso una *convivenza unitaria* a raggio mondiale"²³ (par. 2.1); in risposta ad "esigenze obiettive della *giustizia*"²⁴ (par. 2.2); al fine di concepire le "differenze" quali "sorgente di maggiore *responsabilità* nell'apporto che ognuno e tutti devono addurre alla vicendevole elevazione"²⁵ e di acquisire una "permanente disposizione ad effondere gli uni negli altri il meglio di

²² Che coincidono con i rispettivi paragrafi e sottoparagrafi del presente scritto.

²³ GIOVANNI XXIII, *Pacem in terris*, n. 68.

²⁴ GIOVANNI XXIII, *Pacem in terris*, n. 81.

²⁵ GIOVANNI XXIII, *Pacem in terris*, n. 49.

se stessi”²⁶, ricordando “il diritto di prendere parte attiva alla vita pubblica e” di “addurre un apporto personale all’attuazione del bene comune”²⁷ (par. 2.3).

Il dato empirico di tale percorso ontologicamente costituzionale si rinviene nella *prima parte* del paragrafo intitolato alla *gradualità*: è qui che le due figure di Papa Roncalli e di Mandela – insieme a quelle di tutti coloro che, pur in ordinamenti diversi, hanno incrociato la loro esistenza²⁸ o sperimentato la comunanza dei valori e degli ideali²⁹ del costituzionalismo³⁰ – si riuniscono: “Non mancano anime particolarmente dotate di generosità, che, trovandosi di fronte a situazioni nelle quali le esigenze della giustizia non sono soddisfatte o non lo sono in grado sufficiente, si sentono accese dal desiderio di innovare, superando con un balzo solo tutte le tappe; come volessero far ricorso a qualcosa che può rassomigliare alla rivoluzione”³¹.

Anime generose; ingiustizia; desiderio di innovare; rivoluzione. La storia ci ha insegnato qualcosa?

Questa parte iniziale del paragrafo colloca l’Enciclica perfettamente nel suo tempo e nella prospettiva comparata sincronica: quella che confronta ordinamenti e esperienze diversi, lontani nello spazio, ma vicini o coevi nel tempo³². Gli eventi di quel tempo, espressioni di lotta non violenta, di battaglie per la pace, per la libertà, per i diritti civili e politici fungono da prologo ma, allo stesso tempo, da *case studies*.

²⁶ GIOVANNI XXIII, *Pacem in terris*, n. 19.

²⁷ GIOVANNI XXIII, *Pacem in terris*, n. 13.

²⁸ Al punto da condividere – pur in epoche diverse, per Mandela e Gandhi – l’esperienza nella medesima prigione a Johannesburg, in quella *Constitution Hill* ove oggi sorge la Corte costituzionale sudafricana: “In 1995, the Constitutional Court judges of South Africa selected the Old Fort prison in Johannesburg as the site for the new Constitutional Court building. The prison complex, which once symbolized the worst of the old apartheid regime and held Nelson Mandela and Mahatma Gandhi, would now be viewed worldwide as a beacon of hope”, in INTERNATIONAL COALITION OF SITES OF CONSCIENCE, *Constitution Hill-South Africa*, in <https://www.sitesofconscience.org/membership/constitution-hill-south-africa/>.

²⁹ M. L. KING, *My Trip to the Land of Gandhi*, in C. CARSON, T. ARMSTRONG, S. CARSON, A. CLAY, K. TAYLOR (eds.), *The Papers of Martin Luther King, Jr.*, vol. V: *Threshold of a New Decade*, January 1959 – December 1960, University of California Press, Berkeley and Los Angeles, 2005.

³⁰ Il contesto è quello del costituzionalismo liberale e, oggi, del nuovo costituzionalismo del *Global South*, oggetto di riflessione comparata: T. ROUX, *The Global South and Liberal Constitutionalism: Incommensurable Opposites?*, in *IACL-IADC Blog*, July 2021.

³¹ GIOVANNI XXIII, *Pacem in terris*, n. 86, prima parte.

³² Sudafrica, India e Stati Uniti, nella metà del secolo scorso.

E ciò, anche in prospettiva diacronica: ossia, confrontando i diritti lontani nel tempo, ma nell'ambito di quei medesimi ordinamenti. Si tratta di sistemi costituzionali che quelle battaglie civili hanno sperimentato sul campo, proprio grazie ad "anime particolarmente dotate di generosità" come Mandela, Gandhi e Martin Luther King. Cosa può dirsi realizzato, in quei medesimi ordinamenti, a partire da quelle storiche rivendicazioni? Cosa è rimasto di tutto quel 'generoso' fervore nel costituzionalismo contemporaneo e, non ultimo, nei testi costituzionali e nelle Carte dei diritti?

Il filo conduttore tra quelle esperienze del costituzionalismo ha una radice comune: *The People*. Un legame tra Costituzioni, ma anche tra Costituzioni ed Enciclica. La Costituzione sudafricana, in particolare, con i suoi sette pilastri imperiati sulla centralità della persona (democrazia, uguaglianza, riconciliazione, diversità, responsabilità, rispetto e libertà)³³, ne porta ancora i segni. E così, anche, la Carta delle libertà di quel Paese, approvata nel 1955 dal 'Congresso del Popolo' a Kliptown, Soweto e fondata su dieci principi imperianti sulla persona³⁴, di cui il primo e l'ultimo sono correlati: il popolo, chiamato a governare e l'incoraggiamento alle relazioni fondate sulla pace³⁵. La Costituzione indiana, dall'altra parte, rappresentata da Gandhi nel dibattito londinese sul presupposto della volontà del popolo in vista dell'attuazione del principio di uguaglianza, frutto di un connubio storico tra la "forza della verità" come "legge della vita"³⁶, e la

³³ "The Constitution itself cannot save South Africa...What can save us is the Constitution in combination with proud, deeply sceptical population": sono le parole del giudice emerito della Corte costituzionale sudafricana E. Comeron, in K. KOTZÈ, *25 Years of the South African Constitution: Reflections and Realisations*, in *The Mid-Paper Series*, n. 6/2021, p. 3.

³⁴ I delegati adottarono la Carta delle libertà sul presupposto che "South Africa belongs to all who live in it, black and white, and (...) no government can justly claim authority unless it is based on the will of all the people": *Freedom Charter*, *Encyclopedia Britannica*, 26 Apr. 2023, <https://www.britannica.com>.

³⁵ "The People shall govern: civic participation by all people, 'regardless of race, colour or sex'"; "There shall be peace and friendship: encouragement of peaceful relations abroad and self-determination for all the peoples of Africa": "Documents on Democracy", in *Journal of Democracy*, vol. 1, no. 4, Jan. 1970, pp. 128-34. In occasione del suo sessantesimo anniversario, una riflessione merita particolare approfondimento: R. SUTTNER, *The Freedom Charter @ 60: Rethinking its Democratic Qualities*, in *Historia* 60, Nov. 2015.

³⁶ J.M. BROWN, *Gandhi. Prigioniero della speranza*, il Mulino, Bologna, 1995, p. 397.

“resistenza non violenta”³⁷: una prospettiva che ben aprì la strada ai nuovi scenari del costituzionalismo, caratterizzato – da allora – anche dal coraggio di discutere alla pari³⁸ sulla nuova Costituzione dell’India. Quella americana, e il suo Bill of Rights, avevano già raccontato una storia di lunghe battaglie sul campo per la libertà e l’uguaglianza, valorizzate poi, proprio negli anni dell’Enciclica, dalle istanze di Martin Luther King, e tuttora oggetto di sindacato da parte della Corte Suprema statunitense³⁹.

Sul piano costituzionale ne esce trasfuso quel collegamento tra storia, comparazione e, soprattutto, *rivoluzione* su cui si soffermarono quei grandi patrioti, proprio come fece anche Papa Giovanni. Mandela, lo dimostrò in occasione della Dichiarazione spontanea rilasciata, quale imputato, in apertura della fase dibattimentale del processo di Rivonia quel lunedì 20 aprile del 1964, presso il Palazzo di Giustizia di Pretoria, Corte Suprema del Sudafrica. Accusato – nonostante si fosse sempre detto estraneo - di coinvolgimento nell’organizzazione di un’azione armata e di cospirazione per aver cercato aiuto da altri Paesi spiegò: “(...) la cosa più importante era studiare la *storia* – la nostra storia e la nostra istituzione. Ovviamente dobbiamo studiare anche le esperienze di *altri Paesi*. E non solo i casi in cui avevano vinto le *rivoluzioni*, ma anche quelli in cui erano state sconfitte”⁴⁰.

³⁷ Y. CHADHA, *Gandhi. Il rivoluzionario disarmato*, Mondadori, Milano, 2011.

³⁸ In sede politica, a Londra, ma anche durante quello che passò alla storia come “il grande processo” (K.P. KESAVA MENON, *The Great Trial of Mahatma Gandhi & Mr. Shankarlal Banker, Ganesan, Madras, 1922*). A giudizio il 18 marzo 1922, di fronte al giudice affermò: “(...) Non ho alcun dubbio che l’Inghilterra dovrà rispondere, se c’è un Dio lassù, di questo crimine contro l’umanità. (...) Io mi sto sforzando di dimostrare ai miei connazionali che la non-cooperazione violenta non fa che moltiplicare il male, e che, come il male, può sostenersi solo grazie alla violenza, così il rifiuto di sostenere il male richiede completa astensione dalla violenza”, Y. CHADHA, *Gandhi. Il rivoluzionario disarmato*, cit., p. 261. A quel punto, chiese al giudice il massimo della pena o, in alternativa, di dimettersi dalla carica.

³⁹ Da ultimo, si rinvia alla recente, discussa decisione di quella Corte, chiamata ad esprimersi sull’utilizzo della razza (dunque, più in generale, sul valore della *diversity*) come fattore decisivo nei programmi di ammissione all’università, sancendone l’incostituzionalità dei programmi di ammissione con riferimento alle due storiche università di Harvard e del North Carolina, rispetto al 14esimo emendamento (*Equal Protection Clause*): *Students for Fair Admissions v. Harvard/UNC*, in https://www.supremecourt.gov/opinions/22pdf/20-1199_hgdj.pdf.

⁴⁰ N. MANDELA, *Contro il razzismo*, Garzanti, Milano, 2020, pp. 50-51. Titolo originale dell’opera: *I am prepared to die*.

Quelle esperienze costituzionali collocate in tre diversi continenti, nella loro funzione di storici laboratori sperimentali verso la democrazia paiono riproporre l'interrogativo che lo stesso Mandela si era posto, ricordando i dubbi del suo leader, Chief Luthuli, Presidente dell'*African National Congress* (ANC), poi insignito del premio Nobel per la pace: "Chi può negare che trent'anni della mia vita siano stati dedicati a bussare inutilmente, pazientemente, moderatamente e umilmente davanti a una porta sprangata? Quali sono stati i frutti di tanta moderazione? Gli ultimi trent'anni hanno visto l'emanazione di un'infinità di leggi che hanno limitato sempre più i nostri diritti e il nostro progresso, tanto che oggi non abbiamo quasi più diritti"⁴¹. Così intercettando la stessa Enciclica, nella dialettica tra rivoluzione e gradualità, Mandela continuò: "Il nostro problema, Vostro Onore, non era se combattere, ma come continuare a combattere. Noi dell'ANC ci eravamo sempre battuti per una democrazia non razziale, e ci eravamo astenuti da qualunque azione che potesse inasprire ulteriormente le tensioni razziali. Ma restava il fatto che cinquant'anni di non violenza non avevano arrecato alcun beneficio agli africani, solo una legislazione sempre più repressiva e sempre meno diritti". Al punto che, evidenziò, "ogni scontro rafforzava inevitabilmente negli africani la convinzione che la violenza fosse l'unica via d'uscita"⁴². Allo stesso modo, Gandhi, arrestato nel marzo 1922 per sovversione a causa di tre articoli pubblicati sul suo settimanale *Young India*, aveva apertamente proclamato di voler "rovesciare il governo, obbligarlo a sottomettersi alla volontà del popolo"⁴³. Martin Luther King, nel famoso discorso *I Have a Dream* del 28 agosto proprio del 1963, incitò a rivendicare le promesse della democrazia, spronando ad agire in senso esplicitamente opposto al gradualismo⁴⁴.

È in questa dialettica, e nella sua delicata, ma allo stesso tempo potente attualità, che Enciclica e laboratori costituzionali come Sudafrica, India e Stati Uniti hanno

⁴¹ N. MANDELA, *Contro il razzismo*, cit., p. 19.

⁴² N. MANDELA, *Contro il razzismo*, cit., pp. 26-27.

⁴³ C. FUSERO, *Gandhi*, Dall'Oglio, Milano, 1968, p. 401.

⁴⁴ "This is no time to engage in the luxury of cooling off or to take the tranquilizing drug of gradualism. Now is the time to make real the promises of democracy": M. LUTHER KING, *I Have a Dream*, 28 Agosto 1963, Human Rights Library, University of Minnesota, in <http://hrlibrary.umn.edu/education/lutherspeech.html>.

creato le fondamenta per quella “cooperazione” (convivenza, collaborazione) tra gli uomini, nel mondo. Cooperazione di cui, quegli ordinamenti, per primi, sono stati portavoce con le loro rispettive “anime particolarmente dotate di generosità”. In questa dimensione globale anche l’Europa è chiamata a mettersi in discussione. In specie - come si è sottolineato - per non aver “saputo far tesoro né di quel che è accaduto nel secolo breve: due guerre mondiali e l’Olocausto; né di quel che politici di valore e di acuta intransigenza morale avevano auspicato, pensando alla pace come bene supremo”⁴⁵.

È nella scelta sul *come* procedere per affrontare i conflitti umani, che si aprono gli scenari sul *verso in cui* procedere. L’indicazione della gradualità di Papa Giovanni, nella sua aggiornata declinazione dell’*Incrementalism*⁴⁶ (par.3), rimane un’indicazione da consolidare o da superare?

Attorno a questo interrogativo ruota la presente riflessione: stimolata da storiche battaglie sul campo e dalle rispettive Costituzioni, nate per i più grandi ideali e, tutt’oggi, ancora fucine del costituzionalismo, in specie con riferimento all’affermazione sostanziale dell’uguaglianza⁴⁷. Costituzioni generate – più di altre – da istanze che ritroviamo sussunte anche nei quattro pilastri su cui si fonda la stessa Enciclica: la verità, la giustizia, l’amore e le libertà. Si tratta di capire se in essi, o in almeno alcuni di quelli, si possono rinvenire ancor oggi le fondamenta per un auspicato dialogo internazionale sui valori costituzionali. Un dialogo che, allora come oggi, sia orientato a realizzare un’azione di relazione con una duplice potenzialità: rispettosa della dignità umana e promotrice di una Giustizia autentica.

⁴⁵ M. BERTOLISSI, *Al lettore*, nel volume *Lettera enciclica di Giovanni XXIII Pacem in terris. Costituzioni e Carte dei diritti*, a cura di M. Bertolissi, di prossima pubblicazione per i tipi Jovene.

⁴⁶ “*Incrementalism in government and political science is a method of achieving sweeping changes in public policy through the enactment of small policy changes over time. To succeed, incrementalism, also known as ‘gradualism’, depends on mutual interaction, input, and cooperation among a multiplicity of individuals and groups representing different values and interests*”: R. LONGLEY, *What is Incrementalism in Government? Definition and Examples*, in <https://www.thoughtco.com/what-is-incrementalism-in-government-5082043>, p. 1.

⁴⁷ G. TIEGHI, *Uguaglianza e Global Constitutionalism. Nuove sfide di intersezionalità tra legal reasoning e “constitutional quality”*, in *DPCE*, n. 4/2022 (*DPCE*, Vol. monografico, *Oltre il costituzionalismo*).

2. "The Teaching and Methodology" e l'arte di 'positioning' in prospettiva comparata

Nell'Enciclica⁴⁸ storia e comparazione si intrecciano in una particolare prospettiva operativa⁴⁹ ⁵⁰. È quella che declina la via della gradualità come 'legge della vita'⁵¹. In che cosa consiste tale indicazione e, soprattutto, che significato ha oggi?

Il filone di studi che indaga i c.d. *Legal Genre-based Approaches*⁵² dal punto di vista della linguistica applicata, nel considerare anche le diverse tradizioni sul piano comparatistico⁵³ contribuisce alla comprensione del concetto stesso di gradualità. In particolare, agevola l'indagine su quei "networks of meanings within a discourse system of culture" che, come emerge dalla stessa Enciclica, costituiscono la semiotica

⁴⁸ Testo in cui si rispecchia il suo autore: "Il Patriarca Roncalli infatti cultore di studi storici e conoscitore di diverse lingue estere, ha molto viaggiato e la sua esperienza multiforme gli dà quella sicurezza che incanta tanto i dotti come gli ignoranti": *L'umile Patriarca della Serenissima*, in <https://www.papagiovanni.com>.

⁴⁹ Si tratta, quanto alla storia, della riflessione "su quale debba essere il nostro rapporto con ciò che è stato fatto prima di noi in termini di autentico servizio. Dobbiamo rispettare tale passato, imparare da esso, ma non imitarlo. Quanto di grande e di santo è stato fatto assume per noi valore di esempio, perché ci mostra in modo evidente cosa siano la grandezza e la santità, ma non si tratta di un modello da ricalcare alla lettera. Per quanto piccolo possa essere ciò che siamo in grado di realizzare se lo misuriamo con le opere dei Padri, pure riceve il suo valore proprio dal fatto che siamo noi stessi a realizzarlo, nel modo conforme alla nostra indole e con le nostre forze": M. BUBER, *Il cammino dell'uomo*, cit., p. 11.

⁵⁰ Quanto alla comparazione, si rinvia agli "Studi di diritto comparato: Europa, America, Asia e...Italia" dell'ecclesiasticista Luigi Luzzati: L. DE GREGORIO, *Luigi Luzzatti ecclesiasticista*, in L. DE GREGORIO (a cura di), *Dio nella libertà. Scritti scelti su libertà religiosa e relazioni tra Stato e Chiesa*, Libellula ed., Lecce, 2013, pp. 32 ss. Secondo il pensiero di Luzzati, infatti, "il primo criterio per giudicare della eccellenza di un regime costituzionale, della sua sincerità, sostanzialmente e non dalle apparenze, consiste in queste semplici ricerche: come rispettano mutualmente i cittadini e le loro inevitabili divergenze di fede e di filosofia, come le tutelano il diritto pubblico e il diritto civile": L. LUZZATI, *Dio nella libertà. Studi sulle relazioni tra lo Stato e le Chiese*, Zanichelli, Bologna, 1926, p. 6.

⁵¹ GIOVANNI XXIII, *Pacem in terris*, n. 86, parte seconda.

⁵² Sul concetto di *genre* quale snodo cruciale nella comunicazione giuridica in quanto componente essenziale alla definizione di un *legal discourse community, ex multis*: A. FREEDMAN, P. MEDWAY (eds.), *Genre and the New Rhetoric*, Tatlor&Francis, London, 1994; G. TESSUTO, *Developing Genre-Based English Legal Writing Literacy in Italian Law Faculty Contexts: Law essays*, in P. DESIDERI, G. TESSUTO (eds.), *Il Discorso Accademico, Lingue e Pratiche Disciplinari*, Ed. Quattro Venti, Urbino, 2011.

⁵³ Si tratta dei *North American New Rethorical Genre Studies (RGS)*, dell'*Australian System Functional Linguistics (SFL)*, dell'*English for Special Purposes (ESP)* e del loro essere "goal oriented social processes" in linea con le strategie gradualistiche degli *staged processes*: J.R. MARTIN, *A Contextual Theory of Language*, in B. COPE, M. KALANTZIS (eds.), *The Power of Literacy – A Genre Approach to teaching Legal Writing*, University of Pittsburg Press, Pittsburg, 1993; J. R. MARTIN, D. ROSE, *Genre relations: Mapping Culture*, Equinox Pub., London, 2008.

sociale di una specifica cultura (quella universale) e, allo stesso tempo, permettono di inquadrare con maggior rigore il contesto culturale (sul piano istituzionale) in cui quel testo si inserisce⁵⁴.

Se ci si apre, infatti, alla lettura del testo – finanche all’analisi del testo ufficiale dell’Enciclica nella versione inglese⁵⁵ – anche con uno sguardo⁵⁶ non necessariamente veicolato sul piano strettamente positivistico tipico degli ordinamenti di *civil law*, risulta più immediato il contributo che la storia e la comparazione forniscono alla comprensione delle direttrici indicateci dal Papa. Sì, perché l’Enciclica, se da un lato enfatizza una “*natural law methodology*”⁵⁷, combina, dall’altro, il suo insegnamento sulla gradualità ben oltre la dottrina sociale. Inserisce, infatti, una caratterizzazione tendenzialmente più estranea al mondo costituzionale continentale: l’ottimismo. E ne fa rinvenire il fondamento nel realismo socio-istituzionale⁵⁸.

Ciò emerge più chiaramente dalla versione inglese dell’Enciclica, la quale, proprio per la dimensione universale⁵⁹ che la caratterizza anche in termini comunicativi⁶⁰,

⁵⁴ B. HART-DAVIDSON, *Genre Are Enacted by Writers and Readers*, in L. ADLER-KASSNER, E. WARDLE (eds.), *Naming What We Know: Threshold Concepts of Writing Studies*, Logan, Utah State, UP, 2015, pp. 39-40.

⁵⁵ Nel quale l’intestazione dà conto immediatamente del messaggio universale e dei quattro pilastri su cui si basa: *Pacem in Terris, Encyclical of Pope John XXIII on Establishing Universal Peace in Truth, Justice, Charity and Liberty*, in https://www.vatican.va/content/john-xxiii/en/encyclicals/documents/hf_j-xxiii_enc_11041963_pacem.html.

⁵⁶ *Ex multis*, in particolare, v. L. COPPEN, “*Pacem in terris*” at 60: A Brief Guide to a Landmark Encyclical, April 10, 2023, in <https://www.pillaratholic.com>; P. KOSLOSKY, *What is the Encyclical Pacem in terris?*, April 10, 2023, in <https://aleteia.org>; C. RUE, *Honouring 60 years of the ‘Peace on Earth’ Encyclical*, July 11, 2023, in <https://www.columban.org.au>.

⁵⁷ Con alcuni ‘rafforzamenti’: “(...) moves beyond the preceding understanding by putting more stress on the human person and not as much on human nature as such”; C.E. CURRAM, *The Teaching and Methodology of Pacem in Terris*, in *Jour. of Catholic Social Thought*, n. 1/2004, p. 19.

⁵⁸ Ne è un esempio proprio l’uomo di quel tempo, Mandela: “(...) his life”, si ricorda, “tells a story that stands in direct opposition to the cynicism and hopelessness that so often afflicts our world. A prisoner became a free man; a liberation figure became a passionate voice for reconciliation; a party leader became a president who advanced democracy and development”: B. OBAMA, *Foreword*, in N. MANDELA, *Conversations with Myself*, Pan Macmillan South Africa, Johannesburg, 2018, pp. XI-XII.

⁵⁹ D. CRYSTAL, *English as a Global Language*, Cambridge University Press, Cambridge, 2003; C. BERKENKOTTER, T.N. HUCKIN, *Genre Knowledge in Disciplinary Communication – Cognition, Culture, Power*, Lawrence Erlbaum Associates, New Jersey, 1995.

⁶⁰ Si tratta del c.d. *discourse structure* e delle *linguistic features* che caratterizzano la *Genre Analysis*: “A class of communicative events, the member of which share some set of communicative purposes. These purposes are recognized by the expert members of the parent discourse community and thereby constitute

enfattizza espressamente il collegamento tra la gradualità e l'ordine naturale. "(...) *it is the law of nature that all things must be of gradual growth*"⁶¹.

Nel decimo anniversario della *Pacem in terris* il Cardinal Maurice Roy, allora Presidente della Commissione Pontificia sulla Giustizia e la Pace, aveva evidenziato che, alla luce delle violenze e dei conflitti in corso si sarebbe dovuto scrivere un nuovo capitolo dell'Enciclica: *Bellum in terris*⁶². Come è ben stato notato⁶³, però, ad una lettura più attenta l'ottimismo di Papa Giovanni trovava fondamento in alcune premesse di matrice istituzionale: la necessità di un cambiamento non solo 'di cuore' ma anche di strutture istituzionali in una dimensione globale (par.2.1); l'imprescindibilità di un approccio realista che dà conto della consapevolezza del lungo e faticoso percorso che attende l'umanità (2.2); un invito esplicito verso nuove forme di responsabilità (2.3).

Temperando il profilo idealista dell'approccio ottimistico (in parte generato – secondo alcuni – dalla scelta del diritto naturale come base filosofica della lettera⁶⁴) quelle premesse non solo si pongono come contro-bilanciamenti ma, soprattutto, assumono il ruolo di precondizioni oggettive del percorso costituzionale delineato nell'Enciclica, primo documento della dottrina sociale della Chiesa che riconosce un ruolo centrale ai diritti umani⁶⁵: *in primis*, funzionale alla pace⁶⁶.

the rationale for genre. This rationale shapes the schematic structure of the discourse and influences and constrains choice of content and style": J.M. SWALES, *Genre Analysis: English in Academic and Research Settings*, Cambridge University Press, Cambridge, 1990, p. 58.

⁶¹ JOHN XXIII, *Pacem in terris*, n. 67, n. 162.

⁶² "Reflections by Cardinal Maurice Roy on the Occasion of the Tenth Anniversary of the Encyclical *Pacem in Terris* of Pope John XXIII (April 11, 1973)", in J. GREMILLION (ed.), *The Gospel of Peace and Justice: Catholic Social Teaching since Pope John*, Orbis Marycall, NY, 1976.

⁶³ "(...) John XXIII is neither a total optimist nor a total idealist. The elements of a more realistic approach come through in the encyclical (...)": C.E. CURRAM, *The Teaching and Methodology of Pacem in Terris*, cit., p. 33.

⁶⁴ Si tenga presente, in ogni caso, che "One advantage of a natural law approach is that non-Christians and nonbelievers can understand and respond to the document because it is not based on specifically Christian theological sources. John XXIII, for the first time, addresses and encyclical not only to bishops and members of the church but to all people of good will. Such an approach makes explicit what was implicit in the earlier documents (...). Many non-Catholics responded to *Pacem in terris*. For example, the Center for the Study of Democratic Institutions sponsored convocations about *Pacem in terris*": C.E. CURRAM, *The Teaching and Methodology of Pacem in Terris*, cit., p. 18.

⁶⁵ Lo storico riconoscimento, fungendo da presupposto anche per la valorizzazione – nell'Enciclica - del rapporto tra diritti e doveri, diviene trasversale: la sua valenza sia sul fronte dei diritti civili e politici, sia su quello dei diritti socio-economici ha permesso di "grounding

L'obiettivo? Orientare verso l'approccio (rivoluzionario) del posizionamento – o *positioning*, nella prospettiva internazionale –: il quale, pur concepito in ambito estraneo a quello giuridico⁶⁷, si rivela essere di più ampio contenuto proprio per la sua vocazione istituzionale⁶⁸, di stretta matrice comparatistica. Applicato in ambito giuridico, infatti, risulta in linea con il percorso proposto dall'Enciclica in quanto finalizzato a creare una posizione – del soggetto che intende prendere l'iniziativa in termini pro-attivi (giudice, legislatore, leader politico, studioso...) – nella mente dell'interlocutore a cui si rivolge: in termini istituzionali, ciò significa includere il destinatario nel processo di cambiamento generato dall'iniziativa del singolo attore il quale, come riconosciuto nell'Enciclica stessa, 'generosamente' opera per rispondere alle "esigenze di giustizia"⁷⁰. Ma l'Enciclica dice di più: anche sul 'come'.

human rights also in the common good". "There can be no doubt", si è sottolineato, "that *Pacem in terris* helped pave the way for the 1965 Declaration on Religious Freedom of Vatican II": C.E. CURRAM, *The Teaching and Methodology of Pacem in Terris*, cit., p. 25 e p. 26. Sotto questo profilo, la prospettiva costituzionale contribuisce alla valorizzazione della diretta correlazione tra la transizione democratica degli ordinamenti costituzionali contemporanei e gli insegnamenti della Chiesa: in questa prospettiva, ad esempio, J.B. HEIR, *Catholicism and Democracy: Conflict, Change, Collaboration*, in C.E. CURRAM (ed.), *Change in Official Catholic Moral Teachings: Readings in Moral Theology No. 13*, Paulist, New York, 2003.

⁶⁶ Il nesso tra diritti umani e pace è stato recentemente ribadito proprio dai vertici delle Nazioni Unite: "Full compliance with human rights is the best antidote to the inequalities, unaddressed grievances and exclusion which are often at the root of instability and conflict. An unwavering human rights lens and strong human rights action – based on norms tried and tested – lead us away from chaos and conflict; advance development; and build trust. (...) **The full range of human rights standards are equally crucial in bringing conflict to a close and establishing sustainable peace**": **High-Level Open Debate on "Futureproofing Trust for Sustaining Peace", Briefing by Volker Türk, United Nations High Commissioner for Human Rights, Human Rights will build Peace, Türk tells Security Council, May 3, 2023, in <https://www.ohchr.org/en/statements/2023/05/human-rights-will-build-peace-turk-tells-security-council>.**

⁶⁷ E. DI MINGO, *The Fine Art of Positioning*, in *The Jour. Of Business Strategy*, March/April 1988, p. 34.

⁶⁸ "Positioning goes well beyond slogans and image marketing", precisa colui che allora era il Direttore del *Corporate Communications for Infatron Systems Corporations* in Cherry Hill, New Jersey. "True positioning", insiste, "is the process of distinguishing (a company or a product)" – ma ciò può valere anche per qualsiasi scelta tra opzioni decisorie in ambito legislativo, giudiziale, accademico, etc. – in comparazione tra loro – "from competitors along real dimensions to be preferred (company or product) in a market" – da intendersi anche con riferimento al contesto giuridico globale –: E. DI MINGO, *The Fine Art of Positioning*, cit., p. 34.

⁶⁹ J. FISKE, *Positioning the Legal Subject and Anthropologist: The Challenge of Delgamuukw to Anthropological Theory*, in *Jour. of Legal Pluralism*, n. 45/2000.

⁷⁰ GIOVANNI XXIII, *Pacem in terris*, n. 86.

2.1. Interdipendenza e dimensione globale

L'incoraggiamento alla pace e alla promozione di una comunità di nazioni "verso una *convivenza unitaria* a raggio mondiale" si rileva essere in perfetta consonanza non solo con le istanze dell'epoca, ma anche con le contemporanee esigenze relazionali⁷¹. Nella Sezione IV dedicata ai *Rapporti degli esseri umani e delle comunità politiche con la comunità mondiale* si esplicita chiaramente, infatti, che sono gli stessi 'progressi' in atto che sollecitano alla collaborazione. Ed è da quest'ultima che nasce la "circolazione delle idee, di uomini, delle cose". "Nessuna comunità politica oggi (!)", si insiste, può dunque prescindere dal "grado di prosperità e sviluppo di tutte le altre comunità politiche". Di qui, l'ammonimento ad ogni singola comunità a non "chiudersi in se stessa"⁷².

Si gettano le basi, già allora, non solo per il c.d. diritto relazionale come paradigma ordinamentale⁷³, ma anche per la definizione di nuove forme di giustizia che, proprio a fronte della globalizzazione⁷⁴, necessitano di invero⁷⁵.

⁷¹ *Ex multis*, in particolare: P. KHANNA, *Connectography. Le mappe del futuro ordine mondiale*, Fazi, Roma, 2016; G. TIEGHI, *Info/City States: la città 'oltre lo Stato'. Dalla Connectivity alla City Diplomacy*, in *DPCE Online*, n.2/2020; C. RATTI, *La città di domani. Come le reti stanno cambiando il futuro urbano*, Einaudi, Torino, 2017.

⁷² "I recenti progressi delle scienze e delle tecniche incidono profondamente sugli esseri umani, sollecitandoli a collaborare tra loro e orientandoli verso una convivenza unitaria a raggio mondiale. Si è infatti intensamente accentuata la circolazione delle idee, degli uomini, delle cose. Per cui sono aumentati enormemente e si sono infittiti i rapporti tra i cittadini, le famiglie, i corpi intermedi appartenenti a diverse comunità politiche; come pure fra i poteri pubblici delle medesime. Mentre si approfondisce l'interdipendenza tra le economie nazionali: le une si inseriscono progressivamente sulle altre fino a diventare ciascuna quasi parte integrante di un'unica economia mondiale; e il progresso sociale, l'ordine, la sicurezza, e la pace all'interno di ciascuna comunità politica è in rapporto vitale con il progresso sociale, l'ordine, la sicurezza, la pace di tutte le altre comunità politiche. Nessuna comunità politica oggi è in grado di perseguire i suoi interessi e di svilupparsi chiudendosi in se stessa; giacché il grado della sua prosperità e del suo sviluppo sono pure il riflesso ed una componente del grado di prosperità e dello sviluppo di tutte le altre comunità politiche": GIOVANNI XXIII, *Pacem in terris*, n. 68.

⁷³ P. GROSSI, *L'invenzione del diritto*, Laterza, Roma-Bari, 2017.

⁷⁴ "La globalizzazione è lo spazio in cui vengono ripensate le stesse categorie del costituzionalismo, a cominciare dai diritti dell'uomo. Emergono dinamiche e fenomeni nuovi che si fa fatica a concettualizzare (...)": F. PIZZOLATO, *Economia globale e città: note introduttive su una dialettica centrale per le democrazie del XXI secolo*, in *Economia Pubblica*, n. 1/2020, p. 102.

⁷⁵ "Among the most prominent and significant political and legal developments since the end of the Cold War is the proliferation of mechanisms for addressing the complex challenges of transition from authoritarian rule to human rights-based democratic constitutionalism, particularly with regards to the

2.2. Realismo, verità, differenze, uguaglianza

La lettura del combinato disposto di cui ai paragrafi 81 (*Impegno costante*) e 49 (*Nella verità*) chiarisce un presupposto indefettibile: ossia, che non si è di fronte ad una teoria della pace quanto, piuttosto, ad un vero e proprio programma strutturato che trova la sua genesi nel riconoscimento delle disuguaglianze (anche razziali). Dalla guerra, alla pace. Un programma, tra l'altro, in cui tutti sono chiamati a divenire costruttori di una pace che è frutto della solidarietà⁷⁶. I passaggi logici sono decisivi.

Se, in prima battuta, l'approccio realistico permette di accomunare tutti gli uomini nella difficoltà di "cogliere, con sufficiente aderenza, il rapporto fra esigenze obiettive della giustizia e situazioni concrete" (dunque, la difficoltà di tradurre in realtà "principi e direttive dottrinali"), si comincia ben presto a dare conto di una verità: quella secondo la quale "il problema dell'adeguazione della realtà sociale alle esigenze della giustizia è *problema che non ammette mai una soluzione definitiva*": transeunticità, dunque, a fronte della finitudine dell'uomo⁷⁷. Necessità, in sintesi, di chiamare in causa "i nostri figli" affinché "vigilino su se stessi per non adagiarsi", per comprendere "quello che resta ancora da compiere". Alla base, una chiave di volta per le democrazie contemporanee in transizione: "il diritto non è un comando, non esprime il potere di una autorità suprema"⁷⁸.

È in questo rapporto tra realismo e giustizia che si insinua l'invito ad un atteggiamento proattivo per tutta "la famiglia umana". La quale, si ricorda

demands for accountability in relation to conflicts and abuses of the past": R. G. TEITEL, *Globalizing Transitional Justice. Essays for the Millennium*, Oxford University Press USA, 2015.

⁷⁶ G. COMAZZETTO, *La solidarietà necessaria. Metamorfosi di un principio nell'orizzonte costituzionale europeo*, Jovene, Napoli, 2023.

⁷⁷ "(...) Nelson Mandela reminds us that he has not been a perfect man. Like all of us, he has his flaws. But it is precisely those imperfections that should inspire each and every one of us. For if we are honest with ourselves, we know that we all face struggles that are large and small, personal and political – to overcome fear and doubt; to keep working when the outcome of our struggle is not certain; to forgive others and to challenge ourselves": B. OBAMA, *Foreword*, in N. MANDELA, *Conversations with Myself*, cit., pp. XII-XIII. Sul concetto di finitudine dell'uomo: M. BERTOLISSI, R. MENEGHELLI, *Lezioni di diritto pubblico generale*, Giappichelli, Torino, 1993, spec. pp. 7-13.

⁷⁸ P. GROSSI, *Il diritto in una società che cambia. A colloquio con Orlando Roselli*, il Mulino, Bologna, 2018, cit., pp. 51-52.

esplicitamente, già allora aveva “iniziato il suo cammino con prospettive di un’ampiezza sconfinata”⁷⁹.

Ma è poi il collegamento al paragrafo 49 che colloca *la verità* nel ruolo di parametro equilibratore delle disuguaglianze sostanziali. Nel riconoscere l’evidenza delle differenze nelle manifestazioni dell’esperienza, si richiama all’esigenza di eliminare “ogni traccia di razzismo”. In questo modo si ricordano le grandi battaglie civili, votate al riconoscimento delle verità storiche, per ribadire la libertà⁸⁰ e l’uguaglianza, “per dignità di natura”, “di tutte le comunità politiche”. Ma c’è di più. Le differenze divengono motore, volano di nuove reazioni: ove sussistono, “ciò non può mai giustificare il proposito di far pesare la propria superiorità sugli altri”⁸¹. “Piuttosto”, si definiscono le potenzialità delle differenze, in linea con un altro principio cardine, di evidente valenza costituzionale: la responsabilità.

2.3. Responsabilità: dal fatto spirituale al dovere istituzionale

Dalle differenze alla responsabilità: le “differenze” quali “sorgente di maggiore responsabilità nell’apporto che ognuno e tutti devono addurre alla *vicendevoles elevazione*”⁸². In questo passaggio c’è, evidentemente, proprio se si pensa alle vicende contemporanee⁸³, una lungimiranza che ha, in sé, il germe del *fatto costituente*. Non solo per il cittadino; più in generale, per l’individuo, chiamato alla reciproca elevazione. Spirituale ma, allo stesso tempo, istituzionale.

Siamo di fronte ad un autentico patto costituzionale che propone già gli scenari da percorrere: una “permanente disposizione ad effondere gli uni negli altri il meglio

⁷⁹ GIOVANNI XXIII, *Pacem in terris*, n. 81. Un cammino che, per altri, si è concretizzato nel cammino verso la libertà: N. MANDELA, *Lungo cammino verso la libertà. Autobiografia*, Feltrinelli, Milano, 2013.

⁸⁰ N. MANDELA, *Lungo cammino verso la libertà*, cit., ma anche N. MANDELA, M. LANGA, *La sfida della libertà. Come nasce una democrazia*, Feltrinelli, Milano, 2018.

⁸¹ GIOVANNI XXIII, *Pacem in terris*, n. 49.

⁸² GIOVANNI XXIII, *Pacem in terris*, n. 49.

⁸³ Tra tutte, per le evidenti difficoltà di superare un egualitarismo che non ammette differenziazioni, la riforma delle autonomie in Italia: da ultimo, partendo da una recente audizione in Senato sul tema, si veda M. BERTOLISSI, *Testi normativi e contesti istituzionali. Cose vere e meno vere a proposito dell’autonomia differenziata*, in *Consulta Online*, n. 22/2023.

di se stessi”⁸⁴, da un lato. “Il diritto di prendere parte attiva alla vita pubblica e addurre un apporto personale all’attuazione del bene comune”⁸⁵, dall’altro.

3. Incrementalism alla prova della contemporaneità: sguardo ai diversi formanti.

In questo scenario così ben logicamente costruito ed argomentato, il percorso costituzionale si serve della *gradualità* quale fulcro dell’insegnamento da condividere, in vista di uno sforzo comune che coinvolge “le istituzioni umane”: “Non si dimentichi che la gradualità è la legge della vita in tutte le sue espressioni; per cui anche nelle istituzioni umane non si riesce ad innovare verso il meglio che agendo dal di dentro di esse gradualmente”⁸⁶. “(...) *slowly and deliberately from within*”⁸⁷.

L’indicazione è ampia e, allo stesso tempo, costituzionalmente orientata con rigore esemplare. Copre tutta l’esistenza: la vita dell’essere umano, non un settore specifico. La legge della vita “in tutte le sue espressioni”: dunque, anche sul piano giuridico-istituzionale. Se ne rinviene un invito preciso, pur nella sua semplicità: all’unione tra la vita e il Diritto. Tra l’esistenza, la società, le istituzioni e le regole che le disciplinano. Ed è proprio nella dialettica tra i profili – intimo, spirituale, ma al tempo stesso concreto, carnale, perché quotidianamente conflittuale – dell’esistenza, da un lato, e quelli della legge, dall’altro, che le regole (della vita) divengono strumento di dialogo tra luoghi, persone e ordinamenti⁸⁸, anche nel tempo. La gradualità assurge, così, a insegnamento universale di vita reale, di approccio alla vita stessa: per tutti gli uomini di buona volontà. I quali sono coloro che provano, si impegnano, lottano nella loro quotidianità per cambiare, per

⁸⁴ GIOVANNI XXIII, *Pacem in terris*, n. 19.

⁸⁵ GIOVANNI XXIII, *Pacem in terris*, n. 13.

⁸⁶ L’estratto costituisce la seconda parte del paragrafo già citato (GIOVANNI XXIII, *Pacem in terris*, n. 86), dal quale si è tratta ispirazione per il presente scritto. Ma è solo nella versione inglese che questa seconda parte assume anche una diversa numerazione, quasi a marcare il passaggio tra la premessa storico-comparata e l’insegnamento che ne segue, col suo principio regolatore: nel paragrafo *Little by Little*, n. 67, infatti, questa seconda parte è indicizzata come n. 162, a differenza della prima parte sulle anime generose di spirito, n. 161.

⁸⁷ JOHN XXIII, *Pacem in terris*, n. 67, n. 162.

⁸⁸ M.R. FERRARESE, *Diritto sconfinato. Inventiva giuridica e spazi nel mondo globale*, Laterza, Roma-Bari, 2006.

“innovare verso il meglio”. Un insegnamento, dunque, anche per i giudici⁸⁹, per i legislatori⁹⁰, per i governanti, per gli studiosi, per giuristi in generale.

L'insegnamento nasce, evidentemente, dai numerosi tentativi storici di costruire un mondo migliore votato alla costruzione di una pace universale nella verità, giustizia, carità e libertà. Ma è nel momento in cui si utilizzano le parole di Pio XII (parte terza del medesimo paragrafo sulla gradualità) che si indirizza verso una scelta di campo ben precisa: “Non nella rivoluzione” ma “in una evoluzione concordata sta la salvezza e la Giustizia”⁹¹.

La gradualità come legge della vita fa, dunque, da collegamento tra la prima e la terza parte del paragrafo sul tema: dai Giusti del passato che, accesi dal desiderio di innovare, sono stati ad un certo punto intimamente propensi alla ‘rivoluzione’ – come dimostrano le parole di Mandela, Martin Luther King e Gandhi –, fino all’*evoluzione concordata* suggerita da Pio XII per indirizzare a forme di azione che non abbiano nulla a che fare con la violenza. Dunque, anche recuperando quanto ereditato dalla dottrina della non-violenza, già alla base delle battaglie civili e politiche dei tre patrioti. Il punto è il seguente, ai fini di una lettura contemporanea: di quale violenza si tratta? Quali sono le forme di violenza oggi?

La lettura combinata dei paragrafi proposti, e le declinazioni che della violenza vengono fatte nel paragrafo in esame⁹², fanno propendere, oggi, per una accezione di quel concetto di più ampio respiro. In una prospettiva che include, ma che allo stesso tempo va anche oltre quel tipo di violenza contro cui hanno lottato per anni i

⁸⁹ In specie, per coloro che del realismo hanno fatto una missione di vita anche con riferimento al loro specifico ruolo di giudici costituzionali: O.W. HOLMES, *The Common Law*, 5, M. Howe ed., 1881 (M. TUSHNET, *The Logic of Experience: Oliver Wendell Holmes on the Supreme Judicial Court*, in 63 *Virginia Law Review* 6, 1977); P. GROSSI, *L'invenzione del diritto*, cit.; A. BARAK, *The Judge in a Democracy*, Princeton University Press, Princeton and Oxford, 2006; A. SACHS, *The Strange Alchemy of Life and Law*, OUP, Oxford, 2011.

⁹⁰ Sul tema, ad esempio: S. BLOCK-LIEB, T.C. HALLIDAY, *Incrementalism in Global Lawmaking*, in 32 *Brook J.Int'l L.*, 2007.

⁹¹ GIOVANNI XXIII, *Pacem in terris*, n. 86.

⁹² Sono le parole di Pio XII, riportate nella terza parte della gradualità e tratte da *Discorso agli operai italiani di Pio XII*: la violenza, si ricorda, “(...) non ha mai fatto altro che abbattere, non innalzare; accendere le passioni, non calmarle; accumulare odio e rovine, non affratellare i contendenti; e ha precipitato gli uomini e i partiti nella dura necessità di ricostruire lentamente, dopo prove dolorose, sopra i ruderi della discordia”: GIOVANNI XXIII, *Pacem in terris*, n. 86.

Giusti del passato, uomini “in carne ed ossa”⁹³. Si tratta di tutte quelle forme di violenza⁹⁴ che giudici, legislatori, studiosi in carne ed ossa, si trovano ad affrontare in un’epoca di eccezionale transizione proprio per essere in grado di posizionarsi, nel modo più efficace possibile, in vista della risoluzione dei conflitti. È in questo spazio, di vita concreta, che viene in gioco l’esperienza – anche giuridica – dell’incrementalismo⁹⁵ quale componente essenziale del *positioning*: uno strumento per tutti quegli operatori che oggi, pur con modalità diverse da ieri⁹⁶, si trovano a ‘lottare per il Diritto’⁹⁷.

La dimensione giuridico-istituzionale delle sfide che, a fronte dei conflitti tuttora in corso, gli operatori contemporanei del diritto si trovano a fronteggiare sul piano *glocale*⁹⁸ risulta, dunque, di estremo ed attuale interesse⁹⁹ proprio nella prospettiva

⁹³ Sui “modelli di comportamento in carne ed ossa”: S. SOTOMAYOR, *Il mio mondo amatissimo. Storia di un giudice dal Bronx alla Corte Suprema*, il Mulino, Bologna, 2017, p. 251.

⁹⁴ Spesso collegate a precise barriere mentali che, da tempo, si invita letteralmente a smantellare: “Il guaio”, si è ammonito, “è che la stragrande maggioranza di quei personaggi culturalmente pigri che sono nel pianeta di *civil law* i giuristi non si è accorta, o non si è voluta accorgere, del germinare di eventi nuovi, ha persistito a cogliere la linea tra passato e presente quasi fosse un *continuum*, paga soltanto di riallacciare l’oggi al passato prefascista; e la Costituzione assume, di fronte a quegli occhi, quasi la forma di una nuvola galleggiante ben alta, assai distante, sulla esperienza quotidiana”, in P. GROSSI, *L’invenzione del diritto*, cit., Saggio *L’invenzione del diritto: a proposito della funzione dei giudici*, p. 117.

⁹⁵ La diffusione dell’approccio si deve allo studioso di scienza della politica Charles L. Lindblom e al suo saggio del 1959, intitolato *The Science of ‘Muddling Through’* (in *Public Administration Review*, vol. n. 19, n. 2) che si pone in antitesi al modello razionale fino a quel momento ritenuto migliore. “*In comparison*”, si è evidenziato, con il suo “*intuitive step-by-step concept behind*”, “*incrementalism allows problems and ever-changing needs to be addressed as they arise rather than crating overall one-size-fits-all strategic plans which require costly and time consuming ‘fire-fighting’ to implement acceptability*”: R. LONGLEY, *What is Incrementalism in Government? Definition and Examples*, cit., p. 2. V. anche M. M. ATKINSON, *Lindblom’s lament: Incrementalism and the Persistent Pull of the Status Quo*, in *Taylor& Francis Online*, 2017.

⁹⁶ Esempi di “*sweeping social change*” realizzati attraverso l’incrementalismo sono proprio quelli che “*include civil rights and racial equality, women’s voting rights, and gay rights*”: R. LONGLEY, *What is Incrementalism in Government? Definition and Examples*, cit., p. 1.

⁹⁷ Espressione di Livio Paladin, in M. BERTOLISSI, *Livio Paladin. Appunti riflessioni ricordi di un allievo*, Jovene, Napoli, 2015, p. 69.

⁹⁸ Z. BAUMAN, *Globalizzazione e glocalizzazione*, Armando Ed., Roma, 2005.

⁹⁹ “*One of the biggest problems in most intractable conflicts is that they are incredibly complex, with many actors, issues, interests and long history of confrontation, fear, distrust, even hate. As a result, it is almost impossible for one person or even a group of people to come in and, in a relatively short period of time, help the parties find a solution. Solutions need to be developed slowly over a long time of period, with many people working independently and in concert, to bring about transformation of the conflict from a destructive one to a constructive one, and to a resolved situation*”: H. BURGESS, G. BURGESS, M.

proposta della gradualità: stabilità o cambiamento? Superamento riformista o adattamento “*little by little*” al cambiamento?

I diversi formanti dell’era contemporanea forniscono un quadro esperienziale di significativo rilievo su variegati fronti. Ciò non significa, evidentemente, che l’indicazione della gradualità sia, in assoluto, la migliore, o quella da perseguire. Sta di fatto che, in contesti giuridici attinenti ai processi di riforma legislativa, ai processi decisionali in sede giudiziale e a quelli sulle politiche di *governance*, il metodo dimostra un utilizzo che ha raggiunto un certo grado di sperimentazione sia sul fronte della *law in action* che su quello della *law in books*. Per ciò che qui interessa, quel metodo risulta chiaramente orientato in vista del “*Strategic Change*” che permea la proposta di Papa Giovanni nei confronti delle istituzioni: ossia, per un’innovazione “verso il meglio”. Precisamente, “agendo dal di dentro di esse gradualmente”.

Vale dunque la pena chiedersi: cosa ci dice l’esperienza contemporanea in merito? Le istituzioni agiscono davvero ‘dal di dentro’? Quali scenari decisionali hanno acquisito un significato sul piano costituzionale sul fronte di quella gradualità, ampiamente sviluppato, sul piano teorico, proprio nell’anno 1963¹⁰⁰?

a) Quanto al formante legislativo: recenti studi di diritto globale dimostrano un utilizzo definito, a volte, frustrante¹⁰¹, per la lentezza e la ciclicità della procedura;

MAIESE, *Incrementalism*, in G. BURGESS, H. BURGESS (eds.), *Beyond Intractability, Conflict Information Consortium*, University of Colorado, Boulder, 2004, p. 1.

¹⁰⁰ Si tratta dell’opera di R.M. CYERT, J. MARCH, *Behavioral Theory of the Firm*, University of Illinois at Urbana-Champaign’s Academy for Entrepreneurial Leadership Historical Research Reference in Entrepreneurship, 1963 e D. BRAYBROOKE, C. LINDBLOM, *A Strategy of Decision. Policy Evaluation as a Social Process*, The Free Press, NY, 1963: “For both authors are seeking to present a method of decision-making process that proceeds by a series of incremental judgments as opposed to a single judgment made on the basis of rational manipulation of all the ideally relevant considerations”, in M. SHAPIRO, *Stability and Change in Judicial Decision-Making Process*, in *Law in Transition Quarterly*, 1965, p. 137.

¹⁰¹ Si è infatti sostenuto che “*decades-old European Community ‘method’ – rational planning, bureaucratic solutions, suppression of political passion and a steady incrementalism – is incapable of catching popular fire in a way that would allow the EU to mount a true global challenge to the U.S.*”: S. DILLON, *Looking for the Progressive Empire: Where is the European Union’s Foreign Policy?*, 19 *Conn. J. Int’L L.*, 2004, p. 278.

altre volte, foriero di evidenti benefici¹⁰². Quest'ultimo caso, in specie, si realizza ove "law reformers possess limited authority and where the subject is either controversial or technical (or both)"¹⁰³. Lo scenario positivo prefigurato fa, dunque, riferimento ad alcune tipologie di contesti: a quelli – caratteristici di molti ordinamenti contemporanei – in cui le riforme legislative in atto sono particolarmente osteggiate per il quadro burocratico in essere¹⁰⁴; a quelli in cui le questioni oggetto di valutazione in senso riformistico sono particolarmente complesse¹⁰⁵; a quelli, da ultimo, in cui la tecnicità¹⁰⁶ delle stesse comporta un evidente, aggravio, anche procedurale. Impossibile non notare che questi contesti caratterizzano lo scenario tipico – e generalizzato – della maggior parte delle democrazie contemporanee in crisi. In esse, proprio per la situazione di crisi del costituzionalismo, "Consensus

¹⁰² Si è rilevato che un metodo per "mediating conflict between commitment and compliance" coinciderebbe con il processo – per gli Stati – di "incrementally down the path toward stronger international rules with true enforcement provisions": O. A. HATHAWAY, *Between Power and Principle: An Integrated Theory of International Law*, 72, *U. Chi. L. Rev.*, 2005, p. 278.

¹⁰³ S. BLOCK-LIEB, T.C. HALLIDAY, *Incrementalism in Global Lawmaking*, cit., p. 852.

¹⁰⁴ "Revolution via bureaucracy will never be considered legitimate. In case of persistent domestic opposition to the implementation of international law, agency can only take small steps, constantly seeking to change public perceptions and ideas. Hence, when an agency uses its legitimacy to promote a specific policy, it usually does so through an incremental process of policy changes": A. COHEN, *Bureaucratic Internalization: Domestic Governmental Agencies and the Legitimization of International Law*, 36 *Geo. J. Int'l L.* 1107, 2005, pp. 1107-08. Le stesse considerazioni pare possano valere ben oltre i processi di riforma normativa internazionale: sul fronte italiano, infatti, con riferimento alle cicliche proposte di riforma costituzionali e, da ultimo, in materia di regionalismo differenziato. Su questa linea, in particolare, S. CASSESE, *Administrative Law Without the State? The Challenge of Global Regulation*, 37 *N.Y.U. J. Int'l L. & Pol.* 663, 2005 e M. BERTOLISSI, *Autonomia. Ragioni e prospettive di una riforma necessaria*, Marsilio, Venezia, 2019, spec. su "Il problema reale e la sua percezione", pp. 13-15.

¹⁰⁵ Il diritto ambientale funge da esempio eclatante: "More sophisticated legal techniques are not necessarily the solution-realistic, feasible solutions driven by the political will of leaders, the general population and supported by the international community may offer a more incremental but ultimately more effective method of dealing with environmental issues": P. ENGLAND, *Book Reviews*, 54 *Int'l & Comp. L. Q.* 1037, 2005, p. 1038. Ma anche con riferimento alle c.d. *litigation reforms* in ambito civilistico: B. L. ROSENBAUM, *The Legislative Role in Procedural Rulemaking Through Incremental Reform*, 97 *Neb. L. Rev.* 762, 2018.

¹⁰⁶ Per una difesa del gradualismo in ambito fiscale e, nello specifico, nei casi di conflitti tra i diversi interessi/valori in gioco: A.J. COCKFIELD, *Tax Integration Under NAFTA: Resolving the Conflict between Economic and Sovereignty Interests*, 34 *Stan. J. Int'l L.*, 39, 1998, p. 58. Sul piano delle politiche pubbliche di bilancio, v. D. DHARMAPALA, *Legislative Bargaining and Incremental Budgeting*, in *Economics Working Papers*, 2002. Sul fronte europeo, in ambito legislativo farmacologico, v. A. FRANCO, S.F. HANSEN, S.O. OLSEN, L. BUTTI, *Limits and prospects of the "incremental approach" and the European legislation on the management of risks related to nanomaterials*, in *Regulatory Toxicology and Pharmacology*, no. 48/2007.

*building – for that is what produces global law – takes time and political skill*¹⁰⁷: ciò significa, evidentemente, che l'attività necessita anche dell'implementazione di modelli di responsabilità;

b) Quanto al formante giurisprudenziale: vi sono, sul piano della giustizia costituzionale comparata, continuative espressioni di come l'incrementalismo sia divenuto il viatico, per molte Corti¹⁰⁸ e molti giudici¹⁰⁹, atto a realizzare, con "coerenza"¹¹⁰, l'adeguamento della giurisprudenza alla società che cambia. L'indirizzo di logica interpretativa che sta alla base di tale 'accompagnamento al cambiamento' è stato limpidamente espresso nei termini seguenti proprio dall'allora Presidente emerito della Corte costituzionale italiana: "il vero parametro della giustizia costituzionale è consistito e consiste", si è ammonito, "(...) in una Costituzione continuamente attualizzata"¹¹¹. In questo 'continuativo' processo di *decision making* la dialettica tra stabilità e cambiamento si impone – e non più, solo, negli ordinamenti di *common law*¹¹² – favorendo un autentico "*respect for the status quo and movement from the status quo only in short, marginal steps carefully designed to*

¹⁰⁷ S. BLOCK-LIEB, T.C. HALLIDAY, *Incrementalism in Global Lawmaking*, cit., p. 903.

¹⁰⁸ Una per tutte: J. MCLEAN, *Attorney-General v. Taylor: An Example of the Cautious, Incremental and 'Common Law' Approach to Constitutional Change in New Zealand*, in *Constitutional Landmark Judgments in the Commonwealth*, 2019, in <https://blog-iacl-aicd.org/constitutional-landmark-judgments-in-the-commonwealth/2019/12/5/>.

¹⁰⁹ G. TIEGHI, *Educare, non solo decidere. Nuovi scenari dalle recenti opere dei giudici costituzionali Grossi e Sotomayor*, in *Rivista AIC*, n. 1/2020.

¹¹⁰ Con riferimento all'Italia, innanzitutto, in una lezione-conversazione del 14 marzo 1978, tenutasi presso l'Università di Padova, a pochi mesi dalla sua nomina, Livio Paladin disse, rispondendo alla domanda su un eventuale errore della Corte a cui rimediare: "Deve essere, in primo luogo, *coerente*". E ciò - come ben si sottolinea - per evitare disuguaglianze. "Il cambio di giurisprudenza", concludeva l'intervistatore-autore, "deve essere, pertanto, graduale": M. BERTOLISSI, *Livio Paladin. Appunti riflessioni ricordi di un allievo*, cit., p. 38.

¹¹¹ *Discorso commemorativo* tenuto dal Presidente della Corte costituzionale Livio Paladin in occasione dell'udienza celebrativa per il trentesimo anniversario dell'entrata in funzione della Corte costituzionale, Roma, Palazzo della Consulta, 5 giugno 1986: ora in www.cortecostituzionale.it/player.do.

¹¹² Ove l'incrementalismo entra in diretto conflitto con il principio dello *stare decisis*: "*The theory of stare decisis stands directly opposed to that of incrementalism. For the theory is that there are rational and immutable legal principles embedded somewhere in the life of the law and that the technique of stare decisis facilitates the legal system's discovery of those principles. Incrementalism is, it seems to me, the most effective way of emphasizing the limiting functions of the new jurisprudence, and hopefully comforting those who see judicial extravagance lurking everywhere. Incrementalism is a theory of freedom and limitation*": M. SHAPIRO, *The Rule of Law and The Separations of Powers*, Routledge, Londra, 2005, risolto di copertina.

allow for further modification in the light of further development”¹¹³. È la logica che ha caratterizzato anche l’operato dell’Associate Justice della Corte Suprema statunitense, la *great dissenter*, R. B. Ginsburg¹¹⁴: moderazione, prudenza del giudice, equilibrio che deve caratterizzare la sua attività. Approccio che, nel tempo, si è empiricamente declinato attraverso una strategia argomentativa fondata sui c.d. *three persuasion tools*, più volte condivisi dalla stessa giudice durante gli incontri pubblici e utilizzati anche quale tecnica di scrittura delle sue *opinions*: “1. Frame effectively; 2. Build Relationships; 3. Ask Questions”¹¹⁵.

Pur da questi sintetici spunti si comprende come l’incrementalismo giurisdizionale, quale metodo di lavoro, oltre che di pensiero, consenta anche di allontanarsi dall’ottica ristretta della dottrina dello Stato e di accostarsi a quella, più dinamica, che dà voce al pluralismo, che dà spazio alle relazioni. In definitiva, alla vera dialettica del contraddittorio, prodromica al cambiamento. Viene in gioco quel coraggio di cambiare¹¹⁶ che può ritrovare il giusto equilibrio proprio grazie all’apporto del realismo giuridico. Indici, pure in ambito costituzionale, di avanzamento: un confronto collaborativo che ravviva una democrazia che miri davvero a riformarsi¹¹⁷.

c) Sul piano della *governance*: in questo contesto lo scenario è molto simile – in termini di criticità – a ciò che avviene sul piano del formante legislativo. Ma è forse nell’ambito delle politiche pubbliche che l’incrementalismo riesce a mostrare più efficacemente ai cittadini-destinatari il tentativo (o il fallimento) di generare il

¹¹³ M. SHAPIRO, *Stability and Change in Judicial Decision-Making Process*, cit., p. 156-157.

¹¹⁴ “So that’s the dissenter’s hope: That they are writing not for today but for tomorrow”: Intervista a R.B.G., in *Ruth Bader Ginsburg and Malvina Harlan*, NPR (May 2, 2002), in <https://www.npr.org/2002/05/02/1142685/ruth-bader-ginsburg-and-malvina-harlan>.

¹¹⁵ Temi trattati durante l’incontro presso l’Università di Chicago tra la Dean K. Baicker e la giudice Ginsburg il 9 settembre 2019, ora in T. BRADY, *How the “Notorius R.B.G.” used Persuasion to Advance Equality*, 2020, in <https://harris.uchicago.edu/news-events/news/how-notorious-rbg-used-persuasion-advance-equality>.

¹¹⁶ Sul tema, G. TIEGHI, *Corte costituzionale e dovere di sperimentazione comunicativa in udienza. Riflessioni aggiornate sul dialogo con i Giudici*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, n. 1/2023; da ultimo, M. BERTOLISSI, G. BERGONZINI, G. TIEGHI, *Corte costituzionale in pubblico. L’autorevolezza del giudice*, in corso di pubblicazione, Jovene, Napoli, 2023.

¹¹⁷ G. TIEGHI, *Per una “Costituzione continuamente attualizzata”*: *Corte costituzionale e overruling*, in M. BERTOLISSI (a cura di), *Riforme. Opinioni a confronto. Giornata di studi in ricordo di Livio Paladin*, Jovene, Napoli, 2015, pp. 135-167.

cambiamento dall'interno¹¹⁸. È proprio nel faticoso lavoro quotidiano di avanzamento delle proposte in termini di *policymaking* che, si è sottolineato, il “*policymaker has to consider not only her/his values but also, for example, the balance of power within legislature and the reaction to policy changes by interest groups*”. In corso vi è il c.d. *normative debate*. Si tratta di decidere come procedere: “*How should we make policy?*”¹¹⁹.

Inizialmente relegato al solo contesto statunitense il dibattito si è poi esteso ed è divenuto un tema universale¹²⁰. Ciò, anche in considerazione delle trasformazioni sul piano politico a livello mondiale¹²¹ e, in specie, delle sempre più condivise problematiche: tra queste, da ultimo, quelle relative alle scelte sulla distribuzione del potere tra governo centrale e governo periferico.

Il confronto su queste tematiche in prospettiva comparata sta permettendo, innanzitutto, di poter inserire nel dibattito tra i diversi modelli di decentralizzazione¹²² anche il sistema italiano¹²³. In secondo luogo, di ragionare sul come – e sul quanto –, le situazioni considerate come ‘*stable*’ o ‘*stagnating*’ (come

¹¹⁸ C. ADAM, S. HURKA, C. KNILL, Y. STEINEBACH, *On Democratic Intelligence and Failure: The Vice and Virtue of Incrementalism Under Political Fragmentation and Policy Accumulation*, in *Governance*, 2022.

¹¹⁹ P. CARNEY, *Rationality and Incrementalism*, (Ch. 5), 2012, in https://paulcairney.files.wordpress.com/2019/12/9780230_229716_06_ch5.pdf, p. 98 e p. 100.

¹²⁰ P. CARNEY, *Rationality and Incrementalism*, cit., spec. sulla questione *Incrementalism: Is it a Universal Phenomenon?*, p. 104.

¹²¹ Le quali, si sottolinea, mancano ancora di adeguato approfondimento sul come tale trasformazione “– *mainly in the form of increasing levels of political fragmentation within decision-making arenas and increasing complexity of policy-mixes – affects the role of incrementalism*”. Lo studio giunge ad una conclusione di particolare interesse per questo scritto poichè conferma che, entrambe le succitate tendenze, rendono “*incrementalism today (...) politically even more valuable than before*”: C. ADAM, S. HURKA, C. KNILL, Y. STEINEBACH, *On Democratic Intelligence and Failure: The Vice and Virtue of Incrementalism Under Political Fragmentation and Policy Accumulation*, cit., p. 538.

¹²² In una prospettiva molto ampia che va dal federalismo statunitense e australiano, al sistema britannico della *devolution*, fino al ‘*political style*’ giapponese o tedesco. Le scelte in questo settore sul piano della *governance* sono oggetto di studi sempre più avanzati proprio per comprendere la modalità (migliore) con la quale addivenire al risultato più soddisfacente in termini di efficienza ordinamentale: J. RODDEN, *Comparative Federalism and Decentralization: On Meaning and Measurement*, in *Comparative Politics* 36, no. 4/2004.

¹²³ L. VIOLINI, *Una forma di Stato a regionalismo differenziato? Percorsi e argomenti per l’attuazione dell’art. 116, III comma, Cost.*, Torino, Giappichelli, 2021. Sul tema, ci si permette il rinvio anche ad una recente riflessione in G. TIEGHI, *Regionalismo “Italian Style” nel prisma del Comparative Regionalism. Uno sguardo da (e per) l’esterno*, in *federalismi.it*, n. 31/2022.

quella italiana) possano avvalersi dell'approccio del gradualismo. Il fine, nella prospettiva italiana, è quello di portare a compimento 'dall'interno' non solo ciò che è previsto in Costituzione, ma anche l'esito di quel referendum che, ancorché consultivo, la stessa Corte costituzionale italiana ha riconosciuto avere diretta valenza di atto eversivo. Portatore, quindi, proprio di un indirizzo politico tale per cui l'esito positivo del referendum dovrebbe ragionevolmente incidere – in modo graduale¹²⁴ e in diretta attuazione del principio costituzionale posto a garanzia del buon funzionamento delle pubbliche istituzioni¹²⁵ – sulle decisioni degli organi politici competenti¹²⁶.

4. "Rivoluzione" o "evoluzione concordata"? Nuovi scenari di *Law, Society and Politics* nella prospettiva della *Transitional Justice*

La gradualità di Papa Giovanni si inserisce, storicamente, tra le indicazioni di Pio XII e quella che è stata definita una vera e propria Agenda di Pace¹²⁷ di Papa Giovanni Paolo II, anch'essa fondata sull'opzione della non violenza¹²⁸. Nominato nel 1953 Patriarca di Venezia, della *sua* gradualità nel territorio locale rimangono la sua vita modesta, la sua umiltà ma, soprattutto, il modo semplice – anche dialettale – di rapportarsi con ogni essere umano¹²⁹. Ancora una volta, la storia – attraverso

¹²⁴ Si è detto, con una "riflessione attenta e quanto più concreta possibile, capace di dare risposte e formulare osservazioni e proposte puntuali e competenti": L. VIOLINI, *Una forma di Stato a regionalismo differenziato? Percorsi e argomenti per l'attuazione dell'art. 116, III comma, Cost., cit.*, p. 185.

¹²⁵ G. SALERNO, *L'autonomia differenziata: problema o prospettiva costituzionale?*, in *federalismi.it*, n. 19/2023, p. X.

¹²⁶ Si tratta della decisione n. 496/2000. Per un'analisi del ruolo della Regione Veneto in questo processo e, in particolare, dell'esperienza del referendum consultivo regionale, si rinvia a M. BERTOLISSI (a cura di), *La Regione del Veneto. Il futuro estratto dai fatti 1970-2020*, Marsilio, Venezia, 2020. Sul tema, v. G. RIVOCCHI, *Il regionalismo differenziato, un istituto della Repubblica delle autonomie: perché e come realizzarlo entro i limiti di sistema*, in *federalismi.it*, n. 4/2022.

¹²⁷ "Though Pope John Paul II did not leave a peace encyclical, he did leave a comprehensive peace agenda that he developed over the course of his more than twenty-six-year pontificate. The agenda is a milestone because of its firm commitment to human rights (...). His idea that human rights are the cornerstone of a well-ordered, peaceful society is a sort of leitmotif in many of his public statements (...)": H.G. JUSTENHOVEN, *The Peace Ethics of Pope John Paul II*, in *Univ. of St. Thomas Law Jou.*, vol. n. 3:1, 2005, p. 110.

¹²⁸ H.G. JUSTENHOVEN, *The Peace Ethics of Pope John Paul II*, da p. 119.

¹²⁹ "A Venezia il Patriarca Roncalli lascia un ricordo indimenticabile. Il nuovo Patriarca conduce una vita modesta, senza pompa, senza barriere formali; di tanto in tanto compare per le strade e

L'uomo – ci insegna che il fine primario è quello di costruire il progresso umano attraverso relazioni autentiche¹³⁰. Relazioni nelle quali “*honesty, sincerity, simplicity, humility, pure generosity, absence of vanity, readiness to serve others – qualities which are within easy reach of every soul –*”, sono le “*foundation of one's spiritual life*”¹³¹.

Il “collaudo dell'esperienza”¹³² che ha saputo trasfondere nell'Enciclica quale termometro di azioni votate a strategie decisorie *graduali* risulta decisivo nel delineare i caratteri dell'incrementalismo anche sul piano giuridico. Quell'approccio che, come è ben emerso, pare aver segnato la via quale risposta alle battaglie rivoluzionarie dell'epoca, si pone, in realtà: in parte, in continuità con quelle vicende¹³³; in altra parte, da esse si distacca proprio per segnare la via *pro futuro*.

Ed è proprio nella contemporaneità (non più, purtroppo, post-bellica) che quel messaggio trova maggior vigore¹³⁴. Addirittura, più nella contemporaneità che nel

i campielli, accompagnato solo dal segretario, e fa lunghe passeggiate fermandosi a conversare con conoscenti e sconosciuti, tentando anche di esprimersi in dialetto veneziano e facendo amicizia con i gondolieri. Arrivato a Venezia, fa subito sapere che chiunque può andare a trovarlo, senza alcuna formalità, perché, dice, ‘chiunque può aver bisogno di confessarsi e non potrei rifiutare le confidenze di un'anima in pena’. E infatti, secondo un'espressione testuale attribuita da un giornale ad un veneziano, ‘riceveva senza tante storie anche l'ultimo degli straccioni’’: *L'umile Patriarca della Serenissima*, cit.

¹³⁰ Le stesse nelle quali si rinviene anche il fondamento di un certo modo di concepire il diritto: “*Il diritto è relazione con gli altri, condivisione di parte di quel che si ha, impegno e dovere. Poi è diritto: diritto di avere o di ottenere qualcosa; libertà di fare o non fare*”, in M. BERTOLISSI, *Autonomia e responsabilità sono un punto di vista*, Jovene, Napoli, 2015, risvolto di copertina.

¹³¹ La premessa è la seguente: “*In judging our progress as individuals we tend to concentrate on external factors such as one's social position, influence and popularity, wealth and standard of education. (...) But internal factors may be even more crucial in assessing one's development as a human being*”: N. MANDELA, *Letter to Winnie Mandela in Kroonstad Prison, dated 1 February 1975*, in N. MANDELA, *Conversations with Myself*, cit., p. 211. Parole, oggi, scolpite anche nei muri della sua umile casa di Soweto, a Johannesburg.

¹³² M. BERTOLISSI, *Autonomia e responsabilità sono un punto di vista*, cit., p. 247. Criterio guida che affianca costantemente la riflessione sulle istituzioni in M. BERTOLISSI, *Il mito del buon governo*, Jovene, Napoli, 2022.

¹³³ “*(...) even when little sunlight shined into that Robben Island cell, he could see a better future – one worthy of sacrifice. Even when faced with the temptation to seek revenge, he saw the need for reconciliation, and the triumph of principle over mere power. Even when he had earned his rest, he still sought – and seeks – to inspire his fellow men and women to service*”: B. OBAMA, *Foreword*, in N. MANDELA, *Conversations with Myself*, cit., p. XIII.

¹³⁴ “*Countries that have undergone conflict or oppression have an enormous trust deficit stemming from the often-atrocious violations committed. These harmful ruptures need to be repaired, in a process that is often long and challenging. Transitional justice aims at increasing people's*

contesto storico in cui è stata scritta l'Enciclica. Lo dimostrano, da ultimo, le applicazioni istituzionali di quel metodo di posizionamento. Lo scenario ordinamentale delle democrazie contemporanee, proprio a fronte della crisi del costituzionalismo, appare quello più adatto a recepire – e a sperimentare – quel modo di “agire dal di dentro gradualmente”. È la prospettiva da adottare che va modificata: la gradualità va compresa tenendo conto dei nuovi scenari di giustizia¹³⁵. Sono quelli del Goal n. 16 della Agenda di sostenibilità¹³⁶; quelli della giustizia nell'era della globalizzazione¹³⁷; quelli, in particolare, della c.d. giustizia di transizione¹³⁸, la quale incorpora uno storico cambiamento: *From Justice Receiver to Justice Seeker*¹³⁹.

È il cittadino, la persona, l'uomo delle istituzioni, con tutti i suoi pregi e i suoi difetti¹⁴⁰, al centro del processo di cambiamento¹⁴¹: è lui il soggetto che favorisce l'arte di posizionamento delle istituzioni chiamate ad agire “dal di dentro, gradualmente”. È attraverso la persona che si declina la *legge della vita* della nuova era. Precisamente, è attraverso il suo apporto che si rende evidente il principale

confidence in each other and in State institutions”: Briefing by Volker Türk, United Nations High Commissioner for Human Rights, *Human Rights will build Peace, Türk tells Security Council*, cit.

¹³⁵ R.G. TEITEL, *Transitional Justice in a New Era*, in *Fordham International Law Journal* vol. 26, Issue 4, 2002.

¹³⁶ Obiettivo 16: pace, Giustizia e istituzioni forti, in <https://unric.org/it/>.

¹³⁷ R.G. TEITEL, *Globalizing Transitional Justice. Contemporary Essays*, OUP, USA, 2023.

¹³⁸ “Transitional justice refers to how societies respond to the legacies of massive and serious human rights violations. It asks some of the most difficult questions in law, politics, and the social science and grapples with innumerable dilemmas. Above all, transitional justice is about victims”: ICTJ, *What is transitional Justice?*, in https://www.ictj.org/what-transitional-justice_G. GODOS, *Victim Reparations in Transitional Justice. What Is at Stake and Why*, *Nordisk Tidsskrift for Menneskerettigheter*, 111, 2008; W. SCHABAS, *Transitional Justice and the Norms of International Law*, in *Japanese Society of International Law*, 2011; TEITEL, *Transitional Justice Genealogy*, in *Harvard Human Rights Journal*, 16, 2003.

¹³⁹ B. JONES, *The Transition Justice Citizen. From Justice Receiver to Justice Seeker*, E. Elgar, Cheltenham, 2023.

¹⁴⁰ I medesimi di chi, poi, ha comunque segnato la storia: “The story within this book – and the story told by Mandel’s life – is not one of the infallible human beings and inevitable triumph. It is the story of a man who was willing to risk his own life for what he believed in, and who worked hard to lead the kind of life that would make the world a better place”: B. OBAMA, *Foreword*, in N. MANDELA, *Conversations with Myself*, cit., p. XIII.

¹⁴¹ “Those are moments when I am reminded that underneath the history that has been made, there is a human being who chose hope over fear – progress over the prison of the past. And I am reminded that even as he has become a legend, to know the man – Nelson Mandela – is to respect him even more”: B. OBAMA, *Foreword*, in N. MANDELA, *Conversations with Myself*, cit., p. XIII.

vantaggio dell'“*incrementalism to the legal fraternity*” nell'epoca della giudizialità del diritto¹⁴²: il suo rapporto con le libertà¹⁴³.

¹⁴² “E, se oggi si parla di giudizialità del diritto, si vuol proprio puntualizzare la condizione di giudici che, rendendo giustizia, non possono non indossare la veste di interpreti e di *inventori*”: P. GROSSI, *L'invenzione del diritto*, cit., p. XXI

¹⁴³ “It provides a middle and common ground for those who reveal in the new found freedom of judges and those who fear the excess of that freedom”: M. SHAPIRO, *Stability and Change in Judicial Decision-Making Process*, cit., p. 157.

La materia elettorale come laboratorio per la parità di genere: lente di ingrandimento della concezione antisubordinazione

di
Giulia Sulpizi*

Queste donne, belle e ben nate, sono ribelli
che dicono di no alle scelte fatte da madri sciocche, padri incompetenti
(è difficile trovare un padre saggio nei romanzi della Austen)
e da una società rigidamente ortodossa.
Rischiano l'ostracismo e la povertà pur di ottenere l'amore e l'amicizia nell'amore,
e raggiungere quell'obiettivo sfuggente che sta al cuore della democrazia:
il diritto di scelta.

A. Nafisi, *Leggere Lolita a Teheran*, Adelphi Edizioni, 2003, 341

Sommario: 1. La premessa: cenni metodologici in tema di lotta alla discriminazione di genere. 2. Dall'intervento dell'Unione europea e della comunità internazionale alle disposizioni nazionali. 2.1 Prospettive attuali in materia elettorale in Italia. 2.2 La comparazione con la Francia. 3. Profili risolutivi: proposte *de iure condendo*.

1. La premessa: cenni metodologici in tema di lotta alla discriminazione di genere.

La parità di genere rappresenta, nell'ordinamento italiano contemporaneo, una delle questioni di maggior rilievo. La sua importanza è, infatti, testimoniata non solo dalla presenza di diverse disposizioni normative, di rango nazionale e sovranazionale, che si sono occupate di tale problematica, ma anche dal grande clamore mediatico attorno a questo tema.

Sono, appunto, svariati gli ambiti in cui, ancora oggi, emerge il fenomeno della discriminazione tra i sessi¹: per questa ragione, appare evidente la necessità di una condanna forte di tali condotte lesive, oltre che di un approccio, giuridico e sociologico, che adotti una prospettiva “femminista”².

In ragione di ciò, non si può prescindere da un’analisi del dato esperienziale, che conferma come, ancora oggi, le differenze di trattamento tra uomini e donne siano presenti nel nostro Paese, soprattutto se si considera il campo delle istituzioni pubbliche³. In particolare, appare evidente come persista una diversa percezione dei ruoli sociali da attribuire al genere maschile e a quello femminile: se, infatti, al primo sono riconosciute attitudini “leaderistiche”⁴, al secondo continuano, nonostante l’evoluzione socio-economica occidentale, ad assegnarsi occupazioni assistenziali-familiari⁵.

* Dottoranda di ricerca in Diritto costituzionale, Università Ca’ Foscari (Venezia) e Université Sorbonne Paris Nord (Parigi).

¹ Sulla rilevanza, in prospettiva interdisciplinare, e l’attualità della questione di genere in Italia, nonostante le numerose conquiste, V. VALENTI, *Introduzione*, in P. TORRETTA, V. VALENTI, (a cura di), *Il corpo delle donne. La condizione giuridica femminile (1946-2021)*, Giappichelli, Torino, 2021, pp. XXI-XLV.

² T. CASADEI, *Diritto e (dis)parità. Dalla discriminazione del genere alla democrazia paritaria*, Aracne editrice, Canterano, 2017, p. 19, laddove si argomenta della necessità di adottare una forma di realismo di genere “che non teme di misurarsi con le strutture politiche e giuridico-istituzionali, oltre che con quelle culturali, economiche e sociali”.

³ Sono diversi gli autori che si sono occupati di questo tema. Si rinvia solamente ai numerosi contributi sul punto in B. PEZZINI, A. LORENZETTI (a cura di), *70 anni dopo tra uguaglianza e differenza. Una riflessione sull’impatto del genere nella Costituzione e nel costituzionalismo*, Giappichelli, Torino, 2019 e P. TORRETTA, V. VALENTI, (a cura di), *Il corpo delle donne. La condizione giuridica femminile (1946-2021)*, cit.

⁴ Sulle difficoltà riscontrate dalla compagine femminile sul punto sono diversi i fattori in gioco, sia in Italia che in Europa in generale, adottando una prospettiva più ampia. Si tratta, in specie, della visibilità minore delle candidate in campagna elettorale; della loro scarsa presenza tra le candidature delle singole forze politiche e dell’assoluta predominanza maschile all’interno dei ruoli e degli organi apicali dei partiti stessi: così, A. DEL RE, *Le donne e i partiti politici in Italia e in Europa: la democrazia al maschile*, in A. DEL RE, V. LONGO, L. PERINI (a cura di), *I confini della cittadinanza. Genere, partecipazione politica e vita quotidiana*, FrancoAngeli, Milano, 2010, pp. 36-54.

⁵ Sulla persistenza degli stereotipi di genere si veda L. RE, *Femminismi e diritto: un rapporto controverso*, in O. GIOLO, M.G. BERNARDINI (a cura di), *Le teorie critiche del diritto*, Pacini Giuridica, Ospedaletto, 2017, pp. 192-194. Insiste, poi, nell’adozione di un profilo realista del giusfemminismo T. CASADEI, *Le teorie critiche del diritto. Tra filosofia giuridica e filosofia politica*, in O. GIOLO, M.G. BERNARDINI (a cura di), *Le teorie critiche del diritto*, cit., pp. 370-371.

Da qui, si può comprendere l'importanza della questione in esame, che non può prescindere da un approccio interdisciplinare⁶, che tenga in considerazione l'apporto delle scienze politiche e della psicologia, quali ulteriori strumenti idonei a delineare possibili soluzioni a tali istanze.

Accanto, dunque, a questa linea metodologica – che parte necessariamente da un'attenta analisi della realtà circostante, che non ricomprenda esclusivamente il fenomeno giuridico – si pone il ricorso alla comparazione. Porre a confronto diverse esperienze e soluzioni – legislative e giurisprudenziali – permette anche a chi osserva uno specifico ordinamento – come, in questo caso, l'Italia – di addivenire a nuovi meccanismi di garanzia dei diritti, in specie fondamentali, dei cittadini⁷. Il nostro Stato è, infatti, inserito in un sistema di diritto internazionale e comunitario che ha ampiamente analizzato il tema della discriminazione di genere⁸ e, per tale ragione, pare necessario considerare se e in che misura altri Paesi stiano affrontando il medesimo problema.

Pare, dunque, particolarmente rilevante, stante la vicinanza storica, geografica e culturale, analizzare il panorama francese, al fine di delineare la condizione della compagine femminile in questo sistema giuridico.

Ad ogni buon conto, nella presente disamina, appare centrale prendere in considerazione la tematica della partecipazione alla vita pubblica delle donne, analizzando se queste ultime abbiano in via effettiva – in termini di eguaglianza sostanziale – pari accesso alle cariche istituzionali del Paese. È, quindi, d'uopo studiare ed analizzare la materia elettorale, veicolo di formazione dell'offerta

⁶ È Q. CAMERLENGO, *Costituzione e promozione sociale*, il Mulino, Bologna, 2013, p. 16 a trattare dell'importanza di un approccio interdisciplinare: "Il cultore del diritto si mostra con formule prescrittive. Il giurista appare, normalmente, "più arido e limitato" rispetto ad altri studiosi, in quanto ciò che esula dalle predette formule prescrittive è destinato a rimanere estraneo all'indagine. Nel contempo, egli è talora più preciso di altri osservatori, in quanto le sue tesi debbono misurarsi con una specifica pratica, quale è quella dell'esperienza giuridica".

⁷ La capacità comparatistica risulta, infatti, centrale per "acuire la criticità dello sguardo": così, P. GROSSI, *Mitologie giuridiche della modernità*, Giuffrè, Milano, 2001, p. 9.

⁸ Basti, sul punto, accennare all'importanza assunta da tali problematiche in ambito europeo, in tema di PNRR, e internazionale, laddove si è adottata l'Agenda ONU 2030, come si avrà modo di evidenziare in seguito nel presente contributo.

politica, prendendo in esame la normativa esistente – e la conseguente evoluzione giurisprudenziale – sul punto in campo nazionale, regionale e locale.

A tal fine si adotterà, nel presente contributo, una prospettiva di genere, che, distaccandosi dalla neutralità delle disposizioni legislative, valuti le istanze sociali che agitano l'ordinamento⁹.

Per queste ragioni, ci si allontana dall'approccio antidiscriminatorio, volto ad aprire "al soggetto discriminato l'accesso a uno spazio prima o altrimenti precluso", poiché tale spazio, "pur risultando diversamente abitato", "rischia di risultare, troppo spesso e troppo facilmente, astrattamente neutralizzante o di smarrirsi nella vana rincorsa di un'impossibile simmetria tra sessi e generi"¹⁰. Si tratta, a ben vedere, di un apparato normativo che risulta insufficiente al fine di tutelare adeguatamente le istanze delle donne e i loro diritti¹¹.

La concezione antisubordinazione consente, al contrario, di analizzare la differenza di genere in modo originario o costitutivo, ponendo in discussione le stesse disposizioni, che sono idonee a mantenere intatte le discriminazioni e le disparità esistenti. Si pone, dunque, l'attenzione sulle strutture sociali produttive di

⁹ Sull'importanza della prospettiva di genere nell'ambito della materia elettorale si vedano i quattro passi a tal fine delineati da M. ARALÌ SOTO FREGOSO, *4 Pasos para juzgar con perspectiva de género en materia electoral*, in *Observatorio de Igualdad de Género*, ottobre 2022, pp. 14 ss. Si tratta, in particolare, dell'analisi della situazione presente, della determinazione del diritto applicabile al caso in esame, dell'apparato argomentativo che sfrutti una prospettiva di genere (volto a identificare i diritti umani inviolabili coinvolti) e la fase decisionale, che assegna ai giudici il compito di farsi interpreti e motori della tutela dell'eguaglianza tra i sessi.

¹⁰ Queste le parole di B. PEZZINI, *Costituzione italiana e uguaglianza dei sessi. Il principio antisubordinazione di genere*, in B. PEZZINI, A. LORENZETTI (a cura di), *70 anni dopo tra uguaglianza e differenza. Una riflessione sull'impatto del genere nella Costituzione e nel costituzionalismo*, cit., p. 12, laddove si riprende il ragionamento elaborato nel convegno di Milano del 29 novembre 2018 "MATER IURIS. Il diritto della madre: uscire dalla simmetria giuridica dei sessi nella procreazione". Particolarmente rilevante sul punto, al fine di individuare i profili problematici di una concezione antidiscriminatoria, è il contributo di S. NICCOLAI, *Femminismo ed esperienza giuridica. A proposito de ritorno di un'antica regola juris*, in A. SIMONE, I. BOIANO (a cura di), *Femminismo ed esperienza giuridica. Pratiche, Argomentazione, Interpretazione*, Edizioni Efestò, Roma, 2018, pp. 27-74.

¹¹ Si ritiene, anzi, che tale impostazione sia idonea a "veicolare e rinforzare il quadro delle discriminazioni esistenti": A. LORENZETTI, *Uguaglianza e genere: spunti per un dibattito fra punti fermi e sabbie mobili*, in AA.VV., *Uguaglianza o differenza di genere? Prospettive a confronto*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2022, p. 213.

diseguaglianze tra i sessi, in termini di differenze di potere, di asimmetrie di accesso e di requisiti di possibilità¹².

Gli stessi principi costituzionali volte a raggiungere l'eguaglianza sostanziale ex art. 3, c. 2 Cost. tra uomini e donne sono da riferirsi, quindi, a tutte le relazioni tra i generi, in tutti i contesti in cui si svolge la personalità dei singoli, in una prospettiva che è volta a valorizzare le differenze tra la compagine maschile e femminile, senza neutralizzarle¹³.

Riprendendo tale impostazione, si impone, così, all'interprete un approccio *gender sensitive*, in cui le norme sono formulate senza l'indicazione del sesso preferito, ma indicando la condizione di subordinazione e/o sottorappresentazione di un sesso come condizione e presupposto per l'applicazione¹⁴.

Ciò comporta, come si avrà modo di sottolineare nella presente analisi, un intervento che non potrà essere solo legislativo/giurisprudenziale¹⁵. Appare, infatti, quanto meno opportuno, al fine di mutare le condizioni del sistema giuridico italiano contemporaneo, adottare strumenti correttivi ulteriori, consistenti in una strategia di *gender mainstreaming* che decostruisca la concezione esistente dei ruoli delle donne e degli uomini¹⁶.

¹² M.A. BARRÈRE UNZUETA, *Diritto antidiscriminatorio, femminismo e multiculturalismo. Il principio di uguaglianza di donne e uomini come strategia per una rilettura giuridica*, in *Diritti delle donne tra particolarismo e universalismo*, in *Ragion partica*, n. 23/2004, p. 371. Il principio antisubordinazione "prova a leggere la condizione di genere come 'un assetto di potere', ponendo in discussione i rapporti tra i sessi entro una prospettiva di più generale critica politica e sociale. (...) Una prospettiva che include la dimensione antidiscriminatoria, ma si propone (...) di legare questa al cambiamento sociale e alle dinamiche politiche": G. AZZARITI, *Femminismi costituzionali. Alcune domande per capire*, in AA.VV., *Uguaglianza o differenza di genere?*, cit., p. 17.

¹³ In generale, in merito a tale concezione, G. FRAISSE, *Il mondo è sessuato. Femminismo e altre sovversioni*, Nottetempo, Milano, 2019.

¹⁴ B. PEZZINI, *Costituzione italiana e uguaglianza dei sessi*, cit., p. 14, oltre a A. LORENZETTI, *Uguaglianza e genere: spunti per un dibattito fra punti fermi e sabbie mobili*, in AA.VV., *Uguaglianza o differenza di genere?*, cit., pp. 213 ss. e ad A. APOSTOLI, *Per un "femminismo costituzionale"*, in AA.VV., *Uguaglianza o differenza di genere?*, cit., p. 47

¹⁵ "La consapevolezza della necessità di agire a livello sociale e culturale sembra però mancare nella classe politica del nostro Paese": così, A. APOSTOLI, *Rappresentanza paritaria o duale?*, in B. PEZZINI, A. LORENZETTI (a cura di), *70 anni dopo tra uguaglianza e differenza*, cit., p. 61.

¹⁶ A. APOSTOLI, *Rappresentanza paritaria o duale?*, in B. PEZZINI, A. LORENZETTI (a cura di), *70 anni dopo tra uguaglianza e differenza*, cit., p. 63.

2. Dall'intervento dell'Unione europea e della comunità internazionale alle disposizioni nazionali.

Sulla base del Rapporto annuale del *World Economic Forum* (WEF) sulla situazione nel 2022 del *gender gap* nel mondo si può notare come l'Italia si collochi al sessantatreesimo posto su 146 Stati presi in considerazione in tale classifica: da ciò si conferma come, nonostante le numerose conquiste sul piano dei diritti che hanno caratterizzato la compagine femminile negli ultimi decenni¹⁷, svariati sono, ancora, gli sforzi da compiere per raggiungere un'effettiva parità tra i sessi¹⁸.

In particolare, nell'ambito del *Political Empowerment*, le stime del *Global Gender Gap Index 2022* pongono il nostro Paese al quarantesimo posto, sempre su 146, per la presenza femminile nelle istituzioni rappresentative¹⁹. Si tratta di un dato non molto incoraggiante, ma non si può nemmeno negare che la situazione sia migliorata rispetto ai decenni precedenti.

Si è, infatti, argomentato che, soprattutto nel corso delle ultime legislature, il "soffitto di cristallo"²⁰ che caratterizzava la posizione delle donne in politica sia stato abbattuto. Basti pensare, a tal proposito, alla nomina, nel settembre 2022, di Giorgia Meloni a Presidente del Consiglio dei ministri e, nel febbraio dello stesso

¹⁷ Tra esse, si possono annoverare la conquista del suffragio universale e della titolarità, al pari degli uomini, dei diritti di elettorato attivo e passivo. Ciò nonostante, apparve fin da subito con tutta evidenza che non bastava attribuire alle donne il diritto di votare e di essere votate perché le stesse arrivassero automaticamente all'interno delle assemblee elettive o ricoprissero le cariche di vertice. Similmente è avvenuto in ogni settore della vita sociale, economica e lavorativa: così, G. MAESTRI, *L'ordinamento costituzionale italiano alla prova della democrazia paritaria*, Roma Tre Press, Roma, 2018, pp. 10-11.

¹⁸ UFFICIO VALUTAZIONE IMPATTO del SENATO DELLA REPUBBLICA, *Senza distinzione di sesso. Il cammino delle donne italiane verso la parità dalla Costituzione a oggi*, in *Documento di analisi n. 23*, p. 7.

¹⁹ UFFICIO VALUTAZIONE IMPATTO del SENATO DELLA REPUBBLICA, *Senza distinzione di sesso*, cit., p. 31.

²⁰ Ci si riferisce, in particolare, agli studi sul genere di Alice Eagly, che ha evidenziato come alcuni ruoli possano essere sessualmente tipizzati e che solo con l'incremento dell'assunzione di "ruoli maschili" da parte delle donne si potrebbe verificare un cambiamento sostanziale negli stereotipi sessuali. La studiosa ha dimostrato, dapprima, come le figure femminili, nel corso della loro ascesa, si ritrovino costrette a fronteggiare un c.d. soffitto di vetro. Oggi, invece, Eagly parla di un "labirinto". Così spiegano M.A. HOGG, G.M. VAUGHAN, *Psicologia sociale. Teorie e applicazioni*, Pearson, Milano-Torino, 2016, pp. 210-211 e al pensiero dell'autrice rinvia, altresì, G. MAESTRI, *L'ordinamento costituzionale italiano alla prova della democrazia paritaria*, cit., p. 11.

anno, di Elly Schlein a segretaria del Partito democratico, divenendo, così, la principale *leader* dell'opposizione²¹.

Si è trattato, a ben vedere, di un processo graduale, dovuto a numerosi interventi, legislativi e giurisprudenziali, a livello europeo, internazionale e nazionale.

Non stupisce, inoltre, che, data la complessità del fenomeno e la sua rilevanza per l'ordinamento italiano, anche altri attori si siano occupati di questo tema e abbiano agito, con disposizioni normative o programmi specifici, per cercare di delineare nuovi meccanismi di promozione della parità di genere.

Tra questi, basti qui considerare, in particolare, due soggetti, quali l'Unione europea e le Nazioni Unite.

La prima, in specie, partendo proprio dall'analisi dei dati basata sul *Global Gender Gap Index 2022*, ha evidenziato come l'Italia si ponga al quattordicesimo posto, sui ventisette Paesi comunitari, per parità tra i sessi²². Per tale ragione, anche nel Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza tale questione rappresenta una delle tre priorità trasversali negli ambiti dell'inclusione sociale, della tutela dei giovani e dell'incentivo al Mezzogiorno. Proprio per questo in tutte le Missioni del PNRR sono contenute linee di intervento mirate a favorire l'eguaglianza sostanziale tra uomini e donne, grazie a misure di ampio spettro, volte a supportare, ad esempio, la partecipazione della compagine femminile al mondo del lavoro e alla vita istituzionale²³.

Sulla scia di tali *targets*, fissati in sede comunitaria, il Governo ha annunciato l'adozione della Strategia nazionale per la parità di genere 2021-2026, con

²¹ UFFICIO VALUTAZIONE IMPATTO del SENATO DELLA REPUBBLICA, *Senza distinzione di sesso*, cit., p. 5. Così, A.H. EAGLY, L.L. CARLI, *Through the labyrinth*, Harvard Business School Press, Harvard, 2007, p. 92, oltre che p. 102: "I don't have a traditionally female way of speaking. (...) If I didn't speak the way I do, I wouldn't have been seen as a leader". Come questa tendenza sia attuale lo testimonia V. MAZZA, *Le donne al potere prima di Kamala (ma soltanto in tv)*, in *Corriere della Sera online*, 22 agosto 2020. Qui la giornalista, analizzando i personaggi femminili di potere delle serie tv americane, arriva a concludere come spesso queste donne siano rappresentate come fredde e spietate, calcolatrici e scaltre, disposte a tutto pur di raggiungere i propri obiettivi. Si tratta di donne che "hanno abbattuto il soffitto di cristallo", ma che devono ancora fare i conti con i pregiudizi e gli stereotipi di genere.

²² UFFICIO VALUTAZIONE IMPATTO del SENATO DELLA REPUBBLICA, *Senza distinzione di sesso*, cit., pp. 34-35.

²³ *Ibidem*.

l'obiettivo di raggiungere, entro il 2026 appunto, un incremento di cinque punti nella classifica stilata sulla base del sopraccitato *Index*²⁴. Tale Strategia si concentra, in particolare, su cinque elementi, tra cui compare, in maniera chiara, il "potere", quale campo fondamentale in cui le donne sono chiamate a sviluppare la propria personalità²⁵. Al fine, dunque, di rafforzare questi strumenti, la legge di bilancio 2022²⁶, oltre a prevedere l'adozione del Piano strategico nazionale per la parità di genere, ha disposto l'istituzione presso il Dipartimento per le pari opportunità di una Cabina di regia interistituzionale²⁷ e di un Osservatorio nazionale per l'integrazione delle politiche per la parità di genere²⁸: tutti questi apparati sono, chiaramente, volti a individuare buone pratiche per combattere gli stereotipi di genere e a conseguire l'equilibrio tra i sessi nel processo decisionale²⁹.

È stata, poi, l'Assemblea Generale delle Nazioni Unite ad aver adottato, il 25 settembre 2015, una Risoluzione dal titolo "Trasformare il nostro mondo: l'Agenda 2030 per lo sviluppo sostenibile", definendo, così, un programma di azione complessivo con l'indicazione di diciassette Obiettivi di sviluppo indivisibili tra loro al fine di armonizzare le tre dimensioni dello sviluppo sostenibile, quali la crescita economica, l'inclusione sociale e la salvaguardia dell'ambiente. È, in particolare, l'Obiettivo 5.5, definito come "Parità di genere", che dispone la necessità di "Garantire piena ed effettiva partecipazione femminile e pari opportunità di leadership ad ogni livello decisionale in ambito politico, economico e della vita pubblica"³⁰. Si tratta, a ben vedere, di un atto di *soft law*, ma ciò consente, ad ogni modo, di impegnare gli Stati membri firmatari ad attuare

²⁴ *Ibidem*.

²⁵ SERVIZIO STUDI CAMERA DEI DEPUTATI XIX LEGISLATURA, *Parità di genere*, 16 marzo 2023, p. 2.

²⁶ L. n. 234/2021.

²⁷ Istituita con decreto 27 gennaio 2022, con cui le è attribuito, tra gli altri, il compito di effettuare la ricognizione periodica sullo stato di attuazione delle misure.

²⁸ Istituito con decreto 22 febbraio 2022, organismo tecnico di supporto alla Cabina di regia, con funzioni di monitoraggio, analisi, studio e proposta dei possibili strumenti per la definizione e l'attuazione del Piano strategico nazionale.

²⁹ SERVIZIO STUDI CAMERA DEI DEPUTATI XIX LEGISLATURA, *Parità di genere*, cit., pp. 2-3.

³⁰ OSSERVATORIO LEGISLATIVO INTERREGIONALE, *Parità di genere nel diritto elettorale e obiettivo 5.5 dell'Agenda ONU 2030*, Roma, 13-14 aprile 2023, p. 4.

politiche ed interventi, anche legislativi, finalizzati al raggiungimento entro il 2030 dei sopracitati obiettivi, ivi compresa l'adozione di azioni positive elettorali volte a favorire il genere femminile³¹.

A partire dagli anni '90 il nostro ordinamento ha cercato di far fronte al *deficit* democratico nell'ambito politico-istituzionale *ante* richiamato. È, quindi, in primo luogo, con la l. n. 81/1993 che, disciplinando l'elezione diretta del sindaco, del presidente della provincia, del consiglio comunale e del consiglio provinciale, si prevedeva una riserva di quote per l'uno e per l'altro sesso nelle liste dei candidati alle amministrative, anche se tale meccanismo è stato, poi, oggetto di censura da parte della Corte costituzionale³².

Ciò nonostante, è stato, poi, con la l. cost. n. 3/2001 che si è giunti ad innovare l'art. 117 Cost., stabilendo qui che le leggi regionali debbano rimuovere ogni ostacolo che impedisca la piena parità degli uomini e delle donne nella vita sociale, culturale ed economica, promuovendo la parità di accesso tra questi ultimi alle cariche elettive. Similmente, la l. cost. n. 1/2003 ha modificato l'art. 51 Cost., sancendo espressamente l'importanza della promozione, con appositi provvedimenti, delle pari opportunità tra i sessi. Da qui, l'importanza, quale cambiamento epocale, dell'ingresso di tale concetto nella Carta repubblicana, in applicazione dell'art. 3, c. 2 Cost., in termini di eguaglianza sostanziale³³.

Il legislatore nazionale ha ritenuto, non a caso, necessario sottolineare ulteriormente la centralità di tale obiettivo grazie all'adozione del Codice delle pari opportunità, in cui si sancisce espressamente la necessità di eliminare qualsiasi

³¹ *Ibidem*.

³² Ci si riferisce a Corte cost., sent. n. 422/1995, con cui tali "quote rosa" sono state dichiarate illegittime. Basti, poi, rammentare sul punto che anche nel corso del dibattito parlamentare che aveva dato origine alla legge erano emerse delle perplessità sul punto: in proposito, l'intervento dell'on. Ciaffi (DC), in Camera dei deputati, Assemblea, seduta 13 aprile 1993, n. 115, come riportato in UFFICIO VALUTAZIONE IMPATTO del SENATO DELLA REPUBBLICA, *Senza distinzione di sesso*, cit., p. 30.

³³ Su tale dimensione S. NICCOLAI, *Differenze come cose e come valutazioni*, in F. CERRONE, M. VOLPI (a cura di), *Sergio Panuzio. Profilo intellettuale di un giurista*, Jovene, Napoli, 2007, come riportato da A. LORENZETTI, *Uguaglianza e genere: spunti per un dibattito fra punti fermi e sabbie mobili*, in AA.VV., *Uguaglianza o differenza di genere?*, cit., p. 214.

disparità di trattamento anche in campo istituzionale e, in specie, con riguardo alle cariche elettive³⁴.

Sulla scia dei principi enunciati dalla giurisprudenza costituzionale³⁵ e delle innovazioni normative cui si è accennato, sono state diverse le disposizioni di rango ordinario, proprie dell'ordinamento italiano, volte a incentivare l'equilibrio di genere in seno alle assemblee rappresentative, siano esse locali, regionali, nazionali o europee. Tra queste, basti ricordare la l. n. 215/2012, relativa alle elezioni comunali; la l. n. 56/2014, per le elezioni, di secondo grado, dei consigli metropolitani e provinciali; la l. n. 65/2014, per la rappresentanza italiana presso il Parlamento europeo; la l. n. 20/2016, relativa alle elezioni dei consigli regionali, e, da ultimo, la l. n. 165/2017, in merito alle consultazioni elettorali nazionali³⁶.

Quest'ultima, il c.d. *Rosatellum*³⁷, prevede sia collegi uninominali da assegnare con formula maggioritaria sia collegi plurinominali da assegnare con metodo proporzionale e definisce alcuni specifici meccanismi volti ad assicurare la parità di genere. Si stabilisce, in specie, che, a pena di inammissibilità, le liste nei collegi plurinominali, sia della Camera sia del Senato, debbano presentare i propri candidati secondo un ordine alternato di genere. Nel complesso delle candidature presentate da ogni lista nei collegi uninominali, inoltre, nessuno dei due generi può essere rappresentato in misura superiore al 60 per cento. Si afferma, infine, che, nel

³⁴ Così, d.lgs. n. 198/2006, Libro IV, artt. 56-58.

³⁵ Si rinvia solamente alle ampiamente commentate Corte cost., sentt. nn. 422/1995, 49/2003 e 4/2010.

³⁶ Questa la rassegna in UFFICIO VALUTAZIONE IMPATTO del SENATO DELLA REPUBBLICA, *Senza distinzione di sesso*, cit., p. 32.

³⁷ Che ha sostituito, innovandolo, il precedente sistema elettorale, definito per la sola Camera dei deputati con la l. n. 52/2015, il c.d. *Italicum*. Qui si introduceva, a pena di inammissibilità, un obbligo di rappresentanza paritaria dei due sessi nel complesso delle candidature circoscrizionali (a livello, quindi, regionale) di ciascuna lista. Prevedeva, inoltre, nella successione interna delle singole liste nei collegi, che i candidati fossero collocati secondo un ordine alternato di genere e stabiliva, a pena di inammissibilità della lista, che nel numero complessivo dei capilista nei collegi di ogni circoscrizione non potesse esservi più del 60 per cento di candidati dello stesso genere. Ha, di conseguenza, introdotto la c.d. doppia preferenza di genere: in questo senso, in caso di espressione della seconda preferenza, l'elettore avrebbe dovuto scegliere un candidato di sesso diverso rispetto al primo, a pena di nullità della seconda preferenza. Così, UFFICIO VALUTAZIONE IMPATTO del SENATO DELLA REPUBBLICA, *Parità vo cercando. 1948-2022. Le donne italiane in oltre settanta anni di elezioni*, n. 24, p. 43.

complesso delle liste dei collegi plurinominali, nessuno dei due generi possa essere rappresentato nella posizione di capolista in misura superiore al 60 per cento³⁸.

La materia elettorale, in definitiva, pare testimoniare la complessità del fenomeno della discriminazione di genere, essendosi occupata, ad ampio spettro e con diverse misure della promozione della parità tra uomini e donne.

Analizzando, di seguito, le situazioni attuali in Italia e Francia ci si potrà interrogare se le recenti innovazioni, legislative e giurisprudenziali, risultino sufficienti per tutelare adeguatamente le istanze dei soggetti discriminati ed assicurare un'effettiva eguaglianza, *ex art. 3, c. 2 Cost.*

2.1 Prospettive attuali in materia elettorale in Italia.

La disciplina elettorale italiana sarà, quindi, analizzata sotto tre profili, quello nazionale, quello regionale e quello locale.

In primo luogo, a livello nazionale, si deve sottolineare che, al fianco della legge elettorale del 2017, che ha introdotto disposizioni a tutela della parità di genere, sia fondamentale il ruolo svolto dall'Ufficio centrale nazionale presso la Camera dei deputati e dall'Ufficio elettorale regionale del Senato della Repubblica. Entrambi questi organismi hanno, infatti, il compito, in sede di verifica dei poteri e di convalida delle elezioni, di comunicare eventuali irregolarità agli Uffici circoscrizionali al fine di apportare eventuali modifiche nella composizione delle liste³⁹.

Se si analizza, poi, l'andamento della presenza femminile dalla I alla XVIII legislatura, si nota che sono stati necessari svariati decenni e sette legislature per eleggere più di cinquanta donne al Parlamento. È solo, infatti, con la XVIII legislatura⁴⁰ che per la prima volta sono stati raggiunti numeri davvero significativi

³⁸ Così, UFFICIO VALUTAZIONE IMPATTO del SENATO DELLA REPUBBLICA, *Senza distinzione di sesso*, cit., p. 32.

³⁹ SERVIZIO STUDI CAMERA DEI DEPUTATI XVIII LEGISLATURA, *Legislazione e politiche di genere*, 2 marzo 2022, p. 105.

⁴⁰ Con un Parlamento composto da 206 deputate e 97 senatrici.

in termini di presenza femminile nel consesso elettivo, arrivando alla quota di trecento elette, un terzo dei parlamentari⁴¹.

Restano, però, alcune perplessità in merito ai meccanismi vigenti alla luce dell'attuale sistema elettorale politico. Si argomenta, in particolare, che la previsione di soglie del 60 per cento nella rappresentanza massima di ciascun sesso rispetto alla posizione di capolista nel complesso delle liste presentate nei collegi plurinominali ed alle candidature complessivamente presentate in quelli uninominali sembra non sufficiente al fine di promuovere la parità. Trattandosi, infatti, di misure promozionali e non coattive, la definizione di soglie al 60 anziché del 50 per cento nel rapporto tra i sessi suscita perplessità in ordine all'assenza di discriminazioni. Ciò pare, dunque, ledere il principio di "pari opportunità" evocato dalla Corte costituzionale.

In particolare, la mancata applicazione di soglie fondate sul criterio di equivalenza tra i sessi nella determinazione delle candidature consente una lettura in contrasto con gli indirizzi della Consulta, che impone l'adozione di meccanismi di riequilibrio di genere improntati al trattamento eguale e paritario nella posizione iniziale tra i candidati di sesso diverso nella competizione elettorale, qualificandosi come "parità di *chances* delle liste e dei candidati e delle candidate"⁴². Tale ultimo obiettivo pare disatteso dalla l. n. 165/2017, che non introduce in via obbligatoria tale requisito nella composizione dell'offerta elettorale⁴³.

Altro aspetto problematico pare essere la possibilità di essere candidati contestualmente fino a cinque collegi plurinominali e nei collegi uninominali, con ciò comportando, in sede di applicazione, un facile aggiramento delle previsioni poste a sostegno di una rappresentanza di genere più equilibrata. Di conseguenza, la portata del principio in parola è fortemente ridimensionata poiché le previsioni a sostegno dell'eguaglianza sostanziale tra uomini e donne appaiono – nella pratica –

⁴¹ Sulle stime e l'andamento della presenza femminile a livello nazionale si veda UFFICIO VALUTAZIONE IMPATTO del SENATO DELLA REPUBBLICA, *Parità vo cercando*, cit., pp. 16-23.

⁴² Così, Corte cost., sent. n. 49/2003, come anche L. CARLASSARE, *La parità di accesso alle cariche elettive nella sentenza n. 49: la fine di un equivoco*, in *Giur. cost.*, 2003, pp. 370-371.

⁴³ P. SCARLATTI, *La declinazione del principio di parità di genere nel sistema elettorale politico nazionale alla luce della legge 3 novembre 2017, n. 165*, in *Nomos*, n. 2/2018, pp. 16-17.

disattese dal meccanismo delle pluricandidature, che non tiene conto delle questioni di genere⁴⁴.

Prendendo, poi, in considerazione la normativa regionale è necessario, in ogni caso, ripartire dalle disposizioni di cui alla l. n. 20/2016, che introduce, tra i principi fondamentali cui le Regioni a statuto ordinario devono attenersi, l'adozione di specifiche misure per la promozione di pari opportunità tra uomini e donne nell'accesso alle cariche elettive⁴⁵.

Con questo nuovo provvedimento normativo si indica non solo la necessità di garantire la parità tra i sessi, ma si annoverano, altresì, le misure adottabili alla luce dei diversi meccanismi dettati per la rappresentanza nei consigli regionali. A tal proposito, si prevedono tre possibili strumenti.

In primo luogo, si fa riferimento alle liste con preferenza, nella duplice versione della "quota di lista", che impedisce di candidare in una lista soggetti di uno stesso sesso in misura maggiore del 60 per cento, e della "preferenza di genere", in cui, con due preferenze esprimibili, queste ultime devono essere riservate a candidati di sesso diverso.

In secondo luogo, si deve esaminare il sistema delle c.d. "liste bloccate", liste senza espressione di preferenze in cui deve essere prevista e garantita l'alternanza tra candidati di sesso diverso, in modo tale che i candidati di un sesso non eccedano il 60 per cento.

In ultima istanza, si può fare riferimento al ricorso ai collegi uninominali, in cui, nell'ambito delle candidature presentate con il medesimo simbolo, i candidati di un sesso non devono eccedere il 60 per cento del totale.

⁴⁴ P. SCARLATTI, *La declinazione del principio di parità di genere nel sistema elettorale politico nazionale alla luce della legge 3 novembre 2017, n. 165*, cit., p. 19, laddove si richiama L. TAGLIERI, *Parità di genere e prima applicazione della legge n. 165/2017. Le "quote rosa" e il percorso verso la parità di genere nel sistema elettorale*, in *Diritti fondamentali*, n. 1/2018, pp. 26-27.

⁴⁵ Così facendo, si è giunti ad innovare la l. n. 165/2004, che, in applicazione dell'art. 122 Cost. (che sancisce che "Il sistema d'elezione e i casi di ineleggibilità e di incompatibilità del Presidente e degli altri componenti della Giunta regionale nonché dei consiglieri regionali sono disciplinati con legge della Regione nei limiti dei principi fondamentali stabiliti con legge della Repubblica, che stabilisce anche la durata degli organi elettivi"), stabiliva i principi fondamentali cui le Regioni dovevano conformarsi in merito alla disciplina del proprio sistema elettorale.

Stante tale complessivo assetto⁴⁶, si deve sottolineare come le Regioni abbiano conseguentemente provveduto a modificare le proprie disposizioni elettorali per adeguarsi al contenuto della legge statale, in ossequio agli artt. 51 e 117 Cost., come innovati dalla riforma costituzionale del 2001⁴⁷. È stato, infatti, da questo momento in poi che il principio delle pari opportunità tra uomini e donne è divenuto un vero e proprio canone di legalità, capace di vincolare e veicolare tutte le scelte sul punto dei soggetti dell'ordinamento giuridico⁴⁸.

Quasi tutte le Regioni, dunque, hanno provveduto a conformarsi alle prescrizioni normative, anche alla luce delle indicazioni della giurisprudenza costituzionale che, nel corso degli anni, ha avuto modo di esprimersi sui congegni individuati dagli enti territoriali a sostegno della parità di genere⁴⁹.

Solo la Regione Puglia non è intervenuta sul punto, mantenendo invariato l'assetto elettorale definito con l. r. n. 2/2005. Qui ci si limitava a prevedere la possibilità di esprimere un solo voto di preferenza e, allo scopo di garantire la rappresentanza di entrambi i sessi, prevedeva la soglia limite del 60 per cento di candidati dello stesso sesso, accompagnata dalla sanzione della mancata erogazione dei contributi nel caso di violazione della soglia⁵⁰. Tale sanzione non comportava, però, la dichiarazione di inammissibilità della lista e rendeva, di conseguenza, priva di ogni efficacia la sopracitata prescrizione⁵¹.

Ciò ha determinato, dapprima, l'invio da parte del Governo di un atto di diffida, in data 23 luglio 2020, con il quale si intimava alla Regione di approvare una legge elettorale rispettosa del principio delle pari opportunità⁵².

⁴⁶ Come sintetizzato in SERVIZIO STUDI CAMERA DEI DEPUTATI XVIII LEGISLATURA, *Legislazione e politiche di genere*, cit., pp. 105-106.

⁴⁷ L. LORELLO, *Il difficile cammino verso la parità di genere nell'accesso alle cariche elettive*, in *Osservatorio AIC*, n. 5/2021, pp. 108-109.

⁴⁸ Queste le considerazioni svolte in Corte cost., sent. n. 81/2012.

⁴⁹ In Corte cost., sent. n. 4972003 si tratta di disposizioni della legge elettorale della Regione Valle d'Aosta e in Corte cost., sent. n. 4/2010 quelle della Regione Campania.

⁵⁰ Si tratta, in specie, degli artt. 7 e 81.13 della legge regionale.

⁵¹ L. LORELLO, *Il difficile cammino verso la parità di genere nell'accesso alle cariche elettive*, cit., p. 110.

⁵² *Ibidem*.

Stante l'ulteriore inerzia del legislatore regionale, è, poi, intervenuto l'esecutivo, tramite l'esercizio del potere sostitutivo *ex art. 120 Cost.*⁵³, con l'adozione del decreto-legge n. 86/2020, rappresentando il primo caso del genere in materia elettorale regionale, caratterizzato da una portata generale e dagli estremi della necessità e dell'urgenza, stante l'assoluta rilevanza del principio costituzionale – la parità di accesso alle cariche pubbliche – in gioco⁵⁴.

Le elezioni amministrative in Puglia si sono, dunque, svolte con l'applicazione della doppia preferenza di genere, con la previsione dell'annullamento dell'eventuale seconda preferenza, se espressa per un candidato di sesso uguale a quello della prima, e con la predisposizione di liste adeguate a tale scopo. Il testo normativo in esame non menziona, però, la soglia del 60 per cento per l'identificazione dei candidati: per queste ragioni, le liste che pure non hanno rispettato tale soglia sono state ammesse e sono state chiamate solo a pagare una sanzione pecuniaria⁵⁵.

Non stupisce, dunque, che le consultazioni elettorali pugliesi del 20 e 21 settembre 2020 abbiano visto l'elezione, su cinquanta consiglieri, di solo otto donne⁵⁶.

In tale prospettiva, si è dato luogo ad un ricorso, indirizzato al TAR Puglia, ad iniziativa di alcuni cittadini elettori, che hanno chiesto l'annullamento dell'atto di proclamazione dell'elezione di alcuni consiglieri, in quanto appartenenti a liste

⁵³ Che recita, al c. 2, "Il Governo può sostituirsi a organi delle Regioni, delle Città metropolitane, delle Province e dei Comuni nel caso di mancato rispetto di norme e trattati internazionali o della normativa comunitaria oppure di pericolo grave per l'incolumità e la sicurezza pubblica, ovvero quando lo richiedono la tutela dell'unità giuridica o dell'unità economica e in particolare la tutela dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali, prescindendo dai confini territoriali dei governi locali. La legge definisce le procedure atte a garantire che i poteri sostitutivi siano esercitati nel rispetto del principio di sussidiarietà e del principio di leale collaborazione".

⁵⁴ È, in particolare, T. GROPPI, *'La Costituzione si è mossa': la precettività dei principi costituzionali sulla parità di genere e l'utilizzo del potere sostitutivo del governo nei confronti della Regione Puglia, in Federalismi*, n. 25/2020, pp. 10 ss. a mettere in luce i rilievi positivi e negativi che sono seguiti all'adozione del decreto-legge n. 86/2020. Si tratta di uno strumento che non parrebbe utilizzabile per la materia elettorale, ma, nel caso di specie, pare potersi ammettere (e chi scrive condivide tale impostazione dell'Autrice), poiché volto alla tutela di un diritto fondamentale, per un corretto svolgimento della competizione elettorale, quale la parità di accesso alle cariche elettive.

⁵⁵ L. LORELLO, *Il difficile cammino verso la parità di genere nell'accesso alle cariche elettive*, cit., p. 111.

⁵⁶ *Ibidem*.

composte in violazione della soglia massima del 60 per cento di candidati dello stesso sesso. Si argomenta, qui, che per rendere effettivo il principio costituzionale di pari opportunità occorra l'azione combinata di due strumenti, ovverosia quello della doppia preferenza di genere e della sopracitata soglia limite delle candidature dello stesso sesso⁵⁷.

Il giudice amministrativo ha, però, respinto tale ricostruzione, confinando, in particolare, tutti i parametri costituzionali invocati, quali gli artt. 51, 117 e 122 Cost., nella categoria dei "principi di ordine generale, la cui attuazione è rimessa alla discrezionalità del legislatore ordinario", rivolti "all'indirizzo dei legislatori regionali", non assurgendo a norme di dettaglio vincolanti sotto ogni profilo attuativo⁵⁸. Di conseguenza, non si tratta di un principio immediatamente precettivo, bensì consiste in un disposto che necessita di essere reso concreto dall'opera del legislatore, in questo caso regionale⁵⁹: ci si discosta, dunque, dall'impostazione di altra giurisprudenza amministrativa⁶⁰ che, sulla scia della Corte costituzionale⁶¹, ha argomentato, piuttosto, sulla necessità di dare effettività al concetto di pari opportunità, scendendo nella vita reale, dove l'eguaglianza è ancora da conseguire⁶².

Ciò conferma, quindi, che non solo a volte l'intervento del legislatore può non risultare sufficiente per garantire un'effettiva parità di trattamento, ma anche che la stessa giurisprudenza, chiamata ad esprimersi sul punto, potrebbe essere restia a porre in essere interventi sanzionatori⁶³.

Alla luce di questa disamina, si deve analizzare il dato statistico delle ultime consultazioni amministrative. Con le elezioni svoltesi dal 2019 al 2022 si può

⁵⁷ L. LORELLO, *Il difficile cammino verso la parità di genere nell'accesso alle cariche elettive*, cit., p. 112.

⁵⁸ TAR Puglia, Sez. III, sent. n. 95/2021.

⁵⁹ *Ibidem*.

⁶⁰ Cons. St., Sez. III, ord. n. 9208/2020.

⁶¹ Ci si riferisce in questa sede a Corte cost., sentt. nn. 4/2010 e 81/2012.

⁶² Quest'aspetto è enfatizzato da L. FERRAJOLI, *La differenza sessuale e le garanzie dell'uguaglianza*, in *Democrazia e diritto*, n. 2/1993, p. 53, che configura i due commi dell'art. 3 Cost. come "modello normativo integrato di eguaglianza formale e sostanziale basato sulla «pari dignità» delle differenze e insieme sulla garanzia della sua effettività".

⁶³ Questa sembra essere la valutazione di L. LORELLO, *Il difficile cammino verso la parità di genere nell'accesso alle cariche elettive*, cit., pp. 118 ss.

evidenziare una presenza consiliare femminile del ventitré per cento, l'assenza del genere femminile in sette uffici di presidenza e solo tre casi in cui le donne abbiano ricoperto il ruolo di Presidente del Consiglio regionale⁶⁴. Da qui, si può comprendere che, nonostante i numerosi interventi normativi, continui a sussistere un forte problema rappresentativo in svariati ordinamenti regionali⁶⁵.

Se si osserva, infine, la disciplina attualmente vigente a livello locale, non si può non prendere in esame quanto asserito dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 62/2022. In questa sede ci si è occupati della tutela della parità di genere nei Comuni con meno di 5.000 abitanti, dal momento che, solo con riferimento a questi ultimi, non sussiste alcuna disposizione riequilibratrice sul punto.

In particolare, è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale del combinato disposto degli artt. 71, c. 3 bis, d.lgs. n. 267/2000 e 30, c. 1, lett. d) bis, d.P.R. n. 570/1960, nella parte in cui non prevedono l'esclusione delle liste che non assicurano la rappresentanza di entrambi i sessi nei piccoli Comuni. Si tratta, a ben vedere, di una pronuncia che si pone in linea con quanto prescritto dagli artt. 3, c. 2, 51, c. 1 e 117, c. 1 Cost., quest'ultimo in relazione all'art. 14 CEDU e all'art. 1 del Protocollo n. 12 CEDU.

La Consulta ha, quindi, ritenuto fondate le questioni sollevate dal Consiglio di Stato nella sua ordinanza di rimessione, arrivando a sottolineare che, stante la discrezionalità del legislatore in materia elettorale, quest'ultima è comunque censurabile nel caso di manifesta irragionevolezza, nel caso di incoerenza rispetto alle finalità perseguite e nel caso in cui non si ottemperi all'obbligo, costituzionalmente imposto, di "promuovere attraverso appositi provvedimenti le pari opportunità tra donne e uomini" nell'ambito della competizione elettorale. Il giudice delle leggi arriva, dunque, a sostenere che tale finalità debba essere

⁶⁴ UFFICIO VALUTAZIONE IMPATTO del SENATO DELLA REPUBBLICA, *Parità vo cercando*, cit., p. 27.

⁶⁵ Basti, a tal proposito, richiamare la complessa vicenda, *ante* esaminata, che ha caratterizzato la legislazione elettorale regionale pugliese.

perseguita anche dalla legislazione applicabile ai Comuni di piccole dimensioni, non potendosi negare che tale garanzia debba operare anche per questi ultimi⁶⁶.

In particolare, la Corte osserva che l'obbligo di liste rappresentative dei due sessi, operante anche per gli enti locali con meno di 5.000 abitanti, è assolto con la semplice presenza di un solo candidato di sesso diverso dagli altri e che, in ogni caso, si pongono problemi, in questi Comuni, di reclutamento per le candidature per entrambi i sessi⁶⁷.

In aggiunta a tali considerazioni, le disposizioni contestate risultano censurabili anche e soprattutto se si considera la loro incoerenza con la *ratio* della l. n. 215/2012, che le ha introdotte nell'ambito delle elezioni comunali al dichiarato fine di "promuovere il riequilibrio delle rappresentanze di genere nei consigli e nelle giunte degli enti locali e nei consigli regionali"⁶⁸.

Tenendo a mente l'esito di tale controversia e guardando ai dati statistici, si può verificare che, a febbraio 2023, le sindache in Italia sono 1.180 e più di mille tra queste sono alla guida di Comuni con popolazione inferiore ai 15.000 abitanti. Si registra un significativo aumento rispetto a quanto avveniva nel 2018⁶⁹, ma ancora si tratta di un numero relativamente esiguo.

Prendendo, in via conclusiva, in esame la l. n. 56/2014, che ha provveduto a disciplinare l'elezione di secondo grado dei membri dei consigli delle città metropolitane e delle provincie, si può considerare che, al fine di promuovere la parità tra uomini e donne, nelle liste nessuno dei due sessi può essere rappresentato in misura superiore al 60 per cento e non si annovera la possibilità di operare con la doppia preferenza di genere⁷⁰. Confrontando i dati esistenti sulla

⁶⁶ Corte cost., sent. n. 62/2022.

⁶⁷ *Ibidem*.

⁶⁸ Questo il fine dichiarato nella legge.

⁶⁹ UFFICIO VALUTAZIONE IMPATTO del SENATO DELLA REPUBBLICA, *Parità vo cercando*, cit., pp. 34-35.

⁷⁰ SERVIZIO STUDI CAMERA DEI DEPUTATI XVIII LEGISLATURA, *Legislazione e politiche di genere*, cit., p. 107.

presenza femminile in tali consessi vediamo, in ogni caso, che questi numeri sono maggiori rispetto a quello delle donne sindaco nel nostro Paese⁷¹.

Alla luce dell'analisi normativa e giurisprudenziale di cui *supra* e delle risultanze statistiche esaminate, si può notare che le sole norme giuridiche e l'applicazione giurisprudenziale non paiono sufficienti per assicurare una piena ed effettiva eguaglianza sostanziale ex art. 3, c. 2 Cost.⁷². Pare, quindi, preferibile, al fine di promuovere e predisporre misure che operino concretamente sul campo, "reclamare la partecipazione di tutti i soggetti dell'ordinamento, dal legislatore ai giudici, costituzionale e ordinario, ai partiti, ai cittadini"⁷³.

2.2 La comparazione con la Francia.

Simili questioni sono state affrontate anche nell'ordinamento francese, che, già negli anni '80, ha elaborato il congegno delle quote per dare più facilmente spazio alle donne nelle liste. In particolare, nel 1982 il Parlamento è intervenuto sul *Code électoral* con riguardo alla disciplina delle elezioni comunali, prescrivendo che le liste presentate nei Comuni di almeno 3.500 abitanti fossero bloccate e non potessero contenere più del 75% di persone dello stesso sesso⁷⁴. Sottoposta tale disposizione all'attenzione del *Conseil constitutionnel*, l'organo di giustizia costituzionale ha ritenuto questa norma in contrasto con l'art. 3, c. 4 della Costituzione francese, che attribuisce i medesimi diritti civili e politici agli elettori di entrambi i sessi, e con l'art. 6 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789, a mente del quale tutti i cittadini "*sont également admissibles à*

⁷¹ UFFICIO VALUTAZIONE IMPATTO del SENATO DELLA REPUBBLICA, *Parità vo cercando*, cit., pp. 36-37.

⁷² Il mero intervento sul meccanismo elettorale non può "da solo spezzare il circolo vizioso che caratterizza l'interazione tra la sfera politica e la società civile": così, A. APOSTOLI, *Rappresentanza paritaria o duale?*, in B. PEZZINI, A. LORENZETTI (a cura di), *70 anni dopo tra uguaglianza e differenza*, cit., p. 62, laddove si riprende il ragionamento di E. PAZÈ, *Quote rosa: dubbi di costituzionalità e riserve critiche*, in *Politica del diritto*, n. 4/2010, p. 696.

⁷³ L. LORELLO, *Il difficile cammino verso la parità di genere nell'accesso alle cariche elettive*, cit., p. 119.

⁷⁴ G. MAESTRI, *Seggi aperti alle donne? Le norme di democrazia paritaria nella rappresentanza politica*, Università degli Studi Roma Tre, 2017, p. 312.

toutes dignités, places et emplois publics, selon leur capacité et sans autre distinction que celles de leurs vertus et de leurs talents". Così ragionando, si è giunti a dichiarare incostituzionale introdurre "*une distinction entre candidats en raison de leur sexe*"⁷⁵.

Stante tale complessiva impostazione, il Parlamento è arrivato nel 1998 ad approvare, con riferimento al *Code électoral* in materia di elezioni regionali e dell'Assemblea della Corsica, norme volte a favorire la parità di genere, richiedendo che ciascuna lista assicurasse "*la parité entre candidats féminins et masculins*": tale previsione è stata analizzata dal *Conseil* e pure in questo caso l'organo di controllo ha continuato a sottolineare l'indefettibilità dei principi costituzionali in materia di eguaglianza dell'elettorato, premettendo, in ogni caso, che si tratta di una considerazione legata allo stato contingente e passibile di cambiamenti successivi⁷⁶.

Tale considerazione si innesta sull'approvazione, di poco successiva, della legge costituzionale n. 569/1999, che, intervenendo sull'art. 1, c. 2 della Costituzione francese, introduce l'affermazione per cui "*La loi favorise l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et fonctions électives*", e, all'art. 4 della stessa, precisa che i partiti "*contribuent à la mise en oeuvre du principe énoncé au dernier alinéa de l'article 1er dans les conditions déterminées par la loi*". Similmente a quanto avvenuto in Italia, ci si è interrogati sulla portata precettiva dell'espressione "*favoriser*", che non pareva idonea a dare adeguate indicazioni sul livello di incisività delle misure in parola, discutendo se si trattasse di disposizioni volte ad assicurare una mera eguaglianza formale o di strumenti capaci di innovare, in maniera sostanziale, il tessuto sociale del Paese, agendo in via promozionale⁷⁷.

Con la legge n. 493/2000 si è giunti a dare concreta attuazione all'art. 3 in parola, introducendo, nelle varie procedure elettorali dell'ordinamento francese, strumenti diversi per garantire la parità di genere. In particolare, per l'elezione dei rappresentanti al Senato e dei parlamentari europei si è fatto riferimento all'obbligo

⁷⁵ CC, décision n. 146/1982.

⁷⁶ CC, décision n. 407/1999.

⁷⁷ Così riassume G. MAESTRI, *Seggi aperti alle donne? Le norme di democrazia paritaria nella rappresentanza politica*, cit., p. 314.

di inserire nelle liste un numero uguale di candidate e candidati, con la differenza al massimo di uno, e di disporli in ordine alternato di genere; per le elezioni regionali e comunali, l'obbligo per ogni lista di contenere un numero uguale di donne e uomini; con riguardo ai deputati dell'Assemblea nazionale, eletti con un sistema maggioritario a doppio turno, soltanto una penalizzazione economica per i partiti che avessero presentato candidature che, nel complesso, mostrassero uno squilibrio di più del 2% tra uomini e donne⁷⁸.

Il giudice delle leggi d'Oltralpe, una volta interpellato sulla compatibilità di tali disposizioni con le prescrizioni costituzionali, ha sottolineato come le nuove norme dovessero considerarsi già produttive di effetti e come, alla luce dei lavori preparatori, il legislatore dovesse ritenersi libero di introdurre i meccanismi ritenuti più opportuni per raggiungere l'obiettivo della parità, attraverso strumenti promozionali o di natura vincolante⁷⁹.

La Francia ha, quindi, scelto di intervenire "a monte", all'atto della presentazione delle candidature, in modo che vi fosse un maggior equilibrio di genere nell'offerta politico-elettorale ai fini della composizione delle assemblee⁸⁰.

Anche negli ultimi anni quest'ordinamento ha mantenuto tale impostazione: basti pensare, a tal proposito, allo "scrutinio binominale paritario" per i Consigli generali⁸¹, per cui gli elettori votano una coppia, indissolubile, formata da un uomo e una donna, soluzione che è stata accettata dal *Conseil constitutionnel* ribadendo la libertà del legislatore di scegliere qualsiasi mezzo per incentivare la parità di genere, ivi compresa la candidatura in coppia⁸².

Alla luce, quindi, della breve disamina effettuata, si può concludere che anche il sistema giuridico d'Oltralpe si sia trovato a dover fronteggiare la questione della

⁷⁸ S. CECCANTI, *Francia e Italia di fronte alle differenze di sesso e di lingua*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2000, pp. 91 ss.

⁷⁹ CC, décision n. 429/2000.

⁸⁰ G. MAESTRI, *Seggi aperti alle donne? Le norme di democrazia paritaria nella rappresentanza politica*, cit., p. 315.

⁸¹ Si tratta degli organi deliberativi dei dipartimenti e delle principali municipalità.

⁸² CC, décision n. 667/2013, su cui si è espressa C. SPINIELLO, *Égalité, Parité, Constitutionnalité. A proposito delle azioni positive in materia elettorale: Francia e Italia a confronto*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2017.

disparità di trattamento tra i sessi e abbia deciso di reagire in modo simile a quanto avvenuto in Italia, grazie all'introduzione di strumenti promozionali forti, volti ad incidere sulla selezione dei rappresentanti del Paese, con il dichiarato scopo di tutelare un'effettiva eguaglianza di genere.

3. Profili risolutivi: proposte *de iure condendo*.

Alla luce delle considerazioni *ante* sviluppate, si possono individuare due linee direttrici di riforma, al fine di delineare iniziative idonee a migliorare la condizione femminile in Italia e Francia.

In primo luogo, si potrebbe agire adottando una nuova legge elettorale, in specie a livello nazionale. Innanzitutto, eliminando la possibilità di pluricandidature si potrebbe diminuire la probabilità di aggiramento delle previsioni normative vigenti. In secondo luogo, si potrebbe valutare l'opportunità di introdurre l'obbligo di espressione di una doppia preferenza, da attribuire a rappresentanti dei due sessi. Tale congegno – similmente a quanto avviene in Francia nell'ipotesi dei Consigli generali – consentirebbe, da una parte, di rispettare la libera scelta dell'elettore, che ben potrebbe decidere a quali coppie di candidati assegnare il proprio voto, e, dall'altra, di imporre una visione "di genere" nella prospettiva elettorale, assegnando pari ruolo – pubblico ed istituzionale – ad esponenti di entrambi i generi.

Simili previsioni potrebbero essere inserite in una nuova legge cornice statale, che vada a delineare i principi basilari cui le disposizioni elettorali delle Regioni debbono attenersi. Parimenti, si potrebbe giungere ad innovare in tal senso anche la legge elettorale degli enti locali, in specie comunali.

In secondo luogo, rileva, in ogni caso, la necessità di un cambio di mentalità: solo mutando i presupposti culturali di una società è possibile raggiungere una piena – ed effettiva – eguaglianza tra i cittadini⁸³. Per raggiungere, quindi, tale ambizioso

⁸³ Sui profili culturali insiste particolarmente la ricostruzione di E. STRADELLA, *Multiculturalismo e diritti delle donne: una riflessione, nella prospettiva del costituzionalismo*, in *Costituzionalismo.it*, n. 2, 2021, pp. 161 ss., oltre alle considerazioni svolte da Tania Groppi e

obiettivo, è d'uopo partire dai meccanismi di riequilibrio tra i sessi, per stimolare, dapprima, una nuova visione del ruolo della donna nel sistema italiano contemporaneo e abbandonare solo in un secondo momento tali misure, quando sia sorta una nuova coscienza collettiva, capace di ammettere pacificamente una presenza totalmente femminile nei luoghi di potere⁸⁴.

Tale obiettivo potrebbe essere concretamente perseguito tramite una duplice linea di azione.

La prima di esse consiste nell'innovare la l. n. 13/2014, in tema di finanziamento dei partiti. Qui si dispone che tali enti privati, aventi rilevanza pubblicistica, debbano prevedere per statuto azioni positive volte a raggiungere la parità tra i sessi negli organismi collegiali e nelle liste elettorali⁸⁵. Si potrebbe, piuttosto, affermare l'obbligatorietà, ai fini dell'ammissibilità della lista alle competizioni elettorali, della garanzia di un'offerta elettorale improntata all'eguaglianza tra uomini e donne, mantenendo una pari rappresentazione di uomini e donne nella determinazione delle candidature. L'azione dei partiti è, infatti, fondamentale: questi ultimi, in quanto specchio della società esistente, si possono – e devono – porre come apripista di cambiamenti culturali di lungo termine⁸⁶.

Mónica Aralí Soto Fregoso nel corso del seminario “Juzgar con perspectiva de género”, organizzato dal DIPEC dell'Università di Siena in data 19 giugno 2023.

⁸⁴ Sulla centralità delle azioni positive, quale primo motore di un cambiamento di mentalità, si veda A. LORENZETTI, *Uguaglianza e genere: spunti per un dibattito fra punti fermi e sabbie mobili*, in AA.VV., *Uguaglianza o differenza di genere?*, cit., p. 215. “When I’m sometimes asked ‘when will there be enough [women on the supreme court]?’ and I say ‘when there are nine,’ people are shocked. But there’d been nine men, and nobody’s ever raised a question about that”: così, R. BADER GINSBURG, come riportato sul *Sito Ufficiale dello Stato del Connecticut*. Quest’ultima si riferiva alla composizione della Supreme Court statunitense, ma si tratta di considerazioni che ben si possono attingere anche ad altri ambiti istituzionali.

⁸⁵ Innovando la previgente disciplina, in tema di finanziamento pubblico ai partiti, della l. n. 157/1999, che prevedeva l’obbligo per ogni partito o movimento politico finanziato dallo Stato di destinare almeno il 5% dei rimborsi elettorali a “iniziative volte ad accrescere la partecipazione attiva delle donne alla politica”.

⁸⁶ L’azione dei partiti è fondamentale: così, G. MAESTRI, *Le donne e la rappresentanza politica, tra norme elettorali e regolazione dei partiti*, in P. TORRETTA, V. VALENTI, (a cura di), *Il corpo delle donne. La condizione giuridica femminile (1946-2021)*, cit., pp 342 ss., anche se si ravvisa, quale profilo di criticità, la difficoltà di contrastare i pregiudizi esistenti, nonostante l’introduzione di svariate norme di promozione della parità. Non solo il loro intervento è centrale. Si rammenta, infatti, che il problema dell’adeguata rappresentanza femminile è una questione che investe l’intero sistema istituzionale e l’intera società “perché la scarsa presenza di donne nelle

La seconda linea di azione da prendere in considerazione attiene all'introduzione dell'insegnamento della parità di genere come parte integrante dei programmi scolastici del Paese, adottando una prospettiva olistica, similmente a quanto avviene in altri ordinamenti⁸⁷. Non stupisce, dunque, che sia stata una recente proposta del Ministro della Cultura Gennaro Sangiuliano a chiedere di iniziare a trattare, negli istituti scolastici di ogni ordine e grado, le tematiche inerenti all'eguaglianza sostanziale tra la compagine maschile e femminile, al fine di sensibilizzare sul punto le giovani generazioni, le principali motrici dei cambiamenti di maggior rilievo nel nostro Stato⁸⁸.

istituzioni (...) è, anzitutto, una questione culturale, la dimostrazione dell'arretratezza di un paese": T. CASADEI, *Diritto e (dis)parità*, cit., p. 135.

⁸⁷ A tal fine, appare centrale "una diversa concezione dei rapporti umani nelle loro molteplici dimensioni": per queste ragioni, si invita "ad una rinnovata attenzione per gli assetti, gli indirizzi e gli atti delle istituzioni; anche queste ultime giocano un ruolo-chiave nel veicolare determinati tipi di messaggi: stereotipi, pregiudizi, partiche di discriminazione e di esclusione, totale o parziale, della cittadinanza". Così, T. CASADEI, *Diritto e (dis)parità*, cit., p. 67. Si sostiene, infatti, che "Fondamentale è avviare un processo di educazione civile e morale": N. OCCHIOCUPO, *Settanta anni dal riconoscimento del voto alle donne e dall'entrata in vigore della Costituzione. "La sovrana dignità" della persona nella Costituzione*, in P. TORRETTA, V. VALENTI, (a cura di), *Il corpo delle donne. La condizione giuridica femminile (1946-2021)*, cit., p. 37. In particolare, fino ad oggi in Italia, con riferimento all'educazione sessuale e affettiva, si deve guardare al DM n. 254/2012, *Regolamento recante indicazioni nazionali per il curricolo della scuola dell'infanzia e del primo ciclo d'istruzione*. Un approccio olistico è, invece, incoraggiato dall'OMS e dal Centro federale tedesco per l'educazione sanitaria, *Standards for sexuality education*, 2010, p. 15, laddove si evidenzia l'importanza degli aspetti relazionali, sociali e di prevenzione delle diseguaglianze e della violenza.

⁸⁸ "Rimuovere gli ostacoli che impediscono la parità di genere è tra le priorità del Ministero della Cultura. La scelta di Manuela Maccaroni è la conferma dell'attenzione per i temi della difesa dei diritti delle donne", ha affermato il Ministro, che ha evidenziato la centralità dell'Osservatorio ministeriale per acquisire ed elaborare dati sull'impiego femminile nei siti culturali, nelle imprese e negli enti e nelle fondazioni che si occupano della promozione e soprattutto della gestione dell'immenso giacimento italiano di arte, architettura e storia. L'ha definito come "uno strumento operativo che metterà al centro non solo la tutela delle pari opportunità ma anche lo sviluppo di concrete politiche di attuazione del fondamentale articolo 37 della Costituzione italiana sui diritti della donna lavoratrice". Così sul [Sito del Ministero della Cultura](#), 26 luglio 2023.

La partecipazione dei cittadini: costituente, *participatory democracy* e insegnamento di Papa Giovanni XXIII

di
Francesca Donà*

Sommario: 1. La (bistrattata) partecipazione dei cittadini: una premessa. – 2. 1947-1948. La partecipazione nella Costituzione: una “assenza” che va interpretata alla luce della Assemblea costituente. – 3. 1960. La *participatory democracy* americana. – 4. 1963. Gli insegnamenti di Papa Giovanni XXIII: la *Pacem in terris*. – 5. Pensieri sparsi.

1. La (bistrattata) partecipazione dei cittadini: una premessa.

Quando si discute della *cosa pubblica* la parola “partecipazione” rappresenta uno di quei termini che viene, molto spesso, travisato, semplificato, partitizzato. L’ambiguità riportata è il frutto di un sovente utilizzo della definizione in ambiti differenti, per scopi differenti, secondo canoni differenti.

Se, sotto un profilo squisitamente socio-politico, la partecipazione è definita come “il relazionamento della società con le istituzioni, tale da porsi come un intervento di espressioni dirette della prima nei processi di azioni delle seconde”¹; sotto una lente gius-pubblicistica, la partecipazione dei cittadini viene incardinata nella definizione di democrazia partecipativa e descritta come “complesso di processi specifici, chiaramente caratterizzabili e (...) [qualsiasi, n.d.r.] forma di

* Dottoressa di ricerca in Giurisprudenza e Avvocato.

¹ U. ALLEGRETTI, *Basi giuridiche della democrazia partecipativa: alcuni orientamenti*, in *Democrazia e diritto*, n. 3/2006, p. 156.

partecipazione particolarmente avanzata e incisiva, alla quale conviene dunque assegnare un'importanza particolare"².

A causa di questa natura "doppia", l'analisi del principio di partecipazione è stata ritenuta, da molti giuristi e per molto tempo, un'operazione non così "pura" o, comunque, non così "necessaria", dal momento che la medesima sconfinava nel campo delle scienze politiche e filosofiche.

In realtà, chi scrive è estremamente convinta che lo studio del principio di partecipazione – il quale, per certo, può essere letto ed apprezzato dai politologi – ricopre un ruolo fondamentale nella struttura dell'ordinamento costituzionale, poiché esprime il carattere fondante (e fondamentale) della forma di Stato, ossia del *rapporto tra quest'ultimo e cittadini*.

Ed è proprio nel solco della partecipazione, comprensiva delle varie sfumature cui si è appena fatto cenno, che possono essere congiuntamente analizzati alcuni momenti, scritti e spazi, dalla nitida valenza costituzionale: il concetto di partecipazione, modernamente intesa, si affaccia nel secondo dopo Guerra e coinvolge realtà e contesti geografici assolutamente differenti tra loro. La *Costituente*, la *Pacem in terris* e la *participatory democracy* americana sembrano correre sullo stesso piano, abbracciare sensibilità comuni ed incrociare i medesimi meridiani, all'insegna di una profonda riflessione sui capisaldi delle democrazie contemporanee.

2. 1947-1948. La partecipazione nella Costituente: una "assenza" che va interpretata.

Se è vero che nella Carta costituzionale non è presente una menzione formale del principio di partecipazione dei cittadini, è altrettanto vero che, attraverso una attenta opera di ricostruzione del *sensu democratico* della medesima, ci si accorge che

² La differenza fra il concetto di partecipazione e quello di democrazia partecipativa è puntualizzata da U. ALLEGRETTI, *Basi giuridiche della democrazia partecipativa: alcuni orientamenti*, cit., p. 156. Sul tema si veda, inoltre, ID., *Democrazia partecipativa* (voce), in *Enc. dir.*, Milano, Annali IV, 2011, pp. 299-307.

la partecipazione del cittadino, veicolata dal fondamentale principio della sovranità popolare, ne permea il tessuto e ne costituisce la trama.

In primo luogo, è bene ricordare quello che, molto spesso, si dà per assodato: la Costituzione ha assunto gli specifici connotati che siamo abituati a conoscere, sia per la levatura dei membri della Costituente, sia perché essa ha tratto la propria origine e legittimazione da una intensa occasione partecipativa, ossia dalla consultazione referendaria del 2 giugno 1946³. Tale circostanza rappresenta un primo, essenziale elemento da tenere in considerazione nell'ottica di questa (seppur breve) analisi della partecipazione, gius-pubblicisticamente intesa.

Il referendum popolare svoltosi ha reso tangibile, infatti, l'intima connessione esistente tra il coinvolgimento popolare prodromico e l'effettivo assetto del momento costituente: non si può, infatti, trascurare come l'affermarsi del principio repubblicano rappresenti il frutto, *in primis*, di un'esperienza storica, che ha contemplato il diretto coinvolgimento dei cittadini nella scelta della forma di Stato, fornendo l'imprimatur allo svolgimento di tutti i lavori dell'Assemblea costituente⁴.

Il fil rouge che cela la Costituzione italiana in tema di partecipazione del cittadino⁵ vede la sua prima estremità nell'art. 1 della medesima. La disposizione annuncia il principio democratico, il quale, dopo aver sancito la forma repubblicana dello

³ M. OLIVETTI, *Art. 1*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Milano, Utet, 2006, p. 9: "Le opzioni dei *founding fathers* in materia di sovranità popolare, democrazia e forma repubblicana si muovevano nell'alveo indicato dal referendum istituzionale che il 2.6.1946 aveva aperto la via alla proclamazione della Repubblica".

⁴ Molte sono le riflessioni in dottrina che accostano il principio partecipativo popolare al momento costituente. V., in particolare, N. PETTINARI, *Gli strumenti di democrazia partecipativa nelle costituzioni e la partecipazione ai processi costituenti. Verso un nuovo sviluppo della qualità democratica?*, in *federalismi.it*, n. 15/2019, pp. 20 ss., nonché U. ALLEGRETTI, *Recenti costituzioni «partecipate»: Islanda, Ecuador, Bolivia*, in *Quaderni costituzionali*, n. 3/2013, pp. 693 ss.

⁵ Sul principio costituzionale di partecipazione, senza pretese di esaustività, si vedano P.L. ZAMPETTI, *L'art. 3 della Costituzione e il nuovo concetto di democrazia partecipativa*, in *Studi per il ventesimo anniversario dell'Assemblea Costituente, Le libertà civili e politiche*, II, Firenze, Vallecchi, 1969, pp. 513 ss.; V. ATRIPALDI, *Il concetto di partecipazione nella dinamica delle relazioni Stato-società*, in *Scritti in onore di Massimo Severo Giannini*, III, Milano, Giuffrè, 1988, pp. 77 ss.; E. ROSSI, *Le finalità e gli strumenti della democrazia partecipativa nell'ordinamento giuridico italiano*, in *Diritto e Società*, n. 3/2016, pp. 493 ss.; V. MOLASCHI, *Le arene deliberative: contributo allo studio delle nuove forme di partecipazione nei processi di decisione pubblica*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2018.

Stato, afferma che la sovranità appartiene al popolo⁶. Di qui, due possibili letture della disposizione: una prima, di tipo univoco, che interpreta la sovranità popolare come la forma statica della Repubblica; la seconda che immagina la sovranità popolare come una attitudine della Repubblica⁷.

Da quest'ultimo angolo visuale, la sovranità è parcellizzata nella dignità dei cittadini, a seconda delle diverse situazioni in cui questi si possano trovare: è la stessa formulazione del principio democratico a contenere un implicito riconoscimento delle istanze partecipative⁸, dal momento che lo stesso art. 1, Cost., "nello stabilire, con formulazione netta e definitiva che la sovranità 'appartiene' al popolo, impedisce di ritenere che vi siano luoghi o sedi dell'organizzazione costituzionale nella quale essa si possa insediare esaudivisi"⁹.

⁶ In Assemblea costituente ci fu un ampio dibattito sulla formulazione dell'art. 1; tra le altre cose, la Commissione dei 75 discusse a lungo se la sovranità "emanasse" dal popolo o se "appartenesse" al popolo: dopo la discussione complessiva delle "disposizioni generali", l'art. 1 fu esaminato e approvato il 22 marzo 1947 nella sua odierna stesura.

⁷A. MORO, in ASSEMBLEA COSTITUENTE, seduta del 13 marzo 1946: "A me pare, però, che la formula, sia pure indicata in questo modo – e le formule sappiamo che possono cambiare – anche così contrassegnata, serve bene a individuare l'appartenenza della sovranità in senso lato, cioè l'esercizio dei poteri politici, dei poteri di direzione della cosa pubblica in un regime democratico a tutti i cittadini, che sono, in quanto popolo, in condizioni fondamentali di eguaglianza nell'esercizio di questi poteri ed hanno la possibilità di determinare, mediante il loro intervento, la gestione della cosa pubblica nel senso più conforme all'interesse collettivo. È un punto, quindi, che mi pare sia al suo posto, in quanto richiama questo primo aspetto della democrazia italiana, la quale realizza, (...) attraverso la forma parlamentare, il suo carattere di democrazia. Ed è importante anche l'aggiunta, per la quale si dice che questa sovranità 'è esercitata nelle forme e nei limiti della Costituzione e delle leggi'"; L. BASSO, in ASSEMBLEA COSTITUENTE, seduta del 6 marzo 1946: "Perché noi non facciamo, e non vogliamo fare, una Repubblica di individui, ma vogliamo fare non una Repubblica di individui astratti, una Repubblica di cittadini che abbiano solo una unità giuridica, vogliamo fare la Repubblica, lo Stato in cui ciascuno partecipi attivamente per la propria opera, per la propria partecipazione effettiva, alla vita di tutti. E questa partecipazione, questa attività, questa funzione collettiva, fatta nell'interesse della collettività, è appunto il lavoro; e in questo, penso, il lavoro è il fondamento e la base della Repubblica italiana".

⁸ M. OLIVETTI, *Art. 1, cit.*, p. 30: "La prospettiva di una democrazia sostanziale presenta inverosimili contorni incerti. Se intesa come istanza partecipativa, essa trova nel sistema costituzionale (e nello stesso principio democratico) un sicuro, anche se complesso ed articolato, riconoscimento".

⁹ Corte cost., 12 aprile 2002, n. 106. Cfr., inoltre, l'opinione di P. MARSOCCHI, *Effettività e "sincerità" della partecipazione popolare*, in *Costituzionalismo.it*, n. 3/2015, p. 89: "Partendo dalla lettura del testo della Costituzione è comunque possibile osservare che, la prima volta che si incontra la parola partecipazione, questa rimanda ad un significato che, a mio avviso, è ancora più generale ed è prescritto tra i principi fondamentali: la partecipazione come apertura al sociale, meglio, come promozione dell'attivismo individuale nel sociale, indipendente- mente

Di qui, la non-necessità di esplicitare il principio di partecipazione, poiché, nella discussione svoltasi nella Assemblea, già si attribuiva alla sovranità popolare un carattere concreto; la medesima, infatti, “non veniva configurata come un principio astratto, poiché il popolo era chiamato ad esercitare la sovranità”¹⁰, “partecipando effettivamente all’organizzazione economica, sociale e politica del Paese”¹¹: il Costituente ha individuato il cittadino, secondo la sua capacità di ascoltare, di interferire, di dibattere attivamente, di esprimere la sua personalità: attraverso questa attitudine costituzionale il cittadino diventa, realmente, sovrano.

Proseguendo lungo il medesimo sentiero, si incontrano il principio personalista, specchio del principio di solidarietà e di quello del pluralismo sociale¹². La Costituente li ha volutamente inseriti all’interno della stessa disposizione, in nome della stretta connessione che si instaura fra loro e della necessità, per quest’ultima, di essere esplicita: infatti, “il sistema integrale dei diritti della persona esige, per essere davvero integrale, che vengano riconosciuti e protetti (...) anche i diritti essenziali delle comunità naturali, attraverso le quali gradualmente si svolge la personalità umana: i diritti del singolo vanno integrati con quelli della famiglia, della comunità professionale, religiosa, locale e così via”¹³.

Dopo il richiamo alla sovranità popolare, il cittadino è nuovamente visualizzato nel suo essere persona umana e ora collocato nella sua duplice condizione singolare e plurale¹⁴, evidenziando come la seconda svolga un ruolo di fondamentale rilevanza

dalla qualità del rapporto tra gli istituti al suo servizio e gli istituti al servizio del principio di rappresentanza”.

¹⁰ M. OLIVETTI *Art. 1*, cit., p.10.

¹¹ P. MANCINI, in ASSEMBLEA COSTITUENTE, seduta del 17 marzo 1947, che proseguì così: “il quarto stato è niente. Ma sarà tutto domani con la partecipazione effettiva all’organizzazione economica, sociale e politica del Paese”.

¹² E. ROSSI, *Art. 2*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, cit., p. 38; R. PICERNO, *Fondamenti costituzionali di cittadinanza attiva*, in G.C. DE MARTIN e D. BOLOGNINO, Milano, Cedam, 2010, p. 11: “La concezione del rapporto tra società e Stato configurata dalla costituzione procede, quindi, da una ipotesi antropologica di tipo personalistico secondo la quale l’uomo aderisce ad una serie di comunità (le formazioni sociali di cui all’articolo 2), ciascuna delle quali adempie ad una o più funzioni”.

¹³ G. LA PIRA, in ASSEMBLEA COSTITUENTE, seduta del 9 settembre 1946.

¹⁴ O. MASTROJANNI, in ASSEMBLEA COSTITUENTE, seduta del 5 marzo 1947: “abbiamo detto che l’uomo porta in sé, inscindibilmente, connesse, le caratteristiche della sua personalità, gli attributi dei suoi diritti fin dalla nascita, *ipso iure*, anzi: *ipsa natura*; ma si è detto

per la piena attuazione della prima: si aggiunge, allora, un altro, essenziale tassello alla dimensione partecipativa costituzionale, poiché l'uomo "[che] non è soltanto singolo, [che] non è soltanto individuo, ma [che] è società nelle sue varie forme, società che non si esaurisce nello Stato. La libertà dell'uomo è pienamente garantita, se l'uomo è libero di formare degli aggregati sociali e di svilupparsi in essi. Lo Stato veramente democratico riconosce e garantisce non soltanto i diritti dell'uomo isolato, che sarebbe in realtà una astrazione, ma i diritti dell'uomo associato secondo una libera vocazione sociale"¹⁵: il cittadino è, dunque, persona nella sua veste relazionale, all'interno delle "formazioni sociali".

L'art. 3, Cost., è l'unica disposizione costituzionale che, nel sancire il principio di eguaglianza sostanziale, include il termine partecipazione¹⁶, seppur riferendolo a quella dei (soli) lavoratori¹⁷: se, da un lato, non si può non concordare sul fatto che l'originale interpretazione del termine "partecipazione" risenta del sentimento rappresentato dalla componente comunista e social-democratica dell'Assemblea; dall'altro lato, non si può parimenti trascurare il fatto che la formulazione dell'art.

che l'uomo da sé non può perfezionare ed integrare la sua personalità, se non attraverso le comunità naturali e attraverso le formazioni sociali, talché, la stessa Costituzione, in un articolo, mette sullo stesso piede di uguaglianza e i diritti dell'uomo e i diritti delle comunità, e i diritti delle formazioni sociali, nelle quali, l'uomo deve necessariamente essere inserito perché possa perfezionare ed integrare la sua personalità".

¹⁵ A. MORO, in ASSEMBLEA COSTITUENTE, seduta pomeridiana del 24 marzo 1947, all'esito della quale viene approvato il testo dell'art. 2.

¹⁶ "La partecipazione popolare si ritrova espressa in Costituzione essenzialmente nell'art. 3, comma 2, che rappresenta la norma fondamentale perché traccia le finalità della complessiva azione della Repubblica (intesa non soltanto come istituzione, ma anche come società e sue componenti) e, pure non facendone espressa menzione, sottintende implicitamente gli strumenti organizzativi e procedurali necessari per il loro conseguimento. Nella elaborazione scientifica classica, l'art. 3 Cost. si connette direttamente con le altre norme fondamentali che riconoscono la centralità dei diritti della persona, sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità (art. 2), nonché l'appartenenza al popolo della sovranità e del suo esercizio (art. 1). Sul versante propriamente amministrativo, la dimensione partecipativa viene considerata insita nei principi di buon andamento e imparzialità che informano l'intera amministrazione (art. 97)": F. SCIARETTA, *La dimensione inclusiva dei processi decisionali pubblici quale forma di legittimazione dei poteri pubblici*, in *Rivista AIC*, n. 2/2016, p. 24.

¹⁷ C'erano molte voci contrarie, tra cui lo sfogo del liberale O. CONDORELLI, in ASSEMBLEA COSTITUENTE, seduta pomeridiana del 15 marzo 1947: "Per altro, quando noi diciamo la partecipazione effettiva non dei lavoratori, ma dei cittadini, anzi io direi di 'tutti i cittadini', all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese, in fondo noi veniamo a riaffermare che si è cittadini attivi dello Stato in quanto si partecipa con la propria attività, o economica, o sociale, o morale, o politica, alla vita della collettività".

3, Cost., abbia rappresentato un vera e propria *sintesi costituzionale* all'interno delle forze politiche che componevano la Costituente. Oggi, per molti studiosi del diritto costituzionale, la disposizione in esame rappresenta l'indicatore della sussistenza di un principio generale di partecipazione dei cittadini¹⁸.

Sul punto, si potrebbero svolgere diverse considerazioni, ma ci si limita ad abbozzarne alcune. In primo luogo, si vorrebbe porre l'attenzione sull'episodio che ha visto lo slittamento, deciso in Assemblea Costituente, del termine "partecipazione" da fondamento costituzionale contenuto all'art. 1, Cost., a corollario principe della democrazia, e, dunque, nell'art. 3, Cost.¹⁹. Tale differimento ha avuto molteplici letture: ad un primo sguardo, l'operazione sarebbe potuta apparire come minimizzante nei confronti della partecipazione; ad una più approfondita analisi, invece, si è notato che la collocazione definitiva della medesima ha consentito al principio partecipativo di inserirsi in un'ottica teleologica, maggiormente evolutiva, perché ancorata al dato storico-sociale, necessario termometro per l'applicazione del principio di uguaglianza²⁰. All'esito

¹⁸ È dirimente la lettura del dibattito della Costituente sul punto: E. ROSSI, *Art. 3, 2° co.*, in *Commentario alla Costituzione*, cit., p. 93: "A tale proposito, come è noto, mentre gli esponenti della Democrazia cristiana insistevano (soprattutto) sullo sviluppo delle persona umana e dunque sui presupposti materiali di tale sviluppo, i socialisti e i comunisti posero l'accento anche sulla necessità di prevedere la partecipazione dei lavoratori alla vita dello Stato e di realizzare quindi un ordinamento davvero democratico". V., specialmente, gli interventi di Basso (Seduta del 6 marzo 1947, in A.C., I, pp. 203-209) e Amendola (Seduta del 20 marzo 1947, in A.C., I, pp. 508-513).

¹⁹ Sulla connessione fra uguaglianza e partecipazione si veda: F. PIZZOLATO, *La democrazia come autogoverno: la questione dell'autonomia locale*, in *Costituzionalismo.it*, n. 1/2015, p. 27: "L'istituzionalizzazione vale infatti a dare veste all'ordinamento del corpo sociale, impedendo che esso si cristallizzi in forma di rapporti squilibrati, tra soggetti cioè in condizione di potere (privato) e altri in stato di soggezione; anziché per il tramite di relazioni promozionali di libertà, eguaglianza e partecipazione, ai sensi dell'art. 3, c. II, della Costituzione".

²⁰ Per la partecipazione universalmente intesa, ossia rivolta i singoli cittadini: A. VALASTRO, *Gli istituti di partecipazione fra retorica delle riforme e umiltà dell'attuazione*, in *Costituzionalismo.it*, n. 1/2017, p. 43: "Del resto, sul fatto che il 'paesaggio' della sovranità popolare sia destinato a svuotarsi se privato della propria anima partecipativa aveva già ammonito il Costituente, ben consapevole dei rischi connessi alla retorica della partecipazione: lo dimostrano la decisione infine assunta di spostare il principio partecipativo dal contesto più generico dell'art. 1 a quello più esigente dell'art. 3, in connessione teleologica e storicamente evolutiva con il principio di eguaglianza sostanziale; e l'affiancamento dell'aggettivo 'effettiva' al termine partecipazione. Trapelava da queste scelte l'accorato richiamo a vigilare sui tranelli della partecipazione non effettiva, in quanto sporadica e intermittente o solo di facciata: quella partecipazione che si cela dietro il manto rassicurante del diritto di voto, ma che non può appagarsi dell'episodicità delle

del dibattito, dunque, il dato partecipativo è inserito nell'articolo più emblematico della Costituzione italiana e la partecipazione è fotografata come "fine generale dell'ordinamento della Repubblica e di tutta la sua azione"²¹.

La seconda stima delle considerazioni è la seguente: il riferimento testuale alla *partecipazione* consente di riversare concretezza nel principio stesso, che acquista, quindi, una valenza multidimensionale: di *obiettivo*, di *strumento* e di *modo*²² dell'agire della Repubblica. Quanto alla prima essenza (*obiettivo*), essa deve considerarsi intrinsecamente connessa allo stesso modo d'essere delle democrazie costituzionali. La sovranità popolare non si esaurisce, quindi, con la rappresentanza, ma necessita di altri luoghi di partecipazione dei cittadini, in un contesto che è quello della "democrazia sociale", quale forma di Stato diretta a "promuovere un'intima socialità fra i suoi componenti"²³. Quanto, invece, alla partecipazione come *strumento*, la medesima deve essere intesa come metodo di governo dei rapporti istituzionali, sotto il profilo organizzativo e procedurale²⁴. Per quanto concerne, in ultima, il suo essere *modo*, la partecipazione merita di essere considerata come lo strumento di base per l'adozione delle decisioni pubbliche. Pertanto, il ruolo dei cittadini, anziché essere relegato ad atti sporadici, diviene partecipazione-obiettivo/strumento/modo, nell'ottica dell'art. 3, co. 2, Cost., ossia

sue manifestazioni, rivendicando ben altra abbondanza di momenti, luoghi e modi per esprimere la molteplicità delle voci". Prima ancora, cfr. C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Cedam, Padova, 1975, pp. 149 ss.

²¹ R. PICERNO, *Fondamenti costituzionali di cittadinanza attiva*, cit., p. 12.

²² A. VALASTRO, *Gli istituti di partecipazione fra retorica delle riforme e umiltà dell'attuazione*, cit., p. 59: "L'orientamento del Costituente, quale emerge dalla formulazione dell'art. 3, co. 2, deve intendersi nel senso di riconoscere al principio di partecipazione una triplice declinazione: obiettivo, strumento, modo".

²³ C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, cit., p. 143.

²⁴ La democrazia partecipativa si fa metodo dell'azione democratica di governo: "Ciò attraverso moduli decisionali trasparenti che permettano un confronto dialettico, se non vere e proprie forme di negoziazione collettiva per obiettivi condivisi, tra decisori pubblici e collettività di riferimento. In più settori della scienza giuridica, le sorti della democrazia vengono considerate intimamente legate a quelle della partecipazione, che è concepita quale metodo di governo della democrazia pluralista": F. SCIARETTA, *La dimensione inclusiva dei processi decisionali pubblici quale forma di legittimazione dei poteri pubblici*, cit., p. 25.

quella che consente di “interrogarsi complessivamente sul modo in cui la volontà popolare contribuisce alla formazione della volontà politica”²⁵.

Il principio personalista e quello di uguaglianza, così ricostruiti, diventano il tessuto connettivo di un sistema democratico, in cui il paradigma della sovranità popolare “voleva [vuole] essere il prodotto dello svolgimento in senso positivo della libertà, quale condizione per lo sviluppo della persona che si realizza”²⁶, “passando per un gruppo sociale e quindi per la partecipazione al potere pubblico”²⁷.

3. 1960. *La participatory democracy americana.*

La nascita dell’espressione “democrazia partecipativa” risale all’ambiente giurista-filosofo americano degli anni Sessanta²⁸ e trova una sua specifica collocazione dottrinale nel pensiero di Kaufman²⁹ e Dewey³⁰, i quali ritenevano necessario che l’uomo-cittadino sviluppasse le proprie capacità attraverso un atteggiamento rivolto all’azione, collocandosi all’interno delle dinamiche legate alla propria comunità.

²⁵ A. VALASTRO, *Gli istituti di partecipazione fra retorica delle riforme e umiltà dell’attuazione*, cit., p. 61.

²⁶ A. VALASTRO, *Partecipazione, politiche pubbliche, diritti*, Relazione introduttiva alle giornate di studio su “Le regole della partecipazione. Cultura giuridica e dinamiche istituzionali dei processi partecipativi”, Perugia, 11-12 marzo 2010, p. 4.

²⁷ G. BERTI, *Commento art. 5*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna, Zanichelli, 1975, p. 288.

²⁸ Per una panoramica sul tema si veda M. GARA, *What Kind of Institutional Implementation for Participatory Democracy? Theories and Debate During the Long 1970s in the United States*, in *Journal of American History and Politics*, n. 3/2020.

²⁹ Il docente di filosofia politica statunitense nel 1960 inserì la formula “*participatory democracy*” nel titolo di un suo articolo, sostenendo che la funzione di quest’ultima era quella di incentivare: “*the development of human powers of thought, feeling, and action*”: A.S. KAUFMAN, *Human Nature and Participatory Democracy*, in C.J. FRIEDRICH (a cura di), *Responsibility*, New York, The Liberal Arts Press, 1960.

³⁰ John Dewey, filosofo e pedagogo americano, sostenitore del metodo dialogico e della critica nella scuola, ha teorizzato l’educazione progressiva che mira alla promozione dell’azione e dell’iniziativa dei singoli, in un contesto che è sempre condiviso. Sotto questa chiave di lettura, l’educazione assurge al ruolo di funzione morale della società, la quale – attraverso il metodo di confronto critico – consente alla democrazia di fiorire ed evolvere. Si vedano, tra gli altri, J. DEWEY, *Scuola e Società*, Firenze, La Nuova Italia, 1975; ID., *Esperienza e educazione*, Firenze, La Nuova Italia, 1955 e ID., *Democrazia e educazione*, Firenze, La Nuova Italia, 1954.

Sotto un profilo strettamente socio-politico, l'affermazione del concetto di democrazia partecipativa arriva nel 1962 con il *Port Huron Statement* del movimento studentesco *Students for a Democratic Society*. Il manifesto – che venne ricordato anche come *Agenda for a Generation* – ebbe il pregio di “tradurre” la nozione di democrazia partecipativa nel linguaggio comune, indicando alcuni capisaldi della *participatory democracy*, quali l'essenziale collaborazione dei cittadini nelle scelte politiche che rivestano un forte impatto sociale, la disobbedienza civile e non violenta, lo stimolo ad una dimensione comune del vivere quotidiano³¹.

Il culmine della teorizzazione della *participatory democracy*, si avrà nel 1969, con l'uscita del saggio *A ladder of citizen participation*³² di S.R. Arnstein, che contribuì, in maniera alquanto rilevante, ad individuare una teoria formale della partecipazione dei cittadini alle scelte pubbliche. Lo scritto ha avuto il pregio di aver classificato le esperienze partecipative individuando due differenti “scale di partecipazione”, che consentivano, dunque, di saggiare la “partecipatività” di un sistema o di una istituzione. La prima si riferiva all'ambito “territoriale”; la seconda era, invece, la scala dell'“intensità”. Il parametro territoriale consentiva di collocare la dimensione partecipativa ad uno specifico livello, corrispondente all'istituzione pubblica coinvolta (si partiva dal livello sub-comunale fino ad arrivare anche al contesto sovrastatale); il secondo indice, invece, stabiliva il grado di intensità del processo partecipativo dei cittadini (non partecipazione – “finta” partecipazione – democrazia partecipativa)³³.

³¹ Il manifesto abbozza alcune linee generali sulla democrazia partecipativa, affermando che “*In a participatory democracy, the political life would be based in several root principles: – that decision-making of basic social consequences be carried on by public groupings; – that politics be seen positively, as the art of collectively creating an acceptable pattern of social relations; – that politics has the function of bringing people out of isolation and into community, thus being a necessary, though not sufficient, means of finding meaning in personal life*”: testo originale in <https://genius.com/Tom-hayden-port-huron-statement-lyrics>.

³² S.R. ARNSTEIN, *A Ladder of Citizen Participation*, in *AIP Journal*, vol. 35, n. 4, luglio 1969, pp. 216-224. Il concetto è stato, poi, ripreso da L. BOBBIO, *Dilemmi della democrazia partecipativa*, in *Democrazia e Diritto*, n. 4/2006, p. 24.

³³ Più nello specifico, l'autrice suddivide i livelli di partecipazione in tal modo: *Manipulation e Therapy*, quali condizioni di “*Non-participation*”; “*Informing*”, “*Consultation*” e “*Placation*”- che vengono definiti come “*Degrees of Tokenism*”, ossia procedure prettamente dimostrative rispetto ad una vera e propria partecipazione del cittadino e, infine, “*Partnership*”, “*Delegated Power*” e “*Citizen Control*”, che rappresentano gradi autentici del livello di partecipazione dei cittadini.

Il lavoro della Arnstein si è rivelato un elemento essenziale nel percorso teorico-ricostruttivo del fenomeno sociale riguardante la partecipazione dei cittadini: *in primis*, perché ha permesso di individuare uno strumento di valutazione della stessa – sebbene ancora sul piano delle scienze politiche, ma con parametri che iniziavano già ad avvicinarsi al fenomeno giuridico – il quale consentiva di distinguere le autentiche procedure partecipative dai cosiddetti “empty ritual(s)”³⁴; in secondo luogo, perché ha ricondotto il concetto di partecipazione a quello di “redistribution of power”³⁵.

Negli anni Settanta l'utilizzo del termine democrazia partecipativa venne poi ripreso da diversi autori³⁶, acquisendo una certa pregnanza concettuale nell'ambito delle teorie politico-normative riconducibili alla cosiddetta *New Left*, che si contrapponevano al modello di *legal democracy* sposato dai teorici di centro-destra³⁷. In particolare, Carole Pateman, nella sua teoria della democrazia partecipativa, smorza le conclusioni cui era arrivata la Arnstein e distingue i livelli

³⁴ S.R. ARNSTEIN, *A Ladder of Citizen Participation*, cit., p. 216. Cfr., inoltre, B. GBIKPI, *Dalla teoria della democrazia partecipativa a quella deliberativa: quali possibili continuità?*, in *Stato e mercato*, n. 73/2005, pp. 110-111: “La scala della partecipazione di Arnstein guarda alla partecipazione come ad un continuum lungo una scala di potere. Secondo Arnstein (...), ‘la partecipazione del cittadino è una condizione categorica per il potere del cittadino’. Ciò significa che ‘esiste una sostanziale differenza tra il vuoto rituale partecipativo e l’aver il reale potere necessario per influire sull’esito del processo’(...). Ogni processo che non traferisca potere è una manipolazione dell’opinione pubblica; non si è raggiunta alcuna partecipazione significativa finché non entra in gioco la democrazia diretta. La scala della partecipazione teorizzata da Arnstein conta otto gradini che corrispondono ad otto gradi di potere”.

³⁵ S.R. ARNSTEIN, *A Ladder of Citizen Participation*, cit., p. 216. È interessante notare come, fin dal suo esordio, il concetto di partecipazione cittadina sia legato ad istanze redistributive del potere, espressione del principio di uguaglianza. Infatti, anche secondo P. MARSOCCI, *Effettività e “sincerità” della partecipazione popolare*, cit., p. 92, la partecipazione “si esprime anche nel senso del proficuo utilitarismo di chi è consapevole che i margini di progresso individuale sono decisamente più ridotti, se non intervengono miglioramenti collettivi e generalizzati; questo, ovviamente, a meno che non si appartenga a quei circoli di privilegiati, davvero numericamente sempre più ristretti. Come si vede, la partecipazione attiva alla Res publica è, in questo senso, anche connessa al principio della redistribuzione della ricchezza”.

³⁶ C. PATEMAN, *Participation and Democratic Theory*, Cambridge, Cambridge University Press, 1970.

³⁷ Tale dottrina si rifà alle idee dell'economista austriaco J.A. Schumpeter, le quali, invece, si caratterizzavano per la centralità della competizione fra *leaders* e lasciavano sullo sfondo la partecipazione dei cittadini, relegandola a baluardo protettivo della democrazia contro le decisioni arbitrarie degli eletti.

del coinvolgimento dei cittadini in *pseudo partecipazione*, *partecipazione parziale* e *piena partecipazione*, in base al grado di influenza che i partecipanti possono esercitare sull'esito della decisione finale³⁸: in ogni caso, tuttavia, l'autrice fa corrispondere la piena partecipazione con la possibilità di esercitare il diritto di voto su determinate questioni.

Il modello di democrazia partecipativa proposto si contrapponeva, dunque, in maniera netta, alla rappresentanza democratica e auspicava un ingente aumento delle occasioni di partecipazione del cittadino, le quali si staccavano dal contesto sindacale degli anni Sessanta e spostavano l'attenzione su di un vero e proprio attivismo civico³⁹.

Nello stesso arco temporale, volgendo, ora, lo sguardo al contesto europeo, e, in particolar modo, a quello francese, si faceva strada, invece, il concetto di "*autogestion*"⁴⁰, intesa come capacità di autodeterminazione dei cittadini nell'organizzazione delle loro attività lavorative e sociali. Verso la fine della decade, tuttavia, la nozione citata svanì per lasciare spazio alla "*démocratie participative*", la quale si riallacciava alla prima esperienza statunitense, che meglio precisava le intenzioni dei movimenti di cui si faceva espressione, affermando la necessità di un prolungamento della democrazia rappresentativa a favore di quella partecipativa. Verso la fine degli anni Settanta, invece, C.B. MacPherson diede un nuovo contributo alla teoria della *participatory democracy*, tentando di accostarla ad una nuova fase del liberalismo, che si voleva allontanare dai consueti dettami del capitalismo americano⁴¹: il suo lavoro venne da molti considerato come uno studio preparatorio per l'ideazione di un governo partecipato, che aveva lo scopo di

³⁸ B. GBIKPI, *Dalla teoria della democrazia partecipativa a quella deliberativa: quali possibili continuità?*, cit., p. 111.

³⁹ La *New Left* si differenziava dai movimenti di sinistra americani degli anni Sessanta, perché spostava l'attenzione sull'attivismo civico e sociale, sganciandosi dal solo contesto sindacale e ritenendo che una profonda integrazione della società civile nei processi decisionali potesse portare le istituzioni a meglio soddisfare le esigenze del popolo.

⁴⁰ P. ROSANVALLON, *ficrire une histoire générale de la démocratie*, in *Participations*, n. 1/2011, pp. 335-347.

⁴¹ C.B. MACPHERSON, *The Life and Times of Liberal Democracy*, New York, Oxford University Press, 1977.

implementare, dunque, il sistema istituzionale attraverso l'inserimento di forme riconducibili alla democrazia partecipativa.

Dopo questa fase, all'inizio degli anni Ottanta, alcuni studiosi ripresero il concetto di democrazia partecipativa e lo accostarono alle teorie deliberative, riformulandone – in parte – gli intenti e arricchendolo con gli elementi che saranno, poi, quelli propri della democrazia deliberativa, come si avrà modo di approfondire a breve⁴². La rinnovata indagine avveniva, per lo più, sul piano dottrinale, mentre si dovrà attendere il successivo decennio per toccare con mano alcune manifestazioni empiriche del fenomeno.

4. 1963. Gli insegnamenti di Papa Giovanni XXIII: *La Pacem in terris*.

Prima di entrare nel merito del tema della partecipazione, così come trattato nell'Enciclica, ci sono almeno due aspetti della medesima che potremo definire sconvolgenti⁴³: il primo è quello legato alla straordinaria empatia che trasmette Papa Giovanni XXIII nei confronti delle *cose degli uomini*; la seconda è la evidente capacità del Papa di anticipare temi e sensibilità, se solo si pensa che l'anno di nascita di Papa Roncalli è il 1881. "Tutti gli esseri umani e tutti i corpi intermedi sono tenuti a portare il loro specifico contributo all'attuazione del bene comune"⁴⁴: è da tale affermazione che si intende riprendere il pensiero che si è tentato di sviluppare in questo piccolo contributo.

Ciò che colpisce, innanzi tutto, sono due peculiari menzioni: il dualismo, in senso positivo, del considerare gli esseri umani come persone e come corpi intermedi e l'accento sulla valorizzazione delle loro singolari caratteristiche ("loro specifico contributo"). Tale *incipit* non può non rinviare al dettato dell'art. 2 della nostra Costituzione ("La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità e richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale"), nella lettura che ha tentato di ricostruire lo spirito della Costituente. La

⁴² La prima autrice a compiere il passo è J. MANSBRIDGE, *Beyond Adversary Democracy*, Chicago, The University of Chicago Press, 1983.

⁴³ O che, almeno, lo sono stati per chi scrive.

⁴⁴ GIOVANNI XXIII, *Pacem in terris*, n. 32.

presenza della dimensione personale e di quella collettiva è una costante nel contenuto dell'Enciclica, quasi come fosse un monito, un perenne dovere di ricordare, di riflettere sulla sociale ragion d'essere dell'uomo. La *persona*, vista nella sua duplice veste, di singolo e di componente di un insieme più grande, rappresenta il punto di partenza del pensiero del Papa Giovanni XXIII, il cui punto di arrivo è la realizzazione del bene comune; e tale connessione non sembra essere indicata sul testo, senza che vi sia stata una riflessione circa la natura terrena dell'uomo, per cui "Ciò comporta che [tutti] perseguano i propri interessi in armonia con le sue esigenze [del bene comune]"⁴⁵: l'elementare riconoscimento, cioè, che ogni uomo debba coltivare alcuni interessi propri, i quali devono però concordare con i bisogni del bene comune.

Esiste, dunque, un *idem sentire* fra le premesse espresse nella *Pacem in terris* e le manifestazioni dell'Assemblea Costituente, che sono, poi, scaturite nella formulazione dell'art. 2 della nostra Carta: l'uomo, nella sua dignità, è collocato in posizione centrale, sia nella tutela dei suoi diritti, sia nell'adempimento dei suoi doveri, in una dimensione che è sempre plurale, molteplice, mai isolata.

L'Enciclica prosegue, poi, introducendo un tema di straordinaria importanza, ossia la finalità, in concreto, dell'esercizio del potere pubblico: infatti, affinché gli uomini coltivino i propri interessi, compatibilmente con quelli della società civile, i poteri pubblici debbano essere rivolti all'"attuazione del bene comune"⁴⁶, dal momento che "È inoltre un'esigenza del bene comune che i poteri pubblici contribuiscano positivamente alla creazione di un ambiente umano nel quale a tutti i membri del corpo sociale sia reso possibile e facilitato l'effettivo esercizio degli accennati diritti, come pure l'adempimento dei rispettivi doveri"⁴⁷.

L'accento sui poteri pubblici è evidenziato nell'ottica di essere un servizio volto alla tutela ed effettività dei medesimi. Sotto questo ulteriore profilo, Papa Giovanni dedica un paragrafo ("Dovere di promuovere i diritti della persona") che conferma il solco tracciato dall'art. 3 della Costituzione.

⁴⁵ GIOVANNI XXIII, *Pacem in terris*, n. 32.

⁴⁶ GIOVANNI XXIII, *Pacem in terris*, n. 32.

⁴⁷ GIOVANNI XXIII, *Pacem in terris*, n. 38.

Tale raccordo, che ricalca l'accezione sostanziale del principio di partecipazione, ribadisce come l'ordinamento di qualsiasi comunità non debba limitarsi ad essere un mero spettatore (od esecutore) dei diritti e dei doveri dei cittadini, ma debba assumere un ruolo concreto e fattivo nello sviluppo di una società sempre più attenta all'"ambiente umano". Si percepisce, dunque, l'indirizzo verso una dimensione "espansiva" dell'essere uomo, legata ad un atteggiamento di comunità dell'essere cittadino e, quindi, ad una prospettiva che fa della condivisione tra i *cives* uno dei fondamenti della Repubblica.

Il pensiero del Papa esprime una lucidissima consapevolezza circa la necessità di dare consistenza ai diritti, ove afferma che "l'esperienza attesta che qualora manchi una appropriata azione dei poteri pubblici, gli squilibri economici, sociali e culturali tra gli esseri umani tendono, soprattutto nell'epoca nostra, ad accentuarsi; di conseguenza i fondamentali diritti della persona rischiano di rimanere privi di contenuto"⁴⁸. Diviene esplicito, dunque, un passaggio fondamentale e fondante lo stesso sistema di diritto costituzionale così come contemporaneamente inteso (o da doversi intendere): non esistono diritti né senza risorse, né senza doveri⁴⁹.

All'interno di questa costruzione, Papa Giovanni decide di inserire un elemento ulteriore, quello della "Partecipazione dei cittadini alla vita pubblica", qualificandola come "un'esigenza della loro dignità di persone che gli esseri umani prendano parte attiva alla vita pubblica, anche se le forme con cui vi partecipino sono necessariamente legate al grado di maturità umana raggiunto dalla comunità politica di cui sono membri e in cui operano"⁵⁰.

Vale la pena soffermarsi un attimo su questa definizione, che raccoglie uno spunto ancor nuovo rispetto alle prospettive analizzate nel contributo. Quel che è certo è che la Costituente, come anche la Arnstein, hanno voluto tenere assieme il principio partecipativo con il principio di eguaglianza, quali garanzia combinata del corretto funzionamento di un ordinamento: non a caso, nella prima

⁴⁸ GIOVANNI XXIII, *Pacem in terris*, n. 38.

⁴⁹ Sul punto si veda: M. BERTOLISSI, *Autonomia e responsabilità sono un punto di vista*, Napoli, Jovene, 2015; nonché ID., *Fiscalità, diritti, libertà. Carte storiche e ambiti del diritto costituzionale*, Napoli, Jovene, 2015.

⁵⁰ GIOVANNI XXIII, *Pacem in terris*, n. 44.

ricostruzione teorica della partecipazione, la scrittrice affermava che il compito della partecipazione dei cittadini era di contribuire alla redistribuzione del potere⁵¹. Mi sia consentito dire che Papa Giovanni aggiunge un tassello in più: egli, infatti, introduce il concetto secondo cui la misura degli strumenti di partecipazione è connessa all'intensità della maturità di una comunità politico-sociale. È un criterio nuovo, diverso, che si aggiunge a quelli analizzati in precedenza e consente di operare rinnovate valutazioni sulla dimensione del principio partecipazione, alla luce di un indice di assoluta concretezza: la maturità degli uomini e delle donne che compongono la collettività.

Cercando, per quanto possibile, di collocare le parole del Papa in una prospettiva puramente costituzionale, si deve arrivare alla seguente conclusione: la dimensione compartecipativa dei cittadini alla vita pubblica costituisce un presupposto giuridico fondante la stessa natura democratica degli ordinamenti contemporanei; ciò significa, quindi, ammettere che, per attuare una vera e propria democrazia costituzionale, divenga necessario instaurare dinamiche di dialogo e confronto fra i cittadini e autorità, nell'ottica della piena partecipazione dell'individuo alla vita pubblica⁵².

Quanto alle finalità della partecipazione, Papa Giovanni non ha dubbi: "attraverso la partecipazione alla vita pubblica si aprono agli esseri umani nuovi e vasti campi

⁵¹ Cfr. S.R. ARNSTEIN, *A Ladder of Citizen Participation*, cit., p. 216. Questa comunanza di intenti fra i due corollari consente, allora, di accostare alle tematiche della partecipazione, principio ben più trascurato rispetto alla più nota eguaglianza, le medesime considerazioni svolte per quest'ultima: "Questione centrale e complessa, storicamente determinata e perennemente incombente, dai profili plurimi mai tutti definibili, parzialmente conquistata ma mai definitivamente, mai esaurientemente, aggredita dalla uniformità e intollerante alle differenze, dalla integrità non attingibile ma dalla parzialità inconcepibile": G. FERRARA, *Sulla democrazia costituzionale*, in G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO e P. VERONESI (a cura di), *Scritti in onore di Lorenza Carlassare. Il diritto costituzionale come regola e limite al potere*, vol. V, Napoli, Jovene, 2009, p. 1914; o, anche, A. VALASTRO, *Partecipazione, politiche pubbliche, diritti*, cit., p. 3: "i dilemmi che affliggono da sempre l'inveramento dell'eguaglianza sostanziale sono gli stessi che si lamentano per la partecipazione, in quanto riflettono una democrazia incompiuta 'che si insedia nello stato apparato ma si arresta alle soglie della società'".

⁵² R. PICERNO, *Fondamenti costituzionali di cittadinanza attiva*, cit., p. 11: "La Repubblica è fondata sul principio di policentrismo autonomistico e questo principio diventa la fisionomia di un'organizzazione politica fondata sul pluralismo sociale e sulla partecipazione popolare".

di bene⁵³. Anche sotto questa lente, la partecipazione è interpretata come *strumento* nelle mani dei cittadini e come *obiettivo* nel raggiungimento della loro piena realizzazione⁵⁴: tale affermazione riflette l'idea secondo cui la volontà politica di una comunità, per essere definita tale, debba "disseminarsi nei luoghi decisivi del tessuto sociale"⁵⁵. Non solo. Vi sono delle precise ragioni a sostegno di questa tesi: a) "i frequenti contatti fra cittadini e funzionari pubblici rendono a questi meno arduo cogliere le esigenze obiettive del bene comune"; b) "l'avvicinarsi dei titolari nei poteri pubblici impedisce il loro logorio e assicura il rinnovarsi in rispondenza dell'evolversi sociale"⁵⁶.

Dalla limitata analisi delle prospettive della Costituente, delle origini della *participatory democracy* e della *Pacem in terris*, emerge, in ogni caso, un *idem sentire* nei confronti del coinvolgimento dei cittadini alle scelte pubbliche. Tutte e tre le prospettive hanno il pregio di evidenziare una *dimensione sostanziale* della partecipazione dei cittadini: nella Costituente, il vivace dibattito sui primi tre articoli della Carta ha rivelato una visione più che concreta dell'attuazione dei principi democratico, personalista e di eguaglianza, da convogliarsi in esperienze, che testino autenticamente il coinvolgimento dei *cives*; la *participatory democracy* ha permesso di iniziare a focalizzare i termini della "questione partecipativa": ha fornito dati, modelli, criteri, affinché l'esercizio fattivo della partecipazione non

⁵³ GIOVANNI XXIII, *Pacem in terris*, n. 44.

⁵⁴ A. VALASTRO, *Gli istituti di partecipazione fra retorica delle riforme e umiltà dell'attuazione*, cit., p. 59.

⁵⁵ Secondo una recente ricostruzione di E. GROSSO, *Democrazia rappresentativa e democrazia diretta nel pensiero di Norberto Bobbio*, in *Rivista AIC*, n. 4/2015, in particolare nella parte in cui rinvia alla prima fase del pensiero dell'autore, laddove egli intendeva contribuire ad affermare "un nuovo ideale di una democrazia come costruzione dello stato dal basso per opera del popolo costruttore", che egli definisce, per l'appunto come "democrazia diretta", ma "non nel senso astratto e puramente ideologico del Rousseau, che voleva l'eliminazione di ogni forma di rappresentanza, ma nell'unico senso in cui si può parlare, rimanendo sul terreno delle possibilità concrete, di democrazia diretta, vale a dire nel senso di una collaborazione effettiva di tutti i cittadini attivi alla cosa pubblica attraverso il massimo decentramento, mediante la molteplicità degli istituti rappresentativi, per opera della vivificazione dello stato, cioè della volontà generale proponente e deliberante, in ogni piccolo centro abitato, in ogni officina, ovunque si lavora e si costruisce". Cfr. anche le considerazioni di Bobbio così come riportate da V. MARCENÒ, *Bobbio "al di là di Kelsen". Il superamento dell'etica dell'indifferenza*, in *Rivista AIC*, n. 4/2015.

⁵⁶ GIOVANNI XXIII, *Pacem in terris*, n. 44.

venisse considerato solo all'interno dei movimenti studenteschi della fine degli anni Sessanta (fermo restando il loro rilievo storico- culturale), ma che venisse preso in esame anche dai filosofi, dai politologi, financo dai giuristi; da ultimo, l'Enciclica definisce l'importanza dell'essere cittadini attivi nella possibilità che si aprano "nuovi e vasti campi di bene".

5. Pensieri sparsi.

Non si può non ricordare – in molti lo avranno fatto – che, non appena pubblicata, la *Pacem in terris* fu oggetto di grande attenzione da parte del mondo intero: a seguito dell'accorato messaggio di pace inviato durante la crisi dei missili di Cuba, Papa Giovanni si guadagnò la stima di molti uomini di potere, *in primis* di Kennedy e di Krusciov; le parole del Papa ebbero il potere di evitare una guerra certa.

Non si può escludere, dunque, (e, in ogni caso, ci piace immaginarlo), che molti degli studenti americani dell'epoca potessero aver letto, maneggiato e approfondito l'Enciclica di un Papa, che, per la prima volta, si rivolgeva "agli uomini di buona volontà"; così come non può essere scartata l'ipotesi che la stessa idea di partecipazione di Giovanni XXIII sia stata recepita nei contributi che parlano della *participatory democracy*.

Ciò che sembra certo è che la circolazione delle idee (in questo caso delle *buone idee*) si propaga velocemente e consente sempre di aggiornare i propri canoni di partenza: la partecipazione, tradizionalmente pensata come una conquista, è ora intesa come una attitudine, un valore di quotidianità.

La domanda, quindi, che mi son posta è la seguente: quale effetto sortirebbe oggi, sull'uomo comune, la lettura della *Pacem in terris*? Quali sarebbero gli insegnamenti che egli potrebbe trarne? È possibile rimettere in circolo la cultura della buona volontà?

Anche se difficile, credo che valga la pena provarci: perché, in previsione dell'imminente apertura dell'anno scolastico, non inviare copia dell'Enciclica alle scuole della nostra Regione? D'altra parte, come ci ha insegnato Papa Giovanni,

dalla lettura, dall'ascolto, dal confronto, dalla buona volontà, non possono che accadere "nuovi e vasti campi di bene".

dirittifondamentali.it

La sovranità digitale

di

Stelio Mangiameli*

Sommario: 1. La sovranità digitale e la rete. – 2. La rete come infrastruttura appartenente allo Stato. – 3. La governance di Internet tra interessi generali e interessi privati. – 4. Forme e limiti della regolazione tecnica degli operatori privati della rete. – 5 La garanzia dei diritti fondamentali tra poteri privati e pubblici. – 6. La Cybersecurity come primo elemento costitutivo della sovranità digitale. – 7. Sulla necessità di una regolazione internazionale per internet attraverso un trattato sul Cyberspace.

1. La sovranità digitale e la rete. – «Governi del mondo industriale, stanchi giganti di carne e acciaio, vengo dal cyberspazio, la nuova casa della mente. A nome del futuro, chiedo a voi del passato di lasciarci soli. Non siete i benvenuti tra noi. Non avete la sovranità dove ci riuniamo». Così affermava John Perry Barlow, che vedeva nel *cyberspace* una dimensione pienamente in grado di resistere al potere dei governi, in nome della libertà di pensiero.

«Dobbiamo dichiarare il nostro sé virtuale immune alla vostra sovranità, anche se continuiamo ad acconsentire alla vostra regola sui nostri corpi. Ci allargheremo attraverso il pianeta in modo che nessuno possa arrestare i nostri pensieri», in modo da creare «una civiltà della mente nel cyberspazio». L'auspicio, più che la conclusione, era che questa civiltà «Possa essa essere più umana e giusta del mondo che i vostri governi hanno già fatto»¹.

* Professore ordinario di Diritto costituzionale – Università di Teramo.

¹ Barlow J. P., *A Declaration of the Independence of Cyberspace* (Davos, Switzerland, February 8, 1996).

Mai una visione del mondo è stata così errata e fuorviante, perché la “sovranità” è elemento costitutivo di ogni ordine, compreso quello virtuale. E senza sovranità non è possibile alcun ordine, almeno nel mondo dei viventi.

Il termine “sovranità digitale” viene utilizzato per indicare la prerogativa degli Stati nazionali di imporre regole sulle attività e sull’economia della rete, persino se transnazionali e globali, quando esse riguardano i propri cittadini².

Oggi la sovranità digitale è diventata attuale, perché il pubblico reclama una regolazione del *cyberspace*, per molteplici ragioni: innanzi tutto, nell’*onlife* si manifesta una condizione esistenziale caratterizzata da una non netta distinzione del virtuale rispetto al reale, per cui molte esigenze di tutela della persona, tipiche del reale, hanno assunto consistenza anche nel virtuale; in secondo luogo, le informazioni che circolano in rete sono reificate (i dati) e sono diventate beni in senso giuridico, cioè “cose che possono formare oggetto di diritti” (art. 810 del Codice civile) e, come tali, oggetto di attività economica, per via dell’accessibilità, della specificità e della loro limitatezza; infine, le grandi piattaforme non sono più attori, ma registi della rete³ e, anche quando regolano il loro comportamento, in realtà non guardano alla libertà del popolo della rete, ma esclusivamente al loro interesse e ogni loro auto-rappresentazione come alfieri della libertà e del *commonweal* è semplicemente strumentale⁴.

A prescindere dalla domanda dell’opinione pubblica che sempre più spinge per una regolazione politica della rete per la salvaguardia dei diritti fondamentali, risulta chiaro che atti di sovranità sulla rete sono stati possibili sin dalla sua creazione. Non a caso gli inizi di internet sono militari e non civili e non esiste un potere militare che non utilizzi strumenti di qualsivoglia genere sotto un comando

² Bertola V., *La sovranità digitale e il futuro di Internet*, in *Riv. it. inf. dir.*, n. 1/2022, 39-47; Pohle J., Thiel T., *Digital sovereignty*, in *Internet policy review*, December 17, 2020, in *Internet Policy Review*, 9(4). <https://doi.org/10.14763/2020.4.1532>; Simoncini A., *Sovranità e potere nell’era digitale*, in T.E. Frosini, O. Pollicino. E. Apa, M. Bassini (a cura di), *Diritti e libertà in Internet*, Milano, 2017.

³ Salvatori, R., *Piattaforma*, in Amato Mangiameli, Agata Cecilia, Saraceni, Guido, *Cento e una voce di informatica giuridica*, Torino, 2023, 369: “in the broadest sense of the term, the platform is a structure capable of managing different contents and making them available to authorized users”, 369.

⁴ V. Rosen J., *Google’s Gatekeepers*, in *New York Times Magazine*, November 28, 2008.

sovrano. Successivamente, la rete ha goduto di una grande libertà soprattutto in ambito accademico, dando luogo al sogno di una comunità scientifica mondiale, in grado di scambiarsi messaggi, studi e scoperte, senza limitazione alcuna e a vantaggio di tutti. Solo dopo è arrivato l'uso commerciale della rete e la creazione del mercato digitale nel quale si sono inserite le grandi piattaforme economiche. Anche queste hanno goduto e, in parte, godono di una grande libertà, quasi uno "stato di natura" della rete, senza autorità e regole⁵.

Tuttavia, sarebbe errato scambiare il fenomeno per la causa. La libertà totale di cui si parla, l'assenza di autorità e la carenza di regole che sembrano caratterizzare il *cyberspace*, sono solo apparenti e non strutturali del fenomeno virtuale. Infatti, sono gli Stati e, per essi, i più potenti che dominano i "grandi spazi"⁶ e rappresentano le "grandi potenze", ad avere permesso un simile sviluppo del *cyberspace*, astenendosi dal regolare la rete. È stata una scelta per favorire lo sviluppo tecnologico e l'economia tecnologica, ma internet è stata sempre sotto il controllo politico delle autorità di governo; e questo – come accade per ogni aspetto delle società – non è di per sé scevro di problemi.

A fondamento di questa pretesa "anomia" del *cyberspace*, si suole porre un parallelo tra questo e il "mare", ascrivendo la regolazione esclusivamente agli spazi fisici, alla "terra". Così, con questa ripresa della distinzione schmittiana⁷, si pensa alla rete come al luogo in cui "amanti della libertà e dell'autodeterminazione" respingono "le autorità di poteri distanti e disinformati", come al mondo nel qual "tutti i sentimenti e le espressioni dell'umanità, dai degradati agli angelici, sono parti di un insieme senza soluzione di continuità, la conversazione globale dei bit", come a una civiltà nuova quale la "civiltà della mente nel cyberspazio"⁸.

⁵ Sull'evoluzione della rete e le sue caratteristiche v. Amato Mangiameli A. C. – Campagnoli M. N., *Strategie digitali. #diritto_educazione_tecnologie*, Torino, Giappichelli, 2020.

⁶ Schmitt, C., *L'ordinamento dei grandi spazi*, 1941, ora in *Stato Grande Spazio Nomos*, Milano, 2015, 101-198.

⁷ Schmitt, C., *L'ordinamento dei grandi spazi*, cit.; Id., *Terra e mare. Una riflessione sulla storia del mondo*, trad. it., II ed. Milano, 2002.

⁸ Barlow J. P., *A Declaration of the Independence of Cyberspace*, cit.

Chi però pensa in questo modo commette due errori: il primo è che non sa o simula di non sapere che cosa è stato il principio della libertà dei mari; il secondo è che il mare non è più quello di un tempo.

La visione del mare come di una realtà senza legge derivava dalla circostanza che il mare veniva collocato fuori dalla Comunità degli Stati europei (*Comunitas christianorum*) e dal diritto di questa (*jus publicum europaeum*). In questo modo si è consentito a quegli Stati di compiere le peggiori nefandezze, dalla tratta degli schiavi, alla pirateria e alla guerra di corsa. In tal senso, è esatto affermare che i timori e i pericoli dell'alto mare sono gli stessi di quelli che si corrono in rete e che l'assenza di regole non significa affatto libertà assoluta, bensì una condizione di fatto e, per di più, precaria.

Se si approfondisce, poi, l'evoluzione delle tecnologie, ci si avvede immediatamente che il mare, lo spazio aereo e ora anche lo spazio fuori dell'atmosfera terrestre sono diventati tutti spazi regolamentati e controllati dai poteri sovrani. Lo stesso accade con il *cyberspace* che è esso stesso una invenzione tecnologica, quella di uno spazio nuovo senza un "dove" fisico.

Per i giuristi l'ingresso in nuovi spazi, come già prima in quello marino e aereo e ora in quello virtuale, costituiscono una sfida, essendo la scienza giuridica, ancorché nata per giuridificare rapporti e relazioni terrestri, perfettamente in grado di portare la legge ovunque, anche negli spazi virtuali, purché la legge stessa sia supportata da un potere sovrano⁹.

2. La rete come infrastruttura appartenente allo Stato. – L'espressione "sovranità" indica un potere in fatto assoluto e perpetuo su un gruppo umano e su un territorio, che si pone sul crinale del *Sein* e del *Sollen* e in via di principio unificante. Un potere effettivo, perciò, che pone un ordinamento e, più specificamente, le fonti del diritto di un determinato ordinamento, e cioè un potere che è capace di

⁹ V. le considerazioni di Kaiser J. H., *Das Recht im Cyberspace. Eine spontane Ordnung noch ohne Hierarchie*, in *Staat und Recht*, FS für Günther Winkler, Wien, Springer, 1997, 397-409.

autolegittimarsi da sé (perché *superiorem non recognoscens*), di legittimare ogni altro potere e di dare validità ad ogni norma. Un potere non subordinato esso stesso al rispetto dell'ordinamento che fonda e in grado di interpretare autenticamente il diritto. Un potere che rende l'ordinamento, verso l'esterno, indipendente e impenetrabile. Un potere, infine, che può solo autolimitarsi, ma che non ammette ingerenze o limitazioni esterne.

Quali effetti ha la sovranità con i suoi attributi su internet che è una realtà virtuale, aspaziale e i cui utenti non si qualificano per la loro cittadinanza?

Apparentemente – come già detto – questa realtà sembra sfuggire all'ipotesi che internet si possa ricondurre nell'alveo del dominio dei soggetti sovrani, ma in realtà è anch'essa il frutto della loro capacità politica, oltre che della tecnologia che questi sono in grado di sviluppare.

Del resto internet, per quanto singolare possa apparire il fenomeno, appartiene al novero delle "reti" che sono strutture tecnologiche create dagli Stati, secondo l'evoluzione dei bisogni umani e i risultati della ricerca scientifica.

Sin dal suo apparire lo Stato si è occupato e preoccupato di costruire reti, di regolarne l'uso e di sottoporle sotto il proprio controllo, perché queste reti sono una leva importante del suo dominio.

In origine furono le strade consolari, come hanno insegnato i Romani, che avevano una funzione militare precisa: tenere divisi i nemici di Roma e intercettare ogni tentativo di alleanza tra di loro. Successivamente, con la pacificazione le strade divennero uno strumento civile di comunicazione e su di esse viaggiavano persone e merci e si sviluppavano altri servizi a rete, tra cui il principale fu il servizio postale che consentiva la corrispondenza tra gli uomini in luoghi diversi. Certo, all'inizio alla velocità del cavallo, poi a quella del motore a scoppio e, quando la posta abbandonò la strada, alla velocità del treno, delle navi e a quella dell'aereo, oggi anche a quella di internet.

L'obiezione che internet è una rete transnazionale costruita in modo decentrato e da privati non è decisiva. In primo luogo, le tecnologie di internet non producono solo un sistema policentrico, ma danno vita anche a forme di centralizzazione

inedita, come emerge dalle esperienze degli Stati che adoperano la rete per mettere in campo forme di sorveglianza di massa e distorcere la verità. Non è senza significato, a tal riguardo, considerare la forte presenza sin dalla sua creazione del potere politico-militare degli Stati.

In secondo luogo, la circostanza che internet sia transnazionale non è una peculiarità che possa sottrarlo al dominio dei soggetti sovrani, atteso che vi presiede una specifica organizzazione internazionale (*International Telecommunication Union* [ITU]) costituita da Stati, nell'ambito delle Nazioni Unite. In tal senso, l'idea di internet come di un sistema senza un centro¹⁰, che farebbe pensare al medioevo¹¹, più che ad un mondo nuovo, deve fare i conti con tendenze unificatrici che operano anche a livello sopranazionale e che rendono possibile un ordine mondiale, frutto della collaborazione internazionale e caratterizzato da un equilibrio di poteri.

In tal senso, appunto, internet è solo uno dei frutti della collaborazione interstatale e diverse sono ormai le reti transnazionali, basti pensare al gas e all'elettricità, che ubbidiscono a logiche geopolitiche ed economiche. Reti, cioè, che interconnettendosi migliorano gli standard di vita e quelli economici degli uomini che ne usufruiscono, ma che creano una interdipendenza degli Stati, la quale può essere positiva, perché li induce a comportamenti pacifici e collaborativi, ma anche negativa, perché, a prescindere dalle ipotesi di conflitto, può creare una dipendenza di alcuni stati verso altri, incidendo sul loro stato di eguaglianza e di indipendenza.

Anche nel caso di internet, perciò, vi è un elemento strutturale del quale bisogna tenere conto, per chiarire i rapporti che si instaurano nella rete e che da questa si dipartono. Per quanto strano possa sembrare la "rete virtuale" è invero dotata di una "fisicità" autentica, fatta dai cavi che attraversano gli oceani, oltre che i continenti, e che portano il segnale dappertutto, sia pure ancora con grandi buchi.

¹⁰ Castells M., *Volgere di millennio*, trad. it., Milano 2003.

¹¹ Su questo fenomeno Rodotà S., *Una Costituzione per Internet?*, in *Politica del diritto*, 2010, 3, 337-351; D'Andrea D., *Oltre la sovranità. Lo spazio politico europeo tra post-modernità e nuovo medioevo*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 31, I, 2002.; Venanzoni A., *Neofeudalesimo digitale: Internet e l'emersione degli Stati privati*, in *media Laws*, n. 3/2020.

Sono stati gli Stati a implementare questa fisicità della rete, che implica una proprietà della stessa e la proprietà comporta la disponibilità del bene. La rete, perciò, appartiene agli Stati, al pari di ogni rete di pubblico servizio, e questo anche quando alla sua costruzione partecipano i privati o quando sulla rete vengono concesse prerogative e private.

La circostanza che esista una multipolarità di internet non impedisce allo Stato di compiere atti sovrani sulla rete; anzi, è proprio questo uno dei problemi principali cui è esposta la realtà virtuale. Infatti, ogni rete, anche quella più interconnessa, può essere segmentata, isolando i nodi che interessano per atto del principe e questa decisione non è sindacabile da alcuno. Sono noti i casi in cui i siti vengono oscurati dai governi e, addirittura, è accaduto che intere popolazioni sono state private dell'uso di internet. Per esecrabili che possono essere simili situazioni, per la violazione dei diritti fondamentali di quelle popolazioni, tutto ciò può accadere proprio per il dominio sovrano sulla rete.

Quanto, poi, alla circostanza che la rete è implementata e aggiornata (anche) dai privati, questa modalità di intersecazione tra pubblico e privato è tipica dell'azione degli Stati. Si pensi al treno e al mito della frontiera americana, alimentato da forti investimenti privati; un esempio che è presente anche nella storia di altri Stati, tra cui l'Italia, dove la nazionalizzazione delle ferrovie, doveva servire a spingere i privati a costruire la rete elettrica. Si pensi, ancora, allo sviluppo delle trasmissioni radio e televisive e ai grandi trust mondiali che vi operano accanto a migliaia di televisioni piccole (un tempo si diceva "libere"), che pure dipendono sempre dal potere degli Stati e rientrano nella sfera del loro dominio. Lo stesso vale per internet, come struttura fisica in sé, e per le piattaforme che sulla rete operano, basti pensare a tutte le vicende dei social, da facebook, a yahoo, a google, che hanno occupato tribunali e corti del mondo.

Certamente questa sovranità digitale, come ogni forma di potere, non è un fatto statico, ma una dimensione dinamica e in continuo divenire che implica lotte (di potere) e sfide permanenti.

3. La governance di Internet tra interessi generali e interessi privati. – Le direzioni della sovranità digitale non differiscono da quelle della sovranità *tout court*, in quanto implicano un potere di governo della rete, da un lato, sugli operatori (i provider e i gestori delle piattaforme) e, per l'altro, sugli utenti (il popolo della rete) e questo potere non è soggetto, in via di principio, a restrizioni esterne; anzi, sugli atti di sovranità interna gli altri soggetti che vantano la qualità della statualità dovrebbero astenersi da ogni forma di ingerenza, e ciò consentirebbe di configurare il potere sovrano come assoluto.

In realtà, nel caso della sovranità digitale, la ricostruzione storica della sovranità statale non appare sufficiente, non solo per le peculiarità della rete, quanto soprattutto perché la sovranità, in quanto tale, non corrisponde più allo stereotipo westfaliano; e la ragione principale di ciò deriva dalla emersione di Imperi che interagiscono con gli Stati, dominando lo scenario della globalizzazione e della rete e rendendo porosa la sovranità statale¹². In tal senso, questa avrebbe ormai un carattere relativo e interdipendente e, nel caso della rete, sarebbe costretta a ricercare un sostegno in chi è più avanzato tecnologicamente, sperando che nel frattempo possa sorgere una struttura, frutto della collaborazione multilaterale e sotto l'egida internazionale del controllo reciproco, in grado di organizzare il "cyberambiente globale".

Ciò peraltro non vuol dire che la sovranità digitale degli Stati sia priva di contenuti; anzi, essa ha specifiche forme di espressione e contenuti determinati.

Con riferimento alle forme, il modo in cui uno Stato esercita il suo potere sulla rete è eminentemente dato dalla legislazione, cui però devono conseguire competenze

¹² Per una accurata analisi del pluralismo dei grandi spazi e delle nuove forme dei sistemi politici, con particolare riferimento all'"impero", si rinvia a Mangiameli S., *Imperi e stati e le nuove relazioni internazionali*, in *Diritto e Società*, 2022; nonché, con riferimento alla costruzione di una "sovranità digitale europea", v. Celeste E., *Digital Sovereignty in the EU: Challenges and Future Perspectives*, in F. Fabbrini, E. Celeste and J. Quinn (eds.), *Data Protection beyond Borders: Transatlantic. Perspectives on Extraterritoriality and Sovereignty*, Hart 2021, January 2020 in https://www.researchgate.net/publication/349495575_Digital_Sovereignty_in_the_EU_Challenges_and_Future_Perspectives; Credi O., Vianini C., *Spazio e sovranità digitale europea*, in IAI, 11 luglio 2021; Santaniello M., *Sovranità digitale e diritti fondamentali: un modello europeo di Internet governance*, in *Riv. it. inf. dir.*, n. 1/2022.

amministrative specifiche, soprattutto la vigilanza e la capacità sanzionatoria, e la giustizia comprensiva del potere punitivo e risarcitorio.

Ora, è noto che gli operatori di internet tendono a dettare delle normative che impongono agli utenti, per l'accesso ai servizi; inoltre, hanno istituito degli organi propri preposti all'applicazione delle loro normative, che possono sanzionare la violazione delle rispettive regolamentazioni anche con la sospensione o l'esclusione dalla rete o dalla piattaforma dei singoli.

Che cosa differenzia la legislazione dello Stato e la sua attività di vigilanza e sanzione dalla regolazione, vigilanza e sanzione degli attori privati della rete?

Il tratto più evidente è dato dalla circostanza che solo la legislazione dello Stato è caratterizzata dal crisma della legittimità, mentre ogni altra regolazione è una disciplina di fatto, salvo che non operi in modo derivato dall'autorità dello Stato e, in tal caso, segue la forma del diritto privato.

Vi è, poi, una differenza di contenuto tra la legislazione dello Stato e quella degli attori privati della rete. Lo spazio virtuale si è immediatamente riempito della legislazione statale, di quella in atto esistente che è stata adattata interpretativamente alla rete, o riferita anche a questa, e di quella che gli Stati hanno varato specificamente per la rete (si pensi ai *computer crimes* o al *cyberbullismo*)¹³. La legislazione dello Stato soddisfa in ogni caso interessi generali legati alla vita della comunità. Differentemente, le regolazioni degli operatori privati che investono nella rete tende principalmente a preservare la loro posizione economica e i propri interessi che possono avere anche un carattere politico, oltre che economico.

Infine, solo le regole pubbliche possono garantire diritti agli utenti, mentre quelle private, culminando nella stipula di un contratto con un contraente forte, possono facilmente sacrificare i diritti degli individui in nome del codice contrattuale.

¹³ Sul fenomeno del cyberbullismo e la normativa su questo, v. Lodevole L., *Cyberbullismo*, in Amato Mangiameli, Agata Cecilia, Saraceni, Guido, *Cento e una voce di informatica giuridica*, Torino, 2023, 88 ss.

4. Forme e limiti della regolazione tecnica degli operatori privati della rete. –

Anche la c.d. “legislazione tecnica”¹⁴ che regola l’accesso alla rete e lo svolgimento di attività da parte degli operatori privati, in tanto si può considerare vera legislazione, in quanto a monte si situano una serie di accordi e di Agenzie internazionali che hanno raccordato i profili tecnici della rete globale e, in questo ambito, gli Stati vengono prima dei vari *stakeholder*. Nel tempo ci sono stati anche cambiamenti che possono fare pensare il contrario, come la privatizzazione di qualche Agenzia governativa (è il caso della successione tra l’IANA e l’ICANN), ma in realtà ciò non esclude mai la primazia del potere pubblico su quello privato. Inoltre, l’intera architettura tecnologica che sostanzia la “*Lex informatica*” non ha un carattere neutrale ed è per questo che necessita sempre della protezione di un potere politico che le garantisca ruolo e funzione. In questo, peraltro, sussiste una perfetta somiglianza con la “*Lex mercatoria*”, la quale – servendosi della rete essa stessa – si atteggia come un potere economico che regola da sé i rapporti giuridici con i consumatori. Invero, però, questa capacità della *Lex mercatoria* presuppone comunque la protezione di un potere politico che la protegga, senza il quale questa verrebbe fatta a pezzi non appena il primo consumatore si rivolga al proprio giudice domestico.

È pur vero che i rapporti tra potere pubblico e attori della rete¹⁵, soprattutto con i provider e le piattaforme, sono estremamente complicati dalla circostanza che questi vorrebbero simulare nel mondo virtuale forme e strutture che sono proprie della realtà statuale e non è da escludere peraltro che le loro azioni possano rivestire un carattere politico; basti in proposito richiamare il preteso carattere etico delle loro regolazioni e della loro vigilanza, o anche le dichiarazioni da parte di questi di salvaguardare i diritti umani e la democrazia.

¹⁴ Per un’ampia riflessione sulle capacità delle piattaforme di regolare l’architettura della rete v. Santaniello *La regolazione delle piattaforme e il principio della sovranità digitale*, in *Rivista di Digital Politics*, n. 3/2021.

¹⁵ Per un’analisi di questa relazione v. recentemente Betzu M., *Poteri pubblici e poteri privati nel mondo digitale*, in *Il diritto costituzionale e le sfide dell’innovazione tecnologica*, Genova, 18-19 giugno 2021, in https://www.gruppodipisa.it/images/convegni/2021_Convegno_Genova/Marco_Betzu_-_Poteri_publici_e_poteri_privati_nel_mondo_digitale.pdf.

Ma in realtà, sono proprio questi che tengono comportamenti in violazione dei diritti con forme di censura nei confronti delle idee che non si conformano al c.d. “political correctness” e di sospensione o espulsione di individui dalla rete, di cui si è sempre proclamata la libertà assoluta.

È sintomatico, in proposito, il cambio di atteggiamento di *Elon Musk*, prima e dopo l’acquisto di Twitter. Quando ancora era in corso la trattativa, le sue esternazioni erano a favore della “assoluta libertà di parola” come “base del funzionamento di una democrazia”, asserendo che la piattaforma sarebbe “la piazza digitale in cui si discutono questioni vitali per il futuro dell’umanità”. Tuttavia, subito dopo l’acquisto, proprio per non preoccupare gli inserzionisti lo stesso *Musk* ha subito cambiato tono dichiarando che il social “non può diventare un paesaggio infernale dove si può dire qualsiasi cosa senza conseguenze”. Di qui, la probabile istituzione di un sistema di revisione dei “cinguettii”, in modo da evitare il discorso d’odio e la disinformazione.

Insomma, non si può essere dimentichi che siamo di fronte ad operatori economici di rilievo globale, in grado di disporre di risorse finanziarie superiori a quelli di molti Stati di media grandezza, che hanno accumulato una quantità inimmaginabile di informazioni e dati, attraverso profilazioni nascoste e forme di sorveglianza discreta, che consente loro di esercitare una influenza sui bisogni e sui desideri degli individui e sulle loro inclinazioni (anche politiche) ¹⁶.

Ora, che questi grandi “poteri privati” si atteggiino a difensori dei diritti umani e della democrazia, si riqualifichino come grandi filantropi, adesso garanti anche dell’ambiente, nonostante i loro server siano tra le più grandi fonti di inquinamento, appare essere un modo di atteggiarsi che è in linea con la “rappresentanza degli interessi organizzati” ¹⁷ ed è, in tal senso, qualcosa di già noto, anche se la scala adesso è globale.

L’azione dei “poteri privati” ha dato luogo a importanti servizi e continua a realizzare dei benefici a favore di gruppi umani o di singoli individui. Tuttavia,

¹⁶ Su questo argomento v. Michetti M., *Surveillance and technological (R)evolution. implications and repercussions on human rights*, in *Humanities and Rights global network journal*, 2023, 5(2).

¹⁷ Kaiser J. H., *La rappresentanza degli interessi organizzati*, trad. it., Milano, Giuffrè, 1993, *passim*.

nella realtà sono diventati il problema principale che richiede un intervento legislativo degli Stati, quanto meno per fare pagare loro imposte proporzionate ai profitti accumulati.

Invero, poi, può dirsi che le loro azioni non raggiungono mai la dimensione propria delle garanzie dei diritti e della democrazia del potere pubblico e non hanno le stesse capacità di intervento di questo. Le recenti crisi, quella economico-finanziaria e quella pandemica, ed ora anche quella energetica, mostrano chiaramente questa differenza; ed è anche per questo che, dopo anni di gloria, la stessa globalizzazione è entrata in crisi (si parla adesso di deglobalizzazione e di riglobalizzazione selettiva) e con essa sono entrati in crisi i suoi strumenti come la *Lex informatica* e la *Lex mercatoria*.

5 La garanzia dei diritti fondamentali tra poteri privati e pubblici. – La legislazione che gli utenti della rete invocano da parte del potere pubblico trova perciò fondamento in questa posizione dominante degli operatori privati e nelle insufficienze delle loro pretese regolative e di governo.

Nella rete non sono più in gioco lo sviluppo tecnologico, o l'economia tecnologica; la prima è appannaggio quasi esclusivo di alcune grandi potenze, come Cina e Stati Uniti, e la seconda ha consolidato in capo a piccoli gruppi, poste al vertice delle strutture economiche, un grande potere, assicurando loro una inedita concentrazione di capitali e un forte controllo del mercato elettronico. Nella rete, inoltre, vi sono in gioco i diritti fondamentali e la democrazia, per cui non si può accettare che le strutture politiche di vertice dei governi abbiano una condizione di potere che minacci i diritti fondamentali e consenta la manipolazione del consenso democratico, attraverso l'elaborazione e il monitoraggio dell'informazione, l'orientamento del dibattito e, in una certa misura, la definizione della verità.

Di qui la richiesta ineludibile da parte del popolo della rete, nei confronti degli operatori privati e dei governi, di una nuova regolamentazione del *cyberspace* secondo una proiezione tipicamente costituzionale, e cioè con riferimento alla

salvaguardia dei diritti fondamentali e della democrazia, così come degli altri valori europei (art. 2 TUE), che richiede il libero espletamento delle libertà, il divieto di manipolazione della verità, il superamento dello stato di sorveglianza e di accumulo dei dati da parte di operatori privati e governi e, soprattutto, l'interdizione dell'uso politico dei dati.

Può la sovranità digitale realizzare tutto ciò?

Il rispetto dei diritti e dei principi democratici certamente potrebbe attuarsi attraverso una legislazione multilivello e/o degli accordi multilaterali. Si potrebbe in questo modo formalizzare, se non una costituzione (globale) di internet, quanto meno un *Internet Bill of Rights*¹⁸, che contrariamente ad alcune affermazioni non travolgerebbe le ultime trincee della sovranità statale, perché semmai avrebbe bisogno di questa per inverarsi. Tuttavia, anche l'azione del singolo Stato può considerarsi decisiva per realizzare i diritti di internet.

In tal senso, una proiezione del costituzionalismo sulla rete pone, in primo luogo, una domanda di regolazione che si muove tutta nell'efficacia dei diritti verso i terzi (*Drittwirkung*)¹⁹; e una tale richiesta può trovare accoglienza, in assenza ancora di un "costituzionalismo globale", solo se la sovranità che guida l'ordinamento statale sia permeata effettivamente dai principi dello "Stato di diritto", nell'accezione più attuale e completa del termine, per cui gli stessi apparati pubblici sono sottoposti al rispetto dei diritti fondamentali e questi sono costituzionalmente conformati in modo da essere uno strumento di tutela nei confronti del potere pubblico (*Abwehrrechte*). Negli Stati che accolgono tali principi la legislazione ha dato luogo molto spesso ad una "cittadinanza digitale", anche se il complesso delle facoltà e delle pretese che questa espressione può racchiudere non è sempre del tutto chiaro, ma sicuramente vi rientrerebbe il diritto di accesso ad internet, il diritto alla formazione digitale, il diritto alla partecipazione democratica elettronica, ecc.

¹⁸ Rodotà S. *Una Costituzione per Internet?*, in *Politica del diritto*, cit., 343: "La scelta dell'antica formula della Carta dei Diritti ha una forza simbolica, evidenza che non vogliamo limitare la libertà online ma, al contrario, mantenere le condizioni affinché possa continuare a fiorire. Ecco perché occorrono garanzie «costituzionali»".

¹⁹ Sull'efficacia orizzontale dei diritti v. l'attento studio di Lombardi G., *Potere privato e diritti fondamentali*, Torino, Giappichelli, 1970, *passim*.

È ovvio che, dove lo Stato non segua la forma dello Stato di diritto e non riconosca i diritti fondamentali, questo sarà portato a sviluppare una forma di “cyberdominio”, con riferimento alla rete, sia nel rapporto tra utente e poteri privati, sia in quello tra cittadino e Stato. Infatti, nel primo caso l’intervento del potere politico nei confronti degli operatori privati della rete si può sempre dare, ma non per difendere i diritti degli utenti, quanto soprattutto per esercitare un controllo maggiore sulla rete e sugli stessi operatori privati attraverso una censura di Stato, imposta in nome della “sicurezza nazionale” (si può in proposito ricordare il conflitto tra Google e la Repubblica della Cina del 2010). Quanto, poi, al rapporto tra cittadino e Stato, qualora questo non sia improntato ai principi del costituzionalismo, assume un carattere autoritario nel quale la rete può essere assoggettata come un mezzo del dominio e del controllo sociale.

Peraltro, fenomeni di questo genere, cioè di “cyberdominio” si sono dati anche nelle democrazie occidentali. Si pensi alla denuncia di Edward Snowden sulla sorveglianza e compromissione di massa da parte della NSA nel 2013 in un contesto nel quale la lotta al terrorismo e la preservazione della sicurezza nazionale non potevano giustificare queste attività illecite, verso i cittadini americani e, parimenti, verso stati alleati. In questo caso, l’esistenza di una libera informazione (in rete e non) e di una società civile articolata con una forte presenza di associazioni che agiscono a difesa dei diritti hanno portato a conoscenza dell’opinione pubblica la violazione dei diritti fondamentali da parte del governo statunitense.

Ciò ci fa comprendere quanto potente sia la sovranità digitale e come persino nell’alterità tra governanti e governati delle democrazie si possa annidare il desiderio di privatizzare il potere pubblico.

6. La *Cybersecurity* come primo elemento costitutivo della sovranità digitale. – “Il cyberspace è diventato strategicamente indispensabile”²⁰ e gli Stati non vi possono

²⁰ Kissinger H., *Ordine mondiale* (2014), Milano, Mondadori, 2015.

rinunciare. Gli Stati hanno compreso che non possono non padroneggiare in un modo o nell'altro le tecnologie della rete, se vogliono ancora conservare la definizione di autorità statali.

Di conseguenza, il primo elemento della sovranità digitale è dato dalla capacità di organizzare cyberattacchi e di difendersi da questi, ben sapendo che le attività di aggressione attraverso la rete, in grado di minacciare e distruggere le infrastrutture di una comunità (si pensi al caso Stuxnet nei confronti dell'Iran), hanno dalla loro sia l'anonimato tecnico²¹ di simili azioni sia la mancanza di un sistema sanzionatorio internazionale.

La necessità di una funzione pubblica di *cybersecurity*²² nasce dall'esigenza di proteggere le attività digitali che ormai innervano ogni Stato, nelle politiche civili, come in quelle di carattere militare, per assicurare il suo funzionamento istituzionale e, al contempo, salvaguardare la protezione dei dati sensibili dei cittadini.

La sicurezza presuppone uno sviluppo tecnologico proprio dello Stato, in grado di liberarlo dai condizionamenti internazionali che possono derivare da forze esterne, sia politiche e sia private.

Ciò sostanzia un ulteriore compito di una vera sovranità digitale che richiede necessariamente nel bilancio dello Stato un cospicuo investimento di risorse pubbliche in infrastrutture digitali in modo da proteggere lo Stato inteso esso stesso come una "piattaforma indipendente" al servizio della propria comunità che raccolga le "identità digitali" dei propri cittadini. In tal senso, lo Stato dovrebbe spingersi sino alla costruzione di un "cloud nazionale e sovrano", in grado di

²¹ Su questo argomento v. Cipolloni C., *The right to anonymity. Overview of the institute and analysis of its evolution in the age of the web revolution*, in *Humanities and Rights global network journal*, 2023, 5(2).

²² Saraceni G., *Cybersecurity*, in Amato Mangiameli, Agata Cecilia, Saraceni, Guido, *Cento e una voce di informatica giuridica*, Torino, 2023, 98: "La cyber security può essere considerata come l'aspetto più evidente e allo stesso tempo problematico dell'era in cui viviamo; a causa della capillare diffusione del web, dei computer e degli smart mob, ci troviamo quotidianamente immersi in una fitta rete informatica; affidiamo agli strumenti informatici (...) i nostri dati sensibili, i nostri investimenti, i nostri risparmi, i nostri segreti".

esigere il versamento di tutte le informazioni riguardanti i propri cittadini anche se allocati su server stranieri e di imporre un controllo pubblico sulle piattaforme ²³.

7. Sulla necessità di una regolazione internazionale per internet attraverso un trattato sul Cyberspace. – Le sovranità, nella concezione storica della loro pluralità, vivevano tutte all'interno di una cornice generale data dalla Comunità e dal diritto internazionale, ma ognuna ben distinta dalle altre, grazie ai confini territoriali e al principio di non ingerenza negli "affari interni".

Già prima dell'avvento di internet non era più così. Non solo il commercio internazionale ha veicolato una forte interdipendenza tra gli Stati, e sempre più soprattutto gli affari interni hanno assunto un rilievo internazionale, così che diritto interno e diritto internazionale appaiono sempre più due aspetti di un unico problema normativo, superando la linea di ciò che è interno e ciò che è esterno.

Nel caso della rete e della sovranità digitale, questa condizione ha una proiezione ancora più evidente per via delle interdipendenze che la tecnologia ha imposto. Gli Stati adoperano internet per realizzare nuove forme di spionaggio, economico, politico e militare, e per realizzare attacchi veri e propri ai propri avversari. Non è priva di fondamento l'affermazione che "*The next war will begin in cyberspace*" ²⁴ e comunque sicuramente la tecnologia permette già ora una *cyberwarfare* che ha un ruolo importante accanto alle armi convenzionali, con il vantaggio che nei confronti dei cyberattacchi non è agevole mettere in campo forme di rappresaglia. La *cyberwarfare* mostra di essere una minaccia forse non superiore alla deterrenza delle armi nucleari, che è in grado però di dare luogo a una altrettanto pericolosa

²³ Costanzo P., *Lo "Stato digitale": considerazioni introduttive*, in *Il diritto costituzionale e le sfide dell'innovazione tecnologica*, Genova, 18-19 giugno 2021, in https://www.gruppodipisa.it/images/convegni/2021_Convegno_Genova/Pasquale_Costanzo_-_Relazione_introduttiva.pdf che aggiunge: "È necessario insomma, per la sua stabilità, che anche lo Stato diventi protagonista nel cyberspazio, non solo dal punto di vista giuridico ma anche tecnico, se necessario, attraverso potenti investimenti nella creazione di infrastrutture di servizi digitali a al servizio delle sue funzioni, per il raggiungimento dei suoi scopi e per la sua conservazione (l'istituzione dell'Agenzia Nazionale per la Cybersecurity, avvenuta pochi giorni fa, sembra andare in quest'ultima direzione)" (11).

²⁴ Hughes R., *A Treaty for cyberspace*, in *International Affairs*, 2010, 2, 523-541.

escalation di tensioni geopolitiche, sino ad arrivare ad una situazione di continuo conflitto che minaccia la vita degli individui e formi nei loro governi una combinazione di insicurezza permanente e di intendimenti volti a farsi valere, per assicurarsi il primato nel *cyberspace*.

L'uso delle tecnologie nei rapporti tra gli Stati pone, perciò, il problema delle relazioni internazionali nell'era digitale.

L'ambivalenza della rete si proietta anche nei rapporti tra gli Stati: essa può fungere da veicolo per mettere in crisi e, persino, abbattere governi autoritari, rivendicare diritti e più democrazia, ma può dischiudere possibilità repressive inedite, il suo uso di per sé non assicura che a prevalere siano i valori di una convivenza libera, ordinata e fondata sulla verità.

Nella c.d. "diplomazia digitale" ciò che si avverte è la mancanza di "limiti" ai quali gli Stati, comprese le grandi potenze, si attengano in modo da creare un equilibrio condiviso e senza cedere alla tentazione di agire per provare i limiti medesimi.

Vari tentativi sono stati fatti per promuovere una regolazione internazionale di internet, alcune provenienti dagli Stati medesimi e guardano alle Nazioni Unite. Proprio su iniziativa del Segretario generale, sulla base del punto 72. dell'Agenda di Tunisi, nel 2006, è venuta la sollecitazione a istituire l'*Internet Governance Forum* come una piattaforma globale multistakeholder che facilita la discussione di questioni di politica pubblica relative a Internet, ma senza poteri di decisione. Nel 2019 è stato formulato il "*Contract for the Web*", con nove principi indirizzati ai governi, alle compagnie e agli individui, ad opera della Web Foundation e nel quale sono stati interessati alcuni governi (oltre a quello degli Stati Uniti, la Francia e la Germania), importanti trust come Pango (Anchor Free), Microsoft e Google e parecchie associazioni della società civile.

Tutto questo è ancora troppo poco. Per definire un regime internazionale della rete che abbia un carattere vincolante appare necessario un Trattato per il *Cyberspace*, che ricomponga le sovranità digitali degli Stati, limiti la conflittualità virtuale e consenta loro di gestire insieme internet, in modo trasparente e secondo una disciplina condivisa.

Bibliografia minima essenziale

- Amato Mangiameli A. C. – Campagnoli M. N., *Strategie digitali. #diritto_educazione_tecnologie*, Torino, Giappichelli, 2020.
- Barlow J. P., *A Declaration of the Independence of Cyberspace* (Davos, Switzerland, February 8, 1996).
- Bertola V., *La sovranità digitale e il futuro di Internet*, in *Riv. it. inf. dir.*, n. 1/2022, 39-47.
- Betzu M., *Poteri pubblici e poteri privati nel mondo digitale*, in *Il diritto costituzionale e le sfide dell'innovazione tecnologica*, Genova, 18-19 giugno 2021, in [https://www.gruppodipisa.it/images/convegni/2021_Convegno_Genova/Marco Betzu - Poteri pubblici e poteri privati nel mondo digitale.pdf](https://www.gruppodipisa.it/images/convegni/2021_Convegno_Genova/Marco_Betzu_-_Poteri_publici_e_poteri_privati_nel_mondo_digitale.pdf).
- Castells M., *Volgere di millennio*, trad. it. di G. Pannofino, Milano, Università Bocconi Editore, 2003,
- Celeste E., *Digital Sovereignty in the EU: Challenges and Future Perspectives*, in F. Fabbrini, E. Celeste and J. Quinn (eds.), *Data Protection beyond Borders: Transatlantic. Perspectives on Extraterritoriality and Sovereignty*, Hart 2021, https://www.researchgate.net/publication/349495575_Digital_Sovereignty_in_the_EU_Challenges_and_Future_Perspectives.
- Costanzo P., *Lo "Stato digitale": considerazioni introduttive*, in *Il diritto costituzionale e le sfide dell'innovazione tecnologica*, Genova, 18-19 giugno 2021, in [https://www.gruppodipisa.it/images/convegni/2021_Convegno_Genova/Pasquale Costanzo - Relazione introduttiva.pdf](https://www.gruppodipisa.it/images/convegni/2021_Convegno_Genova/Pasquale_Costanzo_-_Relazione_introduttiva.pdf).
- Credi O., Vianini C., *Spazio e sovranità digitale europea*, in *IAI*, 11 luglio 2021.
- Hughes R., *A Treaty for cyberspace*, in *International Affairs*, 2010, 2, 523-541.
- Kaiser J. H., *Das Recht im Cyberspace. Eine spontane Ordnung noch ohne Hierarchie*, in *Staat und Recht*, FS für Günther Winkler, Wien, Springer, 1997, 397-409.

- Kaiser J.H., *La rappresentanza degli interessi organizzati*, trad. it., Milano, Giuffrè, 1993.
- Kissinger H., *Ordine mondiale 2014*, Milano, Mondadori, 2015.
- Lodevole, Luisa, *Cyberbullismo*, in Amato Mangiameli, Agata Cecilia, Saraceni, Guido, *Cento e una voce di informatica giuridica*, Torino, 2023.
- Lombardi G., *Potere privato e diritti fondamentali*, Torino, Giappichelli, 1970.
- Pohle J., Thiel T., *Digital sovereignty*, in *Internet policy review*, December 17, 2020, in <https://doi.org/10.14763/2020.4.1532>.
- Rodotà S., *Una Costituzione per Internet?*, in *Politica del diritto*, 2010, 3, 337-351.
- Rosen J., *Google's Gatekeepers*, in *New York Times Magazine*, November 28, 2008.
- Salvatori, R., *Piattaforma*, in Amato Mangiameli, Agata Cecilia, Saraceni, Guido, *Cento e una voce di informatica giuridica*, Torino, 2023.
- Saraceni, G., *Cybersecurity*, in Amato Mangiameli, Agata Cecilia, Saraceni, Guido, *Cento e una voce di informatica giuridica*, Torino, 2023.
- Santaniello M., *Sovranità digitale e diritti fondamentali: un modello europeo di Internet governance*, in *Riv. it. inf. dir.*, n. 1/2022;
- Santaniello M., *La regolazione delle piattaforme e il principio della sovranità digitale*, in *Rivista di Digital Politics*, n. 3/2021.
- Schmitt C., *L'ordinamento dei grandi spazi*, 1941, ora in *Stato Grande Spazio Nomos*, Milano, ADEPHI, 2015, 101-198.
- Schmitt C., *Il Nomos della Terra*, Milano, ADEPHI, 1991.
- Simoncini A., *Sovranità e potere nell'era digitale*, in T.E. Frosini, O. Pollicino. E. Apa, M. Bassini (a cura di), *Diritti e libertà in Internet*, Milano, 2017.

Questioni costituzionali relative al diritto fondamentale all'autodeterminazione informativa*

di

Prof. Dr. Thomas Petri**

Sommario: 1. Introduzione. 2. Sicurezza. 3. Diversità/pluralismo. 4. Solidarietà. 5. Conclusioni.

1. Introduzione

Oggi il mio compito è quello di far luce sulle questioni costituzionali relative al diritto fondamentale all'autodeterminazione informativa nell'opera di Erhard Denninger. Nel 1984, la Corte costituzionale federale ha ricavato questo diritto fondamentale dal diritto generale della personalità di cui all'articolo 2, paragrafo 1, GG della Legge fondamentale tedesca. In breve, questo diritto fondamentale stabilisce che ogni persona può, in linea di principio, decidere autonomamente come gestire i propri dati personali. Questo diritto fondamentale può essere limitato solo se il legislatore lo consente e se la restrizione è proporzionata¹. Chiunque senta parlare per la prima volta di questo diritto all'autodeterminazione informativa sarà colpito dalla sua grande somiglianza con i diritti fondamentali al rispetto della vita privata e alla protezione dei dati, garantiti dagli articoli 7 e 8 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. A causa dell'ampia

*Relazione presentata all'evento scientifico in memoria del Prof. Erhard Denninger, Cassino, 18 ottobre 2023.

**L'A. riveste, dal 1. Luglio 2009, l'incarico di Autorità statale per la tutela dei dati nella Baviera, eletto dal Parlamento di quel Land.

¹Fondamentalmente BVerfGE 65, 1, 41 e seguenti

somiglianza, questi due diritti fondamentali possono essere caratterizzati come “sorelle europee” del diritto all'autodeterminazione informativa.

La Legge fondamentale tedesca fa quindi indirettamente riferimento agli ideali costituzionali liberali della Rivoluzione francese: libertà, uguaglianza e fraternità. Nella già citata sentenza sul censimento del 1984, la Corte costituzionale federale formula questo riferimento come segue: "Al centro dell'ordine costituzionale ci sono il valore e la dignità della persona, che agisce in libera autodeterminazione come membro di una società libera."². Era una preoccupazione particolare di Erhard Denninger che questo concetto di base di una convivenza buona e giusta fosse integrato da un nuovo paradigma di sicurezza, pluralismo (*Vielfalt*) e solidarietà³.

La tesi che guida la mia conferenza è che il diritto all'autodeterminazione informativa corrisponde in modo particolare a questo paradigma di pluralismo-diversità, sicurezza e solidarietà per la creazione di una costituzione e lo sviluppo dei diritti umani.

2. Sicurezza

Il rapporto teso tra sicurezza e autodeterminazione informativa è evidente. Se le agenzie di sicurezza statali possono raccogliere i dati personali dei cittadini senza alcuna regolamentazione e in base a considerazioni di utilità, allora non rimane nulla di uno Stato costituzionale libero e democratico. Erhard Denninger ha ripetutamente difeso il potere decisionale del singolo titolare dei diritti fondamentali contro i modelli teorici di sistema e autopoietici della società. Egli ha riconosciuto che altrimenti la libertà dell'individuo sarebbe consegnata a un'amministrazione autocratica-tecnocratica⁴.

² BVerfGE 65, 1, 41.

³ cfr. ad es., E. Denninger, *Menschenrechte und Grundgesetz*, Weinheim 1994, p. 7 e segg..

⁴ E. Denninger op. cit., pp. 31-32.

3. Diversità/pluralismo

Il diritto all'autodeterminazione informativa contribuisce indubbiamente anche al pluralismo di una società. I diritti fondamentali sono al servizio del diritto al rispetto di ogni singolo individuo. Questo rispetto per l'individualità è senza dubbio un prerequisito fondamentale per una società plursalista. In questo contesto, Erhard Denninger ha ripetutamente sottolineato che i diritti fondamentali furono ottenuti effettivamente combattendo contro l'onnipotenza e la supremazia dello Stato. Tuttavia, la loro funzione principale oggi è quella di difendere la libertà individuale non solo dall'onnipotenza sovrana, ma anche dall'abuso di potere sociale. A questo proposito, Erhard Denninger ha caratterizzato lo Stato come minaccia ma anche come "protettore dei diritti umani"⁵. Questa concezione è condivisa in linea di principio dalle più alte corti tedesche, italiane e dell'Unione Europea. A titolo puramente esemplificativo, mi riferisco alla decisione „Meta” della Corte di giustizia europea del 4 luglio 2023 (C-252/21), che fa valere i diritti fondamentali di cui agli articoli 7 e 8 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea contro il trattamento inappropriato dei dati da parte di una società globale.

Allo stesso tempo, il diritto all'autodeterminazione informativa ha una funzione chiave nel concetto di democrazia rappresentativa. La sentenza sul censimento del 1984 della Corte costituzionale Federale tedesca afferma: "Un ordine sociale ... in cui i cittadini non possono più sapere chi, quando e in quale occasione viene a sapere su di loro, sarebbe incompatibile con il diritto all'autodeterminazione informativa. Coloro che non sanno se un modo di comportarsi differente dal normale sarà notato in qualsiasi momento e permanentemente memorizzato, utilizzato o trasmesso come informazione, cercheranno di non attirare l'attenzione con tale comportamento... Questo non solo comprometterebbe le possibilità di sviluppo dell'individuo, ma anche il bene comune, perché l'autodeterminazione è una condizione funzionale elementare di una comunità democratica libera basata

⁵ E. Denninger op. cit., p. 99.

sulla capacità dei suoi cittadini di agire e partecipare"⁶. Il pluralismo non è quindi un ostacolo, ma un arricchimento sulla via di un bene comune "rappresentativo"⁷. Pertanto, le relazioni individuali di comunicazione meritano una protezione speciale nell'ambito dei diritti fondamentali.

4. Solidarietà

Infine, il diritto fondamentale all'autodeterminazione informativa è particolarmente interconnesso con l'aspetto della solidarietà. La solidarietà è di importanza centrale nella concezione dei diritti umani di Erhard Denninger. Egli ha sviluppato per la prima volta questa concezione nella sua tesi di abilitazione sulla base della fenomenologia della persona di Max Scheler⁸. Tuttavia, il concetto di solidarietà è molto complesso. Nella sua essenza, mira alla qualità dell'essere umano in quanto membro di una particolare società. Cito Erhard Denninger: "Praticare la solidarietà significa fare propria una "cosa estranea" - contrariamente all'uso della lingua, essa rimane *anche* una cosa estranea. E né il destinatario né la persona che agisce in solidarietà trovano la loro identità comune in una "comunità" che li comprende entrambi"⁹. L'aspetto della solidarietà significa quindi che l'alterità dello straniero nella società non è solo accettata (che sarebbe la caratteristica di uno Stato tollerante), ma riconosciuta e promossa.

Il riconoscimento dell'altro nella sua estraneità è un'impresa impegnativa, come Erhard Denninger ha descritto in diversi saggi poco prima della sua morte, utilizzando l'esempio del problema dell'asilo¹⁰. Fino alla fine ha sottolineato che la solidarietà rappresenta un valore sociale e non deve essere fraintesa come uno strumento (Denninger, *Demokratische "Bürgertugend" und die Krise des Parlamentarismus*, *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* 107, 2021/1, p. 114 ss.).

⁶ BVerfGE 65, 1, 43.

⁷ cfr. E. Denninger, *Recht in globaler Unordnung*, Berlino 2005, p. 401 ss..

⁸ E. Denninger, *Rechtsperson und Solidarität*, Francoforte 1967.

⁹ E. Denninger, *Recht in globaler Unordnung*, cit., p. 446.

¹⁰ Cfr. ancora E. Denninger, *Verfassungspatriotismus und Integration*, in, *Der Staat* 60 (2021), p. 495 ss.; nonché Id., *Recht - Gewalt - Gerechtigkeit*, del 12 febbraio 2019, anche in *dirittifondamentali.it*.

Un modello sociale e un sistema giuridico basati su questa forma di solidarietà hanno la loro controparte individuale, ad esempio, nel diritto all'autodeterminazione informativa. Come ho detto all'inizio, questo diritto deriva dal diritto generale della personalità della Legge fondamentale. La prima mezza frase dell'articolo 2, paragrafo 1, della Legge fondamentale recita letteralmente: "Ogni individuo ha diritto al libero sviluppo della propria personalità". Tuttavia, il processo di sviluppo della personalità può tipicamente avere successo solo nel confronto dell'essere umano con altre persone estranee¹¹. Lo sviluppo della propria personalità in solitudine sarebbe un'impresa quasi impossibile.

Per motivi di tempo, posso solo accennare a quanto sia importante la solidarietà come valore anche oggi. È particolarmente evidente nel problema della frammentazione del discorso nell'odierna società digitale. Manifestazioni come le "bolle di filtraggio", le "camere dell'eco" o persino il *microtargeting* a scopo di influenza politica portano a una divisione in spazi di comunicazione più o meno chiusi. In una certa misura, questi fenomeni di Internet fanno parte di un processo di formazione della volontà libero e dinamico. Tuttavia, tali processi di frammentazione diventano pericolosi per la democrazia liberale quando le posizioni che vi si sviluppano non entrano più in uno scambio con altri punti di vista¹².

Purtroppo, Erhard Denninger non è più in grado di rispondere a queste e ad altre domande della società digitale di oggi. Tuttavia, con il suo paradigma di sicurezza, diversità e solidarietà e il suo fondamento dogmatico sul diritto all'autodeterminazione informativa, ci ha fornito gli strumenti necessari per classificare anche i nuovi sviluppi di una società liberaldemocratica.

Se da una parte si riscontra il chiaro consenso sulla necessità di offrire una maggiore protezione dei diritti fondamentali di chi versa in situazioni di debolezza, dall'altra parte, nel tempo, è emersa una sempre di più diffusa preoccupazione

¹¹ Cfr. al riguardo Dieter Suhr, *Entfaltung der Menschen durch die Menschen*, Berlino 1976.

¹² V., tra gli altri, Buchner/Petri, *Informationelle Menschenrechte und digitale Gesellschaft*, Tübingen 2023, p. 5 e seguenti, Mitsch, *DVBl.* 2019, 811, 813.

sulla sostenibilità degli oneri finanziari derivanti da interventi, legislativi o giurisdizionali, per garantirne e promuoverne la tutela¹³.

¹³ F. DONATI, *Uguaglianza, diritti umani e vincoli di bilancio*, in *Federalismi.it*, 21/2018, 2. Due sentenze della Corte costituzionale risultano essere emblematiche per ciò che concerne un particolare indirizzo della giurisprudenza sul rapporto tra risorse economiche e diritti: la n. 10 e la n. 70 del 2015. La prima, sull'illegittimità della cd. *Robin Hood Tax*, ha sollevato grande clamore perché con essa la Corte, per la prima volta, ha attribuito al principio costituzionale dell'equilibrio di bilancio un significato prescrittivo tanto forte, da giustificare la delimitazione solo *pro-futuro* degli effetti della sentenza di accoglimento. La questione verteva sulla legittimità della norma (art. 81, commi 16-17-18, d.l. n. 112 del 2008) che ha addossato su determinati operatori dei settori, energetico e petrolifero, una addizionale IRES, allo scopo di colpire gli eventuali "sovra-profitti" dovuti al rialzo del prezzo del barile. La Corte ha ritenuto tale disciplina illegittima, perché lesiva del principio di uguaglianza in materia di imposizione tributaria (artt. 3 e 53 Cost.), stante l'incongruità dei mezzi approntati dal legislatore rispetto allo scopo perseguito. La Corte ha tuttavia rilevato che l'imposizione in oggetto, sebbene illegittima, ha permesso allo Stato di incamerare un rilevante importo: la dichiarazione di illegittimità costituzionale della norma impugnata, attraverso una sentenza con effetti retroattivi, avrebbe comportato l'obbligo per lo Stato di restituire l'imposta indebitamente percepita, determinando con ciò un nuovo onere idoneo ad incidere sull'equilibrio di bilancio garantito dall'art. 81 Cost. L'impatto macroeconomico delle restituzioni dei versamenti tributari connesse alla dichiarazione di illegittimità costituzionale della norma in questione, osserva la Corte, determinerebbe «*uno squilibrio del bilancio dello Stato di entità tale da implicare la necessità di una manovra finanziaria aggiuntiva, anche per non venire meno al rispetto dei parametri cui l'Italia si è obbligata in sede di Unione europea e internazionale (artt. 11 e 117, primo comma, Cost.) e, in particolare, delle previsioni annuali e pluriennali indicate nelle leggi di stabilità in cui tale entrata è stata considerata a regime*». La Corte ha quindi stabilito che gli effetti della dichiarazione di incostituzionalità riguardano soltanto le situazioni giuridiche sorte in data successiva alla data di pubblicazione della sentenza nella Gazzetta Ufficiale. Conseguentemente, gli operatori che hanno avviato il giudizio nel cui ambito è stata sollevata la questione di costituzionalità non potranno ripetere le imposte versate sulla base della norma dichiarata incostituzionale. Con questa decisione la Corte, in ossequio all'esigenza di salvaguardare il principio del pareggio del bilancio, ha finito per sacrificare quello che la stessa Corte costituzionale ha in passato considerato come un diritto fondamentale ascrivibile ai "controlimiti" al primato del diritto dell'Unione europea: il diritto ad avvalersi degli effetti della pronuncia incidentale sulla validità della norma applicabile nel giudizio.

Dopo pochi mesi, la sentenza sulla *Robin Tax*, è intervenuta la seconda sentenza, la n. 70 del 2015, con la quale la stessa Corte, ha dichiarato l'incostituzionalità della disciplina che limitava l'adeguamento al costo della vita delle pensioni di importo superiore al triplo del minimo, addossando a carico dell'erario un onere calcolato nell'ordine di 20 miliardi di euro. Autorevole dottrina ha ritenuto la sentenza una "svolta" di assoluto rilievo nella giurisprudenza costituzionale, perché ha attribuito al principio di equilibrio di bilancio sancito dall'art. 81 Cost. un ruolo decisivo nel bilanciamento di valori coinvolti nel giudizio di costituzionalità. Il principio di equilibrio di bilancio rappresenta un «*vincolo costituzionale per i legislatori, i governi, le pubbliche amministrazioni dello stato ordinamento, un vincolo che trova legittimazione e fondamento nel procedimento d'integrazione europea e, quindi, nei parametri stabiliti dalle istituzioni europee*». Pertanto, «*la tutela dei diritti fondamentali deve essere costruita teoricamente e implementata in concreto considerando le dinamiche economico-finanziarie come variabili dipendenti e condizionanti*». Cfr., A. MORRONE, *Le conseguenze finanziarie della giustizia costituzionale*, in *Quad. cost.*, 595 ss.

Il principio enunciato dall'art. 81 Cost., novellato nel 2012¹⁴, non può imporsi come fosse l'unico esistente, infatti, la Corte costituzionale ha affermato che «*tutti i diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione si trovano in rapporto di integrazione e non è possibile individuare uno di essi che abbia la prevalenza assoluta sugli altri*». Se così non fosse, uno dei diritti «*diverrebbe 'tiranno' nei confronti delle altre situazioni giuridiche costituzionalmente riconosciute e protette che costituiscono, nel loro insieme, espressione della dignità della persona*»¹⁵. Qui non siamo di fronte ad una concorrenza nel contenuto dei diritti ma ad una concorrenza fra il contenuto dei diritti e la regolazione dei mezzi¹⁶. È dunque possibile, anzi doveroso, fare ricorso ai criteri proposti per eliminare o superare, attraverso il bilanciamento, l'incompatibilità fra principi concorrenti sacrificando ciascuno nella misura minore possibile¹⁷.

In materia di diritti sociali la discrezionalità del legislatore non ha carattere assoluto e trova un limite invalicabile nel rispetto di un nucleo indefettibile di garanzie per gli interessati¹⁸. La linea di politica economica è indicata dalla

¹⁴ La riforma costituzionale del 2012, intervenuta con la legge costituzionale n. 1, nell'introdurre con il nuovo art. 81 il principio del pareggio di bilancio, ha imposto vincoli più stringenti e puntuali in materia di bilancio, contabilità pubblica e stabilità finanziaria, fissando regole in materia anche per le Regioni e gli enti locali, attraverso la modifica degli artt. 117 e 119 cost.

¹⁵ Corte cost., sent. n. 85 del 2013. Cfr., F. GALLO, *Il principio costituzionale di equilibrio di bilancio e il tramonto dell'autonomia finanziaria degli enti territoriali*, cit., 2.1 e 2.2.; L. CARLASSARE, *op. ult. cit.*, 149.

¹⁶ L. CARLASSARE, *loc. ult. cit.*; cfr. R. BIN, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano 1992, 30ss., 52 ss.

¹⁷ L. CARLASSARE, *Diritti di prestazione e vincoli di bilancio*, cit., 149 ss.

¹⁸ Di «*limite invalicabile all'intervento normativo discrezionale del legislatore*» ha parlato la Corte, dichiarando illegittime le norme che hanno eliminato «*uno degli strumenti attraverso i quali è reso effettivo il diritto fondamentale all'istruzione del disabile grave*»: sent. n. 80/2010 dove richiama altre precedenti: nn. 251/2008 e 226/2000. Della giurisprudenza meno vicina basta ricordare la sent. n. 160/ 1974, che ha ribadito come all'art. 38, secondo comma, Cost. «*il costituente ha voluto, a maggiore garanzia e tutela, costituzionalizzare la previdenza e le assicurazioni sociali, attraverso un esplicito e netto riconoscimento del dovere dello Stato a provvedervi e del diritto del lavoratore ad esigere che si provveda con mezzi adeguati alle sue esigenze di vita*», e ha richiamato la sent. n. 80 del 1971 che definisce l'art. 38 «*norma giuridicamente imperante atta a creare veri e propri diritti di gran prestazione, il cui carattere precettivo non viene meno per il fatto che destinatario della norma sia lo Stato, il quale è vincolato ad operare, con organi ed istituti predisposti o da esso integrati, nel settore della disciplina dei rapporti sociali assicurativi nel senso voluto dalla Costituzione*». Il che «*necessariamente comporta, anche, la eventuale rielaborazione delle norme relative all'attuale disciplina dell'assistenza sociale ... in modo che l'assistenza sia concretamente garantita a tutte le categorie di lavoratori e sia tale da assicurare a tutti i lavoratori mezzi adeguati alle esigenze di vita*». Così, L. CARLASSARE, *Diritti di prestazione*, cit., 150.

Costituzione e non è nella libera scelta del legislatore sacrificare alcuni diritti¹⁹, tanto più in tempo di crisi quando si fa più rigoroso e stringente l'obbligo di impiegare le risorse disponibili secondo le priorità indicate dalla Costituzione²⁰.

A tal riguardo la Corte costituzionale ha evidenziato che dare effettività ad un diritto sociale «rientra in finalità costituzionalmente protette» che «rispondono a finalità sociali di particolare pregio costituzionale, in quanto tendenti a dare il massimo di effettività alla garanzia del diritto sociale»²¹.

La stessa Corte costituzionale più volte ha affermato la possibilità di limitare i diritti sociali sia da un punto di vista soggettivo, in favore di altri interessi costituzionalmente protetti, in nome del bilanciamento, sia da un punto di vista oggettivo, in quanto condizionati dalla reale ed obiettiva possibilità di disporre delle risorse necessarie²². La scarsità delle risorse e la situazione di prolungato *deficit* hanno condotto a ritenere di non poter spendere in più rispetto alle proprie esigenze, neppure se si tratti di tutelare diritti formalmente ed astrattamente inviolabili²³. Di qui il problema del rapporto tra equilibrio di bilancio²⁴ e realizzazione dei diritti sociali che la Corte costituzionale ha tentato di risolvere sostenendo la necessità di una loro concretizzazione graduale, in rapporto alle risorse statali disponibili. Secondo il principio di gradualità, il bilanciamento operato dal legislatore dovrebbe tenere conto delle condizioni antecedenti operando un passaggio progressivo verso la disciplina meno favorevole introdotta alla luce dell'interesse finanziario.

¹⁹ Cfr., I. CIOLLI, *I diritti sociali al tempo della crisi economica*, in *Costituzionalismo.it*, 3/ 2012.

²⁰ Cfr., L. CARLASSARE, *Priorità costituzionali e controllo sulla destinazione delle risorse*, cit., 375 ss.

²¹ Corte cost., sent. nn. 440 del 1991, 90 del 1992, 238 del 1988.

²² Corte cost., sent. nn. 455 del 1990 e 283 del 1993.

²³ V. MANZETTI, *La tutela dei diritti sociali nello "Stato delle crisi"*, cit., 11.

²⁴ L'esigenza di garantire il rispetto dei vincoli di bilancio è emersa anche nei riguardi della stessa Corte costituzionale, le cui sentenze hanno spesso prodotto conseguenze tali da incidere sull'equilibrio di bilancio. Cfr., *Effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale anche con riferimento alle esperienze straniere*, Atti del seminario svoltosi a Roma, palazzo della consulta, novembre 1988, Milano, 1989; F. POLITI, *Gli effetti nel tempo delle sentenze di accoglimento della Corte costituzionale. Contributo ad una teoria dell'invalidità costituzionale della legge*, Padova, 1997; A. MORRONE, *Le conseguenze finanziarie della giustizia costituzionale*, cit.; F. DONATI, *Uguaglianza, diritti umani e vincoli di bilancio*, cit. 3.

Nel 1990 la Corte costituzionale con la sentenza n. 455, in tema di diritto alla salute, ha individuato i cd. “*diritti costituzionali condizionati*”²⁵ “economicamente” o, se si preferisce, “finanziariamente”²⁶. Con questa espressione in dottrina si fa riferimento ai cd. diritti che “costano”²⁷ o che costano più degli altri (poiché tutti i diritti “costano”²⁸) poiché che costa tutelarli e garantirli in modo equo ed uniforme²⁹. L’espressione diritti finanziariamente condizionati pone, dunque, l’accento sul profilo del finanziamento dei diritti sociali, e dei diritti fondamentali delle persone vulnerabili, e più in generale rimanda al principio di stabilità economico-finanziaria, codificato dalla riforma costituzionale del 2012. Questa espressione, coniata dalla dottrina, fa riferimento alla “conflittualità” fra diritti sociali e vincoli economico-finanziari, dal momento che spesso il grado di effettività dei primi è condizionato dal finanziamento ad essi destinato³⁰.

Questi sarebbero, dunque, diritti condizionati due volte, o “incondizionatamente condizionati”³¹ con conseguenti, possibili forti dubbi non solo in ordine alla erogazione, ma anche alla loro stessa qualificazione. L’indisponibilità delle risorse³² incide anche sulle politiche e sui meccanismi istituzionali al punto tale di produrre esiti di ridefinizione degli assetti istituzionali sia sul piano formale che su quello sostanziale³³. Ma a pagare le spese di questa situazione sono principalmente i

²⁵ F. MODUGNO, *I “nuovi diritti” nella giurisprudenza costituzionale*, Torino, 1995, 62 ss.

²⁶ Può essere interessante notare come di questione finanziaria, prima ancora che politica, parlasse già P. CALAMANDREI, *Costituente e questione sociale*, in *Il Ponte*, 1945, n. 5, 368 ss. e in ID., *Opere giuridiche*, a cura di M. CAPPELLETTI, Morano, Napoli, 1968, 179, citato da A. PACE, *Diritti di libertà e diritti sociali nel pensiero di Piero Calamandrei*, in P. Barile (a cura di), *Piero Calamandrei. Ventidue saggi su un grande maestro*, Milano, 1990, 323-324.

²⁷ V., al riguardo, M. LUCIANI, *Costituzione, bilancio, diritti e doveri dei cittadini*, in *astrid-online.it*, 3/2013, 7.

²⁸ Secondo M. LUCIANI, *Costituzione, bilancio, cit.*, 8, “la concentrazione sui diritti sociali come unici diritti costosi” non avrebbe alcuna giustificazione in quanto, per l’appunto, tutti i diritti, “in maggiore o minore misura, costano”; cfr., S. HOLMES E R. SUNSTEIN, *Il costo dei diritti*, Bologna, 1999.

²⁹ S. HOLMES, R. SUNSTEIN, *Il costo dei diritti, cit.*, 45.

³⁰ V. MANZETTI, *La tutela dei diritti sociali nello “Stato delle crisi”*, in *Nomos*, 7/2015, 7ss.

³¹ M. LUCIANI, *op. ult. cit.*, il quale parla di sottoposizione, quindi, al Vorbehalt des Möglichen, cioè alla “riserva del possibile” (disponibilità delle risorse).

³² F. GABRIELE, *Diritti sociali, unità nazionale e risorse (in)disponibili: sulla permanente violazione-inattuazione della parte prima (quella “intoccabile”) della Costituzione*, in *Riv. AIC*, 3/2013, 2 ss.

³³ Cfr., A. D’ALOIA, *I diritti sociali nell’attuale momento costituzionale* (Relazione di sintesi della I Sessione), in *Riv. Gruppodipisa*, 3/2012.

soggetti più deboli, gli emarginati e i poveri componendo una fascia sociale che si va facendo ogni giorno più larga e priva di adeguati strumenti di tutela³⁴. Sennonché, considerando che i più deboli sono proprio quelli per i quali tali diritti sono stati riconosciuti dalla Costituzione repubblicana non pare possibile poterli contenere, o, peggio ancora, sopprimerli, o negarli³⁵.

Così, nella richiamata sentenza n. 455 del 1990, in materia di diritto alla salute³⁶, la Corte costituzionale ha affermato che il diritto ad ottenere trattamenti sanitari, essendo basato su norme costituzionali di carattere programmatico impositive di un determinato fine da raggiungere, è garantito ad ogni persona come un diritto costituzionale condizionato dall'attuazione che il legislatore ordinario ne dà attraverso il bilanciamento dell'interesse tutelato da quel diritto con gli altri interessi costituzionalmente protetti, tenendo conto dei limiti oggettivi che lo stesso

³⁴ A. RUGGERI, *Crisi economica e crisi della Costituzione*, in *Riv. Gruppodipisa*, 3/2012, 8; cfr., M. RUOTOLO, *La lotta alla povertà come dovere dei pubblici poteri. Alla ricerca dei fondamenti costituzionali del diritto a un'esistenza dignitosa*, in ID., *Sicurezza, dignità e lotta alla povertà*, Napoli, 2012, 205 ss; S. GAMBINO-W. NOCITO, *Crisi dello Stato, governo dell'economia e diritti fondamentali: note costituzionali alla luce della crisi finanziaria in atto*, in AA.VV., *Crisi dello Stato, governo dell'economia e tutela dei diritti fondamentali*, Milano, 2013, 75 ss.

³⁵ F. GABRIELE, *Diritti sociali, unità nazionale e risorse (in)disponibili: sulla permanente violazione-inattuazione della parte prima (quella "intoccabile") della Costituzione*, cit., 4 ss.

³⁶ La sentenza, oltre a ribadire come il diritto alla salute, riconosciuto e garantito dall'art. 32 Cost. sia un diritto primario e fondamentale che impone piena ed esaustiva tutela ha sottolineato anche come questa tutela vada ad articolarsi in situazioni giuridiche soggettive diverse, in relazione al profilo considerato. Da un lato, sotto il profilo della integrità fisica e psichica delle persone umane, il diritto alla salute è un diritto *erga omnes*, immediatamente garantito, tutelabile ed azionabile dai soggetti legittimati nei confronti di eventuali comportamenti illeciti; dall'altro lato, invece, inteso come diritto a trattamenti sanitari, esso è "soggetto alla determinazione degli strumenti, dei tempi e dei modi di attuazione della relativa tutela da parte del legislatore ordinario". Ciò vuol dire che il diritto a trattamenti sanitari diviene "pieno e incondizionato" per il cittadino, nei limiti in cui lo stesso legislatore predisponga adeguate possibilità di fruizione delle prestazioni sanitarie, attraverso una ragionevole opera di bilanciamento³⁶ fra i valori costituzionali, che rimane in ogni caso, soggetto al sindacato della Corte "nelle forme e nei modi propri all'uso della discrezionalità legislativa". Le regole di bilanciamento costituiscono un punto di riferimento per tutte le decisioni in cui viene a porsi il problema delle forme economico-istituzionali per il soddisfacimento dei diritti sociali. In particolar modo, con la sentenza n. 260 del 1990, si è affermato che le scelte di bilancio, essendo frutto di una insindacabile discrezionalità politica, esigono un particolare e sostanziale rispetto anche da parte del giudice delle leggi, ed entrano a far parte integrante della valutazione che la Corte compie nell'opera di bilanciamento dei valori costituzionali, ai fini della concreta garanzia dei diritti sociali. Cfr., C. COLAPIETRO, *La giurisprudenza costituzionale*, cit., 372.

legislatore incontra nell'opera di attuazione in relazione alle risorse organizzative e finanziarie disponibili in quel dato momento³⁷.

In questo modo la Corte ha precisato che questo principio non implica un decadimento della tutela primaria assicurata dalla Costituzione ad una puramente legislativa, ma comporta che l'attuazione della tutela, costituzionalmente obbligatoria di un determinato bene, avvenga gradualmente a seguito di un ragionevole bilanciamento con altri interessi o beni che godono di pari tutela costituzionale e con la possibilità reale ed obiettiva di disporre delle risorse necessarie per la medesima attuazione³⁸.

Con maggiore evidenza, la Corte costituzionale nella sentenza n. 236 del 2012 ha affermato l'esigenza di bilanciamento tra diritti di pari rango costituzionale, in ragione delle risorse disponibili, affermando che il diritto alla libertà di scelta del luogo di cura in tutto il territorio nazionale non ha carattere assoluto, dovendo essere contemperato con altri interessi costituzionalmente protetti, tenendo conto anche dei limiti oggettivi derivanti dalle risorse finanziarie disponibili. La giurisprudenza costituzionale ha, dunque, negato il carattere assoluto di tale libertà, potendo essere contemperata dalla esigenza di difesa di altri valori costituzionali e dalla disponibilità delle risorse finanziarie³⁹. Dunque, al legislatore non è vietato sacrificare la libertà di scelta del paziente a condizione che i sacrifici risultino necessari all'esigenza di preservare altri beni di rango costituzionale, nel qual caso ad esempio, un'efficace ed efficiente organizzazione del sistema sanitario⁴⁰.

³⁷ Corte cost., sent. nn. 175 del 1982, 212 del 1983 e n. 1011 del 1988.

³⁸ M. BELLOCCI, P. PASSAGLIA (a cura di), *La giurisprudenza costituzionale*, in *Problemi dell'omissione legislativa nella giurisprudenza costituzionale*, Quaderno predisposto in occasione della conferenza delle Corti costituzionali europee, Vilnius, 2-7 giugno 2008, reperibile su https://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni_seminari/STU199_Omissione_legislator_e.pdf.

³⁹ Cfr., F. POLITI, *Libertà costituzionali e diritti fondamentali. Casi e materiali. Un itinerario giurisprudenziale*, cit., 249-250.

⁴⁰ V. MANZETTI, *La tutela dei diritti sociali nello "Stato delle crisi"*, cit., 11. Inoltre, sempre in tema di diritto alla salute, con la sentenza n. 304 del 1994 la Corte costituzionale pur ribadendo il carattere di diritto "finanziariamente condizionato", ha precisato che «nel bilanciamento dei valori costituzionali che il legislatore deve compiere al fine di dare attuazione al diritto ai trattamenti sanitari, le esigenze relative all'equilibrio della finanza pubblica non possono assumere un peso assolutamente

Nel 2016, invece, la Corte costituzionale con la sentenza n. 275, sempre con riferimento al difficile rapporto tra il principio di equilibrio di bilancio e l'incomprimibile tutela dei diritti sociali, ha privilegiato quest'ultima, statuendo che «il rilievo costituzionale del diritto (all'istruzione dell'alunno disabile) 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»⁴¹. La questione, relativa al trasporto scolastico degli alunni disabili, nasceva dalla scelta operata dalla regione Abruzzo di tagliare del 50% il rimborso delle spese sostenute dalla Provincia di Pescara per lo svolgimento del servizio di trasporto degli alunni disabili a causa dei vincoli di bilancio. Con tale pronuncia la Corte costituzionale, dichiarando l'illegittimità della legge regionale n. 15 del 2004 – nella parte in cui prevedeva il rimborso del contributo solo «nei limiti della disponibilità finanziaria determinata dalle annuali leggi di bilancio e iscritta sul pertinente capitolo di spesa»⁴² - ha ribadito il primato, non offuscato dalla riforma costituzionale del 2012, dei diritti sociali sui vincoli di bilancio, rinforzando quella "scala di valori" da tenere presente quale «saldo parametro cui confrontare la scala di valori emergente dalla scelta operata dal legislatore»⁴³.

Sulla scia di tale indirizzo la Corte costituzionale, con la sentenza n. 152 del 2020⁴⁴, è intervenuta pronunciandosi in tema di pensioni di disabilità⁴⁵ ponendo

*preponderante, tale da comprimere il nucleo essenziale del diritto alla salute connesso all'inviolabile dignità della persona umana, costituendo altrimenti esercizio macroscopicamente irragionevole della discrezionalità legislativa». Dunque, la Corte costituzionale pur riconoscendo la necessità per il legislatore di tenere conto delle risorse finanziarie disponibili, individua l'esistenza di un "limite invalicabile" per la garanzia del diritto alla salute (limite che nemmeno rigide esigenze di contenimento dei costi possono superare). Cfr., F. POLITI, *Libertà costituzionali e diritti fondamentali. Casi e materiali. Un itinerario giurisprudenziale*, cit., 254.*

⁴¹ 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*, 1/2017, 21.

⁴² Corte cost., sent. n. 275 del 2016.

⁴³ E. FURNO, *Pareggio di bilancio e diritti sociali*, cit., 21; già R. ROMBOLI, *Diritti fondamentali, tecniche di giudizio e valore delle disposizioni processuali*, in ID. (a cura di), *La tutela dei diritti fondamentali davanti alle Corti costituzionali*, Torino 1994, 151.

⁴⁴ Con tale sentenza, la Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 38, comma 4, della legge 28 dicembre 2001, n. 448, per contrasto con gli artt. 3 e 38 Cost., nella parte in cui dispone che il cd. incremento al milione a favore degli invalidi civili sia concesso "ai soggetti di età pari o superiore a sessanta anni" anziché "ai soggetti di età superiore ai diciotto".

un'ulteriore ed importante riflessione sulla garanzia dei diritti fondamentali dei più bisognosi al tempo della crisi economica⁴⁶. Nel caso di specie, la Corte è giunta a sostenere che *“l'importo mensile della pensione di inabilità (di attuali euro 286,81), è innegabilmente, e, manifestamente, insufficiente ad assicurare agli interessati il “minimo vitale” e non rispetta, dunque, il limite invalicabile del nucleo essenziale e indefettibile del “diritto al mantenimento”, garantito ad “ogni cittadino inabile al lavoro” (art. 38, primo comma, Cost.)”*⁴⁷. Nella sentenza la Corte ha richiamato nuovamente il *“nucleo essenziale del diritto”* per il quale non vi può essere lesione e non vi è spazio per la discrezionalità politica, bensì solo *“giurisdizione in nome della Costituzione”*⁴⁸. Nel dichiarare l'assoluta insufficienza dell'importo pensionistico a garantire la dignità della persona umana, vale a dire, nel caso di specie, al disabile che si trova in una condizione di permanente impossibilità di svolgere attività lavorativa, la Corte costituzionale ha chiarito anche che la pensione di inabilità è diretta a sopperire alla situazione di bisogno di colui che non può accedere al mondo del lavoro, e dunque è diretta a consentire ai soggetti non autosufficienti condizioni esistenziali compatibili con la dignità della persona umana”⁴⁹.

5. Conclusioni

⁴⁵ M. LUCIANI, *Le persone con vulnerabilità e la Costituzione*, cit., 2, secondo cui “un esempio tipico della vulnerabilità, al di là d'ogni presa di posizione sull'alternativa fra l'approccio “medico”, quello “sociale” o quello “critico” è il tema della disabilità, quale condizione oggettiva di menomazione rispetto a una condizione *standard* di abilità, che si trasforma in *handicap* solo quando la si proietta sul piano sociale, cioè quando viene assunta a fattore di esclusione o semplicemente di svantaggio in ragione di determinazioni imputabili alla società”. V. anche C. COLAPIETRO - F. GIRELLI, *Persone con disabilità e Costituzione*, Napoli, 2020, 31; G. ARCONZO, *I diritti delle persone con disabilità. Profili costituzionali*, Milano, 2020, 184 ss.; G. MATUCCI, *Persona, formazione, libertà. L'autorealizzazione della persona con disabilità fra istruzione e legal capacity*, Milano, 2021, 49 ss.; S. ROSSI, *Forme della vulnerabilità e attuazione del programma costituzionale*, cit., 8 ss.

⁴⁶ C. COLAPIETRO – S. BARBARESCHI, *Motivazione, tempo e strumentalità del bilancio: le coordinate giurisprudenziali sul rapporto tra diritti fondamentali e risorse finanziarie alla luce della sentenza n. 152 del 2020. Rischiose variazioni ritmiche in una straordinaria composizione*, in *Nomos*, 1/2021, 1.

⁴⁷ Corte cost., sent. n. 152 del 2020.

⁴⁸ Cfr., G. ZAGREBELSKY, *Problemi in ordine ai costi delle sentenze costituzionali*, in AA.VV., *Le sentenze della Corte costituzionale e art. 81, u. c., della Costituzione*, Milano, 1993, 124; C. COLAPIETRO – S. BARBARESCHI, *Motivazione, tempo e strumentalità del bilancio*, cit., 17.

⁴⁹ Corte cost., sent. n. 152 del 2020; cfr., C. COLAPIETRO – S. BARBARESCHI, *Op. ult. cit.*, 18.

Il tema della protezione dei diritti fondamentali delle persone con vulnerabilità in presenza di risorse limitate è quanto mai delicato. Ciò, chiaramente, mette al centro del dibattito il problema, che risulta essere sempre attuale, del “costo dei diritti sociali”, problema che ha segnato e che continua a segnare il percorso di riconoscimento e di garanzia degli stessi dal momento che la loro attuazione risulta essere inversamente proporzionale al loro livello di diffusione, riconoscimento ed espansione, in ragione dei vincoli di sostenibilità economica e financo politica⁵⁰.

La scarsa disponibilità di risorse economiche può condurre la politica a ridurre tutti quei diritti che sono essenziali per consentire alle persone deboli, e dunque ai vulnerabili, “una vita dignitosa”⁵¹.

All’interno dei diritti sociali, quali incentivi per la liberazione dell’uomo dai limiti e dai vincoli che la natura o la società gli impongono, potranno considerarsi ragionevoli solo quelle scelte allocative capaci di tenere lo sguardo fisso sulle fragilità e le debolezze dell’uomo, al fine di evitare che queste diventino motivo di discriminazione e, conseguentemente, di esclusione sociale⁵².

Come più volte affermato dalla stessa Corte costituzionale, la pervasività del limite dell’equilibrio finanziario non può arrivare a giustificare una qualsiasi limitazione dei diritti sociali, soprattutto laddove vada ad intaccare quel nucleo incompressibile nei confronti dei cc.dd. soggetti vulnerabili che vivono in una situazione di svantaggio⁵³. La stessa Corte costituzionale nella richiamata sentenza 275 del 2016⁵⁴ ha affermato che è “la garanzia dei diritti incompressibili ad incidere sul bilancio, e non

⁵⁰ C. COLAPIETRO, *I diritti delle persone con disabilità nella giurisprudenza della Corte costituzionale: il “nuovo” diritto alla socializzazione*, in *Dirittifondamentali.it*, 2/2020, 157; A. SPADARO, *I diritti sociali di fronte alla crisi (necessità di un nuovo “modello sociale europeo”: più sobrio, solidale e sostenibile)*, in *Rivista AIC*, 4/2011, 7 ss.

⁵¹ Cfr., C. COLAPIETRO, *op. ult. cit.*, 157; G. ARCONZO, *I diritti delle persone con disabilità durante la crisi economica*, in M. D’Amico, F. Biondi (a cura di), *Diritti sociali e crisi economica*, Milano, 2017, 220 ss.

⁵² Così, C. COLAPIETRO, *op. ult. cit.*, 158; Cfr., C.S. VIGILANTI, *Il diritto all’istruzione dei disabili come paradigma dei diritti sociali*, in *Forum Quaderni Costituzionali*, 7 marzo 2012, 22.

⁵³ *Ibidem*.

⁵⁴ La Corte ha dichiarato l’incostituzionalità della legge della Regione Abruzzo che prevedeva, per lo svolgimento del servizio del trasporto degli studenti disabili, un contributo da parte della Giunta regionale pari al 50% della spesa necessaria e documentata dalle Province solo “nei limiti della disponibilità finanziaria determinata dalle annuali leggi di bilancio e iscritta sul pertinente capitolo di spesa”.

l'equilibrio di questo a condizionarne la doverosa erogazione". Secondo tale impostazione la garanzia del nucleo invalicabile dei diritti fondamentali non può essere subordinata alla sussistenza della disponibilità finanziaria determinata dalle leggi di bilancio. Tale decisione pare accogliere quell'impostazione che ritiene necessario operare un "bilanciamento ineguale" tra esigenze sociali ed esigenze economiche, nel senso che il soddisfacimento dei diritti sociali viene ad assumere un "peso" determinante rispetto alle considerazioni di ordine finanziario⁵⁵.

Tuttavia, oltre a tale possibilità, la vera sfida sarà quella di attivare percorsi virtuosi in cui, nell'economia di mercato, si sappiano inserire meccanismi di giustizia ed equità sociale⁵⁶ capaci di garantire l'effettiva realizzazione di uno "Stato dal volto umano"⁵⁷.

⁵⁵ Così, F. DONATI, *Uguaglianza, diritti umani e vincoli di bilancio*, cit., 8; Cfr. M. LUCIANI, *Sui diritti sociali*, in R. Romboli (a cura di), *La tutela dei diritti fondamentali davanti alle Corti costituzionali*, cit., 100.

⁵⁶ F. POLITI, *Diritti sociali e democrazia rappresentativa*, in *Lettera AIC*, 1/2023.

⁵⁷ A. MORO, *Il volto umano del diritto. Stato diritto società*, F. Vittoria (a cura di), Napoli, 2016.

La “libertà ragionevole” nel pensiero di Erhard Denninger

di

Umberto Allegretti*

Il mio primo incontro personale con il prof. Erhard Denninger avvenne nel 2003 per merito del grande giurista italiano Pietro Barcellona a uno dei convegni organizzati in Sicilia a cavallo tra il secolo scorso e l'attuale da questo importante giusprivatista e filosofo del diritto. Si trattava di convegni su temi giuridici, svolti attraverso relazioni e dibattiti tra significativi giuristi affidati, oltre che ad autori italiani, a importanti giuristi di altre nazionalità, tra cui parecchi accademici tedeschi, incluso – appunto - Erhard Denninger.

La figura alta e severa, ma non priva di sorriso e di umorismo, del Prof. Erhard Denninger, nato il 20 giugno 1932 e scomparso il 1° dicembre 2021, colpiva per la profonda cultura, la capacità di comunicazione e la vivace presentazione, che lo distinguevano tra i relatori. Stringemmo presto fra noi una viva amicizia, sostenuta da una reciproca cordialità che si ancorava a molte convergenze nell'impostazione delle nostre analisi e al comune interesse, oltre che per il diritto pubblico, per il retroterra culturale e politico che guidava le posizioni di entrambi.

Vari aspetti umani e scientifici rendevano unica la personalità di Erhard Denninger, che univa alle virtù dell'origine nordica familiare l'energia di una vita largamente vissuta nella Germania meridionale (Land Hessen). La sua personalità si nutriva anche del calore artistico e naturale italiano umbro di sua moglie Linda

* Emerito di Istituzioni di diritto pubblico nell'Università degli Studi di Firenze.

Denninger, nativa di Città di Castello. La loro unione è stata una comunità di vita mediata dal legame linguistico e dalla frequenza dei suoi soggiorni in Italia, e più specialmente nell'Italia Centrale, che hanno agevolato a molti di noi la comprensione della lezione giuridica di Denninger. Pur mantenendo, da uomo e scienziato quale egli era, la complessità di espressione tipica del sapere giuridico tedesco, la sua conoscenza della lingua e della cultura italiana è stata, indubbiamente, un tramite fondamentale di reciproca compatibilità.

L'incontro scientifico tra noi ha trovato altresì un naturale complemento nell'accompagnamento dell'interesse giuridico con il gusto per la cultura pittorica e artistica dei due Paesi, ed è stato occasione, nei viaggi a scopo scientifico in Italia e in Germania, di vicendevoli ospitalità con soggiorni suoi e di sua moglie a Firenze, dove io insegnavo, e sulla costa versiliana (dove i Denninger vennero un'estate con la famiglia) nonché di altri incontri a Francoforte, nella valle del Reno, a Weimar, e altrove in Germania.

2. Volendo delineare in estrema sintesi la fisionomia, così ricca di articolazioni, dell'opera giuridica di Erhard Denninger, credo che si debba innanzi tutto sottolineare l'ampiezza, pari alla profondità, della sua riflessione costituzionale.

Per un verso, la sua opera è collegata ai fondamenti filosofici del diritto e della politica. I suoi scritti sono, con frequenza, esplicitamente ricondotti agli autori classici di filosofia del diritto, disciplina del resto che egli ebbe a insegnare all'Università, oltre ai corsi di diritto pubblico. Colpiscono i ripetuti riferimenti alla dottrina kantiana: tale impostazione trova il suo luogo centrale nel libro *Menschenrechte und Grundgesetz*, Albatros, Weinheim, 1994 (per il quale si dispone anche della traduzione italiana *Diritti dell'uomo e legge fondamentale*, con introduzione di C. Amirante, Giappichelli, Torino, 1994). E, come rileva anche Amirante nella sua introduzione a quell'opera, giurista filosofo egli sempre appare ad una lettura sensibile del suo discorso sul diritto.

Altri espliciti richiami all'opera di Kant, che spesso si accompagnano a molti riferimenti alla multiforme opera di Jürgen Habermas, figurano nello scritto *Pilastri di una cultura europea dello stato di diritto* (in *Le prospettive europee di apertura*

all'Europa orientale e ai paesi del Mediterraneo, a cura di G. Gozzi, Ravenna, 2003), dove Denninger fa propria la pregnante espressione kantiana "formula trascendentale del diritto pubblico" per indicare il rapporto tra stato e comunità.

Per altro verso, nella sua opera spicca l'unificazione tecnica interna al diritto pubblico mediante una comune configurazione normativa delle peculiarità dell'organizzazione e del procedimento amministrativi, esposta nella *lectio magistralis* svolta nel 2008, con la presentazione di chi scrive, all'Università di Firenze, dal titolo "L'effettività dei diritti fondamentali mediante l'organizzazione e il procedimento", 2008. Denninger, riferendosi anche all'habermasiana teoria filosofica del discorso razionale, ricostituiva così quell'unità del diritto pubblico, che costituisce una caratteristica sommamente lodevole della trattazione dogmatica, ma prima ancora della compattezza legislativa, propria della più schietta concezione tedesca del diritto pubblico.

Per lui, inoltre, sulla base dell'ideale origine liberale della sua posizione di pensiero (completata dall'adesione ai nuovi diritti della democrazia sociale) si configura come elemento di unione tra il diritto costituzionale e il diritto amministrativo quella parte del diritto pubblico costituita dal diritto di polizia (*Polizeirecht*). Su tale argomento specifico egli si soffermò ripetutamente, in quanto ordinamento teso alla realizzazione della "sicurezza". Esso, a sua volta, pur contrassegnato dal perseguimento del fine dello "stato di sicurezza", si unifica, per via di contrapposizione ma nei confini di una "proporzione equilibrata e ragionevole", con le garanzie dovute alle libertà e ai diritti fondamentali in cui queste si sostanziano. Il tema dell'"Enduring Freedom" (nella traduzione italiana, "libertà durevole") acquisisce una posizione importante all'inizio del saggio *Dallo "stato di diritto" allo "stato di prevenzione" e l'autonomia della persona* (in *I diritti umani tra politica filosofia e storia*, a cura di P. Barcellona e A. Carrino, tomo II, Guida 2003, pagg. 67-82), indicando i "rapporti tesi fra sicurezza e libertà". Queste entità - nella visione di Denninger - "devono essere realizzate nello stesso 'spazio' e precisamente con gli strumenti del diritto". Sono infatti "l'esistenza integrale dell'uomo, il libero sviluppo della sua personalità e la garanzia di una esistenza

dignitosa” che “richiedono *ambidue le cose*”, sebbene per sé contrapposte, dando luogo in tal modo a “un elemento di indeterminatezza”. Ciò caratterizza il terreno dell’incontro-scontro tra libertà e sicurezza. “Libertà ragionevole”, dunque, come gli organizzatori di questo convegno hanno intitolato tale rapporto. Ed è in funzione di questo carattere, mi pare, che il rapporto tra libertà e sicurezza si configura come un problema di effettività dei diritti fondamentali mediante l’organizzazione e il procedimento, trattato nell’altro studio prima citato.

La distinzione in seno allo Stato di diritto fra ciò che attiene alla “libertà” e ciò che comporta la “sicurezza”, dà luogo allo “Stato di prevenzione”, nozione, questa, basilare nel pensiero di Denninger per il carattere dell’Unione Europea oltre che per il ruolo della Germania in seno a essa, e per lo stesso ruolo del diritto nel “disordine globale” e l’effettività dei diritti fondamentali mediante l’organizzazione e il procedimento. Tutto ciò è proposto con molti itinerari nella trattazione di queste nozioni, delle quali lo Stato di diritto rappresenta il centro, non solo concettuale, ma anche - se è permesso dirlo - emotivo.

La vasta bibliografia delle opere di Denninger (per la quale si può vedere, in particolare, la raccolta di saggi *Recht in globaler Unordnung*, BWV, Berlin, 2007, pp. 507-509) mostra la complessità di quest’approccio. Essa è raccolta sotto un’intitolazione, ispirata al “disordine” mondiale globale, che rivela il pessimismo realista con cui egli si poneva, giuridicamente e politicamente, di fronte alle vicissitudini dello stato contemporaneo nelle democrazie, beninteso senza allontanarsi da una radicata adesione, giuridica e politica, alla natura e al valore di queste ultime e alla loro permanente vigenza al di là delle riforme comportate dalla costituzione tedesca, come è evidente dallo scritto *Menschenrechte und Grundgesetz* (cit.).

Non intendo concludere sostenendo che, nell’esame della condizione della democrazia odierna, Denninger sia un pessimista; egli è piuttosto, come ho appena rilevato, un realista, ma gli ideali che persegue gli impediscono di cadere in una visione negativa. Anzi si può dire che egli sollevi lo sguardo per scorgere quanto di finemente importante ci sia nella democrazia, nonostante i suoi difetti, e veda come

essa mantenga molto delle sue promesse, a patto che sappia coniugare libertà ed eguaglianza, aprendosi così alla speranza di un mondo più giusto.

Vorrei terminare sottolineando, in questo momento storico di acuta tensione tra diritti alla eguaglianza e diritti alla differenziazione, l'attualità del suo pensiero giuridico e di alcune sue riflessioni su temi che sono andati assumendo un'importanza crescente. Tra questi, ad esempio, il tema della solidarietà, un istituto dinamico e carico di potenzialità per la riduzione dei conflitti e che richiede "il continuo superamento dei propri pregiudizi che si nutrono di un etnocentrismo primitivo". Un'attualità che induce non solo ad approfondire il suo pensiero ma a studiarne, come giustamente fa questo convegno, la possibile traduzione in moduli giuridici. Non rimane che ringraziare il grande studioso che ci ha lasciato questa eredità e chi ha avuto il merito di organizzare il convegno che ne vivifica la memoria.

Un rebus irrisolto (e irrisolvibile?): le flessibilizzazioni dei testi di legge per il tramite della giurisprudenza costituzionale che appaiono essere, a un tempo, necessarie e... impossibili (appunti per uno studio alla luce delle più recenti esperienze)

di

Antonio Ruggeri*

SOMMARIO: 1. Trasformazioni conseguenti a manipolazioni dei testi e trasformazioni operate per via di mera interpretazione: notazioni di ordine generale ed introduttivo. – 2. Esempificazioni fatte pescando a caso dalla più recente giurisprudenza. – 3. Il rilievo del “fatto” nell’opera di flessibilizzazione dei testi. – 4. Una spinosa questione: se le operazioni di flessibilizzazione dei testi risultino rispettose degli equilibri istituzionali, sul doppio fronte dei rapporti tra Corte e legislatore per un verso, Corte e giudici comuni per un altro, e le indicazioni che possono aversene per effetto del “dialogo” intergiurisprudenziale. – 5. La micidiale questione teorica relativa alla fissazione della soglia invalicabile dall’attività “creativa” dei giudici e degli interpreti in genere, oltre la quale si consumerebbe senza riparo uno snaturamento della loro natura e, dunque, la conversione degli stessi in operatori politici, e gli indici esteriori che consentono di riconoscere siffatta torsione. – 6. I riflessi della flessibilizzazione dei testi sulle vicende della normazione. – 7. E infine: per effetto delle flessibilizzazioni dei testi risulta indebolita ovvero rinvigorita la *vis* prescrittiva dei loro enunciati?

1. *Trasformazioni conseguenti a manipolazioni dei testi e trasformazioni operate per via di mera interpretazione: notazioni di ordine generale ed introduttivo*

La osservazione degli enunciati legislativi dall’angolo visuale delle più salienti esperienze cui essi vanno incontro in occasione dei giudizi di costituzionalità parrebbe mostrare una loro spiccata duttilità strutturale, a motivo delle manipolazioni – ora testuali ed ora meramente semantiche – cui vanno frequentemente soggetti. In realtà, questo è vero ma solo fino ad un certo punto. Ragionare nei termini ora succintamente indicati sarebbe, infatti, cogliere solo uno dei volti del fenomeno che però si presenta internamente assai articolato e composito e che, pertanto, al fine di aversene una rappresentazione non parziale e, per quanto possibile, organica (se non pure esaustiva), richiede di essere riguardato

da diverse prospettive. Non di rado, infatti, la duttilità in parola è rilevata dalla Corte che non potrebbe altrimenti giustificare l'uso che in concreto ne fa; si tratta, tuttavia, molte volte di una forzatura retorico-argomentativa resa palese specificamente nei casi in cui si estraggono dagli enunciati significati già a prima vista ad essi non riportabili¹. Le più recenti vicende della giustizia costituzionale mostrano, poi, che se ne ha talvolta traccia anche in pronunzie manipolative dei testi un tempo giudicate impraticabili (ad es., per l'ostacolo frapposto alla loro realizzazione dalla mancanza delle "rime obbligate" di crisafulliana memoria)². Certo, per l'aspetto giuridico-formale, solo la Corte può statuire insindacabilmente (art. 137, ult. c., Cost.) se ed in che misura la struttura di un disposto legislativo sia o no provvista della necessaria flessibilità da portare a frutto in una vicenda processuale data. Ciò non toglie, tuttavia, che dalla giurisprudenza si abbia talora il riconoscimento della mancanza della stessa o, diciamo meglio, della *originaria* mancanza, misteriosamente poi rinvenuta col tempo, come se un *deus ex machina* fosse calato dal cielo e vi avesse miracolosamente dato vita.

*Emerito di Diritto costituzionale presso l'Università di Messina.

¹ Un ruolo di cruciale rilievo è al riguardo giocato dalla parte motiva delle pronunzie della Corte, sul cui significato e le complessive valenze non si è mancato da parte di sensibili studiosi di fermare l'attenzione (v., almeno, i contributi di AA.VV., *La motivazione delle decisioni della Corte costituzionale*, a mia cura, Giappichelli, Torino 1994, e A. SAIITA, *Logica e retorica nella motivazione delle decisioni della Corte costituzionale*, Giuffrè, Milano 1996).

² Di particolare significato e gravida di implicazioni a largo raggio la conversione delle rime in parola in quelle "possibili" o – come pure si è detto da una sensibile studiosa – nei "versi sciolti" [v., part., quanto alle prime, 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.; A. MORRONE, *Suprematismo giudiziario. Su sconfinamenti e legittimazione politica della Corte costituzionale*, in *Quad. cost.*, 2/2019, 264 ss., e *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.; 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.; A. SPADARO, *Involuzione – o evoluzione? – del rapporto fra Corte costituzionale e legislatore (notazioni ricostruttive)*, in *Riv. AIC* (www.rivistaaic.it), 2/2023, 12 aprile 2023, 103 ss.; R. PINARDI, *Una pronuncia a rime "possibili", ma anche "parziali". Nota alla sent. n. 40 del 2023 della Corte costituzionale*, in *Oss. cost.* (www.osservatorioaic.it), 5/2023, 5 settembre 2023, 1 ss. La metafora dei "versi sciolti" 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, spec. 101 ss., e *La traiettoria delle rime obbligate. Da creatività eccessiva a felix culpa, a gabbia troppo costrittiva*, in *Sist. pen.* (www.sistemapenale.it), 2/2021, 3 febbraio 2021, 5 ss.].

Si pensi, ad es., ai casi in cui una o più pronunzie di rigetto, accompagnate da riconformazione per via interpretativa della sostanza normativa di un enunciato, siano quindi convertite in una decisione di accoglimento proprio per il fatto che l'*interpretatio abrogans* dapprima somministrata dalla Corte, seppur abilmente rivestita delle candide vesti di una interpretazione conforme, non abbia quindi ricevuto il suo lineare seguito nelle pratiche della giustizia comune. La qual cosa risulta avvalorata dalla circostanza per cui il medesimo disposto legislativo, malgrado sia "sanato" per via interpretativa dalla Consulta, ugualmente venga ripetutamente portato alla cognizione di quest'ultima che, dunque, si determini a porre fine a questa indesiderata "navetta" con l'accoglimento manipolativo del disposto medesimo.

E si pensi, ancora, ai casi in cui, dopo aver dichiarato inammissibile la questione di costituzionalità per l'impossibilità di far luogo ad un aggiustamento del testo tanto per via interpretativa quanto a mezzo di addizioni e manipolazioni in genere dello stesso, la Corte reputi di poter rompere ogni indugio e mettere in atto queste ultime, portandosi oltre la soglia segnata dalle "rime obbligate". Come spiegare, infatti, che ciò che dapprima non era duttile lo divenga successivamente? E come spiegare che, in un breve torno di tempo (perlopiù un anno), il medesimo disposto sia astrattamente dichiarato non *immediatamente* duttile ma suscettibile di esserlo di lì a breve, per effetto della prolungata inerzia del legislatore?³

Come si vede, la tecnica decisoria della doppia pronuncia inaugurata in *Cappato* è emblematicamente espressiva del modo di essere estremamente articolato e composito della struttura degli enunciati, della loro attitudine a mostrarsi ora nella loro vera natura ed ora in quella artificiosa che traspare dalle mutevoli rappresentazioni che se ne hanno per il tramite della giurisprudenza costituzionale.

³ In realtà, sappiamo tutti qual è la giustificazione politica addotta dalla Corte a sostegno della tecnica decisoria in parola, volta ad accordare la precedenza al legislatore in ordine alla scelta di una soluzione normativa comunque idonea a rimediare alla causa d'incostituzionalità riscontrata in un testo di legge. Qui, però, la questione non è ambientata al piano politico-istituzionale bensì a quello teorico-giuridico. Ad ogni buon conto, anche al primo piano non è senza conseguenze la circostanza per cui l'opzione in parola ha da essere fatta all'interno di una gamma preconstituita dallo stesso giudice costituzionale, discrezionalmente appunto.

Non si dimentichi, poi, che il punto di osservazione che di siffatte esperienze si ha facendo capo alle vicende della giustizia costituzionale è come la punta emergente di un *iceberg*, la cui effettiva consistenza, per il solo fatto di restare sommersa, si sottrae alla vista; e qui – fuor di metafora – la montagna nascosta è data dalle innumerevoli pratiche interpretative ed applicative che prendono forma nelle sedi in cui si esercita la giurisdizione comune, nonché nelle altre in cui si hanno le pratiche dell'amministrazione e nelle altre ancora, in alcun modo intercettabili, che vengono quotidianamente a formarsi nel corpo sociale, per mano di quanti, singoli o associati, lo compongono.

Circoscrivendo, ad ogni buon conto, qui per evidenti ragioni l'osservazione alle sole espressioni della giustizia costituzionale (con una rapida incursione nel campo coltivato dalla giurisdizione comune), la varietà degli interventi sui disposti legislativi ha – com'è noto – una immediata proiezione al piano degli effetti che – come si sa – dipendono dalla tecnica decisoria di volta in volta utilizzata; non è detto, però, che l'incisione testuale, seppur idonea a valere *erga omnes*, sia, per ciò solo, maggiormente rilevante di una non testuale ma meramente sostanziale. Tutt'altro! Forse, il più delle volte, è vero proprio l'inverso: la Corte fa infatti luogo ad una manipolazione per via interpretativa proprio perché consapevole della impraticabilità di una testuale, ostandovi limiti a suo dire – perlomeno, in forza dell'orientamento in cui la Corte stessa al momento si riconosce – insuperabili, nulla nondimeno escludendo che in seguito se ne possa avere lo spostamento in avanti, come hanno appunto confermato le esperienze maturate in relazione alle "rime" suddette. Ed è chiaro che il giudice delle leggi confida, poi, nella capacità di trascinarsi di cui le sue pronunzie sono intrinsecamente dotate a motivo dell'*auctoritas* della fonte da cui promanano. Il "diritto vivente" – come ormai si suole chiamarlo – nasce, d'altronde, non poche volte proprio così, sotto la spinta vigorosa impressa dalla Consulta, in talune circostanze particolarmente efficace grazie all'uso sapiente e raffinato delle tecniche retorico-argomentative di cui il tribunale costituzionale si avvale. È pur vero, nondimeno, che gli stessi giudici comuni possono concorrere (ed effettivamente concorrono) alla formazione ed

all'incessante rinnovo del diritto vivente costituzionale. Nel circolo ermeneutico, d'altronde, è assai arduo stabilire chi più dà e chi più riceve nel corso delle più salienti vicende processuali.

È, poi, vero che le manipolazioni meramente interpretative possiedono una intrinseca debolezza, dovuta alle incertezze riguardanti il "seguito" che può ad esse darsi nella pratica giuridica (specie giurisprudenziale), incertezze che – si badi – non mancano neppure nelle manipolazioni testuali, pur se in minor misura riscontrabili, dal momento che nulla esclude che in sede d'implementazione dei verdetti della Corte si abbiano fraintendimenti che portano i verdetti stessi a deviare dal solco entro cui sarebbero tenuti a stare.

È importante, ad ogni buon conto, non perdere di vista la circostanza per cui anche le manipolazioni testuali non si chiudono in se stesse ma, all'inverso, non di rado si aprono a successivi, imprevedibili interventi, essi pure testuali ovvero meramente interpretativi, in ragione delle peculiari e maggiormente pressanti esigenze dei casi. Si pensi, ad es., a ciò che si ha in relazione alle additive di principio, fatte oggetto di specificazione-attuazione ora ad opera del legislatore ed ora, il più delle volte, dei giudici o, magari, della stessa Corte che, tornando ad intervenire sul medesimo testo, si decida ad immettervi una o più regole, sì da renderlo anche più immediatamente e chiaramente fruibile nella pratica giuridica.

Occorre, dunque, tenere distinti i casi di flessibilizzazione che potrebbe dirsi *immediata, uno actu*, di un enunciato ad opera della giurisprudenza costituzionale da quelli di flessibilizzazione *in progress*, a mezzo di più atti. Quale che sia poi il modo con cui la stessa ha luogo, connotato ricorrente – come si vedrà a breve con esempi – appare essere ora quello della dilatazione semantica degli enunciati ed ora l'altro, opposto, della sua contrazione: in un caso e nell'altro, se ne ha un orientamento teleologico, puntandosi decisamente a riconciliare i materiali normativi sui quali la manovra è effettuata con il parametro costituzionale (e, se del caso, con altri parametri ai quali questo faccia rimando), rendendoli così ancora più saldi e radicati nell'esperienza e dotandoli dei connotati richiesti dalla pratica giuridica e dalle sue continuamente cangianti esigenze.

Il punto è di particolare rilievo e merita un supplemento di attenzione.

Laddove si faccia luogo alla caducazione, parziale o totale, di un enunciato, se essa si deve – ed è la sola evenienza interessante per lo studio che si va ora facendo – ad un intervento manipolativo, in realtà non si assiste ad un impoverimento del materiale normativo di cui il testo di legge era dapprima dotato ma, all'inverso, alla sua trasformazione (ad es., in caso di pronuncia sostitutiva) o – di più – al suo ulteriore ampliamento, conseguente alla eventuale addizione apportatavi. Ciò che, poi, al tirar delle somme conta è che la disciplina “conseguenziale” all'intervento operato dalla Corte risulti viepiù rinvigorita nella sua attitudine a radicarsi ed a farsi valere nell'esperienza. L'obiettivo del consolidamento in parola si ha, ad ogni buon conto, anche in presenza di mere manipolazioni semantiche, la cui giustificazione si rinvenga appunto nel bisogno di adattare al caso il materiale in parola, riconciliandolo – fin dove possibile – con il parametro costituzionale.

2. Esempificazioni fatte pescando a caso dalla più recente giurisprudenza

È utile fare riferimento ad alcuni casi per dare un minimo di concretezza al discorso che si va ora facendo, fermando specificamente l'attenzione su questioni di scottante attualità ed animatamente discusse, specie a motivo del coinvolgimento che se ne ha per i diritti della persona umana. Si tratta di casi dai quali si ha – a me pare – conferma del carattere viepiù marcato e vistoso del *trend* di cui si fa ora parola, nelle sue articolate e particolarmente significative espressioni.

Si consideri, ad es., la vicenda di cui a Corte cost. n. 88 del 2023⁴ che si situa nell'ormai lungo filone delle pronunzie correttive degli automatismi legislativi⁵. La

⁴ ... annotata da C. MISTRORIGO, *Costituzionalmente illegittimo l'automatico diniego del rinnovo del permesso di soggiorno per lavoro in caso di condanna per fatti di lieve entità*, in *Sist. pen.* (www.sistemapenale.it), 26 giugno 2023, e D. LOPRIENO, *Sulla erosione dell'automatismo espulsivo in materia di rinnovo del permesso di soggiorno. Nota a sentenza n. 88/2023 della Corte costituzionale*, in *Oss. cost.* (www.osservatorioaic.it), 5/2023, 5 settembre 2023, 214 ss.

⁵ In tema, per tutti, A. PUGIOTTO, *Conflitti mascherati da quaestiones: a proposito di automatismi legislativi*, 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.

Corte prende le distanze dalla soluzione normativa che, in via generale, porta ad escludere il rinnovo del permesso di soggiorno per lavoro in caso di condanna anche per reati di lieve entità, grazie ad una raffinata e coraggiosa opera di flessibilizzazione del testo che si avvale della tecnica usuale del bilanciamento tra le ragioni che depongono per l'allontanamento dello straniero dal territorio statale e le ragioni – qui preminenti – di tutela dei diritti della persona, in ispecie di quello a non essere sradicato dal luogo in cui essa intrattiene significativi rapporti sociali, lavorativi e familiari⁶. Le pur varie soluzioni rimesse all'apprezzamento politico-discrezionale del legislatore vanno, dunque, sottoposte al filtro della ragionevolezza⁷, dovendosi tenere conto di tutti i diritti e gli interessi in campo, un vaglio questo al quale peraltro non si sottrae – dice la Corte – la stessa disciplina stabilita con riferimento alla commissione di reati di particolare gravità.

Ad ulteriore rinforzo del proprio argomentare, nella pronuncia in parola si fa a questo punto richiamo degli orientamenti della giurisprudenza europea, dai quali parimenti si hanno puntuali indicazioni che sollecitano a far luogo a verifiche di volta in volta della complessiva condizione degli individui colpiti da provvedimenti restrittivi, rifuggendo pertanto dal “meccanismo automatico delle presunzioni assolute”⁸. Particolare rilievo – lascia intendere la Corte – va poi assegnato all'insieme delle situazioni di fatto in cui è maturata la commissione del

Romboli, Giappichelli, Torino 2017, 497 ss. e L. PACE, *L'adeguatezza della legge e gli automatismi. Il giudice delle leggi fra norma “astratta” e caso “concreto”*, Editoriale Scientifica, Napoli 2020.

⁶ V'è qui un richiamo a Corte cost. n. 217 del 2021.

⁷ Tema antico, questo, come si sa, e tuttavia ricorrente, anche per effetto degli utilizzi assai variegati che della tecnica decisoria in parola si fanno in giurisprudenza e che, pertanto, sollecitano la dottrina ad un incessante lavoro di rifinitura e revisione concettuale [riferimenti in A. RUGGERI - A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*⁷, Giappichelli, Torino 2022, 143 ss. e 154 ss. e, più di recente, nei commenti alla discussa sent. n. 110 del 2023, tra i quali quelli di S. SCAGLIARINI, *La Corte e la tecnica legislativa*, in *Consulta OnLine* (www.giurcost.org), 3/2023, 13 settembre 2023, spec. 835 ss.; nella stessa *Rivista*, v., inoltre, P.C., *Ancora un (notevole) avanzamento nella giustiziabilità del drafting legislativo (osservazioni minime a prima lettura di Corte cost. n. 110/2023)*, 2/2023, 12 giugno 2023, 461 ss.; L. DI MAJO, *Una legge «radicalmente oscura» è incompatibile con la Costituzione. Nota a Corte costituzionale, sentenza n. 110/2023*, 13 luglio 2023, 715 ss., e M. MILANESI, *L'incostituzionalità delle «disposizioni irrimediabilmente oscure». Riflessioni a margine di Corte cost., sent. n. 110/2023*, 17 luglio 2023, 726 ss., nonché G. DONATO - C. LOTTA, *L'irragionevolezza della «radicale oscurità» legislativa: un nuovo percorso per la Corte costituzionale? Nota a C. cost. n. 110 del 2023*, in *Rass. parl.*, 1/2023, 165 ss. In termini generali, v., poi, da ultimo, R. BIN, *Ragionevolezza, eguaglianza e analogia*, in *Lo Stato*, 20/2023, 323 ss.].

⁸ Punto 6.3.2 del *cons. in dir.*

reato, al tempo nel frattempo trascorso, al percorso rieducativo eventualmente seguito alla condanna, al processo d'integrazione dello straniero nel tessuto sociale che risulterebbe pregiudicato qualora il soggetto fosse obbligato ad interrompere il rapporto di lavoro in atto, e via dicendo. Fattori, tutti questi, che danno ancora una volta conferma dell'attitudine del "fatto" (complessivamente inteso) a farsi parametro nei giudizi di costituzionalità o, come che sia, a giocare un ruolo di primo piano nella risoluzione degli stessi⁹.

Di qui la conclusione per cui solo l'amministrazione può determinarsi, alla luce del contesto in cui la singola questione s'inscrive, in merito alla pericolosità del soggetto. Una conclusione – ammette la Corte – che porta a rivedere il contrario precedente di cui alla sent. n. 148 del 2008, anche alla luce della evoluzione nel frattempo registratasi in seno alla giurisprudenza costituzionale e convenzionale in tema di proporzionalità. La causa determinante l'invalidità della disciplina sottoposta a giudizio è, pertanto, data dalla mancata previsione di verifiche in concreto effettuate dall'amministrazione in ordine alla pericolosità sociale dello straniero.

La flessibilizzazione della normativa in parola si ha dunque a mezzo di un'addizione che non ha per fine – si faccia caso – l'introduzione di una previsione essa pure astratta, al pari dei disposti in cui s'innesta, bensì la trasformazione dell'intera struttura della disciplina *sub iudice* conseguente al riconoscimento del ruolo di centrale rilievo che è da assegnare al "fatto" (e, perciò pure, alla persona protagonista della singola vicenda processuale) e, di riflesso, all'amministrazione, l'unica in grado di darne il giusto, finale apprezzamento.

Uno schema analogo è adottato dalla sent. n. 177 del 2023. Sollecitata dall'autorità remittente a far luogo ad un'addizione normativa, la Corte opta per la diversa soluzione di ritagliare in via interpretativa la portata della disciplina sottoposta al suo giudizio (artt. 18 e 18-bis, l. n. 69 del 2005), escludendo la consegna in

⁹ Fermano l'attenzione su ciò A. RUGGERI - A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*⁷, cit., 87 ss.

esecuzione di un mandato di arresto europeo di un individuo che versa in gravi condizioni di salute¹⁰.

Non manca, poi, ancora una volta, il riferimento alla giurisprudenza sovranazionale, nella parte in cui si rileva la possibile incompatibilità dell'esecuzione del mandato in parola con il diritto della persona a non essere sottoposto a trattamenti disumani e degradanti, in disprezzo dell'art. 4 della Carta di Nizza-Strasburgo. La Corte dell'Unione ha, infatti, stabilito (con la sentenza del 18 aprile 2023, in causa C-699/21, *E. D.L.*) l'obbligo di sospendere l'esecuzione del mandato da parte dell'autorità nazionale competente laddove, "alla luce degli elementi oggettivi a sua disposizione", si diano "motivi seri e comprovati" che la inducano a ritenere che la consegna della persona possa comportare rischi concreti di "deterioramento rapido, significativo e irrimediabile del proprio stato di salute, e *a fortiori* di una riduzione dell'aspettativa di vita".

Al di là del caso ora evocato, la tecnica del ritaglio al fine di prevenire il conflitto con il parametro costituzionale è, ad ogni buon conto, di frequente riscontro. È messa in atto, ad es., in Corte cost. n. 159 del 2023 con riferimento alla portata di norma internazionale generalmente riconosciuta, in tal modo sottratta al raggio d'azione dei "controlimiti"¹¹. Trattasi della vessata questione riguardante l'immunità dello Stato estero da responsabilità civile (nella specie, della Germania per i crimini commessi dai nazisti al tempo della seconda grande guerra). La Corte accortamente distingue a seconda della natura dei beni, escludendo la loro soggezione a pignoramento se riferibili ad attività *iure imperii* ed ammettendola

¹⁰ Si fa al riguardo richiamo all'ord. n. 216 del 2021.

¹¹ Con riguardo a questi ultimi, la Corte fa, infatti, di tutto (a volte, giovandosi, come qui, della tecnica del ritaglio della portata normativa della fonte di origine esterna evocata in campo dal caso) al fine di evitarne l'utilizzo, tanto più poi laddove l'antinomia si disveli al massimo livello della normazione o, comunque, tra documenti normativi dotati di una speciale protezione, quali ad es. sono le Carte dei diritti [sulle non poche, vessate questioni di ordine teorico-pratico che si pongono in relazione ai "controlimiti", v., almeno, S. POLIMENI, *Controlimiti e identità costituzionale nazionale. Contributo per una ricostruzione del "dialogo" tra le Corti*, Editoriale Scientifica, Napoli 2018; 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.].

invece per quelli riportabili ad attività *iure gestionis*. È in questi termini, dunque, che la norma internazionale consuetudinaria riceve ingresso nel nostro ordinamento, norma che, ad ogni buon conto, non può essere invocata – come ha messo in chiaro la giurisprudenza della Corte di cassazione (Sez. Un. Civ., n. 5044 del 2004) – laddove si sia in presenza di crimini “lesivi di valori universali come il rispetto della dignità umana e dei diritti umani”. Quest’orientamento del giudice della legittimità è stato, nondimeno, rivisto a seguito del diverso avviso nel frattempo manifestato dalla Corte internazionale di giustizia (Cass., Sez. Un. Civ., n. 1136 del 2014). Per effetto, poi, delle indicazioni date da Corte cost. n. 238 del 2014, la Cassazione ha quindi ancora una volta riconsiderato il proprio punto di vista, stabilendo (Sez. Un. Civ., n. 20442 del 2020) che l’immunità per le attività *iure imperii* non può essere fatta valere per i *delicta imperii*, ossia per i “crimini compiuti in violazione di norme internazionali di *ius cogens*, in quanto lesivi di diritti fondamentali della persona”. Particolarmente istruttiva appare quest’ultima indicazione, espressiva della tecnica di ritaglio di cui si viene dicendo, messa in atto – come si vede – anche dal giudice della legittimità.

Al tirar delle somme, il risarcimento agli eredi delle vittime dei crimini commessi dai nazisti è oggi assicurato dal c.d. Fondo “ristori”, “con un meccanismo di traslazione dell’onere economico recato dall’obbligazione risarcitoria accertata con sentenza passata in giudicato, sì da conciliare, nel bilanciamento complessivo dei principi costituzionali in gioco, la tutela giurisdizionale delle vittime dei suddetti crimini di guerra e il rispetto degli specifici accordi internazionali in materia”¹².

Un ritaglio, accompagnato da una interpretazione “sanante”, si ha, poi, nel caso di cui a Corte cost. n. 183 del 2023, in relazione alla condizione dei minori adottati e dei loro rapporti con la famiglia di origine¹³. Il rigetto della questione è qui

¹² Punto 16 del *cons. in dir.*, con richiamo di una indicazione che è già in precedenti decisioni della stessa Corte.

¹³ Rammento, poi, in tema Corte cost. n. 79 del 2022, ampiamente annotata, che ha caducato l’art. 55 della legge n. 184 del 1983 nella parte in cui, mediante rinvio all’art. 300, secondo comma, del codice civile, prevedeva che l’adozione in casi particolari non induce alcun rapporto civile tra l’adottato e i parenti dell’adottante; e qui pure, al pari del caso evocato nel testo, centralità di posto è assegnato al preminente interesse del minore, in particolare al diritto alla salvaguardia della sua identità.

motivato facendo luogo alla distinzione tra vincoli legali con la famiglia suddetta, recisi per effetto dell'adozione, e legami affettivi con persone appartenenti a quest'ultima che, nel superiore interesse del minore, sono giudicati meritevoli di essere preservati.

Il riferimento fatto dall'autorità remittente alla Carta di Nizza-Strasburgo, il cui art. 24 risulterebbe nella circostanza violato, è dalla Corte valutato come improprio, non essendo la fattispecie oggetto di disciplina anche da parte dell'Unione. Si fa quindi notare che le sollecitazioni venute dalla Corte EDU, come pure dallo stesso giudice costituzionale e dal diritto vivente, unitamente alla evoluzione della coscienza sociale hanno portato ad una complessiva riconsiderazione dell'istituto dell'adozione, sì da non doversi pervenire in ogni caso all'esito di una "radicale cancellazione del passato"¹⁴. È in questo quadro, d'altronde – rammenta la Corte –, che si è riconosciuto il diritto del figlio a conoscere le proprie origini biologiche (sent. n. 278 del 2013); ed è sempre in questo nuovo contesto che è maturata la riforma di cui alla legge n. 173 del 2015, volta a preservare il diritto dei minori in affidamento alla continuità dei legami affettivi con i propri familiari. Non a caso, peraltro, si tiene conto dei legami in parola nella scelta degli affidatari.

Ancora una volta, poi, a rinforzo degli argomenti fin qui adottati, si fa richiamo di alcune decisioni della Corte EDU, specificamente nella parte in cui è considerata residuale, "estrema", la soluzione della interruzione dei rapporti familiari. La stessa Corte sollecita, dunque, a verificare in concreto se sia nell'interesse del minore seguire ad intrattenere rapporti con i familiari di origine e, se sì, con quali di essi. Non fanno inoltre difetto taluni opportuni riferimenti al "diritto vivente" di produzione interna, con specifico riguardo all'adozione c.d. "aperta", nell'intento appunto di conciliare l'adozione piena, conseguente allo stato di abbandono del minore, con il bisogno di preservare le relazioni affettive instaurate con taluni componenti il nucleo familiare di origine, peraltro espressamente tutelate – come si sa – con riguardo ai fratelli. La stessa Corte accenna alla condizione dei nonni che, per ragioni di età o di salute, potrebbero non potersi fare carico dell'assistenza dei

¹⁴ Punto 8.2 del *cons. in dir.*

minori ma che non di rado costituiscono un “importante punto di riferimento affettivo, soprattutto in situazioni nelle quali l’adottato deve superare traumi particolarmente gravi”¹⁵. Si mette, inoltre, in rilievo che la salvaguardia della identità del minore “non è compatibile con modelli rigidamente astratti e con presunzioni assolute, del tutto insensibili alla complessità delle situazioni personali”¹⁶.

La conclusione è, dunque, piana, dovendosi distinguere – come si diceva – tra il piano giuridico-formale, al quale i rapporti tra il minore e la famiglia di origine vengono di necessità a cessare, e il piano sostanziale, dei rapporti di natura socio-affettiva, in relazione ai quali la disciplina in vigore racchiude in sé “una presunzione solo *iuris tantum* che il distacco di fatto dalla famiglia d’origine realizzi l’interesse del minore”¹⁷. Spetta quindi al giudice far luogo alle necessarie verifiche al riguardo.

3. Il rilievo del “fatto” nell’opera di flessibilizzazione dei testi

Lo *standard* – come si vede dagli esempi fatti – è, dunque, chiaramente definito nei suoi tratti essenziali e qualificanti. La manipolazione della struttura normativa non di rado si avvale del supporto offertole dalla giurisprudenza europea (a seconda dei casi, ora di questa ed ora di quella Corte) e porta quindi all’effetto di demandare agli organi della *legis executio* (amministrazione o giurisdizione) il compito di far luogo ad operazioni di bilanciamento in concreto, le sole che possano dar modo alla disciplina normativa di conformarsi ai parametri di volta in volta evocati in campo dai casi (costituzionali e non).

¹⁵ Punto 13.3.2 del *cons. in dir.* Il riferimento ai rapporti tra nonno e nipote ed alla natura affettiva che li anima e sorregge è più volte presente in giurisprudenza: ad es., in Corte cost. n. 88 del 2022, laddove proprio ad essi si salda la dichiarazione d’invalidità della disciplina di cui all’art. 38, D.P.R. n. 818 del 1957, nella parte in cui non include tra i destinatari diretti ed immediati della pensione di reversibilità i nipoti maggiorenni orfani riconosciuti inabili al lavoro e viventi a carico degli ascendenti assicurati.

¹⁶ Punto 13.2 del *cons. in dir.* Il richiamo alla identità della persona è di cruciale rilievo in un numero ragguardevole di casi (ad es., di recente, nella nota vicenda relativa all’acquisto di cognome al momento della nascita, di cui a Corte cost. n. 131 del 2022).

¹⁷ Punto 14 del *cons. in dir.*

In questo quadro, un ruolo di cruciale rilievo – come si accennava poc'anzi – è assegnato al “fatto”, nella sua complessiva connotazione, comprensivo cioè di varie e non di rado reciprocamente confliggenti esigenze bisognose di essere composte ad unità, avuto pur sempre riguardo ai primari, indisponibili bisogni della persona umana.

Questo schema si ripete, pur se con talune non secondarie varianti, in molte decisioni, al di là poi della tecnica decisoria di volta in volta adottata. Ad es., mentre la sent. n. 177, sopra richiamata, è di rigetto della questione di costituzionalità. nella pronunzia immediatamente successiva, la n. 178, la questione è accolta, stabilendosi che la disciplina sindacata [ancora l'art. 18-bis, c. 1, lett. c), l. n. 69 del 2005] è illegittima “nella parte in cui non prevede che la corte d'appello possa rifiutare la consegna di una persona ricercata cittadina di uno Stato terzo, che legittimamente ed effettivamente abbia residenza o dimora nel territorio italiano e sia sufficientemente integrata in Italia, nei sensi precisati in motivazione, sempre che la corte d'appello disponga che la pena o la misura di sicurezza sia eseguita in Italia”.

Da ultimo, poi, pronunziandosi sul noto, dolorosissimo caso Regeni, a seguito di un raffinato ragionamento, la Corte ha fatto luogo ad un coraggioso bilanciamento tra le esigenze della giustizia e quelle di difesa dichiarando (sent. n. 192 del 2023) “l'illegittimità costituzionale dell'art. 420-bis, comma 3, cod. proc. pen., per violazione degli artt. 2, 3 e 117, primo comma, Cost., quest'ultimo in relazione alla Convenzione di New York contro la tortura, nella parte in cui non prevede che il giudice procede in assenza per i delitti commessi mediante gli atti di tortura definiti dall'art. 1, comma 1, della Convenzione medesima, quando, a causa della mancata assistenza dello Stato di appartenenza dell'imputato, è impossibile avere la prova che quest'ultimo, pur consapevole del procedimento, sia stato messo a conoscenza della pendenza del processo, fatto salvo il diritto dell'imputato stesso a un nuovo processo in presenza per il riesame del merito della causa”.

Non fanno, ad ogni buon conto, difetto i casi in cui l'opera di flessibilizzazione è demandata allo stesso legislatore, in ispecie in relazione a questioni penalmente

rilevanti, non potendosene fare carico né la stessa Corte né altri operatori. Così, ad es., secondo la sent. n. 146 del 2023, con riferimento all'allargamento dell'area di applicazione della messa alla prova con sospensione del procedimento penale per reati gravi, conseguente alla mancata rilevanza data ad attenuanti ad effetto speciale.

La legge va, tuttavia, incontro ad un limite intrinseco, insuperabile, in siffatta opera, non potendo che disporre in astratto, pur laddove la fattispecie dalla stessa riguardata risulti definita nei suoi tratti costitutivi. Di qui, dunque, la "delega" fatta agli organi dell'amministrazione e della giurisdizione per la valutazione dei connotati peculiari dei singoli casi e il conseguente trattamento da essi richiesto.

Non di rado, poi, si rende indispensabile l'apporto di esperti, specie laddove si tratti di questioni sensibili agli sviluppi della scienza e della tecnologia, come ad es. si è di recente avuto in occasione della pandemia sanitaria da covid-19.

Si ha qui conferma della varietà dei casi e dei modi parimenti vari con i quali essi possono lasciare un segno sulle vicende processuali in occasione delle quali si ha riscontro della validità delle leggi e, laddove necessario, si fa luogo all'aggiustamento della loro struttura.

Si consideri, ad es., quanto è stato di recente stabilito da Corte cost. n. 186 del 2023. Si faceva questione della legittimità costituzionale della disciplina, di cui all'art. 4-ter, commi 1, lett. c), e 2, d.l. n. 44 del 2021, convertito e successivamente modificato, che ha prescritto l'obbligo generalizzato di vaccinazione per il personale che svolge a qualsiasi titolo la propria attività lavorativa nelle strutture sanitarie. Investita della questione per iniziativa di una dipendente che esercitava la propria attività lavorativa in una sede diversa da quella in cui è ubicato l'ospedale e che era stata sospesa dal servizio perché non vaccinata, la Corte non accede alla sollecitazione del giudice *a quo* volta alla flessibilizzazione della disciplina oggetto del giudizio, giudicando dunque non irragionevole la prescrizione dell'obbligo generalizzato di vaccinazione. E ciò, per il fatto che esso è frutto – come già si è avuto modo di chiarire in anteriori pronunzie – di un adeguato "bilanciamento operato dal legislatore tra la dimensione individuale e

quella collettiva del diritto alla salute, alla luce della situazione sanitaria dell'epoca e delle conoscenze medico-scientifiche disponibili"¹⁸, nonché in considerazione della "proporzionalità della misura imposta in ragione della sua strutturale temporaneità"¹⁹. Si mette quindi in evidenza che il personale sanitario ha costituito la prima categoria di persone destinataria dell'obbligo vaccinale, al fine di far fronte ad un'emergenza dagli imprevedibili sviluppi²⁰.

Ora, in questo contesto, la verifica caso per caso delle modalità di svolgimento dell'attività lavorativa di ciascun operatore sanitario avrebbe comportato un monitoraggio ed un controllo giudicati – non irragionevolmente – dal legislatore insostenibili per ragioni di tempo, di costi e di utilizzo del personale che sarebbe stato allo scopo richiesto. La determinazione per categorie, di contro, avrebbe potuto consentire di rimettere agli ordini professionali ed ai datori di lavoro il riscontro in parola, risultando in tal modo sgravate dell'onere di farvi luogo le aziende sanitarie locali, le regioni e le province autonome, dapprima coinvolte.

La Corte (e il punto è di particolare interesse) non censura la scelta in un primo tempo fatta di rapportare l'obbligo vaccinale all'attività lavorativa in concreto svolta. In seguito però – rammenta la Corte –, con l'aggravarsi della pandemia, il legislatore ha ritenuto di dover far luogo ad una soluzione normativa radicale, nel senso appunto della prescrizione generalizzata dell'obbligo in parola.

Il mutamento della situazione di fatto – come si vede – colora diversamente il parametro costituzionale e determina, pertanto, esiti, essi pure diversi, della qualificazione di volta in volta adottata in ordine alla validità della norma. Ancora prima, però, come si è tentato di mostrare, è la stessa enucleazione della norma, frutto di frequenti operazioni di ritaglio interno alla disciplina giudicata, a risentire del modo complessivo di essere del "fatto" e delle esigenze che ad esso fanno capo. È agevole intendere la ragione che induce la Corte, in non pochi casi, a non accedere alle sollecitazioni delle autorità remittenti volte a far luogo a

¹⁸ Punto 4.1 del *cons. in dir.*

¹⁹ Punto 4.1 del *cons. in dir.*, con richiamo di Corte cost. nn. 14 e 15 del 2023.

²⁰ Su *La ratio dell'obbligo vaccinale nella recente giurisprudenza costituzionale*, v., con questo titolo, il recente contributo di C. IANNELLO, in *Dir. fond.* (www.dirittifondamentali.it), 2/2023, 17 maggio 2023, 43 ss.

manipolazioni dei testi, segnatamente nel senso di aggiungervi statuizioni illegittimamente mancanti. Di addizione in addizione il rischio è infatti quello di un'abnorme dilatazione degli enunciati. Preferibile appare, dunque, perlomeno in talune circostanze, caricarli di significati continuamente cangianti, in ragione dei mutamenti di contesto e delle complessive esigenze dei casi. L'esito della flessibilizzazione si ha comunque, per quanto assai diversi – come si rammentava poc'anzi – siano pur sempre gli effetti prodotti dalle decisioni, a seconda del tipo (o sottotipo) cui appartengono.

4. Una spinosa questione: se le operazioni di flessibilizzazione dei testi risultino rispettose degli equilibri istituzionali, sul doppio fronte dei rapporti tra Corte e legislatore per un verso, Corte e giudici comuni per un altro, e le indicazioni che possono aversene per effetto del "dialogo" intergiurisprudenziale

Stando le cose così come sono qui viste, tre interrogativi si pongono in modo pressante: *a)* se le frequenti e pressoché quotidiane operazioni di flessibilizzazione operate dalla Consulta ora sui testi ed ora per via interpretativa appaiano rispettose degli equilibri istituzionali complessivi fissati nella Carta, in ispecie sul duplice fronte dei rapporti tra Corte e legislatore per un verso, Corte e giudici comuni per un altro; *b)* quali riflessi esse abbiano sulle vicende della normazione; infine, *c)* se risulti indebolita ovvero rinvigorita la *vis* prescrittiva degli enunciati legislativi, in conseguenza dei frequenti slittamenti semantici cui essi vanno soggetti in ragione dei casi.

Passo, dunque, a svolgere alcune succinte notazioni a riguardo di ciascuno di essi.

Quanto al primo, va preliminarmente rammentato che la questione degli equilibri di ordine istituzionale, segnatamente per ciò che attiene ai rapporti tra Corte e legislatore, è antica e ricorrente. Innumerevoli sono le decisioni della prima delle quali può dirsi che sono improntate ora ad eccessiva cautela ed ora, di contro, a parimenti eccessiva invadenza dell'area rimessa agli apprezzamenti politico-discrezionali del secondo. Non è, ad ogni buon conto, senza significato il fatto che

con il tempo l'intraprendenza del giudice costituzionale si sia fatta viepiù incisiva e vistosa, non a caso accompagnata dall'affinamento di antiche tecniche decisorie e – ciò che, forse, ancora di più importa – dalla invenzione di nuove, delle quali la punta maggiormente avanzata si è con ogni probabilità registrata in occasione della già richiamata vicenda *Cappato*. Il superamento delle “rime obbligate”, cui pure si è già fatto cenno e del quale hanno reso eloquente testimonianza la vicenda in parola e non poche altre ancora, dà conferma *per tabulas* della tendenza, di cui la Corte vuol farsi interprete e garante, a spostare viepiù in avanti la linea di confine del campo entro il quale essa intende esercitare il proprio *munus, costi quel che costi*. E si tratta, appunto, di un costo assai elevato, se è vero – com'è vero – che ne risultano complessivamente alterati i lineamenti della giustizia costituzionale nel nostro Paese rispetto ad una tradizione ancora fino a non molto tempo addietro rispettata, seppur con qualche non rimossa oscillazione e, a dirla tutta, anche vistosa contraddizione²¹. Discutibile appare, infatti, essere l'uso in talune circostanze fattosi del limite delle rime in parola; qui, nondimeno, non deve prestarsi attenzione a singole vicende ma guardare all'indirizzo giurisprudenziale nel suo complesso. Un indirizzo che – come si sa – si presenta ora profondamente modificato per effetto del passaggio a quelle “rime possibili” cui si è già fatto cenno; e proprio la tecnica della “doppia pronunzia”, inaugurata in *Cappato*, ne dà una eloquente, particolarmente attendibile testimonianza.

Ora, nel momento in cui la Corte ammette che possano darsi più soluzioni normative idonee a riconciliare un testo di legge portato alla sua cognizione con la Costituzione, si da demandarsi al legislatore di far luogo alla scelta entro un ventaglio di soluzioni ora più ed ora meno ampio, è di tutta evidenza – a me pare –

²¹ Ho rappresentato i tratti maggiormente espressivi di questa vicenda, ad oggi in corso e dagli imprevedibili e francamente inquietanti sviluppi, in più studi portati di recente a termine [da ultimo, in *La Costituzione sotto stress e la piramide rovesciata, ovvero sia le più vistose torsioni a carico della separazione dei poteri e del sistema degli atti espressivi di pubbliche funzioni (note minime su una spinosa questione)*, in *Consulta OnLine* (www.giurcost.org), 3/2023, 2 ottobre 2023, 871 ss., e riferimenti *ivi*. Cfr. al mio punto di vista quello ora rappresentato da A. MORRONE, *Corte costituzionale: fattore condizionante o elemento strutturale?*, relaz. al conv. AIC su *Le dinamiche della forma di governo nell'Italia repubblicana*, Brescia 27-28 ottobre 2023, in *Ass. Cost.* (www.associazionedeicostituzionalisti.it)].

che l'innovazione introdotta dalla stessa Corte e già anticipata nella prima decisione sulla questione è espressione pura e semplice di volontà politica e, perciò, al di là di ogni edulcorata rappresentazione datane da alcuni benevoli commentatori, essa comporta un'alterazione marcata della natura del giudice costituzionale, ormai non più distinguibile da quella propria dei decisori politici.

Né le cose mutano nella sostanza per il fatto che l'operazione portata ad effetto si giustifica con il bisogno pressante di dare un qualche ristoro a diritti fondamentali della persona che resterebbero altrimenti inappagati o, come che sia, insufficientemente appagati. Ciò che infatti conta è qui il fatto in sé, l'innaturale "supplenza" posta in essere dal giudice costituzionale che, per peculiare che sia, è (e sempre dev'essere) appunto un... *giudice*²², senza dunque indossare i panni di un operatore politico.

Per ciò che, insomma, attiene alle manipolazioni testuali, quali appunto sono quelle messe in atto con l'ingranaggio della doppia pronunzia, non mi pare che possa darsi "copertura" ad esiti processuali che dichiaratamente comportano scelte politico-discrezionali o, diciamo pure, politiche *tout court*.

La questione, invece, si complica non poco in relazione alle manipolazioni della sostanza normativa racchiusa negli enunciati legislativi e, più ancora, a quelle che investono gli enunciati costituzionali. E ciò, per il fatto che darne la dimostrazione è impresa assai ardua, in non pochi casi di pressoché impossibile realizzazione. La qual cosa, nondimeno, non esclude che si diano alcuni indici esteriori che consentano ugualmente di averne riscontro: ad es., laddove una originale soluzione interpretativa si contrapponga frontalmente non soltanto ad anteriori indirizzi dello stesso giudice costituzionale – ciò che è, di per sé, una spia pur se insicura di una alterazione semantica in atto – ma anche ad un consolidato "diritto vivente" praticato nelle aule in cui si amministra la giustizia comune. Non si tralasci, poi, di considerare che, a volte, con specifico riguardo agli enunciati costituzionali relativi a diritti fondamentali, la distanza può risultare marcata altresì rispetto ad

²² ... secondo quanto, a tacer d'altro, è avvalorato dalle forme delle sue decisioni e i nomi che esse portano (ma v., ora, quanto ne dice A. MORRONE, *op. ult. cit.*, spec. § 12).

orientamenti delle Corti europee concernenti i medesimi diritti per come riconosciuti dalle Carte di cui esse sono istituzionalmente garanti. E, se è vero che anche identici enunciati iscritti in contesti normativi diversi si prestano ad esprimere significati parimenti diversi, non è meno vero che, per effetto del “dialogo” tra le Corti, vengono non poche volte a realizzarsi convergenze interpretative di non secondario rilievo, in taluni casi persino esiti ricognitivi di senso in buona sostanza coincidenti. Non si dimentichi, d'altronde, l'indicazione metodico-teorica offerta dalla famosa sent. n. 388 del 1999 (e, dopo di questa, da altre ancora²³), secondo cui la Costituzione e le altre Carte dei diritti “si integrano reciprocamente nella interpretazione”.

Il “dialogo” tra le Corti è, insomma, il “luogo” elettivo in cui far luogo ai riscontri dei quali si fa qui parola. Assai frequente è, poi, come si sa, il “dialogo” che la Corte intrattiene con... *se stessa*, giovandosi della tecnica dell'autocitazione di cui sa fare alla bisogna un uso raffinato e – si faccia caso – talvolta esso stesso... *manipolativo*, come laddove un mero *obiter dictum* viene presentato quale precedente sul quale erigere un nuovo indirizzo giurisprudenziale che, per vero, non è in grado di reggersi su una indicazione data *incidenter tantum*²⁴.

5. *La micidiale questione teorica relativa alla fissazione della soglia invalicabile dall'attività “creativa” dei giudici e degli interpreti in genere, oltre la quale si consumerebbe senza riparo uno snaturamento della loro natura e, dunque, la conversione degli stessi in operatori politici, e gli indici esteriori che consentono di riconoscere siffatta torsione*

Le manipolazioni per via d'interpretazione, ad ogni buon conto, possono rinvenirsi (ed effettivamente si rinvencono) ovunque: anche, dunque, nei verdetti emessi dai giudici comuni. E, poiché è risaputo che l'immagine del giudice e dell'interprete in genere quale mera *bouche de la loi* costituisce una rappresentazione irenica ma

²³ Ad es., da Corte cost. nn. 84 del 2021, 54, 145 e 198 del 2022.

²⁴ Su questa ed altre tecniche decisorie rese palesi dalla motivazione delle decisioni della Corte, per tutti v. A. SAITTA, *Logica e retorica nella motivazione delle decisioni della Corte costituzionale*, cit.

ingenua e, a conti fatti, distorsiva della realtà, non dandosi alcuna interpretazione che non sia ora più ed ora meno “creativa”²⁵, si rende necessario chiedersi fino a che punto possa spingersi la creatività dell’interprete senza trasmodare in una sostanziale riscrittura dei testi normativi, quale sia insomma la soglia invalicabile al di là della quale viene fatalmente a consumarsi una trasformazione dell’attività posta in essere dall’operatore e, per ciò stesso, della natura di quest’ultimo.

Ora, soccorre solo fino ad un certo punto fare al riguardo appello a taluni indici esteriori, quale quello che fa capo alla lettera degli enunciati, tanto più che la stessa esibisce a volte una strutturale apertura ed elasticità che la rende agevolmente malleabile anche da parte di operatori non particolarmente smalzati. Giova, piuttosto, a parer mio, fare affidamento su talune risorse apprestate dagli stessi meccanismi riguardanti l’esercizio della giurisdizione e, in ultima istanza, sull’impatto che gli atti che ne sono manifestazione hanno in seno al corpo sociale nel quale essi s’immettono e radicano.

Per il primo aspetto, quanto alle manipolazioni operate dai giudici comuni, soccorrono i rimedi apprestati dal sistema dei gravami. Non essendo, tuttavia, questi ultimi praticabili per alcune Corti (e, segnatamente, per quella

²⁵ Il punto può considerarsi ormai saldamente fissato, per quanto la “creatività” in parola sia intesa in forme e gradi sensibilmente diversi [*ex plurimis*, v., almeno, in prospettiva giurifilosofica e teorico-generale, L. FERRAJOLI, in più scritti, tra i quali, *Contro il creazionismo giudiziario*, Mucchi, Modena 2018, ed E. DICIOTTI, *Le attività creative dei giudici*, Mucchi, Modena 2022; tra i costituzionalisti, R. ROMBOLI, *L’attività creativa di diritto da parte del giudice dopo l’entrata in vigore della Costituzione*, in AA.VV., *Controllare i giudici? (Cosa, chi, come, perché)*, a cura di G. Campanelli, Giappichelli, Torino 2009, 25 ss.; G.P. DOLSO, *Giudici e Costituzione nella prospettiva della creatività della giurisprudenza*, in *Dir. pubbl.*, 2/2018, 313 ss.; G. LANEVE, *Legislature e giudici nel contesto delle trasformazioni costituzionali della globalizzazione: alcune riflessioni*, in *Riv. AIC* (www.rivistaaic.it), 4/2018, 30 dicembre 2018, 407 ss.; M. LUCIANI, *Diritto giurisprudenziale, limiti dell’interpretazione e certezza del diritto*, in *Lo Stato*, 12/2019, 345 ss., e, dello stesso, *L’errore di diritto e l’interpretazione della norma giuridica*, in *Quest. giust.* (www.questionegiustizia.it), 3/2019, 16 ss., spec. 27 ss., e *Ogni cosa al suo posto. Certezza del diritto e separazione dei poteri nella riflessione costituzionalistica*, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano 2023; R.G. RODIO, *Alcune riflessioni su anomie, lacune e limiti dell’interpretazione giurisprudenziale*, in *Riv. AIC* (www.rivistaaic.it), 1/2019, 16 gennaio 2019, 1 ss.; R. BIN, *Il giudice tra Costituzione e biodiritto*, in *Scritti in onore di A. Ruggeri*, I, Editoriale Scientifica, Napoli 2021, 441 ss.; tra i civilisti, per tutti, G. ALPA, *Tecniche di codificazione e creatività del giudice. Note sul disegno di legge per la riforma del codice civile*, in *Quest. giust.* (www.questionegiustizia.it), 1/2020. Volendo, può infine vedersi anche il mio *Disordine del sistema delle fonti, crisi della legge e ruolo del giudice (tornando a riconsiderare talune correnti categorie teoriche alla luce delle più salienti esperienze della normazione e dei più recenti sviluppi istituzionali)*, in *Consulta OnLine* (www.giurcost.org), 3/2020, 9 novembre 2020, 606 ss.].

costituzionale, nonché per la Corte di Cassazione, le cui pronunzie nondimeno sono – come si sa – soggette, al verificarsi di certe condizioni, a revisione), occorre puntare lo sguardo sul “seguito” dato alle pronunzie delle Corti in parola. La circostanza per cui a volte si hanno manifestazioni, ora più ed ora meno scoperte, di “resistenza” nei riguardi delle stesse è un indice alquanto attendibile del fatto che le manipolazioni da queste effettuate non hanno rinvenuto terreno fertile nei luoghi in cui si amministra la giustizia comune. Insomma, si assiste talora – potrebbe dirsi – a *manipolazioni (da parte dei giudici comuni) di anteriori manipolazioni...*²⁶.

Mutatis mutandis, la stessa cosa può dirsi anche per ciò che attiene all'accoglienza (che, però, talvolta è essa pure espressiva di “resistenza”) ricevuta dalle decisioni sia del giudice costituzionale che di altri giudici da parte del corpo sociale, laddove a conti fatti si ha la finale verifica del loro modo complessivo di essere e di operare²⁷. È vero, infatti, che anche pronunzie in sé non manipolative possono poi andare soggette a manipolazioni da parte dei loro destinatari (in ultima istanza, appunto, dal corpo sociale); la presunzione, però, gioca nel verso opposto e induce a ritenere che non poche volte le reazioni a finalità manipolativa – se così vogliamo

²⁶ Un solo esempio per tutti: la vicenda della c.d. *robin tax*, di cui a Corte cost. n. 15 del 2015, conclusasi con una palese manifestazione d’“insubordinazione” da parte di molti giudici comuni.

²⁷ Il versante del “seguito” delle decisioni della Consulta e di quelle giudiziarie in genere, al di là di alcuni studi pur pregevoli ma isolati venuti in passato alla luce [quali quelli di E. LAMARQUE, *Gli effetti della pronuncia interpretativa di rigetto della Corte costituzionale nel giudizio a quo (Un’indagine sul “seguito” delle pronunce costituzionali)*, in *Giur. cost.*, 1/2000, 685 ss., e *Il seguito giudiziario alle decisioni della Corte costituzionale*, in AA.VV., *Il giudizio sulle leggi e la sua “diffusione”*, a cura di E. Malfatti - R. Romboli - E. Rossi, Giappichelli, Torino 2002, 200 ss.], non è stato fatto oggetto di adeguato monitoraggio da parte degli studiosi. Solo di recente i riflettori parrebbero essersi accesi su di esso (v., part., G. NAGLIERI, *Giudicare e ottemperare. Uno studio comparato su soggetti, forme e modelli dell’esecuzione costituzionale*, Maggioli, Santarcangelo di Romagna 2023). E, mentre si dispone – già da molti anni [v., ad es., con specifico riguardo ai rapporti tra Corte costituzionale e legislatore, L. PEGORARO, *La Corte e il Parlamento. Sentenze-indirizzo e attività legislativa*, Cedam, Padova 1987, e il mio *Le attività “conseguenziali” nei rapporti fra la Corte costituzionale e il legislatore (Premesse metodico-dogmatiche ad una teoria giuridica)*, Giuffrè, Milano 1988] – di studi di carattere teorico, seguitano purtroppo a fare difetto le ricerche sul campo, anche a motivo delle difficoltà cui si accenna nel testo. Di particolare interesse si presenta, dunque, il convegno organizzato dal Dipartimento di diritto pubblico italiano e sovranazionale dell’Università di Milano su *L’attuazione dei provvedimenti giurisdizionali*, che avrà luogo il 23 novembre 2023.

chiamarle – si debbano proprio ad un originario eccesso di creatività riscontrato nella pronunzia di questo o quel giudice.

È pur vero, poi, che non sempre si dispone di indici sicuri che consentano di fare gli opportuni riscontri al riguardo. Su alcuni casi che hanno fatto molto discutere, quale quello sulla *robin tax* da ultimo ricordato, si sono accesi i riflettori e, dunque, si è reso possibile avere dati attendibili ai quali fare riferimento. Si dà, però, una montagna sommersa che si sottrae naturalmente alla vista, non consentendo di far luogo neppure ad una prima, approssimativa valutazione. D'altro canto, l'esercizio della giurisdizione è – come si sa – parcellizzato, distribuendosi in numerose sedi in cui viene simultaneamente alla luce; ed è anche questo un ostacolo non da poco al fine di un'adeguata effettuazione delle verifiche in parola.

Di agevole monitoraggio è, di contro, il versante dei rapporti tra Corte e legislatore. Talune manipolazioni operate dalla prima si ritorcono a volte contro la stessa Corte, come laddove si assista ora alla riproduzione di un testo di legge dapprima caducato (in modo "secco" ovvero appunto con modifiche) ed ora ad una interpretazione autentica di un testo che si presenti innovativa rispetto a quella somministrata dalla Consulta (ad es., in una decisione di rigetto). Ogni medaglia ha, comunque, il suo rovescio; e talvolta l'interpretazione in parola è effettuata proprio al fine di "razionalizzare" positivamente un orientamento interpretativo in sé innovativo provvisto dell'*auctoritas* che gli viene per il fatto di essere espresso dalla Consulta ovvero di risultare ormai consolidato nel "diritto vivente". Non infrequenti, però, sono per vero i casi d'inerzia del legislatore, giudicandosi quest'ultimo appagato dall'opera di normazione – chè di questo, a conti fatti, si tratta – posta in essere *ope juris prudentiae*.

Ad ogni buon conto, il vantaggio che si ha sul versante dei rapporti con il legislatore è che le reazioni di quest'ultimo, anche quelle in forma omissiva²⁸, si hanno alla luce del sole, diversamente dal "sommerso" che è proprio delle decisioni dei giudici; non è, pertanto, disagevole stabilire in che rapporto esse si

²⁸ Certo, è qui da stabilire quale sia il tempo ragionevole di attesa prima di poter rilevare, con sia pur relativa sicurezza, il comportamento acquiescente del legislatore. È chiaro, però, che trascorso un congruo lasso di tempo è possibile trarne attendibili valutazioni.

pongano nei riguardi delle decisioni della Corte, se – come, per vero, il più delle volte si ha – nel segno di una sostanziale acquiescenza ovvero nell'altro, opposto, di una ora più ed ora meno vistosa contestazione.

Disagevole è invece – come si viene dicendo – verificare come stanno le cose sul versante dei rapporti tra Corte e giudici, per quanto anche qui in taluni casi il riscontro non risulti impossibile, come laddove pronunzie di rigetto (manipolativo e non) della prima non abbiano favorevole accoglienza da parte dei secondi che seguitino ad investire della medesima questione la Corte stessa. Della qual cosa si ha conferma pur laddove dalla Consulta vengano indicazioni puntuali circa il modo con cui far luogo ad una interpretazione conforme dei testi di legge, che poi – a chiamare le cose con il loro giusto nome – talvolta presenta carattere anche marcatamente innovativo o, diciamo pure, “sanante”; cionondimeno, essa risulta talora non condivisa dai giudici comuni che – come si rammentava poc'anzi – tornino ripetutamente ad investire il giudice costituzionale di questioni riguardanti i testi stessi, al punto che quest'ultimo talora si determina – come si diceva – a convertire una precedente decisione di rigetto in una di accoglimento. Ed è interessante notare che il passaggio da una sponda all'altra si avvale non di rado di un'operazione manipolativa, per effetto della quale viene abbandonata l'originaria interpretazione e sostituita con un'altra, in linea appunto con le indicazioni offerte dal “diritto vivente” veicolato dai giudici comuni. La centralità di posto di questi ultimi è, ad ogni buon conto, fuori discussione, sol che si pensi, per un verso, al ruolo da essi giocato in sede di apertura del giudizio di costituzionalità e, per un altro verso, per ciò che è qui di specifico interesse, a ciò che essi fanno in sede di implementazione dei verdetti emessi dalla Consulta, specie di quelli provvisti della maggiore apertura strutturale, quale ad es. si ha nelle additive di principio.

Non è un caso, d'altronde, che le pronunzie dapprima espressamente richiamate si riferiscano tutte a casi in cui i giudici sollecitavano la Corte a far luogo a pronunzie manipolative (e, segnatamente, additive): indice eloquente, questo, di una intraprendenza crescente degli operatori di giustizia che, per vero, si alimenta di una sensibilità costituzionale parimenti accresciuta, in ispecie di una

preoccupazione per le sorti dei diritti inappagati, sicuramente encomiabile, ma che, allo stesso tempo, appare indicativa di una tendenza ad occupare spazi dapprima considerati riservati al solo legislatore. In un certo senso, può dirsi che Corte e giudici comuni si diano manforte a vicenda nell'opera di aggiustamento dei testi normativi, anche se la prima preferisce – come si è veduto – in casi non rari la soluzione della manipolazione per via interpretativa all'altra del rifacimento testuale.

6. I riflessi della flessibilizzazione dei testi sulle vicende della normazione

Le cose fin qui dette agevolano le risposte ai due interrogativi restanti la cui esposizione non richiede dunque un lungo ed articolato discorso.

Le manipolazioni della struttura degli enunciati, quale che sia il modo o la tecnica con cui prendono forma, portano pur sempre al medesimo effetto, che è di rendere viepiù puntuale e concreto il dettato normativo, grazie appunto alle specificazioni concettuali e positive contenute nelle pronunzie della Corte. Per questo verso, non importa, dunque, che esse si abbiano in conseguenza di manipolazioni dei testi ovvero per via meramente interpretativa. Ciò che conta è che, grazie appunto all'intervento della Corte, il dettato in parola si pieghi sempre di più sui casi, conformandosi agli stessi e da essi prendendo forma, esattamente come un vestito fatto su misura si adegua al corpo di chi deve indossarlo.

È vero che qualunque enunciato positivo, frutto della invenzione del legislatore come pure della Corte, non perde comunque – come si diceva – il tratto dell'astrattezza che gli è proprio, potendosi riferire non soltanto al caso che ne origina la venuta alla luce ma ad ogni altro che dovesse in seguito verificarsi. Il carattere della ripetibilità temporale che, secondo una magistrale ricostruzione teorica²⁹, è attribuito proprio di ogni norma giuridica è, pertanto, fatto salvo e dà

²⁹ Il riferimento – com'è chiaro – è ad una nota indicazione di V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale, Le fonti normative*⁵, V ed. aggiornata a cura di F. Crisafulli, Cedam, Padova 1993, 19 ss.

modo a quest'ultima di consegnarsi nelle mani di ogni operatore, esso pure ovviamente impersonalmente considerato, che si trovi a doverne fare utilizzo.

È parimenti vero, tuttavia, che le specificazioni concettuali messe in atto dalla Consulta connotano altresì come *tendenzialmente concreto* ogni enunciato che veda la luce a seguito delle manipolazioni di cui qui si discorre. È il segno questo di una trasformazione della normazione che, peraltro, si situa in un solco lungo il quale si avviano anche altre esperienze, da tempo – come si sa – diffuse e radicate nella pratica giuridica, non infrequenti essendo i casi di leggi tagliate in un certo modo, che si dotino cioè di contenuti particolari sì da adeguarsi a peculiari (e a volte contingenti) situazioni giudicate meritevoli di positiva regolazione.

Sta di fatto che, per effetto della varietà dei casi, le leggi soggiacciono a mai finita riconformazione della loro struttura; e – come si diceva – non poche volte si tratta di una sorta di *work in progress* che si avvale dell'opera ricostruttiva degli operatori chiamati a perfezionare un prodotto uscito comunque grezzo dalle mani del giudice costituzionale.

Certo si è (ed il punto è di cruciale rilievo) che, per l'uno o per l'altro verso, viene a trovarsi in uno stato di palese sofferenza il principio della separazione dei poteri³⁰: vuoi a causa delle manipolazioni apportate ai testi di legge dalla Corte (e, a seguire, dai giudici comuni, in sede di implementazione dei verdetti della prima) e vuoi a motivo della crescente concretezza di cui gli stessi vengono ad essere dotati. Il *vulnus* è, dunque, duplice o, se si preferisce altrimenti dire, può essere colto da due angoli visuali diversi: da un canto, per il fatto che Corte e giudici comuni a volte si commutano, pur nella peculiarità dei ruoli loro propri, in decisori politici; da un altro canto, per il fatto che la legge si fa sempre di più concreta, spogliandosi vistosamente del connotato dell'astrattezza un tempo giudicato suo proprio ed indisponibile³¹. È chiaro, infatti, che il fenomeno può essere riguardato da più punti

³⁰ Dello stato di *stress* in cui lo stesso viene a trovarsi nelle più recenti e salienti esperienze si discorre nel mio *La Costituzione sotto stress e la piramide rovesciata*, cit.

³¹ Era, nondimeno, questa una ricostruzione teorica frequentemente contraddetta da plurime e reciprocamente differenziate esperienze, comunque convergenti verso l'esito di privare la legge degli attributi della generalità ed astrattezza che una lunga tradizione, risalente già ad Aristotele e che ha avuto la sua massima affermazione durante la stagione liberale,

di vista, e segnatamente da quello che si ha laddove si confezionano gli enunciati e dall'altro in cui se ne fa utilizzo per le esigenze della pratica giuridica (in ispecie, nelle aule dei tribunali).

Della trasformazione delle pubbliche funzioni e delle vicende del principio suddetto non può – com'è chiaro – discorrersi qui con la dovuta estensione e l'approfondimento che pure sarebbe allo scopo richiesto. È sufficiente ai fini di questo studio meramente introduttivo ad un'analisi che dovrà farsi in altro e più adeguato luogo mettere in evidenza che le vicende degli atti legislativi in occasione dei giudizi di costituzionalità sono solo la spia di un fenomeno che avvolge – se così può dirsi – l'intero ordinamento, segnandone ed accompagnandone le più salienti movenze ed esperienze.

7. E infine: per effetto delle flessibilizzazioni dei testi risulta indebolita ovvero rinvigorita la vis prescrittiva dei loro enunciati?

Solo talune, scarse notazioni a riguardo dell'ultimo interrogativo che, nondimeno, evoca in campo, per taluni aspetti, anche i restanti.

Gli interventi operati dalla Consulta sui testi di legge rendono testimonianza della strutturale debolezza dagli stessi esibita, per il mero fatto appunto di trovarsi comunque soggetti a trasformazioni. E non è inutile, ancora una volta, rammentare in chiusura, che, pur laddove la Corte dichiara di non poter far luogo a manipolazioni testuali, ugualmente i testi stessi non si sottraggono al raggio d'azione, dalla portata potenzialmente formidabile, dei rifacimenti per via d'interpretazione.

Ora, il bicchiere – come suol dirsi – può essere visto come mezzo pieno ovvero mezzo vuoto. Il monitoraggio costante che vado da anni facendo delle esperienze della giustizia costituzionale mi porta a dire che l'*animus* che sta a base delle

portava a considerare suoi propri, per quanto non mancassero già al tempo riserve e critiche penetranti avverso siffatto modo di intendere la struttura degli atti di normazione per antonomasia (riferimenti nell'uno e nell'altro senso possono, volendo, aversi dal mio *Gerarchia, competenza e qualità nel sistema costituzionale delle fonti normative*, Giuffrè, Milano 1977, spec. 26 ss. e 41 ss.).

operazioni poste in essere dalla Consulta è *sempre* cooperativo, ispirato cioè ad un autentico canone metodico d'azione che porta naturalmente la Corte a far salvi – *perlomeno fin dove possibile* – i testi di legge, pur se col costo, a volte per vero assai elevato, del rifacimento della loro sostanza normativa.

La conclusione è che le leggi sono deboli e forti allo stesso tempo.

Sono l'una cosa, per il mero fatto oggettivo che le manipolazioni si hanno – come si è veduto – assai di frequente, risultando a conti fatti di quotidiano riscontro. Sono, però, anche l'altra cosa, perché grazie alle stesse le leggi hanno modo di radicarsi viepiù nel terreno dell'ordinamento, rendendosi variamente spendibili per le esigenze della pratica giuridica. L'alternativa, infatti, se ci si pensa, sarebbe quella della loro ricorrente caducazione per eccesso di rigidità e complessiva inadeguatezza rispetto ai casi, alla loro incontenibile varietà ed al carattere viepiù pressante che è proprio dei bisogni che ad essi fanno capo. Un esito, questo, tuttavia inaccettabile, dal momento che verrebbero a crearsi di continuo vuoti di normazione intollerabili per gli effetti pregiudizievoli che se ne avrebbero a carico dei diritti della persona e, in genere, di interessi costituzionalmente protetti, effetti a volte maggiori di quelli che pure discendono da una disciplina positiva imperfetta o, diciamo pure, malfatta, tenuta in piedi alla meno peggio, comunque con la stampella offertale dalla Consulta.

Lo scenario che, però, viene in tal modo a delinarsi si presenta a tinte fosche ed appare gravato da una contraddizione forse insanabile. Una normazione lasciata integra nella sua strutturale rigidità appare essere, infatti, irragionevole, siccome comunque discosta dalle peculiari esigenze dei casi. Allo stesso tempo, una normazione resa flessibile *ope juris prudentiae* rende manifesto – in circostanze non sporadiche – lo snaturamento dell'attività dei giudici e degli interpreti in genere, specificamente laddove si abbiano innovazioni testuali che veicolano opzioni politiche ovvero non testuali e, però, a volte, come si è veduto, ancora più incisive di quelle che comportano il sostanziale rifacimento degli enunciati.

Insomma, non v'è – a quanto pare – via d'uscita dal *tunnel*: una normazione tendenzialmente concreta appare, infatti, essere a un tempo *necessaria* e...

impossibile, quanto meno a voler tenere fermo il principio della separazione dei poteri e ciò che esso ha rappresentato (e rappresenta) per lo Stato costituzionale. Una conclusione – come si vede – che, dal punto di vista particolarmente qualificante ed espressivo, della teoria della Costituzione lascia l’amaro in bocca e, a dirla tutta, sconforta ed inquieta.

dirittifondamentali.it

Approccio decisionista e limitazioni della libertà di manifestazione del pensiero: un problema dello Stato costituzionale di diritto

di

Vincenzo Baldini*

Sommario: 1. La libertà di manifestazione del pensiero (lmp) come diritto fondamentale e norma di principio. Un approccio problematico 2. La teoria dei diritti fondamentali come premessa necessaria di ordine esegetico. segue: la teoria istituzionale e la declinazione dei diritti fondamentali come sistema di valori. 3. La libertà costituzionale di manifestazione del pensiero nella Costituzione: tra matrice liberale e connotazione democratico-funzionale e istituzionale. 4. Lmp c/ tutela degli interessi generali concorrenti: aspetti di un problematico bilanciamento. 5. L'orientamento della giurisprudenza. 6. Comunicazione reale e comunicazione post-fattuale, informazione e disinformazione. Una questione costituzionale tutt'altro che risolta. 7. Il divieto di "disinformazione" scientifica nella fase dell'emergenza sanitaria. 8. Libertà di espressione e disinformazione: la normativa dell'Unione europea come problematica limitazione della sfera materiale di garanzia di un diritto costituzionale. 9. Conclusioni. L'accentuazione della caratura istituzionale-democratica della tutela ex art. 21 Cost. nel processo di trasformazione costituzionale.

1. La libertà di manifestazione del pensiero (lmp) come diritto fondamentale e norma di principio. Un approccio problematico.

La libertà di espressione, fin dal pensiero classico e filosofico, è intesa come il presidio fondamentale su cui poggia l'intero complesso delle libertà comunicative, incluse anche la libertà di riunione e quella d'informazione¹. La sua configurazione come diritto fondamentale sancito dalla Costituzione democratica ha oscillato fin dall'origine tra i poli opposti del diritto individuale di difesa, contro indebite ingerenze dell'autorità pubblica, e di libertà strettamente funzionale al corretto

* Professore ordinario di Diritto costituzionale – Università degli Studi di Cassino e del Lazio Meridionale.

¹ Conforme, A. Nußberger, *Kommunikationsfreiheiten*, in M. Herdegen, J. Masing, R. Poscher, F. Gärditz (Hrsg.), *Handbuch des Verfassungsrechts*, München, 2012, p. 1292.

svolgersi del processo democratico, in relazione alla quale, pertanto, non può restare del tutto esclusa la possibilità di più stretta limitazione da parte del legislatore rappresentativo. Di tale libertà, infatti, è propria la descritta “doppia funzionalità”², di ordine individuale, con riferimento al pieno sviluppo della persona, e di ordine generale, con riguardo ad una adeguata formazione di consapevolezza nelle dinamiche del confronto democratico. La declinazione anche in senso assiologico di tale libertà, insomma, non può prescindere da alcuna delle descritte prerogative funzionali ma, anzi, ne impone la considerazione secondo un ragionevole equilibrio degli interessi sottostanti ciascuna di tali prerogative.

Tanto spiega perché la previsione di tale libertà nella Costituzione si ponga sempre al centro di questioni spesso irrisolte, che vanno dalla precipua qualificazione di essa quale diritto funzionale al pieno sviluppo della persona e/o norma-principio a carattere conformativo, fino a giungere alla sua strumentale relazione con l’esercizio dell’autodeterminazione individuale³. Ad ogni modo, forme e limiti del diritto alla libera espressione del pensiero tendono sempre di più a modellarsi -ad opera, in particolare della giurisprudenza- secondo i tratti dell’esperienza contemporanea, finendo per allinearsi alle dinamiche di assecondamento degli interessi politici, anche di livello sovranazionale e/o internazionale, nonché alle acquisizioni del progresso scientifico che indirizzano le forme della vita all’interno della comunità statale. Così, variano nel tempo condizioni e termini del bilanciamento di tale libertà con diritti fondamentali concorrenti ma, soprattutto, con gli interessi di natura generale, anch’essi dotati di copertura costituzionale, correlati all’incremento dei compiti dello Stato e perciò, ad una estensione progressiva dell’azione pubblica⁴. Anticipandosi fin da ora qualche conclusione,

² M. Eifert, N. Wienfort, *Hassrede als Gefährdung der verfassungsrechtlich geschützten offenen Kommunikation unter Freien und Gleichen*, in *Juristen Zeitung (JZ)*, 2023, p. 270, nt. n. 2.

³ Sul punto cfr. R. Grawert, *Das Grundgesetz im Lichte seiner Grundrechte. Eine judikative Entwicklungsgeschichte*, in *Der Staat* 49 (2010), p. 507 ss., part. p. 520, il quale sottolinea come la generazione-Blogger e Twitter, abbia senza problema deciso di immettere i dati personali in rete, per utilizzare il canale del pubblico a scopo di personalizzazione.

⁴ Al riguardo, cfr. soprattutto H. Schulze-Fielitz, *Staatsaufgabenentwicklung und Verfassung. Zur normativen Kraft für das Wachstum und die Begrenzung der Staatsaufgaben*, in D. Grimm (Hrsg.), *Wachsende Staatsaufgaben – sinkende Steuerungsfähigkeit des Rechts*, Baden-Baden, 1990, p. 11 ss.;

può dirsi che tale aumento di compiti dello Stato concorre a giustificare la prefigurazione di limiti sempre più stringenti alla libertà individuale di manifestazione del pensiero, flettendola -per così dire- alle istanze unitarie comuni connesse alla realizzazione di tali compiti. In quest'ordine di idee trova riferimento anche la considerazione di disvalore dell'eccesso d'informazione (infodemia), declinato perciò come pericoloso per l'esercizio adeguato della libertà di manifestazione del pensiero e per il corretto svolgimento del processo democratico. Le aspettative costituzionali connesse alla natura di libertà negativa della garanzia ex art. 21 Cost., mirata tra l'altro alla libera formazione di una consapevolezza da parte del singolo nel contesto di un libero pluralismo informativo, vengono ad incrociarsi sempre di più con un complesso di interessi o aspettative unitarie, ritenute suscettibili di ricevere pregiudizio da un cattivo esercizio di tale libertà. Rileva, a tale riguardo, l'importanza assunta dalle nuove forme di comunicazione attraverso i *social* (Instagram, Facebook, X-ex-Twitter, etc.) che hanno notevolmente esteso lo spettro dell'informazione e della manifestazione del pensiero ben oltre lo spazio tradizionale dell'informazione oggettivamente vera e storicamente riconoscibile. L'impiego e regolazione di tali piattaforme, soprattutto al livello europeo, concorre tuttavia ad accrescere lo spessore problematico, sul piano costituzionale, dell'esercizio di tale libertà.

2. *La teoria dei diritti fondamentali come premessa necessaria di ordine esegetico.*

Preliminarmente, va riconosciuta una certa fondatezza all'assunto secondo cui ogni interpretazione dei diritti fondamentali, sul piano dogmatico come anche su quello legislativo e giurisprudenziale, risente, più o meno consapevolmente, di una previa assunzione di prospettiva, riconducibile a ben vedere ad una specifica teoria dei diritti fondamentali. Si tratta, al riguardo, di "un'interpretazione sistemicamente orientata del carattere generale, dell'indirizzo di scopo normativo, e della portata

nonche ivi, D. Grimm, *Der Wandel der Staatsaufgaben und die Krise des Rechtsstaats*, p. 291 ss. Inoltre, di quest'ultimo A., v. anche Id., (Hrsg.), *Staatsaufgaben*, Baden-Baden, 1994.

sostanziale dei diritti fondamentali". Peraltro, come bene si rileva, ogni possibile interpretazione "ha il suo punto di relazione (di orientamento sistemico), di regola, in una determinata accezione dello Stato e/ o in una determinata teoria della Costituzione"⁵.

Quanto detto, rende manifesta la base essenziale su cui viene a fondarsi ogni possibile accezione -di tipo liberale, istituzionale e/o funzionale-democratico- della Imp e la connessione causale di quest'ultima con un determinato senso dello Stato e della Costituzione, inquadrati in una relazione di influenza e condizionamento reciproci. Ciò tanto più in quanto lo Stato costituzionale democratico del '48, non più marcato come quello liberale dal principio di non-identificazione⁶ si vincola a un sistema "obiettivo" di valori che non consente al singolo la libera scelta se aderire o meno ad una certa *Weltanschauung* ⁷.

La Costituzione italiana, come la gran parte di quelle coeve all'esperienza del II dopoguerra, è marcata infatti dalla non neutralità rispetto ai valori, i quali assumono una portata conformativa, seppure unicamente attraverso un condizionamento dell'impegno esegetico delle norme costituzionali, anche delle complesse dinamiche politiche e sociali presenti nell'ordinamento.

Si tratta di un percorso anche di ordine storico-evolutivo che allontana un'accezione in senso puramente *liberale* dei diritti, basata su un insuperabile antagonismo di Stato e società civile⁸, da cui deriva, in origine, una netta distinzione tra sfera del pubblico, o dell'autorità; e sfera del privato, o della libertà, in cui il primo, attraverso il potere esecutivo, non poteva, di regola, ingerirsi. In questo contesto, rinvenibile negli ordinamenti statali europei dell'Ottocento -con l'eccezione del Regno Unito- come esito di moti rivoluzionari contro l'assolutismo regio, la libertà non è ritenuta come una creazione dell'ordinamento statale, alla cui garanzia lo Stato stesso è predisposto, ma si configura come un *prius* naturale,

⁵ E.-W. Böckenförde, *Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation* (1974), ora anche in Id., *Staat, Verfassung, Demokratie*, Frankfurt am Main, 2. Aufl., 1992, p. 115 ss, part. p. 116.

⁶ Su tale principi v. innanzitutto H. Krüger, *Allgemeine Staatslehre*, Stuttgart, 1964, p. 178 ss.

⁷ H. Krüger, *Allgemeine Staatslehre*, Stuttgart, 1964, p. 181.

⁸ Sul punto, v. E.-W. Böckenförde, *Die Bedeutung der Unterscheidung von Staat und Gesellschaft im demokratischen Sozialstaat der Gegenwart* (1972), ora anche in Id., *Recht, Staat, Freiheit*, Frankfurt am Main, 2. Aufl., 1991, p. 209 ss.

presupposta rispetto all'esistenza di quest'ultimo⁹. In tale sua connotazione essa si atteggia come *funktionslose Freiheit*, priva del tutto di necessaria portata funzionale, insomma -per dirla con le parole di E.-W. Böckenförde- come *Freiheit schlechthin*¹⁰ non, invece, come *Freiheit "um...zu"*¹¹.

In tal senso, il nucleo sostanziale della libertà quale diritto costituzionale si mostra presupposto rispetto alla volontà del legislatore che, pertanto, è competente unicamente a fissare limiti al suo esercizio¹²: "non è la legge a porre contenuto e misura al diritto fondamentale" ma, al contrario, essa riceve "dalla garanzia di libertà propria del diritto fondamentale misura e contenuto"¹³.

Ad un tale approccio teoretico, in cui il concetto di libertà figura quale principio ordinatore dominante dell'assetto giuridico, fa tuttavia da *pendant* l'indifferenza dello Stato verso i presupposti sociali di realizzazione della libertà quale diritto costituzionale¹⁴. Si spiega così il ricorso al criterio di proporzionalità per la verifica della legittimità dei limiti all'esercizio imposti dalla legge¹⁵.

segue: *l'inquadramento istituzionale e la declinazione dei diritti fondamentali come sistema di valori.*

La valorizzazione in chiave istituzionale di un diritto fondamentale presenta differenze rispetto all'accezione liberale giacché a rendersi prevalente, nella prima, è la natura di principio istituzionale del diritto in questione relativo all'ambito di vita tutelato dallo stesso diritto¹⁶. Tale accezione vale a legittimare, in capo al legislatore ordinario, una dilatazione dello spazio di intervento discrezionale, con l'obiettivo di dare attuazione alla norma di principio per la regolazione di oggetti e situazioni ricadenti entro l'ambito materiale specifico del diritto fondamentale

⁹ E.-W. Böckenförde, *Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation* cit., p. 119.

¹⁰ H. Krüger, *Allgemeine Staatslehre*, Stuttgart, 1964, p. 536 ss., part. p. 538.

¹¹ E.-W. Böckenförde, *Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation* cit., p. 120.

¹² *Ibidem*, p. 121.

¹³ *Idem*.

¹⁴ *Ibidem*, p. 123.

¹⁵ *Ibidem*, p. 122.

¹⁶ *Ibidem*, p. 124.

interessato. In tale prospettiva, la legge non opera soltanto nella direzione di limitare la portata della relativa garanzia costituzionale bensì anche in quella, più elaborata, di dare pieno sviluppo e realizzazione alla norma costituzionale di principio. Il diritto fondamentale, in tal caso, non si inquadra più come una libertà assoluta ma risulta mirato all'attuazione o, comunque, al consolidamento della specifica struttura obiettivo-istituzionale dell'ordinamento che lo caratterizza¹⁷. Tanto, come è stato rilevato, non argina l'ipotesi di un'effettiva subordinazione della libertà del singolo ai tratti istituzionali¹⁸ che possa giungere fino a tradurre la libertà in privilegio¹⁹.

In un'accezione precipuamente assiologico-funzionale, i diritti fondamentali sono strumentali al fine dell'integrazione sociale, a cui lo Stato deve attendere principalmente attraverso l'attuazione di tali norme costituzionali²⁰. Tali diritti, infatti, convertono in forma normativa "un sistema di valori²¹ attraverso cui i singoli acquisiscono uno «status materiale» e si riconoscono come unità di un popolo "di carattere nazionale"²².

Il progressivo affermarsi di una Costituzione per valori consolida, per un verso, il ricorso al principio di proporzionalità come criterio di determinazione dei limiti ai diritti fondamentali, ispirato al bilanciamento degli interessi concorrenti²³. Nel contempo, riesce esaltata la connotazione assiologica di questi ultimi quali norme-

¹⁷ E.-W. Böckenförde, *Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation* cit., p. 126.

¹⁸ *Ibidem*, p. 129.

¹⁹ *Idem*.

²⁰ *Idem*.

²¹ Cfr. la posizione critica di E.-W. Böckenförde, *Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation* cit., p. 132, secondo cui non si rende chiaro ed evidente, nella specie, "né un razionale fondamento per valori e ordinamento di valore né un sistema razionalmente riconoscibile e discutibile di priorità per la determinazione di una gerarchia di valori e un bilanciamento di questi basato su tale gerarchia".

²² *Ibidem*, p. 129.

²³ *Ibidem*, *Die Methoden der Verfassungsinterpretation - Bestandsaufnahme und Kritik* (1976), ora anche in *Id.*, *Staat, Verfassung, Demokratie*, Frankfurt am Main, 2. Aufl., 1992, p. 53 ss., part. p. 82, che sottolinea la reciproca correlazione tra i metodi dell'interpretazione costituzionale e lo specifico concetto o la specifica teoria della Costituzione che ad essi sottende. Sulla Costituzione come volontà e rappresentazione, v. anche G. Frankenberg, *Die Verfassung der Republik*, Frankfurt am Main, 1997, p. 15 ss.

principio²⁴, la cui efficacia si proietta in ogni ambito dell'esperienza sociale. La realizzazione dei diritti in parola come forma di attuazione di valori costituzionali diventa, così, il risultato di un'elaborazione umanistica, di per sé lontana dal metodo giuridico²⁵. La specificazione del loro contenuto si risolve essenzialmente in un "accertamento del senso" di tali valori, espressi attraverso la previsione normativa della Costituzione²⁶. L'inquadramento sistematico di ogni singolo valore posto a base dell'ordinamento si rende possibile attraverso una correlazione "con la coscienza spirituale-culturale dei valori del tempo"²⁷.

L'altra faccia della medaglia di un siffatto approccio esegetico si intravede nel rischio di relativizzazione del diritto alla libertà individuale²⁸ giacché al "compimento del valore espresso nel e attraverso il diritto fondamentale" attiene la possibilità di un esercizio di tale libertà che, rispettivamente, realizza il valore o, invece, lo mette in pericolo²⁹. Anche quando la logica teoria dei valori sembra in grado di offrire soluzioni praticabili al problema del conflitto tra diritti concorrenti, come a quello dell'interazione di più diritti fondamentali, essa non nasconde il pericolo di una tirannia del valore di volta in volta inteso come quello preminente rispetto a quelli considerati più deboli³⁰. Il metodo del bilanciamento degli interessi concorrenti non sembra di per sé produrre sempre un'oggettiva giustificazione di ciò che invece, si comprende solo come razionalità della decisione. Tale metodo cela scelte che "acquisiscono in questo modo ... una apparenza razionale" ma, a ben vedere, rivelano tratti di un "decisionismo giurisdizionale o interpretativo"³¹.

²⁴ "Essi ottengono il loro reale valore come deflusso/esito dei fondamenti di valore di una comunità e come espressione di una decisione sui valori, che questa comunità assume per sé stessa": E.-W. Böckenförde, *Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation* cit., p. 130.

²⁵ Idem.

²⁶ "ciò che può determinarsi unicamente attraverso il ricorso ad un approccio esegetico di tipo umanistico": E.-W. Böckenförde, op. ult. cit., p. 130.

²⁷ Ibidem, p. 131. Significativa l'interpretazione di Rudolf Smend del riferimento alle "leggi generali", di cui all'art. 118 WV, ivi riportata (p. 131), secondo cui la generalità altro non è che "la generalità di quei valori della comunità che, come tali, hanno la precedenza sulle affermazioni dei diritti fondamentali pensate in senso individualistico".

²⁸ Idem.

²⁹ Ibidem, p. 131, ove l'A. specifica come nella specie la singola libertà si sottomette alla logica della valorizzazione (*Aufwertung*) e della svalutazione/indebolimento (*Abwertung*).

³⁰ Ibidem, p. 132.

³¹ Ibidem, p. 133.

Rispetto a tali prospettive, la considerazione dei diritti secondo un approccio *democratico-funzionale* può intendersi come *species* all'interno di un più vasto *genus* inerente ad un'interpretazione dominata da un approccio di tipo assiologico. In questo caso, i diritti fondamentali integrano fattori costitutivi dell'effetto di "un libero processo di creazione dello Stato"³² secondo il corretto funzionamento del sistema democratico. Rispetto a tale esigenza, infatti, vengono a definirsi anche i limiti o le modalità che attengono all'esercizio di tali diritti³³.

Nell'ottica funzionale che si considera, un'importanza del tutto parziale assume la natura dei diritti fondamentali quali libertà negative, diritti di difesa contro le ingerenze arbitrarie dell'autorità nella sfera privata dell'individuo. In un modo analogo a quanto accade nella declinazione dei diritti come valori, la libertà non si realizza nella specie come condotta ispirata dall'arbitrio della volontà ma è condizionata e, in qualche modo, indirizzata dalla funzione pubblica cui la stessa risulta preposta, di uno svolgimento "normale" del processo democratico³⁴. La garanzia della libertà diventa così "un mezzo mirato al fine di rendere possibile e dare sicurezza a tale processo"³⁵, con l'effetto che la scelta circa il suo esercizio si relativizza fino a trasformare la condotta individuale in condotta d'ufficio, connessa ad un preciso obbligo (costituzionale)³⁶.

L'approccio teoretico di tipo funzionale trova poi un'ideale evoluzione, anche di tipo culturale, nella *teoria statalistico-sociale* dei diritti fondamentali, in cui la surrogazione dello spazio di vita sociale a quello dell'autarchia individuale³⁷ è la conseguenza, tra l'altro, di una riconosciuta carenza in molti soggetti dei presupposti di natura sociale necessari per la realizzazione delle garanzie giuridiche di libertà. Rinviare, per la sussistenza di tali presupposti, alle sole

³² Idem.

³³ Die Grundrechte sind dem Staatsbürger nicht zur freien Verfügung eingeräumt, sondern in seiner Eigenschaft als Glied der Gemeinschaft und damit auch im öffentlichen Interesse": BVerfGE, 14, 21 (25) come richiamata in E.-W. Böckenförde, op. ult. cit., p. 133.

³⁴ E.-W. Böckenförde, *Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation* cit., p.134.

³⁵ „Inhalt und Tragweite der Freiheit bestimmen sich nach der Funktion, der sie dient": E.-W. Böckenförde, op. ult. cit., p. 134.

³⁶ Ibidem, p. 135. Conforme, H. Krüger, op. cit., p. 538 ss.

³⁷ E.-W. Böckenförde, *Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation* cit., p. 136.

capacità individuali e senza alcun intervento dello Stato, equivale in tale prospettiva a rendere le dette garanzie formule vuote e prive di senso reale. I diritti fondamentali, oltre ed accanto alla loro valenza di libertà negative, divengono costitutivi di pretese giuridiche soggettive di prestazione nei confronti del potere pubblico³⁸. Ne deriva, per lo Stato, un obbligo corrispettivo di creare i presupposti sociali necessari per la realizzazione dei diritti di libertà, quale garante “dell’effettività della libertà nella realtà costituzionale”³⁹. Le suddette pretese di prestazioni o di partecipazione a istituzioni statali o create dallo Stato, per la realizzazione dei diritti fondamentali⁴⁰ impegnano in modo vincolante, come *Verfassungsaufträge*, il legislatore e il potere esecutivo alla loro realizzazione.”⁴¹.

L’esito ultimo di tale complessità che inerisce alla natura dei diritti fondamentali nello Stato democratico ne descrive, nel contempo, la loro versatilità assiologica e lascia, perciò, inevitabilmente affievolire la linea di confine tra sfera pubblica (dell’autorità) e sfera privata. D’altro verso, induce alla creazione di un pluralismo di metodi e tecniche esegetiche, in cui si dissolve il senso e la portata propriamente garantista delle riserve (anche rinforzate) di legge⁴², surrogato dal ricorso alla teoria della essenzialità della legge⁴³.

3. *La libertà di manifestazione del pensiero nella Costituzione: tra matrice liberale e connotazione democratico-funzionale e istituzionale.*

L’originaria natura di libertà negativa della Imp nella Costituzione repubblicana del ’48 (art. 21 Cost.) trova conferma, innanzitutto, nella sua collocazione all’interno del Titolo I, della Parte I sui “Diritti e doveri del cittadino”, recante la denominazione: “Rapporti civili”, accanto al contesto degli altri classici diritti fondamentali di difesa (*Abwehrrechte*). Ciò, ad ogni modo, non porta a sminuire la

³⁸ Ibidem, p. 137.

³⁹ Idem.

⁴⁰ Idem.

⁴¹ Idem.

⁴² Sul punto, cfr. G. Amato, *Libertà (dir. cost.)*, in *EdD*, XXIV, Milano, 1974, p. 272 ss., part. p. 277.

⁴³ Al riguardo, cfr. , E. Denninger, *Orbestimmung des Gesetzes* (1993), ora anche in *Id.*, *Der gebändigte Leviathan*, Bande-Baden, 1990, p. 15 ss., part. p. 19.

sua essenziale portata istituzionale e funzionale, quale forma di garanzia del pluralismo comunicativo, rispetto ai caratteri dello Stato democratico. Tale libertà, può dirsi, fin dall'origine si rivela come bifronte, imponendo di conseguenza la ricerca e definizione -innanzitutto da parte del legislatore ordinario- di un permanente equilibrio tra versante personalistico e versante democratico-funzionale della stessa.

Il carattere fondamentale di tale libertà, del resto, trova espressione, oltre che nel dettato costituzionale, in una serie di altre fonti, di livello internazionale ed europeo, più o meno coeve, dalla Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo deliberata dall'Assemblea delle Nazioni Unite (1948: artt. 18-19), alla Convenzione EDU del 1950⁴⁴ (artt. 8-9), per arrivare in fine alla Carta dei diritti fondamentali UE (2000), in cui, più propriamente, la libertà in questione si scompone e si specifica nella tutela, rispettivamente, della libertà di pensiero (art. 10) e della libertà di comunicazione (art. 11).

Con specifico riguardo al primato dell'istanza personalista nella Carta costituzione italiana, tale libertà risulta più in generale correlata senz'altro alla garanzia dell'autodeterminazione individuale in materia di comunicazione nei confronti di ogni azione ostativa dell'autorità pubblica⁴⁵. Nella direzione di attendere all'obiettivo di pieno sviluppo della persona (art. 2 Cost.) essa, nel complesso dei diritti civili, si configura come una manifestazione di arbitrio (*Freiheit schlechthin*)⁴⁶, emancipata da ogni vincolo assiologico ma sottoposta ai soli limiti espressi riguardanti l'esercizio della stampa (art. 21 c. 3 Cost.)⁴⁷. In tal senso, si adombra uno iato logico con la sua valenza funzionale di libertà strumentale alla realizzazione del principio democratico, tuttavia, tale antinomia è destinata a

⁴⁴ ..ratificata e resa esecutiva con l. n. 848/1955.

⁴⁵ "Teoria dei diritti fondamentali significa un'interpretazione sistematicamente orientata del carattere generale, dell'indirizzo di scopo normativo, e della portata sostanziale dei diritti fondamentali. Essa ha il suo punto di relazione (di orientamento sistemico), di regola, in una determinata accezione dello Stato e/ o in una determinata teoria della Costituzione": così, E.-W. Böckenförde, *Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation* cit., p. 116.

⁴⁶ Ibidem, p. 120; v. inoltre H. Krüger, *Allgemeine Staatslehre*, Stuttgart, 1964, p. 536 ss., part. p. 538.

⁴⁷ A parte, naturalmente, il complesso dei limiti intrinseci desumibili dalla stessa Carta costituzionale.

recedere nella misura in cui la descritta portata funzionale resti contenuta nella sola tutela di un pluralismo dei mezzi e della comunicazione. Non si esclude in principio l'integrazione nella sfera materiale di garanzia di tale diritto ogni espressione di pensiero come attuazione dell'autodeterminazione individuale in materia, senza eccezione per i discorsi d'odio e per una comunicazione anche di tipo emozionale (v. *infra*). La Imp assicura e rende possibile, così, un confronto tra soggetti eguali⁴⁸, realizza il naturale e originale bisogno dell'uomo "di comunicare agli altri" poiché in essa trova una forma di effusione il "respiro spirituale" della persona⁴⁹. Si rende evidente, così, il nesso di tale libertà con il pieno sviluppo della persona, al cui effettivo compimento l'ordinamento giuridico è impegnato non soltanto attraverso la garanzia della intangibilità di spazi di autonomia individuale ma anche attraverso il concorso attivo dei poteri pubblici nella creazione o protezione delle condizioni che rendono possibile tale autonomia (art. 2 ss. Cost.). Come libertà naturale⁵⁰, quella di manifestazione del pensiero resta anche nello Stato democratico in qualche modo presupposta rispetto all'esistenza stessa dello Stato⁵¹, per cui il compito della legge non si propaga fino a determinarne i contenuti poiché quest'ultima riceve dalla prima "misura e contenuto" ⁵². Pertanto, nella stretta connessione funzionale tra esercizio della Imp e sviluppo della personalità (art. 2 Cost.) il riferimento al fine della comunicazione deve restare, di regola, estraneo al contenuto della garanzia ex art. 21 Cost. Ne consegue che si mostra astrattamente irrilevante, al fine suddetto, la condizione di verità dei contenuti, del pari, resta aliena dalla portata di tale garanzia l'aspetto relativo alla

⁴⁸ Al riguardo, v. pure E. Denninger, *Rechtsstaat* in E. Denninger, K. Lüderssen., *Poliyei und Strafprozeß im demokratischen Rechtsstaat*, Frankfurt am Main, 1978, p. 67 ss, part. p. 69.

⁴⁹ Così espressamente, S. Müller-Franken, *Meinungsfreiheit im freiheitlichen Staat*, Paderborn, 2013, p. 19 ss.

⁵⁰ Il concetto di libertà naturale -originariamente impiegato soprattutto da G. Jellinek, *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, 2. unver. Nachdruck, Darmstadt, 1963, p. 45 - è ripreso anche in T. Kingreen, R. Poscher, *Die Ausgestaltung von Grundrechten*, in *Juristen Zeitung (JZ)*, 2022, p. 961 ss., part. p. 964, ai fini della determinazione della distinzione tra limiti interni e limiti esterni alla garanzia costituzionale.

⁵¹ E.-W. Böckenförde, *Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation* cit., p. 119.

⁵² *Ibidem*, p. 121. In un ordine di idee in cui la libertà è principio ordinatore dominante mentre alla legge è data la previsione dei suoi limiti, trova poi giustificazione il ricorso al paradigma della proporzionalità quale criterio per misurare la legittimità di tali limiti (p.122).

correttezza della comunicazione, almeno fino a quando verità e correttezza non giungano ad essere qualificati, alla luce della stessa norma costituzionale, come attributi necessari della garanzia in questione in relazione specifica al rapporto con diritti o interessi concorrenti⁵³ potenzialmente pregiudicati da un'espressione di pensiero non corrispondente a verità. In altre parole, stante l'obiettivo impossibilità di dedurre dall'art. 21 Cost. un limite intrinseco di verità oggettiva della manifestazione di pensiero, quest'ultimo può in principio rilevare come condizione necessaria per fattispecie concrete, in un quadro di ragionevole bilanciamento degli interessi costituzionali in campo.

L'accezione liberale in cui ha risalto il "concetto individualistico della libertà"⁵⁴ inteso come un "*prius* rispetto alla sua caratteristica funzionale"⁵⁵ resta, anche in tal caso, quella primaria, come riferita anche alla dottrina classica in materia. Non si manca di rilevare al riguardo "la natura «privilegiata»" della libertà in questione "*quale che sia il contenuto che a volta a volta si esprime* (corsivo mio: n.d.r.)"⁵⁶. In ogni caso, si privilegi il profilo della garanzia individuale o, invece, quello connesso alla valenza istituzionale e/o democratico-funzionale della Imp, un denominatore comune può farsi consistere, comunque, nella generale ampiezza della sfera materiale di tutela, in cui rientra qualunque «messaggio» si intenda diffondere⁵⁷, nel rispetto dei diritti altrui e della preservazione di beni (onore, etc.) ritenuti dal legislatore meritevoli di tutela.

La libertà in parola integra una "«garanzia di espansione sociale»", a supporto di una partecipazione che può "arricchire la comunità, del libero e cosciente apporto del singolo, e il singolo, dell'integrazione culturale che ne nasce"⁵⁸. Non è, infatti, la natura democratica dello Stato ad avere per conseguenza il riconoscimento della

⁵³ Così espressamente, S. Müller-Franken, *Meinungsfreiheit im freiheitlichen Staat*, Paderborn, 2013, p. 20.

⁵⁴ P. Barile, *Libertà di manifestazione del pensiero*, Milano, 1975, p. 11, che tuttavia precisa come non possa negarsi che la garanzia di buon funzionamento del sistema democratico rinverga un presidio fondamentale proprio nella tutela della libertà di manifestazione del pensiero.

⁵⁵ P. Barile, *Libertà di manifestazione del pensiero*, Milano, 1975, p. 11.

⁵⁶ *Ibidem* p. 12.

⁵⁷ *Idem*.

⁵⁸ *Idem*, ove si richiama, al riguardo, il pensiero di Carlo Esposito (nt. n. 27).

Imp, «sicché possa determinarne la funzione e i limiti», sono, piuttosto, “le ragioni ideali” del riconoscimento di quella libertà (il *valore della persona umana*) che conducono “all’affermazione dello Stato democratico»⁵⁹.

Nell’ordine di idee di valorizzarne l’attinenza con la sfera intima della persona, sono state escluse dalla specifica sfera costituzionale di garanzia di tale libertà unicamente le manifestazioni non rispondenti “alle interiori persuasioni o all’interiore pensiero”⁶⁰. Ma, a parte le difficoltà di qualificare una comunicazione come rispondente o meno ad una persuasione interiore di chi l’abbia resa, resta il fatto che la *ratio* di tale affermazione, pur comprensibile, non alleggerisce il carico delle questioni interpretative che investono l’art. 21 Cost. Nondimeno, anche tale posizione dottrinale rivela, in modo implicito, l’inesistenza di un obbligo assoluto di verità quale ordinaria condizione per il valersi della garanzia costituzionale. Quest’ultima include, si è detto (v. *supra*), ogni (corsivo mio: n.d.r.) espressione di pensiero in linea con le “effettive convinzioni e valutazioni” del singolo⁶¹.

La non punibilità dell’ “obiettivamente erroneo” nella comunicazione, in particolare, è rilevata da *Alessandro Pace* non tanto in ragione della (ir)rilevanza della condotta, sul piano penalistico o civilistico, “quanto dalla stessa garanzia costituzionale dell’art. 21 Cost.”⁶² che tutela “non le sole manifestazioni obiettivamente veritiere ma tutte le manifestazioni del «proprio» pensiero, tali essendo le espressioni di fatti obiettivamente errati, qualora in buona fede essi vengano ritenuti veri da parte di chi ne afferma l’esistenza”. La posizione liberale di *Pace* si arresta, nondimeno, alla soglia del “pensiero «subiettivamente falso»”, distinto dal «falso oggettivo», accordandosi al solo pensiero originale (con esclusione, dunque, della prima fattispecie) la tutela ex art. 21 Cost.⁶³. Nessuna copertura costituzionale tale previsione concede -secondo *Pace*- alla manifestazione

⁵⁹ C. Esposito, *La libertà di manifestazione del pensiero nell’ordinamento italiano*, Milano 1958, p. 11, come citato in P. Barile, *Libertà di manifestazione del pensiero*, Milano, 1975, p. 11 (nt. n. 29).

⁶⁰ C. Esposito, op. ult. cit., pp.36/37.

⁶¹ C. Esposito, op. cit., pp.36/37, seppure lo stesso A. seppure giunge a comprendere nella garanzia costituzionale dell’art. 21 Cost. soltanto le “manifestazioni veritiere”.

⁶² A. Pace, *Problematica delle libertà costituzionali*, Parte speciale, 2. Ed., Padova, 1992, p. 397.

⁶³ A. Pace, M. Manetti, *Art. 21. La libertà di manifestazione del proprio pensiero*, in AA.VV., *Commentario alla Costituzione*, Bologna, 2006, p. 88 ss..

di un pensiero consapevolmente falso e tale conclusione sembra delineare un limite strutturale della stessa previsione giacché lo stesso A. non giustifica la suddetta esclusione con riferimento alla tutela di altra libertà o specifico interesse costituzionale concorrente. Egli non giunge ad affrontare la questione della relazione tra espressione del pensiero (anche di quello consapevolmente falso) e sviluppo della personalità individuale, sia in relazione all'arbitrio dell'autodeterminazione individuale sia, anche, in considerazione dell'importanza crescente che assume, nell'esperienza contemporanea, la cd. comunicazione post-fattuale (v. *infra*).

Nella prospettiva ora esposta, dunque, si lascia dedurre comunque una certa marginalità del "parametro" della verità oggettiva nella garanzia costituzionale della libertà di manifestazione del pensiero. La peculiare valorizzazione del nesso di strumentalità tra lmp e pieno sviluppo della persona porta a qualificare in senso ampio la sfera materiale della garanzia in parola rendendo problematica la generale esclusione dalla stessa anche delle notizie soggettivamente e volutamente false (*fake news*), come anche dei cd. discorsi d'odio: dirimente, in entrambi i casi, è l'esistenza di una consapevole volontà comunicativa, seppure attraverso un pensiero privo nella sostanza di verità oggettiva⁶⁴.

La correlazione tra autodeterminazione in materia comunicativa e sviluppo della personalità, ex art. 2 Cost., non può non indurre a conferire considerazione preminente a tale volontà più che al contenuto -oggettivamente vero o falso- della comunicazione, salvo i casi in cui la falsità della comunicazione possa essere causa di pregiudizio o lesione di interessi generali e/o diritti concorrenti, rispetto ai quali tale libertà naturale appare bisognosa di bilanciamento.

4. *Lmp c/ tutela degli interessi generali concorrenti: aspetti di un problematico bilanciamento.*

⁶⁴ In tema, cfr. anche B. Raue, *Meinungsfreiheit in sozialen Netzwerken*, in *JZ* 2018, p. 961 ss., part. pp.967-968.

La linearità e coerenza dell'accezione propriamente liberale del diritto alla libera espressione del pensiero s'intorbida fino a trascolorare nel corso di un'esperienza in cui lo sviluppo della portata regolatrice dei diritti fondamentali quali norme-principio si accompagna ad un'accentuazione della loro natura funzionale ed all'esigenza di bilanciarne l'esercizio con gli interessi generali sottostanti l'adempimento dei compiti dello Stato. Si rafforza, innanzitutto, l'argomentazione dell'esistenza di limiti costituzionali intrinseci ad ogni diritto fondamentale mentre il ruolo della legge si determina in modo diverso in ragione del mutevole fine - limitazione del potere o sviluppo del principio- connesso alla prevalenza dell'una o dell'altra natura assiologica dello stesso diritto⁶⁵.

In quest'ordine di idee, il richiamo alla verità della comunicazione pubblica assume una più diretta consistenza giuridica, quale presupposto e condizione della garanzia costituzionale ex art. 21 Cost., in particolare, per la garanzia di un corretto svolgimento del confronto democratico come anche per la salvaguardia di interessi comuni (salute, clima, energia etc.).

Nella specie, non tanto rileva l'ipotesi di un'originaria esclusione dalla sfera materiale di garanzia della falsità dell'informazione/comunicazione quanto, soprattutto, la verità di quest'ultima è intesa in una diretta connessione causale con la sicurezza del Bene o interesse generale di portata costituzionale.

Una siffatta impostazione, per un verso, delinea i tratti di un mutamento nell'originaria relazione funzionale tra Imp e democrazia limitata, si è detto, alla (sola) aspettativa di un pluralismo della comunicazione (v. *supra*). D'altro verso, una tutela così limitata della Imp non sembra del tutto coerente con tale aspettativa strumentale all'effettività dello Stato democratico. Una siffatta aspettativa non si lega di necessità alla considerazione che la libertà in parola sia causalmente preordinata alla sola informazione *stricto sensu*, come richiamo, cioè, a fatti ed accadimenti storicamente veri, essa piuttosto, pone a base del discorso razionale e del modello di democrazia deliberativa un pensiero maturato

⁶⁵ Sul concetto di limiti costituzionali immanenti al diritto o libertà fondamentale, v. tra gli altri E.-W. Böckenförde, *Schutzbereich, Eingriff, verfassungsimmanente Schranke – Zur Kritik gegenwärtiger Grundrechtsdogmatik*, in *Der Staat*, 42 (2003), p. 165 ss.

dall'autodeterminazione in materia informativa, frutto di selezione nel quadro del suddetto pluralismo delle fonti⁶⁶.

In altre parole, si assiste ad una evoluzione della garanzia costituzionale di metodo, attinente alle modalità della comunicazione, in una garanzia sostanziale attinente anche alla previa limitazione dei contenuti della comunicazione, che riduce molto la libertà del singolo, nel contesto di un pluralismo esistente ⁶⁷, di determinare in modo autonomo la decisione circa l'affidamento o meno a certe fonti di informazione, ai fini di una consapevole formazione della propria coscienza politica e sociale. Nell'originaria prospettiva di metodo, nessun rilievo riveste, in principio, la natura -vera o falsa- dell'informazione, è solo il dato obiettivo del pluralismo attraverso cui il singolo realizza il proprio diritto ad informarsi ed essere informato⁶⁸, al centro dell'aspettativa costituzionale connessa all'art. 21 Cost.

Per quanto sin qui si è venuto dicendo, appare chiaro che nell'iniziale configurazione matrice democratico-funzionale e matrice liberale del diritto in questione, che opera anche quale fattore dell'integrazione sociale ⁶⁹ non necessariamente entrano in una potenziale collisione bensì, congiuntamente, esse tendono a svelare la struttura di valore essenziale della Costituzione repubblicana del '48.

La garanzia della libertà ex art. 21 Cost., in definitiva, si pone un punto essenziale nello snodo delle dinamiche d'integrazione ⁷⁰ quale termine di formazione e tutela di un'identità "di carattere nazionale" ⁷¹ basata, tra l'altro, sul pluralismo del confronto comunicativo che opera, pertanto, anche oltre e diversamente dalla

⁶⁶ In tema, v. soprattutto J. Habermas *Drei normative Modelle der Demokratie: Zum Begriff deliberativer Demokratie* (1992), ora anche in Id., *Die Einbeziehung des Anderen*. Frankfurt a. M. 1996, p. 277 ss..

⁶⁷ Così espressamente, S. Müller-Franken, *Meinungsfreiheit im freiheitlichen Staat*, Paderborn, 2013, p. 20.

⁶⁸ V. in particolare A. Loiodice, voce *Informazione (diritto alla)*, in *Enc. dir.*, XXI, Milano 1971, p. 472 ss., nonché Id., *Problematica costituzionale dell'informazione*, Bari, 1973, part. p. 57 ss.

⁶⁹ R. Smend, *Verfassung und Verfassungsrecht*, München und Leipzig, 1928, p. 35 ss.; nonché Id., *Das Recht der freien Meinungsäußerung*, in *VVDStRL* 4 (1928), p. 4 ss.

⁷⁰ E.-W. Böckenförde, *Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation* cit., p. 130.

⁷¹ *Ibidem*, p. 129.

naturale portata come forma di esternazione della libera esistenza soggettiva. Unitamente al fine di dare impulso al pieno sviluppo individuale, tale libertà concorre a favorire la coesione sociale come premessa e, al tempo stesso, condizione necessaria dell'unità politica dello Stato⁷², nell'aspettativa legittima al pieno compimento del principio democratico. Attraverso la garanzia dell'autodeterminazione in materia⁷³, l'art. 21 Cost. si configura, dunque, anche come presidio di valorizzazione del cittadino, stabilizzandone il collegamento funzionale con la persona nel contesto dell'esperienza della società democratica⁷⁴.

5. L'orientamento della giurisprudenza.

Siffatta condizione ma, prima ancora, la consapevolezza di una stretta connessione funzionale tra il piano individuale e quello istituzionale e/o democratico-funzionale della garanzia non sembra ancora trovare un pieno riconoscimento nell'orientamento della giurisprudenza che, con riguardo al contenuto, tende a delimitare *a priori* la portata della garanzia ex art. 21 Cost.⁷⁵. Tanto, consente al giudice costituzionale di emanciparsi dall'onere di un esame più approfondito sul fondamento giustificativo e la ragionevolezza dei limiti alla libertà in questione fissati dalla legge. A tale esame lo impegna, di norma, la pretesa ampiezza della sfera materiale di garanzia ex art. 21 Cost. in relazione alla tutela di diritti costituzionali concorrenti o di vincoli di sistema⁷⁶.

⁷² Sulla concezione dello Stato quale unità politica, v. soprattutto K. Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Neudruck der 20. Aufl., Heidelberg, 1999, p. 5 ss.

⁷³ M. Eifert, N. Wienfort, *Hassrede als Gefährdung der verfassungsrechtlich geschützten offenen Kommunikation unter Freien und Gleichen*, in *Juristen Zeitung (JZ)*, 2023, p. 272.

⁷⁴ Die Grundrechte sind dem Staatsbürger nicht zur freien Verfügung eingeräumt, sondern in seiner Eigenschaft als Glied der Gemeinschaft und damit auch im öffentlichen Interesse“: BVerfGE, 14, 21 (25) come richiamata in E.-W. Böckenförde, *Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation* (1974), ora anche in Id., *Staat, Verfassung, Demokratie*, Frankfurt am Main, 2. Aufl., 1992, p. 115 ss, part. p. 133.

⁷⁵ *Ibidem*, p. 134.

⁷⁶ Die Grundrechte sind dem Staatsbürger nicht zur freien Verfügung eingeräumt, sondern in seiner Eigenschaft als Glied der Gemeinschaft und damit auch im öffentlichen Interesse“: BVerfGE, 14, 21 (25) come richiamata in E.-W. Böckenförde, *Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation* cit., p. 133.

La distinzione tra opzioni esegetiche differenti basate, rispettivamente, sulla natura interna (*Ausgestaltung*) o esterna (*Eingriff*) di tali limiti⁷⁷, mostra un non marginale rilievo anche riguardo all'art. 21 Cost., tenuto conto che solo alla prima ipotesi il controllo giurisdizionale può attenersi ad una verifica di mera plausibilità della scelta legislativa. Nella seconda ipotesi, di ingerenze nella sfera materiale della libertà garantita mirate alla tutela di diritti o interessi concorrenti, il sindacato del giudice deve apparire in principio più rigoroso soprattutto per ciò che attiene al controllo della proporzionalità/adequatezza dei limiti in parola⁷⁸. Nell'esperienza giurisprudenziale, tuttavia, la garanzia della libertà quale premessa per il pieno sviluppo della persona e mezzo mirato a garantire e stabilizzare il processo democratico⁷⁹ non riflette nettamente la dogmatica gradazione dell'intensità dei limiti che conduce ad un diverso approccio di metodo nell'attività di sindacato del giudice costituzionale. Piuttosto, nella percezione sempre più nitida di una Costituzione per valori in cui progressivamente lo spazio dell'autarchia individuale appare regressivo rispetto alla valorizzazione precipua della vita sociale all'interno dello Stato⁸⁰ il richiamo ad un "uso della libertà che realizza il valore" finisce per celare in sé il pericolo (anche solo potenziale) di una funzionalizzazione dell'esercizio dei diritti in ragione degli interessi pubblici da salvaguardare o, ancor più, da soddisfare attraverso tale esercizio. Tale pericolo è in grado di compromettere realmente l'essenza della garanzia di autodeterminazione individuale fino a minacciare, in ultima analisi, i presidi ultimi dell'identità nazionale⁸¹.

⁷⁷ Cfr. Ancora T. Kingreen, R. Poscher, *Die Ausgestaltung von Grundrechten*, in *Juristen Zeitung (JZ)*, 2022, p. 961 ss..

⁷⁸ Solo quando quest'ultima perseguisse uno scopo esterno -preservare diritti altrui o interessi generali- il controllo di legittimità suoi contenuti andrebbe commisurata ai paradigmi, senz'altro più rigorosi, della proporzionalità in senso ampio (adequatezza, necessità, essenzialità etc.): così ancora T. Kingreen, R. Poscher, *Die Ausgestaltung von Grundrechten*, in *Juristen Zeitung (JZ)*, 2022, p. 961 ss..

⁷⁹ „Inhalt und Tragweite der Freiheit bestimmen sich nach der Funktion, der sie dient“: E.-W. Böckenförde, *Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation* cit., p. 134.

⁸⁰ *Ibidem*, p. 136.

⁸¹ E.-W. Böckenförde, *Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation* cit., p. 131, per il quale la singola libertà si sottomette alla logica della valorizzazione (*Aufwertung*) e della svalutazione/indebolimento (*Abwertung*). L'A. precisa che un pregio del ricorso alla teoria dei

L'insidia di una deriva di tal fatta che giunga a trasformare la libertà in obbligo giuridico (v. *supra*) si mostra a volte latente nell'argomentazione della giurisprudenza che definisce la *ratio* stessa, oltre alla sfera materiale, di un diritto fondamentale. Così, ad es., il Tribunale costituzionale federale di Germania, con riguardo alla libertà di riunione (art. 8 GG) ha limitato l'ambito della garanzia alle sole riunioni che servono a favorire la partecipazione alla formazione del pensiero pubblico⁸². Da esso appare perciò esclusa la tutela di un interesse puramente individuale (culturale, etico, etc.) del partecipante alla riunione, conferendosi risalto assoluto assume alla dimensione giuspubblicistica -consistenza istituzionale e democratico-funzionale- del diritto in questione. Con specifico riguardo alla Imp, poi, il giudice di Karlsruhe assume la distinzione tra informazione vera e falsità dei fatti esposti⁸³ come dirimente al fine di determinare la copertura o meno ex art. 5 GG, della espressione individuale.

Il richiamo a tale orientamento ed alle potenziali distorsioni connesse ad un esercizio "secondo valori" della Imp non impedisce tuttavia un positivo apprezzamento dell'indirizzo tenuto dalla Corte costituzionale italiana in materia. Tale indirizzo, in particolare, è stato fin dall'inizio caratterizzato da un'interpretazione estensiva della garanzia accordata dall'art. 21 Cost., nella cui sfera si faceva rientrare anche un generale diritto della collettività all'informazione⁸⁴, accanto al diritto individuale alla divulgazione del pensiero⁸⁵. Fedele all'impostazione che, negando l'esistenza di libertà assolute rinviene

valori può apparire la sua apparente capacità di offrire soluzioni praticabili al problema del conflitto tra i diritti fondamentali come della interazione di più diritti. Ma non è così. La logica dei valori conduce piuttosto ad una tirannia assoluta del valore di volta in volta inteso come più forte verso quelli più deboli, con disprezzo dei rapporti di fondamento esistenti. Essa cela piuttosto scelte di bilanciamento e di conflitto che "acquisiscono in questo modo (n.d.r.: vale a dire, con l'appello al sistema dei valori) una apparenza razionale" celando piuttosto un "decisionismo giurisdizionale o interpretativo".

⁸² Sul punto, v. ancora BVerfGE, Beschl. 12.7. 2001, in NJW, 104, 92, (104), Sulla stessa lunghezza d'onda, v. anche BVerfGE, 69, 315 (342); 104, 92 (104). In generale, sulla linea di contenimento dei contenuti della garanzia v. anche BVerfGE, Beschl. v. 26.6.2002 (sog. Glykol-Fall), in BVerfGE, 105, 252, p. 273.

⁸³ Sul punto, BVerfGE, 81, 1, secondo cui solo i fatti veri devono essere tutelati a livello costituzionale.

⁸⁴ Corte cost., sent. n. 94/77.

⁸⁵ Corte cost., sent. n. 131/73.

comunque l'efficacia di limiti intrinseci laddove la Costituzione non ne faccia espressa menzione, sovente causalmente connessi alla tutela di altri interessi e diritti concorrenti, la Corte si riserva comunque un controllo sull'esercizio della discrezionalità legislativa, per ciò che nello specifico concerne la sfera materiale di garanzia ex art. 21 Cost. Così, nello svolgimento di attività recanti turbamento alla tranquillità pubblica⁸⁶ essa ebbe a precisare come il diritto alla manifestazione libera del pensiero potesse rinvenire limiti taciti nel complesso dei diritti fondamentali e, in generale, nell'esigenza di protezione di interessi concorrenti, costituzionalmente garantiti⁸⁷. Pertanto, ebbe a dichiarare non fondata la questione di legittimità costituzionale sollevata in relazione all'abrogato art. 501 c.p., che puniva la pubblicazione o divulgazione di "notizie false, esagerate o tendenziose" allo scopo di produrre turbamenti nel mercato interno dei valori o della merce pubblica⁸⁸. Fu rilevato che la previsione contestata seppure in qualche modo correlata alla lmp tuttavia afferiva, funzionalmente, all'ambito della garanzia di altro Bene/interesse di rilievo costituzionale, consistente nella "tutela della pubblica economia". Nella circostanza, dunque, la Corte costituzionale non ha inquadrato la previsione legislativa oggetto del giudizio come attinente all'elaborazione del diritto o, di contro, come un'arbitraria ingerenza nella sfera garantita dall'art. 21 Cost. ma è parsa intendere tale previsione piuttosto come assiologicamente esterna alla sfera materiale della tutela del diritto in questione e rientrante in quella di altro Bene o interesse costituzionale.

In modo analogo, nel rigetto della questione d'incostituzionalità sollevata con riguardo all'art. 98, l. n. 141/38 di conversione del d.l. n. 375/36, che puniva l'aggiotaggio bancario, la motivazione del giudice è incentrata, essenzialmente, sull'afferenza della disciplina all'ambito materiale di tutela del generale interesse al "normale e regolare esercizio del credito", riconosciuto di rango costituzionale (art. 47 Cost.).

⁸⁶ Corte cost., sent. n. 120/57.

⁸⁷ Corte cost., *ex pluribus*, sentt. nn. 9/65; 25/65; 133/73; 20/74; 86/74; 73/83.

⁸⁸ Corte cost., sent. n. 123/76.

In tali decisioni, in cui il giudice costituzionale attesta che non ogni manifestazione del pensiero rientra per ciò stesso nella sfera materiale di garanzia dell'art. 21 Cost., si riscontra un'interferenza funzionale tra interessi concorrenti per la cui determinazione lo stesso giudice si spinge fino a considerare la precipua *ratio* della normativa impugnata, da cui razionalmente inferire l'imputazione di quest'ultima all'uno o all'altro delle relative garanzie costituzionali. In tale operazione, in cui non manca di intravedersi un approccio decisionista, per quanto supportato dall'argomentazione razionale, la portata della garanzia è circoscritta anche in "correlazione con la coscienza spirituale-culturale dei valori del tempo"⁸⁹.

6. *Comunicazione reale e comunicazione post-fattuale, informazione e disinformazione. Una questione costituzionale tutt'altro che risolta.*

Nell'orientamento dottrinale e giurisprudenziale in tema di Imp, ad ogni modo, il paradigma della verità oggettiva quale condizione di efficacia della garanzia costituzionale assume progressivamente un posto di peculiare rilievo seppure -si è detto (v. supra)- il richiamo a tale paradigma appaia, in generale, di problematica giustificazione, tanto nell'ottica propriamente liberale, quanto in quella istituzionale e democratica di tale libertà.

In particolare, sul secondo versante, della sua consistenza funzionale-democratica, l'art. 21 Cost. è parso primariamente corrispondere al bisogno di un pluralismo comunicativo e dell'informazione inteso come condizione indefettibile del corretto svolgersi della dialettica democratica (v. supra). In un siffatto contesto, la verità storica dell'informazione era considerata in origina una condizione ordinaria e,

⁸⁹ Un siffatto approccio di metodo appare in tutto affine a quello in seguito assecondato in alcune sentenze del Tribunale costituzionale federale tedesco, in cui il limite di contenuto materiale della garanzia rileva come scriminante nell'esito del sindacato di costituzionalità.: sul punto, cfr. E.-W. Böckenförde, *Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation* cit., p. 131. Significativa l'interpretazione di Rudolf Smend del riferimento alle "leggi generali", di cui all'art. 118 WV, ivi riportata (p. 131), secondo cui la generalità altro non è che "la generalità di quei valori della comunità che, come tali, hanno la precedenza sulle affermazioni dei diritti fondamentali pensate in senso individualistico".

quasi, scontata di tale dialettica, in un contesto dominato da forme limitate (verso l'esterno e nelle relazioni interindividuali) della comunicazione.

Nondimeno, dalla configurazione di un tale pluralismo quale *ratio* della previsione costituzionale non può risultare preclusa, in principio, quella forma di comunicazione, di natura post-fattuale, non strettamente e necessariamente legata ad accadimenti storici, che con l'ampliamento della comunicazione *social* si è andata progressivamente sviluppando.

La comunicazione post-fattuale non ha finalità informative in senso stretto, essa mira piuttosto a sondare e/o sollecitare reazioni emotive nei singoli in conseguenza della divulgazione di notizie relative ad accadimenti dichiarati ma oggettivamente inesistenti, con l'intento ultimo di registrare movimenti di pensiero o altre indicazioni utili, di massima, per sviluppare un confronto di natura politico-sociale e culturale⁹⁰. Muovendosi dalla verità oggettiva come presupposto e condizione della Imp garantita in Costituzione tale specie di comunicazione, pertanto, privata della specifica copertura ex art. 21 Cost., finisce per regredire al rango (non virtuoso) di *fake news*.

Ma per quanto sin qui si è venuto dicendo uno svilimento della comunicazione post-fattuale si mostra semplicistico, resecando a priori l'ambito materiale della garanzia di tale diritto sulla premessa, anch'essa formulata secondo un metodo decisionista, del disvalore di tale comunicazione ai sensi della citata specifica garanzia costituzionale. Quest'ultima comunicazione, dunque, verrebbe a ricadere unicamente sotto la copertura recata dalla norma generale di principio dell'art. 2 Cost.. La considerazione della stretta correlazione funzionale tra esercizio della Imp e sviluppo della personalità individuale, più volte evidenziata in questo lavoro, finirebbe così per essere relegata in un cono d'ombra in ragione di un giudizio di

⁹⁰ Al riguardo, nella dottrina italiana, cfr. C. Magnani, *Finché ci sono fake news c'è speranza*, Soveria Mannelli, 2021, *passim* (soprattutto p. 55 ss.). V. inoltre (specificatamente in tema) A. Steinbach, *Meinungsfreiheit im postfaktischen Umfeld*, in *JZ*, 2017, p. 653 ss., nonché sulla più generale prospettiva di un „diritto “post-fattuale, v. B. Zabel, *Postfaktisches Recht*, in *JZ*, 2019, p. 845 ss.

valore che connette la comunicazione post-fattuale al pregiudizio di interessi generali concorrenti.

segue: *infodemia e protezione del cittadino-utente come limite (irragionevole) alla garanzia costituzionale ex art. 21 Cost. ?*.

Su un diverso versante si pone invece, la questione del contrasto all'infodemia intesa come un eccesso patologico di informazione in grado di viziare i processi di consapevolezza dell'individuo impedendo a quest'ultima una corretta selezione dell'informazione nel contesto del pluralismo delle fonti.

In premessa, vale la considerazione che la conoscenza nell'era contemporanea assurge a fattore permanente della trasformazione sociale e ordinamentale e insieme alle dinamiche della globalizzazione (non soltanto economica) è causa di profondo cambiamento dell'agire democratico⁹¹. Come è stato opportunamente rilevato, le "strutture e i processi della riproduzione materiale e simbolica di una società ... sono così permeati/pervasi da operazioni dipendenti dalla conoscenza, che l'elaborazione dell'informazione, l'analisi simbolica e i sistemi di esperti diventano prioritari rispetto ad altri fattori della riproduzione"⁹².

Oltre che come risorsa per il pieno sviluppo della persona, la conoscenza giunge dunque ad integrare il complesso dei fattori della produzione incoraggiando il transito verso la società post-capitalistica. Ciò è anche alla base dell'impegno di soggetti politico-istituzionali, nazionali ed europei, per la definizione di efficaci strategie di regolazione di soggetti, forme e limiti della conoscenza⁹³ quali

⁹¹ H. Willke, *Demokratie im Umbruch*, in *Der Staat*, 56 (2017), p. 357 ss.

⁹² *Ibidem*, p. 365.

⁹³ "con la rivalutazione di prodotti e servizi in beni professionali, basati sulla conoscenza, i fattori di produzione tradizionali perdono drammaticamente di significato rispetto alle competenze implicite o incorporate e con ciò muta la moderna economia capitalistica progressivamente verso una forma di produzione post-capitalistica, basata sulla conoscenza, verso una prima manifestazione/espressione di un'economia della conoscenza o di un capitalismo cognitivo nel contesto della società della conoscenza. Entrambi gli elementi insieme modificano in modo profondo/essenziale il volto delle moderne società del lavoro e del benessere. La forma di lavoro rilevante per le società sviluppate diventa il lavoro di conoscenza (Wissensarbeit), mentre le forme tradizionali del lavoro semplice è assunto da software e

presupposti del buon funzionamento della *Informationsgesellschaft* anche ai fini di un corretto spiegarsi del confronto democratico.

Su questo piano, l'infodemia è avvertita nient' affatto come un esito virtuoso dello sviluppo della società della conoscenza bensì, piuttosto, come una condizione patologica in grado di produrre effetti devianti di tale confronto, inquinando con apporti falsi l'ecosistema della conoscenza e dell'informazione. Ma la messa in atto, da parte degli ordinamenti statale e comunitario di misure di contrasto all'infodemia non manca di presentare, sul piano costituzionale, caratteri problematici, nella misura in cui siffatta condizione è presuntivamente definita causa di disturbo del processo di consapevolezza individuale e perciò, minaccia di cattivo funzionamento del modello democratico⁹⁴. In siffatta presunzione di una insuperabile difficoltà del singolo a districarsi nelle maglie dell'eccesso di conoscenza correlato all'eccesso d'informazione, risiede un primo fattore presuntivo che cela, ancora, la decisione di rimodellamento della sfera materiale della garanzia ex art. 21 Cost.

Alla base di tale decisione non è tanto la preminente considerazione della libertà individuale di comunicazione quanto, soprattutto, il pregiudizio verso la capacità del singolo di un corretto discernimento nel complesso delle conoscenze anche attraverso una selezione delle relative fonti di produzione della conoscenza, a cui attingere. Di contro, come prevalente è fatto valere l'interesse generale al buon funzionamento della democrazia, rispetto a cui l'informazione è considerata un servizio e nella sua acquisizione il cittadino è percepito essenzialmente come utente/consumatore.

Anche tale costruzione appare marcata da un'impronta decisionista lontana, tuttavia, da una ragionevole correlazione funzionale con la definizione di una soglia ultima di sobrietà e salubrità del pluralismo informativo ritenuto congruo e affidabile ai fini della scelta delle fonti d'informazione. La configurazione di

macchine o si trasferisce nei Paese in cui ci sono ancora salari economici. Con ciò viene in evidenza un nuovo compito della politica: l'assicurazione e l'espansione di forme di intelligenza collettiva e sistemica" *Idem*.

⁹⁴ Secondo l'Oms in relazione all'epidemia del coronavirus 2019-nCoV.

disvalore della infodemia, a ben vedere, giunge ad anticipare il presupposto della verità storica per definire i criteri delle fonti ritenute affidabili a fornire l'informazione, criteri che appaiono ad ogni modo apodittici e debolmente supportati da una motivazione razionale. Infatti, la determinazione di ciò che deve intendersi per informazione -come opposta alla disinformazione- non avviene più in ragione della sostanza dell'informazione prodotta e/o della sua congruenza o plausibilità secondo il metodo impiegato per acquisirla, bensì esclusivamente in ragione della dichiarata volontà della scelta normativa, come tale opinabile e strutturalmente approssimativa. A venire in gioco, allora, non è tanto la natura della garanzia costituzionale -libertà negativa o norma-principio- quanto piuttosto la sua declinazione da parte dell'autorità politica e, di conseguenza, la sua reale portata in relazione ai fini che la stessa autorità decide primariamente di perseguire.

Muovendosi da siffatta premessa, la piena salubrità del complesso "ecosistema informativo"⁹⁵ si atteggia a fine ed interesse precipuo, per quanto di per sé estraneo al dettato costituzionale, tuttavia in grado di fissare limiti alla sfera di efficacia dell'art. 21 Cost. attraverso, in generale, una compressione del suddetto ecosistema.

La consistenza garantista di siffatta previsione secondo geometrie variabili in relazione agli interessi perseguiti, si presta ad un dinamico rimodellamento in cui tende a trasfigurare l'originaria accezione liberale. Si avverte sempre più una funzionalizzazione di tale libertà come riflesso della più generale revisione della relazione tra autorità e libertà per cui bisogna di una giustificazione razionale finisce per rendersi progressivamente l'esercizio della libertà arbitraria.

7. Il divieto di "disinformazione" scientifica nella fase dell'emergenza sanitaria.

⁹⁵ In tema, v. soprattutto C. Magnani, *Finché ci sono fake news c'è speranza*, Soveria Mannelli, 2021, p. 58.

Se problematica e di natura politica è la decisione di delimitare la sfera della garanzia ex art. 21 Cost. alla sola informazione escludendo, dalla stessa, la comunicazione qualificabile come “disinformazione” tale natura investe pertanto anche le rigorose restrizioni alla Imp imposte durante l'emergenza-Covid al personale sanitario. L'inibizione a quest'ultimo di svolgere “in scienza e coscienza”⁹⁶ la propria professione si abbinava ad un divieto reale di esprimere critiche e riserve sull'efficacia della cd. profilassi vaccinale consigliata e/o imposta dall'autorità di governo⁹⁷. Operava, nella circostanza, una presunzione assoluta di disinformazione, ritenuta pericolosa per la tutela della salute collettiva, in relazione ad ogni conoscenza che apparisse non in sintonia con la “verità scientifica” riflessa nelle dichiarazioni degli organismi scientifici ufficiali di ausilio alle strutture di governo (Ministero della Salute, Istituto Superiore di Sanità, Associazione italiana del farmaco, etc.). In tale sfera ampia della disinformazione finivano così per essere ricompresi anche risultati difformi dell'attività di ricerca la cui dignità scientifica si mostrava tuttavia incontestabile.

In tale condizione trova conferma, tra l'altro, la connotazione puramente decisionista della distinzione operata tra informazione e disinformazione, a fondamento della quale si intravede la scelta politica di veicolare in regime di monopolio la verità dell'informazione scientifica sull'efficacia dei vaccini anti-Covid. In questo modo, un attributo di natura sostanziale della tutela costituzionale finisce irragionevolmente per convertirsi in una condizione strutturale di produzione dell'informazione. Tanto più tale irragionevolezza si conferma quanto più stretta si dimostra la connessione funzionale tra la verità

⁹⁶ Art. 13, Codice di deontologia medica.

⁹⁷ Come è noto, l'art. 4 dello stesso Codice di deontologia medica espressamente statuisce: “L'esercizio della medicina è fondato sulla libertà e sull'indipendenza della professione che costituiscono diritto inalienabile del medico.

Il medico nell'esercizio della professione deve attenersi alle conoscenze scientifiche e ispirarsi ai valori etici della professione, assumendo come principio il rispetto della vita, della salute fisica e psichica, della libertà e della dignità della persona; non deve soggiacere a interessi, imposizioni e suggestioni di qualsiasi natura.

Il medico deve operare al fine di salvaguardare l'autonomia professionale e segnalare all'Ordine ogni iniziativa tendente a imporgli comportamenti non conformi alla deontologia professionale.”

scientifica sui vaccini e la tutela della vita e della salute, secondo quanto emerge anche dai dati ultimi sugli effetti avversi di tali farmaci⁹⁸. Ai dubbi di incostituzionalità delle misure sanzionatorie irrogate, dai rispettivi Ordini professionali, a unità di personale sanitario che aveva espresso riserve sull'efficacia profilattica e sulla pericolosità dei vaccini, non ha dato peraltro risposta la Cassazione appellata avverso una decisione della CCEPS, giudice speciale per il personale sanitario, di condanna di un medico la cui espressione di pensiero era stata ritenuta dalla Commissione giudicante preordinata alla volontà "di diffondere in una platea di ascoltatori interessati, ma privi di adeguate conoscenze scientifiche, un sentimento di avversione nei confronti dei trattamenti vaccinali, senza però un confronto *con la più accreditata* opinione scientifica (corsivo mio: n.d.r.)". In particolare, il medico (pediatra) in questione aveva con i genitori dei suoi pazienti lamentato il fatto che il SSN non avesse fornito adeguate informazioni "circa i rischi cui erano esposti i bambini a seguito delle vaccinazioni". Ciò era stato rubricato dalla CCEPS come assunzione di "un ruolo attivo al fine di disincentivare il ricorso alla pratica vaccinale, proponendo delle terapie alternative, ma senza offrire un'adeguata ed esaustiva informazione, onde rendere il consenso a tali pratiche effettivamente informato"⁹⁹. La Commissione intende come un motivo fondato di censura il presunto mancato confronto del medico con la (sola) "più accreditata" opinione scientifica senza, ad ogni modo, smentire la pari natura scientifica delle opinioni ritenute minoritarie e adottate dallo stesso sanitario censurato ai familiari degli interessati al trattamento vaccinale. Oltre il merito della decisione della CCEPS, l'argomentazione dalla stessa adottata, in cui al distico informazione/disinformazione si sostituisce quello relativo alle opinioni, rispettivamente, più accreditate e meno accreditate, rende più problematico il fondamento della esclusione di queste ultime dall'ambito materiale della garanzia ex art. 21 Cost. e, di conseguenza, l'irrogazione della relativa sanzione disciplinare

⁹⁸ Non è un caso che nelle ultime decisioni del giudice costituzionale (sentt. nn. 185 e 186) scompare dalla motivazione ogni riferimento alla capacità di tali vaccini di "impedire" l'espandersi del contagio.

⁹⁹ Corte di Cassazione, sez. civile, sent. n. 2817 del 2023.

al sanitario renitente. Infatti, il riconoscimento della natura scientifica delle opinioni, in modo del tutto indipendente dal grado di consenso alle stesse prestato, basta ad assicurare loro la copertura della suddetta garanzia costituzionale. La presunzione di verità scientifica in ragione unicamente della norma attributiva di competenza presta il fianco, pertanto, a ragionevoli dubbi di congruenza sul piano costituzionale, almeno nella misura in cui inibisce ogni libertà di autodeterminazione del singolo nella scelta tra posizioni tutte scientificamente adottate, limitando lo spettro del pluralismo della comunicazione in questo campo. Proprio nel corso della recente emergenza pandemica il dualismo tra posizioni scientifiche di pieno favore verso la profilassi vaccinale ed altre, invece, più prudenti sul riconoscimento della non pericolosità dei vaccini, oltre che sulla loro effettiva efficacia profilattica, è stata condotta dal Governo sul piano sdrucchiolo del contrasto tra informazione e disinformazione, quest'ultima, come tale, da avversare con ogni mezzo. Anche oltre le argomentazioni poste dal giudice costituzionale a base delle decisioni di rigetto delle questioni sollevate sulla legittimità degli obblighi vaccinali¹⁰⁰, la distinzione sopra esposta, in conclusione, non può arrivare a giustificare la esclusione dalla garanzia ex art. 21 Cost. dell'informazione scientifica minoritaria anche se ritenuta, in ipotesi, pregiudizievole per il buon esito della campagna di prevenzione vaccinale.

Nel quadro della garanzia ex art. 21 Cost. che include, si è detto, il diritto alla libertà di scelta nel novero dell'informazione "attendibile"¹⁰¹ e la tutela di Beni e interessi generali (vita, salute pubblica) il fulcro dell'effettività è da rinvenirsi, in ogni caso, nella capacità del singolo di potersi consapevolmente autodeterminare, in relazione alla propria vita e salute, senza pregiudizio per la salute collettiva e nel rispetto dell'istanza solidaristica. In tal senso, l'attendibilità delle fonti a cui il singolo attinge per determinare la propria condotta, può diventare un fattore decisivo anche ai fini dell'apprezzamento in termini di ragionevolezza (proporzionalità/adequatezza) della scelta legislativa sull'imposizione dell'obbligo

¹⁰⁰ Corte cost., sentt. nn. 14, 15 e 16 del 2023 e, da ultimo, n. 185 del 2023.

¹⁰¹ Del resto, di attendibilità delle risultanze scientifiche parla proprio la Corte costituzionale, sent n. 14/2023.

di un trattamento sanitario ex art. 32 , c. 2 Cost., ma tale attendibilità non può rimessa alla decisione arbitraria dell'autorità.

Con riguardo alla conoscenza scientifica, in conclusione, il discrimine tra informazione e disinformazione può essere ragionevolmente individuato in primo luogo nel metodo (scientifico o meno) della conoscenza, da cui deriva l'attendibilità dei risultati prodotti, ai fini della copertura ex art. 21 Cost.

8. *Libertà di espressione e disinformazione: la normativa dell'Unione europea come problematica limitazione della sfera materiale di garanzia di un diritto costituzionale.*

Come già detto, la libertà di manifestazione del pensiero trova un ulteriore presidio di tutela nelle previsioni della Carta dei diritti fondamentale UE (artt. 10 e 11), la cui restrizione si legittima, tra l'altro, in relazione a "misure necessarie, in una società democratica, alla sicurezza nazionale ... alla pubblica sicurezza, alla difesa dell'ordine alla protezione della salute e della morale ..." ¹⁰².

Prescindendo qui da ogni rilievo circa la dubbia compatibilità di tale previsione con la dimensione della garanzia concessa alla Imp dalla Costituzione italiana, c'è di fatto che, nonostante la disciplina in parola esalti il presupposto della *necessarietà* (corsivo mio: n.d.r.) delle misure restrittive -seppure entro uno spettro amplissimo di cause giustificative- l'Unione europea ha intrapreso ormai da tempo una generale lotta alla "disinformazione" declinandola come un impegno politico comunitario. A supporto di tale strategia si pongono atti politici di peculiare importanza, rivelatori nel complesso di un impegno dell'ente sovranazionale ¹⁰³ in questa direzione, a partire dall'approvazione, nel 2018, del Codice di pratiche sulla disinformazione (*Code of Practice on Disinformation*) ¹⁰⁴. Tale impegno, divenuto

¹⁰² Sub art. 11 delle "Spiegazioni relative alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea", pubblicate in G.U.U.E. del 14.12. 2007, C-303.

¹⁰³ Sul punto, si rinvia ancora a C. Magnani, op. cit., p. 55 ss.

¹⁰⁴ In esso, la disinformazione è definita come "un'informazione rivelatasi falsa o fuorviante", cumulativamente a) "concepita, presentata e diffusa a scopo di lucro o per ingannare intenzionalmente il pubblico" e b) "che può arrecare un pregiudizio pubblico", inteso come "minacce ai processi politici democratici e di elaborazione delle politiche e a beni pubblici quali la tutela della salute dei cittadini, dell'ambiente e della sicurezza dell'UE". Dal concetto di "disinformazione" di cui a tale codice sono espressamente esclusi: la pubblicità ingannevole, gli

ancor più stringente nella fase dell'emergenza-Covid¹⁰⁵, ha di recente trovato un decisivo punto di effusione nell' approvazione (5.7.2022) del nuovo regolamento sui servizi digitali (*Digital Service Act: DSA*), deliberato dal Parlamento europeo insieme al regolamento sul mercato digitale (*Digital Markets Act: DMA*), entrambi integrati, in fine, nel cd. *Digital Service Package (DSP)*.

Il DSA, in particolare, prevede obblighi di azione proporzionati alla dimensione della piattaforma per ciò che intende essere una nuova cultura della prevenzione dei rischi sistemici connessi alla disinformazione o alla pubblicazione di contenuti illegali. Esso, pertanto, si applica a tutti gli intermediari che offrono servizi d'informazione a distanza -per via elettronica/telematica- su richiesta con l'obiettivo ultimo di favorire la creazione di un ambiente digitale sicuro ed affidabile, in grado così di tutelare meglio i diritti del consumatore/utente del servizio incoraggiando, nel contempo, l'innovazione e la competitività. Al riguardo, la normativa europea impone un generale vincolo di trasparenza sul funzionamento delle piattaforme *on line*, con obbligo per i fornitori del servizio di collaborare con le istituzioni competenti. Tanto, rende più rigoroso il controllo della comunicazione attraverso la disciplina dei servizi digitali e facilita la capacità di limitare, attraverso tali mezzi, la manifestazione e circolazione di un pensiero qualificato come disinformazione. In tale ordine di idee va, del resto, la previsione che intesta a soggetti privati (i gestori delle reti social) il compito di controllo sui contenuti della comunicazione espressa¹⁰⁶.

errori di segnalazione, la satira e la parodia, o notizie e commenti chiaramente identificabili come di parte, e non pregiudica gli obblighi giuridici vincolanti, i codici pubblicitari in regime di autoregolamentazione e le norme concernenti la pubblicità ingannevole.

A tale codice ha poi fatto seguito, nel 2022, l'approvazione di una versione rafforzata, mirato a consentire, a parte eterogenee, di sottoscrivere impegni precisi relativi al loro settore di interesse che vanno dalla demonetizzazione della diffusione della disinformazione alla garanzia della trasparenza della pubblicità politica, al rafforzamento della cooperazione con i cd. verificatori di fatti, facilitandosi l'accesso dei ricercatori ai dati.

¹⁰⁵ Il 18 giugno 2020 il Parlamento europeo ha tenuto un dibattito per discutere sul come contrastare la disinformazione sul Covid-19 e il suo impatto sulla libertà d'espressione durante il quale si è sottolineato l'impatto negativo della disinformazione e della necessità di ulteriori azioni di contrasto all'informazioni falsa.

¹⁰⁶ L'art. 1 del Regolamento sui Servizi Digitali -recante il titolo: Valutazione del rischio- stabilisce che i fornitori di piattaforme online di dimensioni molto grandi e di motori di ricerca online di dimensioni molto grandi hanno il compito di individuare, analizzare e valutare *con*

Si tratta a ben vedere di un poderoso edificio normativo messo in piedi dall'ente sovranazionale a protezione dell'informazione ritenuta sana e fruibile anche ai fini della tutela degli interessi generali rappresentanti nelle *Spiegazioni* (v. *supra*). In quest'ordine di idee, infatti, il complesso dell'espressione del pensiero potestativamente rubricato sotto la voce "disinformazione", viene ad essere escluso dalla sfera materiale della garanzia connessa alle libertà comunicative sancite nella Carta dei diritti fondamentali UE. Nel contempo, ferma la delimitazione dell'efficacia di tale Carta ai sensi dell'art. 51 rileva, nella dubbia compatibilità con i disposti dell'art. 21 Cost., la questione dell'ammissibilità del preventivo controllo sui contenuti dell'informazione social, che la previsione costituzionale sembra in generale escludere, seppure tale divieto sia espresso con riferimento soltanto alla comunicazione a mezzo stampa ¹⁰⁷.

Tali debolezze riconducono inevitabilmente alla questione della possibilità di esercizio, da parte del giudice nazionale, dei controlimiti a tutela del nucleo indefettibile della sovranità dello Stato, ogni qualvolta tale nucleo possa apparire pregiudicato dall'impatto immediato della legislazione europea.

9. *Conclusioni. L'accentuazione della caratura istituzionale-democratica della tutela ex art. 21 Cost. nel processo di trasformazione costituzionale.*

"L'appello ai «valori obiettivi» e ad un «ordinamento obiettivo dei valori» come forma di legittimazione del concreto atto di autorità dimostra specifiche caratteristiche" "se comparato con la giustificazione dell'autorità muovendo

diligenza gli eventuali rischi sistemici nell'Unione connessi alla progettazione o al funzionamento del loro servizio e dei suoi relativi sistemi, compresi i sistemi algoritmici, o all'uso dei loro servizi. Ad essi spetta di effettuare le valutazioni dei rischi "entro la data di applicazione di cui all'articolo 33, paragrafo 6, secondo comma, e successivamente almeno una volta all'anno", e in ogni caso "prima dell'introduzione di funzionalità che possono avere un impatto critico sui rischi individuati a norma del presente articolo". La valutazione del rischio deve essere specifica per i loro servizi e proporzionata ai rischi sistemici, tenendosi in considerazione tra l'altro la loro gravità e la loro probabilità.

¹⁰⁷ Sul punto, v. anche le considerazioni critiche di C. Magnani, *Libertà d'espressione e sfera pubblica nell'emergenza: crisi del costituzionalismo*, in www.dirittifondamentali.it, fasc.1/2023, p. 102 ss., part. p. 112 ss.

dall'idea della *tutela della libertà* (corsivo dell'A.: n.d.r.). Esso conduce anche a specifiche conseguenze. La giustificazione del potere davanti alla libertà del cittadino o perfino -nella condizione dello Stato sociale- dalla produzione di eguali chance di realizzazione per la libertà, non si lascia fare senza una penetrante analisi delle relazioni di vita concrete, modellate attraverso l'intervento del potere" ... "Diversamente, se l'ordinamento della libertà è interpretato come «ordinamento di valori» o come «sistema di valori»" ... "Ciò significa innanzitutto che la legittimazione degli atti d'autorità -senza riguardo ad una *reale* (corsivo dell'A.: n.d.r.) analisi delle condizioni di libertà -già riesce se i valori richiamati come ragioni di legittimità della limitazione sono affermati con successo, cioè sono riconosciuti, se cioè la decisione è assunta con la giustificazione dei valori..". Questa lunga citazione del pensiero di *Erhard Denninger*¹⁰⁸ può valere come utile premessa di qualche considerazione che qui si vuole esporre a conclusione dell'analisi svolta.

Una prima conclusione potrebbe attenersi alla complessiva rimodulazione del rapporto tra autorità e libertà, dove la prima sempre più va emancipandosi dall'originaria causa giustificativa di tutela della libertà. In quest'ordine di idee, il richiamo ai valori può intendersi come il necessario prologo al discorso sulla realizzazione del Bene comune apparso sempre più come un concetto articolato e complesso mano a mano in cui cresce, corrispettivamente, la dimensione dei compiti dello Stato per la tutela degli interessi generali. In quest'ottica il consolidamento di tale impostazione non riesce a trovare, o a trovare più, un freno credibile nel sistema delle libertà costituzionali ma si struttura attraverso il richiamo incrementale alla responsabilità dell'agire democratico.

Tanto trova un peculiare riscontro nel principio della responsabilità comunicativa dello Stato derivante dal valore del corretto sviluppo della persona e del giusto confronto democratico, alla cui tutela ha finito per essere ricondotta la dimensione sostanziale dell'orientamento e della "mediazione di senso" dei contenuti della

¹⁰⁸ E. Denninger, *Freiheitsordnung – Wertordnung – Pflichtordnung* (1975), ora anche in Id., *Der gebändigte Leviathan*, Baden-Baden, 1990, p. 143 ss., part. p. 146.

comunicazione¹⁰⁹. Così, la *Kommunikationsvorsorge* quale compito proprio dello Stato sociale costituzionale correlato a tale valore diventa il grimaldello giuridico-costituzionale per una compressione della Imp al fine, in ultima analisi, di mantenere attuale e sensibile il consenso fondamentale della comunità sull'ordinamento costituzionale¹¹⁰.

Tanto adombra la portata problematica dell'esperienza connessa alla tutela della Imp. Si adombra, nei tratti concreti di tale esperienza, una trasformazione della fisionomia essenziale dell'ordine costituzionale che finisce per investire anche la libertà in questione, le cui ragioni sono da ricercarsi verosimilmente nel complesso dei fattori di cambiamento sociale, economico e politico-culturale che sottendono la condizione del rapporto tra autorità e libertà. Si assiste, così, ad una progressiva rimodulazione e riduzione dell'originaria valenza liberale della Imp in favore dell'accentuazione della sua valenza istituzionale-funzionale di presidio necessario alla preservazione dello Stato quale unità di decisione e di forza e quale ordinamento della pace¹¹¹. In tal senso si spiega l'integrazione della sola informazione qualificata vera e affidabile nella sfera di garanzia ex art. 21 Cost., nel contempo, senza pervenire ad una qualificazione certa ed obiettiva della cd. disinformazione sottratta alla disponibilità di scelta del singolo "utente".

In relazione all'incremento dei compiti dello Stato ed all'impegno diretto di quest'ultimo a garantire la sicurezza di beni giuridici¹¹², la libertà costituzionale di espressione è delineata secondo geometrie variabili che possono giungere fino a tassativamente limitare le fonti di produzione dell'informazione.

In un siffatto contesto, tuttavia, appare contratta la relazione causale con il pieno sviluppo della persona inteso come prodotto della fondamentale libertà di autodeterminazione che passa inevitabilmente per la capacità, effettivamente esercitata, di poter compiere in modo autonomo la scelta dell'informazione

¹⁰⁹ Sul punto, richiamando peraltro l'orientamento di Pitschas, cfr. ancora E. Denninger, *Nahtloser öffentlicher Sektor ? Rechtsfragen der Informationsgesellschaft*, in Id., *Recht in globaler Unordnung*, Berlin, 2006, p. 82 ss., part. p. 87 ss.

¹¹⁰ Idem.

¹¹¹ E. W. Böckenförde, *Der Staat als sittlicher Staat*, Berlin, 1978, p. 12 ss.

¹¹² Così, E. Denninger, *Der Präventions-Staat* (1988), ora anche in Id., *Der gebändigte Leviathan*, Bande-Baden, 1990, p. 33 ss., part. p. 36.

affidabile nel complesso del pluralismo della comunicazione pubblica. Il richiamo all'autodeterminazione come "valore" costituzionale, oltre che come diritto di libertà, implica di necessità la capacità di autonomia in materia riconosciuta al singolo, senza che per essa debba valere di necessità un intervento regolatore dell'autorità. Pertanto, la consistenza problematica, sul piano costituzionale, tra informazione e disinformazione si rende di particolare evidenza in seguito allo sviluppo della comunicazione *social* (v. *supra*).

Quanto detto tende a porre sotto il fuoco dell'attenzione critica ogni disciplina generale in merito alla definizione degli oggetti, rispettivamente, inclusi o esterni all'ambito materiale della garanzia offerta dalla norma costituzionale mentre, invece, il criterio della proporzionalità/ragionevolezza dovrebbe guidare la soluzione del contrasto concreto che operi un bilanciamento degli interessi di volta in volta ritenuti concorrenti. All'autorità politica innanzitutto è riservato di assumere decisioni mirate a fornire paradigmi obiettivi in relazione alla salvaguardia di interessi costituzionali in un quadro di compatibilità con la natura e i fini specifici della Imp. Tanto, rende perciò nient'affatto incongruenti i dubbi espressi circa la legittimità della normativa comunitaria che, invece, muove da un approccio paternalistico¹¹³ per delimitare l'ambito di tutela della Imp, intendendosi il singolo soprattutto come utente e destinatario del servizio (l'informazione) piuttosto che come un cittadino consapevole e capace di autodeterminarsi nella congerie del pluralismo informativo. In definitiva, pur in un rapporto rinnovato tra autorità e libertà che lascia registrare un'evidente dilatazione della sfera di intervento del potere, non può essere ignorata o comunque eccessivamente ridotta la portata di libertà negativa attinente alla garanzia dell'art. 21 Cost. Ciò, in definitiva, non ne impedisce in assoluto una limitazione ma la legittimità di quest'ultima deve misurarsi, di regola, secondo un paradigma di proporzionalità/adequazione che il giudice, di merito e costituzionale, è tenuto a far valere.

¹¹³ Cfr. ancora, al riguardo, C. Magnani, *Finché ci sono fake news c'è speranza*, cit., p. 71; nonché, dello stesso A., *Libertà d'espressione e sfera pubblica nell'emergenza: crisi del costituzionalismo*, cit., p. 113 ss.

Riluce, in tale approccio, il bisogno di un contemperamento tra funzioni assiologiche pubblica della Imp anche in correlazione con l'obiettivo di pieno sviluppo della persona e scevro da rigide priorità assiomatiche, quale, ad es., la primazia assoluta del valore o dell'interesse generale sull'esercizio della libertà individuale.

A parte il fatto che, pur nell'evolversi dinamico delle relazioni tra tali la sfera degli interessi concorrenti resta indefettibile l'essenziale valenza personalista della Costituzione del '48, un'impostazione che giungesse a ridurla entro ambiti comunque secondari e/o complementari rispetto alla salvaguardia di interessi generali finirebbe inevitabilmente per lasciar degradare tale diritto fondamentale nella sfera degli atti concessori del pubblico potere.

Una ragionevole compressione di tale libertà può spiegarsi unicamente nella misura in cui essa appaia del tutto necessaria ed essenziale rendendosi funzionale alla sicurezza di beni primari (tutela della salute, tutela di diritti della personalità, tutela dell'integrità dello Stato etc.). La realizzazione di tali compiti cui mira l'azione politica dello Stato democratico può non prescindere, in determinati casi, da una condotta del cittadino orientata nella direzione di non pregiudicare gli interessi generali della comunità ¹¹⁴. L'incremento progressivo di tali interessi anche in un quadro di rafforzamento di strategie internazionali per la lotta a fenomeni di portata globale ritenuti gravi e pericolosi (emergenze, guerra, etc.), non può, tuttavia, figurare *ex sé* come legittimo presupposto di una (progressiva) compressione dell'esercizio dell'autodeterminazione individuale in materia di comunicazione e informazione ¹¹⁵. Un siffatto automatico asserto, privo di specifiche ragioni giustificative a suffragio del corrispettivo limite di esercizio, oltre ad adombrare una inammissibile vulnerazione dell'art. 21 Cost può rivelarsi pregiudizievole per un congruo svolgimento del processo di integrazione sociale,

¹¹⁴ M. Eifert, N. Wienfort, *Hassrede als Gefährdung der verfassungsrechtlich geschützten offenen Kommunikation unter Freien und Gleichen*, in JZ, cit., p. 272.

¹¹⁵ Così, tra gli altri, S. Müller-Franken, *Meinungsfreiheit im freiheitlichen Staat*, Paderborn, 2013, p. 31 ss. A. Steinbach, *Meinungsfreiheit im postfaktischen Umfeld*, in JZ, 2017, p. 653 ss.

trattandosi nella specie di porre un freno ad una naturale libertà dell'individuo nel contesto della vita di relazione.

La condizione odierna sembra rievocare, all'opposto, l'approccio sostanzialista al senso della Costituzione in cui si esalta il predominio dello Stato-unità politica sul diritto positivo, così che le questioni di ordine costituzionale vengono a declinarsi essenzialmente come questioni di forza (politica), prima che di natura giuridica¹¹⁶. In ciò risiede l'insidia di un arretramento della portata normativa della Costituzione valorizzata -soprattutto da *Konrad Hesse* nel noto scritto del 1958¹¹⁷, lezione introduttiva del suo corso- anche quando tale portata normativa trovi compimento nella razionalità argomentativa di un giudice.

Se gli adattamenti della Costituzione rientrano nel fisiologico percorso di sviluppo dei suoi contenuti normativi, una Costituzione fondata sui valori può prestarsi a sostanziali ricomposizioni allorquando nel contesto nuovi valori si affermino¹¹⁸ o una peculiare consistenza assiologica assumano i valori esistenti *. Affermare anche in un contesto di profondo cambiamento politico-sociale il ruolo regolatore della Legge fondamentale occorre, per ogni potere, tornare a "pensare partendo dalla Costituzione"¹¹⁹ e dalla sua reale forza ordinatrice.

Primato della persona e della sua dignità, suo pieno sviluppo, autodeterminazione, tutela dei diritti di libertà costituiscono, così, il terreno culturale e, nel contempo, la pietra costituzionale angolare della costruzione di un assetto ordinamentale coerente come il punto di partenza di ogni decisione politica democratica. Ciò non spinge a marginalizzare la valenza conformatrice di principi costituzionali di portata comunitaria -solidarietà, salute collettiva, funzione sociale della proprietà, etc.- ma, anzi, ne sollecita l'adempimento attraverso decisioni politiche mirate alla

¹¹⁶ ... secondo la nota espressione di *Ferdinand Lassalle* di cui al suo lavoro del 21 aprile 1862 sulla Costituzione: (*Über Verfassungswesen*).

¹¹⁷ Sul punto, sottolineando il carattere fortemente innovativo di tale posizione che "rompeva" con la tradizione di pensiero precedente e finiva per convertire il diritto pubblico (*Staatsrecht*) in diritto costituzionale (*Verfassungsrecht*), v. soprattutto R. Wahl, *Die normative Kraft der Verfassung*, in *Der Staat* 58 (2019), p. 195 ss., part. p. 200 ss.

¹¹⁸ ..nel senso chiarito da C. Schmitt, *Die Tyrannei der Werte*, in *Säkularisation und Utopie*, Ebracher Studien, 1967, p. 37 ss., part. p. 55, poi ribadito da E.W. Böckenförde, *Zur Kritik der Wertbegründung des Rechts* (1987), ora anche in Id., *Recht, Staat, Freiheit*, cit., p. 67 ss.

¹¹⁹ R. Wahl, *Die normative Kraft der Verfassung*, in *Der Staat* 58 (2019), cit., p. 200.

definizione di un equilibrio ragionevole con la libertà individuale¹²⁰, per scongiurare la tirannia di un unico valore*.

Va rilanciata, anche sul piano etico, la pratica di una “volontà mirata alla Costituzione” come contraltare al rischio di indulgenza verso una “volontà mirata (a far valere) la forza”. La consapevolezza del primato della persona sullo Stato, dell’autonomia sull’obbligo, della libertà sulla sfera dell’autorità è ciò che integra il collante sociale¹²¹ e, così, la base essenziale dell’unità politica dello Stato. La disarticolazione e frammentazione del tessuto sociale in un pluralismo di micro-categorie funzionali, accentuata dalla condizione attuale dell’esistenza di una società del sapere -meglio, di una *Wissensbasiertesellschaft*¹²²- rendere ancor più pressante l’esigenza di relativa omogeneità all’interno della comunità sociale quale premessa dell’unità. Tuttavia, ricorda E.-W. Böckenförde, tale condizione, da cui viene a dipendere l’esistenza e la tenuta dello Stato liberale democratico fa parte di quei presupposti socio-culturali¹²³ la cui persistenza non può essere garantita dallo stesso Stato di diritto¹²⁴. La trasfigurazione o recessione di quest’ultimo può dipendere dunque dall’azione di fattori extragiuridici che lo Stato stesso può cercare almeno di scongiurare. E’ proprio in un siffatto contesto di profondo cambiamento che giunge ad investire il senso proprio della libertà che occorre tornare a chiedersi, in definitiva, chi veramente siamo¹²⁵ e cosa può significare, per il progresso dello Stato liberale democratico, la garanzia costituzionale di tale libertà.

¹²⁰ R. Wahl, op. ult. cit., p. 207.

¹²¹ „das „Haltende“ der Gesellschaft : U. Volkmann, von *Kleidern und Werten*, in *Der Staat* 56 (2017), p. 154.

¹²² Un altro fattore che, secondo lo stesso H. Willke -op. cit., p. 357- concorre al suddetto cambiamento riguarda le basi e i presupposti fondamentali del modello di guida della politica moderna, profilo, anche quest’ultimo, di significativo rilievo ai fini di quanto si verrà qui dicendo.

¹²³ E.W.Böckenförde, *Demokratie als Verfassungsprinzip* (1987), ora anche in Id., *Staat, Verfassung, Demokratie*, cit., p. 291 ss., part. p. 348 ss.

¹²⁴ E.W.Böckenförde, *Die Entstehung des Staates als Vorgang der Säkularisation* (1967), ora anche in Id., *Recht, Staat, Freiheit*, cit., p. 92 ss., part. p. 112.

¹²⁵ U. Volkmann, von *Kleidern und Werten*, in *Der Staat* 56 (2017), p. 153.

La questione della compatibilità dei sistemi automatizzati di filtraggio con la libertà di manifestazione del pensiero alla luce della sentenza CGUE, C-401/2019
di
Fabiana Félix Ferreira*

Sommario: 1. Introduzione - 2. La sentenza della Corte di Giustizia del 26 aprile 2022, c-401/2019 - 3. L'uso di sistemi automatizzati di filtraggio dei contenuti online: la giurisprudenza comunitaria dalla Direttiva 2000/31/CE alla Direttiva 2019/790/UE - 4. Il bilanciamento tra la libertà di espressione e i diritti di privativa: un problema di proporzionalità - 5. Conclusioni.

1. Introduzione

La Direttiva 2019/790/UE¹ (Direttiva sul diritto d'autore nel mercato unico digitale) costituisce ulteriore, ma certamente non ultimo, passo nel lungo e articolato cammino verso la ricerca di un giusto equilibrio tra i diritti che tradizionalmente confliggono nell'ambito della c.d. società dell'informazione: in particolare, la libertà di manifestazione del pensiero, di informazione e la tutela dei diritti della personalità degli utenti², i diritti di privativa dei titolari di diritti d'autore e di

* Dottore internazionale di Ricerca in Scienze Giuridiche presso l'Università degli Studi di Perugia, *curriculum* in Diritto Pubblico.

¹ Direttiva (UE) 2019/790 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 17 aprile 2019 sul diritto d'autore e sui diritti connessi nel mercato unico digitale e che modifica le direttive 96/9/CE e 2001/29/CE, GUUE L 130 del 17 maggio 2019. Per un commento alla Direttiva, si v., in particolare, S. LAVAGNINI, *Il diritto d'autore nel mercato unico digitale. Direttiva (UE) 2019/790 e D.Lgs. n. 177/2021 di recepimento*, Torino, 2022, *passim*.

² S. RODOTÀ, *Libertà, opportunità, democrazia e informazione*, in Aa. Vv., *Atti del convegno «Internet e privacy: quali regole»*, Roma, 1998, p. 15 ss.; A. MONTELERO, *La responsabilità on line: il controllo nella prospettiva dell'impresa*, in *Dir. inf.*, 2010, p. 419 ss.; C. ROSSELLO, *Riflessioni de iure condendo in materia di responsabilità del provider*, *ivi*, 2010, p. 627 ss.; F. DI CIOMMO, *Internet, diritti della personalità e responsabilità aquiliana del provider*, in *Danno resp.*, 1999, p. 756 ss.; ID., *Programmi-filtro e criteri di imputazione/esonerazione della responsabilità online. A proposito della sentenza Google c. Vivi Down*, *ivi*, 2010, p. 587 ss.; G. RESTA, *Anonimato, responsabilità, identificazione: prospettive di*

proprietà industriale³, la libertà di iniziativa economica degli *internet service provider*.⁴ Un cammino questo che ha visto progressivamente ridursi - per via giurisprudenziale prima e legislativa poi - l'ambito di esenzione della responsabilità⁵ che, almeno sulla carta, la Direttiva 2000/31/CE (Direttiva sul commercio elettronico)⁶ ancor oggi riconosce ai prestatori dei servizi di

diritto comparato, ivi, 2014, p. 176 ss.; L. BUGIOLACCHI, *Evoluzione dei servizi di hosting provider, conseguenze sul regime di responsabilità e limiti dell'attuale approccio*, in *Resp. civ. prev.*, 2013, p. 1996 ss.; F. VECCHIO, *Libertà di espressione e diritto all'onore in Internet secondo la sentenza Delfi as contro Estonia della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Dir. inf.*, 2014, p. 55 ss.; G. D'ALFONSO, *Verso una maggiore responsabilizzazione dell'hosting provider tra interpretazione evolutiva della disciplina vigente, innovazioni legislative e prospettive de jure condendo*, in *Federalismi.it*, 2020, p. 108 ss.

³ Sul tema si v. P. SPADA, *La proprietà intellettuale nelle reti telematiche*, in *Riv. dir. civ.*, 1998, p. 646 ss.; M. BARBARISI, *La tutela della proprietà intellettuale*, in E. TOSI (a cura di), *I problemi giuridici di Internet. Dall'E-Commerce all'E-Business*, Milano, 2010, p. 381 ss.; M. GAMBINI, *Dati personali ed Internet*, Napoli, 2008, p. 96 ss.; A. SARACENO, *La responsabilità degli Internet Service Provider per le violazioni del diritto d'autore*, in *Giur. it.*, 2011, c. 10 ss.; L. GUIDOBALDI, *YouTube e la diffusione di opere protette dal diritto d'autore: ancora sulla responsabilità dei providers tra hoster attivi, conoscenza dell'illecito e obbligo di sorveglianza*, in *Dir. inf.*, 2010, p. 273 ss.

⁴ L. NIVARRA, voce *Responsabilità del provider*, in *Dig. disc. priv. Sez. civ., Agg.*, Torino, 2003, p. 1196 ss.; M.L. MONTAGNANI, *Primi orientamenti in materia di responsabilità dei fornitori di servizi cloud per violazione del diritto d'autore in rete*, in *Riv. dir. ind.*, 2014, p. 178 ss.

⁵ Sulla responsabilità dei provider nella società dell'informazione, tra i tanti, si v. M. GAMBINI, *La responsabilità civile telematica*, in C. PERLINGIERI e L. RUGGERI (a cura di), *Internet e diritto civile*, Napoli, 2015, pp. 313-346; G. PONZANELLI, *Verso un diritto uniforme per la responsabilità degli Internet Service Providers*, in *Danno resp.*, 2002, p. 10; V. ZENO ZENCOVICH, *Profili attivi e passivi della responsabilità dell'utente in Internet*, in Aa.Vv., *La tutela del navigatore in Internet*, cit., pp. 140 e 195 ss.; G. M. RICCIO, *La responsabilità civile degli internet providers*, Torino, 2002, p. 57; ID., *La responsabilità civile degli Internet Providers alla luce della direttiva n. 2000/31/CE*, in S. SICA e P. STANZIONE (a cura di), *Commercio elettronico e categorie civilistiche*, Milano, 2002, p. 391; G. GIACCOBBE, *La responsabilità civile per l'uso di Internet*, in V. RICCIUTO e N. ZORZI (a cura di), *Il contratto telematico*, in *Tratt. dir. comm. dir. pubbl. econ. diretto da F. GALGANO*, XX, Padova, 2002, p. 222; F. SIGNORELLI, *Profili di responsabilità del provider nell'e-commerce*, in V. FRANCESCHELLI (a cura di), *Commercio elettronico*, Milano, 2001, p. 570 ss.; M. ASTONE, *La responsabilità del prestatore di servizi della società di informazione nella direttiva 2000/31/CE*, in *Europa dir. priv.*, 2002, p. 446; A. PIAZZA, *La responsabilità civile dell'Internet Provider*, in *Contr. Impr.*, 2004, p. 147 ss.; F. DI CIOMMO, *Evoluzione tecnologica e regole di responsabilità civile*, cit., p. 294 ss.; ID., *La responsabilità civile in Internet: prove di governo dell'anarchia tecnocratica*, in *Resp. civ.*, 2006, p. 563 ss.; L. BUGIOLACCHI, *La responsabilità dell'host provider alla luce del d.lgs. n. 70/2003: esegesi di una disciplina «dimezzata»*, in *Resp. civ. prev.*, 2005, p. 193; A. MONTELERO, *La responsabilità degli intermediari di rete nella giurisprudenza italiana alla luce del modello statunitense e di quello comunitario*, in *Contr. impr. eur.*, 2010, p. 544 ss.

⁶ Direttiva 2000/31/CE del Parlamento europeo e del Consiglio dell'8 giugno 2000 relativa a taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell'informazione, in particolare il commercio elettronico, nel mercato interno («Direttiva sul commercio elettronico»). Si v. A. ANTONUCCI, *eEurope: la costruzione del quadro normativo*, in A. ANTONUCCI (a cura di), *E-Commerce. La Direttiva 2000/31/CE e il quadro normativo della rete*, Milano, 2001, p. 1 ss.; F. SARZANA DI SANT'IPPOLITO, *Approvata la direttiva sul commercio elettronico*, in *Corr. Giur.*, 2000, p. 1293; C. ROSSELLO, *La nuova*

intermediazione nella trasmissione delle informazioni attraverso la rete, ma che è andata col tempo perdendo terreno, perlopiù, in favore dell'esigenza di garantire l'effettività dei diritti degli utenti in ipotesi di illecito commesso attraverso la rete⁷. Allo stesso modo, oggi, con la Direttiva 2019/790/UE, si assiste a un risultato analogo, seppur questa volta con uno sbilanciamento degli equilibri in favore dei titolari di diritti d'autore e di diritti di privativa industriale, giustificato altresì dalla volontà di favorire l'innovazione e la creazione di nuovi contenuti.

Le uniche costanti di questa dinamica sono la rapida evoluzione dei servizi della rete internet, vero motore dell'intero processo di trasformazione del settore, il passaggio da una figura di *internet service provider* quale soggetto da incentivare (agli albori di internet) a vero e proprio «potere privato»⁸, di dimensioni tali da porsi in concorrenza con lo Stato e da poter costituire una potenziale minaccia per la democrazia e i diritti fondamentali dei cittadini, nonché la tecnica utilizzata per ridurre l'ambito di esenzione dalla responsabilità degli intermediari della rete: la creazione di nuove figure di prestatori di servizi *online* - quali l'*hosting provider* attivo e il prestatore di servizi di condivisione di contenuti *online*⁹ - escluse dall'ambito di applicazione della Direttiva 2000/31/CE e, in quanto tali, soggette

disciplina del commercio elettronico. Principi generali ed ambito di applicazione, in *Commercio elettronico, documento informatico e firma digitale. La nuova disciplina*, Torino, 2003, p. 16; P. STANZIONE, *Commercio elettronico, contratto e altre categorie civilistiche*, in *Il Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2001, fasc. 4-5, p. 651 ss.; L. CAVALAGLIO, *L'art. 11 della Direttiva 2000/31/CE e le tecniche di conclusione del contratto telematico*, in *Il Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2001, I, p. 95 ss.

⁷ Si v., in particolare, Corte. giust., 16 febbraio 2012, c. 360/10, *Belgische Vereniging van Auteurs, Componisten en Uitgevers CVBA (SABAM) c. Netlog NV* in www.curia.europa.eu; Corte. giust., 27 marzo 2014, c. 314/12, *UPC Telekabel Wien GmbH c. Constantin Film Verleih GmbH e Wega Filmproduktionsgesellschaft mbH* in www.curia.europa.eu; Corte. giust., 29 gennaio 2008, c. 275/06, *Promusicae c. Telefónica de España SAU* in www.curia.europa.eu; Corte. giust., 22 giugno 2021, c. 682/18, *Frank Peterson c. Google LLC* e c. 683/18 *Elsevier Inc. c. Cyando AG*, in www.curia.europa.eu.

⁸ G. RITTER, *Il volto demoniaco del potere*, Bologna, 1958, passim; A. NERVI, *Il contratto come strumento di conformazione dell'assetto di mercato*, in *Eur. dir. priv.*, 2018, p. 95 ss.

⁹ Sul ruolo assolto nella disciplina della responsabilità civile telematica dal tipo di servizio erogato dal *provider* in concreto, cfr. P. LEOCANI, *La direttiva UE sul commercio elettronico: cenni introduttivi*, in *Europa dir. priv.*, 2000, p. 652; R. BOCCHINI, *La responsabilità civile degli intermediari del commercio elettronico. Contributo allo studio dell'illecito plurisoggettivo permanente*, Napoli, 2003, p. 128 ss.

all'ordinario regime di responsabilità civile o a una nuova disciplina speciale meno favorevole.

Vi è, peraltro, altra questione, che per lunghi tratti ha accompagnato le discussioni in materia, potendo essere considerata il vero punto di emersione del fiume carsico costituito dal continuo conflitto tra i sopracitati diritti che animano la materia, e che, in quanto tale, è in grado di restituire lo stato raggiunto nella ricerca del giusto equilibrio tra gli stessi: ovverosia l'ammissibilità di sistemi automatizzati di filtraggio dei contenuti *online*. Non sfugge, difatti, come i suddetti sistemi siano, da un lato, potenzialmente idonei a limitare in maniera più o meno indiscriminata la libertà di manifestazione del pensiero degli utenti e, allo stesso tempo, come possano costituire un costo gravoso per gli *internet service provider*, specie per quelli di dimensioni ridotte, mentre, dall'altro, forte è il sospetto che in tale ambito essi costituiscano strumento necessario (e insostituibile) al fine di garantire effettività alla tutela dei diritti di privata.

Pertanto, si comprendono le ragioni per cui è di estremo interesse esaminare la sentenza, del 26 aprile 2022, con cui la Corte di giustizia dell'Unione europea (CGUE)¹⁰ si è ritrovata a decidere ancora una volta sulla questione dei sistemi automatizzati di filtraggio, ma, questa volta, nell'ambito di un rinnovato contesto normativo, delineato dall'art. 17 della Direttiva 2019/790/UE, nel quale la dinamica poc'anzi descritta volta alla contrazione del regime di esenzione della responsabilità degli *internet service provider* non è più orientata in favore della tutela degli utenti, bensì dei titolari dei diritti di privata¹¹.

2. La sentenza della Corte di Giustizia del 26 aprile 2022, c-401/2019

¹⁰ Corte giust., 26 aprile 2022, c. 401/2019, Repubblica di Polonia c. Parlamento europeo e Consiglio dell'Unione Europea, in *Nuova Giur. civ.*, 2022, p. 1032 ss., con nota di G.M. RICCIO, *Responsabilità delle piattaforme e sistemi di filtraggio: quale destino per la normativa italiana sul diritto d'autore?* Si v., inoltre, il commento di S. LAVAGNINI, *La responsabilità degli Internet Service Provider e la nuova figura dei prestatori di servizi di condivisione online (art. 17)*, in ID. (a cura di), *Il diritto d'autore nel mercato unico digitale*, cit., p. 236 ss.

¹¹ Per una ricognizione delle ragioni che hanno portato all'adozione della Direttiva 2019/790/UE, si v. E. ROSATI, *Copyright in the Digital Single Market*, in *Oxford University Press*, 2021, p. 328.

La decisione della Corte di Giustizia UE subito sopra menzionata prende le mosse dalla domanda della Polonia, avente ad oggetto l'annullamento delle lettere b) e c) dell'art. 17, paragrafo 4 della Direttiva 2019/790/UE, ossia delle norme che impongono ai fornitori di servizi digitali di compiere, secondo elevati standard di diligenza professionale di settore, il massimo sforzo per assicurare che non siano messe a disposizione del pubblico opere e altri materiali specifici per i quali abbiano ricevuto le informazioni pertinenti e necessarie dai titolari dei diritti e, in ogni caso, di agire tempestivamente, dopo aver ricevuto una segnalazione sufficientemente motivata dai soggetti da ultimo menzionati, per disabilitare l'accesso o rimuovere dai loro siti web le opere o altri materiali oggetto di segnalazione e di compiere i massimi sforzi per impedirne il caricamento in futuro. In subordine, per l'ipotesi in cui la Corte avesse ritenuto inscindibile il contenuto dell'art. 17, la Repubblica di Polonia ne chiedeva l'annullamento totale.

Alla base della richiesta, la Repubblica di Polonia affermava che l'adempimento degli obblighi previsti dalle disposizioni normative impugnate, necessario per poter beneficiare dell'esenzione di responsabilità prevista dal suddetto art. 17, comporterebbe che i fornitori di servizi di condivisione di contenuti online sarebbero tenuti a monitorare qualsiasi contenuto caricato dai loro utenti prima che questi siano messi a disposizione del pubblico, e ciò, conseguentemente, si tradurrebbe, in assenza di altre soluzioni praticabili e a ragione dell'enorme quantità di contenuti immessi sui propri *server*, nella necessità di impiegare strumenti di filtraggio automatico. Proprio l'utilizzo di strumenti automatizzati di controllo preventivo dei contenuti caricati *online* - che, a detta della Polonia, sarebbe *de facto* imposto dalla Direttiva in parola - determinerebbe un'interferenza particolarmente grave con la libertà di espressione e di informazione degli utenti di tali servizi, garantito dall'art. 11 della Carta¹², in quanto potenzialmente idonei a determinare il blocco di contenuti leciti, nonché a ragione del fatto che l'illiceità, e quindi il conseguente blocco di tali contenuti, verrebbe determinata

¹²Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea n. C 326/02, GUUE, 16 ottobre 2012.

automaticamente da algoritmi, e questo ancor prima di qualsiasi diffusione degli stessi¹³.

Pertanto, e in estrema sintesi, sulla base di tali motivazioni, la Polonia chiedeva l'annullamento di quelle disposizioni che, a suo dire, comporterebbero una «censura generale automatica preventiva» dei servizi di condivisione dei contenuti da parte dei loro fornitori, con l'effetto di ricondurre anche la nuova figura del prestatore di servizi di condivisione di contenuti *online* al regime speciale di responsabilità previsto dall'art. 14 della Direttiva 2000/31/CE per l'*hosting provider*¹⁴. La Corte, adottando un apprezzabile approccio sistematico - non circoscritto alle singole disposizioni interessate dal ricorso, ma volto a verificare il bilanciamento realizzato dal complesso delle disposizioni previste dal succitato art. 17 - respinge il ricorso a ragione del fatto che l'obbligo per i prestatori di servizi di condivisione di controllare in via preventiva i contenuti che gli utenti intendono caricare *online* è stato accompagnato dal legislatore dell'Unione da garanzie adeguate per assicurare - conformemente al disposto dall'art. 52, paragrafo 1, della Carta - il rispetto del diritto alla libertà di espressione e d'informazione degli utenti di tali servizi, garantito all'articolo 11 della Carta, nonché il giusto equilibrio tra tale diritto, da un

¹³ Corte giust., 24 maggio 2019, c. 401/2019, Repubblica di Polonia c. Parlamento europeo e Consiglio dell'Unione Europea, in www.curia.europa.eu, punto 41.

¹⁴ Articolo 14, Direttiva 2000/31/CE - "Hosting": 1. Gli Stati membri provvedono affinché, nella prestazione di un servizio della società dell'informazione consistente nella memorizzazione di informazioni fornite da un destinatario del servizio, il prestatore non sia responsabile delle informazioni memorizzate a richiesta di un destinatario del servizio, a condizione che detto prestatore: a) non sia effettivamente al corrente del fatto che l'attività o l'informazione è illecita e, per quanto attiene ad azioni risarcitorie, non sia al corrente di fatti o di circostanze che rendono manifesta l'illegalità dell'attività o dell'informazione, o b) non appena al corrente di tali fatti, agisca immediatamente per rimuovere le informazioni o per disabilitarne l'accesso. 2. Il paragrafo 1 non si applica se il destinatario del servizio agisce sotto l'autorità o il controllo del prestatore. 3. Il presente articolo lascia impregiudicata la possibilità, per un organo giurisdizionale o un'autorità amministrativa, in conformità agli ordinamenti giuridici degli Stati membri, di esigere che il prestatore ponga fine ad una violazione o la impedisca nonché la possibilità, per gli Stati membri, di definire procedure per la rimozione delle informazioni o la disabilitazione dell'accesso alle medesime.

lato, e il diritto di proprietà intellettuale, protetto all'articolo 17, paragrafo 2, della Carta, dall'altro¹⁵.

Peraltro, la parte maggiormente interessante della decisione è altra - dalla quale emerge il mutamento di prospettiva nella giurisprudenza del Giudice europeo in favore di una più penetrante considerazione del caso concreto e della necessità che sia questo a orientare la decisione in merito al giusto equilibrio tra diritti e interessi confliggenti¹⁶ - ovvero, quella concernente la specificazione del dovere per gli Stati membri, sia in sede di recepimento dell'art. 17 della Direttiva 2019/790/CE, che soprattutto in sede di attuazione della conseguente normativa derivata, di fondarsi su un'interpretazione di tale disposizione atta a garantire un giusto equilibrio tra i diversi diritti fondamentali tutelati dalla Carta, avuto particolare riguardo alla necessità che questa non entri in conflitto con i summenzionati diritti fondamentali o con gli altri principi generali del diritto dell'Unione, come il principio di proporzionalità.

3. L'uso di sistemi automatizzati di filtraggio dei contenuti online: la giurisprudenza comunitaria dalla Direttiva 2000/31/CE alla Direttiva 2019/790/UE
Fino all'entrata in vigore dell'articolo 17 della direttiva 2019/790, la responsabilità dei fornitori di servizi di condivisione di contenuti *online* per aver consentito l'accesso, da parte del pubblico, a contenuti protetti caricati dai propri utenti in violazione del diritto d'autore ricadeva entro l'ambito di applicazione, oltre che dell'art. 3 della direttiva 2001/29, dell'art. 14 della direttiva 2000/31¹⁷, il quale ancora

¹⁵ La questione, rispetto alla disciplina delineata dalla direttiva 2000/31/CE, era già stata sottoposta alla Corte di giustizia con le cause riunite Corte giust., 22 giugno 2021, c. 682/18, Frank Peterson c. Google LLC e c. 683/18, Elsevier Inc. c. Cyando AG, in www.curia.europa.eu.

¹⁶ Si v. H.G. GADAMER, *Verità e metodo*, cit., p. 382; P. PERLINGIERI, *Complessità e unitarietà dell'ordinamento giuridico vigente*, in *Rass. dir. civ.*, 2005, p. 188 ss.; ID., *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Napoli, 1991, p. 298 ss.; ID., *L'ordinamento vigente e i suoi valori*, cit., p. 13; N. LIPARI, *Le categorie del diritto civile*, Milano, 2013, *passim*.

¹⁷ La Direttiva sul commercio elettronico si prefiggeva l'obiettivo di creare un quadro giuridico che garantisse la libera circolazione dei servizi della società dell'informazione tra gli Stati membri (punto 8), in quanto le diverse normative nazionali creavano ostacoli al corretto funzionamento del mercato interno (punto 5). Lo scopo era quello di implementare efficacemente, nella sfera digitale, la libera circolazione di beni, persone, servizi e capitali

oggi condiziona l'esenzione dalla responsabilità prevista per l'*hosting provider* alla mancata effettiva conoscenza da parte di questi dell'illiceità dell'informazione o del contenuto ospitato¹⁸.

La suddetta disciplina, peraltro, si mostrò particolarmente inefficace rispetto all'obiettivo di combattere la pirateria, lo sfruttamento illegale dei contenuti e, più in generale, la violazione dei diritti di privativa, specie nell'odierno scenario in cui i servizi della società dell'informazione appaiono solo lontani parenti di quelli esistenti, e pertanto considerati, nel momento in cui veniva adottata la Direttiva sul commercio elettronico. Da qui, l'opportunità di prevedere con la direttiva 2019/790/UE, all'art. 17, un regime di responsabilità differenziato per una nuova figura di *internet service provider*, il prestatore di servizi di condivisione di contenuti *online*, previsto per le ipotesi in cui l'attività o il contenuto illecito si riferiscono a opere o altri contenuti protetti da diritti di proprietà intellettuale¹⁹.

L'articolo 17, paragrafo 1, della direttiva 2019/790/UE stabilisce che i fornitori di servizi di condivisione di contenuti *online* compiono un atto di comunicazione al pubblico o di messa a disposizione del pubblico quando offrono al pubblico l'accesso a opere protette dal diritto d'autore o ad altro materiale protetto caricato dai loro utenti, prevedendo in tali ipotesi la necessità che l'intermediario si attivi per ottenere l'autorizzazione da parte dei titolari dei diritti, ad esempio stipulando un contratto di licenza. Il legislatore europeo non fa segreto della finalità sottesa alla norma da ultimo menzionata, la quale non mira soltanto a garantire il rispetto dei diritti di privativa, bensì anche (e soprattutto) a promuovere lo sviluppo del mercato delle concessioni delle licenze tra i titolari di diritti e i prestatori di servizi

sancita dall'articolo 14(2) - ora 26(2) - del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE).

¹⁸ Si v. peraltro la Proposta di Regolamento del Parlamento Europeo e del Consiglio COM/2020/825 relativo a un mercato unico dei servizi digitali (legge sui servizi digitali) e che modifica la direttiva 2000/31/CE.

¹⁹ E. GUTIÉRREZ GARCIA, *La libertad de expresión y de información frente a la propiedad intelectual en el Mercado Único Digital. Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 26 de abril de 2022 (Asunto C-401/19) (JUR 2022, 137892)*, in *Rev. der. patr.*, 58, 2022, p. RR 5.3.

di condivisione²⁰, alla luce dell'importanza che questo ricopre nel favorire l'innovazione, il progresso e la produzione di nuove opere dell'ingegno.

L'articolo 17, paragrafo 4, della direttiva 2019/790/UE introduce un regime di responsabilità specifico per l'ipotesi in cui non venga concessa la suddetta autorizzazione da parte dei titolari dei diritti. In particolare, a norma del suddetto paragrafo, i fornitori di servizi di condivisione di contenuti *online* possono essere esonerati dalla responsabilità per tali atti di comunicazione e messa a disposizione di contenuti che violano il diritto d'autore solo se dimostrano di: a) aver compiuto i massimi sforzi per ottenere un'autorizzazione, e b) aver compiuto, secondo elevati standard di diligenza professionale di settore, i massimi sforzi per assicurare che non siano disponibili opere e altri materiali specifici per i quali abbiano ricevuto le informazioni pertinenti e necessarie dai titolari dei diritti; e, in ogni caso, c) aver agito tempestivamente, dopo aver ricevuto una segnalazione sufficientemente motivata dai titolari dei diritti, per disabilitare l'accesso o rimuovere dai loro siti *web* le opere o altri materiali oggetto di segnalazione e aver compiuto i massimi sforzi per impedirne il caricamento in futuro conformemente alla lettera b).

Pertanto, ai sensi della lett. a) del citato art. 17, paragrafo 4 della Direttiva, il fornitore di servizi deve, in primo luogo, dimostrare di aver compiuto ogni sforzo per ottenere una licenza e, in secondo luogo, nell'ipotesi in cui non sia stato possibile ottenere dal titolare dei diritti l'autorizzazione alla loro condivisione *online*, a norma della lett. b) dello stesso articolo dovrà monitorare e verificare che sulla sua piattaforma non vi siano contenuti che violino i diritti di privativa e per i quali abbia ricevuto dai titolari le informazioni necessarie. Pertanto, nel caso in cui il titolare del diritto non sia attivato²¹ al fine di fornire le suddette informazioni, il fornitore di servizi non sarà tenuto a compiere alcuno sforzo ai sensi della sopracitata lett. b)²².

²⁰ Considerando n. 61 della Direttiva 2019/790/UE.

²¹ Nello stesso senso, si v. N. PETERS, J. H. SCHMIDT, *Das Ringen um Upload-Filter geht in die 2. Runde*, in *GRUR Int.*, 2019, p. 1006 ss.

²² Si v. G. SPINDLER, *To Upload or Not - An Analysis of Art. 17 of the Directive on Copyright in the Digital Single Market*, in *12 Cuad. dir. transn.* 962, 2020, p. 970; K. STYLIANOU, N. ZINGALES, S. DI

Il sospetto che dalle suddette norme emerga implicitamente l'obbligo di adottare sistemi automatizzati di riconoscimento, filtraggio e blocco deriva precisamente dal fatto che non si comprenderebbe altrimenti in quale altro modo il prestatore di servizi *online* possa dimostrare di aver adottato, «in conformità con gli elevati standard di diligenza professionale del settore», misure atte a «garantire la non disponibilità» di opere e altri materiali identificati dai titolari dei diritti e «impedire il loro futuro caricamento»²³.

Nonostante l'almeno apparente contraddizione di una norma (per giunta di armonizzazione massima) che non indica gli strumenti da adottare per l'adempimento dell'obbligo di cui alla lett. b), lasciando al prestatore di servizi la libertà di scegliere il mezzo più adeguato²⁴, libertà che però risulta di fatto limitata a un solo mezzo a ragione dell'assenza di valide alternative in concreto, è pienamente condivisibile la scelta del legislatore europeo di fondare tale responsabilità sulla colpa specifica e sul richiamo a rigorosi «*high industry standards*». Difatti, grazie al suddetto richiamo, l'interprete potrà adeguare in via ermeneutica la norma in sede di applicazione, favorendo la configurazione di un sistema di responsabilità flessibile, che tenga conto dell'esigenza di garantire l'equilibrio tra i diversi diritti e interessi emergenti dal caso concreto a seconda delle peculiarità della fattispecie, avuto particolare riguardo alle dimensioni, all'organizzazione e alle possibilità tecniche del prestatore di servizi.

Altro aspetto particolarmente delicato del regime di responsabilità qui esaminato è la procedura di notifica e ritiro prevista alla lett. c) dell'art. 17, paragrafo 4. Si tratta di un meccanismo noto, in quanto già previsto dalla Direttiva sul Commercio Elettronico (Direttiva 2000/31), seppur con non trascurabili differenze, a iniziare dalla previsione dell'obbligo di impedire l'inoltro di contenuti («*stay-down*») che violano i diritti di proprietà intellettuale. Inoltre, tale obbligo sorge solo al «ricevimento di una notifica sufficientemente motivata da parte dei titolari dei

STEFANO, *Is Facebook keeping up with international standards on freedom of expression? A time-series analysis 2005-2020*, 2022, p. 41 ss., in <https://ssrn.com/abstract=4032703>.

²³ Si v. G. SPINDLER, *To Upload or Not*, cit., pp. 970-971.

²⁴ G. SPINDLER, *To Upload or Not*, cit., p. 989.

diritti», mentre, a differenza da quanto previsto dall'art. 14 della Direttiva 2000/31²⁵, non sembrerebbe configurarsi in caso di informazioni fornite da terzi, né nelle altre ipotesi in cui il prestatore del servizio abbia avuto effettiva conoscenza dell'illiceità del contenuto. Tale obbligo, infine, sembrerebbe porsi in maniera autonoma rispetto a quello di cui alla lett. b), pur suggerendo l'adozione di una soluzione unitaria che permetta l'adempimento contestuale di entrambi le obbligazioni, in quanto accomunate dalla necessità di procedere a una preventiva scansione e filtraggio dei contenuti caricati *online*.

Di preminente importanza ai fini dell'individuazione degli equilibri del sistema speciale di responsabilità delineato dall'art. 17 è il successivo paragrafo 5, il quale elenca una serie di criteri da prendere in considerazione ai fini della valutazione, alla luce del principio di proporzionalità, dell'adempimento degli obblighi di cui all'art. 17, paragrafo 4. Si tratta di una norma estremamente importante, specie se letta in combinato disposto con il richiamo alla diligenza professionale di cui alla lett. b) del paragrafo 4, in quanto da essa emerge l'intento di realizzare un regime di responsabilità il più possibile flessibile, caratteristica questa ineludibile per una disciplina avente ad oggetto un'attività estremamente mutevole a ragione della rapida e continua evoluzione tecnologica. Circostanza questa confermata anche dal successivo paragrafo 6, il quale differenzia gli obblighi in capo ai prestatori di servizi, graduandone di risulta le responsabilità, a seconda delle loro dimensioni²⁶. Ai fini della trattazione della questione dell'ammissibilità dei sistemi automatizzati di filtraggio, non possono non rilevare il disposto dal paragrafo 8, dell'art. 17 – il quale conferma il principio, ormai consolidato in materia, dell'assenza di un obbligo generale di sorveglianza²⁷ – e la disposizione di cui al successivo paragrafo

²⁵ Su questo tema si v.: Raccomandazione (UE) 2018/334 della Commissione europea, del 1° marzo 2018, sulle misure per combattere efficacemente i contenuti illegali online (C/2018/1177), GUUE, L 63, 6.3.2018, pp. 50-61.

²⁶ Si v. M. BELLÌ, *La responsabilità dei «prestatori di servizi di condivisione di contenuti online» ai sensi della dir. 2019/790/UE*, in *Nuove Leggi civ. comm.*, 2020, 2, 551; M. A. ASTONE, *Digital services act e nuovo quadro di esenzione dalla responsabilità dei prestatori di servizi intermediari: quali prospettive?* in *Contr. Impr.*, 2022, 4, 1050.

²⁷ Sul punto, si v. Corte giust., 3 ottobre 2019, c. 18/18, *Eva Glawischnig-Piesczek c. Facebook Ireland Limited*, in *www.curia.europa.eu*, la CGUE ha affrontato la questione della demarcazione

9, il quale prevede che i prestatori dei suddetti servizi istituiscano un meccanismo di reclamo e ricorso celere ed efficace che sia disponibile agli utenti dei loro servizi in caso di controversie in merito alla disabilitazione dell'accesso a, o alla rimozione di, specifiche opere o altri materiali da essi caricati.

Di sicuro interesse ai fine del presente commento è la circostanza che il citato paragrafo 9 dell'art. 17, nel disciplinare i reclami, specifichi che le decisioni volte a disabilitare l'accesso o a rimuovere i contenuti caricati sono soggette a verifica umana, lasciando intendere che le altre fasi di gestione dei contenuti caricati *online* prese in considerazione dalla direttiva, principalmente quelle volte all'adempimento degli obblighi di cui alle lett. b) e c), possono essere automatizzate e quindi, presumibilmente, uno Stato membro non potrebbe escluderle in sede di trasposizione²⁸.

Come si è visto, nell'economia della decisione della Corte, la previsione del suddetto obbligo di prevedere procedure di reclamo e ricorso sembra aver avuto un peso determinante nel ritenere proporzionata la limitazione della libertà di espressione operata dai sistemi automatizzati di filtraggio. Difatti, l'introduzione di tali procedure, in caso di controversie relative all'impossibilità di accedere o rimuovere i contenuti caricati dagli utenti, consente di recuperare quella valutazione umana che, come si vedrà in seguito, appare necessaria almeno in alcune particolare ipotesi. In tal modo, pertanto, ragioni di efficienza ed economicità sembrerebbero aver guidato il legislatore verso la previsione di una sorta di doppio livello: un controllo di primo livello massivo necessariamente automatizzato e dagli esiti non definitivi; un controllo di secondo livello individuale e umano, volto a confermare o rettificare la valutazione della macchina.

tra obblighi di monitoraggio generali (vietati) e specifici (consentiti), come elencati nel considerando 47 della direttiva sul commercio elettronico. In questo contesto, la CGUE ha ritenuto che l'obbligo del fornitore di servizi di rimuovere o bloccare contenuti simili non comporti un obbligo generale di monitoraggio e, in particolare, non vi sarebbe alcun obbligo di effettuare ricerche attive. In altre parole, la CGUE ritiene che l'uso di tecnologie automatizzate basate su «dettagli specifici» sia sufficiente perché non venga ancora assunto un obbligo di monitoraggio attivo e generale da parte del fornitore.

²⁸ Si v. B. TASSONE, *Quando un hosting provider è responsabile per le violazioni del copyright? La parola, di nuovo, alla grande sezione della corte di giustizia*, in *Resp. civ. prev.*, fasc. 6, 2021, p. 16 ss.

4. Il bilanciamento tra la libertà di espressione e i diritti di privata: un problema di proporzionalità

Dall'analisi della disciplina di cui all'art. 17 della Direttiva (UE) n. 2019/790 emerge, pertanto, un quadro particolarmente complesso e non privo di contraddizioni. In particolare, per quel che qui interessa, un regime di responsabilità che, pur non menzionando espressamente l'obbligo di utilizzare sistemi automatizzati di filtraggio, non sembra lasciare spazio ad alternative effettivamente percorribili in concreto, ponendo allo stesso tempo dei limiti che non sembrerebbero pienamente compatibili con il loro impiego. Il tutto accompagnato dalla necessità di verificare in concreto che l'eventuale impiego dei suddetti strumenti non determini limitazioni sproporzionate della libertà di espressione e realizzi il giusto contemperamento tra i diversi diritti in gioco, così come sembra indicare la Corte di Giustizia con la sentenza in commento.

Sul punto, pertanto, considerata l'incertezza del quadro sin qui abbozzato, può contribuire a gettare luce l'analisi dei precedenti in cui la Corte si è ritrovata a decidere su analoga questione²⁹, seppur rispetto a una disciplina ben diversa. In particolare, è interessante notare come il Giudice di Lussemburgo in passato non abbia negato che l'adozione degli stessi potesse in astratto risultare conforme al diritto comunitario, pur rilevando come la previsione dell'obbligo di adottare sistemi automatizzati di filtraggio – consistendo nell'adozione da parte dei

²⁹ Corte giust., 3 ottobre 2019, c. 18/18, *Eva Glawischnig-Piesczek c. Facebook Ireland Limited*, in www.curia.europa.eu; Corte. giust., 24 novembre 2011, c. 70/10, *Scarlet Extended SA v Société belge des auteurs, compositeurs et éditeurs SCRL (SABAM)*, punti 47-48, in www.curia.europa.eu; Corte. giust., 16 febbraio 2012, c. 360/10, *Belgische Vereniging van Auteurs, Componisten en Uitgevers CVBA (SABAM) c. Netlog NV*, punti 34, in www.curia.europa.eu. In particolare, la Corte di Giustizia ha affermato che un sistema di filtraggio imposto «causerebbe una grave violazione della libertà di impresa, poiché obbligherebbe a predisporre un sistema informatico complesso, costoso, permanente e unicamente a suo carico», nonché «sarebbe incompatibile con l'articolo 3 della direttiva 2004/48, il quale enuncia che le misure contemplate da detta direttiva devono essere eque, proporzionate e non eccessivamente costose». Diversamente, la giurisprudenza italiana ha affermato che l'impiego di tali sistemi pregiudicherebbe la diffusione delle informazioni attraverso la rete. Si v., in particolare Trib. Torino, 7 aprile 2017, in *Dir. e giust.*, 3 luglio 2017; Trib. Roma, 15 luglio 2016, in *Diritto d'autore*; App. Milano, sez. spec. impresa, 7 gennaio 2015, in *Riv. dir. ind.*, 2017, II, 4.

prestatori di servizi di sistemi informatici complessi, costosi e permanenti – potesse configurare una lesione della libertà di iniziativa economica, in quanto limitazione sproporzionata di tale libertà rispetto all'esigenza di garantire una tutela effettiva dei diritti d'autore³⁰.

La precedente giurisprudenza della Corte, pertanto, non chiudeva affatto la porta all'adozione dei sistemi automatizzati in parola – basti pensare che oggi, grazie all'evoluzione delle tecnologie disponibili, non può più sostenersi che l'adozione dei suddetti sistemi costituiscano un costo eccessivamente gravoso per gli *internet service provider*, e, pertanto, sembrerebbe caduto uno dei principali ostacoli individuati dal giudice europeo – risolvendo la questione alla luce dell'individuazione di un equilibrio tra i diritti in gioco sbilanciato in favore dei prestatori dei servizi della rete, seguendo in tal modo la direzione già tracciata dalla normativa applicabile (la Direttiva sul commercio elettronico).

Ragion per cui, diviene interessante comprendere la direzione prescelta dalla Corte, con la sentenza in commento, nell'applicare una disciplina, la Direttiva 2019/790/UE, che, nella ricerca del suddetto equilibrio, intende primariamente riequilibrare i rapporti in favore dei titolari dei diritti d'autore, e ove il conflitto si pone, più che con la libertà di iniziativa economica degli intermediari di internet, con la libertà di manifestazione del pensiero degli utenti.

La necessità che l'adozione di sistemi automatizzati di filtraggio venga valutata alla luce dell'esigenza di garantire un giusto equilibrio (in concreto) tra la libertà di manifestazione del pensiero e gli altri diritti meritevoli che vengono in rilievo rispetto all'utilizzo di tali strumenti, in particolare i diritti dei titolari di privative industriali o intellettuali, impone di soffermarsi brevemente sui presupposti e sui limiti in base ai quali la suddetta libertà fondamentale può essere limitata.

³⁰ G. M. RICCIO, *Responsabilità delle piattaforme e sistemi di filtraggio: quale destino per la normativa italiana sul diritto d'autore?* in *Nuova Giur. civ.*, 2022, 5, 1032, p. 4 ss; G. FROSIO, *Il diritto d'autore nel mercato unico digitale - l'art. 17, dir. 790/2019: i diritti fondamentali restano sospesi*, in *Giur. it.*, 2022, 5, 1253, p. 5 ss.

È noto come la «libertà di espressione» sia un diritto umano fondamentale, previsto dall'articolo 10 della Carta europea dei diritti dell'uomo (CEDU)³¹ e dall'articolo 11 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea³², nonché come si tratti di situazione giuridica fondamentale caratterizzata da un contenuto complesso e ampio, che abbraccia non solo la libertà di espressione in senso stretto, ma anche la libertà di avere opinioni e di ricevere e diffondere informazioni e idee senza interferenze da parte dell'autorità pubblica e indipendentemente dalle frontiere³³. Inoltre, non appare privo di rilievo il fatto che, secondo l'articolo 52, paragrafo 3 della Carta³⁴, entrambe le disposizioni normative poc' anzi citate hanno ad oggetto diritti dotati del medesimo significato, o, quantomeno, della stessa portata. Ne consegue che l'articolo 11 della Carta deve essere interpretato anche

³¹ Art. 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.

³² Art. 11 CDFUE. Libertà di espressione e d'informazione: 1. Ogni persona 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.

³³ Con riferimento all'articolo 11 della Carta, v. F. DONATI, *Art. 11*, in R. BIFULCO, M. CARTABIA, A. CELOTTO (a cura di), *L'Europa dei diritti. Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Bologna, 2001, p. 101; P. PIRODDI, *Commento all'art. 11 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in F. POCAR, M. C. BARUFFI (a cura di), *Commentario breve ai trattati dell'Unione europea*, Padova, 2014, p. 1693 ss. e R. MASTROIANNI, G. STROZZI, *Art. 11 Libertà di espressione e d'informazione*, in R. MASTROIANNI, O. POLLICINO, S. ALLEGREZZA, F. PAPPALARDO, O. RAZZOLINI (a cura di) *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Milano, 2017, p. 219.

³⁴ Articolo 52.3. Portata e interpretazione dei diritti e dei principi: Laddove la presente Carta contenga diritti corrispondenti a quelli garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà fondamentali, il significato e la portata degli stessi sono uguali a quelli conferiti dalla suddetta convenzione. La presente disposizione non preclude che il diritto dell'Unione conceda una protezione più estesa.

alla luce dell'articolo 10 della CEDU³⁵ e della relativa giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo.

Chiarita la base giuridica a livello europeo, non si dubita del particolare rilievo che la libertà di manifestare il proprio pensiero e il diritto di informarsi hanno assunto nel *cyber* spazio. Difatti, l'uso di *Internet*, in particolare delle piattaforme di condivisione dei contenuti, costituisce oggi uno dei principali strumenti per l'esercizio della libertà di espressione, grazie alla sua accessibilità e alla sua capacità di immagazzinare e diffondere grandi quantità di dati, contribuendo in modo significativo ad ampliare e facilitare l'accesso del pubblico alle informazioni, nonché moltiplicando esponenzialmente le possibilità di diffondere le proprie opinioni a un uditorio tendenzialmente sconfinato³⁶.

Ciò puntualizzato, la libertà di espressione, al pari di ogni altro diritto fondamentale, può essere oggetto di limitazioni. Difatti, i diritti fondamentali sono precetti di ottimizzazione di un valore³⁷, in altri termini, si tratta di corpi giuridici che sono funzionalmente orientati alla più ampia realizzazione possibile del valore che incorporano. Da ciò deriva che, nell'avanzare la suddetta pretesa, essi incontrano il limite costituito da analoghe pretese avanzate da altri diritti fondamentali. Pertanto, la misura della realizzazione del diritto (e del valore)

³⁵ Per quanto riguarda la libertà di espressione nel contesto della CEDU, si segnalano V. ZAGREBELSKY, R. CHENAL, R. TOMASI, *Manuale dei diritti fondamentali in Europa*, Il Mulino, Bologna, 2016; S. BARTOLE, P. DE SENA, V. ZAGREBELSKY (a cura di), *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, CEDAM, Padova, 2012; V. BERGER, *Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Sirey, Paris, 2011; F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, Presses universitaires de France (PUF), 2011; M. DE SALVIA e V. ZAGREBELSKY (a cura di), *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali. La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e della Corte di giustizia delle Comunità europee*, voll. I, II, III, Giuffrè, Milano, 2006-8; S. BARTOLE, B. CONFORTI, G. RAIMONDI (a cura di), *Commentario alla Convenzione Europea per la Tutela dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà Fondamentale*, CEDAM, Padova, 2001, p. 337 ss.; G. COHEN-JONATHAN, *Article 10*, in L.-E. PETTITI, E. DECAUX, P.H. IMBERT (a cura di), *La Convention européenne des droits de l'homme. Commentaire article par article, Economica*, Parigi, 1999, p. 367 ss.; M. CASTELLANETA, e M. OROFINO, *La libertà di espressione tra Costituzione e Carte europee dei diritti*, Torino, 2014, p. 9 ss.

³⁶ In effetti, secondo la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, l'articolo 10 della CEDU garantisce la libertà di espressione e d'informazione a qualsiasi persona e riguarda non solo il contenuto delle informazioni ma anche i mezzi di diffusione, poiché qualsiasi restrizione a tali mezzi incide sul diritto di ricevere e comunicare informazioni.

³⁷ R. ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, cit., p. 75 ss.; ID., *On the Structure of legal Principles*, in *Ratio Juris*, 2000, p. 294 ss. Cfr. K. LARENZ, *Derecho justo*, cit., p. 32 ss.

dipenderanno dal confronto (e bilanciamento) con altri diritti fondamentali che vengono in rilievo rispetto a un determinato caso concreto³⁸. Oltre alla corretta considerazione che tale bilanciamento dipenderà dal diverso peso del valore incorporato³⁹, in questo momento interessa porre in evidenza che, in ogni caso, ciò comporta che la misura normale della loro realizzazione è graduale o parziale.

Ragion per cui, la garanzia dell'effettività della libertà di manifestazione del pensiero non è in ogni caso incompatibile con disposizioni normative che ne comportino la limitazione, a condizione che queste siano poste dalla legge, nonché che siano giustificate e proporzionate⁴⁰ rispetto all'obiettivo da raggiungere.

Il principio di proporzionalità assume nei casi in questione un ruolo fondamentale. Difatti, è il principio in parola che, nella scelta dello strumento per la realizzazione di un determinato diritto o interesse, impone di optare per quello che in concreto risulti sia idoneo che necessario, nonché proporzionale in senso stretto. Pertanto, un sistema automatizzato di filtraggio dei contenuti potrà essere considerato proporzionato (e quindi legittimo) solo a condizione che si dimostri che il suo utilizzo sia idoneo alla realizzazione di un diritto o di un interesse meritevole (nel caso di specie, la tutela del diritto d'autore), nonché esso sia anche necessario, ovvero sia che non esista altro strumento che, pur essendo ugualmente idoneo al fine, comporti una minore restrizione della libertà di espressione. Infine, sarà

³⁸ Cfr. R. ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, cit., p. 75 ss.; ID., *On the Structure of legal Principles*, cit., p. 294 ss.

³⁹ E. NAVARRETTA, *Costituzione, Europa e diritto privato*, cit., p. 186.

⁴⁰ Secondo il principio di proporzionalità, le restrizioni possono essere effettuate solo quando sono necessarie e rispondono effettivamente a obiettivi di interesse generale riconosciuti dall'Unione o alla necessità di proteggere i diritti e le libertà altrui. Giova notare che il principio di proporzionalità si compone di tre componenti (o sotto-principi): l'idoneità (*Geeignetheit*), che indica la capacità dei mezzi impiegati di raggiungere il fine prestabilito; la necessità (*Erforderlichkeit*), che designa l'in-sostituibilità del mezzo con un altro meno gravoso; e la proporzionalità in senso stretto (*Verhältnismässigkeit im engeren Sinne*), che specifica il requisito secondo cui i mezzi adottati, anche se idonei e necessari, non devono nel complesso essere troppo gravosi rispetto alla convenienza del risultato raggiungibile. Il principio di proporzionalità in senso stretto «implica la verifica che i mezzi impiegati siano non solo idonei, non solo necessari su un piano meramente tecnico di ottimalità rispetto al fine, ma - oltre che idonei e necessari - non intollerabilmente onerosi e gravosi: sia quando i costi a carico del cittadino potrebbero essere incompatibili con la salvaguardia di alcuni dei suoi valori costituzionali, sia quando la composizione tra costi e benefici potrebbe risultare squilibrata e scompensata». S. COGNETTI, *Principio di proporzionalità. Profili di teoria generale e di analisi sistematica*, Torino, 2011, p. 224 ss.

necessario verificare che il sistema di filtraggio, seppur idoneo e necessario, determini una compressione della libertà di manifestazione del pensiero intollerabile, in quanto lesiva del suo nucleo fondamentale e totalmente sbilanciata in favore di un interesse di tipo economico (principio di proporzionalità in senso stretto).

Infine, occorre che la limitazione della libertà fondamentale trovi la propria fonte in norme chiare e precise, che ne disciplinino in maniera precisa l'ambito di applicazione e ne stabiliscano i presupposti, in modo che i cittadini siano equipaggiati con garanzie sufficienti che li ponga al riparo dal rischio di possibili abusi.

La necessità che la limitazione della libertà di manifestazione del pensiero sia accompagnata da garanzie, sostanziali e procedurali, risponde anche alle peculiarità dell'ambito di cui si tratta, ovverosia quello del trattamento automatizzato⁴¹, particolarmente insidioso a ragione dei meccanismi di funzionamento che lo contraddistinguono, i quali lo rendono potenzialmente idoneo a dar luogo a violazioni indiscriminate dei diritti degli utenti. Ciò specialmente in un settore, quello del diritto d'autore, in cui non sembra sempre possibile prescindere dalla valutazione umana nella distinzione tra ciò che costituisce un illecito (la riproduzione non autorizzata di un'opera coperta da diritti di privativa) e ciò che, all'opposto, costituisce la manifestazione di una libertà fondamentale (come ad es. la parodia o la satira).

Pertanto, sulla falsariga delle considerazioni che precedono, la Corte con la sentenza c-401/2019 ha potuto sostenere che gli obblighi imposti dall'articolo 17, paragrafo 4, della direttiva 2019/790/UE non limitano in modo sproporzionato il diritto alla libertà di espressione e d'informazione degli utenti di tali servizi, in quanto: a) sono escluse le misure che filtrano e bloccano i contenuti leciti caricati dagli utenti⁴²; b) i fornitori di servizi di condivisione di contenuti *online* sono tenuti

⁴¹ In questo senso, si v. Corte giust., 16 luglio 2020, c. 311/18, Data Protection Commissioner c. Facebook Ireland Limited e Maximilian Schrems, in www.curia.europa.eu, paragrafo 176.

⁴² In questo contesto, va ricordato che la Corte di giustizia ha già avuto modo di affermare che un sistema di filtraggio potrebbe non distinguere in maniera adeguata tra contenuti illeciti e

a informare i propri utenti della possibilità di utilizzare opere e altri materiali protetti ove sussistano eccezioni o limitazioni al diritto d'autore e ai diritti connessi previste dal diritto dell'Unione; c) nell'ipotesi in cui i titolari dei diritti di privativa non forniscano ai prestatori dei servizi di condivisione le informazioni pertinenti e necessarie, questi non saranno tenuti a rendere indisponibili i contenuti lesivi dei suddetti diritti; d) l'applicazione dell'art. 17 non implica alcun obbligo generale di monitoraggio, ma impone un'ulteriore garanzia per il rispetto della libertà di espressione e di informazione degli utenti dei servizi di condivisione di contenuti *online*, implicando che i fornitori di servizi non possano essere obbligati a impedire il caricamento e la messa a disposizione del pubblico di contenuti il cui eventuale carattere illecito potrebbe essere rilevato solo mediante una valutazione autonoma del loro contenuto alla luce delle informazioni fornite dai titolari dei diritti; e) l'obbligo per i fornitori di servizi di condivisione di contenuti *online* di istituire meccanismi di ricorso rapidi ed efficaci in caso di controversie in merito alla disabilitazione dell'accesso a, o alla rimozione di, specifiche opere o altri materiali da essi caricati⁴³.

Pertanto, tra le pieghe della motivazione posta dalla Corte a supporto della propria decisione emerge come la questione dell'ammissibilità dei sistemi preventivi di riconoscimento e filtraggio sia in sostanza una questione di esigibilità tecnica. Difatti, per poter considerare legittima e proporzionata la limitazione della libertà fondamentale di espressione causata dall'operatività dei suddetti strumenti, diviene dirimente il fatto che questi siano effettivamente in grado di riconoscere e distinguere i contenuti illeciti e siano congegnati in modo tale da escludere la

leciti, cosicché il suo impiego potrebbe avere l'effetto di causare il blocco delle comunicazioni con contenuto lecito, risultando il suo impiego incompatibile con il diritto alla libertà di espressione e di informazione garantito dall'articolo 11 della Carta (cfr., in tal senso, la sopra citata sentenza Corte. giust., 16 febbraio 2012, c. 360/10, *Belgische Vereniging van Auteurs, Componisten en Uitgevers CVBA (SABAM) c. Netlog NV*, in www.curia.europa.eu, punti 50 e 51, e la giurisprudenza ivi citata).

⁴³ Si v. i paragrafi 85-96 della sentenza in questione.

possibilità di dar luogo al filtraggio e al blocco di un contenuto che non viola il diritto d'autore⁴⁴. Proprio questo è l'aspetto che offre le maggiori incertezze.

Difatti, pur avendo ricevuto le informazioni pertinenti e necessarie da parte dei titolari dei diritti, si fatica a comprendere come un meccanismo automatizzato sia in grado di compiere una valutazione estremamente delicata, che non sembra poter prescindere dal contributo umano. Una macchina può raccogliere, comparare, analizzare ed elaborare una enorme quantità di dati in maniera quasi immediata, in tal modo potendo rilevare la totale o parziale coincidenza tra gli elementi identificativi di un'opera protetta dal diritto d'autore e le caratteristiche del contenuto caricato *online* dall'utente, ma difficilmente potrà discernere quei casi in cui, ad es., il suddetto contenuto richiama le caratteristiche di un'opera nota per renderla oggetto di satira o parodia⁴⁵. Difatti, e probabilmente è questo il nucleo della questione, ciò che uno strumento automatizzato, per quanto sofisticato e intelligente, non riesce sempre o, comunque, correttamente a rilevare è il contesto in cui vengono riprodotti gli elementi caratteristici dell'opera e la finalità della citazione, soprattutto nel momento in cui si riconosca che il principale discrimine tra una parodia e l'opera dell'ingegno da cui questa trae ispirazione è precisamente il modo in cui la prima viene «percepita» dal pubblico (umano), ossia come un qualcosa di diverso dall'opera parodiata⁴⁶.

⁴⁴ Si v. al riguardo Corte giust., 22 giugno 2021, c. 682/18 Frank Peterson c. Google LLC e c. 683/18 Elsevier Inc. c. Cyando AG, in *www.curia.europa.eu*, Opinione dell'AG Saugmandsgaard, paragrafo 243; M. MONTAGNANI, *A New Liability Regime for Illegal Content in the Digital Single Market Strategy*, in *The Oxford Handbook of Online Intermediary Liability*, 2020, p. 304; G. FROSIO, *To Filter or Not to Filter? That is the Question in EU Copyright Reform*, in *Cardozo Arts & Entertainment*, 36(2), 2018, p. 101 ss.; E. ENGSTROM, N. FEAMSTER, *The Limits of Filtering: A Look at the Functionality and Shortcomings of Content Detection Tools*, in *Engine*, 2017, p. 18 ss.

⁴⁵ Se ne avvede lo stesso legislatore europeo nel momento in cui si premura di specificare al paragrafo 7 dell'art. 17 che "Gli Stati membri provvedono affinché gli utenti in ogni Stato membro possano avvalersi delle seguenti eccezioni o limitazioni esistenti quando caricano e mettono a disposizione contenuti generati dagli utenti tramite i servizi di condivisione di contenuti online: a) citazione, critica, rassegna; b) utilizzi a scopo di caricatura, parodia o pastiche".

⁴⁶ «[...] la parodia ha come caratteristiche essenziali, da un lato, quella di evocare un'opera esistente, pur presentando percettibili differenze rispetto a quest'ultima, e, dall'altro, quella di costituire un atto umoristico o canzonatorio. La nozione di «parodia», ai sensi di detta disposizione, non è soggetta a condizioni in base alle quali la parodia dovrebbe mostrare un proprio carattere originale, diverso dalla presenza di percettibili differenze rispetto all'opera

Ragion per cui, l'ammissibilità dei sistemi automatizzati di filtraggio, in definitiva, sembrerebbe in gran parte rimessa alla capacità dell'*internet service provider* di adempiere l'obbligo di predisporre un meccanismo di reclamo e ricorso celere ed efficace in caso di controversie in merito alla disabilitazione dell'accesso o alla rimozione di specifiche opere o altri materiali da essi caricati. Difatti, è su questo controllo di secondo livello che inevitabilmente finirà per spostarsi la valutazione circa la proporzionalità della limitazione della libertà di espressione degli utenti, sulla quale non potrà non incidere quella elevata diligenza professionale di settore richiamata dall'art. 17, paragrafo 4, lett. b), avuto particolare riguardo alle dimensioni e all'organizzazione del prestatore di servizi.

5. Conclusioni

Non resta che dedicare qualche cenno alle ripercussioni della decisione della Corte sulla normativa italiana di recepimento, le quali inoltre offrono l'occasione per delle rapide considerazioni conclusive.

In particolare, si accennava come la Corte, con la sentenza c-401/2019 abbia precisato che gli Stati membri sono tenuti, in occasione della trasposizione dell'articolo 17 della direttiva 2019/790 nel loro ordinamento interno, a fondarsi su un'interpretazione di tale disposizione atta a garantire un giusto equilibrio tra i diversi diritti fondamentali tutelati dalla Carta. Inoltre, in sede di attuazione delle misure di recepimento di tale disposizione, le autorità e i giudici degli Stati membri devono non solo interpretare il loro diritto nazionale in modo conforme a detta disposizione, ma anche provvedere a non fondarsi su un'interpretazione di essa che entri in conflitto con i summenzionati diritti fondamentali o con gli altri principi generali del diritto dell'Unione, come il principio di proporzionalità.

originale parodiata, dovrebbe poter essere ragionevolmente attribuita ad una persona diversa dall'autore stesso dell'opera originale, dovrebbe essere incentrata proprio sull'opera originale o dovrebbe indicare la fonte dell'opera parodiata». Così Corte. Giust., 3 settembre 2014, c. 201/13, Johan Deckmyn e Vrijheidsfonds VZW c. Helena Vandersteen in www.curia.europa.eu; Cfr. Trib. Milano, Sez. Proprietà Industriale e Intellettuale, 14 luglio 2011; Trib. Venezia Sez. spec. Impresa, 07 novembre 2015.

A tal riguardo, l'Italia ha recepito la direttiva in parola con il D.Lgs. n. 177 dell'8 novembre 2021, il quale ha modificato molteplici (e rilevanti) disposizioni della Legge sul Diritto d'Autore (Legge n. 633 del 22 aprile 1941), in particolare, per quel che qui interessa, l'art. 102-septies della legge n. 633/1941, il quale ora riproduce pedissequamente il dettato dell'art. 17 della direttiva sul diritto d'autore.

Ragion per cui, considerata la perfetta coincidenza tra la disciplina italiana di recepimento e il suddetto art. 17, il gravoso compito di individuare un giusto equilibrio tra la libertà di iniziativa economica dei prestatori di servizi, la libertà di manifestazione di pensiero degli utenti e i diritti dei titolari di diritti di privativa ricadrà quasi interamente sul giudice chiamato a interpretare e applicare tale normativa.

Trattasi di una soluzione, in realtà, affatto deprecabile. Difatti, in un settore caratterizzato dalla continua e rapida evoluzione tecnologica, una disciplina eccessivamente dettagliata posta mediante fonti primarie non appare idonea, in quanto rischia di non tenere il passo delle trasformazioni delle attività disciplinate e, pertanto, di nascere già obsoleta. Ben più adeguato si presenta un approccio che privilegi i principi e i diritti fondamentali che devono trovare attuazione (e un equilibrio) rispetto alle peculiari caratteristiche del caso concreto, da un lato, e la valorizzazione della diligenza professionale, dall'altro.

Solo seguendo tali percorsi sarà possibile individuare una soluzione al complesso triangolo formato dagli utenti, i fornitori di servizi della società dell'informazione e i titolari di diritti di privativa industriale o intellettuale, prendendo atto dell'impossibilità di garantire tutti i diritti allo stesso tempo e assumendo la responsabilità di individuare volta per volta il «giusto equilibrio» tra di essi rispetto a ogni singolo caso concreto.

Il diritto negato alla sessualità nel regime penitenziario italiano

di
Sarah Grieco*

Sommario: 1. La dimensione affettiva e il corpo imprigionato; 1.1. Le peculiarità delle donne recluse; 2. Il canone minimo di salvaguardia costituzionale dell'individuo nella fase esecutiva; 3. Il caso italiano nel contesto internazionale; 4. I tentativi di riforma; 4.1. I disegni di legge dei consigli regionali di Toscana e Lazio; 5. La nuova *quaestio* al vaglio della Corte costituzionale.

1. La dimensione affettiva e il corpo imprigionato

Il nostro ordinamento penitenziario, sia se lo si considera vuoto di norme in materia, come pieno di un “operante dispositivo proibizionista”¹, impedisce incontri riservati dietro le sbarre, anche a carattere sessuale, perché il corpo della persona ristretta è esposto costantemente allo sguardo altrui.

L'art 18 della legge 354/75 (*Norme sull'ordinamento penitenziario e sulla esecuzione delle misure privative e limitative della libertà personale*, di seguito o.p.) impone un “controllo a vista” durante ogni colloquio ed il DPR 230/2000 (*Regolamento recante norme sull'ordinamento penitenziario e sulle misure privative e limitative della libertà*, di seguito Regolamento) si affretta a specificare che questo controllo deve avvenire “in ogni caso”².

* Avvocata, PHD e Docente di Diritto dell'Esecuzione penale presso Università degli Studi di Cassino e del Lazio Meridionale.

¹ Così A. PUGIOTTO, *Della castrazione di un diritto. La proibizione della sessualità in carcere come problema di legalità costituzionale*, in *Giurisprudenza penale*, n. 2-bis/2019, pp. 5-14.

² Art 37, comma 5, DPR 230/2000.

Non importa, quindi, che si tratti di un soggetto ristretto in regime di 41bis o collocato in un circuito penitenziario a custodia attenuata³. Le ragioni di sicurezza non hanno alcuna incidenza nell'imposizione di un controllo che, di fatto, si tramuta nella negazione di un diritto: quello alla sessualità, per l'appunto.

Il mantenimento delle "relazioni con le famiglie" - definizione volutamente "neutra" utilizzata dall'art. 28 o.p. in cui far rientrare anche la sessualità - è relegata, così, alla disciplina dei permessi di cui all'art. 30 *ter* o.p., definiti "premio"; non diritti.

All'interno del carcere, salvo qualche "bacio rubato" durante i colloqui "aperti", la sfera affettiva e sessuale è del tutto impedita.

Il "sesso recluso" si manifesta principalmente nel ricorso a pratiche masturbatorie o a rapporti omosessuali. Non essendo il frutto di una libera scelta ma della condizione penitenziaria, entrambe assumono il significato di avvilito del detenuto e di degrado della sua dignità personale, oltre che motivo di disagio psichico.

L'autoerotismo viene tollerato dalla giurisprudenza⁴ nonostante, secondo il diritto, masturbarsi in cella configura il reato (oggi depenalizzato) di atto osceno in luogo pubblico (art. 527 c.p.) perché lo spazio del carcere è aperto al pubblico. È bene sottolineare che il detenuto che lo pratica potrebbe, comunque, essere ugualmente "punito" con la sottrazione di un semestre dal calcolo della liberazione anticipata, qualora l'amministrazione penitenziaria "bollasse" tale condotta come non regolare.

Con riguardo, invece, ai rapporti omosessuali, spesso rappresentano la manifestazione del "disadattamento sessuale", che rappresenta uno degli effetti di quella che lo scienziato sociale *Donald Clemmer*⁵ definiva "sindrome da

³ Per un corretto inquadramento dei circuiti penitenziari cfr. S. SANTORSO, *Un carcere fatto a circuiti. Tra definizione formale e pratiche*, XIV Rapporto di Antigone, Antigone.it, maggio 2018.

⁴ cfr. Cassazione Penale, Sez. 1, n. 36865/2021.

⁵ D. CLEMMER, *La comunità carceraria*, in *Carcere e società liberale*, (a cura di Santoro E.), Giappichelli, Torino, 1997.

prigionizzazione”⁶. Il carcere, infatti, come ogni altra istituzione o società monosessuale, può facilmente portare a sviluppare anomalie sessuali che, col tempo, oltre a provocare frustrazione e a favorire comportamenti devianti, possono comportare gravi conseguenze anche sul piano psicologico. È chiaro che, se il detenuto ha avuto esperienze omosessuali in carcere, anche solo come rari atti di devianza dovuta alla forte pressione esercitata dal desiderio sessuale, *“l’aggressione psicologica al suo io sarà particolarmente acuta”*⁷. Quanto espresso in letteratura, trova pieno riscontro nei dati empirici: la mancata garanzia della sessualità, inevitabilmente, incide sulle condizioni psicofisiche del soggetto, a tal punto che si è arrivati ad affermare come la negazione della sessualità e dell’affettività determini depressione e rabbia, fino a sfociare in episodi di violenza.

La proibizione della sessualità si riversa, inoltre, prepotentemente sul rapporto di coniugio, come dimostrano le interviste di una ricerca condotta nelle carceri del Lazio durante il periodo pandemico⁸.

Probabilmente nessun altro elemento della vita in carcere ha il potere di disorganizzare la personalità degli individui come l’immaginario sessuale che si sviluppa nel “sesso recluso”.

La sessualità è, d’altra parte, elemento costitutivo della struttura esistenziale dell’uomo, parte integrante dell’espressione personale e dell’apertura alla comunicazione con gli altri.

È la stessa Corte Costituzionale, già nel 1987, ad aver dato il giusto risalto al posto che la sfera sessuale occupa nella vita dell’individuo. I giudici hanno definito la sessualità come *“uno degli essenziali modi di espressione della persona umana”*, per cui *“il diritto di disporre liberamente è senza dubbio un diritto soggettivo assoluto, che va*

⁶ M. GRESHAM, *The society of Captives. A study of a Maximum Security Prison*, Princeton University Press, 1958, tr. it. E. Santoro, *Carcere e società liberale*, Torino, 1997, 242.

⁷ D. CLEMMER, op.cit.

⁸ S. GRIECO, *Il diritto all’affettività delle persone recluse. Un progetto di riforma tra esigenze contrapposte. Appendice*, Diritto penitenziario e costituzione, Editoriale Scientifica, Napoli, 2022, 183.

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"⁹.

Tale affermazione, riportata nel contesto carcerario, si potrebbe tradurre in: l'astinenza sessuale forzata è espressione di una pena degradante.

Il Comitato Italiano di Bioetica, in un parere del 2013, riconosce i bisogni relazionali dei detenuti e il mantenimento dei rapporti familiari come elementi costitutivi del diritto alla salute, chiedendo *"la possibilità di godere di intimità negli incontri fra detenuti e coniugi/partners, in modo da salvaguardare l'esercizio dell'affettività e della sessualità in ottemperanza al principio etico della centralità della persona, anche in condizioni di privazione della libertà"*¹⁰.

Eppure la sub-castrazione detentiva viene ignorata dall'istituzione; sottovalutata dai "riformatori", che la considerando componente dell'espiazione; taciuta dai detenuti, che la subiscono come un'onta.

1.1. Le peculiarità delle donne recluse

Il diritto (o meglio, il mancato diritto) alla sessualità, in parte, presenta elementi comuni tra uomini e donne; tuttavia, per queste ultime, acquisisce una sua peculiarità, sotto la lente di ingrandimento dell'analisi di genere. Non solo, infatti, richiama la posizione di chi ha ritenuto che, proprio sul controllo dei corpi femminili, sia stata storicamente imperniata la repressione penale nei confronti delle donne¹¹, ma induce ulteriori riflessioni.

Sul primo aspetto, è opportuno sottolineare come la repressione penale, esercitata nei confronti delle donne, è stata incentrata sul controllo della sessualità. L'astinenza sessuale forzata ha rivestito un ruolo centrale nella disciplina delle carceri femminili fin dal loro sorgere¹²; in questi istituti, il carattere unisessuato

⁹ Corte Costituzionale, sentenza n. 561/1987.

¹⁰ http://bioetica.governo.it/media/1825/p113_2013_salute-dentro-le-mura_it.pdf, pag.11.

¹¹ Sul tema, S. TALINI, *L'affettività ristretta*, in M. RUOTOLO, S. TALINI (a cura di) *I diritti dei detenuti nel sistema costituzionale*, ESI, Napoli, 2017, pp. 224-227; M.E. SALERNO, *Affettività e sessualità nell'esecuzione penale: diritti fondamentali dei detenuti? L'atteggiamento italiano su una questione controversa*, in *Giurisprudenza Penale*, 1, 2017.

¹² T. PITCH, *Diritto e rovescio: studi sulle donne e il controllo sociale*, Napoli, Esi, 1987, p. 18.

dell'ambiente di reclusione è, ancora oggi, accentuato rispetto alle carceri maschili¹³.

La negazione della sessualità, inoltre, implicando la negazione del corpo, contribuisce al disconoscimento dell'identità individuale che, per le donne, si acuisce per il fatto di essere recluse in un ambiente che è progettato per gli uomini e ordinato secondo leggi che non prendono in considerazione la differenza di genere¹⁴.

Quanto alla genitorialità, le maggiori difficoltà nell'accesso a tecniche di procreazione medicalmente assistita – che può rappresentare la sola modalità di sperimentare la gravidanza, per quante stanno scontando una pena lunga, e sono destinate a lasciare l'istituto in età non più fertile – si tramutano in un ostacolo al proprio diritto alla maternità.

Da ultimo - anticipando, in parte, il ragionamento dei successivi paragrafi - se il divieto all'esercizio della propria sessualità, quando non supportata da specifiche ragioni di sicurezza, si tramuta in una compressione irragionevole della libertà personale, tale irragionevolezza emerge in maniera ancora più marcata nella detenzione femminile che è, storicamente, connotata da uno minore spessore criminale; come confermano anche i recenti dati riportati nell'ultimo *Report* di Antigone¹⁵.

¹³ Le conseguenze derivanti dalla privazione delle relazioni affettive, pur nella gravità, presentano caratteristiche in parte diverse dall'universo maschile. Come potuto constatare durante gli accessi presso la Casa di Reclusione di Rebibbia Femminile, dove il tasso di omosessualità tra detenute è molto elevato, la sessualità è vissuta dal mondo femminile più come esigenza di rapporti affettivi e sentimentali, che come bisogno di rapporti fisici. I rapporti omosessuali sono, spesso, vissuti negli istituti femminili come relazioni pseudo familiari: molte detenute vivono in coppia con scoperti legami affettivi, esercitando veri e propri ruoli familiari, prendendosi cura della cella come se fosse il loro *habitat* domestico, abbandonandosi a scene di gelosia. Tale stato, al contrario di quanto accade negli istituti maschili, viene manifestato e tollerato all'esterno, sia dalle strutture che dalla popolazione detenuta, rappresentando, in alcuni casi, un elemento di forza dovuto alla presenza della "coppia". Cr. S. GRIECO, *Il diritto all'affettività delle persone recluse*, op.cit.

¹⁴ L. RE, S. CIUFFOLETTI, *La pena rimossa. Detenzione e diniego della sessualità nelle carceri italiane*, in C. BOTRUGNO E G. CAPUTO, *Vulnerabilità, carcere e nuove tecnologie. Prospettive di ricerca sul diritto alla salute*, op.cit., pag. 112.

¹⁵ ANTIGONE, *Primo rapporto sulle donne detenute in Italia*, aprile 2023.

La negazione della sessualità alle donne ristrette sconfinava, allora, ancor di più in quell'irragionevolezza della pena che finisce per configurare una *“forma di violenza fisica e morale ...che, nella mancanza di una giustificazione sotto il profilo della sicurezza, si volge in mera vessazione, umiliante e degradante”*¹⁶.

2. Il canone minimo di salvaguardia costituzionale dell'individuo nella fase esecutiva

*“L'idea che la restrizione della libertà personale possa comportare per conseguenza il disconoscimento delle posizioni soggettive attraverso un generalizzato assoggettamento all'organizzazione penitenziaria è estranea al vigente ordinamento costituzionale, il quale si basa sul primato della persona e dei suoi diritti. (...) Tali diritti trovano nella condizione di coloro i quali sono sottoposti a una restrizione della libertà personale i limiti a essa inerenti, connessi alle finalità che sono proprie di tale restrizione, ma non sono affatto annullati da tale condizione”*¹⁷.

Il monito della Corte Costituzionale è chiaro: la restrizione della libertà personale non comporta affatto una *capitis diminutio* di fronte alla discrezionalità dell'autorità preposta alla sua esecuzione, né – è lecito aggiungere – dell'autorità politica preposta alla sua normazione.

Le persone recluse restano, così, titolari dei diritti costituzionalmente garantiti, comprimibili solo in ragione delle comprovate esigenze di ordine e sicurezza, connaturate allo *status detentionis*.

Come noto, nell'ambito dell'esecuzione penale, l'intangibilità dei diritti costituzionali, sancita dall'art.2 della Costituzione, accompagnata dai principi di uguaglianza e inviolabilità della libertà personale, di cui al successivo articolo 13, costituiscono i presupposti costituzionali dell'umanità delle pene e del suo finalismo rieducativo (art. 27, terzo comma, C.).

¹⁶ Cfr. Ufficio di Sorveglianza di Spoleto, ordinanza n. 23/2023.

¹⁷ Corte Costituzionale, sentenza n.29/1999

Il “*canone minimo di salvaguardia dell’individuo nella fase esecutiva*”¹⁸ si annida proprio nel punto di bilanciamento tra la sicurezza della collettività ed i diritti dei singoli, fissato dalla Costituzione. Un equilibrio davanti al quale il potere coercitivo dello Stato deve arretrare, se non si vuole che i trattamenti penitenziari sconfinino in pene contrarie al senso di umanità. Se così non fosse, infatti, la limitazione del diritto finirebbe col tradursi in un decremento meramente retributivo della sfera giuridica del condannato e in un valore afflittivo supplementare rispetto alla privazione della libertà. Il quadro costituzionale, fissato dai principi di cui agli artt. 2, 3, 13 e 27, terzo comma, C, verrebbe, così, inevitabilmente compromesso.

L’impostazione costituzionale, confermata dalla stessa giurisprudenza della Suprema Corte dell’ultimo decennio, trova pieno accoglimento nella nuova veste dell’art. 1 dell’ordinamento penitenziario, così come riformato dal d.lgs. n. 123 del 2018. Segnando definitivamente il passaggio dal trattamento penitenziario a quello rieducativo, l’art. 1 o.p., afferma solennemente che il trattamento deve avvenire nel rispetto dei diritti fondamentali e deve tutelare la dignità umana; ma, soprattutto, per quanto maggiormente interessa in questa sede, stabilisce che le restrizioni possono essere adottate e giustificate solo per ragioni di sicurezza¹⁹.

Eppure, nonostante la pena non può (e non deve) tradursi in un’azione repressiva di tutti gli aspetti dell’individuo, anche quelli corporali - idea annidata ancora nel pensiero di alcuni detenuti, soprattutto “i più anziani”²⁰ - ed il diritto alla sessualità rientra nel novero di quelli inalienabili, quello a cui assistiamo nel nostro sistema penitenziario è una sorta di “castrazione detentiva generalizzata”.

¹⁸ S. TALINI, *Un passo decisivo verso la garanzia della sessualità intramuraria?* in *Sistema Penale*, 3/2023, pag.34

¹⁹ Art. 1 legge 354/1975 - *Trattamento e Rieducazione*: «1. Il trattamento penitenziario deve essere conforme a umanità e deve assicurare il rispetto della dignità della persona (...)si conforma a modelli che favoriscono l’autonomia, la responsabilità, la socializzazione e l’integrazione. 2. Il trattamento tende, anche attraverso i contatti con l’ambiente esterno, al reinserimento sociale ed è attuato secondo un criterio di individualizzazione in rapporto alle specifiche condizioni degli interessati. 3. Ad ogni persona privata della libertà sono garantiti i diritti fondamentali; è vietata ogni violenza fisica e morale in suo danno (...). 4. Negli istituti l’ordine e la disciplina sono mantenuti nel rispetto dei diritti delle persone private della libertà. 5. Non possono essere adottate restrizioni non giustificabili con l’esigenza di mantenimento dell’ordine e della disciplina e, nei confronti degli imputati, non indispensabili a fini giudiziari. (...)»

²⁰ Cfr. S. GRIECO, *Il diritto all’affettività delle persone recluse*, op.cit., pag.176,

In ambito di sessualità intramuraria, è proprio quel bilanciamento tra tutela del diritto ed esigenze di sicurezza, ad essere del tutto assente²¹: il diritto all'intimità-sessualità non viene compresso in ragione a quegli specifici bisogni di "ordine" e "disciplina", richiamati dall'art.1 dell'ordinamento penitenziario; viene negato integralmente, a prescindere da ogni valutazione in riferimento al caso concreto.

Precludendo ogni giudizio di tipo casistico alla magistratura di sorveglianza, si assiste, senza che vi siano esigenze di sicurezza da salvaguardare, alla compromissione di "uno degli essenziali modi di espressione della persona umana"²², la sessualità appunto, che rappresenta diritto inviolabile ed elemento positivo del trattamento, al tempo stesso (art. 15 o.p. e, ancor più specificamente, art. 28 o.p.).

Si potrebbe, così, concludere che la forzata astinenza sessuale intramuraria, applicata in maniera generalizzata a tutta la popolazione detenuta, senza distinzioni di sorta, si traduce in una pena inumana e degradante, in quanto irragionevole poiché non sorretta da specifiche ragioni di sicurezza; irragionevolezza che fa acquisire al trattamento penitenziario i connotati di una violenza fisica e morale, in aperta violazione della Carta costituzionale, dei trattati internazionali e degli stessi principi fondanti dell'ordinamento penitenziario.

3. Il caso italiano nel contesto internazionale

L'inerzia del legislatore italiano sul tema della sessualità in carcere rappresenta, oramai, quasi un *unicum*, se si volge l'attenzione al contesto internazionale.

Sebbene in alcuni ordinamenti penitenziari quello della "visita" venga riconosciuto non come un diritto, bensì come un beneficio subordinato alla buona condotta del detenuto²³, e differenti sono i gradi di articolazione delle cd. *family visits*, restano oramai pochi Paesi europei a negare il diritto all'affettività e alla sessualità dei

²¹ S. TALINI, *Un passo decisivo verso la garanzia della sessualità intramuraria?* op.cit., pag. 35.

²² Cfr. Corte Costituzionale, sentenza n 561/1987.

²³ Corte EDU, 1° luglio 2021, *Lesław Wójcik c. Polonia*, ric.n. 66424/09.

detenuti²⁴. Ben 31 Stati dei 47 che compongono il Consiglio d'Europa autorizzano, sia pure con diverse modalità, le visite "intime" dei detenuti²⁵.

Come evidenziato, puntualmente, dallo stesso Consiglio, nel documento accompagnatorio alle *European Prison Rules*²⁶, le "stanze dell'affettività" rappresentano una realtà consolidata dentro e fuori dall'Europa.

In Italia, nonostante la Carta costituzionale, com'è noto, riservi una particolare attenzione all'istituto della famiglia²⁷ e l'ordinamento penitenziario ponga i rapporti con i familiari fra gli elementi del trattamento²⁸ - stabilendo che "*particolare cura è dedicata a mantenere, migliorare o ristabilire le relazioni dei detenuti e degli internati*"²⁹ con gli stessi - l'affettività³⁰ e la sessualità restano sostanzialmente diritti inattuati.

²⁴ In Croazia e Albania sono previsti colloqui non controllati di 4 ore con il coniuge o il *partner*, con frequenza settimanale. In alcuni *lander* della Germania sono predisposti piccoli appartamenti, in cui i detenuti condannati a lunghe pene possono incontrare i propri cari. Olanda, Norvegia, Danimarca prevedono soluzioni analoghe, con camera matrimoniale, servizi e cucina, senza limiti relativi alla posizione giuridica. Stessa soluzione anche in Finlandia, quanto non è possibile l'ammissione a permessi all'esterno. In Francia e Belgio si assiste a sperimentazioni in appartamenti per periodi prolungati, fino a 48 ore, con l'imputazione dei costi ai parenti dei detenuti. In Svizzera iniziative analoghe sono in atto in Canton Ticino ed in altri cantoni della confederazione. La cattolica Spagna ha istituito visite familiari/intime brevi per tutti i detenuti, quale che sia la posizione giuridica. In alcuni paesi dell'Europa dell'Est e in Russia sono consentite visite in apposite strutture mobili, in cui può trovare accoglienza la famiglia in tutte le sue componenti.

²⁵ In Canada, dal 1980 gli incontri arrivano fino a 72 ore e le soluzioni più ampie sono costituite da incontri fino a tre giorni in prefabbricati, siti nel perimetro degli istituti dove viene assicurata, ovviamente, la più completa intimità. Anche negli USA, che vantano il primato mondiale per numero dei detenuti, sono previsti, in alcuni Stati, programmi di visite coniugali o familiari: i detenuti possono incontrare, ogni due settimane, il coniuge e, ogni mese, tutta la famiglia, in una casa mobile posta all'interno del carcere, per tre giorni consecutivi. Vi sono esperienze anche in Israele, India, Messico, Brasile e Venezuela. Si tratta di un elenco certamente incompleto. Cfr. Ufficio di Sorveglianza di Firenze, ordinanza n.1476/2012.

²⁶ Raccomandazione n.6/2006, adottata dal Comitato dei ministri l'11 gennaio 2006 (ultima revisione:1 luglio 2020).

²⁷ Articolo 31 C: "*La Repubblica agevola con misure economiche e altre provvidenze la formazione della famiglia e l'adempimento dei compiti relativi con particolare riguardo alle famiglie numerose. Protegge la maternità, l'infanzia e la gioventù, favorendo gli istituti necessari a tale scopo*". In virtù di questa norma, dovrebbe essere garantita alle persone detenute la possibilità di mantenere relazioni strette con la propria famiglia e di assicurare l'adempimento del proprio ruolo genitoriale.

²⁸ Art.15 Ordinamento Penitenziario.

²⁹ Art.28 Ordinamento Penitenziario.

³⁰ Il perimetro del termine affettività è molto vasto e sfaccettato e coinvolge tutti elementi associati alle relazioni, alla vicinanza e alle dinamiche con l'altro: dalla genitorialità al legame

Sono innegabili i passi in avanti compiuti dalla legislazione italiana negli ultimi vent'anni in termini di affettività. È aumentato il numero di visite mensili³¹ e favorita una sua dimensione "riservata"³². È stato posto l'accento sul principio della territorialità della pena in termini di prossimità dell'istituto rispetto alla famiglia³³. L'art. 30 ter o.p. ha istituito permessi premio finalizzati al mantenimento degli "interessi affettivi". Sono state introdotte disposizioni in favore delle detenute con figli di età non superiore ai dieci anni³⁴.

con i figli, dalla presenza di bambini in carcere al rapporto con il partner, dalla possibilità di accesso di terze persone fino alla disciplina dei colloqui visivi, delle telefonate, dei permessi.

³¹ Secondo il vecchio Regolamento (così come modificato dal D.P.R. 421/1985 che aveva appunto introdotto gli interventi premiali) erano previsti due colloqui premiali oltre ai quattro colloqui ordinari. Con il nuovo Regolamento penitenziario del 2000, si è portato il limite massimo a sei colloqui al mese, tutti ordinari, cioè svincolati per la loro concessione da ogni valutazione discrezionale sulla condotta e la partecipazione al trattamento. La concessione di ulteriori colloqui per gravi infermità del detenuto o particolari circostanze, viene mantenuta ed ampliata, prevedendo la possibilità che la deroga al limite ordinario sia possibile anche in relazione a circostanze familiari e personali rilevanti, o quando il colloquio si svolge con prole inferiore a dieci anni (art. 37 comma 9° Nuovo Reg. Esec.). Tra le modifiche migliorative deve essere posta in risalto anche la possibilità del prolungamento della durata del colloquio da una a due ore, nei casi in cui questo si svolga con familiari e conviventi residenti in un comune diverso da quello in cui ha sede l'istituto. Il prolungamento non può essere ammesso se il detenuto ha usufruito del colloquio nella settimana precedente, e comunque se risulta incompatibile con le esigenze organizzative dell'istituto (art. 37 comma 10° Nuovo Reg. Esec.). La modifica che desta più perplessità risulta essere l'introduzione da parte del nuovo Regolamento di una differenziazione di regime tra detenuti "comuni" e detenuti per i reati previsti dall'art. 4-bis della legge penitenziaria, prevedendo che i primi possano usufruire di sei colloqui al mese, mentre per i secondi il numero dei colloqui non può essere superiore a quattro. Secondo il comma 8° dell'art. 37 del nuovo Regolamento esecutivo "quando si tratta di detenuti o internati per uno dei delitti previsti dal primo periodo del primo comma dell'art 4-bis della legge e per i quali si applichi il divieto di benefici ivi previsto, il numero dei colloqui non può essere superiore a quattro al mese". I dubbi di legittimità della norma sono stati presto sollevati dai detenuti per i reati previsti dall'art. 4-bis della legge penitenziaria, che hanno presentato numerosi reclami alla magistratura di sorveglianza contro le limitazioni ai colloqui e alla corrispondenza telefonica, introdotte nei loro confronti dall'art. 37 comma 8° e dall'art. 39, comma 2° del nuovo Regolamento esecutivo.

³² Art. 18 Ordinamento Penitenziario: "I locali destinati ai colloqui con i familiari favoriscono, ove possibile, una dimensione riservata del colloquio e sono collocati preferibilmente in prossimità dell'ingresso dell'istituto...Particolare favore viene accordato ai colloqui con i familiari"; art 37 e 37 bis DPR 30 giugno 2000, n. 230.

³³ Art 14 Ordinamento Penitenziario: "I detenuti e gli internati hanno diritto di essere assegnati a un istituto quanto più vicino possibile alla stabile dimora della famiglia o, se individuabile, al proprio centro di riferimento sociale, salvi specifici motivi contrari"; Art.42 Ordinamento Penitenziario: "Nel disporre i trasferimenti i soggetti sono comunque destinati agli istituti più vicini alla loro dimora o a quella della loro famiglia".

³⁴ Art. 21 bis; art. 47 ter, 1, lettere a), b); art. 47 quinquies Ordinamento Penitenziario.

Del resto “lo statuto costituzionale dell’esecuzione penitenziaria, ben espresso dalle norme di cui agli artt. 2, 3, 25, 27 co. 3 C., impone che al centro del rapporto detenuto-Stato si collochi l’individuo”³⁵.

È bene sottolineare come le norme citate si riferiscano tutte all’istituto familiare o, nei casi delle normative più liberali, alle relazioni di convivenza³⁶. Si è giunti, infatti, a riconoscere, in parte, anche l’esistenza di famiglie di fatto, con l’equiparazione delle “persone conviventi” ai congiunti, ai fini dell’ammissione ai colloqui con i detenuti³⁷.

Nessuna norma menziona, in modo esplicito, la sessualità³⁸.

Ad oggi, lo strumento attraverso il quale meglio si realizza la soddisfazione dei bisogni affettivi e sessuali del detenuto, è senz’altro quello del permesso premio, di

³⁵ V. MANCA, *Perché occuparsi della questione “affettività” in carcere?*, in *Giurisprudenza penale*, Fascicolo 2019, 2-bis “Affettività e carcere un binomio (im)possibile?”, p. 7.

³⁶ Sul concetto di nucleo familiare del detenuto nell’ambito della disciplina dei colloqui, cfr. Cassazione Penale, Sez. 1, n. 10298/2022.

³⁷ DPR 30 giugno 2000, n. 230, art. 37 Legge 76/2016, Art. 1 comma 38 Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze: “I conviventi di fatto hanno gli stessi diritti spettanti al coniuge nei casi previsti dall’ordinamento penitenziario”. Cfr. anche, da ultimo, in tema di colloqui telefonici, in modo esplicito e inclusivo, la Legge 70/2020, art 1 quinquies: “È inoltre concessa nei casi in cui si svolga con il coniuge, con l’altra parte dell’unione civile, con persona stabilmente convivente o legata all’internato da relazione stabilmente affettiva”. Per conviventi si intendono coloro che coabitavano col detenuto prima della carcerazione, indipendentemente dalle identità del sesso e dalla tipologia dei rapporti (*more uxorio*, d’amicizia, collaborazione domestica, di lavoro, ecc.)

³⁸ In Italia le stanze dell’affettività esistono solamente in via sperimentale. Nella Casa di Reclusione di Milano Opera, per ottemperare alla norma del controllo visivo da parte degli agenti della Polizia Penitenziaria, e nello stesso tempo tutelare la necessaria riservatezza durante gli incontri, è stata realizzata una stanza provvista di un sistema, altamente sofisticato, di micro-telecamere a circuito chiuso, tale da evitare così, da un lato, la presenza fisica, inevitabilmente invasiva, dell’agente; dall’altro, il vissuto del “controllo” che, spesso, non favorisce la possibilità di una comunicazione significativa. Sempre con riguardo ai luoghi, un progetto architettonico estremamente interessante sul punto, appare l’iniziativa di un gruppo di professori di architettura, coadiuvati dal Prof. Renzo Piano, per dar vita ai progetti G124-2019, prime unità abitative per favorire l’incontro con i familiari, per la Casa di Reclusione di Rebibbia, e, all’esterno, per Milano, Padova e Siracusa. In particolare, presso la struttura di Rebibbia femminile è sorto il M.A.M.A. (acronimo di Modulo per l’Affettività e la Maternità), uno spazio abitativo di 28 mq, composto da una piccola loggia dalla quale si accede ad un unico ambiente interno che raccoglie soggiorno, angolo cottura e zona pranzo, più un piccolo nucleo. Inaugurato solo nel mese di ottobre 2021, è destinato ad accogliere detenuti con minori dai 4 anni. Si tratta di moduli architettonici, realizzati anche con la collaborazione dei detenuti lavoratori, che appaiono “assolutamente replicabili” ma comunque destinati solo agli incontri madri-figli.

cui all'art.30 *ter* o.p., che menziona, espressamente, la finalità di “*coltivare interessi affettivi*”.

Tale beneficio, tuttavia, non costituisce una soluzione al problema, essendo precluso a larga parte della popolazione carceraria, a causa del regime ostativo delineato dall'art. 4 *bis* o.p. con cui il legislatore italiano ha costruito uno statuto differenziale e sfavorevole per i condannati cui attribuisce marcata pericolosità. I dati, inoltre, dimostrano che la concessione dei permessi premio viene accordata difficilmente anche dopo le modifiche apportate dal D.L. 31 ottobre 2022, n. 162 (convertito nella L.30 dicembre 2022, n. 199); riforma volta ad abbattere, almeno nelle intenzioni, il sistema di presunzioni legali correlate alla sola qualità del reato commesso.

Né può venire in soccorso il differente istituto del permesso di necessità, disciplinato dall'art. 30 o.p.. Estraneo alle finalità trattamentali, la sua introduzione nell'ordinamento penitenziario mirava all'esigenza, di rango costituzionale, di garantire una pena umana, riconoscendo l'influenza che assumono per il detenuto il ruolo della famiglia e il contatto diretto con i suoi componenti³⁹. La sua applicazione richiede, tuttavia, un evento non ordinario, del tutto al di fuori della quotidianità, sia per il suo intrinseco rilievo fattuale, sia per la sua incidenza nella vita del detenuto, sempre in relazione alla sua sfera familiare e, conseguentemente, nell'esperienza umana della detenzione carceraria⁴⁰. La sua natura di eccezione lo rende, così, inidoneo allo scopo.

Nei confronti dei detenuti esclusi dall'ammissione ai permessi premio, i colloqui *de visu* avvengono, ai sensi dell'art. 18, comma 2 o.p., in appositi locali, sotto il controllo a vista, e non uditivo, del personale addetto alla custodia. Viene delegato al successivo Regolamento esecutivo (entrato in vigore solo nel 2000), l'onere di dettare le concrete modalità di confronto con i detenuti. All'articolo 37, si stabilisce che gli incontri devono avvenire in locali senza mezzi divisorii o all'aperto, con la

³⁹ Cassazione Penale, Sez. 1, 48284/2017.

⁴⁰ Tale eccezionalità ha escluso la concessione di permessi anche nei casi dei cd. “matrimoni bianchi”, ovvero quei matrimoni celebrati in carcere e non consumati; cfr. Cassazione Penale, Sez. 1, 882/2015.

possibilità di interporre, fra visitatori e visitati, mezzi divisorii, solo se ricorrono particolari ragioni sanitarie o di sicurezza. Come già anticipato, il Regolamento, tuttavia, specifica come il controllo visivo della polizia penitenziaria debba avvenire in *“in ogni caso”*; pertanto, anche a prescindere dalle ragioni di sicurezza.

Al di là della legislazione e delle circolari dell'amministrazione penitenziaria, le pratiche in uso negli istituti penitenziari non solo tendono ancora a configurare come un privilegio ogni incontro del detenuto con il mondo esterno, ma sono sensibilmente difformi le une dalle altre, attesa la grande discrezionalità riconosciuta proprio dal regolamento penitenziario.

L'art. 61, comma 2, del regolamento, ad esempio, fa rientrare nella discrezionalità del Direttore dell'istituto il potere di concedere colloqui *“straordinari”*, così come di accordare la visita con una modalità temporale più ampia, con il permesso di trascorrere parte della giornata in appositi locali, o all'aperto, e di consumare un pasto in compagnia⁴¹. Ciò – si legge nella norma – per supportare il detenuto a superare la crisi conseguente all'allontanamento dal nucleo familiare, rendere possibile il mantenimento di un valido rapporto con i figli, specie in età minore, e per preparare la famiglia al rientro nel contesto sociale.

Anche con riguardo alla tipologia di interlocutori ammessi ai colloqui si registrano esperienze difformi tra i singoli istituti. L'articolo 18 o.p., infatti, stabilisce che i detenuti sono ammessi ad avere colloqui e corrispondenza anche con *“altre persone”*, oltre che con i familiari⁴² e con il Garante dei diritti dei detenuti. La disciplina specifica delle modalità di accesso all'istituto penitenziario e del colloquio sono però stabilite dal Regolamento Esecutivo che, al primo comma dell'art. 37, esige l'esistenza di non meglio identificati *“ragionevoli motivi”*⁴³, per i

⁴¹ Art. 61, D.P.R. 30 giugno 2000, n. 230, *Regolamento recante norme sull'ordinamento penitenziario e sulle misure privative e limitative della libertà*.

⁴² L'amministrazione penitenziaria, con la Circolare n. 3478 del 1998, ha ristretto il significato attribuitovi dal codice civile ed ha stabilito che i termini *“familiari”* e *“congiunti”*, usati dalla normativa penitenziaria relativamente ai detenuti *“ordinari”*, si riferiscono ai parenti e agli affini entro il quarto grado, per non ampliare eccessivamente i soggetti legittimati ad avere contatti con il detenuto.

⁴³ Circolare DAP n.3478 dell'8 luglio 1998 dove si stabilisce che, nella discrezionalità delle direzioni nell'individuazione dei ragionevoli motivi, occorre far riferimento a *“ragioni affettive,*

colloqui con le altre “*persone diverse dai congiunti e dai conviventi*”⁴⁴, generando ulteriore eccessiva discrezionalità delle direzioni delle strutture penitenziarie nell’individuazione dei destinatari esterni dei colloqui.

L’adozione di prassi non uniformi rappresenta un elemento di forte criticità, in quanto conferisce alle singole direzioni degli istituti di giocare un ruolo cruciale nell’esercizio del diritto all’affettività dei singoli detenuti.

4. I tentativi di riforma

In Italia diverse sono state le proposte di legge volte ad introdurre la previsione di locali idonei o apposite aree senza controllo visivo per gli incontri e/o la possibilità di trascorrere mezza giornata al mese in aree al di fuori degli spazi comuni. Tentativi riformatori che rappresentavano un “timido” approccio verso le “stanze dell’affettività” sopra richiamate, al pari delle *Unités de vie familiale francesi* (introdotte in via sperimentale nel 2003 e legiferate nel 2005) o delle *Comunicaciones íntimas de convivencia* spagnole.

Già in occasione del rifacimento del Regolamento d’esecuzione dell’ordinamento penitenziario nel 2000, si era tentata una soluzione. Era l’11 marzo del 1999 e il progetto di riforma del Regolamento - elaborato sotto la responsabilità dell’allora Sottosegretario alla Giustizia, Franco Corleone, e del capo dell’amministrazione penitenziaria, Alessandro Margara - amplificava, all’articolo 58, il tema dell’affettività “*nell’ambito dei rapporti con la famiglia*” come “*uno degli elementi del trattamento previsto dall’articolo 28 della legge penitenziaria*”. Nel quadro di tali rapporti, veniva introdotto un particolare permesso intramurario (la possibilità per i detenuti di trascorrere con i propri familiari fino a ventiquattro ore consecutive in apposite “unità abitative” realizzate all’interno del carcere) attribuito alla competenza del direttore dell’istituto penitenziario, che manteneva una certa

di studio e di lavoro”, nell’ottica di un equilibrio con le ragioni di sicurezza. I “ragionevoli motivi” possono essere inerenti anche al supporto morale o di sostegno materiale (es. generi di conforto). È necessario non essere coindagati.

⁴⁴ Art. 37, D.P.R. 30 giugno 2000, n. 230, *Regolamento recante norme sull’ordinamento penitenziario e sulle misure privative e limitative della libertà*.

discrezionalità, concedibile se la pena detentiva superava i sei mesi, in un numero complessivo non superiore a dodici in un anno. Il Consiglio dei Ministri, dopo l'intervento del Consiglio di Stato, dovette stralciare dalla legge proprio la parte che riguardava la questione. Le obiezioni del Consiglio di Stato vertevano su due profili. Da una parte, si obiettava il *"forte divario fra il modello trattamentale teorico"*, prefigurato nel nuovo Regolamento penitenziario, e l'inadeguatezza del *"carcere reale"*. Dall'altra, si sosteneva che *"il diritto all'affettività non è scelta che possa essere legittimamente effettuata in sede regolamentare attuativa o esecutiva"*. Si rinviava, così, l'introduzione di norme a favore del diritto all'affettività a scelte legislative e non al Regolamento di esecuzione della legge penitenziaria: *"(...) nel silenzio della legge"*, si disse. Si tratta dello stesso *"argomento procedurale"* utilizzato dalla Consulta, con la nota sentenza 301/2012, per rigettare la questione sollevata dall'ufficio di Sorveglianza di Firenze, circa la costituzionalità dell'art. 18 o.p., (cfr. *infra*).

La riforma dell'ordinamento penitenziario italiano dettata dalla Legge 103/2017, meglio conosciuta come Riforma Orlando, nell'imporre il riconoscimento del *"diritto all'affettività"* all'interno delle mura del carcere, con la regolamentazione delle modalità concrete del suo esercizio, sembrava evocare la necessità di consentirne, entro certi limiti, l'espressione fisica.

L'impianto riformatore era stato preceduto dall'imponente lavoro degli *Stati Generali sull'esecuzione penale*. In particolare, i Tavoli 6 (*Mondo degli affetti e territorializzazione della pena*) e 14 (*Esecuzione penale: esperienze comparative e regole internazionali*) offrivano interessanti spunti in proposito. Tra le soluzioni ipotizzate figuravano, in particolare, la previsione di momenti di incontro variamente denominati della durata di alcune ore con il coniuge, il convivente, ed eventualmente con altra persona con la quale intercorresse *"una relazione affettiva di comprovata stabilità"*; oppure, ancora, con tutti i soggetti ammessi ai colloqui ordinari, autorizzati dal direttore dell'istituto. Tali incontri sarebbero dovuti avvenire con cadenza mensile o bimestrale, e da riservarsi, a seconda delle opinioni, ai soli condannati che non fruissero di benefici extramurari o, in alternativa, da estendersi all'intera popolazione detenuta. Numerosi e controversi

apparivano gli aspetti di dettaglio, circa l'individuazione dei destinatari, del novero dei soggetti ammessi agli incontri, della durata di questi ultimi; la loro definizione veniva demandata, in ultima battuta, alla discrezionalità legislativa.

Veniva, inoltre, prospettata l'introduzione di specifici "permessi di affettività", concedibili al di fuori dei presupposti di cui agli articoli 30 e 30-ter o.p. ed ulteriori rispetto a questi ultimi, "al fine di coltivare specificamente interessi affettivi".

La successiva commissione ministeriale, presieduta dal prof. Glauco Giostra ed incaricata di elaborare il decreto legislativo delegato in attuazione della legge n. 103 del 2017, aveva recepito le indicazioni provenienti dal tavolo di esperti. In una prospettiva di valorizzazione degli istituti finalizzati ad incentivare i contatti con l'ambiente esterno, la Commissione progettava una modifica legislativa dell'art. 18 o.p. che consentisse ai detenuti di intrattenere relazioni intime con i loro congiunti, limitatamente al coniuge e al convivente di fatto⁴⁵. Lo Schema di decreto legislativo, prevedeva una profonda riforma dell'esecuzione intramuraria della pena detentiva con lungo elenco di criteri che, a dire il vero, apparivano, fin da subito, più delle affermazioni di principio che non vere e proprie direttive.

Tra questi, al comma 85, lettera N), faceva il suo ingresso il riconoscimento del diritto all'affettività; si evidenziava l'importanza di garantire un supporto (assistenziale, ma anche economico) verso il nucleo familiare del recluso e si affermava il principio di prossimità dell'istituto penitenziario alla famiglia (art 42 O.P.); oltretutto l'espunzione delle preclusioni per le concessioni di permessi premio ed ordinari.

Nonostante queste incoraggianti premesse, i decreti attuativi tradivano le indicazioni, lasciando nuovamente fuori un tema non di poco per le persone private della libertà.

In particolare, all'interno delle "Disposizioni in tema di vita penitenziaria" contenute nel d.lgs. 123/2018, si rinviene solo un generico obbligo per l'amministrazione penitenziaria di favorire una riservatezza del colloquio, i cui locali devono essere

⁴⁵ C. MARZAGALLI, *Procedimento ed esecuzione penale dopo la riforma Cartabia*, in *LegalePenale*, III edizione, Maggioli, 2023.

“collocati preferibilmente in prossimità dell’ingresso dell’istituto”, tali da favorire una maggiore intimità. Una “dimensione riservata” che, nonostante il tentativo di alcuni autori di salvataggio in un ambito possibile di interpretazione evolutiva⁴⁶, pare destinata a restare poco più di un manifesto. Pur suggerendo un’indicazione di riforma e di prassi amministrativa virtuosa, per il potenziamento di momenti di incontro e di intimità, la nuova formulazione non ha, di fatto, generato un reale impatto sull’organizzazione delle strutture: non solo perché non ha trovato attuazione attraverso una modifica del Regolamento penitenziario, ma per la clausola di invarianza finanziaria che l’ha accompagnata.

Solo nel contesto minorile il legislatore è riuscito là dove, in quello adulto, ha fallito. Con l’art. 19 del d.lgs. n. 121⁴⁷, varato anch’esso in attuazione della stessa legge delega n. 103 del 2017, è stato insolitamente introdotto l’istituto delle “visite prolungate” per le persone detenute minori di età. Si è prospettata la possibilità di incontri riservati, preoccupandosi di disciplinare termini e modalità di esplicazione del diritto, come puntualmente suggerito dai giudici costituzionali proprio con la sentenza 301/2012.

Nonostante nel *Tavolo 5 degli Stati Generali*, dedicato ai “Minorenni autori di reato”, non si sia rivolto alcun accenno all’istituto, il legislatore, alquanto singolarmente, sembra aver traslato la proposta di introdurre le “visite”, dagli adulti ai minori autori di reato. Una norma disegnata per i primi e attuata per i secondi che, a ben guardare, ha condotto ad un’irragionevole disparità di trattamento, evidentemente

⁴⁶ M. BORTOLATO, *Luci ed ombre di una riforma a metà: i decreti legislativi 123 e 124 del 2 ottobre 2018*, in *Questione Giustizia*, 9, 2018. L’autore afferma che “La norma va salutata con estremo favore in quanto apre in qualche modo ad una maggiore considerazione dell’esercizio, tutto “privato”, del diritto all’affettività in ambito carcerario ed apre scenari imprevedibili implicando una possibile sottrazione, seppur limitata, al controllo permanentemente visivo dei colloqui familiari”.

⁴⁷ Art. 19 del decreto, statuisce infatti che “Al fine di favorire le relazioni affettive, il detenuto può usufruire ogni mese di quattro visite prolungate della durata non inferiore a quattro ore e non superiore a sei ore, con una o più delle persone di cui al comma 1. 4. Le visite prolungate si svolgono in unità abitative appositamente attrezzate all’interno degli istituti, organizzate per consentire la preparazione e la consumazione di pasti e riprodurre, per quanto possibile, un ambiente di tipo domestico. 5. Il direttore dell’istituto verifica la sussistenza di eventuali divieti dell’autorità giudiziaria che impediscono i contatti con le persone indicate ai commi precedenti. Verifica altresì la sussistenza del legame affettivo, acquisendo le informazioni necessarie tramite l’ufficio del servizio sociale per i minorenni e dei servizi socio-sanitari territoriali. 6. Sono favorite le visite prolungate per i detenuti che non usufruiscono di permessi premio.”.

non giustificata dalla minore o giovane età degli ospiti degli istituti penali per minori.

Per esigenze di completezza, occorre evidenziare come, tra le recenti proposte di modifica elaborate dalla “Commissione per l’innovazione del sistema penitenziario”, non viene contemplato l’istituto degli “incontri intimi”, rivolto a consentire il possibile esercizio della sessualità. Nella Relazione finale della Commissione si legge, tuttavia, che “(...) si tratta di opzione pienamente compatibile con gli indirizzi emersi nei lavori della Commissione, pur riferiti al miglioramento della quotidianità penitenziaria, che, in ipotesi, potrebbe essere seguita riprendendo quanto già elaborato dalla Commissione Giostra”.

Tale scelta è legata, presumibilmente, ad un approccio di coerenza verso la *mission* dell’incarico ricevuto, che non è stata quella di introdurre nuovi istituti, incidendo sulla normativa primaria, ma di migliorare l’esistente, con suggerimenti concreti, utili a risolvere, o almeno ad attenuare, le criticità presenti nonché ad adeguare i contenuti del Regolamento ai cambiamenti tecnologici, sociali e culturali e alle indicazioni provenienti dalla giurisprudenza costituzionale e delle Corti europee.

Il tema della sessualità in carcere continua, di fatto, a non trovare una sua disciplina⁴⁸.

Si tratta, pertanto, di un diritto non vietato espressamente ma di un silenzio che, secondo autorevole dottrina, si tramuta “per ciò che realmente è: [...] l’apparente anomia in tema di diritto alla sessualità intramuraria celandosi, in realtà, un operante dispositivo proibizionista”⁴⁹.

L’inadeguatezza di strumenti normativi e amministrativi, accompagnata alla mancanza di spazi fisici, continua a rappresentare il maggiore ostacolo alle costruzioni di relazioni condivise e non patologiche, idonee ad alleviare lo stato di sofferenza, attraverso la predisposizione di canali adeguati di contatto e di

⁴⁸ A. TONEGATO, *Amore e carcere*, relazione al Convegno dal titolo *Carcere: salviamo gli affetti*, Casa di Reclusione “Due Palazzi” di Padova, 10 maggio 2002.

⁴⁹ A. PUGIOTTO, *Della castrazione di un diritto. La proibizione della sessualità in carcere come un problema di legalità costituzionale* in *Giurisprudenza Penale*, 2019 2-bis.

vicinanza con l'esterno; in particolar modo, con la famiglia, gli affetti "non ristretti" e, tuttavia, parimenti vittima della dimensione "bilaterale" della pena⁵⁰.

La giurisprudenza italiana tende per lo più a negare l'esistenza di un collegamento diretto fra relazioni familiari e sessualità e, più in generale, a preporre la preoccupazione per la sicurezza alle esigenze affettive dei detenuti. Unico passaggio maggiormente "degnò di nota" nel dibattito vigente, in tema di sessualità, è quello compiuto dalla Corte Costituzionale, con la risalente e già citata sentenza 301 del 19 dicembre 2012⁵¹ (cfr. *par.* 5).

È opportuno sottolineare come il controllo visivo non è un *vulnus* attinente alla "sola" sfera sessuale. Il diritto alla conservazione delle relazioni affettive presuppone il riconoscimento della libertà di comunicare segretamente; solamente modalità di contatto che assicurino la riservatezza della comunicazione, possono consentire di sviluppare e mantenere legami affettivi "il più normali" possibili, secondo le indicazioni che provengono anche dalla Corte Europea dei diritti dell'Uomo (cfr. *infra*).

4.1. I disegni di legge dei consigli regionali di Toscana e Lazio

Due sono i disegni di legge volti a riconoscere e regolamentare il diritto all'affettività e alla sessualità delle persone ristrette depositati alle Camere durante la scorsa legislatura.

Entrambi sono il frutto di iniziative regionali⁵²; entrambi prendono spunto dal prezioso lavoro degli *Stati Generali sull'Esecuzione penale* e della successiva *Commissione Giostra*.

⁵⁰ L. AMERIO, V. MANCA, *Forma attiva e passiva del verbo amare: riflessioni a margine delle prime applicazioni del D.lgs. n.123/2018 in materia di affettività e sessualità*, in *Giurisprudenza penale*, 2019, pag. 2.

⁵¹ Cfr. Corte costituzionale, sentenza n.301/2019 si afferma che "ogni attenzione da parte del legislatore, anche alla luce delle indicazioni provenienti dagli atti sovranazionali richiamati dal rimettente (...) e dell'esperienza comparatistica, che vede un numero sempre crescente di Stati riconoscere, in varie forme e con diversi limiti, il diritto dei detenuti ad una vita affettiva e sessuale intramuraria: movimento di riforma nei cui confronti la Corte europea dei diritti dell'uomo ha reiteratamente espresso il proprio apprezzamento (...)".

⁵² Atto Senato n. 1876 -18ma Legislatura ad iniziative del Consiglio regionale della Toscana; Atto Camera. 3488 e Atto Senato. 2543 -18ma Legislatura ad iniziativa del Consiglio regionale

Mentre il progetto legislativo del Consiglio regionale della Toscana è volto ad introdurre più specificatamente il diritto alla sessualità - apportando modifiche agli articoli 28 e 30 dell'ordinamento penitenziario - quello laziale presenta un raggio di intervento più ampio, sia in termini oggettivi che soggettivi. Quest'ultimo, nato dai risultati di una ricerca di campo effettuata in quattro istituti della Regione Lazio, è destinato a riformare le principali "modalità di contatto" dei ristretti con i propri affetti, sia fuori che dentro il carcere, ed è rivolto anche ai detenuti sottoposti al regime speciale del 41-bis e/o condannati cd. ostativi. Il campo d'interesse del presente contributo, tuttavia, richiede l'analisi dei soli articoli dedicati alla sessualità.

Prima di illustrarne le coordinate principali, è doverosa una precisazione di fondo che possa sgombrare il campo da alcuni equivoci in cui spesso ci si imbatte.

Se il diritto alla sessualità (e, più in generale, quello all'affettività) va inteso come posizione soggettiva costituzionalmente riconosciuta (anche) al detenuto, in quanto coesistente alla persona umana (cfr. *par.2*), il suo riconoscimento deve prescindere da una logica premiale.

Trattare la sessualità al pari degli sconti di pena, dei benefici penitenziari, delle misure alternative alla detenzione, o di tutti gli altri strumenti approntati dal nostro legislatore per la risocializzazione del reo, significa, né più né meno, ammettere che la sua amputazione è parte integrante della pena detentiva, giuridicamente riconosciuta ed ammessa dall'ordinamento.

Il diritto alla sessualità, al netto di speciali esigenze di sicurezza, deve trovare un riconoscimento per la generalità della platea dei detenuti, a prescindere dalla loro partecipazione al trattamento o dalla regolarità della condotta, e senza quei limiti e restrizioni imposti ai detenuti imputati e condannati per i reati cd. "ostativi". Valutazioni di tipo premiale potranno entrare in gioco, semmai, per incrementarne

del Lazio. Sulla proposta di legge della Toscana Cfr. S. ANASTASIA, F. CORLEONE, *Il carcere dei diritti scommette sulla sessualità*, in *Quaderni di Ricerca – Habitat e Affettività*, a cura del Garante delle Persone private della libertà personale Regione Campania, con la collaborazione dell'Osservatorio Regionale sulla vita detentiva, <https://www.cr.campania.it/>, 16 giugno 2021, pag.38 e ss. Sulla proposta di legge del Lazio Cfr. S. GRIECO, *Il diritto all'affettività delle persone recluse*, *Appendice*, op.cit, pagg.99 e ss.

la fruizione, non per precluderne la concessione, così da tenere insieme entrambe le valenze della pena: umanità e rieducazione.

La relativa disciplina, di conseguenza, va impostata correttamente: in analogia a quanto già accade per gli istituti volti a salvaguardare le relazioni affettive familiari già esistenti (corrispondenza, telefonate, colloqui), anche le ulteriori modalità ordinamentali, introdotte per rendere possibile l'espressione della dimensione intima finora negata, dovrebbero escludere valutazioni sulla condotta del detenuto che ne farà richiesta.

Fatta questa doverosa premessa, nei disegni di legge trovano compiuta cittadinanza le visite intime, accompagnate, oltre che dalla mancanza di controllo visivo, da tempi e spazi adeguati.

Come opportunamente sottolineato dalla Consulta, infatti, la sola eliminazione del controllo visivo continuo, nel corso dei colloqui, si sarebbe rivelata, di per sé, insufficiente a realizzare le condizioni per consentire l'esercizio della sessualità, in condizioni di riservatezza dei soggetti detenuti⁵³. Tale facoltà deve, necessariamente, trovare una disciplina per quanto concerne *“termini e modalità di esplicazione del diritto di cui si discute: in particolare, occorrerebbe individuare i relativi destinatari, interni ed esterni, definire i presupposti comportamentali per la concessione delle visite intime, fissare il loro numero e la loro durata, determinare le misure organizzative”*⁵⁴.

Sulla scorta delle indicazioni della Consulta, sono stati, così, combinati due fattori spazio-temporali ispirati al raggiungimento dell'auspicata *“maggiore normalità possibile”* nei rapporti, invocata dalle *European prison rules* (cfr. *infra*).

Sono state previste unità abitative appositamente attrezzate all'interno degli istituti penitenziari, con percorsi dedicati ed esterni alle sezioni, senza controlli visivi e auditivi e collocate preferibilmente in prossimità dell'istituto. È stato fissato un

⁵³ Le considerazioni della consulta trovano riscontro nel sentire comune di molti detenuti che, intervistati, hanno dichiarato di non sapere rispondere se essere favorevoli o meno all'introduzione delle visite intime in quanto molto dipende dai luoghi e dai tempi previsti per questo genere di incontri; cfr. S. GRIECO, *Il diritto all'affettività delle persone recluse*, *Appendice*, op.cit., 185.

⁵⁴ Corte costituzionale, sentenza 301/2012.

tempo sufficiente per il mantenimento della relazione detenuto-affetti, pari ad una volta al mese, dalle 6 alle 24 ore.

Con riguardo a quelli che la Corte ha definito “destinatari esterni”, devono includersi tutte le persone “autorizzate” ai colloqui, senza distinzioni tra familiari, conviventi e “terze persone”.

Per quanto concerne la disciplina dei permessi, si riprende l'intervento di riforma dell'art. 30 o.p., sulla scorta delle indicazioni del *Tavolo 6* degli *Stati Generali*, con l'eliminazione del requisito dell'eccezionalità tra i presupposti per la concessione del beneficio e la sostituzione del requisito della “gravità” con quello della “rilevanza”. La nuova formulazione consente di ampliare, in maniera considerevole, il margine di discrezionalità del Magistrato di Sorveglianza e di ricomprendere, così, eventi familiari importanti, anche positivi. Si raccoglie il prezioso lavoro della giurisprudenza, volto ad allargare le maglie di applicazione, al di là del dato letterale della norma.

Tuttavia, il beneficio, anche nella sua nuova formulazione, perderebbe sì la sua attuale caratteristica di eccezionale applicazione, ma resterebbe comunque ancorato alla sua connotazione originaria di evento “non ordinario”, collocato al di fuori della quotidianità. Come rilevato già durante la discussione in seno al *Tavolo 6*, l'istituto dei permessi di necessità non sembra idoneo alla funzione trattamentale che ad esso si vuole attribuire, in quanto rimane - al netto delle modifiche apportabili - destinato a rispondere a situazioni che, seppur riconducibili al contesto familiare, restano estemporanee e contingenti.

In tale prospettiva, si è resa indispensabile l'introduzione di una fattispecie del tutto nuova, con la specifica finalità di consentire all'individuo ristretto di coltivare (ripristinare o mantenere) le proprie relazioni affettive. Nel progetto di riforma laziale, viene, così, introdotto l'istituto di nuovo conio dei permessi familiari. I nuovi permessi⁵⁵ sono sottratti a rigide preclusioni premiali di carattere soggettivo

⁵⁵ “*Permessi Familiari*”. Introduzione dell'articolo 30 *quinquies* della legge n. 354 del 1975: “*Fuori dei casi previsti dagli articoli 30 e 30 ter, ai condannati il magistrato di sorveglianza può concedere un ulteriore permesso, della durata non superiore a dieci giorni per semestre di carcerazione, al fine di coltivare specificamente interessi affettivi e da trascorrere con i soggetti autorizzati al colloquio. Il*

o oggettivo. In particolare, la quota di pena residua perde ogni rilevanza. È una riformulazione che ha anche l'ulteriore pregio di porre fine al carattere discriminatorio e illogico insito nell'art. 30 *ter* o.p., che penalizza i soggetti chiamati a scontare pene più lunghe, laddove, proprio per chi ha un orizzonte temporale di detenzione più lungo, un contatto diretto con i familiari sarebbe di sicuro aiuto a mantenere, in concreto, il rapporto affettivo.

Non sono, inoltre, richiesti eventi particolari che giustifichino la concessione dei permessi, a differenza di quelli ordinari ex art 30 o.p..

Il necessario contemperamento dell'esigenza di tutela del diritto alla affettività, con le istanze di sicurezza - ribadito anche dal Giudice delle Leggi del 2012 - trova comunque attuazione nella nuova disposizione: è rimessa al magistrato di sorveglianza la verifica della pericolosità in concreto del soggetto interessato, caso per caso.

A ben guardare, le iniziative di riforma legislativa appena descritte si collocano in linea non solo con la concreta attuazione dell'art. 18, co. 2 o.p., nella sua nuova formulazione, in combinato disposto con l'art. 61 del Regolamento penitenziario, ma anche con le principali indicazioni provenienti dalla Carte sovranazionali⁵⁶.

Oltre agli articoli 3 e 8, comma 1, della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo, due sono le Raccomandazioni internazionali con cui l'"astinenza sessuale" si pone in contrasto.

In particolare, la raccomandazione del Consiglio d'Europa n. 1340 del 1997, sugli effetti sociali e familiari della detenzione, all'art. 6, invita gli Stati membri a *"migliorare le condizioni previste per le visite da parte delle famiglie, in particolare mettendo a disposizione luoghi in cui i detenuti possano incontrare le famiglie da soli"*.

In modo ancora più puntuale, la Raccomandazione del Parlamento europeo del 9 marzo 2004, n. 2003/2188(INI), sui diritti dei detenuti nell'Unione europea -

permesso non è concesso quando vi è il pericolo che il condannato, durante il periodo di permesso, possa commettere nuovi reati ovvero che, allo scadere del periodo di permesso, non rientri in istituto. Il provvedimento è soggetto a reclamo presso il tribunale di sorveglianza secondo le procedure di cui all'articolo 30 bis".

⁵⁶ Cfr. M. E. SALERNO, *Affettività e sessualità nell'esecuzione penale: diritti fondamentali dei detenuti? L'atteggiamento Italiano su una questione controversa*, in *Giurisprudenza penale Web*, 2017,1.

nell'invitare il Consiglio a promuovere, sulla base di un contributo comune agli Stati membri dell'Unione europea, l'elaborazione di una Carta penitenziaria europea comune ai Paesi membri del Consiglio d'Europa - menziona specificamente, all'art. 1, lettera c), *“il diritto ad una vita affettiva e sessuale prevedendo misure e luoghi appositi”*.

Infine, alla Regola 24 delle già citate *European Prison rules*, rubricata *Contatti con l'esterno*, si stabilisce che *“le modalità delle visite devono permettere ai detenuti di mantenere e sviluppare relazioni familiari il più possibile normali”*. Il concetto di *“normalità”* evoca anche i profili affettivi e sessuali, come emerge dal *Commento* a detta regola, che precisa: *“ove possibile, devono essere autorizzate visite familiari prolungate”*, le quali *“consentono ai detenuti di avere rapporti intimi con il proprio partner”*, posto che le *“visite coniugali”* più brevi autorizzate a questo fine possono avere un effetto umiliante per entrambi i partner”. Sempre le *European Prison Rules* alla lettera 1 c), sanciscono *“il diritto ad una vita affettiva e sessuale, prevedendo misure e luoghi appositi”*.

Oltre alla *“normalizzazione”* – criterio con cui si punta ad organizzare la vita in carcere in maniera da renderla la più simile possibile a quella esterna - altro principio cardine delle *Regole Penitenziarie*, che entra in gioco anche in ambito di esercizio alla sessualità, è la *“responsabilizzazione”*. Spesso trascurato nel dibattito sul tema, la mancanza di controllo visivo durante gli incontri con gli affetti, rappresenta una notevole opportunità per il detenuto di assumere responsabilità personali nella vita penitenziaria quotidiana.

Benché non vincolanti per i Paesi aderenti, in quanto fonti del diritto di *soft law*, le raccomandazioni indicano chiaramente quale sia la tendenza del regime penitenziario europeo: predisporre nuovi strumenti idonei a garantire la piena esplicazione dell'individualità del detenuto, inclusa la sfera affettiva e sessuale. Le *Regole* vengono, inoltre, riconosciute come la razionalizzazione dei principi cardine in materia penitenziaria sanciti dalla giurisprudenza europea e sottolineati

all'interno delle relazioni del Comitato europeo per la prevenzione della tortura e delle pene o trattamenti inumani o degradanti⁵⁷.

I dettami delle carte internazionali trovano riscontro anche nelle recenti aperture della Corte EDU sul tema. Nonostante l'atteggiamento sempre prudente tenuto in tema di sessualità⁵⁸ e il mancato riconoscimento di un *consensus* europeo sulle *family visits*, i Giudici di Strasburgo hanno riconosciuto, esplicitamente, un dovere di "positive obligations" in capo agli Stati contraenti - derivante proprio dal diritto al rispetto della vita privata e familiare, sancito all'art. 8 CEDU - inteso come assistere i detenuti nella creazione e nel mantenimento dei legami extra-murari⁵⁹. Tale obbligo è strettamente connesso all'esplicitazione delle ragioni del divieto da parte degli Stati, che deve essere fondato non sul richiamo a generici e astratti rischi per la sicurezza ma ad esigenze di tutela specifiche, riferite al caso concreto.

Si apre, pertanto, la necessità di una valutazione individuale, di natura casistica, circa le restrizioni poste all'accesso degli istituti funzionali al raggiungimento di tale scopo⁶⁰.

Un passo avanti considerevole sulla strada del riconoscimento del diritto alla sessualità, che i progetti di riforma appena delineati soddisfano in pieno.

5. La nuova *quaestio* al vaglio della Corte Costituzionale

Il diritto alla sessualità dei detenuti sarà nuovamente all'attenzione della Consulta, grazie all'ordinanza n. 23 del 12 gennaio 2023, con cui il Magistrato di Sorveglianza

⁵⁷ E.V. SARDINA, *Le nuove regole penitenziarie del Consiglio d'Europa. Aspetti teorici e limiti pratici di applicabilità*, in *Diritto Penale e uomo*, 10/2020.

⁵⁸ Sul punto occorre senz'altro ricordare come i giudici di Strasburgo, in decisioni piuttosto risalenti, abbiano affermato che dai richiamati articoli convenzionali non discenda un automatico obbligo in capo agli Stati Parte di riconoscere, all'interno delle proprie normative, il diritto alla sessualità intramuraria, restando tale scelta rimessa alle valutazioni del legislatore nazionale; Cfr. Corte EDU, 4 dicembre 2007, *Dickson c. Regno Unito*, ric. n. 44362/04; Corte EDU, 29 luglio 2003, *Aliev c. Ucraina*, ric. n. 41220/08; da ultimo, Cfr. Corte EDU, 1° luglio 2021, *Lestaw Wójcik c. Polonia*, ric. n. 66424/09, dove si riconosce la scelta dell'ordinamento polacco di interpretare la visita come beneficio e non come diritto.

⁵⁹ Corte EDU, 30 giugno 2015, *Khoroshenko c. Russia*, ric. n. 41418/04. Nella sentenza Corte EDU, 7 marzo 2017, *Polyakova e altri c. Russia*, ric. nn. 35090/09 e altri, la Corte ha ribadito che "the States should aim at maintaining and promoting prisoners' contacts with the outside world", §101; Corte EDU, Grande Camera, 4 aprile 2018, *Correira De Matos c. Portogallo*, ric. 56402/12.

⁶⁰ S. TALINI, *Un passo decisivo verso la garanzia della sessualità intramuraria?* op.cit., pag. 39.

di Spoleto ha sollevato questione di legittimità costituzionale del citato art.18 OP *“nella parte in cui non prevede che alla persona detenuta sia consentito, quando non ostino ragioni di sicurezza, di svolgere colloqui intimi, anche a carattere sessuale, con la persona convivente non detenuta, senza che sia imposto il controllo a vista da parte del personale di custodia, per contrasto con gli art. 2, 3, 13, commi 1 e 4, 27, comma 3, 29, 30, 31, 32 e 117, comma 1 Cost., quest’ultimo in rapporto agli art. 3 e 8 della Convenzione Europea dei Diritti dell’Uomo”*.

La *quaestio*, calendarizzata per il prossimo 5 dicembre, torna oggetto di vaglio costituzionale dopo un lasso temporale di dieci anni. La Consulta, con la summenzionata sentenza 301/2012, pur dichiarandola inammissibile, aveva espressamente riconosciuto l’esistenza di un diritto alla sessualità, anche intramuraria, richiamando le garanzie già espresse dal diritto internazionale e, segnatamente, dalla Corte Europea dei Diritti dell’Uomo. Nel riconoscere (*rectius*: ammettere) tale diritto, aveva, altresì, evidenziato che la possibilità per i detenuti di vivere l’intimità con i propri cari fosse (e, del resto, tuttora è) *“una esigenza reale e fortemente avvertita”*, che *“merita ogni attenzione da parte del legislatore”*⁶¹. Dunque: un diritto esistente e compatibile con la realtà carceraria ma che, come spesso accade, necessita di un mirato intervento legislativo per essere cristallizzato, attesa l’inadeguatezza dell’istituto del colloquio, per tempi, luoghi e controllo visivo. Sollecitava, così, il legislatore ad intervenire.

⁶¹ Cfr. Corte costituzionale, sentenza n. 301, cit., p. 9: *“L’ordinanza di remissione evoca, in effetti, una esigenza reale e fortemente avvertita, quale quella di permettere alle persone sottoposte a restrizione della libertà personale di continuare ad avere relazioni affettive intime, anche a carattere sessuale: esigenza che trova attualmente, nel nostro ordinamento, una risposta solo parziale nel già ricordato istituto dei permessi premio, previsto dall’art. 30-ter della legge n. 354 del 1975, la cui fruizione – stanti i relativi presupposti, soggettivi ed oggettivi – resta in fatto preclusa a larga parte della popolazione carceraria. Si tratta di un problema che merita ogni attenzione da parte del legislatore, anche alla luce delle indicazioni provenienti dagli atti sovranazionali richiamati dal rimettente (peraltro non immediatamente vincolanti, come egli stesso ammette) e dell’esperienza comparatistica, che vede un numero sempre crescente di Stati riconoscere, in varie forme e con diversi limiti, il diritto dei detenuti ad una vita affettiva e sessuale intramuraria: movimento di riforma nei cui confronti la Corte europea dei diritti dell’uomo ha reiteratamente espresso il proprio apprezzamento, pur escludendo che la Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali – e in particolare, gli artt. 8, paragrafo 1, e 12 – prescrivano inderogabilmente agli Stati parte di permettere i rapporti sessuali all’interno del carcere, anche tra coppie coniugate”* (Corte EDU, 4 dicembre 2007, *Dickson c. Regno Unito* e 29 luglio 2003, *Aliev contro Ucraina*)”.

La cd. ordinanza Gianfilippi, dal nome del Magistrato di Sorveglianza remittente, non si limita a ritornare sui rilievi di incostituzionalità già posti ma evidenzia i molteplici elementi di novità intervenuti rispetto alla precedente pronuncia costituzionale.

Sul fronte interno, vengono poste in risalto le citate modifiche legislative introdotte dall'intervento riformatore del 2017, evidenziando la dimensione riservata dei colloqui e l'introduzione dell'istituto delle cd. "visite prolungate" nell'ordinamento penitenziario minorile.

Sul piano internazionale, è valorizzata la cornice sovranazionale, sia con riguardo alle carte internazionali che alla giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, con le sue recenti aperture.

Il Magistrato di Sorveglianza è consapevole della "tecnica dilatoria" più volte utilizzata, negli ultimi anni, dal Giudice delle Leggi⁶² di fronte a profili di discrezionalità legislativa così ampi da inibire un intervento risolutore della Corte. Tuttavia, nell'ordinanza, da un lato, si evidenzia la lunga inerzia del legislatore rispetto al monito della Corte del 2012, nonostante le indicazioni della *Commissione Giostra*, i principi della Legge delega n. 103/2017 e i numerosi progetti-pilota sperimentati in vari contesti detentivi. Dall'altro, viene rimarcato lo stato di particolare sofferenza in cui versa il sistema penitenziario, unitamente all'elevato tasso di suicidi e di gesti di autolesionismo che affligge le nostre carceri.

Una condizione drammatica e urgente che non rende possibile tollerare ulteriori pronunce dilatorie e che i Giudici costituzionali non potranno ignorare.

⁶² Cfr. ordinanza n. 207/2018, cd. *Caso Cappato*, in tema di agevolazione al suicidio e ordinanza n.132/2020 sulla diffamazione a mezzo stampa, <https://www.cortecostituzionale.it/>.

L'ampliamento delle prerogative del Parlamento in seduta comune (brevi riflessioni)

di

Antonio Ignazio Arena*

Sommario: 1. Introduzione. – 2. Profili storici: la nascita dei sistemi parlamentari misti. – 3. Il dibattito e le scelte compiute in Assemblea costituente. – 4. Il Parlamento in seduta comune nell'attuale assetto istituzionale: qualificazione dell'organo. – 5. La centralità del Parlamento (anche in seduta comune). – 6. Possibilità dell'ampliamento delle prerogative e autonomia normativa del Parlamento in seduta comune. – 7. Conseguenze dell'ampliamento delle prerogative del Parlamento in seduta comune e corretto funzionamento della forma di governo. – 8. Il c.d. "monocameralismo alternato" e il dibattito sempre aperto sulla forma del Parlamento. – 9. Conclusioni.

1. *Introduzione*

Nel corso della XIX Legislatura, è stata avanzata una proposta di legge costituzionale finalizzata, tra l'altro, all'ampliamento delle prerogative delle Camere riunite.

Nel testo della proposta si prevede che al Parlamento in seduta comune spetti l'approvazione delle mozioni di fiducia e sfiducia, della legge di bilancio, della decisione di ricorrere all'indebitamento, della legge di autorizzazione alla ratifica dei trattati internazionali, della legge di conversione dei decreti-legge. Inoltre, si vorrebbe fare del Parlamento in seduta comune l'organo deputato a ricevere le comunicazioni del Governo concernenti le riunioni del Consiglio europeo e quindi

anche di definizione dei principali indirizzi della politica dell'Italia nell'Unione europea¹.

Non si discutono in questa sede le probabilità di esame o approvazione del progetto né si ignora che esso costituisce l'ennesimo tentativo di riforma dell'organizzazione del Parlamento, dopo il fallimento di numerosi altri, come noto, già esperiti. Non si trascura di considerare che in passato si è varie volte discusso di un ampliamento delle prerogative delle Camere riunite. Non si esamina la proposta nel suo insieme, dal momento che essa mira anche a introdurre novità nelle relazioni endo-governative (assicurando al Presidente del Consiglio il potere di proporre la revoca dei ministri), nelle procedure fiduciarie (introducendo una mozione di sfiducia costruttiva da approvare a maggioranza assoluta), nella composizione del Senato (che in parte sarebbe formato da componenti eletti dai Consigli regionali), ecc. Non ci si propone di stabilire se quella suggerita da A.S. n. 149 possa essere una riforma auspicabile.

Ci si chiede, piuttosto, se un allargamento delle funzioni delle Camere riunite sia costituzionalmente ammissibile e, in caso di risposta affermativa, a quali condizioni e con quali conseguenze, avendo riguardo, in particolare, all'ispirazione di base del disegno di legge appena richiamato: la razionalizzazione della forma di governo², la quale – conviene sempre ricordare – dovrebbe essere strumentale a una miglior tutela dei diritti fondamentali (quest'ultima, infatti, dipende non solo dal funzionamento degli organi di garanzia, ma anche da quello degli organi "politici").

Per tentare di offrire una risposta, sono però, anzitutto, necessarie alcune premesse di carattere storico sull'organizzazione parlamentare e sui lavori in Assemblea costituente.

* Ricercatore di Diritto costituzionale – Università degli Studi di Messina.

¹ Cfr. A.S. n. 149, "Modifiche alla parte seconda della Costituzione concernenti le competenze delle Camere e del Parlamento in seduta comune, la composizione del Senato della Repubblica, il procedimento legislativo e i procedimenti di fiducia e sfiducia", Disegno di legge costituzionale d'iniziativa del Sen. Parrini, comunicato alla Presidenza il 13 ottobre 2022.

² Cfr. la Relazione illustrativa della proposta cit. (p. 2).

2. Profili storici: la nascita dei sistemi parlamentari misti

L'art. 55, comma II, Cost. presenta un contenuto fortemente innovativo.

Soltanto con la Costituzione del 1947 si ha l'introduzione dell'istituto delle Camere riunite nel più ampio quadro di un legislativo esplicitante le sue funzioni ordinariamente in assetto bicamerale³.

La genesi del Parlamento in seduta comune va intesa a partire dal processo storico di superamento di un legislativo concepito "per camere separate".

In tal senso, può essere utile riferirsi alla storia costituzionale francese.

Come noto, i giorni precedenti lo scoppio della rivoluzione del 1789 sono animati dalla contestazione del meccanismo delle assemblee degli stati che, in tutta Europa, aveva a lungo contraddistinto la storia delle "istituzioni parlamentari"⁴. L'idea dell'assemblea legislativa unitariamente rappresentativa del popolo è alla base degli eventi del sessennio rivoluzionario: si chiede di riunire, finalmente in un'unica sala, le tre camere (rappresentative dei tre stati)⁵.

Le Costituzioni francesi del 1791 e del 1793, pur diverse fra loro⁶, sviluppano questa impostazione in modo radicale: l'affermazione del principio di eguaglianza formale conduce a concepire il popolo come corpo rigorosamente e inscindibilmente *unitario*⁷. E se uno è il popolo – così ragionano i rivoluzionari francesi – una non può che essere la camera che lo rappresenta⁸. In coerenza con

³ Può ricordarsi che anche in Francia, con la Costituzione del 1946 (artt. 5 e 11), viene introdotta la riunione congiunta delle due Camere per l'elezione del Capo dello Stato.

⁴ A. MARONGIU, *Il parlamento in Italia e nell'età moderna. Contributo alla storia delle istituzioni parlamentari dell'Europa occidentale*, Giuffrè, Milano, 1962, 475 ss.

⁵ J. ELLUL, *Storia delle istituzioni*, III, *L'età moderna e contemporanea: dal XVI al XIX secolo*, trad. it. a cura di G. Ancarani, Mursia, Milano, 2014, 166 s.

⁶ Arm. SAIITA, *Guida critica alla storia moderna*, Laterza, Roma-Bari, 1994, 178 s.

⁷ P. GROSSI, *L'Europa del diritto*, Laterza, Roma-Bari, 2009, 130.

⁸ Tale idea viene ripresa, in Assemblea costituente, dai deputati socialisti e comunisti: cfr. V. LA ROCCA, *Intervento in Assemblea costituente*, Commissione per la Costituzione, seconda sottocommissione, resoconto della seduta del 6 settembre 1946 («Se la radice della sovranità è unica, ed è il popolo, la volontà popolare trova la sua espressione in una Assemblea, la quale rispecchia questa volontà ed è chiamata ad attuarla»).

tale assunto, le Costituzioni del 1791 e del 1793 prevedono quindi un'organizzazione monocamerale del legislativo⁹.

Con la Costituzione del 1795 si opta, invece, per un sistema bicamerale e, per evitare che si potesse "ricadere", sia pur eccezionalmente, nel monocameralismo si stabilisce che «in nessun caso i due Consigli possono riunirsi in una medesima sala» (art. 60).

La Costituzione del 1799 prevede un sistema tri-camerale, senza possibilità di seduta comune per i componenti del Tribunato, del Corpo legislativo e del Senato. Nelle Costituzioni del 1814, del 1830 e del 1875, tutte disciplinanti il legislativo in senso bicamerale, non v'è traccia di sedute comuni. Tali Costituzioni riflettono le ambiguità dello Stato liberale ottocentesco¹⁰ e il bicameralismo da esse previsto assolve a «una funzione di conservazione politica, di argine ai mutamenti sociali e, quindi, di freno [prima] all'incalzante costruzione dell'egemonia borghese», poi all'«avanzata del movimento operaio» e alle «imprevedibili conseguenze che l'irruzione delle masse popolari avrebbe potuto generare nelle aule parlamentari»¹¹. Nella Costituzione del 1848, invece, è preferito il sistema unicamerale «allo scopo di contrapporre alla forte posizione di un presidente plebiscitariamente eletto una camera, che, appunto dall'esser sola, avrebbe dovuto [...] trarre la ragione di un'autorità sufficiente a controbilanciare l'influenza del primo»¹².

Dunque, pare fin qui di riscontrare un approccio dicotomico al tema dell'organizzazione parlamentare: o monocameralismo (1791, 1793, 1848) o sistema bi-/tri-camerale senza previsione dell'eventualità delle Camere riunite (1795, 1799, 1814, 1830, 1875) e, in un caso, con espresso divieto di riunione in seduta comune (1795).

⁹ C. MORTATI, *Il potere legislativo: unicameralismo o bicameralismo?*, in ID., *Studi sul potere costituente e sulla riforma costituzionale dello Stato, Raccolta di scritti*, I, Giuffrè, Milano, 1972, 431 ss.

¹⁰ G. FERRARA, *La Costituzione. Dal pensiero politico alla norma giuridica*, Feltrinelli, Milano, 2006, 140 ss.

¹¹ C. DE FIORES, *Profili teorici e tendenze attuali del monocameralismo*, in *Costituzionalismo.it*, n. 3/2022, 3 s.

¹² C. MORTATI, *Il potere legislativo: unicameralismo o bicameralismo?*, cit., 430. Può ricordarsi come anche nella Costituzione della Repubblica romana del 1849 si prevedesse un sistema monocamerale (artt. 16 ss.).

Anche in Italia, con lo Statuto albertino, la seduta congiunta delle due Camere, sull'esempio francese, non è contemplata – con l'eccezione, all'art. 22, della riunione per il giuramento del Re e, per prassi, dell'audizione del discorso della corona all'inizio di ogni sessione parlamentare¹³. Anzi, in verità, lo Statuto albertino neppure menziona il Parlamento come unico organo composto dalla Camera dei deputati e dal Senato del Regno.

Alla luce di ciò, può meglio apprezzarsi la novità della scelta compiuta dai costituenti nel secondo dopoguerra. Si abbandona, infatti, la logica di "aut-aut" (monocameralismo o bicameralismo) per dar vita a sistemi parlamentari "misti".

In questo senso, può dirsi che la previsione del Parlamento in seduta comune sia il «più importante segno di contraddizione (meglio, di riforma) del bicameralismo introdotto dalla Costituzione»¹⁴.

In definitiva, si adotta un sistema parlamentare misto, di regola bicamerale ed eccezionalmente monocamerale. Si decide, cioè, di delineare in Costituzione un'organizzazione parlamentare non statica, ma dinamica; se così può dirsi, "duttile", cioè relativa alle funzioni da esercitare. L'art. 55, comma II, Cost. costituisce uno degli elementi di discontinuità – sempre intrecciati a quelli di continuità – nella storia parlamentare italiana¹⁵. Per un verso, la struttura (di regola) bicamerale viene mantenuta, per altro verso, si chiarisce l'appartenenza delle due Camere alla medesima istituzione (come traspare da entrambi i commi di cui si compone l'art. 55 Cost.) e si prevede, in alcune specifiche ipotesi, un funzionamento monocamerale del Parlamento.

3. *Il dibattito e le scelte compiute in Assemblea costituente*

La questione relativa alla previsione o meno del Parlamento in seduta comune è stata dibattuta in Assemblea costituente in modo vivace. Dai resoconti dei lavori si evincono alcune indicazioni importanti per il prosieguo del discorso.

¹³ M.L. MAZZONI HONORATI, *Lezioni di diritto parlamentare*, Giappichelli, Torino, 1993, 61.

¹⁴ A. MANZELLA, *Il Parlamento*, il Mulino, Bologna, 1977, 70.

¹⁵ L. GIANNITI, N. LUPO, *Corso di diritto parlamentare*, il Mulino, Bologna, 2023, 25 ss.

1) L'origine del Parlamento in seduta comune può essere compresa solo nel quadro del più ampio dibattito sulla forma di governo, segnato dalla ricerca di un equilibrio tra la volontà di sposare il parlamentarismo e l'esigenza di evitarne le degenerazioni¹⁶.

2) Mentre per l'ordinario funzionamento del Parlamento (art. 55, comma I, Cost.), i costituenti trovano un accordo sul bicameralismo (soluzione notoriamente preferita dai democristiani e dai liberali), seppur con legittimazione (quasi) identica di entrambe le Camere (secondo quanto richiesto specialmente dai socialisti e dai comunisti¹⁷), per alcune peculiari funzioni, quelle poi rimesse al Parlamento in seduta comune, ha maggior peso l'impostazione monocamerale patrocinata dalle sinistre. Tra i difensori del Parlamento in seduta comune, però, si trovano anche costituenti fortemente orientati per la configurazione bicamerale del Parlamento. Mortati, ad esempio, notoriamente si esprime per un Senato delle regioni (e del lavoro), ma prospetta pure l'istituzione del Parlamento in seduta comune e l'attribuzione a quest'ultimo della competenza in ordine alla decisione di accordare la fiducia al Governo. Più precisamente, egli propone di sancire la parità delle funzioni delle due Camere («la seconda Camera dovrebbe avere non solo piena parità di diritti in materia legislativa, ma anche piena parità in ordine alla fiducia da accordare al Governo») o, in alternativa, «di formare un organo misto, una riunione plenaria delle due Camere per votare sulla fiducia al Governo»¹⁸. Su questo consonante è – al netto di alcuni distinguo qui non rilevanti – la posizione espressa dalle sinistre. Per La Rocca, ad esempio, il Governo avrebbe dovuto «avere

¹⁶ Cfr. part. Assemblea costituente, Commissione per la Costituzione, seconda sottocommissione, resoconto dei lavori della seduta del 4 settembre 1946.

¹⁷ L. PALADIN, *Bicameralismo*, in *Enc. giur.*, III, Treccani, Roma, 1990, 3.

¹⁸ C. MORTATI, *Intervento in Assemblea costituente*, Commissione per la Costituzione, seconda sottocommissione, seduta del 5 settembre 1946. Cfr. anche ID., *Il potere legislativo: unicameralismo o bicameralismo?*, cit., 434 (in tale scritto, il bicameralismo è concepito, per definizione, come paritario in quanto «un'assemblea che fosse posta istituzionalmente in posizione di inferiorità non sarebbe una camera»).

la fiducia delle due Camere, ossia di quell'organo che si potrebbe chiamare Assemblea nazionale»¹⁹.

3) L'ipotesi di attribuire al Parlamento in seduta comune il compito di accordare o meno la fiducia all'esecutivo viene dunque affacciata in Assemblea costituente quale possibile mezzo per razionalizzare la forma di governo. Bisogna soffermarsi, però, sulle ragioni per le quali è stata poi respinta. Essa avrebbe potuto determinare il venir meno del coordinamento tra esercizio della funzione legislativa, spettante alle due Camere, ed esercizio della funzione di controllo politico (almeno relativamente alla fiducia/sfiducia al Governo), attribuita in ipotesi al Parlamento riunito²⁰. Infatti, il Governo avrebbe potuto avere la fiducia da quest'ultimo, ma ritrovarsi poi privo di maggioranza in una delle due Camere (con tutto quello che ne sarebbe potuto conseguire in relazione all'approvazione di proposte presentate, o comunque caldegiate, dall'esecutivo). In un certo senso, dunque, il Parlamento in seduta comune viene concepito in relazione a una funzione che, in ultima analisi, non gli è poi accordata. Se è vero, come osservato da Einaudi, che con l'introduzione del Parlamento in seduta comune "il vecchio bicameralismo non c'è più", lo è nondimeno che il progetto della "supercamera" viene fortemente ridimensionato²¹.

4) Nonostante la mancata rimessione al Parlamento in seduta comune della competenza in ordine all'approvazione delle mozioni di fiducia e di sfiducia e la sua completa esclusione dal procedimento di formazione delle leggi, le funzioni assegnate a questo organo sono comunque senza dubbio notevoli (artt. 83, 90, 91, 96 – nell'originaria formulazione²² – 104, comma III, 135, commi I e VII, Cost.). In Assemblea costituente viene anche assunta un'importante decisione in ordine alla

¹⁹ V. LA ROCCA, *Intervento in Assemblea costituente*, Commissione per la Costituzione, seconda sottocommissione, seduta del 3 settembre 1946.

²⁰ Sul rapporto tra funzione legislativa e attività d'indirizzo politico v., per tutti, T. MARTINES, *Indirizzo politico*, in *Enc. dir.*, XXI, Giuffrè, Milano, 1971, ora in *Opere*, I, Giuffrè, Milano, 2000, 432 ss.

²¹ A. MANZELLA, *Il Parlamento*, cit., 70 (che ricorda le determinanti critiche dell'on. Nitti contro il progetto di una "supercamera").

²² Come noto, la competenza del Parlamento in seduta comune in ordine alla messa in stato d'accusa dei componenti del Governo è stata abrogata dalla legge costituzionale 16 gennaio 1989, n. 1.

fonte abilitata a regolare le funzioni del Parlamento in seduta comune. L'art. 55, comma II, Cost. stabilisce infatti che «il Parlamento si riunisce in seduta comune dei membri delle due Camere *nei soli casi stabiliti dalla Costituzione*»²³.

4. *Il Parlamento in seduta comune nell'attuale assetto istituzionale: qualificazione dell'organo*

Il dibattito e le scelte fatte in Assemblea costituente aiutano a svolgere alcune riflessioni sul Parlamento in seduta comune nell'assetto istituzionale vigente, indispensabili per poter poi valutare ammissibilità, condizioni e conseguenze di un ampliamento delle sue funzioni.

Si è scritto che «l'approfondimento da parte della dottrina dei problemi inerenti a quest'organo appare complessivamente carente sotto molti aspetti. Pur esistendo spunti ricostruttivi interessanti e benché su talune questioni – come a esempio quella relativa al *quorum* con cui debbono essere prese le deliberazioni del Parlamento a Camere riunite – sia stato raggiunto un notevole grado di approfondimento, tuttavia manca una ricostruzione unitaria, sotto l'aspetto strutturale e funzionale, di tale organo»²⁴. Essa, naturalmente, non può essere esaurientemente proposta in un breve articolo come quello che qui si presenta, ma questo non toglie che si possa provare a offrire un contributo su alcuni aspetti di una tema (forse sorprendentemente) vasto, complesso e ricco di motivi d'interesse.

Da quanto si è fin qui osservato, emerge che non v'è contraddizione tra la qualificazione del Parlamento in seduta comune come una delle forme di riunione del Parlamento e la considerazione del Parlamento in seduta comune come

²³ Una prima prospettazione della riserva di cui all'art. 55, comma II, Cost. si ebbe nella relazione dell'on. Conti: cfr. G. CONTI, *Intervento in Assemblea costituente*, Commissione per la Costituzione, seconda sottocommissione, seduta del 4 settembre 1946 («La Costituzione, poi, prevedrebbe che per talune attribuzioni, da essa determinate, la Camera dei deputati ed il Senato funzionerebbero riuniti insieme, costituendo l'Assemblea nazionale, che sarebbe presieduta dal Presidente del Senato»).

²⁴ V. DI CIOLO, L. CIAURRO, *Il diritto parlamentare nella teoria e nella pratica*, Giuffrè, Milano, 2013, 852.

“organo a sé” (cioè distinto dalla Camera dei deputati e dal Senato della Repubblica)²⁵.

Infatti, a lasciare in disparte critiche sul piano della teoria generale riferibili alla nozione stessa di “organo” e alla tradizionale ricostruzione dei rapporti inter-organici²⁶, il Parlamento è di regola qualificabile come “organo complesso” (composto dalle due Camere) e solo nei casi di cui all’art. 55, comma II, Cost. può invece essere definito “organo semplice”.

Tale tesi risulta incompatibile:

- con il risalente orientamento dottrinale volto a negare che «esista il Parlamento, come organo complesso, del quale le due Camere farebbero parte»²⁷. Una tesi, questa, che – si è sostenuto – potrebbe trovare appigli nelle non poche asimmetrie regolamentari e nella legittimazione accordata a queste ultime dalla giurisprudenza costituzionale²⁸. Tuttavia, in senso opposto – e cioè a favore del riconoscimento dell’esistenza dell’organo “Parlamento”, (ordinariamente) composto dalle due Camere – dovrebbero allora dirsi militare alcune modifiche della Costituzione (si pensi alla parificazione della durata del mandato di deputati e senatori o dell’età richiesta per l’elettorato attivo), le non poche simmetrie (e le asimmetrie cancellate) nei regolamenti parlamentari e la giurisprudenza costituzionale²⁹. In vero, però, né la vicinanza né la distanza tra la disciplina prevista per l’una e l’altra assemblea è dirimente, mentre appare decisivo il tenore letterale dell’art. 55, comma I, Cost. («Il Parlamento si compone...»). D’altronde, in tal senso, si orienta larga parte della dottrina³⁰.

²⁵ Cfr. S.M. CICONETTI, *Diritto parlamentare*, Giappichelli, Torino, 2019, 261.

²⁶ S. CASSESE, *Le basi del diritto amministrativo*, Garzanti, Milano, 1998, 156 ss.

²⁷ M. MAZZIOTTI DI CELSO, *Parlamento (diritto costituzionale: principi generali e funzioni)*, in *Enc. dir.*, XXXI, Giuffrè, Milano, 1981, 762.

²⁸ Si v., ad es., C. cost. sent. n. 78 del 1984, sul computo degli astenuti.

²⁹ Cfr., ad es., C. cost. sentt. nn. 202 del 2006 sul *nomen* Parlamento e 35 del 2017 sul sistema elettorale.

³⁰ Cfr. A. MANZELLA, *Il Parlamento*, cit., 65 e 67, che scrive del Parlamento quale «organo unico a struttura complessa» e di un «ordinamento funzionale» dell’organo complesso Parlamento». Ancora, v. P. BARILE, E. CHELI, S. GRASSI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Cedam, Padova, 2018, 140 ss.; S.M. CICONETTI, *Diritto parlamentare*, cit., 51 ss.; L. GIANNITI, N. LUPO, *Corso di diritto parlamentare*, cit., 149 ss.; C. LAVAGNA, *Istituzioni di diritto pubblico*, Utet, Torino, 1982, 623; E.

- con l'ipotesi che il Parlamento possa (ordinariamente) qualificarsi come sostanzialmente monocamerale³¹, non solo per la lettera degli artt. 70 e 94 Cost. (anche perché potrebbe comunque dirsi che il bicameralismo è “meramente procedurale”, tenendo conto del sistema elettorale e politico), ma per la differente composizione delle due Camere (impregiudicata in questa sede la questione di quale sia – se vi sia – una *ratio* giustificativa del carattere paritario del bicameralismo);

- con la ricostruzione, d'altronde pacificamente rifiutata in dottrina, per la quale la qualificazione del Parlamento in seduta comune come organo a sé dovrebbe comportare la transizione dal bicameralismo al tricameralismo³².

Sembra dunque di dover aderire alla tesi per la quale il Parlamento in seduta comune è un organo distinto dalle due Camere³³. L'opposta soluzione, per la quale esso sarebbe una mera riunione dei due rami e perciò sarebbe “inesatto” considerarlo «un terzo organo diverso dalle due Camere»³⁴, peraltro già affacciata durante i lavori dell'Assemblea costituente³⁵, si scontra con la lettera della Carta:

ROSSI, *Il Parlamento*, in F. DAL CANTO, E. MALFATTI, S. PANIZZA, A. PERTICI, E. ROSSI, *Manuale di diritto costituzionale italiano ed europeo*, I, a cura di R. Romboli, Giappichelli, Torino, 2021, 221 ss.

³¹ Il riferimento è alla nota tesi di A. MANZELLA (*Il Parlamento*, cit., 65 ss., part. 69), per il quale «capovolgendosi la comune opinione, può ben dirsi che poiché l'art. 55 Cost. ha introdotto non già il bicameralismo che c'era già in epoca statutaria, ma la nozione di “parlamento”, ci si trovi di fronte a una forma particolare di monocameralismo».

³² G.U. RESCIGNO, *Corso di diritto pubblico*, Zanichelli, Bologna, 1990, 382 (per il quale dirimente è che il Parlamento in seduta comune «non è assolutamente un terzo centro di potere distinto dagli altri», in quanto in esso siedono deputati e senatori, mentre le due Camere sarebbero «due centri di potere distinti [...] se non altro perché in essi siedono uomini del tutto diversi (grazie all'incompatibilità tra deputato e senatore)»); G. NEGRI, *Bicameralismo*, in *Enc. dir.*, V, Giuffrè, Milano, 1959, 347 nonché E. ROSSI, *Il Parlamento*, cit., 233, che considerano dirimente la norma costituzionale che attribuisce la Presidenza del Parlamento in seduta comune al Presidente della Camera dei deputati; P. VIRGA, *Diritto costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1979, 127 s. (per il quale – argomento questo non particolarmente convincente – dirimente è che la funzione legislativa sia rimessa separatamente alle due Camere, «mentre la riunione in seduta comune avviene essenzialmente per l'esercizio della funzione elettorale di secondo grado»).

³³ C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, I, Cedam, Padova, 1976, 522. Si v. anche S.M. CICONETTI, *Diritto parlamentare*, cit., 259; G. RIVOCCHI, *Art. 55*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti, I, Utet, Torino, 2006, 1124; E. ROSSI, *Il Parlamento*, cit., 232.

³⁴ P. BARILE, E. CHELI, S. GRASSI, *Istituzioni di diritto pubblico*, cit., 160.

³⁵ Per una discussione della tesi criticata nel testo, che riprende le posizioni espresse già da alcuni costituenti (part. dall'on. Nitti), v. L. PALADIN, *Sul Parlamento in seduta comune*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1960, 388.

possono richiamarsi non solo l'art. 55, comma II, o l'art. 64, comma II – laddove la regola della pubblicità delle sedute è fissata univocamente per le due Camere singolarmente intese e per le Camere riunite – ma anche l'art. 64, comma III, Cost. Infatti, i *quorum* di partecipazione alle votazioni e di deliberazione contemplati da quest'ultimo comma si riferiscono al Parlamento riunito (oltreché a ciascuna Camera). Ciò significa che nel caso delle Camere riunite si alterano i rapporti di forza tra deputati e senatori e (sebbene poi le dinamiche politiche impongano una diversa lettura delle votazioni), «data la diversa entità numerica delle due Camere, la prevalenza si verifica di fatto a favore di quella dei deputati»³⁶. Nel Parlamento riunito i deputati prevalgono numericamente sui senatori, in una proporzione rimasta (quasi) immutata anche dopo la revisione costituzionale del 2020³⁷. Pertanto, non si tratta di semplice riunione delle due Camere, se con ciò si intende che esse mantengano la loro individualità (cosicché dovrebbero esserci due maggioranze distinte, dell'una e dell'altra), «ma di una riunione dei parlamentari, nella quale va perduta ogni distinzione tra di essi (cosicché esiste una sola maggioranza, calcolata sull'insieme dei parlamentari)»³⁸. Le due Camere, nel Parlamento in seduta comune, «spariscono in una ricomposizione che ne fonde gli appartenenti e ne annulla i rispettivi rapporti interni di forza»³⁹.

Sviluppando, per questo aspetto, l'idea del Parlamento quale organo a struttura complessa⁴⁰, quale “universo policentrico”, può dirsi dunque che quello delineato dalla Carta è un Parlamento di regola qualificabile come organo complesso ed eccezionalmente come organo semplice. Opera, cioè, come un Parlamento monocamerale limitatamente alle funzioni assegnate alle Camere riunite in Costituzione.

³⁶ C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, I, cit., 522.

³⁷ Come noto, infatti, anche dopo l'approvazione della legge cost. 19 ottobre 2020, n. 1, il numero dei deputati è il doppio del numero dei senatori elettivi. Risulta, invece, invariato e perciò in proporzione aumentato, il numero dei senatori a vita (e, nel caso dell'elezione del Presidente della Repubblica, dei delegati regionali): cfr. E. ROSSI, *Il Parlamento*, cit., 234 s.

³⁸ G.U. RESCIGNO, *Corso di diritto pubblico*, cit., 381.

³⁹ A. MANZELLA, *Il Parlamento*, cit., 72.

⁴⁰ *Ivi*, 111.

5. *La centralità del Parlamento (anche in seduta comune)*

Chiarito come la presenza del Parlamento in seduta comune incide sul sistema parlamentare complessivamente inteso, è necessario – prima di cercare di offrire una risposta all’interrogativo concernente possibilità, condizioni e conseguenze di un ampliamento delle sue prerogative – soffermarsi brevemente sulle attribuzioni costituzionalmente previste.

La proposta A.S. n. 149 mira a restituire al Parlamento un ruolo centrale “nella definizione dell’indirizzo politico nazionale”. La centralità del Parlamento, però, non risiede unicamente nel ruolo spettante a quest’ultimo nella realizzazione del programma di governo. Proprio le funzioni assegnate al Parlamento in seduta comune lo dimostrano.

Si pensi, anzitutto, all’elezione del Presidente della Repubblica. In Assemblea costituente – scartate l’elezione diretta da parte del popolo⁴¹, l’elezione da parte delle due Camere (anche nell’ipotesi in cui una fosse stata eletta a suffragio indiretto⁴²), l’elezione da parte di un collegio integrato anche dai rappresentanti delle “forze sociali”⁴³ – si scelse di rimetterla al Parlamento in seduta comune con l’aggiunta dei delegati regionali. In questa attribuzione al Parlamento in seduta comune è dato rinvenire conferma dell’opzione per un sistema di democrazia, al contempo, rappresentativa e pluralista⁴⁴. L’idea del Capo dello Stato eletto dal

⁴¹ Cfr., in proposito, gli *Interventi in Assemblea costituente* (Commissione per la Costituzione, seconda sottocommissione, seduta del 4 settembre) di L. EINAUDI, critico nei riguardi della lettura offerta, durante i lavori della seconda sottocommissione, della forma di governo presidenziale, e di G. AMBROSINI che, invece, esclude nettamente l’elezione diretta del Capo dello Stato. Cfr. anche gli *Interventi*, nella seduta del 5 settembre 1946, di V. LA ROCCA, anch’egli contrario all’elezione diretta del Presidente, e di E. LUSSU, ad essa avverso, ma unicamente per ragioni legate al contesto sociale italiano.

⁴² Cfr. U. TERRACINI, *Intervento in Assemblea costituente*, Commissione per la Costituzione, seconda sottocommissione, seduta del 31 luglio 1946; G. CONTI, *Intervento in Assemblea costituente*, Commissione per la Costituzione, seconda sottocommissione, seduta del 4 settembre 1946.

⁴³ C. MORTATI, *Intervento in Assemblea costituente*, Commissione per la Costituzione, seconda sottocommissione, seduta del 3 settembre 1946; V. LA ROCCA, *Intervento in Assemblea costituente*, Commissione per la Costituzione, seconda sottocommissione, seduta del 4 settembre 1946.

⁴⁴ Secondo V. DI CIULO, L. CIAURRO, (*Il diritto parlamentare nella teoria e nella pratica*, cit., 857), in virtù dell’attuale formulazione dell’art. 114 Cost., «forse sarebbe costituzionalmente opportuno,

Parlamento – caratteristica (pur non indefettibile) della forma parlamentare di governo⁴⁵ – è indicativa del ruolo conferito dalla Carta al potere legislativo, della sua “centralità”. Tanto il Governo quanto il Presidente sono – diversamente – espressione della rappresentanza parlamentare: il primo dipende dalla fiducia di ciascuna Camera, singolarmente intesa, il secondo trova la sua investitura nell’elezione da parte delle due Camere riunite, in composizione integrata.

Come osservato dalla Corte costituzionale, «la Costituzione repubblicana ha instaurato una democrazia parlamentare, intendendosi dire che, come dimostra anche la precedenza attribuita dal testo costituzionale al Parlamento nell’ordine espositivo dell’apparato statale, ha collocato il Parlamento al centro del sistema, facendone l’istituto caratterizzante l’ordinamento»⁴⁶.

Riprova di ciò è offerta anche dal giuramento che il Presidente è tenuto a prestare proprio dinanzi all’organo che lo ha eletto e, nondimeno, dalla disciplina costituzionale della messa in stato d’accusa, così ricondotta «alla sfera della decisione politica»⁴⁷.

La centralità del Parlamento – anche in seduta comune – è riprovata altresì dal modo di formazione della Corte costituzionale: come abitualmente si dice, il Parlamento è privilegiato perché può scegliere (almeno in parte) i “propri” giudici⁴⁸. E, ancora, dal modo di formazione del Consiglio superiore della

se non dovuto, prevedere che l’elezione del Presidente della Repubblica avvenga anche con l’integrazione di rappresentanti delle autonomie locali». È dubbio, però, che dalla sola formulazione dell’art. 114 Cost. possa ricavarsi una simile conclusione.

⁴⁵ Cfr., *ex plurimis*, M. VOLPI, *La classificazione delle forme di governo*, in G. MORBIDELLI, M. VOLPI, G. CERRINA FERONI, *Diritto costituzionale comparato*, Giappichelli, Torino, 2020, 257 ss.

⁴⁶ C. cost., sent. n. 154 del 1985, p. 5.1. *cons. in dir.*

⁴⁷ S. GALEOTTI, B. PEZZINI, *Presidente della Repubblica nella Costituzione italiana*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, XI, Utet, Torino, 1996, 449.

⁴⁸ G. ZAGREBELSKY, *Principi e voti. La Corte costituzionale e la politica*, Einaudi, Torino, 2005, 54, che ricorda come l’espressione “privilegio del legislatore” è stata impiegata per la prima volta in una decisione del Tribunale costituzionale federale tedesco del 1952, nella quale si legge che «proprio il pericolo per la potestà legislativa derivante dall’allargamento del diritto dei giudici di controllare la validità della legge fu una delle preoccupazioni principali contro l’ammissione di un potere di controllo generalizzato da parte dei giudici. Esso fu evitato perché il controllo di costituzionalità fu affidato ad organi speciali, “partecipati” dal potere legislativo stesso».

magistratura⁴⁹. Che persino all'interno dell'organo deputato all'adozione dei provvedimenti concernenti la magistratura ordinaria – della quale occorre massimamente garantire l'autonomia rispetto al *tandem* Parlamento-Governo – debba, per Costituzione, aversi una presenza di esponenti individuati dalla rappresentanza parlamentare è indicativo del ruolo che a quest'ultima è stato assegnato dai costituenti, fermo restando che la prevalenza di esponenti eletti e provenienti dalla magistratura ordinaria costituisce (benché in passato si sia proposto di modificare, per questo aspetto, l'art. 104 Cost.) una garanzia irrinunciabile per assicurare l'indipendenza dei giudici ordinari⁵⁰.

Senza dilungarsi oltre può dunque comprendersi perché si sia riconosciuta nelle Camere riunite «la massima localizzazione organica della rappresentanza nazionale»⁵¹ (idea, questa, ripresa pure nella relazione introduttiva della proposta di legge costituzionale citata in apertura)⁵².

6. *Possibilità dell'ampliamento delle prerogative e autonomia normativa del Parlamento in seduta comune*

Tutto ciò premesso, può osservarsi che una modifica delle competenze del Parlamento in seduta comune è possibile.

Anche se l'art. 55, comma II, Cost. fa riferimento alla Costituzione (e non alle leggi costituzionali), da una lettura sistematica di tale comma (che tenga conto dell'art. 138 Cost.) si desume – come d'altronde in altri casi simili – che (inderogabilmente e unicamente) con il procedimento di cui all'art. 138 Cost. sia possibile modificare

⁴⁹ Cfr. E. ROSSI, *Il Parlamento*, cit., 231, che ricorda come in Assemblea costituente si fosse proposto di far eleggere dal Parlamento in seduta comune metà dei componenti del CSM.

⁵⁰ S. BARTOLE, *Il potere giudiziario*, il Mulino, Bologna, 2008, 11. In questa sede non è possibile approfondire le recenti modifiche della legge n. 195 del 1958, le quali peraltro hanno inciso sull'assolutezza dell'affermazione per la quale in occasione delle elezioni di spettanza del Parlamento in seduta comune non si accettano candidature. In verità, tale tesi era già criticata da una parte della dottrina (cfr. V. DI CIOLO, L. CIAURRO, *Il diritto parlamentare nella teoria e nella pratica*, cit., 856), per la quale la presentazione di candidature ufficiali sarebbe ad ogni modo legittima «in quanto nessuna norma dell'ordinamento giuridico afferma il contrario».

⁵¹ G. FERRARA, *Il Presidente d'Assemblea parlamentare*, Giuffrè, Milano, 1965, 262.

⁵² Cfr. A.S. n. 149, *Relazione illustrativa*, p. 2 s.

(ampliare o ridurre) il novero delle funzioni di questo organo intervenendo sul testo della Carta o anche integrandolo⁵³. Come noto, del resto, una competenza originariamente prevista del Parlamento in seduta comune è stata abrogata dalla legge costituzionale 16 gennaio 1989, n. 1. I principi fondamentali costituiscono anche in questo caso limite alla revisione o integrazione del testo della Carta, ma non si può certo assumere pregiudizialmente che vi siano ragioni ostative all'allargamento della sfera di competenza delle Camere riunite.

Tuttavia, questa conclusione – in coerenza con quanto si è osservato sulla natura dell'organo – sembra portarne con sé un'altra. E cioè che il Parlamento in seduta comune, in caso di allargamento della sua sfera di competenza, non potrebbe che essere concepito quale collegio perfetto⁵⁴ e autonomo.

Benché possa dirsi che la prassi sia in senso contrario⁵⁵, già nel sistema costituzionale vigente esso non solo può decidere (deliberare, eleggere), ma anche discutere. Così dispone l'art. 64 Cost. sia nel prevedere la possibilità per il Parlamento in seduta comune di adunarsi in seduta segreta sia nello stabilire genericamente i *quorum* richiesti per le deliberazioni delle Camere riunite (altro elemento che è indicativo della possibilità di ampliare le competenze del Parlamento in seduta comune).

In alcuni casi, certo, sono le funzioni assegnate al Parlamento in seduta comune a escludere la discussione (es. elezioni), ma non anche la "natura" dell'organo, che non è qualificabile come collegio imperfetto o mero collegio elettorale (d'altronde, il Parlamento in seduta comune ha competenze che non hanno a che vedere con elezioni: si pensi alla messa in stato d'accusa). È da ritenere inoltre che, anche nel caso delle elezioni, il Presidente possa concedere la parola ai parlamentari per segnalazioni e richieste di chiarimento relative a questioni di tipo procedimentale.

Non depone contro quanto appena sostenuto il fatto che, in occasione delle votazioni nell'ambito dei procedimenti elettorali di competenza del Parlamento in seduta comune, nei momenti nei quali sono chiamati al voto i deputati, il Senato

⁵³ S.M. CICCONE, *Diritto parlamentare*, cit., 259.

⁵⁴ C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, cit., 522.

⁵⁵ E. ROSSI, *Il Parlamento*, cit., 233.

abbia ritenuto di potersi riunire ed esplicare le sue funzioni⁵⁶. Sarebbe inoltre inappropriato immaginare una doppia qualificazione dell'organo – ora mero collegio elettorale e ora collegio perfetto – perché con ciò perderebbe di senso la distinzione: infatti, ove si accogliesse una tale lettura, qualsiasi organo al quale siano affidate (anche) funzioni elettive sarebbe – relativamente a queste ultime – un mero collegio elettorale.

A una simile ricostruzione della natura dell'organo (collegio perfetto) si ricollega, peraltro, il riconoscimento (che è rinvenibile pure nei regolamenti parlamentari e specialmente nel regolamento del Senato⁵⁷) della sua autonomia normativa.

Di sicuro, se le sue funzioni venissero ampliate, il Parlamento in seduta comune dovrebbe ritenersi abilitato a dotarsi di un suo regolamento. Così, ad ogni modo, pare già essere nell'ordinamento costituzionale vigente.

Non pare, infatti, che la Costituzione – nello stabilire che nel caso delle sedute a Camere riunite il Presidente e l'Ufficio di presidenza siano quelli della Camera dei deputati – escluda l'eventualità di un regolamento del Parlamento in seduta comune. Né contrariamente sembra deporre il fatto che l'art. 64, comma I, Cost., a differenza dei due commi successivi, si riferisca esclusivamente a ciascuna Camera. A ragionar così dovrebbe escludersi altresì che il Parlamento in seduta comune possa procedere alla verifica dei titoli dei suoi componenti (si pensi, in particolare, nel caso dell'elezione del Presidente della Repubblica, ai delegati regionali), visto che l'art. 66 Cost. si riferisce letteralmente a «ciascuna Camera». Conclusione, questa, da respingere perché «benché la Costituzione non detti alcuna norma al riguardo, si deve ritenere che l'esame ed il giudizio sui titoli d'ammissione dei membri eletti dalle singole assemblee regionali per prender parte all'elezione del Presidente della Repubblica spettano, conformemente ai principi vigenti in questa

⁵⁶ Cfr., ad es., seduta del 17 aprile 2002.

⁵⁷ L'art. 65 r.S. prevede espressamente che «per le sedute in comune delle due Camere si applica il Regolamento della Camera dei deputati, salva sempre la facoltà di stabilire norme diverse»; meno chiaro in proposito l'art. 35, comma 2, r.C., ai sensi del quale «il Regolamento della Camera è applicato *normalmente* nelle riunioni del Parlamento in seduta comune dei suoi membri».

materia [...] allo stesso organo di cui tali membri entrano a far parte»⁵⁸. Neppure dirimente appare il fatto che il regolamento parlamentare per i procedimenti d'accusa, che disciplina una delle principali funzioni del Parlamento in seduta comune, non sia stato approvato da quest'ultimo, ma risulti dalla giustapposizione di due distinte delibere di Camera e Senato (rispettivamente del 7 giugno e del 28 giugno 1989).

Non si vede, infatti, perché dovrebbe ritenersi discendere dalla Carta un illogico e disfunzionale divieto per le Camere riunite di adottare un proprio regolamento, dal momento che da una lettura sistematica della Costituzione è dato desumere (e per di più come principio fondamentale) quello dell'autonomia (anche normativa) del Parlamento⁵⁹, indipendentemente dalla sua riunione in sedute disgiunte o in seduta comune. Del resto, la "centralità" del Parlamento (anche in seduta comune) non sarebbe realmente tale in assenza di autonomia normativa. Inoltre, le garanzie previste in Costituzione per i singoli membri del Parlamento (si pensi, in particolare, agli artt. 67 e 68, comma I, Cost.) operano anche in relazione alle funzioni esercitate entro le Camere riunite; ciò che è significativo, in quanto l'autonomia del Parlamento, pure in seduta comune, non può essere disgiunta, per Costituzione, dall'indipendenza dei suoi componenti.

In definitiva, un ampliamento delle prerogative del Parlamento in seduta comune, quale quello proposto in A.S. n. 149, richiederebbe verosimilmente l'adozione di un regolamento da parte di quest'ultimo. Ciò che non sembra – per le ragioni anzidette – escluso dalla Costituzione (e, anzi, si è pure sostenuto essere necessario a partire dal rilievo per il quale – già in relazione alle funzioni attribuite alle Camere riunite dalla Costituzione vigente – l'applicazione del regolamento della Camera, con i dovuti adattamenti, non è agevole⁶⁰). È quindi opportuna (anche se non strettamente necessaria) la previsione dell'art. 2 della proposta cit., per la quale

⁵⁸ T. MARTINES, *La natura giuridica dei regolamenti parlamentari*, ora in *Opere*, II, Giuffrè, Milano, 2000, 15, in nota.

⁵⁹ Cfr. V. DI CIULO, L. CIAURRO, *Il diritto parlamentare nella teoria e nella pratica*, cit., 159, che ricorda altresì come pacificamente si estenda al Parlamento in seduta comune la c.d. "immunità della sede".

⁶⁰ A. MANZELLA, *Il Parlamento*, cit., 73.

il Parlamento in seduta comune adotta il proprio regolamento a maggioranza assoluta dei propri componenti.

In nessun modo, ferma la riserva di cui all'art. 55, comma II, Cost., il regolamento del Parlamento in seduta comune potrebbe ampliare ulteriormente le competenze dell'organo (si noti che un'analogia riserva di legge costituzionale non è prevista per le funzioni delle due Camere). Neppure potrebbe questo regolamento disciplinare aspetti relativi all'organizzazione o al funzionamento delle singole Camere: discutibile appare, però, la tesi⁶¹ per la quale il regolamento del Parlamento in seduta comune non sarebbe pari ordinato rispetto ai regolamenti di Camera e Senato; piuttosto, sarebbe necessario inquadrare il rapporto tra quest'ultimo (ove mai venisse approvato) e gli altri due non in senso gerarchico, ma a partire dall'idea di una separazione delle competenze per materia.

7. Conseguenze dell'ampliamento delle prerogative del Parlamento in seduta comune e corretto funzionamento della forma di governo

Si è così individuata una condizione alla quale l'ampliamento delle funzioni delle Camere riunite è subordinata: il riconoscimento dell'autonomia normativa del Parlamento in seduta comune (il quale sarebbe dunque chiamato ad adottare un proprio regolamento per disciplinare la propria organizzazione interna e l'esercizio delle proprie funzioni – ciò che, come si è detto, può già fare in atto). Ve ne è una seconda.

Come si è visto, l'esclusione del Parlamento riunito dai procedimenti fiduciari costituisce un tratto determinante nella configurazione della forma di governo. Si è soliti osservare come la possibilità che la crisi di governo venga causata dall'incrinarsi del rapporto di fiducia anche solo in una delle due Camere sia un elemento potenzialmente idoneo a rendere meno stabile l'attività di governo⁶².

⁶¹ S.M. CICONETTI, *Diritto parlamentare*, cit., 260.

⁶² Sul carattere "anomalo" del bicameralismo italiano, *ex plurimis*, L. CARLASSARE, *Un bicameralismo discutibile*, in *Storia d'Italia. Il Parlamento*, a cura di L. Violante, XVII, Einaudi, Torino, 2001, 349; A. D'ALOIA, R. MANFRELLOTTI, *Bicameralismo*, in *Dizionario di diritto pubblico*, a

Attribuire l'approvazione della mozione di fiducia e di sfiducia alle Camere riunite avrebbe potuto costituire un elemento di razionalizzazione. In vero, però, si può pure ipotizzare il contrario, e in particolare che avrebbe eccessivamente indebolito l'esecutivo. Non è detto che avrebbe garantito una maggiore stabilità ed è dubbio che avrebbe prodotto risultati positivi sotto il profilo della "governabilità". Almeno nell'esperienza costituzionale italiana, l'idea di coniugare entrambi i sistemi – monocamerale e bicamerale – è stata ritenuta praticabile a condizione che l'attribuzione delle funzioni alle Camere riunite e alle due Camere separate non determini una compromissione della funzionalità del Parlamento e del Governo. Per la stessa ragione, in Assemblea costituente, altre proposte, volte ad attribuire al Parlamento in seduta comune funzioni quali la deliberazione dello stato di guerra o l'adozione di provvedimenti di amnistia e di indulto, sono state respinte⁶³.

Autorevole dottrina non ha mancato di sottolineare la necessità di coordinare sotto il profilo soggettivo la dislocazione delle funzioni legislativa e di controllo spettanti al Parlamento. Si è scritto, infatti: «Non convince l'idea di scindere le competenze parlamentari, affidando a un ramo la funzione di controllo e al secondo la legislazione [...] poiché fra le due specie di attività, comunque individuate e circoscritte, esisterebbero sempre tali e tante interferenze, da rendere impraticabile ogni ipotesi di separazione e da creare il pericolo di costanti conflitti»⁶⁴.

Non a caso, le attribuzioni attualmente previste in Costituzione per il Parlamento in seduta comune sono distribuite tenendo conto dell'esigenza di assicurare il corretto funzionamento della forma di governo. A tal fine, la Costituzione richiede che sia possibile la formazione di maggioranze parlamentari omogenee nei due rami (competenti in ordine tanto alla fiducia/sfiducia quanto alla formazione delle leggi). Che la Costituzione debba garantire il corretto funzionamento della forma di governo da essa stessa stabilita è riconosciuto anche dalla Corte costituzionale. Si pensi, specialmente, alla giurisprudenza costituzionale relativa al sistema

cura di S. Cassese, Giuffrè, Milano, 2006, 733; T.E. FROSINI, *Bicameralismo differenziato e governabilità*, in *federalismi.it*, n. 12/2016, 3; A. LIJPHART, *Democracies: Patterns of Majoritarian and Consensus Government in Twenty-One Countries*, Yale University Press, New Haven, 1984, 113.

⁶³ Cfr. E. ROSSI, *Il Parlamento*, cit., 232.

⁶⁴ L. PALADIN, *Bicameralismo*, cit., 7.

elettorale, dalla quale si apprende che «la Costituzione, se non impone al legislatore di introdurre, per i due rami del Parlamento, sistemi elettorali identici, tuttavia esige che, al fine di non compromettere il corretto funzionamento della forma di governo parlamentare, i sistemi adottati, pur se differenti, non ostacolino, all'esito delle elezioni, la formazione di maggioranze parlamentari omogenee»⁶⁵.

Se la fiducia/sfiducia dipendesse dalle Camere riunite si potrebbero avere – vale la pena di ripetere – Governi stabili sul piano del rapporto fiduciario, ma senza maggioranza in una delle due Camere deputate all'approvazione di leggi indispensabili per la realizzazione del programma di governo. Il corretto funzionamento della forma di governo richiederebbe non soltanto, com'è in atto, la maggioranza nelle due Camere, ma anche la maggioranza nelle Camere riunite (cioè tre maggioranze, anziché due), anche se il Governo, pur privo di maggioranza in uno dei due rami, potrebbe comunque rimanere in carica per via della “sola” fiducia accordata dal Parlamento in seduta comune. Un'ulteriore difficoltà si potrebbe porre in relazione alla questione di fiducia: infatti, se le Camere riunite approvano la mozione di fiducia e di sfiducia, soltanto davanti a queste ultime sarebbe coerente consentire al Governo di porre la questione di fiducia.

Proprio per evitare tali problemi di coordinamento, le attribuzioni costituzionalmente previste in Costituzione per le Camere riunite afferiscono tutte alla formazione di organi di garanzia o comunque a procedimenti nei quali l'eventuale (e per alcuni versi auspicabile) formazione di maggioranze numeriche non rispondenti alla contrapposizione politica maggioranza-opposizione non può incidere negativamente sul funzionamento della forma di governo.

La proposta A.S. n. 149 sembra animata dalla volontà, ampliando le competenze delle Camere riunite, di razionalizzare la forma di governo. Secondo quanto previsto, però, in questo disegno di legge costituzionale diverse leggi potenzialmente decisive per l'attuazione del programma di governo dovrebbero continuare a essere approvate dalle due Camere o sarebbero rimesse

⁶⁵ C. cost. sent. n. 35 del 2017, p. 15.2. *cons. in dir.*

all'approvazione della sola Camera dei deputati (con la partecipazione del Senato)⁶⁶.

In sintesi, sembra che l'ampliamento delle prerogative del Parlamento in seduta comune sia costituzionalmente ammissibile, non modificherebbe la caratterizzazione mista del sistema parlamentare, ma ne accentuerebbe la componente monocamerale; conseguenza di un allargamento delle funzioni non potrebbe che essere l'adozione di un regolamento delle Camere riunite (d'altronde già possibile secondo la Costituzione vigente). Tuttavia, condizione perché si incrementino le funzioni del Parlamento in seduta comune non è solo l'adozione del regolamento interno, ma anche che tale modifica non comprometta il corretto funzionamento della forma di governo attraverso l'allocazione delle funzioni legislative e di controllo sul Governo in capo a organi differenti.

8. *Il c.d. "monocameralismo alternato" e il dibattito sempre aperto sulla forma del Parlamento*

Rimane, infine, da chiarire se un ampliamento delle prerogative del Parlamento in seduta comune possa essere inteso come rispecchiamento di trasformazioni intervenute sul terreno della prassi parlamentare o anche come compimento di un processo graduale di trasformazione dell'assetto parlamentare italiano, mediante progressivi interventi di riforma.

La dottrina ha rilevato che sempre più spesso nel procedimento legislativo le due Camere non esaminano approfonditamente le proposte di legge, ma che solo una delle due se ne occupa in modo puntuale, intervenendo sul testo, limitandosi l'altra a una mera approvazione senza emendamenti. Si è discusso, in proposito, di "monocameralismo alternato"⁶⁷ e si è sottolineato come esso sia indicativo di un accresciuto ruolo del Governo⁶⁸.

⁶⁶ Cfr. A.S. n. 149, art. 2.

⁶⁷ C. DE FIORES, *Profili teorici e tendenze attuali del monocameralismo*, cit., 1 ss.; S. LEONE, *Un Parlamento a metà, tra critica e proposte*, in *Quaderni costituzionali*, n. 2/2023, 327 ss.; A. VERNATA,

Tra le proposte di legge rispetto alle quali più spesso ciò si verifica⁶⁹ ve ne sono alcune (si pensi alle leggi di bilancio o alle leggi di conversione dei decreti-legge) che nella proposta A.S. n. 149 sarebbero da rimettere all'approvazione del Parlamento in seduta comune. Sulla scorta della prassi si potrebbe sostenere dunque che A.S. n. 149 non farebbe altro che rispecchiare, almeno in parte, un'inversione, tra regola (bicameralismo) ed eccezione (monocameralismo) di fatto (in alcuni casi) già avutasi.

Un simile argomento è stato presentato, d'altronde, per difendere una riforma in senso monocamerale dell'organizzazione del Parlamento⁷⁰. In dottrina, ancora di recente, si è proposto infatti il superamento del bicameralismo e l'introduzione di un sistema monocamerale puro. Per alcuni versi, ciò sulla base della convinzione che siano fondati gli argomenti contro il sistema bicamerale perfetto (e in particolare quello per il quale una Camera sarebbe l'inutile doppione dell'altra) e che, in effetti, il sistema monocamerale sia – come per i rivoluzionari francesi (e i comunisti italiani in Assemblea costituente) – il sistema che meglio si sposa con la

Bicameralismo dimezzato, perimetro costituzionale e sostanzialità delle forme. Il monocameralismo come limite e fondamento, in *Costituzionalismo.it*, n. 3/2022, 148 ss.

⁶⁸ S. CASSESE, *Prefazione. I Presidenti del Consiglio dei ministri nella storia repubblicana*, in AA.VV., *I Presidenti e la Presidenza del Consiglio dei ministri nella storia repubblicana. Storia, politica, istituzioni*, I, a cura di S. Cassese, A. Melloni, A. Pajno, Laterza, Roma-Bari, 2022, 9. Sull'accresciuto ruolo del Governo nella produzione normativa amplissima è, come noto, la letteratura. Sulla specifica questione dei tempi del procedimento legislativo (principale fattore "giustificativo" del monocameralismo alternato), per tutti, v. S. PANIZZA, *Materiali per uno studio del rapporto tra Parlamento e Governo a partire dalla produzione normativa e dalle modalità del suo aggiornamento*, in *Dirittifondamentali.it*, n. 1/2020, 906 ss.

⁶⁹ S. LEONE, *Un Parlamento per metà, tra critiche e proposte*, cit., 335 ss.

⁷⁰ B. PEZZINI, *La riforma del bicameralismo*, in *Rivista AIC*, n. 2/2014, 9 s.; C. DE FIORES, *Profili teorici e tendenze attuali del monocameralismo*, cit., 42; M. MANETTI, *La riduzione del numero dei parlamentari e le sue ineffabili ragioni*, in *Quaderni costituzionali*, n. 3/2020, 532, in nota; cfr. anche A. RUGGERI, *La forma di Stato a-democratica (cause, effetti, rimedi)*, in *Consulta online*, n. 1/2023, 294 s. per il quale «è da chiedersi se non sia il caso di commutare l'attuale monocameralismo di fatto [...] in uno anche di diritto che, lungi dall'apportare una *deminutio capitis* alla rappresentanza politica, potrebbe di contro darvi rinnovato vigore»; perplessità, invece, sull'ipotesi di introduzione di un sistema monocamerale "puro", *ex plurimis*, in S. LEONE, *Un Parlamento a metà, tra critica e proposte*, cit., 349 e (anche sull'eventualità di un rafforzamento delle competenze del Parlamento in seduta comune) in M. DELLA MORTE, *Il dopo referendum/2. Il peggiore architetto e l'ape migliore*, in *il Mulino*, n. 6/2020, 1094. Non si deve trascurare di ricordare che, almeno per una parte della dottrina, alcuni tentativi di riforma del bicameralismo esperiti in passato potevano considerarsi volti a introdurre sistemi "sostanzialmente monocamerale": v. per tutti, V. TONDI DELLA MURA, *Se il rimedio è peggio del male. I rischi di una riforma costituzionale non emendabile*, in *Rivista AIC*, n. 3/2016, 7.

democrazia e con la “centralità” della rappresentanza parlamentare⁷¹. A questo si aggiunge, però, anche la rilevazione di una transizione al monocameralismo che sarebbe già in atto e che si coglierebbe in riforme più o meno recenti della Carta costituzionale (volte a eliminare elementi di distinzione tra i due rami) e, anche, in prassi criticate e criticabili: le stesse che hanno fatto discorrere, per l'appunto, di “monocameralismo alternato”⁷².

Ebbene tali riforme e tali prassi potrebbero allora dirsi giustificare anche l'ampliamento delle funzioni del Parlamento in seduta comune⁷³.

Con riferimento proprio alle riforme che hanno cancellato elementi di differenziazione nell'organizzazione delle due Camere si è scritto: «Se guardiamo alle riforme che nell'arco della nostra storia repubblicana hanno inciso sul nostro bicameralismo, vediamo che queste riforme, senza mai intaccare la parità delle funzioni, hanno progressivamente ridotto le diversità strutturali tra le due Camere [...] un percorso che, nel corso del tempo, ha favorito non tanto la distinzione quanto l'uso congiunto o coordinato delle competenze attribuite ai due organi. Un uso congiunto e coordinato che potrebbe notevolmente arricchirsi migliorando l'efficienza operativa della sfera parlamentare ove le future riforme costituzionali venissero orientate verso un più largo impiego del Parlamento in seduta comune, impiego che la riduzione del numero dei componenti le due Assemblee viene a rendere oggi più agevole e praticabile»⁷⁴. A seguire questo orientamento, «l'utilizzo del Parlamento in seduta comune potrebbe, pertanto, estendersi a tutte le funzioni di maggior rilievo costituzionale, quali quelle inerenti al voto di fiducia e di sfiducia, alla sessione di bilancio, alle sessioni dedicate alla materia internazionale e comunitaria, alla conversione dei decreti-legge»⁷⁵.

⁷¹ C. DE FIORES, *Profili teorici e tendenze attuali del monocameralismo*, cit., 19 ss.

⁷² *Ivi*, 40 ss., part. 43 ss.

⁷³ Cfr. anche A.M. POGGI, *Dopo la riduzione del numero dei parlamentari: monocameralismo o bicameralismo razionalizzato?*, in *Scritti in onore di P. Ciarlo*, I, ESI, Napoli, 2022, 487 ss.

⁷⁴ E. CHELI, *Dopo il referendum costituzionale. Quale futuro per il nostro Parlamento?*, in *Quaderni costituzionali*, n. 4/2020, 699.

⁷⁵ *Ibidem*.

Similmente, potrebbe aggiungersi che l'estensione delle competenze del Parlamento in seduta comune si ricollega al modo in cui, sempre più frequentemente, le Camere operano in concreto.

Quel che in questa sede interessa sottolineare è, ad ogni modo, l'impossibilità di trarre da prassi e tendenze riformatrici un argomento valido a sostegno dell'ampliamento delle funzioni del Parlamento in seduta comune. Trattasi, infatti, di valutazioni da rimettere al legislatore costituzionale.

Si può soltanto osservare che una simile revisione della Carta non potrebbe essere giuridicamente intesa come formalizzazione di modifiche tacite della stessa già verificatesi. Per una parte della dottrina dalle prassi in parola sarebbe possibile desumere l'esistenza di una consuetudine idonea a determinare una modifica tacita della Costituzione⁷⁶. Per altra parte della dottrina, invece, si tratterebbe di una consuetudine che tuttavia bisognerebbe qualificare come "*extra constitutionem*" (piuttosto che "*contra*"), proprio per sottolineare l'inidoneità a scalfire il modello costituzionale⁷⁷.

In realtà, non sembra che vi siano i presupposti per discutere di "consuetudine". In primo luogo, è in verità dubbio che il monocameralismo alternato sia una prassi, in un contesto segnato – come si è scritto – dal "regime delle eccezioni"⁷⁸. Infatti, la ripetizione nel tempo del comportamento non è costante. Anche ove si ritenesse costante in relazione a questo o quel tipo di proposta di legge da approvare, essa non potrebbe in ogni caso dirsi sorretta da una *opinio iuris ac necessitatis* in grado di darle il crisma di consuetudine (costituzionale). Con l'espressione monocameralismo alternato si indicano casi nei quali le regole del diritto costituzionale e parlamentare sono messe sotto *stress* per via di scelte e contingenze politiche. Si può lasciare in disparte, in questa sede, l'interrogativo circa la loro conformità a Costituzione, perché – quale che sia la risposta – rimane sempre una distanza tra la disciplina costituzionale della forma di governo (e, per quanto

⁷⁶ M. MANETTI, *Le modifiche tacite al disegno costituzionale del procedimento legislativo*, in *Quaderni costituzionali*, n. 3/2021, 541.

⁷⁷ I. MASSA PINTO, *Il "monocameralismo di fatto" e la questione della perdurante validità della Costituzione*, in *Costituzionalismo.it*, n. 3/2022, 108.

⁷⁸ M. MANETTI, *Le modifiche tacite al disegno costituzionale del procedimento legislativo*, cit., 541.

adesso maggiormente interessa, del procedimento legislativo) e il modo di funzionamento della forma di governo, in un dato momento storico, per via della sua interazione con la sfera politica (e sociale in genere). Come si è osservato, «se la forma di governo come “forma” deve ancora avere un senso, essa può abbracciare solo il dato normativo e deve tenere lontani tutti gli altri»⁷⁹, pure importanti per il suo funzionamento.

Neppure potrebbe ritenersi che l'ampliamento delle funzioni del Parlamento in seduta comune costituisca formalizzazione di una convenzione costituzionale in virtù della quale il procedimento legislativo assumerebbe già una connotazione sostanzialmente monocamerale. Il monocameralismo alternato è determinato spesso (e sicuramente nei casi di maggior rilievo politico-istituzionale⁸⁰) da scelte unilaterali del Governo che limitano il dibattito parlamentare (ad esempio, attraverso la posizione della questione di fiducia) o, se si vuole, da una combinazione di scelte unilaterali del Governo e volontà delle Camere di scongiurare le conseguenze di tempi lunghi di approvazione (ad esempio, nel caso in cui vi sia un termine entro il quale è opportuno approvare la proposta, come per il disegno di legge di bilancio: se si ha la tardiva presentazione alla Camere da parte del Governo, l'assemblea che riceve la proposta per seconda può non avere tempo per svolgere le proprie funzioni in modo approfondito prima della fine dell'anno). Per discutersi di convenzione costituzionale, invece, è necessario un accordo (tacito o espresso)⁸¹ tra attori politici distinti⁸². In questo caso non c'è l'accordo e non ci sono neppure gli attori politici distinti, perché generalmente l'opposizione contesta la scelta del Governo (e della maggioranza che lo sostiene in Parlamento) di non consentire un esame approfondito della proposta in entrambi i rami del legislativo.

⁷⁹ M. LUCIANI, *Governo (forme di)*, in *Enc. dir.*, ann. III, Giuffrè, Milano, 2009, 556.

⁸⁰ S. LEONE, *Un Parlamento a metà, tra critica e proposte*, cit., 334 ss., part. 341.

⁸¹ V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, II-1, Cedam, Padova, 1971, 148.

⁸² G.U. RESCIGNO, *Le convenzioni costituzionali*, Cedam, Padova, 1972, 24 ss.

In definitiva, da «un uso monocamerale del bicameralismo perfetto»⁸³ non solo non si può inferire la necessità di una riforma dell'assetto istituzionale delineato in Costituzione – dal momento che queste sono valutazioni squisitamente politiche –, ma neppure si può desumere che questa o quella riforma (ampliamento delle prerogative del Parlamento in seduta comune, transizione al monocameralismo puro, ecc.) costituirebbe la formalizzazione di trasformazioni del sistema istituzionale già verificatesi in fatto⁸⁴.

9. Conclusioni

Alla luce di quanto si è osservato, ogni considerazione relativa al superamento dell'attuale organizzazione parlamentare richiede di essere inserita nel quadro di una riflessione più ampia che tenga conto della sua attuale caratterizzazione mista, di regola bicamerale ed eccezionalmente monocamerale.

È possibile, per le ragioni indicate *supra*, rimettere alle Camere riunite nuove attribuzioni, unicamente nelle forme di cui all'art. 138 Cost., purché però vi sia un coordinamento tra queste e quelle spettanti alle due Camere, in modo che sia assicurato il corretto funzionamento della forma di governo. E, ancora, a condizione che il Parlamento in seduta comune si doti – com'è costituzionalmente ammissibile – di un proprio regolamento.

Nessuna contingenza storica implica necessariamente l'allargamento delle competenze del Parlamento riunito (o altre riforme): le valutazioni, in proposito, non possono che essere politiche e le riforme in questione non possono essere intese come formalizzazione di modifiche già avutesi in via consuetudinaria né come trasposizione nella Carta di regole stabilite in convenzioni costituzionali.

⁸³ A. MANZELLA, *Per un monocameralismo amministrativo*, in *Quaderni costituzionali*, n. 3/2017, 603.

⁸⁴ Cfr. anche C. cost. ordd. nn. 17 del 2019 e 60 del 2020, nelle quali – pur dandosi rilievo alla “elasticità” delle norme regolative del procedimento legislativo, e discorrendosi di usi e prassi applicative (e dell'esigenza di arginarle ove in contrasto con la Costituzione) – non si riconosce la formazione di alcuna consuetudine costituzionale né si discute di convenzioni costituzionali.

La proporzionalità della sanzione nella prospettiva della Corte di Giustizia dell'Unione Europea: riflessioni a partire da un'importante sentenza della Grande Sezione

di
Ornella Spataro*

Sommario: 1. Premessa. Un importante *revirement* della Corte di Giustizia dell'Unione Europea. – 2. Proporzione sanzionatoria e ruolo dei giudici nazionali tra legalità europea e legalità nazionale: una disapplicazione a geometria variabile? – 3. Proporzione sanzionatoria e ruolo dei giudici tra disapplicazione e interpretazione unionalmente orientata. – 4. Disapplicazione giudiziale e sindacato di legittimità costituzionale.

1. Premessa. Un importante *revirement* della Corte di Giustizia dell'Unione Europea.

Recenti arresti della Corte di Giustizia dell'Unione Europea hanno sancito l'efficacia diretta del principio di proporzionalità della pena di cui all'art. 49, par. 3, della Carta dei Diritti fondamentali dell'Unione Europea. In particolare, con la sentenza *NE*¹, la Grande Sezione ha mutato il proprio precedente orientamento, riconoscendo al divieto di pene sproporzionate una valenza assoluta ed incondizionata. Da tale presupposto deriva che le disposizioni che prevedano tale divieto sono suscettibili di avere effetto diretto, con la conseguenza che il giudice penale, nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione Europea, sarà tenuto a disapplicare norme interne incompatibili, nei limiti necessari a consentire l'irrogazione di sanzioni proporzionate.

* Professore associato di Diritto costituzionale nell'Università di Palermo

¹CGUE, sent. 8 marzo 2022, causa C-205/20.

Sono affermazioni foriere di conseguenze importanti sul piano dei rapporti tra i due ordinamenti relativamente alla determinazione della sanzione penale, materia su cui già si sono riscontrati, sul versante interno, incisivi interventi della giurisprudenza costituzionale². L'effetto diretto di norme dell'Unione, abilitando il potere-dovere dei giudici nazionali di disapplicare la norma interna contrastante, rischia, nel caso della dosimetria della pena, di porsi in tensione con il principio di legalità: la determinazione della sanzione da applicare nei singoli casi determina, infatti, un improprio ruolo da parte dei giudici, sostanzialmente chiamati ad occupare spazi che dovrebbero essere appannaggio tipico della discrezionalità legislativa. Inoltre, la disapplicazione può sfociare in decisioni che, assunte dai giudici del caso singolo, perdono di vista il sistema, introducendo disparità di trattamento. Il principio affermato dai giudici del Lussemburgo, peraltro, pur esprimendo i propri effetti solo nell'ambito di applicazione del diritto UE, potrebbe avere potenzialità particolarmente estensive, aprendo falle consistenti sul piano della certezza della pena. Le implicazioni problematiche poste dalla sentenza in commento, dunque, rilevano sotto plurimi profili: quello del fondamento normativo della sanzione penale, quello del rispetto del principio di uguaglianza, quello dei rapporti tra ordinamento interno e ordinamento dell'Unione Europea³ su un versante particolarmente sensibile, quale quello della determinazione della sanzione penale, nel quale ancora persistono importanti differenze legate alle scelte discrezionali dei legislatori interni.

²Nell'amplissima letteratura, v. F. VIGANO', *La proporzionalità della pena. Profili di diritto penale e costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2021; N. RECCHIA, *Il principio di proporzionalità nel diritto penale*, Torino, Giappichelli, 2020; M. CARTABIA, *Ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana*, in Aa. Vv., *Il costituzionalista riluttante*, Torino, Giappichelli, 2016, 463 ss.; S. LEONE, *Sindacato di ragionevolezza e quantum della pena nella giurisprudenza costituzionale*, in *Riv. AIC*, n. 4, 2017, 1 ss.; V. MANES, *Proporzione senza geometrie*, in *Giur. cost.*, 2016, 2105 ss.; F. MAZZACUVA, *Il principio di proporzionalità delle sanzioni nei recenti tracciati della giurisprudenza costituzionale: le variazioni sul tema rispetto alla confisca*, in *Leg. pen.*, 14.12.2020, 1 ss.; A. PUGIOTTO, *Cambio di stagione nel controllo di costituzionalità sulla misura della pena*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2019, 785 ss. Nella giurisprudenza costituzionale v., *ex multis*, le sentt. n. 236/2016; n. 233/2018; n. 40/2019; n. 73/2020; n. 190/2020; n. 73/2020.

³V. B. CARAVITA DI TORITTO, *Quanta Europa c'è in Europa? Lineamenti di diritto costituzionale europeo*, Giappichelli, Torino, 2015, spec. cap. IV, e, Id., *Quanta Europa c'è in Europa? Percorsi e prospettive del federalizing process europeo*, 2a ed., Giappichelli, Torino, 2020.

Si tratta di un *revirement* significativo: nella precedente sentenza *Link Logistic*⁴ la Corte di Giustizia aveva negato l'effetto diretto del principio di proporzionalità della pena, affermando che, benché si trattasse di un principio generale del diritto dell'Unione basato sulle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, esso non fosse tale da elidere la discrezionalità dei legislatori interni nella determinazione delle sanzioni. Al riguardo la Corte faceva notare come il richiamato principio non offriva, di per sé, alcun criterio utile alla misurazione concreta della proporzionalità; ciò impediva di considerarlo come una norma incondizionata e sufficientemente precisa, tale da poter esprimere effetti diretti. Alla luce di questo, restava ai giudizi nazionali solo il ricorso all'interpretazione conforme, quale unico rimedio idoneo ad assicurare l'irrogazione di sanzioni rispondenti all'obbligo di proporzionalità posto da direttive UE.

La sentenza *NE* capovolge completamente questa impostazione: le sanzioni previste dall'ordinamento austriaco in caso di inosservanza di taluni obblighi societari a carattere documentale appaiono eccessive rispetto alla gravità dei fatti contestati, e, dunque, contrastanti con gli obiettivi posti dalla Direttiva n. 2014/67, che, all'art. 20, impone agli Stati di prevedere «sanzioni effettive, proporzionate e dissuasive». La questione è stata oggetto di due successivi rinvii⁵, esercitati dalla Corte austriaca⁶; in particolare, il secondo rinvio pregiudiziale originava dalla circostanza che il legislatore austriaco, dopo la prima pronuncia della Corte di Giustizia (che aveva riconosciuto l'effetto diretto dell'art. 20 della Direttiva, ma non dell'art. 49, par. 3, della Carta dei diritti), non avesse provveduto a modificare la normativa dichiarata incompatibile con il diritto UE, dando luogo ad esiti applicativi divergenti da parte dei giudici nazionali: mentre in alcuni casi, infatti, le sanzioni erano state annullate, in altri erano state ridotte di importo. Col secondo rinvio pregiudiziale la Corte di Giustizia viene interrogata, oltre che sulla diretta

⁴Causa C-384/17 del 4 ottobre 2018.

⁵Per una ricostruzione storico-sistematica del percorso che ha condotto alla sentenza C-205/20, e della vicenda sottesa, v. F. VIGANÒ, *La proporzionalità della pena tra diritto costituzionale italiano e diritto dell'Unione europea: sull'effetto diretto dell'art. 49, paragrafo 3, della Carta alla luce di una recentissima sentenza della Corte di giustizia*, in *sistemapenale.it*, 24 aprile 2022.

⁶Sulla Corte costituzionale austriaca v. B. CARAVITA DI TORITTO, *Corte «Giudice a quo» e introduzione del giudizio sulle leggi. La Corte costituzionale austriaca*, Padova, Cedam, 1985.

applicabilità dell'art. 20 della Direttiva del 2014, sul fatto che il diritto UE consenta ai giudici nazionali di integrare le disposizioni di diritto interno, determinando l'entità delle sanzioni secondo il criterio della proporzionalità. La Grande Sezione risponde affermativamente, dando luogo ad un clamoroso *overruling* della sentenza *Link Logistic*, che, riguardando il principio di cui all'art. 49, par. 3, della Carta, può avere effetti di sistema, ben al di là dei confini del giudizio principale. Circa l'art. 20 della direttiva 2014/67 la Corte di Giustizia ribadisce che esso pone il divieto incondizionato, preciso e assoluto di imporre sanzioni sproporzionate, e, in quanto tale, si pone come limite alla discrezionalità dei legislatori nazionali e può costituire oggetto di controllo giurisdizionale. Dunque, il requisito di proporzionalità della sanzione ha effetto diretto, e può essere invocato dall'imputato nel processo penale che lo riguarda. I giudici del Lussemburgo precisano però che il predetto art. 20 richiama il principio dell'art. 49, par. 3, della Carta⁷, il quale è un principio generale di diritto dell'Unione, che «si impone agli Stati membri nell'attuazione...anche in assenza di armonizzazione della normativa dell'Unione nel settore delle sanzioni applicabili», e che «presenta carattere imperativo».⁸ Di qui la possibilità per i giudici nazionali di «disapplicare la parte della normativa nazionale da cui deriva il carattere sproporzionato delle sanzioni, in modo da giungere all'irrogazione di sanzioni proporzionate, che permangano, nel contempo, effettive e dissuasive»⁹. Tale prospettazione, per la Corte, non è distonica rispetto ai principi di certezza del diritto e di legalità, poiché il risultato pratico che ne può conseguire sfocia in un'applicazione di pene più lievi; inoltre, esso non impedisce, a monte, che i singoli possano conoscere i loro diritti ed obblighi e regolarsi di conseguenza. Ancora, secondo la Corte di giustizia, la possibilità che siano irrogate sanzioni proporzionate alla gravità dell'illecito appare pienamente rispondente all'esigenza superiore di parità di trattamento, che «esige che situazioni comparabili non siano

⁷Cfr. R. SICURELLA, *Art. 49*, in R. Mastroianni, O. Pollicino, S. Allegrezza, F. Pappalardo, O. Razzolini (a cura di), *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, Milano, Giuffrè, 2016, 998 ss.; M. GAMBARDELLA, *Il primato del diritto dell'Unione Europea e la Carta dei diritti fondamentali: il principio di proporzionalità della risposta sanzionatoria*, in *Cass. pen.*, 2021, 26 ss.

⁸Sent. NE, par. 31.

⁹Sent. NE, par. 42.

trattate in modo diverso e situazioni diverse non siano trattate allo stesso modo, a meno che una differenziazione non sia obiettivamente giustificata»¹⁰.

Si tratta di affermazioni suscettibili di avere una portata amplissima, relativa all'intera "materia punitiva", poiché la clausola, ormai presente in moltissime direttive, che impone agli Stati membri di adottare sanzioni «effettive, proporzionate e dissuasive» per l'ipotesi di violazione delle norme stabilite dalle medesime direttive, può essere soddisfatta mediante la previsione di sanzioni penali come di sanzioni amministrative (a meno che non sia la direttiva stessa a prevedere, come spesso accade sanzioni penali, anche detentive). Inoltre, secondo la sentenza *NE*, tali clausole richiamano il principio di cui all'art. 49, par. 3, della Carta, che, pur riferendo espressamente il principio di proporzionalità della pena ai reati, viene applicato anche con riguardo alla previsione di sanzioni amministrative, conformemente all'accezione estensiva della materia punitiva ormai consolidata nella giurisprudenza della Corte sovranazionale.¹¹ Anche se i suesposti principi varranno soltanto nella sfera di applicazione del diritto UE, non si può fare a meno di considerare che l'ambito interessato da regolamenti o direttive che prevedano espressamente l'obbligo di sanzioni proporzionate è ormai vastissimo. Alla luce di un simile potenziale l'impatto che la sentenza *NE* potrebbe assumere ha una valenza sistemica, tale da interrogare circa la compatibilità tra i principi affermati dalla Corte di Giustizia e i principi costituzionali su cui è edificato il diritto penale nel nostro ordinamento. Sul piano dei rapporti tra ordinamento interno e ordinamento dell'Unione Europea la sentenza *NE* potrebbe dunque segnare una tappa ulteriore nel percorso già compiuto dalla Corte di

¹⁰Sent. *NE*, parr. 53-56.

¹¹V. S. CIMINI, *Il potere sanzionatorio delle amministrazioni pubbliche*, Editoriale Scientifica, Napoli 2017; E. BINDI, A. PISANESCHI, *Sanzioni Consob e Banca d'Italia. Procedimenti e doppio binario al vaglio della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo*, Torino, 2018; G. MARTINICO, *Conflitti interpretativi e concorrenza fra corti nel diritto costituzionale europeo*, in *Dir. e Soc.*, 4, 2019, 691 ss.; V. MARCENÒ, *Il dilemma della materia penale: di alcune tensioni costituzionali attraverso lo studio di un suo specifico istituto, la confisca*, in *federalismi*, n. 7/2018, 1 ss.; Ead., *Un altro passo verso l'assimilazione delle sanzioni amministrative sostanzialmente penali alle sanzioni penali. Il limite del giudicato cede ancora, ma solo a seguito di una valutazione sanzione per sanzione*, in *Nomos*, 2, 2021, 1 ss.; A. PISANESCHI, *La sentenza 68 del 2021. Le sanzioni amministrative sostanzialmente penali ed il giudicato*, in *Osservatorio AIC*, 4, 2021, 262 ss.

Giustizia, che, con la c.d. sentenza “Taricco 2” aveva affermato che il principio del primato dovesse intendersi come recessivo rispetto al principio di legalità penale, sostenendo che il rispetto da parte dei giudici nazionali del principio di legalità dei reati e delle pene dovesse prevalere sull’obbligo di disapplicazione del diritto interno incompatibile.¹²

2. Proporzione sanzionatoria e ruolo dei giudici nazionali tra legalità europea e legalità nazionale: una disapplicazione a geometria variabile?

La vicenda Taricco si era conclusa con l’affermazione del principio per cui compete al legislatore nazionale di intervenire per adottare tutte le misure necessarie ad adattare la disciplina italiana al diritto dell’Unione. Ciò sulla base del presupposto dell’intrinseca diversità del modello italiano di legalità penale rispetto a quello eurounitario e convenzionale: la configurazione costituzionale della legalità penale, sulla scorta dell’art. 25, co. 2, Cost., è tale da ricomprendere nella relativa garanzia ogni aspetto della punizione, come ad esempio la prescrizione, mentre la garanzia sovranazionale della legalità penale si riferisce alla sola fattispecie e alla sanzione. La Corte costituzionale, con la sentenza n. 115 del 2018, aveva fatto valere un’accezione particolarmente forte del principio di legalità *sub specie* determinatezza; dal canto suo la Grande Sezione della Corte di Giustizia, con la sentenza “Taricco 2”, aveva riconosciuto che il primato del diritto UE fosse recessivo rispetto all’osservanza del principio di legalità penale. In un contesto siffatto il mutamento di orientamento della Corte di Giustizia ha suscitato da subito l’attenzione dei commentatori¹³, poiché suscettibile di avere effetti inattesi.

¹²Corte di giustizia, Grande Sezione, 5 dicembre 2017, C-42/17, M.A.S. e M.B. In proposito v. E. LUPO, *La sentenza europea Taricco bis: risolti i problemi per il passato rimangono aperti i problemi per il futuro*, in *Dir. pen. cont.*, n. 12/2017, 110 ss.; F. VIGANÒ, *Legalità nazionale e legalità europea in materia penale: i difficili equilibri della Corte di Giustizia nella sentenza M.A.S. Taricco II*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2017, 1281 ss.

¹³V. F. VIGANO’, *La proporzionalità della pena tra diritto costituzionale italiano e diritto dell’Unione Europea*, cit.; N. RECCHIA, *La proporzione sanzionatoria nella triangolazione tra giudici comuni, Corte costituzionale e Corte di Giustizia*, in *Quad. cost.*, n. 4/2022, 871 ss.; ivi P. F. BRESCIANI, *Contro le pene eccessive: al rimedio costituzionale si aggiunge la disapplicazione europea*, 637 ss.; M. G.

L'orientamento precedente dei giudici di Lussemburgo sembrava invero consolidato nell'attribuire la configurazione dell'apparato sanzionatorio ai legislatori nazionali, identificati come i destinatari naturali dell'obbligo di prevedere pene non sproporzionate. La materia rimaneva dunque affidata all'esercizio della discrezionalità legislativa, laddove, secondo la Corte di Giustizia, una diversa soluzione rischiava di «imporre al giudice nazionale di sostituirsi al legislatore nazionale».¹⁴

Tale prospettiva viene completamente ribaltata nella sentenza *NE*: in essa si afferma, infatti, che il margine di discrezionalità degli Stati membri nella definizione del regime sanzionatorio, in caso di violazione delle disposizioni adottate nel recepimento delle direttive UE, «trova i propri limiti nel divieto, enunciato in termini generali ed inequivocabili...di prevedere sanzioni sproporzionate».¹⁵ Inoltre, per la Corte, è possibile esercitare un controllo giurisdizionale volto a «verificare se lo Stato membro interessato abbia ecceduto i limiti fissati a tale margine di discrezionalità».¹⁶

L'effetto diretto della Direttiva 2014/67/UE, sul punto, comporta che il divieto di pene sproporzionate possa essere «invocato dal singolo e applicato dalle autorità amministrative e giudiziarie nazionali»¹⁷; ma le affermazioni della Corte di Giustizia guardano ben oltre la disposizione oggetto della controversia. Essa giunge, infatti, a dare una qualificazione precisa al principio di proporzionalità, così come codificato dall'art. 49, par. 3, della Carta dei Diritti, come principio generale del diritto dell'UE, valevole, in quanto tale, in ogni ambito in cui gli ordinamenti interni diano attuazione al diritto europeo, anche a prescindere dalla sussistenza di specifiche normative di armonizzazione delle sanzioni applicabili. L'art. 20 della Direttiva 2014/67/UE, infatti, si limita a richiamare il principio generale dell'art. 49, par. 3, della Carta dei Diritti, avente carattere imperativo: la

BRANCATI, *La pena proporzionata: viaggio tra legalità ed equità a partire dalla sentenza C-205/2020*, in *Arch. pen.*, 2022, 1 ss.

¹⁴CGUE, sent. *Link Logistic*, par. 51.

¹⁵Sentenza *NE*, par. 27.

¹⁶Sentenza *NE*, par. 28.

¹⁷Sentenza *NE*, par. 29.

proporzionalità della sanzione di matrice europea assume dichiaratamente valenza di norma *self-executing*.

Per la Corte di giustizia il fine di rispettare la proporzione sanzionatoria vincola i giudici degli Stati membri, i quali saranno chiamati a disapplicare le norme interne contrastanti nei soli limiti necessari per consentire l'irrogazione di sanzioni proporzionate: la disapplicazione, infatti, potrà riguardare i soli frammenti normativi che impediscano che l'applicazione della sanzione risponda al principio di cui al predetto art. 49, par. 3.

Così facendo la Corte di giustizia ammette espressamente che il diritto dell'Unione interferisce con la legalità sanzionatoria, *sub specie* proporzionalità. Ciò presenta importanti risvolti: l'orientamento considerato, infatti, si offre ad approfondimenti di valenza strutturale, che coinvolgono la dimensione multilivello della legalità penale, in un sistema sovranazionale che si spinge sempre più avanti nell'integrazione degli ordinamenti statuali anche in settori, come quello penale, maggiormente sensibili alle singole tradizioni giuridiche. Inoltre, si evidenziano questioni relative al rapporto tra discrezionalità legislativa e discrezionalità giudiziale, e al ruolo del sindacato di legittimità costituzionale.

Sul primo versante la dottrina si è da tempo impegnata nella ricostruzione della relazione tra diritto dell'Unione Europea e sistema penale domestico, andando alla ricerca delle modalità che consentono di conciliare paradigmi ordinamentali differenti, e modellando l'adattamento del sistema penale secondo canoni che non rinuncino ai principi costituzionali¹⁸.

In tale sforzo di adeguamento potrebbe avere una valenza risolutiva l'obbligo di interpretazione conforme¹⁹, nei limiti in cui il tenore dell'enunciato normativo si

¹⁸V., nell'amplissima letteratura, G. PALOMBELLA, *Theory, Realities, and Promises of Inter-Legality: A Manifesto*, in *The Challenge of Inter-Legality*, a cura di J. Klabbers, G. Palombella, Cambridge, 2019, 363 ss.; E. CHITI, A. DI MARTINO, G. PALOMBELLA, *Nel mondo della legalità al plurale e dell'interconnessione*, in *L'era dell'interlegalità*, a cura di E. Chiti, di A. Di Martino, G. Palombella, Bologna, 2021; A. DI MARTINO, *Una legalità per due? Riserva di legge, legalità CEDU e giudice-fonte*, in *Criminalia*, 2014, 119 ss.; V. VALENTINI, *Case-law convenzionale, cultura dei controlimiti e giustizia penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, 285 ss.

¹⁹O. DI GIOVINE, *Come la legalità europea sta riscrivendo quella nazionale. Dal primato delle leggi a quello dell'interpretazione*, in *Dir. pen. cont.*, 1/2013, 160 ss.; M. DONINI, *Europeismo giudiziario e*

presti ad una simile operazione. La legalità penale *sub specie* riserva di legge riemerge invece, ogniqualvolta entrino in gioco effetti incriminanti o aggravanti: in questi casi si dovrà andare alla ricerca del modo in cui le norme sovranazionali definiscono le garanzie individuali e dei margini di apprezzamento utilizzabili a livello interno. Emerge così la problematicità di un sistema in cui si sovrappongono due modelli diversi di legalità penale, ed in cui il principio del primato può costringere gli ordinamenti nazionali a cedere il passo,²⁰ mettendo in crisi i fondamenti del diritto interno, che fa della riserva di legge una delle articolazioni principali della legalità penale, ponendola al crocevia tra le garanzie individuali e quelle di sistema, sottese all'assetto costituzionale dei poteri.

Questa ambivalenza è del tutto sconosciuta alla legalità di matrice europea, che è meno condizionata dai profili istituzionali: i sistemi di produzione delle norme dell'Unione appaiono connotati da una certa promiscuità, in un contesto in cui l'interpretazione giudiziale gioca un ruolo decisivo di co-determinazione dei precetti²¹. Il canone costituzionale della riserva di legge, al contrario, postula la determinazione delle norme penali ad opera della legge parlamentare; anche laddove a stemperare il conflitto tra i due livelli della legalità intervenisse l'esito *in bonam partem* del primato delle norme europee, ciò non basterebbe a fugare tutti i restanti dubbi: se il *favor rei* è destinato a prevalere sulla riserva di legge, rimangono aperte le questioni relative al rispetto del principio di uguaglianza,

scienza penale. *Dalla dogmatica classica alla giurisprudenza-fonte*, Milano, 2011, spec. p. 53 ss. e p. 101 ss.

²⁰V., per tutti, R. BARTOLI, *Legalità europea versus legalità nazionale? Un tentativo di possibile integrazione*, in *La crisi della legalità. Il «sistema vivente» delle fonti penali*, a cura di C.E. Paliero, S. Moccia, G. De Francesco, G. Insolera, M. Pelissero, R. Rampioni, L. Risicato, ESI, 2016, 294 ss.; M. DONINI, *Europeismo giudiziario e scienza penale. Dalla dogmatica classica alla giurisprudenza-fonte*, Milano, 2011; V. VALENTINI, *Legalità penale convenzionale e obbligo d'interpretazione conforme alla luce del nuovo art. 6 TUE. Euroscetticismo, euroentusiasmi e tutela dei diritti fondamentali, oggi*, in *Dir. pen. cont.*, 2, 2012, 167 ss.; D. PULITANÒ, *Due approcci opposti sui rapporti fra Costituzione e Cedu in materia penale. Questioni I*, in *Dir. pen. cont.*, 2, 2015, 318 ss.; V. MANES, M. CAIANIELLO, *Introduzione al diritto penale europeo, Fonti, metodi, istituti, casi*, Giappichelli, Torino, 2020.

²¹D. PULITANÒ, *Paradossi della legalità. Fra Strasburgo, ermeneutica e disegni di legge*, in *Dir. pen. cont.*, 13 luglio 2015, 1 ss., cit.; O. DI GIOVINE, *Come la legalità europea sta riscrivendo quella nazionale*, cit.; F. PALAZZO, *Legalità fra law in the books e law in action*, in *Dir. pen. cont.*, 1, 2016, 4 ss.

legate alla coerenza interna della risposta ordinamentale ai comportamenti penalmente rilevanti e all'uguaglianza trattamentale.

Gli argomenti spesi dalla Corte di giustizia nella sentenza *NE*²², dunque, imperniati sulla considerazione che la disapplicazione imposta ai giudici interni opera nel senso di determinare un'attenuazione e non un aggravamento del trattamento sanzionatorio, non appaiono del tutto risolutivi, ed è per questo motivo che autorevole dottrina ha prospettato la perdurante necessità del giudizio accentrato sulla proporzionalità delle sanzioni svolto dalla Corte costituzionale,²³ onde superare le possibili spinte disgregatrici conseguenti ad un eccesso di discrezionalità giudiziale.

Una simile prospettiva non si presenta però con carattere di immediatezza, né di obbligatorietà: nelle ipotesi in cui appaia violata la proporzionalità della sanzione ex art. 49, par. 3, della Carta dei diritti, quale principio costituzionalmente vincolante nelle materie di applicazione del diritto UE, i giudici comuni non sono tenuti a percorrere la strada della rimessione alla Corte costituzionale. Essi, infatti, disapplicando i livelli edittali incompatibili con il suddetto principio possono addivenire ad una commisurazione della sanzione che appaia perfettamente coerente con le caratteristiche del caso concreto²⁴, realizzando così, nelle dinamiche applicative del diritto penale, l'integrazione tra diritto interno e legalità di matrice europea. La prospettiva fornita dalla Corte di giustizia nella sentenza in commento sposta dunque l'attenzione su uno snodo che è di particolare attualità²⁵, e che riguarda il ruolo della discrezionalità giudiziale rispetto alla legalità penale.

3. Proporzione sanzionatoria e ruolo dei giudici tra disapplicazione e interpretazione unionalmente orientata.

²²Sentenza *NE*, par. 48.

²³F. VIGANÒ, *La proporzionalità della pena tra diritto costituzionale italiano e diritto dell'Unione europea*, cit., 17 ss., N. RECCHIA, *La proporzione sanzionatoria*, cit., 891 ss.

²⁴Per tutti, L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Bari, Laterza, 1989, 135 ss.

²⁵V. Corte cost., sent. 21 ottobre 2021, n. 197, sul rapporto tra proporzionalità "in concreto" e misure di sicurezza.

Il rapporto tra legalità europea e legalità nazionale in materia penal-sanzionatoria, incrocia, dunque, la declinazione giudiziale del principio di proporzionalità. È in sede di applicazione, infatti, che i giudici procedono a valutare il fatto penalmente rilevante, ponendolo in relazione alle qualità proprie della persona che lo ha commesso, secondo i parametri indicati dall'art. 133 c.p., in modo da raggiungere la realizzazione della volontà legislativa sul piano delle risposte ordinamentali alle violazioni di legge. Il ruolo della proporzionalità della pena è cruciale nel limitare la potestà punitiva, assicurando sempre l'adeguatezza tra la pena e la gravità del fatto commesso.

Tale rapporto di coerenza deve sussistere in astratto, per quanto concerne la cornice edittale legislativamente posta: le scelte di politica criminale sono rimesse alla responsabilità del legislatore, e ogni eventuale dubbio sulla loro conformità alla proporzione sanzionatoria sarà vagliato dalla Corte costituzionale, che non ha mancato di insistere sulla necessità di una individualizzazione della pena, come «naturale attuazione e sviluppo di principi costituzionali, tanto di ordine generale (principio d'uguaglianza) quanto attinenti direttamente alla materia penale»²⁶, oltre che sul rapporto necessario tra il buon funzionamento del finalismo rieducativo e l'effettiva proporzionalità della conseguenza sanzionatoria.²⁷

La proporzione sanzionatoria però, oltre che come coefficiente di congruità astratta tra la gravità del fatto e la sanzione normativamente previsti, vale come criterio che deve essere utilizzato nella fase applicativa, ovvero nel momento in cui il giudice determini in concreto la misura della pena, compiendo un apprezzamento discrezionale nella valutazione del caso.²⁸ Tale operazione, in effetti, va nel senso di

²⁶Per la Corte costituzionale, sent. n. 50/1980, «lo stesso principio di "legalità delle pene", sancito dall'art. 25, secondo comma, Cost., dà forma ad un sistema che trae contenuti ed orientamenti da altri principi sostanziali – come quelli indicati dall'art. 27, primo e terzo comma, Cost. – ed in cui l'attuazione di una riparatrice giustizia distributiva esige la differenziazione più che l'uniformità». V. M. DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale. La democrazia penale fra differenziazione e sussidiarietà*, Milano, Giuffrè, 2004.

²⁷Corte cost., sent. n. 197/2021.

²⁸L. TUMMINELLO, *Il volto del reo. L'individualizzazione della pena fra legalità ed equità*, Milano, Giuffrè, 2010; D. BRUNELLI, *Dall'equità commisurativa all'equità nella esenzione da pena per fatto*

colmare la distanza che intercorre tra la fattispecie legale e i fatti oggetto del giudizio, tenendo conto delle loro caratteristiche e delle circostanze occorse.

In questa sua dimensione concreta la proporzionalità non si presta ad essere valutata nell'ambito del giudizio di costituzionalità, ma rimane interamente affidata ai giudici ordinari, che, in ragione della loro prossimità al fatto, sono chiamati ad adattare in concreto la misura della pena stabilita per legge, sfruttando i margini di elasticità offerti dalla previsione generale ed astratta. Essi si muoveranno tra i minimi edittali, che sono funzionali a tutelare l'uguaglianza dei soggetti dinanzi al rischio di decisioni giudiziali arbitrarie, e i massimi, che stabiliscono il limite del sacrificio che l'ordinamento può imporre ai soggetti in ragione della gravità del comportamento commesso. Legalità e proporzionalità, dunque, richiedono un «doppio giudizio commisurativo tra entità giuridiche astratte (principi e norme) e tra la risultante del primo e il profilo di contestualità dell'accadimento concreto».²⁹

L'applicazione di una sanzione proporzionata è imprescindibile per la realizzazione del principio di colpevolezza, visto nelle sue componenti di unitarietà, personalità, rieducazione, secondo l'interpretazione che la Corte costituzionale ha offerto dei commi 1 e 3 dell'art. 27 Cost.³⁰: personalità e rieducazione compongono il volto costituzionale della sanzione penale, non solo nel senso del divieto di responsabilità per fatto altrui, ma anche come responsabilità per il fatto proprio colpevole, nel senso che solo colui che poteva controllare consapevolmente le conseguenze materiali delle proprie azioni o omissioni è suscettibile di rieducazione. Il profilo di personalità della sanzione ne presuppone la individualizzazione: il giudice dovrà tenere conto delle specificità relative alle qualità personali del soggetto e delle circostanze del fatto; ciò anche al fine delle esigenze di prevenzione generale e di tutela collettiva che le sanzioni penali, solo se effettivamente proporzionate, possono soddisfare.

tenue, in C.E. PALIERO, F. VIGANÒ, F. BASILE. G.L. GATTA (a cura di), *La pena, ancora: tra attualità e tradizione. Studi in onore di Emilio Dolcini*, Milano, Giuffrè, 2018, 247 ss.

²⁹Così M.G. BRANCATI, *La pena proporzionata*, cit., p. 20.

³⁰Il riferimento è alla storica sentenza Corte cost., 23-24 marzo 1988, n. 364.

Tutti questi profili sono evocati dalla sentenza C-205/20, che, però, rispetto allo *status quo ante* valorizza ulteriormente il ruolo della discrezionalità giudiziale: il principio di proporzionalità, oltre a valere come parametro per valutare la coerenza della cornice edittale rispetto alla gravità del fatto³¹, viene posto come strumento concreto di adeguamento della sanzione in senso favorevole al reo, attraverso la disapplicazione della norma interna quando il minimo edittale appaia sproporzionato in eccesso.

I giudici interni, dinanzi alla violazione del principio di proporzionalità hanno a disposizione il rinvio pregiudiziale e la questione di costituzionalità, relativamente al profilo astratto delle previsioni normative; a questi strumenti si aggiunge il rimedio della disapplicazione, che riguarda la proporzionalità in concreto delle sanzioni. D'altronde, l'art. 49, par. 3 della Carta dei diritti si riferisce testualmente alle «pene inflitte», che «non devono essere sproporzionate rispetto al reato»; esso sembrerebbe, pertanto, avere riguardo al profilo applicativo-concreto della sanzione irrogata dai giudici più che a quello delle previsioni normative³²: in quest'ottica, il principio di proporzionalità unionale impone di calibrare esattamente la risposta sanzionatoria in relazione al fatto commesso.

Dal carattere *self executing* del principio la Corte di giustizia fa discendere, per la prima volta, il potere-dovere dei giudici interni di disapplicare le norme che prevedano sanzioni sproporzionate, nei limiti che consentano di ripristinare l'aderenza della pena inflitta al reato, prescindendo dal ricorso alle giurisdizioni superiori.

Non v'è chi non veda che una simile prospettazione può avere conseguenze pratiche di non poco momento, con una problematicità ancora maggiore nel caso in cui il giudice ritenga di dover procedere ad una disapplicazione non solo parziale della previsione sanzionatoria, ove non riesca a rintracciare nella cornice edittale una misura adeguata della risposta sanzionatoria. Si finirebbe, in tal modo, per

³¹Cfr., da ultimo, CGUE, sent. 15 aprile 2021 C- 935/19, *Grupa Warzywna*.

³²Sulla doppia dimensione della proporzionalità europea cfr. V. MANES, *Attualità e prospettive del giudizio di ragionevolezza in materia penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, 739 ss.; E. MEZZETTI, *L'internazionalizzazione della legge penale*, in *Commentario sistematico al Codice penale. La legge penale. Fonti, tempo, spazio, persone*, Bologna, Zanichelli, 2006, 101 ss.

avallare operazioni fortemente manipolative di adeguamento delle norme interne alla legalità penale, *sub specie* proporzione, di matrice europea: la disapplicazione totale delle disposizioni sanzionatorie, infatti, potrebbe indurre a sostituire la cornice edittale formalmente prevista con la sanzione ritenuta dal giudice proporzionata, sul presupposto che l'addizione riguarda elementi impliciti nella disposizione, considerati tali perché il principio di cui all'art. 49, par. 3, della Carta dei diritti vorrebbe che vi fossero. Lo stesso potrebbe dirsi riguardo alla sostanziale addizione di elementi ritenuti necessari ai fini di un'interpretazione/applicazione costituzionalmente orientata³³. Resta da chiarire, infatti, qual è limite oltre cui l'operazione ermeneutica non può spingersi senza che il giudice si sostituisca alla Corte costituzionale o alla Corte di giustizia: si rischia, in sostanza, di consentire l'introduzione di una sorta di controllo diffuso di costituzionalità o di compatibilità europea, con tutti gli immaginabili esiti in termini di disomogeneità applicativa delle cornici edittali. Tale esito tanto più appare indesiderabile se si pone mente al substrato assiologico che connota la sanzione penale anche nel momento applicativo, e che risulta dai principi posti dagli artt. 25, co. 2 e 27, co. 3 Cost., che sarebbero irrimediabilmente compromessi se le disomogeneità applicative, derivanti da un fuorviante concetto di legalità penale alla stregua dei principi della Costituzione o della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, avessero l'esito di punire, in casi singoli, con pene più severe fatti di minor disvalore rispetto ad altri sanzionati, da giudici diversi, con minore severità. Si perderebbe di vista, in tale ipotesi, il fatto che la responsabilità affidata ai giudici come interpreti è quella di operare guardando sempre alla tenuta del sistema, evitando che i valori su cui è fondata la materia penale siano pretermessi, e assicurando che la discrezionalità valutativa connessa alla coscienza del caso pratico rimanga sempre dentro il perimetro dei principi costituzionali.

³³V., in senso critico, M. LUCIANI, *Le funzioni sistemiche della Corte costituzionale, oggi, e l'interpretazione "conforme a"*, in *federalismi.it*, 6 agosto 2007; Id., *Diritto giurisprudenziale, limiti dell'interpretazione e certezza del diritto*, in *Lo Stato*, n. 12/2019, 345 ss. V. anche G. PITRUZZELLA, *L'interpretazione conforme e i limiti alla discrezionalità del giudice nell'interpretazione della legge*, in *federalismi*, n. 3/2021, 161 ss.

4. Disapplicazione giudiziale e ruolo del sindacato di legittimità costituzionale.

Le questioni evocate dal nuovo orientamento della Corte di giustizia rimandano, al fondamento, all'intreccio tra due nozioni distinte della legalità penale, quella nazionale e quella europea.

Sul versante interno, infatti, il contenuto composito dell'art. 25 Cost. ha delle conseguenze ben precise, per cui la disapplicazione della cornice edittale legislativamente prevista rileva, oltre che sul piano del complesso dei principi garantistici che fondano il diritto penale costituzionale, sul piano del principio di eguaglianza, e, per il tramite della riserva di legge, su quello della separazione dei poteri. Sul versante dell'Unione Europea, invece, i giudici della Corte di giustizia si concentrano solo sulle ricadute individuali della legalità penale, e, dunque della proporzione sanzionatoria, avendo cura di massimizzare le garanzie soggettive attraverso correttivi *in bonam partem*: rimane in ombra, nella dimensione europea, la valenza istituzionale del principio di legalità, imperniata sul riparto di funzioni tra legislatore e giudice.

In questo delicato crinale si era invero già inserita, proprio in materia di proporzione sanzionatoria, la Corte costituzionale, che, attraverso pronunce fortemente manipolative del dettato normativo, ha sostanzialmente occupato spazi tipici della discrezionalità legislativa. Ciò, peraltro, aveva suscitato un vivace dibattito,³⁴ che si è soffermato sul rapporto tra la tutela contromaggioritaria dei diritti fondamentali e la regola democratica.

Su questo filone della giurisprudenza costituzionale viene ora ad innestarsi l'orientamento inaugurato dalla Corte di giustizia, che, come si è visto, autorizza i

³⁴V. A. MORRONE, *Suprematismo giudiziario. Su sconfinamenti e legittimazione politica della Corte costituzionale*, in *Quad. cost.*, n. 2/2019, 251 ss.; Id., *Suprematismo giudiziario II. Sul pangiuridicismo costituzionale e sul lato politico della Costituzione*, in *federalismi*, n. 12/2021, 1 ss.; D. TEGA, *La Corte nel contesto. Percorsi di ri-accentramento della giustizia costituzionale in Italia*, Bologna, Bononia University press, 2020; sia consentito rinviare anche a O. SPATARO, *Sindacato di legittimità costituzionale e legalità penale*, Palermo, Palermo University press, 2022. Sul rapporto tra discrezionalità legislativa e materia penale v. M. D'AMICO, *Corte costituzionale e discrezionalità del legislatore in materia penale*, in *Riv. AIC*, 2016, 1 ss.; N. ZANON, *Su alcuni problemi attuali della riserva di legge in materia penale*, in *Criminalia*, 2012, 315 ss.; Id., *I rapporti tra la Corte costituzionale e il legislatore alla luce di alcune recenti tendenze giurisprudenziali*, in *federalismi*, n. 3/2021, 86 ss.

giudici a disapplicare il disposto normativo, e ad esprimere una funzione in qualche modo creatrice nella definizione della sanzione proporzionata alla gravità del fatto commesso.

La dimensione multilivello della tutela del singolo apre così la strada a nuovi equilibri nel delicato rapporto tra discrezionalità legislativa e discrezionalità giudiziaria. Inoltre, introducendosi momenti di raccordo diretto tra i giudici comuni e la Corte di giustizia, viene in gioco anche il ruolo della Corte costituzionale, rispetto alla quale si profila l'alternativa tra l'acquiescenza all'espansione dell'intervento della giurisprudenza sovranazionale, o la rivendicazione di un ruolo di filtro ineludibile sul piano della doppia pregiudizialità. Nel primo caso la Corte costituzionale, in sostanza, accetterebbe il ruolo crescente della Corte di giustizia, che, in nome della proporzionalità delle sanzioni, lascia ampi spazi all'espressione, nei singoli casi, della discrezionalità giudiziaria. Nel secondo caso, invece, la Corte costituzionale dovrebbe rivendicare la perdurante necessità del controllo accentratore di legittimità costituzionale come unico rimedio per assicurare la conformità delle cornici edittali al principio di proporzionalità: solo in questo modo si potrebbe riuscire ad assicurare il rispetto dei profili sistemici e ordinamentali del principio di legalità penale. Si tratta di dinamiche complesse, che hanno valenze strutturali, poiché, per il tramite del dialogo diretto tra giurisprudenza sovranazionale e giudici interni, si veicolano elementi di diffusione nel giudizio di legittimità. Se la Corte di giustizia demolisce, nel nome della proporzione sanzionatoria, le determinazioni legislative che collocano la dosimetria della pena tra limiti minimi e massimi, è chiaro che il giudice nazionale del caso singolo, autorizzato a sganciarsi dalla commisurazione edittale, vede espandersi notevolmente lo spazio della propria discrezionalità. A maggior ragione ciò si evidenzia se si pone mente che l'orientamento della Corte di Lussemburgo sul principio di proporzionalità giunge dopo altri significativi

interventi in tema di compensazione sanzionatoria, in materia di doppio binario e di *ne bis in idem*.³⁵

La materia penale, invero, pone particolari esigenze ordinamentali di uniformità della tutela, che inducono all'affermazione di un ruolo forte delle Corti supreme: laddove per la Corte di giustizia la garanzia dei diritti non può essere lasciata alla diversa sensibilità dei legislatori nazionali, nella prospettiva della Corte costituzionale il giudizio accentrato di legittimità è l'unico rimedio che può evitare atteggiamenti condizionati dalla discrezionalità dei singoli giudici. Ciascun circuito giudiziario reagisce al timore di una frammentazione eccessiva nella tutela dei diritti fondamentali o al timore di una propria sostanziale estromissione dalla relativa garanzia, mentre rimane in ombra, in un simile contesto, il ruolo della discrezionalità legislativa.

Sintomatici della tendenza della Corte costituzionale a volere custodire la propria centralità su questioni così complesse sono la valorizzazione del rinvio pregiudiziale interpretativo alla Corte di giustizia³⁶, con cui il giudice delle leggi può sottoporre alla Corte UE le istanze proponenti dai giudici comuni, veicolando al grado più elevato i dubbi che si ascrivono alla tradizione giuridica e costituzionale interna. Sempre alla volontà di mantenere la propria centralità nella tutela dei diritti fondamentali rispetto al legislatore è riconducibile la sperimentazione di nuove tecniche di giudizio, quali il ricorso alle rime solo suggerite o la decisione in due tempi³⁷, quali rimedi che consentono al giudice delle

³⁵V. CGUE, sentt. 20 marzo 2018, C-524/15, *Menci*; 20 marzo 2018, C-596/16 e 597/16, *Di Puma e Consob*; C-537/16, *Garlsson*.

³⁶A. SCIORTINO, *Effetto diretto di alcune disposizioni della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea e tutela integrata dei diritti*, in G. Corso, F. Scoca, A. Ruggeri, G. Verde (a cura di) *Scritti in onore di Maria Immordino*, Napoli, ESI, 2022, 3227 ss.; A. BARBERA, *La Carta dei diritti: per un dialogo fra la Corte italiana e la Corte di giustizia*, in *Quad. cost.*, 1, 2018, 149 ss.; G. SCACCIA, *Alla ricerca del difficile equilibrio fra applicazione diretta della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e sindacato accentrato di legittimità costituzionale. In margine all'ordinanza della Corte costituzionale n. 117 del 2019*, in *Osservatorio AIC*, 6, 2019, 167 ss.

³⁷M. RUOTOLO, *L'evoluzione delle tecniche decisorie della Corte costituzionale nel giudizio in via incidentale. Per un inquadramento dell'ord. n. 207 del 2018 in un nuovo contesto giurisprudenziale*, in *Riv. AIC*, 2018, 644 ss.; A. SPADARO, *I limiti «strutturali» del sindacato di costituzionalità: le principali cause di inammissibilità della q.l.c.*, ivi, 2019, 145 ss.; D. TEGA, *La Corte nel contesto*, cit.; Sia consentito rinviare anche a O. SPATARO, *Sindacato di legittimità costituzionale e legalità penale*, Palermo, Palermo University press, 2022, 65 ss.

leggi un'azione efficace dinanzi a scelte legislative non sempre adeguatamente calibrate, ascrivibili ad una riaffiorante tendenza ad indulgere al c.d. populismo legislativo³⁸.

Nel caso del *ne bis in idem* dinanzi alla lettura «flessibilizzante» e «tutta sbilanciata verso il giudice comune»³⁹ della Corte di giustizia, la Corte costituzionale⁴⁰ ha riaffermato con forza la centralità del giudizio di legittimità costituzionale, quale strumento che consente l'individuazione di soluzioni *erga omnes*, idonee a sollevare i giudici dall'accertamento caso per caso della violazione della garanzia. Lo stesso ragionamento potrebbe valere a proposito del principio di proporzionalità della sanzione, onde evitare gli effetti di disomogeneità che potrebbero derivare da un'episodica disapplicazione dei minimi edittali per singoli casi. Ciò lascerebbe aperta, però, la questione connessa alla duplice dimensione della proporzione sanzionatoria: se il giudizio accentrato di costituzionalità guarda, infatti, alla proporzionalità della pena in astratto, sul piano della congruità tra cornice edittale e fatto previsto, è solo il giudice del caso che può realizzare la proporzione sanzionatoria in concreto, modulando la misura della pena in base a tutte le caratteristiche del fatto. La Corte costituzionale, quale giudice delle leggi, anche quando ragiona in termini di rime adeguate opera un raffronto tra grandezze astratte, ovvero la cornice edittale prevista nella fattispecie legale e il principio costituzionale che dovrebbe guidare la determinazione legislativa. L'operato dei giudici ordinari, invece, assicura l'individualizzazione della sanzione, guardando ad eventi e comportamenti sociali al di là della mera astrazione giuridica. Questo, a ben vedere, sembra essere l'obiettivo a cui la Corte di giustizia ha guardato mutando in maniera radicale il proprio orientamento sul principio di proporzionalità delle sanzioni: incentivare la discrezionalità giudiziale non già per

³⁸F. PALAZZO, *Un nuovo corso della Corte costituzionale*, in *Cass. pen.*, 2019, 2398 ss.; E. M. AMBROSETTI, *Nuovi orizzonti per le sentenze manipolative del diritto penale?*, in *DisCrimen*, 2019, 3 ss.; F. CONSULICH, *La matematica del castigo. Giustizia costituzionale e legalità della pena nel caso dell'art. 73 comma 1 d.p.r. n. 309 del 1990*, in *Giur. cost.*, 2019, 1231 ss.; V. MANES, V. NAPOLEONI, *La legge penale illegittima. Metodo, itinerari e limiti della questione di costituzionalità in materia penale*, Torino, Giappichelli, 2019.

³⁹N. Recchia, *La proporzione sanzionatoria*, cit., p. 893.

⁴⁰Corte cost., sent. n. 149/2022.

disattendere la volontà del legislatore né per favorire l'arbitrio dei singoli giudici, ma, piuttosto, per consentire al massimo grado una risposta sanzionatoria commisurata all'accadimento concreto, in grado di sanare lo scarto tra l'ambito della legalità costituzionale⁴¹, le previsioni legislative e la dimensione della realtà empirica.

⁴¹F. PALAZZO, *Il principio di legalità tra Costituzione e suggestioni sovranazionali*, in G. De Francesco- A. Gargani (a cura di), *Evoluzione e involuzioni delle categorie penalistiche*, Milano, Giuffrè, 2017, 14 ss.; D. PULITANÒ, *Orizzonti attuali del controllo di legittimità costituzionale di norme penali*, in *Criminalia*, 2011, 11 ss.

Nuovi diritti fondamentali, nuove tecniche decisorie, nuovi equilibri (*rectius*, squilibri) istituzionali*

di
Antonio Ruggeri**

Sommario: 1. Il rapporto complesso, di mutua implicazione, che si intrattiene tra i termini qui oggetto di studio e i punti che saranno nel corso di quest'ultimo toccati. – 2. La cornice teorica entro la quale s'inscrive il tema oggi trattato, avuto specifico riguardo alla nozione di "diritto fondamentale" ed al ruolo di centrale rilievo giocato in ordine alla sua concreta ricognizione dai giudici, specie per effetto del "dialogo" che tra gli stessi incessantemente si svolge e rinnova. – 3. La struttura internamente composita dei diritti, il carattere "intercostituzionale" della Costituzione (e delle altre Carte) e l'impossibilità di separare in modo netto, per l'aspetto culturale, i diritti internazionali e sovranazionali da quelli nazionali. – 4. Nuovi diritti per nuove tecniche decisorie, e viceversa (con specifico riguardo alla tecnica della decisione in due tempi inaugurata in *Cappato* ed all'innaturale conversione della Corte in un decisore politico). – 5. Nuovi equilibri e squilibri istituzionali, nel tempo a noi più vicino (in specie, in relazione alle emergenze), e la centralità del ruolo esercitato dai giudici a presidio dei diritti. – 6. Quali diritti e quali sviluppi delle relazioni istituzionali per il prossimo futuro?

1. Il rapporto complesso, di mutua implicazione, che si intrattiene tra i termini qui oggetto di studio e i punti che saranno nel corso di quest'ultimo toccati

Tra i termini di cui si compone il titolo dello studio i cui esiti passo subito a rappresentare s'intrattiene un rapporto complesso, di mutua ed inscindibile implicazione, con riflessi immediati tanto sulla forma di governo quanto (e prima ancora) sulla forma di Stato, nei limiti in cui l'una possa tenersi fino in fondo

* Relazione al convegno su *Nuovi diritti e nuove tecniche di tutela della persona in tempi di crisi*, Università "Kore" di Enna, 21-23 novembre 2023.

** Emerito di Diritto costituzionale – Università di Messina

nettamente distinta dall'altra¹. È, infatti, di tutta evidenza che il riconoscimento di nuovi diritti fondamentali, per un verso, presuppone un terreno arato e reso fertile sul quale il seme che li fa crescere e fiorire può essere piantato e coltivato come si deve: fuor di metafora, implica una conformazione dell'ordinamento (e, perciò, della forma di Stato) ispirata ai valori delle liberal-democrazie. Ed è bensì vero che – come si è fatto altrove notare – diritti fondamentali (ad es., quelli alla salute, al lavoro o all'abitazione) possono aversi anche in contesti politico-istituzionali illiberali; ciò che, però, fa in questi difetto è l'*insieme* dei diritti in parola, con specifico riguardo al campo della partecipazione politica.

Per un altro verso, poi, i diritti stessi, laddove (non meramente riconosciuti sulla carta bensì) effettivamente goduti, concorrono per la loro parte, in rilevante misura, a dare alimento e sostegno alla forma di Stato che, proprio per effetto dell'azione costante e vigorosa dagli stessi esercitata, ha modo di rigenerarsi senza sosta ed assicurare così l'integra trasmissione dell'ordinamento nel tempo, a beneficio delle generazioni che verranno.

Va, inoltre, subito osservato che tra i diritti e le tecniche decisorie, in ispecie – come si dirà a momenti – di quelle poste in essere nei luoghi in cui si amministra giustizia, si intrattiene e svolge un rapporto di reciproco condizionamento, nuovi diritti venendo alla luce grazie alla invenzione e sperimentazione di tecniche inusuali, così come queste, per la loro parte, essendo incoraggiate a formarsi sotto la pressione che viene dal corpo sociale in seno al quale si manifestano, a volte con particolare vigore, taluni bisogni largamente ed intensamente avvertiti la cui salvaguardia è a viva voce reclamata da larghi strati del corpo stesso.

Infine, è d'immediata percezione che la messa in atto delle tecniche suddette comporta spostamenti a volte significativi nell'assetto delle relazioni istituzionali (e, dunque, negli svolgimenti storico-concreti delle dinamiche della forma di governo e, per taluni aspetti di non secondario rilievo, della stessa forma di Stato), secondo quanto peraltro si tenterà di mostrare a momenti.

¹ ... della qual cosa, per vero, è lecito dubitare, secondo quanto si è, peraltro, da ultimo fatto notare da più studiosi in occasione del Conv. AIC su *Le dinamiche della forma di governo nell'Italia repubblicana*, Brescia 27-28 ottobre 2023.

Ora, la relazione complessiva che viene a determinarsi tra i termini suddetti è di tale complessità ed ampiezza di campo, prendendo forma ed incessantemente rinnovandosi in modi continuamente cangianti, da rendere assai problematico ricercarne sintesi espressive almeno in parte appaganti e farne quindi oggetto di chiara ed esaustiva rappresentazione; quanto meno, di sicuro ciò va ben oltre le esigue forze di cui dispongo ed anche del tempo oggi concessomi per dirne sia pure con larga approssimazione.

Mi limiterò, pertanto, a toccare solo quattro punti sui quali, a mia opinione, si pongono le questioni maggiormente spinose e rilevanti, fermando qui su di esse rapidamente l'attenzione e ripromettendomi di farne quindi oggetto di ulteriore e più approfondito studio in altre sedi di riflessione scientifica.

Dirò, dunque, in primo luogo, di alcune questioni di ordine teorico-generale a finalità d'inquadramento del tema assegnatomi, intrattenendomi succintamente su taluni concetti sui quali far poggiare l'analisi successiva. Passerò, quindi, a trattare dei modi con cui viene a conformarsi la struttura dei diritti e la emersione degli stessi, specie per effetto del c.d. "dialogo" tra le Corti. In terzo luogo, mi soffermerò sull'incidenza esercitata dalle tecniche suddette sugli sviluppi più recenti delle relazioni istituzionali. Infine, accennerò agli scenari che potrebbero al riguardo delinearsi per queste ultime e per l'intero ordinamento nel prossimo futuro.

2. La cornice teorica entro la quale s'inscrive il tema oggi trattato, avuto specifico riguardo alla nozione di "diritto fondamentale" ed al ruolo di centrale rilievo giocato in ordine alla sua concreta ricognizione dai giudici, specie per effetto del "dialogo" che tra gli stessi incessantemente si svolge e rinnova

Sul primo punto non occorre qui far luogo ad un lungo discorso, malgrado ad esso facciano capo questioni di particolare impegno teorico, dal momento che su di esse ho già avuto modo di anticipare per più aspetti altrove il mio punto di vista, al quale faccio dunque ora richiamo unicamente per ciò che è di specifico interesse per l'analisi successiva.

La prima di tali questioni attiene all'idea stessa di diritto fondamentale: un sintagma – come si sa – diffusamente circolante *ab antiquo*, la cui essenza si considera ormai essere sufficientemente indagata con esiti largamente condivisi². Eppure, la circostanza stessa per cui solo alcuni diritti sono provvisti della etichetta in parola fa pensare che accanto agli stessi possano darsene altri che ne sono privi; ciò che obbliga subito a chiedersi in cosa propriamente consista l'attributo della "fondamentalità" e come possa aversene il riconoscimento.

Assai di recente, mi sono dichiarato³ dell'avviso che ragionare al piano teorico- astratto sulla questione in parola possa non portare frutti utili alla pratica giuridica ed alle sue più pressanti esigenze e che piuttosto giovi descrivere le più salienti movenze di alcuni diritti (a partire proprio da quelli nominati in Costituzione o in altri documenti materialmente costituzionali, quali le Carte internazionali dei diritti) che, per il fatto appunto di essere dotati di esplicito riconoscimento al massimo grado di positività giuridica, si presumono essere tutti provvisti dell'attributo suddetto. Viene, infatti, assai arduo immaginare che, all'interno della cerchia dei diritti cui danno voce tali Carte, solo un pugno di essi possa fregiarsi del titolo in parola, restando dunque misteriosa la ragione per cui si sarebbe fatta luogo ad una disciplina essenziale di diritti tutti costituzionali, solo alcuni dei quali tuttavia ponendosi come autenticamente ed esclusivamente fondamentali.

Se, dunque, per i diritti nominati la questione della loro identificazione non ha, a conti fatti, motivo di essere, rimane invece aperta per i diritti innominati, muovendosi qui dall'assunto che, in virtù del disposto di cui all'art. 2 della Carta, il catalogo costituzionale non sia da considerare "chiuso" ai soli diritti della prima specie. Come, però, far luogo ad una loro ricognizione che non risulti frutto di mera autorità da parte delle sedi istituzionali in cui prenda forma?

² Se n'è, ancora non molto tempo addietro, discusso in occasione del convegno del Gruppo di Pisa su *Cos'è un diritto fondamentale?*, Cassino 10-11 giugno 2016, a cura di V. Baldini, Editoriale Scientifica, Napoli 2017.

³ ... nel mio *La "fondamentalità" dei diritti fondamentali*, relaz. al convegno su *Lo spazio europeo dei diritti fondamentali, sociali, civili*, Dipartimento di Scienze Politiche dell'Università di Roma Tre, 9-10 novembre 2023.

Ebbene, se è vero che i diritti di cui qui si discorre, come si è tentato di mostrare altrove⁴, sono bisogni elementari della persona umana il cui appagamento è condizione di un'esistenza – come dice la Carta – “libera e dignitosa”, se ne ha che è al corpo sociale che occorre guardare al fine di stabilire quali siano i bisogni da esso più diffusamente ed intensamente avvertiti. I diritti, infatti, vengono spontaneamente a formazione negli strati più profondi del corpo stesso, spettando quindi alle istituzioni (si vedrà ora a quali) portarli ad emersione e darne la opportuna razionalizzazione. Si tratta, in altri termini, di far capo a talune *consuetudini culturali di riconoscimento* – come a me piace chiamarle – radicate nella comunità cui occorre dar voce, facendone quindi oggetto di adeguata disciplina. Una disciplina che, a mia opinione, dovrebbe aversi in prima battuta con fonte di rango costituzionale (che, dunque, dovrebbe utilizzarsi altresì per portare ad effetto in ambito interno le Carte dei diritti aventi origine esterna⁵), sì da dar modo ai diritti in parola di partecipare ad armi pari con i diritti nominati ad operazioni di bilanciamento secondo i casi. E, invero, è alquanto singolare che, in una vicenda processuale data, un diritto avente base positiva in una legge comune possa avere la meglio o, come che sia, patire un non minore sacrificio allo scontro con diritti espressamente riconosciuti dalla Costituzione.

Non indugio, ad ogni buon conto, ora sulla questione, vuoi per non intrattenermi troppo su aspetti già in altri luoghi indagati e vuoi (e soprattutto) per il fatto che il rilievo critico ora avanzato si scontra contro il muro granitico di un'esperienza – come si sa – di altro segno; e non ha, dunque, molto senso (forse, non ne ha alcuno...) tornare ad insistere su ciò che avrebbe dovuto essere e che non è stato e non è. Peraltro, la stessa legislazione comune è vistosamente venuta meno al compito della razionalizzazione in parola⁶, rendendo così ancora una volta

⁴ ... in *Cosa sono i diritti fondamentali e da chi e come se ne può avere il riconoscimento e la tutela*, Intervento al convegno su *Cos'è un diritto fondamentale?*, cit., 337 ss., e in altri scritti.

⁵ Ciò che – come si sa – non si è avuto e non si ha, determinandosi quindi taluni gravi inconvenienti, a partire da quello di cui subito di seguito indicato nel testo.

⁶ ... tant'è che si è talvolta assistito alla messa in atto di pratiche di normazione, anche assai discutibili, poste in essere in via “sussidiaria” da parte delle Regioni e volte a colmare le lacune della disciplina statale, in ragione delle peculiari esigenze dei territori e delle comunità in essi stanziate (in generale, sul ruolo esercitato dalle Regioni a salvaguardia dei diritti

eloquente testimonianza di quella crisi annosa ed ingravescente della rappresentanza politica di cui si hanno ormai innumerevoli ed inquietanti segni e della quale si è in parimenti innumerevoli sedi variamente discusso⁷.

Di qui, la “supplenza” o la “delega” – come pure con una qualche improprietà suole essere chiamata – fatta ai giudici, a *tutti* i giudici (sovranzionali e nazionali, comuni e costituzionali) al fine di colmare siffatta carenza: una carenza – com'è chiaro – intollerabile, sol che si pensi che, difettando il riconoscimento dei diritti fondamentali (pur se circoscritto appunto ai “nuovi”), viene per ciò stesso a patire un *vulnus* irreparabile la Costituzione, della quale i diritti stessi sono – piace a me dire – il cuore pulsante, giusta la definizione datane nel disposto, insuperabile per sintesi ed efficacia espressiva, di cui all'art. 16 della Dichiarazione dei diritti del 1789.

fondamentali, v., almeno, AA.VV., *Diritti e autonomie territoriali*, a cura di A. Morelli e L. Trucco, Giappichelli, Torino 2014). Da ultimo, si ha notizia di uno schema-tipo di legge regionale, predisposto dall'Associazione Luca Coscioni, avente ad oggetto l'assistenza sanitaria regionale al suicidio medicalmente assistito, in attuazione di quanto stabilito da Corte cost. n. 242 del 2019, che tuttavia si presenta di dubbia conformità a Costituzione interferendo con ambiti la cui regolamentazione è esclusivamente rimessa alla legge statale [v., al riguardo, i rilievi mossi da M. RONCO - D. MENORELLO, “Legge Cappato”: la scorciatoia regionale è incostituzionale, in *Centro studi R. Livatino* (www.centrostudilivatino.it), 30 ottobre 2023, e, pure *ivi*, F. PIERGENTILI, *L'ordinamento civile come profilo di incostituzionalità di una legge regionale sul suicidio assistito: le ragioni imperative di uguaglianza e l'uniformità di trattamento*, 6 novembre 2023; più articolato, invece, il giudizio di P.F. BRESCIANI, *Si può regionalizzare il fine vita? Note minime sull'idea di attuare la sent. n. 242 del 2019 con leggi regionali*, in *Forum di Quad. cost.*, 3/2023, 29 settembre 2023, 127 ss. V., inoltre, M.G. NACCI, *Il contributo delle Regioni alla garanzia di una morte dignitosa. Note a margine di due iniziative legislative regionali in tema di suicidio medicalmente assistito*, in AA.VV., *L'elaborazione di un diritto a una morte dignitosa nell'esperienza europea*, a cura di T. Cerruti, Editoriale Scientifica, Napoli 2023, 153 ss.].

Anche, poi, ad ammettere che qui si versi in ambito di potestà concorrente, singolare appare la circostanza per cui, in difetto dei principi fondamentali posti ovvero desumibili dalle leggi statali, gli stessi siano desunti dalla pronunzia della Corte sopra richiamata: quasi che essa possa appunto fare le veci di una legge-quadro statale...

⁷ *Ex plurimis*, di recente, I. CIOLLI, *La rappresentanza politica. Recenti trasformazioni di una categoria ineludibile*, in *Lo Stato*, 18/2022, 129 ss.; 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.; i contributi alla Giornata di studi in onore di F. Lanchester, svoltasi il 15 giugno 2022, su *Trasformazioni della rappresentanza tra crisi di regime, integrazione europea e globalizzazione*, in *Nomos* (www.nomos-leattualitaneldiritto.it), 2/2022, e gli altri al convegno AIC su *Le dinamiche della forma di governo nell'Italia repubblicana*, cit., nonché, volendo, anche 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*, in *Consulta OnLine* (www.giurcost.org), 1/2021, 25 gennaio 2021, 124 ss.

Questa vicenda è assai nota e non giova ora indulgiare ulteriormente a darne la rappresentazione. Merita, tuttavia, il cenno appena fattovi, dal momento che sta proprio qui la radice da cui si alimentano taluni squilibri istituzionali, dei quali si dirà più avanti: squilibri quindi accentuatisi per effetto di taluni mutamenti di contesto (e, segnatamente, a seguito della emersione di plurime e concorrenti emergenze) ed in conseguenza dell'adozione di tecniche decisorie da parte dei giudici col tempo viepiù affinate ed incisive.

Vanno, ad ogni buon conto, fatte subito alcune avvertenze per ciò che attiene al ruolo dei giudici ed ai modi con i quali essi hanno fatto (e fanno) valere il *munus* di cui sono dotati al servizio dei maggiori bisogni del corpo sociale.

La prima è che, grazie al fattivo impegno svolto da parte delle sedi in cui si amministra giustizia ed al "dialogo" che tra le stesse ormai pressoché quotidianamente s'intrattiene, si ha modo di dare voce a quelle consuetudini culturali, cui si faceva poc'anzi cenno, senza soverchie incertezze di lettura. È vero che gli orientamenti della giurisprudenza non sono scevri di oscillazioni, a volte anche vistose; è, però, chiaro che altro è il riconoscimento che si abbia da parte di una sola autorità istituzionale, foss'anche dotato dei maggiori consensi (quali appunto si hanno in occasione del varo di leggi costituzionali, specie se venute alla luce a larga o larghissima maggioranza), ed altra cosa quello su cui si registri la sostanziale convergenza di più sedi istituzionali, tanto più poi se competenti ad esercitare funzioni almeno in parte diverse (come si ha per i giudici comuni e quelli costituzionali) e non di rado dislocate a piani istituzionali parimenti diversi (quali le Corti europee e quelle nazionali).

Allo stesso tempo (e il punto è di particolare rilievo), è proprio grazie al "dialogo" in parola che prende forma una sorta di mutuo, circolare controllo esercitato dagli uni nei riguardi degli altri giudici, tanto più significativo e gravido di implicazioni in relazione ai giudici di ultima istanza (e, in ispecie, al giudice costituzionale) avverso le cui decisioni non è ammessa alcuna impugnazione. Un controllo il cui rilievo, dunque, si coglie ed apprezza specificamente al piano culturale, ciascuna Corte avendo consapevolezza di dover pur sempre fare i conti con le altre e, perciò,

di doversi con esse misurare in un “gioco” senza fine, nell’intento di ricercare sintesi ottimali tra i beni della vita evocati in campo dai casi e darne quindi l’adeguato appagamento.

Va, inoltre, osservato che, anche secondo modello (perlomeno per come ai miei occhi appare), ugualmente non si sarebbe potuto né un domani si potrebbe fare a meno del ruolo di non secondario rilievo dei giudici, in più occasioni e sotto più forme⁸. E ciò, sol che si pensi che agli stessi, per un verso, è conferito il compito, di particolare delicatezza, di aprire le porte del giudizio di costituzionalità in relazione a disposti di legge sospetti di invalidità per lesione dei diritti, come pure di dare quindi “seguito” ai verdetti emessi dalla Consulta ovvero a quelli adottati dalle Corti europee⁹. Per un altro verso, spetta poi ai giudici stessi di esperire il tentativo di interpretazione conforme dei testi di legge, nelle sue plurime ed articolate espressioni, e dunque a Costituzione, a diritto internazionale (in ispecie alle Carte dei diritti), a diritto sovranazionale¹⁰, nonché di far luogo alle opportune

⁸ Ne ha, ancora da ultimo, ribadito con particolare vigore il rilievo R.G. CONTI, *Atto politico vs giustizia “politica”. Quale bilanciamento con i diritti fondamentali?*, in *Giust. ins.* (www.giustiziainsieme.it), 2 novembre 2023.

⁹ Con specifico riguardo al “seguito” dato alle pronunzie della Consulta, dopo i noti studi di E. LAMARQUE, *Gli effetti della pronuncia interpretativa di rigetto della Corte costituzionale nel giudizio a quo (Un’indagine sul “seguito” delle pronunce costituzionali)*, in *Giur. cost.*, 1/2000, 685 ss., e *Il seguito giudiziario alle decisioni della Corte costituzionale*, in AA.VV., *Il giudizio sulle leggi e la sua “diffusione”*, a cura di E. Malfatti - R. Romboli - E. Rossi, Giappichelli, Torino 2002, 200 ss., v., ora, in prospettiva comparata, G. NAGLIERI, *Giudicare e ottemperare. Uno studio comparato su soggetti, forme e modelli dell’esecuzione costituzionale*, Maggioli, Santarcangelo di Romagna 2023.

¹⁰ Il punto è ampiamente rimarcato da tempo: tra i molti altri, v. 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., e, dello stesso, ora, *Ogni cosa al suo posto. Certezza del diritto e separazione dei poteri nella riflessione costituzionalistica*, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano 2023, 154 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; V. MARCENÒ, *Quando il giudice deve (o doveva?) fare da sé: interpretazione adeguatrice, interpretazione conforme, disapplicazione della norma di legge*, in *Dir. soc.*, 4/2018, 633 ss.; M. RUOTOLO, *Quando il giudice deve “fare da sé”*, in *Quest. giust.* (www.questionegiustizia.it), 22 ottobre 2018, e, dello stesso, *L’interpretazione conforme torna a casa?*, in *Riv. Gruppo di Pisa* (www.gruppodipisa.it), 3/2019, 30 ottobre 2019, 37 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.; 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.;

specificazioni-attuazioni dei disposti normativi variamente riguardanti i diritti. E non è inopportuno al riguardo notare che il mero fatto per cui le leggi dispongono in via astratta fa sì che le stesse non possano apprestare la dovuta salvaguardia ai diritti, quale appunto si ha per effetto dell'adattamento delle previsioni legislative ai peculiari connotati dei casi. È pur vero, però, che siffatta opera di flessibilizzazione – come la si è altrove chiamata¹¹ –, per necessaria che sia, si realizza non di rado a mezzo di tecniche decisorie che – piaccia o no – comportano uno scostamento, ora più ed ora meno vistoso, delle pronunzie che se ne avvalgono

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.; 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.; 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.; 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.; F. MODUGNO, *L'interpretazione degli atti normativi*, in *Giur. cost.*, 2/2022, spec. 1118 ss.; S. BARBARESCHI, *Corte costituzionale e certezza dei diritti. Tendenze nomofilattiche del giudizio sulle leggi*, Editoriale Scientifica, Napoli 2022, 171 ss. Con specifico riguardo alla materia penale, v. A. BERNARDI, *Presentazione. Nei meandri dell'interpretazione conforme al diritto dell'Unione europea*, in AA.VV., *L'interpretazione conforme al diritto dell'Unione europea. Profili e limiti di un vincolo problematico*, a cura dello stesso B., Jovene, Napoli 2015, VII ss., e, pure *ivi*, V. MANES, *Metodi e limiti dell'interpretazione conforme alle fonti sovranazionali in materia penale*, 391 ss., nonché V. NAPOLEONI, *L'onere di interpretazione conforme*, in V. MANES - V. NAPOLEONI, *La legge penale illegittima*, Giappichelli, Torino 2019, 49 ss.; D. PIERANTONI, *Erroneo presupposto interpretativo, interpretazione conforme a Costituzione e tecniche decisorie del Giudice delle leggi: appunti a margine della sentenza n. 105 del 2023*, in *Nomos* (www.nomos-leattualitaneldiritto.it), 2/2023. Con riguardo alla interpretazione conforme a CEDU, v., almeno, C. CARUSO, *Il "posto" della interpretazione conforme alla Cedu*, in *Giur. cost.*, 4/2018, 1985 ss., e, dello stesso, *L'interpretazione conforme alla Cedu e i "diritti a somma zero"*, in *Scritti per Roberto Bin*, a cura di C. Bergonzini - A. Cossiri - G. Di Cosimo, Giappichelli, Torino 2019, 457 ss. Quanto, poi, alla giurisprudenza eurounitaria, per tutti, v. 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. Infine, riferimenti a riguardo degli usi fattisi della tecnica in parola nella giurisprudenza costituzionale possono aversi da A. RUGGERI - A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*⁷, Giappichelli, Torino 2022, 247 ss.

¹¹ ... nel mio *Un rebus irrisolto (e irrisolvibile?): le flessibilizzazioni dei testi di legge per il tramite della giurisprudenza costituzionale che appaiono essere, a un tempo, necessarie e... impossibili (appunti per uno studio alla luce delle più recenti esperienze)*, in *Dir. fond.* (www.dirittifondamentali.it), 3/2023, 27 ottobre 2023, 318 ss. Nella dottrina anteriore, v., almeno, A. PUGIOTTO, *Conflitti mascherati da quaestiones: a proposito di automatismi legislativi*, 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, 497 ss., e L. PACE, *L'adeguatezza della legge e gli automatismi. Il giudice delle leggi fra norma "astratta" e caso "concreto"*, Editoriale Scientifica, Napoli 2020.

dall'alveo entro cui la giurisdizione dovrebbe, per modello, mantenersi, determinandosi in tal modo il sostanziale snaturamento della funzione e degli organi che la esercitano, ormai in buona sostanza omologatisi ai decisori politici.

Qui è il *punctum crucis* della questione ora discussa; e su di esso, a motivo del rilievo che riveste ai fini della ricostruzione che si va ora facendo, si dovrà tornare al tempo giusto.

3. La struttura internamente composta dei diritti, il carattere "intercostituzionale" della Costituzione (e delle altre Carte) e l'impossibilità di separare in modo netto, per l'aspetto culturale, i diritti internazionali e sovranazionali da quelli nazionali

La questione della struttura dei diritti, della quale si passa subito a dire, rimanda alla più generale questione concernente i modi con cui si svolgono le relazioni tra gli ordinamenti, riguardate dallo specifico, particolarmente illuminante angolo visuale del "dialogo" tra le Corti, cui si è sopra fatto cenno.

Vado subito al cuore del problema, rilevando che è impossibile separare in modo netto i diritti fondamentali riconosciuti e tutelati in ambito internazionale e sovranazionale da quelli salvaguardati in ambito interno. È chiaro (e qui, ovviamente, non si nega) che un medesimo diritto, per il fatto stesso di essere fatto oggetto di una disciplina sua propria in un certo ordinamento o sistema normativo¹² ovvero di un peculiare riconoscimento da questa o quella sede giurisdizionale, viene ad acquistare una parimenti peculiare, complessiva conformazione che lo distingue da quelle che si hanno in altri luoghi istituzionali. Non si trascurino, poi, taluni fattori di contesto che giocano essi pure nel senso di connotare la protezione accordata al singolo diritto ed a tutti nel loro fare

¹² Faccio uso solo qui del sintagma in parola, che per speditezza della esposizione non ripeterò più, unicamente per il fatto che, a dire della giurisprudenza costituzionale quale inaugurata con le famose sentenze "gemelle" del 2007, non sarebbe appropriato discorrere in termini di "ordinamento" in relazione alla protezione assicurata ai diritti dalla CEDU, malgrado – come si sa – quest'ultima faccia capo al Consiglio d'Europa. Attorno ad un siffatto modo di vedere le cose si sono registrate notazioni critiche di vario segno, alle quali nondimeno non può ora farsi alcun cenno.

“sistema”. Va, infatti, tenuto presente che è proprio il sistema dei diritti tutelati in un dato ordinamento a presentarsi comunque, in maggiore o minore misura, diverso da altri pure appartenenti alla medesima famiglia delle liberal-democrazie. Si aggiunga, inoltre, la circostanza per cui diversi sono i modi di accesso, le tecniche decisorie, gli stili argomentativi, e via dicendo, propri di ciascuna sede giurisdizionale; e, ancora una volta, tutto ciò lascia comunque un segno su forme e sostanza della tutela.

Insomma, al piano processuale si apprezzano non poche né poco significative differenze nel passaggio dall’una all’altra delle sedi in parola. Se ne ha, peraltro, riscontro persino nel corso di una medesima vicenda processuale, per quanto il punto sia ad oggi stranamente non in modo fermo fissato.

Si pensi, ad es., a taluni slittamenti semantici che si registrano nell’interpretazione degli enunciati delle Carte dei diritti (Costituzione inclusa) nel passaggio dal verdetto di un giudice materialmente costituzionale (tale intendendo – come si diceva – anche un giudice europeo, in occasione della salvaguardia accordata ad un diritto) a quello di un giudice comune chiamato a dare “seguito” al primo. Non di rado, insomma, si assiste alla sia pur involontaria manipolazione delle stesse pronunzie di questa o quella Corte da parte degli operatori chiamati a darvi esecuzione (che, poi, talora è piuttosto una vera e propria attuazione che si realizza a mezzo della produzione di regole specificative di indicazioni di principio contenute nelle prime e, perciò, espressive di un ora più ed ora meno largo ed incisivo apprezzamento discrezionale).

Fermo tutto ciò, è pur vero – qui è il punto che merita di essere rimarcato – che, per effetto del “dialogo” intergiurisprudenziale, viene a determinarsi un flusso ininterrotto e viepiù consistente di materiali culturali che si portano da un ordinamento all’altro e sovente, poi, al primo ritornano, con un moto circolare che si ricarica da se medesimo senza sosta. Le tradizioni costituzionali comuni – per fare ora solo il primo esempio che viene in mente – rendono una eloquente testimonianza di questo *trend* che ha, peraltro, plurime e varie forme che lo rendono manifesto ed avvalorano. Si tratta, infatti, come si sa, di materiali culturali

attinti dagli ordinamenti nazionali, laddove storicamente si è avuta la fioritura della pianta dei diritti, che, una volta originalmente rielaborati ed adattati alle peculiari esigenze dell'ordinamento (ieri comunitario ed oggi) eurounitario, tornano quindi negli ambienti di origine veicolati dagli atti sovranazionali che ivi esprimono la loro pur varia *vis* prescrittiva, atti ai quali è quindi data ora applicazione ed ora attuazione in sede interna. E, poiché nel circolo ermeneutico la stessa Costituzione e, *mutatis mutandis*, le Carte dei diritti (in ispecie, la CEDU e la Carta di Nizza-Strasburgo) vanno incontro a continui adattamenti semantici alla luce di ciò che dispongono le fonti e gli atti in genere che ad esse funzionalmente si raccordano, se ne ha che, anche per quest'aspetto, non secondaria è l'incidenza culturale esercitata dall'uno nei riguardi dell'altro documento normativo. D'altronde, la duttilità strutturale dei loro enunciati è – come si sa –, dove più dove meno, accentuata, agevolando pertanto la mutua fecondazione degli stessi, alla quale una spinta vigorosa è impressa – perlomeno secondo modello – dal principio fondamentale di apertura che è affermato nel nostro così come nell'ordinamento dell'Unione (artt. 10, 11 e 117, I c., Cost. e 4.2 TUE)¹³. Un principio che, ancora per una volta per il carattere circolare che connota le relazioni tra i principi fondamentali, ciascuno dei quali avendo senso unicamente nel suo fare “sistema” con i restanti, presenta, a un tempo carattere di *fine* e di *mezzo*: è l'una cosa, sol che si pensi che la sua enunciazione ha la *ratio* giustificativa e la più qualificante espressione nel suo porsi in decisa contestazione di un passato segnato dalla sterile, autoreferenziale chiusura in se stesso dello Stato nazionale, da cui si è alimentata l'insana ideologia che ha causato l'immane tragedia della seconda grande guerra. È, al contempo, l'altra cosa vuoi perché la salvaguardia della pace e della giustizia tra le Nazioni richiede di necessità la limitazione della sovranità dello Stato e vuoi

¹³ L'apertura agli ordinamenti nazionali è, nondimeno, marcata anche nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo, rendendosi quindi vistosa nei numerosi casi in cui si fa appello al margine di apprezzamento [riferimenti, di recente, in G. RICCARDI, *Il margine di apprezzamento*, in *Il diritto europeo e il giudice nazionale*, II.I, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il ruolo del giudice nazionale*, *La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo. Principi e orientamenti*, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano 2023, 77 ss., e T. CATALANO, *Obblighi degli Stati in materia di abusi sessuali su minori e margine di apprezzamento: il caso D.K. c. Italia*, di prossima pubblicazione in *Ord. int. e dir. um.* (www.rivistaoidu.net), 5/2023, 15 dicembre 2023].

perché è anche di qui che passa l'ottimale salvaguardia della *coppia assiologica fondamentale* – come a me piace chiamarla –, risultante dai valori transepocali, seppur – ahimè – non autenticamente universali, di libertà ed eguaglianza.

Va, infatti, tenuto presente che il “dialogo” tra le Corti, al di là dei divergenti orientamenti e a volte dei conflitti anche aspri registratisi tra queste ultime, ha nel complesso portato ad un vistoso innalzamento del livello di tutela dei diritti visti nel loro insieme, proprio grazie al condizionamento culturale che le Corti stesse si danno a vicenda.

Se, dunque, la questione della salvaguardia dei diritti è ambientata al piano culturale e si volge lo sguardo al “diritto vivente”, per i modi con cui i giudici danno voce alle Carte e ne assicurano l'implementazione nell'esperienza, si ha conferma del carattere “intercostituzionale” – come si è ritenuto altrove di chiamarlo – della Costituzione e, generalizzando, di ogni Carta dei diritti¹⁴. Ed è perciò che la loro ricognizione semantica è pur sempre il frutto di suggestioni ed indicazioni culturali di varia provenienza che sono quindi sollecitate a confrontarsi e, tendenzialmente, ad incontrarsi, fino in circostanze viepiù ricorrenti ad integrarsi a vicenda, secondo quanto è peraltro rilevato in una ispirata, risalente pronunzia della Consulta, la n. 388 del 1999, cui ho fatto più volte richiamo nelle mie riflessioni sul tema ora da un peculiare angolo visuale riconsiderato¹⁵.

¹⁴ Ho discusso del carattere in parola più volte, a partire da *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. Su di esso, v., ora i rilievi che sono in F. MEDICO, *Il doppio custode. Un modello per la giustizia costituzionale europea*, Bologna University Press, Bologna 2023, e A. MORRONE, *Corte costituzionale: fattore condizionante o elemento strutturale?*, relaz. al conv. AIC su *Le dinamiche della forma di governo nell'Italia repubblicana*, cit., spec. § 15, rilievi che nulla però tolgono al fatto in sé (ed al valore che esso rappresenta) della viepiù consistente e feconda circolazione di materiali e suggestioni culturali da un ordinamento all'altro, con ciò che essa significa per l'interpretazione costituzionale e le forme del suo invero nell'esperienza (v., infatti, quanto se ne dice subito nel testo).

¹⁵ La giurisprudenza costituzionale ha, peraltro, più volte fatto richiamo alla indicazione teorica della pronunzia appena indicata nel testo (ad es., in Corte cost. nn. 84 del 2021, 54, 145 e 198 del 2022); il punto è, però, che non vi si è dato il giusto, lineare seguito, dal momento che la sistemazione orizzontale delle Carte fattasi al *piano della teoria della interpretazione* è contraddetta – come si sa – da una piramidale al *piano della teoria delle fonti*, assumendosi che ogni Carta di origine esterna sia pur sempre tenuta – quale meno (la Carta di Nizza-Strasburgo) e quale più (la CEDU e, con ogni probabilità, ogni altra Carta) – a prestare ossequio alla Costituzione: ora, dunque, ai soli principi fondamentali ed ora, invece, ad ogni norma costituzionale. Si viene,

Il vero è, però, che la piena integrazione delle Carte rimane pur sempre una meta verso la quale risolutamente tendere; non può, nondimeno, dubitarsi che il processo volto al suo conseguimento sia già particolarmente avanzato: negarne la esistenza equivarrebbe, dunque, a dare una distorta rappresentazione della realtà che, tuttavia, esibisce non poche né lievi oscillazioni ed anche talune non rimosse, gravi contraddizioni. Ciò che può dirsi ormai provato è che non può al presente predicarsi la netta distinzione degli ordinamenti che piuttosto si presentano di già in una sensibile misura integrati. Come si è fatto in altri luoghi notare, essi somigliano agli anelli di una stessa "catena", che hanno una parte comune, mobile, ora più ed ora meno estesa, e parti ancora separate. Questa immagine, poi, si riflette sugli atti costitutivi degli ordinamenti stessi: se ne ha, infatti, fedele rappresentazione ogni qualvolta un atto dell'Unione, normativo o giurisprudenziale che sia, viene seguito da altri atti adottati in ambito interno, ciascuno dei quali è, sì, idoneo a produrre un proprio effetto e però – ciò che più importa – tutti assieme concorrono a dar vita ad un effetto unitario, che è appunto quello della intera "catena" da essi composta.

Questa vicenda, che quotidianamente prende forma ed incessantemente si rinnova nelle aule in cui si amministra giustizia, può cogliersi ed apprezzarsi appieno nella sua oggettiva consistenza unicamente al piano culturale, al quale peraltro non di rado è assai disagevole stabilire quale Carta o Corte più dia e quale più riceva nel circolo ermeneutico in cui tutte, per loro indeclinabile vocazione, si immettono.

pertanto, a determinare una sorta di "graduatoria" delle Carte stesse quanto alla loro *vis* prescrittiva che – a tacer d'altro –, per un verso, fa a pugno con la loro pari natura materialmente costituzionale e, per un altro verso, non tiene conto del fatto che, per l'aspetto strutturale, tali documenti normativi, per ciò che dicono e per come lo dicono, sono naturalmente portati a confrontarsi unicamente con enunciati espressivi dei principi suddetti o, come che sia, con altri da questi "coperti".

Se, dunque, è pur vero che tutte le Carte (e, in genere, le fonti) aventi origine esterna possono spiegare effetti in ambito interno solo in quanto provviste di "copertura" costituzionale, è parimenti vero che ciò che conta è l'indeclinabile vocazione delle stesse ad integrarsi a vicenda nei fatti interpretativi, senza che abbia pertanto rilievo alcuno la loro (supposta) sistemazione piramidale. Se ne ha, peraltro, conferma dalla mutua cooperazione che si intrattiene tra le Corti, della quale si ha tra l'altro riscontro dagli incontri informali dalle stesse organizzati allo scopo di confrontarsi su questioni particolarmente spinose di comune interesse. Qui, comunque, non mi soffermerò oltre ora sulle irrisolte aporie di costruzione sopra accennate, avendo più volte manifestato il mio punto di vista assai critico al riguardo.

Talvolta, però, si sa con certezza come stanno al riguardo le cose, secondo quanto – per fare ora solo un paio di esempi – ha confermato la vicenda del sovraffollamento carcerario ovvero quella del riconoscimento delle origini biologiche della prole, in relazione alle quali l’influenza esercitata dalla giurisprudenza europea è stata marcata, davvero risolutiva, consigliando quindi il nostro giudice delle leggi a mutare radicalmente avviso¹⁶.

È così, insomma, che va gradatamente formandosi uno *jus commune europaeum* e, a un tempo, rinnovandosi profondamente il diritto nazionale. Ad ogni buon conto, può già al presente dirsi che, riguardati dalla prospettiva delle relazioni tra gli ordinamenti ed alla luce del processo di mutua integrazione degli stessi al piano culturale prima (e più ancora) che a quello positivo, i *diritti nazionali sono anche sovranazionali, e viceversa*¹⁷.

4. Nuovi diritti per nuove tecniche decisorie, e viceversa (con specifico riguardo alla tecnica della decisione in due tempi inaugurata in Cappato ed all’innaturale conversione della Corte in un decisore politico)

Si deve, dunque, in buona sostanza, alla intraprendenza dei giudici la salvaguardia assicurata ai diritti, vecchi o nuovi che siano. È un dato, questo, di comune esperienza che emerge con singolare evidenza, al di là poi delle forme di cui la protezione stessa si rivesta e della intensità assunta in taluni contesti ed in relazione a taluni diritti.

Merita, ad ogni buon conto, di essere rimarcata la circostanza per cui la invenzione di nuovi diritti è andata di pari passo a quella di nuove tecniche decisorie. La cosa si riscontra, ancora una volta, con circolarità di tratti e di effetti: quelli, infatti, sono

¹⁶ D'altronde, non è senza significato che alla giurisprudenza in parola si faccia di continuo richiamo dalla Corte costituzionale come pure da un numero viepiù crescente di giudici comuni, secondo quanto è ad es. avvalorato dalle pratiche viepiù ricorrenti di flessibilizzazione dei testi di legge, sulle quali si ragiona nel mio *Un rebus irrisolto (e irrisolvibile?): le flessibilizzazioni dei testi di legge per il tramite della giurisprudenza costituzionale che appaiono essere, a un tempo, necessarie e... impossibili*, cit., ed indicazioni *ivi*.

¹⁷ Maggiori ragguagli sul punto, di cruciale rilievo, nel mio *La "fondamentalità" dei diritti fondamentali*, cit., spec. ult. §.

non di rado veicolati da queste, e viceversa, queste dovendosi proprio alla pressione di taluni bisogni elementari della persona che vigorosamente sollecitano la loro emersione dagli strati più profondi del corpo sociale, per far luogo alla quale si rende necessaria la messa a punto di inusuali tecniche decisorie. In realtà, a volte se ne fa a meno, facendo leva sulla formidabile duttilità strutturale di cui sono dotate talune tecniche ormai da tempo sperimentate, ad es. quella della interpretazione conforme. Non può, nondimeno, farsi passare sotto silenzio che se ne sono fatti (e se ne fanno) non poche volte usi forzosi ed impropri. Il vero è che non sempre le tecniche interpretative, tra le quali appunto quella da ultimo menzionata, sono messe in atto a modo, così come non sempre i testi di legge e gli stessi parametri costituzionali sono intesi rispettando gli argini segnati dalla lettera degli enunciati. Di contro, abbiamo avuto (ed abbiamo) operazioni di flessibilizzazione dei disposti normativi, ora a mezzo di aggiunte e manipolazioni in genere testuali ed ora per il tramite del rifacimento dei testi per via interpretativa, che si sono portate (e si portano) ben oltre la soglia segnata, pur con una certa approssimazione, dalla scrittura dei testi stessi; e talora siffatte operazioni, al di là delle critiche anche penetranti ricevute dagli annotatori delle pronunzie che vi fanno luogo, si consolidano e divengono irremovibili (ad es., perché venute ad esistenza per mano di un organo avverso le cui decisioni non può farsi alcuna impugnazione).

Si presti, ad es., ancora una volta attenzione alle tecniche decisorie forgiate dalla Consulta.

In fondo, se ci si pensa, è ancora più "sincera", se così può dirsi, quella giurisprudenza che, riconoscendo di non poter riconciliare per via interpretativa oggetto e parametro, neppure dunque a mezzo di una profonda operazione di scavo all'interno della sostanza normativa racchiusa negli enunciati, esce allo scoperto e mette a punto una tecnica inusuale, come ha fatto non molto tempo addietro con *Cappato*.

La tecnica delle decisioni in due tempi – se posso esprimermi con cruda franchezza – è, al piano della teoria giuridica, priva di senso alcuno. Chiamiamo, piuttosto, le

cose con il loro giusto nome: è una soluzione gravida di valenza politica, per il cui tramite la Corte esperisce un disperato tentativo di smuovere i decisori politici dal loro annoso letargo, offrendo loro l'ultima¹⁸ opportunità di rimediare ai guasti esibiti dalla disciplina sottoposta a giudizio. Non mi avventuro qui ad esprimere alcun commento al piano politico a riguardo di siffatta esperienza; posso solo dire di comprendere le ragioni che inducono la Corte a fare il passo che fa, non però a darne la giustificazione. Singolare, per vero, ai miei occhi appare la circostanza per cui una disciplina normativa in un primo momento considerata insuscettibile d'immediata manipolazione, vi vada invece successivamente soggetta: le "rime obbligate" che ostano all'una cosa escono, infatti, di scena, così come peraltro preannunziato dalla stessa Corte: con un andamento – come si vede – a scomparsa, azionato da un meccanismo nascosto, ben oliato nei suoi movimenti ma azionato da mani sbagliate.

Delle due, infatti, l'una: o il rifacimento della normativa è – a torto o a ragione – valutato come possibile, secondo quanto attesta la decisione di fine partita; ed allora non si capisce perché non vi si faccia subito luogo, tanto più che, pur a seguito dello stesso, nulla osta all'ulteriore intervento regolatore da parte del legislatore, fermo restando il doveroso rispetto del giudicato costituzionale. Oppure il rifacimento stesso non è possibile; ed allora non può aversi né prima né dopo. *Tertium non datur*.

Quest'aporia logica di costruzione rimane insuperata nella giurisprudenza con cui le rime suddette sono state convertite da "obbligate" in "possibili"¹⁹, al di là degli sforzi prodotti da una sensibile dottrina per darne la giustificazione.

¹⁸ ... che, però, non sempre è davvero tale, nulla escludendo un'ulteriore dilazione del tempo concesso al legislatore per far luogo al suo auspicato intervento.

¹⁹ Questa l'etichetta ormai in uso [riferimenti in 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.; A. MORRONE, *Suprematismo giudiziario. Su sconfinamenti e legittimazione politica della Corte costituzionale*, in *Quad. cost.*, 2/2019, 264 ss., e *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.; 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.; A. SPADARO, *Involuzione – o evoluzione? – del rapporto fra Corte*

Ora, è vero che la Corte ha – come suol dirsi – una doppia “anima”, giurisdizionale e politica²⁰; ed è anche vero che nessuno è mai riuscito a stabilire in siffatto *mix* quanto pesi l’una e quanto l’altra componente. Si tratta, infatti, di “ingredienti” – se così vogliamo chiamarli – che si mescolano inscindibilmente tra di loro in dosaggi vari a seconda delle circostanze e degli interessi di volta in volta evocati in campo dai casi; e sarebbe, perciò, chiaramente ingenuo ed oggettivamente forzoso tenerli innaturalmente separati, tracciando una sorta di linea ideale di confine tra di essi buona per ogni evenienza.

Parimenti vero è, tuttavia, che la Costituzione non consente alla Corte di commutarsi in un decisore politico *tout court*, dismettendo – ché di questo, a conti fatti, si tratta – le vesti del giudice per indossare quelle proprie degli organi della direzione politica²¹.

Qui è il *punctum crucis* della questione oggi nuovamente discussa.

La Corte non sembra farsi alcun problema di trasformarsi camaleonticamente alla bisogna in un decisore politico, non si fa insomma questione dell’abbandono del principio della separazione dei poteri conseguente ad un siffatto operare. Eppure, è di lampante evidenza che il mantenimento del principio in parola, sia pure nella forma temperata che, da noi come altrove, per Costituzione assume, è condizione

costituzionale e legislatore (notazioni ricostruttive), in *Riv. AIC* (www.rivistaaic.it), 2/2023, 12 aprile 2023, 103 ss.; R. PINARDI, *Una pronuncia a rime “possibili”, ma anche “parziali”. Nota alla sent. n. 40 del 2023 della Corte costituzionale*, in *Oss. cost.* (www.osservatorioaic.it), 5/2023, 5 settembre 2023, 1 ss.]. Di “versi sciolti” preferisce dire D. TEGA, *La Corte nel contesto. Percorsi di ri-accentramento della giustizia costituzionale in Italia*, Bononia University Press, Bologna 2020, spec. 101 ss., e *La traiettoria delle rime obbligate. Da creatività eccessiva a felix culpa, a gabbia troppo costrittiva*, in *Sist. pen.* (www.sistemapenale.it), 2/2021, 3 febbraio 2021, 5 ss. Al diverso linguaggio adoperato, nondimeno, non corrisponde, a conti fatti, una diversa sostanza delle cose.

²⁰ Per tutti, AA.VV., *Ricordando Alessandro Pizzorusso. Il pendolo della Corte. Le oscillazioni della Corte costituzionale tra l’anima “politica” e quella “giurisdizionale”*, cit.

²¹ Non a caso, d’altronde, la Corte è andata nel tempo a noi più vicino alla ricerca di fonti di legittimazione analoghe a quelle di cui si avvalgono i decisori politici, ad es. intrattenendo inusuali rapporti con la pubblica opinione attraverso le visite alle scuole o alle carceri [su ciò, dopo gli interventi al Seminario su *Corte costituzionale e opinione pubblica. Genesi, forme, finalità*, organizzato da *Quad. cost.*, Bologna 25 novembre 2022, in *Forum di Quad. cost.* (www.forumcostituzionale.it), 1/2023, v., ora, G. AMATO - D. STASIO, *Storie di diritti e di democrazia. La Corte costituzionale nella società*, Feltrinelli, Milano 2023]; della qual cosa, per vero, si fatica a comprendere la utilità per ciò che attiene all’esercizio del *munus* alla Corte stessa spettante, ove si consideri che gli elementi di conoscenza al riguardo indispensabili possono essere acquisiti a mezzo dei poteri istruttori di cui essa è dotata.

vitale della sopravvivenza della Costituzione stessa e, con essa, della democrazia che – piaccia o no – ha ancora nella rappresentanza politica il perno fisso attorno al quale ruotano le sue più salienti espressioni, al punto di potersi seguitare ad affermare che la democrazia o è rappresentativa oppure semplicemente non è.

Diciamo le cose come stanno. Non è affatto indifferente – come la Corte ha dato ad intendere in *Cappato* – che una nuova disciplina veda la luce in questo o quel luogo istituzionale, che sia cioè opera, in prima battuta (e preferibilmente), per mano delle assemblee rappresentative ovvero, in seconda, di un giudice sia pure del tutto peculiare, qual è appunto la stessa Corte. Come si è fatto notare da un'accreditata dottrina²², ogni cosa ha il proprio posto e lì (e *solo* lì) deve appunto stare.

Il risvolto della invenzione di nuovi diritti è, dunque, dato da nuovi equilibri o – per dir meglio, alla luce delle esperienze qui evocate – squilibri istituzionali che comportano il costo insopportabile di uno scostamento viepiù marcato e vistoso dall'alveo tracciato nella Carta per lo svolgimento delle dinamiche istituzionali. Ed è allora chiaro che ad essere in gioco non è la sola forma di governo ma, di più, la stessa forma di Stato, dal momento che la torsione registratasi al piano delle relazioni istituzionali ha immediati e rilevanti riflessi sul versante dei rapporti tra l'apparato governante nel suo insieme e la comunità governata.

5. Nuovi equilibri e squilibri istituzionali, nel tempo a noi più vicino (in ispecie, in relazione alle emergenze), e la centralità del ruolo esercitato dai giudici a presidio dei diritti

Il *trend* qui sommariamente rappresentato nei suoi tratti essenziali ha, poi, ricevuto un'ulteriore accelerazione nel tempo a noi più vicino per effetto del manifestarsi di plurime ed ingravescenti emergenze che hanno lasciato (e seguitano a lasciare) un segno marcato sia sull'una che sull'altra delle forme suddette.

²² M. LUCIANI, *Ogni cosa al suo posto. Certezza del diritto e separazione dei poteri nella riflessione costituzionalistica*, cit.

Particolarmente istruttiva appare essere la vicenda registratasi in occasione della recente pandemia da covid-19 che ha comportato un complessivo sconvolgimento della vita di relazione in seno alla società come pure al livello istituzionale²³. È chiaro che ciò che vale in situazioni di una sia pur relativa quiete non può valere negli stati di crisi. Dovrebbe, però, essere vero anche l'inverso; e qui il timore è che taluni metodi e pratiche di governo, cui si è fatto luogo in congiunture di emergenza, seguitino per forza d'inerzia a trasmettersi pur laddove il quadro risulti complessivamente mutato²⁴.

La giurisprudenza – come si sa – ha ripetutamente insistito a riguardo del bisogno che le discipline positive si mantengano costantemente rispettose del canone della ragionevolezza e, perciò, della adeguatezza delle norme alla situazione di fatto che ne giustifica l'adozione²⁵: un canone che, però, nella sua strutturale vaghezza ed idoneità a mutare camaleonticamente pelle di continuo, appare essere estremamente sfuggente, sì da risultare assai arduo dare la dimostrazione dei suoi

²³ Basti solo porre mente, a quest'ultimo riguardo, all'uso abnorme fattosi dei decreti del Presidente del Consiglio, tant'è che su di essi si è prontamente appuntata l'attenzione di una nutrita schiera di studiosi che ne ha fatto oggetto di esame anche con contributi di respiro monografico [v., dunque, M. RUBECCHI, *I decreti del Presidente. Studio su d.P.C.m., atti normativi del Governo e dinamiche decisionali*, Giappichelli, Torino 2022, e L. CASTELLI, *Una fonte anomala. Contributo allo studio dei decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri*, Editoriale Scientifica, Napoli 2022; altri riferimenti, ora, in A. CARDONE, *Sistema delle fonti e forma di governo. La produzione normativa della Repubblica tra modello costituzionale, trasformazioni e riforme (1948-2023)*, Il Mulino, Bologna 2023, 193 ss.].

²⁴ Lo stesso è da dire in relazione a talune pratiche sociali viepiù diffuse: ad es., per ciò che attiene all'utilizzo dei mezzi informatici cui si è dovuto fare ricorso in occasione della pandemia da covid-19 praticamente in ogni campo della vita sociale e che potrebbe perdurare, così come per vero per taluni aspetti perdura, pur dopo il venir meno della emergenza.

²⁵ Riferimenti a riguardo degli orientamenti manifestati dalla Consulta sono in A. RUGGERI - A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*⁷, cit., 143 ss. e 154 ss. Altre indicazioni possono, ora, aversi dai numerosi commenti alla discussa sent. n. 110 del 2023, tra i quali quelli di S. SCAGLIARINI, *La Corte e la tecnica legislativa*, in *Consulta OnLine* (www.giurcost.org), 3/2023, 13 settembre 2023, spec. 835 ss.; nella stessa *Rivista*, v., inoltre, P.C., *Ancora un (notevole) avanzamento nella giustiziabilità del drafting legislativo (osservazioni minime a prima lettura di Corte cost. n. 110/2023)*, 2/2023, 12 giugno 2023, 461 ss.; L. DI MAJO, *Una legge «radicalmente oscura» è incompatibile con la Costituzione. Nota a Corte costituzionale, sentenza n. 110/2023*, 13 luglio 2023, 715 ss., e M. MILANESI, *L'incostituzionalità delle «disposizioni irrimediabilmente oscure». Riflessioni a margine di Corte cost., sent. n. 110/2023*, 17 luglio 2023, 726 ss.; v., inoltre, G. DONATO - C. LOTTA, *L'irragionevolezza della «radicale oscurità» legislativa: un nuovo percorso per la Corte costituzionale? Nota a C. cost. n. 110 del 2023*, in *Rass. parl.*, 1/2023, 165 ss. In termini generali, da ultimo, R. BIN, *Ragionevolezza, eguaglianza e analogia*, in *Lo Stato*, 20/2023, 323 ss.

non lineari, forzosi utilizzi. Si dispone, ad ogni buon conto, di alcuni indizi che avvalorano l'esistenza delle torsioni in parola, il più significativo dei quali è, a mia opinione, dato dal ricorrere di atteggiamenti diffusi sia tra gli operatori che (e soprattutto) in seno al corpo sociale di resistenza nei riguardi di taluni verdetti dei giudici, per ciò che nel merito stabiliscono e/o per le tecniche di giudizio messe in atto in vista della loro emanazione.

Come si è tentato di mostrare altrove, si hanno, insomma, talora delle manipolazioni delle... *manipolazioni* che non restano senza significato ed inducono, dunque, ad una disincantata riflessione circa il modo complessivo con cui talune vicende si svolgono e pervengono a conclusione.

Si pensi, per fare qui solo un esempio, a ciò che si è avuto in occasione del sindacato sulla disciplina che ha introdotto la c.d. *robin tax*, di cui a Corte cost. n. 15 del 2015²⁶, laddove una inopinata delimitazione temporale degli effetti delle proprie decisioni operata dal giudice costituzionale, in palese disprezzo della regola al riguardo fissata nell'art. 136 della Carta, ha sollevato resistenze diffuse da parte dei giudici comuni. Purtroppo, non si dispone a tutt'oggi di strumenti sicuri che consentano di "pesare" l'esatta consistenza del fenomeno che, nondimeno, non ha di certo avuto dimensioni di secondario rilievo.

Questa vicenda, unitamente a molte altre cui potrebbe parimenti farsi richiamo, rende, ancora una volta, sicura testimonianza della centralità di posto detenuto dai giudici comuni in seno alle istituzioni in cui si articola la Repubblica. Molte volte l'attenzione è naturalmente attratta dalla Corte quale organo competente ad assicurare il rispetto della Costituzione e l'equilibrio tra gli organi e gli enti di cui si compone l'ordinamento. È giusto che sia così; non è giusto, di contro, che l'attenzione stessa si appunti esclusivamente sulla Consulta, sol che si pensi che, per un verso, sono proprio i giudici comuni ad aprire le porte della Consulta stessa,

²⁶ Tra i numerosi commenti a questa discussa vicenda, v., almeno, quelli che sono nel fasc. 3/2015 di *Quad. cost.*, nonché G. REPETTO, *Il canone dell'incidentalità costituzionale. Trasformazioni e continuità nel giudizio sulle leggi*, Editoriale Scientifica, Napoli 2017, spec. 59 ss., e A. STEVANATO, *Oltre la sentenza n. 10/2015: la modulazione temporale degli effetti delle sentenze di accoglimento fra limiti costituzionali e nuove prospettive della giustizia costituzionale*, in *Oss. AIC* (www.osservatorioaic.it), 3/2018, 23 ottobre 2018, 185 ss.

per riprendere la fortunata immagine di P. Calamandrei, e dunque a delineare i contorni della questione su cui il giudice costituzionale è chiamato a pronunciarsi; per un altro verso, poi, sono sempre i giudici a portare ad effetto i verdetti della Corte, e nulla esclude che – come si diceva – in siffatto, ultimo tratto di strada, la vicenda possa prendere una piega seppur in parte diversa da quella stabilita dalla Corte stessa.

Mutatis mutandis, qualcosa di simile si ha anche sul versante dei rapporti con le Corti europee, in specie con la Corte dell'Unione, ad es. laddove interpellata in via pregiudiziale. Ancora una volta, infatti, fermarsi unicamente alla pronuncia emessa dal giudice sovranazionale non appare essere risolutivo, senza che si sia altresì verificato quale impatto la stessa abbia avuto sulle pratiche a venire in ambito interno; quanto meno, dovrebbe prestarsi attenzione alla decisione emessa dall'autorità interpellante, presentandosi oggettivamente disagiata un monitoraggio effettuato a tappeto nelle sedi in cui acquista rilievo la medesima questione.

Non si sottovaluti, poi, la possibilità che, nel corso di una stessa vicenda processuale, possano aversi plurime manipolazioni che si rendano palesi con un andamento – come dire? – a *zig-zag*. Così, ad es., laddove una questione pregiudiziale sia posta dalla Corte di Cassazione²⁷ o dalla Corte costituzionale che, ricevuta la risposta attesa dalla Corte dell'Unione, non vi si conformi a pieno, ricevendo però ulteriori correzioni da parte dei giudici comuni (magari, al fine di riportare la vicenda sul suo giusto binario). Non sempre, insomma, il passaggio dalla Consulta si dimostra essere la scelta più azzeccata e congrua alle complessive esigenze del caso: un aspetto questo – a me pare – poco valutato dai benevoli *laudatores* della soluzione patrocinata dalla nota sent. n. 269 del 2017; e non posso qui trattenermi dal rilevare, ancora una volta, di passaggio la stranezza della soluzione caldeggiata dallo stesso giudice delle leggi nelle pronunzie

²⁷ ... magari – perché no? – oggi, a seguito della riforma Cartabia, dietro rinvio pregiudiziale esperito dai giudici di merito alla stessa Corte (sul nuovo istituto si è da ultimo intrattenuto con opportuni rilievi R. CONTI, *I diritti fondamentali tra giurisdizioni europee e nazionali*, relaz. al Convegno su *Giustizia senza frontiere. Lo spazio europeo dei diritti fondamentali, sociali, civili*, cit.).

posteriormente adottate con le quali ha rimesso per intero ai giudici comuni la scelta in merito alla priorità da accordare alla pregiudiziale “comunitaria” (*rectius*, eurounitaria) ovvero a quella costituzionale, senza tener conto del fatto che, laddove nutrano il dubbio circa il retto significato del disposto eurounitario, gli operatori nazionali non possono, per logica conseguenza, neppure sollevare una questione di costituzionalità che variamente lo coinvolga (in via ordinaria, quale parametro; eccezionalmente quale oggetto, in quanto veicolato in ambito interno dalla legge di esecuzione, ove se ne sospetti la violazione dei “controlimiti”).

Dovrebbero, poi, farsi oggetto di osservazione i casi definiti dai giudici comuni senza l’interpello della Corte dell’Unione o della Corte costituzionale. È questa, però, come si sa, un’autentica montagna sommersa, le cui dimensioni risultano incommensurabili, dal momento che, al tirar delle somme, le questioni sottoposte a monitoraggio sono proprio quelle che, per l’uno o l’altro verso, sollecitano l’entrata in campo delle Corti suddette ora *singulatim* ed ora congiuntamente.

6. Quali diritti e quali sviluppi delle relazioni istituzionali per il prossimo futuro?

Stando le cose così come sono qui viste, occorre da ultimo chiedersi quali scenari potrebbero delinearsi nel prossimo futuro per i diritti fondamentali e quali gli sviluppi delle relazioni istituzionali, nei limiti in cui il tempo presente, gravato – come si è accennato – da plurime e soffocanti emergenze, consenta di affacciare talune, pur approssimative, previsioni al riguardo.

Ancora una volta, il giudizio finale appare essere internamente articolato e composito.

Si pensi, ad es., al rilievo già al presente assunto dallo sviluppo della scienza e della tecnologia che, con il suo impetuoso avanzare, di sicuro sarà ancora maggiore già nel prossimo avvenire. Ebbene, senza ripetere qui cose a tutti note, è sufficiente segnalare la crescente incidenza che esse – nel bene come nel male – avranno nei

riguardi dei diritti fondamentali come pure per le relazioni istituzionali (e, dunque, sia per la forma di governo che per la forma di Stato).

La pandemia da covid-19 ci consegna un insegnamento da tenere in gran conto. Ha dato modo all'intera umanità di sopravvivere ed alle relazioni sociali ed istituzionali di seguitare a svolgersi, sia pure con forzosi adattamenti e costi particolarmente gravosi, grazie al ricorso agli strumenti informatici (si pensi solo alla teledidattica, al telelavoro, alla telemedicina); allo stesso tempo, ha però comportato problemi non da poco per ciò che concerne il fisiologico esercizio delle funzioni di alcuni organi, a partire proprio dalle assemblee rappresentative.

In generale, poi, è risaputo che le macchine possono offrire benefici considerevoli ai diritti, specie ad alcuni, e, però, anche recare guasti incalcolabili, come opportunamente messo in luce dagli studi che a ritmo incalzante si vanno facendo sull'intelligenza artificiale.

Per ciò, poi, che specificamente attiene al versante delle relazioni istituzionali, l'esito di maggior significato dell'analisi svolta è nel senso di una viepiù marcata confusione dei ruoli, tanto tra gli organi della direzione politica e gli organi di garanzia quanto in seno ai primi, segnatamente per effetto della sostanziale, crescente emarginazione delle assemblee rappresentative dal circuito decisionale.

Sappiamo tutti che della rappresentanza politica non può comunque farsi a meno, venendo altrimenti per ciò stesso meno – come si è dietro rilevato – la democrazia e, dunque, la stessa Costituzione, nell'accezione d'ispirazione liberale. Ebbene, fino a quando non sarà inventato il modo di salvaguardare queste ultime senza necessità di ricorso alla prima (e, francamente, non riesco ad immaginare come ciò possa aversi), dobbiamo fare di tutto per offrire alla rappresentanza politica l'opportunità di risollevarsi, almeno in parte, dallo stato di degrado culturale – come lo si è altrove qualificato²⁸ – in cui versa. Un obiettivo, questo, sicuramente assai arduo da raggiungere (ammesso che ciò si renda davvero possibile...) e,

²⁸ ... nel mio *Le revisioni costituzionali e il nodo (non scioglibile?) del degrado culturale della rappresentanza politica (prime notazioni)*, in *Liber amicorum Guerino D'Ignazio*, nonché in *Ord. int. e dir. um.* (www.rivistaoidu.net), 2/2023, 15 maggio 2023, 216 ss.

comunque, bisognoso di tempi lunghi, molto lunghi, e di uno scrupoloso e faticoso lavoro operato su più fronti.

Si tratta, infatti, di far luogo ad un complessivo rivolgimento della struttura sociale, nell'intento di allentare almeno, se non pure di sciogliere del tutto, alcuni nodi soffocanti disseminati al suo interno. E, poiché – come si è veduto – la questione è di ordine culturale, molto possono (e devono) allo scopo fare gli operatori del mondo della scuola e della cultura in genere, a partire da coloro che sono impegnati nei primi gradi degli studi.

Allo stesso tempo, come vado dicendo da tempo, occorre far luogo ad un complessivo rifacimento sia delle *regole* che delle *regolarità* della politica (che, peraltro, laddove rifatte a modo, possono darsi mutuo sostegno ed alimento).

Ora, non è di qui far luogo alla riconsiderazione dell'annoso e, a dirla tutta, stucchevole tema delle riforme, a riguardo del quale peraltro ho, ancora non molto tempo addietro, avuto modo di manifestare il mio punto di vista²⁹. Mi limito solo a rilevare come, al di là della linearità e potenziale incisività di taluni disegni (connotati, questi, a mia opinione largamente carenti), è singolare che si pensi di porre mano alle modifiche della Carta senza, allo stesso tempo, rivedere sia pure in parte metodi e pratiche di fare politica, nel quadro di una complessiva riconformazione del sistema dei partiti³⁰, e – ciò che ancora di più importa – di dare almeno avvio a quell'opera di rifacimento del tessuto sociale che è condizione della riuscita degli interventi al piano istituzionale. Un edificio non si fa di certo cominciando dal tetto bensì dalle fondamenta e solo dopo aver spianato come si deve il terreno su cui sarà eretto.

²⁹ V., dunque, volendo, il mio *Riforme costituzionali: quali e perché?*, in *Oss. fonti* (www.osservatoriosullefonti.it), 1/2023, 24 aprile 2023, 107 ss. Un'autentica alluvione di scritti si è poi riversata in capo alla riforma istituzionale predisposta dal Governo Meloni, ancora prima che si avviasse il confronto in Parlamento sulla stessa, decantandosene dagli uni le lodi sperticate e denunciandone dagli altri i rischi micidiali che fa correre all'intero impianto ordinamentale. Di tutto ciò, nondimeno, non può ora farsi parola alcuna.

³⁰ Così, per fare ora solo un esempio, nessuna garanzia di stabilità politica (che, comunque, non equivale di certo a buon governo) può venire dalla elezione diretta del *Premier* – il punto di forza del disegno di riforma Meloni –, sol che si pensi che i Governi seguiranno verosimilmente ad essere tutti di coalizione, con la conseguenza che il venir meno della stessa (ad es., per il disimpegno di uno dei partiti che la compongono) porterà comunque fatalmente diritto all'apertura di una crisi di governo.

Chiudo, ponendo taluni quesiti senza dar loro risposta, considerandola implicita nell'esame fin qui condotto.

Il primo. Cosa mai può indurre ad un sia pur cauto ottimismo per ciò che attiene al recupero della tipizzazione dei ruoli istituzionali per effetto del varo di una nuova forma di governo? Certo, i rapporti tra Governo (e, in ispecie, Presidente del Consiglio) e Capo dello Stato muteranno sensibilmente (a mio modo di vedere, *in peius*, in conseguenza del sostanziale svuotamento di funzioni patito dal secondo) ma siamo ugualmente sicuri che non si assisterà più a forme, sia pur nuove, di "supplenza" da parte di questo nei confronti di quello? E – ciò che ha ancora maggior rilievo – siamo sicuri che non assisteremo più ad anomale commistioni di ruoli al piano dei rapporti tra gli organi di garanzia e gli organi della direzione politica? Temo, anzi, che i giudici ancora di più si troveranno impegnati a far luogo ad una diuturna, faticosa e non poco travagliata opera di riscrittura dei testi di legge varati dalla maggioranza di turno e di contenimento in *genere* di talune espressioni fin troppo esuberanti – se così vogliamo eufemisticamente chiamarle – dei decisori politici.

Il secondo (e ancora più rilevante del primo). Se è vero, com'è vero, che la tipizzazione dei ruoli che dà sostanza al principio della separazione dei poteri è stata storicamente pensata a salvaguardia dei diritti fondamentali, venendo meno la prima cosa ne sarà dei diritti fondamentali e, per ciò stesso, della Costituzione? Come potrà seguitare ad incedere nel suo pur non sempre lineare, comunque sofferto, cammino lo Stato costituzionale, una volta azzoppato di una delle gambe su cui, secondo la mirabile formula scolpita nel già richiamato art. 16 della Dichiarazione del 1789, si regge? Non verrà, dunque, per ciò solo meno anche l'altra, relativa ai diritti? Sono, forse, immaginabili, infatti, *diritti costituzionali senza... Costituzione?*

Insomma, il rischio che molti paventano e che anch'io non mi nascondo è quello di una possibile involuzione autoritaria dell'ordinamento³¹; ed è bene segnalare che la

³¹ Su ciò, per tutti, AA.VV., *Crisi dello Stato e involuzione dei processi democratici*, a cura di C. Panzera - A. Rauti - C. Salazar - A. Spadaro, Editoriale Scientifica, Napoli 2020.

riscrittura della Carta, vigorosamente patrocinata dall'attuale maggioranza politica e volta ad introdurre il c.d. premierato, in una sua pur peculiare accezione, potrebbe agevolare quest'esito infausto laddove dovesse implementarsi nell'esperienza in una forma distorta, foriera di guasti istituzionali ed ordinamentali cui non si saprebbe poi se e come vi si possa porre rimedio³².

Vico ci ha insegnato che la storia ciclicamente si ripete. La miscela micidiale risultante da un populismo esasperato ed un nazionalismo becero ed aggressivo che proiettano la loro ombra sul sofferto tempo presente ci ammonisce a non abbassare la guardia ma, all'inverso, ad essere viepiù vigili e pronti a fare in ogni tempo fronte ad eventi devianti dal solco costituzionale e dall'etica pubblica repubblicana cui dà voce la Carta.

³² Raguagli al riguardo, volendo, nel mio *La riforma Meloni e le sue stranezze, al bivio tra evoluzione istituzionale ed involuzione autoritaria*, in *Consulta OnLine* (www.giurcost.org), 3/2023, 20 novembre 2023, 1009 ss.

Le nuove declinazioni della funzione giurisdizionale nell'ottica della riforma Cartabia

di
Giuseppe Della Monica*

Sommario: 1. Innovazioni reali e apparenti introdotte dalla riforma. — 2. Il rafforzamento del controllo giurisdizionale sull'azione: a) il filtro delle imputazioni non meritevoli del vaglio dibattimentale. — 2.1. *Segue:* b) il criterio della « ragionevole previsione di condanna ». — 3. *Segue:* c) la verifica della corretta formulazione dell'imputazione. — 4. L'ampliamento dell'area di operatività dell'art. 131-bis c.p.

1. Innovazioni reali e apparenti introdotte dalla riforma. — « Epocale ». È probabilmente l'aggettivo più utilizzato dai primi commentatori della cosiddetta “legge Cartabia” per definire l'impatto della riforma sul processo penale¹. In modo forse più scontato, meno altisonante, l'intervento normativo potrebbe qualificarsi, invece, come “multiforme”, così da esprimere un tratto qualificante di una novella densa di significati profondamente diversi.

*Professore associato di Diritto processuale penale – Università degli Studi di Cassino e del Lazio Meridionale.

¹ Ci si riferisce — com'è noto — al d.lgs. 10 ottobre 2022, n.150 (pubblicato nella G.U. n. 243 del 17 ottobre 2022), emanato per dare attuazione alla l. 27 settembre 2021, n. 134, recante delega al Governo per « l'efficienza del processo penale, nonché in materia di giustizia riparativa e disposizioni per la celere definizione dei procedimenti giudiziari ». Il dibattito dottrinale sulla legge delega e sulla successiva attuazione è stato arricchito da molteplici e qualificati interventi: tra gli altri, v. P. FERRUA, *Brevi appunti in tema di udienza preliminare, appello e improcedibilità*, in *Discrimen*, 9 dicembre 2021, p. 1 ss.; E.N. LA ROCCA, *Il modello di riforma “Cartabia”: ragioni e prospettive della Delega n. 134/2021*, in *Archivio penale*, 2021, n. 3, p. 1 ss.; O. MAZZA, *Il processo che verrà: dal cognitivismo garantista al decisionismo efficientista*, in *Archivio penale*, 2022, n. 2, p. 1 ss.; ID., *A Midsummer Night's Dream: la riforma Cartabia del processo penale (o della sola prescrizione?)*, in *Archivio penale*, 2021, n. 2, p. 1 ss.

Alcune delle modifiche introdotte appaiono obiettivamente velleitarie — è il caso, ad esempio, del tentativo di rivitalizzare il patteggiamento, consentendo di concordare l'applicazione e la durata della confisca facoltativa *ex art. 240 comma 1 c.p.p.*² — mentre altre costituiscono la mera trasposizione normativa di orientamenti giurisprudenziali oramai consolidati, come nel caso della pedissequa riproduzione della “regola Galtelli” nell’art. 581 comma 1-*ter* c.p.p.³ ovvero della più articolata elaborazione del parametro — fissato dall’art. 438 comma 5 c.p.p. — di compatibilità del giudizio abbreviato condizionato con le finalità di economia processuale proprie del rito.

Su tale ultimo aspetto, la giurisprudenza — segnatamente, con la pronuncia n. 115 del 2001 della Corte costituzionale⁴ e la sentenza “Wajib” delle Sezioni Unite⁵ —

² La nuova disposizione si pone in controtendenza rispetto al sistema, che va sempre più nella direzione della confisca obbligatoria, prevista, ad esempio, dagli artt. 322-*ter* e 648-*quater* c.p. Tra le poche ipotesi controverse di confisca facoltativa, va menzionata quella dell'appartamento locato ad una prostituta, nei casi di favoreggiamento e di sfruttamento della prostituzione (cfr. Cass. pen., sez. III, 17 febbraio 2017, n. 29586, in *Cass. pen.*, 2017, p. 4468 s.).

³ Il riferimento è alla sentenza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, secondo cui « l'appello (al pari del ricorso per cassazione) è inammissibile per difetto dei motivi quando non risultano esplicitamente enunciati e argomentati i rilievi critici rispetto alle ragioni di fatto o di diritto poste a fondamento della sentenza impugnata » (Cass. pen., sez. un., 22 febbraio 2017, n. 8825, in *Guida dir.*, 2017, fasc. 12, p. 88). Sul punto, autorevole dottrina ha sottolineato come, a seguito della riforma, l'appello abbia assunto la fisionomia di mezzo di impugnazione “a critica vincolata” (così P. FERRUA, *Brevi appunti in tema di udienza preliminare, appello e improcedibilità*, in *Discrimen*, 9 dicembre 2021, p. 3 ss.). Per ulteriori spunti di riflessione sul tema, v. anche R. BRICCHETTI, *Inammissibile l'appello per difetto di specificità se non risultano argomentati i rilievi critici alla decisione*, in *Guida dir.*, 2017, fasc. 13, p. 90 ss.; A. PULVIRENTI, *La “nuova” specificità e il pericolo di ulteriori spazi concessi all'inammissibilità dell'appello*, in *Archivio penale*, 2023, n. 1, p. 1 ss.; C. SCACCIANOCE, *La Riforma “Orlando” e la semplificazione del sistema delle impugnazioni. Dalla “specificità” dei motivi alla struttura ‘mutevole dell’appello’*, in *Archivio penale*, 2017, n. 3, p. 891 ss.

⁴ La sentenza n. 115 del 2001, subito dopo la riforma “Carotti”, aveva delineato i tratti del rito condizionato, dichiarando infondata la questione di legittimità costituzionale dell’art. 438 c.p.p., sollevata in riferimento agli artt. 111 e 97 cost., nella parte in cui tale norma non prevedeva forme di intervento del pubblico ministero ai fini della ammissione del rito né il potere di sollecitare una integrazione probatoria. La Corte aveva, in particolare, affermato come l'esigenza di completezza delle indagini risultasse rafforzata dal riconoscimento del diritto assoluto dell'imputato di essere giudicato col rito abbreviato, in quanto il pubblico ministero è tenuto a predisporre un quadro probatorio esaustivo, in vista dell'esercizio dell'azione penale e della insindacabile scelta dell'imputato di chiedere il giudizio allo stato degli atti (v. Corte cost. 9 maggio 2001, n. 115, in *Cass. pen.*, 2001, p. 2603 ss., con nota di F. ZACCHÈ, *Nuovi poteri probatori nel rito abbreviato*, nonché 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*). Per la disamina delle modifiche che hanno interessato il rito, v. M. GIALUZ, *Per un processo penale più efficiente e giusto. Guida alla lettura della riforma Cartabia*, in *Sist. pen.*, 2 novembre 2022; B. NACAR, *Riforma*

aveva in pratica neutralizzato il requisito della compatibilità con le esigenze di economia processuale, sulla scorta del condivisibile assunto secondo cui la necessità dell'integrazione probatoria risulta preponderante rispetto alle esigenze di celerità del procedimento: l'istruttoria suppletiva, se reputata indispensabile dal giudice, non può di certo essere preclusa o limitata nell'intento di velocizzare i tempi di definizione del processo. In caso contrario, sull'imputato finirebbero per gravare le conseguenze dell'inerzia dell'organo inquirente, da cui originano le lacune investigative da colmare con l'integrazione probatoria.

La riformata previsione dell'art. 438 comma 5 c.p.p. — anche se "timidamente" — ha ridisegnato il parametro di riferimento, agganciandolo alla prognosi sui tempi di trattazione del dibattimento. Incomberà sulla giurisprudenza il compito di interpretare e applicare correttamente la nuova regola di ammissione del rito: evitare l'esame anche di un solo testimone — rispetto all'istruttoria dibattimentale — impone la celebrazione del giudizio abbreviato condizionato, sempre che — ovviamente — il supplemento probatorio richiesto sia connotato dall'unico, irrinunciabile requisito della necessità.

Non sono, invece, ammissibili le sole richieste di giudizio abbreviato condizionato che mirano a replicare integralmente l'istruttoria dibattimentale.

Altre modifiche presentano, invece, profili realmente originali e innovativi.

È il caso della nuova regola di giudizio stabilita dall'art. 425 comma 3 c.p.p. per l'emissione della sentenza di non luogo a procedere⁶, peraltro affiancata

Cartabia e riti alternativi: piccole modifiche all'insegna dell'efficienza del processo, in *Dir. pen. e processo*, 2023, p. 166 ss.; P. SPAGNOLO, *Riforma Cartabia: modifiche strutturali al processo penale - I procedimenti speciali*, in *Giur. it.*, 2023, p. 1196 ss.

⁵ Il riferimento è a Cass. pen., sez. un., 27 ottobre 2004, n. 44711, in *Cass. pen.*, 2005, p. 358 ss. con nota di P. SPAGNOLO, *Note minime in tema di giudizio abbreviato condizionato: prova necessaria, legalità della pena, oneri dell'imputato*, nonché in *Diritto & Giustizia*, 2004, fasc. 46, p. 33 ss., con nota di L. CREMONESI, *Giudizio abbreviato e rigetto della richiesta: la Consulta decide, le Sezioni unite precisano*. Sul punto, cfr., altresì, Cass. pen., sez. I, 7 giugno 2011, n. 31881, in *Cass. pen.*, 2012, p. 3011 ss.

⁶ Su tale innovazione, cfr., tra gli altri, M. CECCHI, *Osservazioni intorno alla "ragionevole previsione di condanna"*, in *Archivio penale*, 2022, n. 2, p. 1 ss.; A. DE CARO, *Riflessioni sulle recenti modifiche della fase investigativa e della regola di giudizio: un percorso complesso tra criticità e nuove prospettive*, in *Archivio penale*, 2022, n. 3, p. 1 ss.; G. GARUTI, *L'efficienza del processo tra riduzione dei tempi di indagine, rimedi giurisdizionali e "nuova" regola di giudizio*, in *Archivio penale*, 2022, n. 3, p. 1 ss.; G.

dall'incisivo ampliamento dei poteri di controllo del giudice dell'udienza preliminare sulla corretta formulazione dell'imputazione⁷.

2. Il rafforzamento del controllo giurisdizionale sull'azione: a) il filtro delle imputazioni non meritevoli del vaglio dibattimentale. — Fino all'approvazione della riforma, si è dovuta registrare l'indubbia inidoneità dell'udienza preliminare a svolgere adeguatamente quella funzione di filtro delle imputazioni azzardate attribuite dal sistema⁸.

Giova, tuttavia, ricordare che l'udienza preliminare è sede processuale polifunzionale, la cui utilità non può essere collegata esclusivamente al compito di selezionare le regiudicande in vista del giudizio dibattimentale, considerato che la fase è deputata anche al controllo sulla completezza degli elementi probatori acquisiti nel corso delle indagini, che possono essere integrati ai sensi degli artt. 421-bis e 422 c.p.p.

Entrambe le disposizioni sono state, però, sostanzialmente ignorate nella prassi applicativa.

ROSSI, *Spunti critici sulla nuova regola di giudizio della 'ragionevole previsione di condanna'*, in *Archivio penale*, 2022, n. 3, p. 1ss.

⁷ Per la disamina dei poteri originariamente assegnati al giudice dell'udienza preliminare, v. G. BRUNO, *L'attività del gup nell'udienza preliminare tra poteri di sollecitazione e integrazione*, in *Dir. pen. e processo*, 2012, p. 234 ss.; G. DI CHIARA, *Linee di sistema della funzione giudiziale preliminare*, in AA.VV., *Il processo penale dopo la riforma del giudice unico (l. 16 dicembre 1999 n. 479)*, a cura di F. Peroni, Padova, 2000, p. 355; G. GARUTI, *La verifica dell'accusa nell'udienza preliminare*, Padova, 1996, p. 295 ss.; M. GRIFFO, *I poteri del giudice dell'udienza preliminare in caso di richiesta di rinvio a giudizio non determinata quanto alla descrizione del fatto oggetto di imputazione* (nota a G.u.p. T. S.M. Capua Vetere, 7 aprile 2006), in *Cass. pen.*, 2006, p. 3784 ss.; G. LEO, *Imputazione generica e poteri del giudice dell'udienza preliminare*, in *Dir. pen. e processo*, 2004, p. 1475 ss.; L. PISTORELLI, *Imputazione generica o indeterminata e poteri del giudice dell'udienza preliminare nell'interpretazione delle Sezioni unite della Corte di Cassazione*, in *Cass. pen.*, 2008, p. 2318 e ss.; D. POTETTI, *Il controllo del giudice dell'udienza preliminare sulla correttezza dell'imputazione*, in *Cass. pen.*, 2002, p. 1485 ss.; A. SCALFATI, *La riforma dell'udienza preliminare tra garanzie e scopi eterogenei*, in *Cass. pen.*, 2000, p. 2812 ss.

⁸ Sul punto, cfr. A. CARBONE, *Sull'utilità dell'udienza preliminare nella sua attuale formulazione* (nota a Corte cost., ord. 19 giugno 2009, n. 182), in *Arch. nuova proc. pen.*, 2010, p. 160 ss.; D. CERTOSINO, *Riflessioni su natura e funzioni dell'udienza preliminare a vent'anni dall'entrata in vigore del «nuovo» codice*, in *Giust. pen.*, 2010, III, c. 246 ss.; G. SOLA, *L'udienza preliminare quale vaglio di transito dell'accusa: "tanto rumore per nulla"*, in *Dir. pen. e processo*, 2011, p. 331 ss.

La inoperatività, di fatto, dell'art. 421-bis c.p.p. ha contribuito ad affievolire ulteriormente il già impalpabile interesse dell'imputato ad una eventuale rinuncia all'udienza preliminare attraverso la richiesta di giudizio immediato formulata ai sensi dell'art. 419 comma 5 c.p.p. Tale rinuncia potrebbe trovare giustificazione, infatti, nell'opportunità strategica di scongiurare il rischio — che nella prassi si è rivelato, però, remoto — di una integrazione delle indagini disposta dal giudice dell'udienza preliminare⁹.

Analogamente, nonostante la puntualità delle indicazioni contenute nella sentenza "Battistella"¹⁰ — il giudice dell'udienza preliminare, dopo tale pronuncia, ha sporadicamente esercitato il potere di monito nei confronti del pubblico ministero per indurlo a chiarire o a precisare l'imputazione¹¹.

L'udienza preliminare è stata congegnata, inoltre, come sede privilegiata di instaurazione dei riti alternativi, ma anche sotto tale profilo la prassi applicativa non ha fornito il riscontro atteso.

Constatata, quindi, l'inefficienza dell'udienza preliminare, al legislatore della riforma si poneva l'alternativa tra tentare di rivitalizzarla o abolirla del tutto¹².

⁹ La scelta di rinunciare all'udienza preliminare avviene — in casi molto rari e per lo più connotati da particolare interesse mediatico — in assenza di reali esigenze difensive, per ragioni connesse a mere strategie comunicative. Nell'ottica difensiva, la rinuncia all'udienza preliminare potrebbe, invece, essere finalizzata ad evitare l'eventuale provvedimento di integrazione delle indagini *ex art. 421-bis c.p.p.*, rischio, di fatto, trascurabile, per la già evidenziata ritrosia dei giudici nell'applicare tale disposizione.

¹⁰ Con la richiamata pronuncia, le Sezioni Unite hanno affermato il principio secondo cui « è affetto da abnormità il provvedimento con cui il giudice dell'udienza preliminare dispone la restituzione degli atti al pubblico ministero per genericità o indeterminatezza dell'imputazione senza avergli previamente richiesto di precisarla, poiché, alla luce del principio costituzionale della ragionevole durata del processo, è configurabile il vizio dell'abnormità in ogni fattispecie di indebita regressione del procedimento in grado di alterarne l'ordinata sequenza logico-cronologica » (Cass. pen., sez. un., 20 dicembre 2007, n. 5307, in *Arch. nuova proc. pen.*, 2010, p. 171 ss., con nota di M. DELL'AGLI, nonché in *Cass. pen.*, 2008, p. 2318 ss., con nota di L. PISTORELLI, *Imputazione generica o indeterminata e poteri del giudice dell'udienza preliminare nell'interpretazione delle sezioni unite della cassazione*).

¹¹ Per l'approfondimento del tema, v. M. Busetto, *Nuova regola di giudizio e integrazioni conoscitive del giudice dell'udienza preliminare: qualche spunto di riflessione*, in *Archivio penale*, 2023, n. 1, p. 1 ss.; D. Potetti, *Il principio di completezza delle indagini nell'udienza preliminare e il nuovo art. 421 bis c.p.p.*, in *Cass. pen.*, 2000, p. 2148 ss.; C. Valentini, *La completezza delle indagini, tra obbligo costituzionale e (costanti) elusioni della prassi*, in *Archivio penale*, 2019, n. 3, p. 1 ss.

¹² Come provocatoriamente prospettato in dottrina da M. Daniele, *L'abolizione dell'udienza preliminare per rilanciare il sistema accusatorio*, in *Sistema penale e processo*, 2020, p. 145. Per ulteriori

Con la novella si è decisamente optato per il potenziamento dell'istituto, soprattutto attraverso la rimodulazione della regola di giudizio di cui all'art. 425 comma 3 c.p.p.

Nell'intento di rafforzare la funzione di filtro dell'udienza preliminare, una parte della dottrina aveva suggerito di intervenire sulla struttura della sentenza di non luogo a procedere, corredandola una motivazione più "leggera", al fine di agevolarne la redazione e, nel contempo, di ridurre i margini di censura in sede di impugnazione¹³.

La riforma Cartabia si è mossa, invece, in direzione parzialmente diversa.

Si è scelto, innanzitutto, di generalizzare il controllo giurisdizionale sull'esercizio dell'azione penale, introducendo la nuova udienza « predibattimentale », prevista — con riferimento ai casi di citazione diretta a giudizio¹⁴ — per scrutinare la

e stimolanti riflessioni sulla riforma dell'udienza preliminare, v. L. PISTORELLI, *Riforma del processo penale: le direttive di intervento in materia di indagini preliminari e udienza preliminare*, in *Ipenalista.it*, 21 ottobre 2021; F. TONDIN, *Il vaglio del giudice dell'udienza preliminare sull'imputazione nella riforma Cartabia*, in *Cass. pen.*, 2023, p. 49 ss.

¹³ Si era evidenziata l'opportunità di snellire la motivazione della sentenza di non luogo a procedere, rendendola estremamente sintetica, allo scopo di arginare il problema della "preferibilità" del decreto che dispone il giudizio (v. E. AMODIO, *Filtro « intraneo » e filtro « estraneo » nella nuova disciplina del controllo per il rinvio a giudizio*, in *Cass. pen.*, 2022, p. 14 ss.). Sul punto, v. anche O. MAZZA, *Il processo che verrà: dal cognitivismo garantista al decisionismo efficientista*, cit., p. 1 ss.

¹⁴ Il legislatore delegato aveva inizialmente optato per l'innalzamento — da quattro a sei anni di reclusione — del limite edittale di pena per l'individuazione dei reati procedibili con richiesta di rinvio a giudizio. Di contro, il testo definitivo del decreto delegato — senza modificare i limiti edittali — ha esteso i casi di citazione diretta a giudizio ad un ampio ventaglio di fattispecie, espressamente enumerate nel nuovo art. 550 comma 2 c.p.p., che ora include: i reati previsti dagli artt. 336, 337, 337-bis comma 1 e 2, 340 comma 3, 343 comma 2, 348 comma 3, 349 comma 2, 351, 372, 374-bis, 377 comma 3, 377-bis, 385 comma 2, con esclusione delle ipotesi in cui la violenza o la minaccia siano state commesse con armi o da più persone riunite, 390, 414, 415, 454, 460, 461, 467, 468, 493-ter, 495, 495-ter, 496, 497-bis, 497-ter, 527 comma 2, 556, 588 comma 2, con esclusione delle ipotesi in cui nella rissa taluno sia rimasto ucciso o abbia riportato lesioni gravi o gravissime, 590-bis, 611, 614 comma 4, 615 comma 1, 619 comma 2, 625, 635 comma 3, 640 comma 2, 642 commi 1 e 2, 646 e 648 c.p.; i reati previsti dall'art. 291-bis d.P.R. 23 gennaio 1973, n. 43, dagli artt. 4 comma 4, 10 comma 3 e 12 comma 5 della legge 18 aprile 1975, n. 110, dagli artt. 82 comma 1 d.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309, dagli artt. 75 comma 2, 75-bis e 76 commi 1, 5, 7 e 8 del decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159, dall'art. 55-quinquies comma 1 del decreto legislativo del 30 marzo 2001, n. 165, dagli artt. 5 comma 8-bis, 10 comma 2-quater, 13 comma 13-bis e 26-bis comma 9 del decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286, dagli artt. 5 commi 1 e 1-bis del decreto legislativo 10 marzo 2000, n. 74.

fondatezza dell'imputazione sulla scorta dei medesimi parametri dettati dall'art. 425 c.p.p. e trasfusi nell'art. 554-ter comma 1 c.p.p.¹⁵.

È stata, poi, riformulata la regola di giudizio applicabile in udienza preliminare e predibattimentale, pur mantenendo ferma la sua duplice connotazione.

Tale regola denota la sua natura "diagnostica", nella parte in cui consente di prendere atto, in termini di evidenza, che il fatto non sussiste, che l'imputato non lo ha commesso o che il fatto non costituisce reato, poiché tali determinazioni presuppongono un vaglio del materiale probatorio acquisito nel corso delle indagini analogo a quello originariamente richiesto dall'art. 425 c.p.p., nel testo in vigore prima della legge n. 105 del 1993¹⁶.

La portata innovativa della riforma si apprezza, invece, con riferimento alla dimensione "prognostica" della regola di giudizio, indispensabile per scongiurare il rischio di una impropria sovrapposizione con il criterio che deve orientare la pronuncia di merito sull'imputazione, all'esito del rito ordinario o abbreviato.

¹⁵ Tra i contributi di maggiore interesse sul punto, v. M. DANIELE, *L'udienza predibattimentale: una sfida per i tribunali*, in *Sist. pen.*, 16 gennaio 2023; F. LOMBARDI, *L'udienza predibattimentale nella Riforma "Cartabia": uno schema operativo con alcuni spunti di riflessione*, in *Giur. pen. web*, 16 dicembre 2012; 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; E. MARZADURI, *La riforma Cartabia e la ricerca di efficaci filtri predibattimentali: effetti deflattivi e riflessi sugli equilibri complessivi del processo penale*, in www.laegislazionepenale.eu, 25 gennaio 2022; G. SPANGHER, *Riforma processo penale: l'udienza predibattimentale del rito monocratico*, in *Il Quotidiano giuridico*, 6 settembre 2021; C. TRABACE, *L'udienza predibattimentale che verrà*, in *Archivio penale*, 2022, n. 2, p. 6; N. TRIGGIANI, *L'udienza predibattimentale monocratica*, in *Proc. pen. giust.*, 2022, p. 151 ss.; ID., *Riflessioni sull'udienza predibattimentale monocratica prefigurata nella proposta di riforma della "Commissione Lattanzi"*, in *Archivio penale*, 2021, n. 2, p. 9 ss.

¹⁶ Nella prima stesura dell'art. 425 c.p.p., il proscioglimento anticipato era subordinato alla presa d'atto della inconfigurabilità di un illecito penale, di una causa di estinzione del reato o di improcedibilità dell'azione penale, oppure all'accertamento pieno di una « evidente » causa di proscioglimento di merito, perché il fatto non sussiste o non costituisce reato, perché l'imputato non lo ha commesso, non è imputabile o non è punibile. Successivamente, il testo dell'art. 425 comma 1 c.p.p. è stato modificato dall'art. 1 della legge 8 aprile 1993, n. 105, con la soppressione dell'aggettivo « evidente », al chiaro fine di consentire al giudice dell'udienza preliminare di emettere sentenza di non luogo a procedere non solo quando fosse pacifica la sussistenza di una causa di proscioglimento, ma anche nelle ipotesi di insufficienza o contraddittorietà del quadro probatorio a carico dell'imputato.

Rispetto alla disciplina previgente, risulta radicalmente mutato, infatti, l'oggetto della prognosi richiesta al giudice dell'udienza preliminare, tenuto ad esprimersi in termini di « ragionevole previsione di condanna » dell'imputato¹⁷.

Va da subito rimarcata la singolare costruzione lessicale della regola, che preclude l'instaurazione del giudizio dibattimentale laddove sia « ragionevole » presumere che non si configureranno dubbi « ragionevoli » sulla fondatezza della tesi accusatoria, vale a dire quando appaia prevedibile che non si concretizzeranno, in dibattimento, le condizioni stabilite dall'art. 533 comma 1 c.p.p. per l'affermazione di responsabilità e la conseguente condanna dell'imputato.

Cambia, dunque, il termine di riferimento della prognosi, non più focalizzata sulla « utilità » del dibattimento, bensì sulla prospettiva di « condanna » dell'imputato¹⁸.

Si è dubitato, in dottrina, della effettiva proficuità di tale soluzione normativa, che non sarebbe in grado di rivitalizzare — secondo alcuni — lo scrutinio attuato dal giudice dell'udienza preliminare¹⁹.

¹⁷ Per ulteriori approfondimenti, v. A. BARGI, *Il nuovo volto del modello "Cartabia": riflessi sistematici sul procedimento probatorio della partecipazione a distanza e della ragionevole previsione di condanna, quale nuova regola di deflazione del dibattimento*, in *Arch. nuova proc. pen.*, 2022, p. 513 ss.; M. CECCHI, *Osservazioni intorno alla "ragionevole previsione di condanna"*, cit., p. 1 ss.; A. DE CARO, *Riflessioni sulle recenti modifiche della fase investigativa e della regola di giudizio: un percorso complesso tra criticità e nuove prospettive*, cit., p. 1 ss.; G. GARUTI, *L'efficienza del processo tra riduzione dei tempi di indagine, rimedi giurisdizionali e "nuova" regola di giudizio*, cit., p. 1 ss.; E.N. LA ROCCA, *Il modello di riforma "Cartabia": ragioni e prospettive della Delega n. 134/2021*, cit., p. 1 ss.; M. MENNA, *L'inquadramento della regola di giudizio del non luogo a procedere tra passato e presente dell'udienza preliminare*, in *Archivio penale*, 2023, n. 1, p. 1 ss.; C. NAIMOLI, *Considerazioni sulla "ragionevole previsione di condanna" per l'archiviazione e per la sentenza di non luogo a procedere*, in *Dir. pen. e processo*, 2022, p. 831 ss.; G. ROSSI, *Spunti critici sulla nuova regola di giudizio della 'ragionevole previsione di condanna'*, cit., p. 1 ss.; F. TONDIN, *La nuova regola di giudizio della ragionevole previsione di condanna*, in *Cass. pen.*, 2023, p. 404 ss.

¹⁸ L'oggetto della prognosi non è circoscritto alla fondatezza della tesi accusatoria, ma ricomprende sia i presupposti di affermazione di responsabilità che quelli di irrogazione della pena. Nella originaria stesura del disegno di legge n. A.C. 2435, (c.d. "Riforma Bonafede", presentato il 13 marzo 2020 alla Camera dei Deputati), il criterio di valutazione — sia dell'art. 125 disp. att. c.p.p., sia dell'art. 425 comma 3 c.p.p. — era, appunto, formulato come « ragionevole previsione di accoglimento della prospettazione accusatoria nel giudizio », formula che — come la « ragionevole previsione di condanna » — postula la prova della responsabilità al di là di ogni ragionevole dubbio, ma se ne distingue perché estesa anche al profilo dell'applicabilità della pena. A seguito dell'intervento della "Commissione Lattanzi", la proposta è stata modificata, inserendo il riferimento alla « condanna » in luogo dell'« accoglimento della prospettazione accusatoria » (cfr. Relazione finale e proposte di emendamenti al d.d.l. A.C. 2435, p. 16 ss.).

La scelta del legislatore della riforma rischia, peraltro, di generare effetti sistematici perniciosi, proprio sul fronte della deflazione dibattimentale.

La difesa dell'imputato, infatti, attratta dalla prospettiva del proscioglimento in udienza preliminare, ottenibile grazie alle potenzialità della nuova regola di giudizio, potrebbe essere indotta a considerare residuale la scelta in favore del rito abbreviato, da adottare solo quando — in presenza di prove inconfutabili della colpevolezza — occorre unicamente attuare il trattamento sanzionatorio.

2.1. Segue: b) il criterio della «ragionevole previsione di condanna». — È necessario riflettere, dunque, in ragione di quanto sin qui osservato, sulla regola di giudizio dettata dall'art. 425 comma 3 c.p.p., per delineare il nuovo ruolo decisorio affidato al giudice dell'udienza preliminare e predibattimentale.

Il controllo giurisdizionale sull'imputazione è oggi ancorato a due poli di riferimento: il primo è costituito dalla sentenza di condanna, posto che il rinvio a giudizio va disposto solo se il dibattimento appaia destinato a sfociare nella probabile affermazione della penale responsabilità dell'imputato; il secondo è rappresentato, invece, dal canone di «ragionevolezza», che deve orientare la valutazione prognostica compiuta in udienza preliminare o predibattimentale.

Il giudice deve porsi, quindi, dapprima nell'ottica del giudizio di merito — come se dovesse decidere, cioè, allo stato degli atti sulla fondatezza dell'imputazione — per poi stabilire, laddove colga eventuali lacune o contraddizioni nel quadro probatorio, se le criticità rilevate siano ragionevolmente superabili in dibattimento.

In via generale, si può definire «ragionevole» — mutuando il significato del termine dalla giurisprudenza formatasi sulla previsione di cui all'art. 533 comma 1 c.p.p.²⁰ — l'ipotesi connotata da «plausibilità» e «concretezza», così da escludere

¹⁹ Si rinvia, al riguardo, alle penetranti considerazioni di E. AMODIO, *Filtro « intraneo » e filtro « estraneo » nella nuova disciplina del controllo per il rinvio a giudizio*, cit., p. 14 ss. Osserva, in senso analogo, C. SANTORIELLO, *Le nuove regole di giudizio della Riforma Cartabia, tra una positiva sinergia e una possibile eterogenesi dei fini*, cit., p. 10, che il giudizio reso all'esito dell'udienza preliminare si presenta come «fortemente discrezionale e suscettibile di essere ancorato ad una variopinta tipologia di criteri valutativi».

²⁰ Secondo il costante orientamento espresso dalla giurisprudenza di legittimità, la regola di giudizio compendiata nella formula "al di là di ogni ragionevole dubbio" impone al giudice

la rilevanza di eventualità remote, formulabili in astratto, ma prive di qualunque riscontro nelle risultanze dell'attività istruttoria²¹.

Da ciò consegue che il giudice dell'udienza preliminare, allorquando individui lacune o contraddizioni nel compendio investigativo²², deve dare corso al dibattimento solo se è in grado di individuare, dagli atti, l'iter probatorio che può « ragionevolmente » condurre al superamento delle rilevate incongruenze. Si pensi, ad esempio, al caso in cui l'ipotesi accusatoria si fondi su dichiarazioni rese da un coindagato ai sensi dell'art. 210 c.p.p., ma prive di riscontri estrinseci, che potrebbero essere, tuttavia, acquisiti in dibattimento attraverso l'audizione di altro dichiarante, già individuabile sulla scorta delle risultanze investigative. In tale ipotesi, la possibilità di integrazione probatoria *contra reum* è già concretamente rilevabile dagli atti, sicché appare « ragionevole » — ovvero plausibile e concreta — la previsione di condanna dell'imputato all'esito del dibattimento, con la conseguente necessità di disporre il suo rinvio a giudizio.

3. Segue: c) la verifica della corretta formulazione dell'imputazione. — La riforma — come già anticipato — ha anche ampliato i poteri di controllo del giudice dell'udienza preliminare sull'imputazione redatta dal pubblico ministero, modificando, a tal fine, la disciplina dettata dagli artt. 421 e 423 c.p.p.²³.

l'adozione di un metodo dialettico di verifica dell'ipotesi accusatoria volto a superare l'eventuale sussistenza di dubbi, vuoi intrinseci, derivanti, ad esempio, dalla contraddittorietà con altri elementi di prova, vuoi estrinseci, in quanto connessi all'esistenza di ipotesi alternative dotate di apprezzabile verosimiglianza e razionalità, dovendosi, invece, non dare rilievo ad eventualità solo remote, astrattamente formulabili e prospettabili come possibili *in rerum natura*, ma la cui effettiva realizzazione, nella fattispecie concreta, risulti priva del benché minimo riscontro nelle risultanze processuali, ponendosi al di fuori dell'ordine naturale delle cose e dell'ordinaria razionalità umana (cfr., *ex multis*, Cass. pen., sez. III, 21 gennaio 2021, n. 5602, in *Cass. pen.*, 2021, p. 4059; Id., sez. I, 18 novembre 2020, n. 8863, in *CED Cass.*, 280605).

²¹ In dottrina, tra gli altri, v. C. CONTI, *Al di là del ragionevole dubbio*, in AA.VV., *Novità su impugnazioni*, a cura di A. Scalfati, Milano, 2006, p. 101; A. MACCHIA, *Liberò convincimento del giudice, dalle prove legali al ragionevole dubbio*, in *Cass. pen.*, 2020, p. 2043 ss.; G. UBERTIS, *Fatto, prova e verità (alla luce del principio dell'oltre ogni ragionevole dubbio)*, in *Criminalia*, 2009, p. 324.

²² Sulla natura del dubbio idoneo a fondare la sentenza di non luogo a procedere, si rinvia alle articolate considerazioni di M. MENNA, *L'inquadramento della regola di giudizio del non luogo a procedere tra passato e presente dell'udienza preliminare*, cit., p. 4 ss.

²³ Sulle interazioni tra la nuova regola di giudizio e i poteri di controllo del giudice dell'udienza preliminare, v. F. ALVINO, *Il controllo giudiziale dell'azione penale: appunti a margine*

L'intervento giurisdizionale investe, ora, non solo la chiarezza e la precisione dell'editto accusatorio²⁴, ma anche la possibile divergenza tra il capo di imputazione e le risultanze investigative²⁵, nonché la qualificazione giuridica del fatto operata dall'organo inquirente²⁶. Più specificamente, il giudice dell'udienza preliminare — d'ufficio o su sollecitazione della difesa — è tenuto a compulsare il pubblico ministero, sollecitando la correzione dell'accusa, non solo quando risulti

della "riforma Cartabia", in *Sist. pen.*, n. 3, 2022, p. 27 ss.; M. Busetto, *Nuova regola di giudizio e integrazioni conoscitive del giudice dell'udienza preliminare: qualche spunto di riflessione*, in *Archivio penale*, 2023, n. 1, p. 1 ss.; C. Santoriello, *Le nuove regole di giudizio della Riforma Cartabia, tra una positiva sinergia e una possibile eterogenesi dei fini*, in *Archivio penale*, 2022, n. 2, p. 1 ss.; F. Tondin, *Il vaglio del giudice dell'udienza preliminare sull'imputazione nella riforma Cartabia*, cit., p. 49 ss.

²⁴ La prima fase del controllo giurisdizionale, prevista dall'art. 421 comma 1 c.p.p., riguarda i requisiti di chiarezza e determinatezza dell'imputazione ex art. 417 comma 1, lett. b), c.p.p., per sfociare, in caso di mancata correzione, nella declaratoria di nullità della richiesta di rinvio a giudizio. Come dianzi specificato, il nuovo art. 421 comma 1 c.p.p. recepisce l'orientamento della giurisprudenza di legittimità culminato nella sentenza "Battistella", con la quale le Sezioni Unite — all'esito di un tortuoso percorso interpretativo — avevano subordinato la dichiarazione di nullità per imputazione generica o indeterminata e la conseguente regressione del procedimento ad un previo "avvertimento" al pubblico ministero — non recepito — ad apportare le richieste precisazioni (Cass. pen., sez. un., 20 dicembre 2007, n. 5307, in *Arch. nuova proc. pen.*, 2010, p. 171 ss., con nota di M. Dell'Agli, nonché in *Cass. pen.*, 2008, p. 2318 ss., con nota di L. Pistorelli, *Imputazione generica o indeterminata e poteri del giudice dell'udienza preliminare nell'interpretazione delle sezioni unite della cassazione*; recentemente, Cass. pen., sez. III, 10 ottobre 2018, n. 8078, in *CED Cass.*, 275839). Per ulteriori considerazioni sul punto, v. A. Bassi, *Il controllo giurisdizionale sulla formulazione dell'imputazione nello sviluppo del procedimento penale*, in *Cass. pen.*, 2020, p. 3982 ss.; G. Fiorelli, *Indeterminatezza dell'imputazione e conseguenze sanzionatorie nella prospettiva della legge delega n. 134 del 2021: vecchi equivoci e nuove resistenze dogmatiche*, in *Archivio penale*, 2022, n. 1, p. 1 ss.

²⁵ Lo scrutinio sulla completezza dell'imputazione rischia di sconfinare nei compiti funzionali dell'organo requirente, collocandosi ai margini del perimetro tipico della giurisdizione (cfr., in senso critico, F. Cassibba, *Udienza preliminare e controlli sull'enunciato d'accusa a trent'anni dal codice di procedura penale*, in *Archivio penale*, 2019, n. 3, p. 2 ss.).

²⁶ Il potere di riquilibratura giuridica costituisce diretta estrinsecazione del principio di legalità e di soggezione del giudice soltanto alla legge (art. 101 Cost.), sicché la verifica circa l'individuazione delle fattispecie astratte più consone alla rappresentazione dell'accusa costituisce parte integrante del controllo giurisdizionale sull'imputazione esercitato in udienza preliminare: al riguardo, cfr. G. Lozzi, *L'udienza preliminare nel sistema del nuovo processo penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1991, p. 1077 ss.; A. Nappi, *Guida al codice di procedura penale*, Milano, 2007, p. 259; C. Valentini, *Imputazione e giudice dell'udienza preliminare*, in *Giur. It.*, 2002, c. 435 ss. Anche secondo la giurisprudenza, il potere di definizione giuridica è espressivo di un valore di portata costituzionale, che impone al giudice di accertare la riconducibilità del fatto allo schema legale tipico e, dunque, di rettificare, se occorre, la qualificazione prospettata dal pubblico ministero (v. Cass. pen., sez. I, 13 dicembre 2017 n. 21732, in *Guida dir.*, 2018, fasc. 29, p. 81; Id., sez. V, 14 settembre 2016, n. 42996, in *Foro it.*, 2016, II, c. 697; Id., sez. III, 18 settembre 2014, n. 51424, in *Cass. pen.*, 2015, p. 1976, nonché Cass. pen., sez. un., 19 giugno 1996, n. 16, in *Arch. nuova proc. pen.*, 1996, p. 719).

opportuno precisare la contestazione, ma anche laddove siano ravvisabili discrasie tra il fatto descritto in rubrica e quello emergente dagli atti.

Vero è che, anche prima della riforma, il giudice poteva mutare la qualificazione giuridica del fatto, ma ciò avveniva solo all'esito dell'udienza preliminare, mentre oggi l'intervento giurisdizionale — in ragione della prevista possibilità di anticipare il controllo sul titolo di reato in contestazione — risulta decisamente più incisivo²⁷.

Si pensi ad una richiesta di rinvio a giudizio per il delitto di concussione, in relazione alla quale l'imputato intenda definire il giudizio con l'applicazione di una pena concordata, proponendo, però, di derubricare il fatto nella meno grave ipotesi di corruzione, risultante dagli atti: a seguito del diniego del pubblico ministero, la nuova norma consente di sollecitare l'immediato intervento del giudice dell'udienza preliminare sulla qualificazione giuridica, prima della decorrenza del termine utile per incardinare il rito alternativo.

Le differenze con la disciplina previgente — secondo cui sarebbe stato necessario formulare una richiesta di patteggiamento per corruzione, rinnovandola, poi, in dibattimento nel caso di rigetto, con notevole dispendio di energie processuali — sono, dunque, evidenti.

In definitiva, per effetto della riforma, la definizione anticipata del processo si prospetta indubbiamente meno più agevole, poiché la richiesta difensiva di mutamento del titolo di reato può essere immediatamente recepita dal giudice, favorendo l'adozione di scelte deflattive da parte dell'imputato.

4. L'ampliamento dell'area di operatività dell'art. 131-bis c.p. — Da ultimo, sempre nell'ottica dell'incidenza della riforma sull'esercizio della funzione giurisdizionale, meritano una riflessione le modifiche introdotte in tema di

²⁷ Volendo approfondire il tema, v. A. BASSI, *Il controllo giurisdizionale sulla formulazione dell'imputazione nello sviluppo del procedimento penale*, cit., p. 3982 ss.; A. CORBO, *Questioni controverse nella giurisprudenza di legittimità*, in *Cass. pen.*, 2021, p. 8 ss.; G. LOZZI, *Enunciazione in forma non chiara e precisa del fatto imputato nella richiesta di rinvio a giudizio: conseguenze*, in *Dir. proc. pen.*, 2010, p. 417 ss.; A. PASTA, *Poteri del giudice dell'udienza preliminare sull'imputazione, incompatibilità e non prevedibili privilegi*, in *Cass. pen.*, 2017, p. 2940 ss.

particolare tenuità del fatto, istituto di fondamentale rilievo, disciplinato dall'art. 131-*bis* c.p., che consente di escludere — a fini deflattivi — la punibilità di fatti tipici, ma connotati da scarsa offensività²⁸.

La scelta del legislatore di elidere il limite edittale massimo — innalzando, però, nel contempo, quello minimo — risulta senza dubbio condivisibile, perché contribuisce ad ampliare le potenzialità operative dell'istituto²⁹.

Sarebbe stato auspicabile, tuttavia, sopprimere ogni forma di limitazione correlata all'astratta gravità del reato, così da affidare alla piena discrezionalità del giudice la valutazione in ordine al concreto disvalore della condotta del reo e all'effettiva entità della lesione cagionata al bene protetto dalla norma incriminatrice³⁰.

Ad esempio, per il delitto di peculato — punito con la pena edittale minima di quattro anni di reclusione — l'istituto non può operare, anche nelle ipotesi di minima gravità, in cui la sottrazione abbia riguardato beni di scarsissimo valore economico, ipotesi per le quali l'unica alternativa alla condanna resta la configurazione del reato impossibile ai sensi dell'art. 49 comma 2 c.p.

Nella stessa prospettiva, si sarebbero dovute espungere dall'art. 131-*bis* c.p. tutte le altre preclusioni che limitano, incomprensibilmente, le potenzialità applicative della disposizione, come la ricorrenza dell'aggravante dei futili motivi — che, peraltro, spesso connota proprio la realizzazione di fatti particolarmente tenui — oppure la prevista incompatibilità dell'istituto con talune fattispecie espressamente

²⁸ Per l'analisi di tale aspetto della riforma, v. E. ANDOLINA, *Gli strumenti di deflazione endo-processuale: prospettive applicative a seguito della riforma Cartabia*, in *Dir. pen. e processo*, 2022, p. 1367 ss.; D. BRUNELLI, *La tenuità del fatto nella riforma "Cartabia": scenari per l'abolizione dei minimi edittali?*, in *Sist. pen.*, 13 gennaio 2022; A. GULLO, *La particolare tenuità del fatto ex art. 131-bis c.p.: una figura sotto assedio*, in *Archivio penale*, 2021, n. 1, p. 1 ss.; V. MAFFEO, *Efficienza e deflazione processuale nella riforma dei procedimenti speciali (legge n. 134 del 2021 e d.lg. n. 150 del 2022)*, in *Cass. pen.*, 2023, p. 32 ss.; G. PANEBIANCO, *Riforma Cartabia: profili di diritto penale sostanziale - I nuovi confini della non punibilità per particolare tenuità del fatto*, in *Giur. it.*, 2023, p. 963 ss.; S. RICCARDI, *La nuova disciplina dell'art. 131-bis c.p. nel quadro della riforma Cartabia*, in *Leg. pen.*, 2 marzo 2023.

²⁹ Il legislatore ha recepito le indicazioni di illuminata dottrina, che proponeva di ancorare l'ambito di applicazione dell'istituto al minimo edittale della pena — non superiore a due anni — piuttosto che al massimo, valorizzando, inoltre, la condotta successiva al fatto ai fini del giudizio di tenuità (D. PULITANÒ, *La misura delle pene, fra discrezionalità politica e vincoli costituzionali*, in *Dir. pen. cont.-Riv. trim.*, 2017, fasc. 2, p. 48 ss.).

³⁰ In tal senso, cfr. A. CAVALIERE, *Considerazioni 'a prima lettura' su deflazione processuale, sistema sanzionatorio e prescrizione nella l. 27 settembre 2021 n. 134, c.d. Riforma Cartabia*, cit., p. 451 ss.

elencate — quali, ad esempio, la resistenza a pubblico ufficiale o l'oltraggio a magistrato in udienza — che ben potrebbero concretizzarsi, invece, in fatti di particolare tenuità.

Ancora una volta, la scarsa lungimiranza del legislatore ha finito per frustrare la virtualità di innovazioni che avrebbero potuto realmente migliorare il sistema penale, elevando la qualità della giurisdizione.

dirittifondamentali.it

Il diritto all'anonimato: analisi dell'istituto e della sua evoluzione nell'età della rivoluzione internetiana

di
Claudia Cipolloni*

Sommario: 1. Per una introduzione sul concetto di anonimato. – 2. Alla ricerca di un fondamento giuridico del diritto all'anonimato. – 3. Le conseguenze della rivoluzione internetiana sull'anonimato: evoluzione normativa e giurisprudenziale. – 4. Conclusioni.

1. Per una introduzione sul concetto di anonimato.

Nel mondo delle relazioni umane, scrivere di una mancanza non è mai cosa troppo semplice poiché può costringere l'Autore a misurarsi con il dolore di una perdita o, ancora, con il vuoto di un desiderio mai realizzato.

Ma anche in ambito scientifico indagare su un'"assenza" può destare non poche criticità, soprattutto se il concetto che ci si appresenta ad esaminare si definisce a partire da una privazione.

Nel caso di specie, infatti, "anonimato" è un termine che deriva dal greco, "α+ὄνομα", e può essere tradotto letteralmente come "senza nome". Da un punto di vista giuridico, quindi, l'anonimato presuppone la mancanza di un qualcosa che, comunemente e in prima battuta, viene utilizzato per identificare un soggetto e cioè il "nome", che appunto costituisce "parte essenziale ed irrinunciabile della [...] sfera personale"¹ di ciascuno.

* Ricercatrice di tipo A in Diritto costituzionale presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Teramo.

¹ V. Iuzzolino, *Il sé digitalizzato. Nome, Immagine, Identità*, in *Diritti digitali*, a cura di V. D'Antonio, Salerno, 2022, 107. Detto altrimenti, il "nome è il segno che identifica ogni persona e che permette di riferire ad ogni persona atti e vicende personali, anche se assente", così A.

Nell'ordinamento giuridico, il *diritto al nome* si configura come un *diritto della personalità* e perciò dotato dei connotati della *necessarietà*, della *imprescrittibilità*, della *assolutezza*, della *non patrimonialità* e della *indisponibilità*².

Tuttavia, l'attribuzione di un nome³ non assolve soltanto ad una funzione "privatistica", contribuendo a definire la sfera più personale e intangibile dell'individuo, ma anche ad una funzione "pubblicistica", trattandosi del principale strumento di identificazione sociale del singolo all'interno della collettività⁴ e per questo non modificabile "se non nei casi e con le formalità dalla legge indicati"⁵. A bene osservare, dunque, è proprio il concetto di "identità personale", di cui il nome costituisce forse il primo e principale attributo, ad esprimere questa ambivalenza - individuale e sociale - del processo di identificazione del singolo, implicando quest'ultimo la proiezione del *sè sociale* e dunque la rappresentazione della persona nel contesto delle relazioni sociali⁶.

Ora, è evidente come le coordinate di questo ragionamento siano destinate a mutare nel momento in cui l'autore di un certo pensiero o di una data condotta si avvalga dell'anonimato, impedendo (o rendendo più difficoltosa) la riconducibilità dell'azione alla sua persona⁷: "[n]ella accezione più generica del termine si può

Ricci, *Il diritto al nome*, in *Diritto all'anonimato. Anonimato, nome e identità personale*, a cura di G. Finocchiaro, *Trattato di Diritto commerciale e di Diritto pubblico dell'economia*, diretto da F. Galgano, vol. quarantottesimo, Padova, 2008, 78 s.

² Sulla riconducibilità del diritto al nome tra i diritti della personalità P.F. Grossi, *I diritti di libertà ad uso di lezioni*, I, 1, II ed. ampliata, Torino, 1991, 260 s.

³ Che, come disposto dall'art. 6, comma secondo, cod. civ., si compone di un prenome e di un cognome.

⁴ Cfr. A. Ricci, *Il diritto al nome*, in *Diritto all'anonimato. Anonimato, nome e identità personale*, cit., 77.

⁵ Art. 6, comma terzo, cod. civ. "Duplice, dunque, l'interesse che soddisfa il nome, quale segno di identificazione di ciascun individuo. All'interesse pubblico all'identificazione dei consociati si affianca, infatti, l'interesse privato a godere e a vedersi riconosciuta la propria identità attraverso l'uso del proprio nome", così A. Ricci, *Il diritto al nome*, in *Diritto all'anonimato. Anonimato, nome e identità personale*, cit., 83.

⁶ S. Niger, *Il diritto all'identità personale*, in *Diritto all'anonimato. Anonimato, nome e identità personale*, cit., 113 ss.

⁷ Per una distinzione sulla nozione formale e sostanziale di anonimato si v. E. Pelino, *La nozione di anonimo*, in *Diritto all'anonimato. Anonimato, nome e identità personale*, cit., 34 ss., il quale osserva: la nozione formale di anonimato "definisce "anonimo" lo scritto che manca dell'indicazione formale del nome dell'autore, o anche di un segno equipollente, come uno pseudonimo o una sigla di significato noto. (...) La seconda nozione invece, prescindendo da elementi strettamente formali, dà rilevanza a qualsiasi possibile collegamento tra uno scritto e

considerare «anonimo» ogni atto o rapporto di un soggetto di nome giuridicamente ignoto”⁸.

Tuttavia, di là dalle più specifiche e settoriali declinazioni dell’argomento (esplicabile in ambito civile, penale, amministrativo e, naturalmente, costituzionale), occorre in primo luogo domandarsi se l’anonimato possa costituire oggetto di un’autonoma pretesa giuridica, mediante il riconoscimento di un vero e proprio *diritto all’anonimato* (*ex se* rivendicabile *erga omnes*) o se, al contrario, la sua tutela appaia meramente strumentale alla protezione di altri beni e interessi costituzionalmente rilevanti.

Un interrogativo che, per il vero, è stato già risolto dalla prevalente dottrina nel senso di escludere la configurabilità dell’anonimato come un diritto soggettivo autonomo⁹, evidenziandosi piuttosto la sua *strumentalità* al godimento di altri diritti; il tema di cui si discorre impone perciò di essere indagato con maggiore accuratezza verificando, da un lato, la natura e lo spessore dei diritti in funzione dei quali può evincersi una esigenza di tutela dell’anonimato e, dall’altro, analizzando l’evoluzione della materia in virtù delle conseguenze scaturite dalla rivoluzione internettiana¹⁰ che, come noto, ha dischiuso nuovi e inediti scenari in tema di anonimato, potenziando enormemente le tecniche e gli strumenti di manifestazione di pensieri anonimi. È altrettanto noto, tuttavia, che la diffusione *online* di messaggi anonimi spesso degradi nella violazione dell’altrui diritto all’onore e alla reputazione individuale, per cui è avvertita in maniera sempre più impellente la necessità di fronteggiare ogni possibile abuso del ricorso

un autore dal quale esso proviene, di modo che soltanto di fronte ad un autore realmente ignoto l’enunciato può dirsi veramente “anonimo”: è la nozione sostanziale di anonimato. Secondo quest’ultimo approccio, perciò, lo scritto privo di firma potrebbe anche *non* essere anonimo”.

⁸ A. Candian, *Anonimato (diritto all’)*, in *Enc. Dir.*, Milano, 1958, vol. II., 500.

⁹ Sulla funzione “strumentale” dell’anonimato si v., *ex multis*, E. Morelato, *La protezione dell’anonimato nel diritto positivo vigente*, in *Diritto all’anonimato. Anonimato, nome e identità personale*, cit., 136 s.

¹⁰ “This has generated a social habit of anonymous speech. While in the material world people tend to identify themselves when they enter into relations with other persons, on the Internet this is not widespread practice”, così V. Zeno-Zencovich, *Anonymous speech on the Internet*, in A. Koltay (ed.), *Media Freedom and Regulation in the New Media World*, Budapest, 2014, 103-116, consultabile all’indirizzo <file:///C:/Users/User/Downloads/SSRN-id0'02487735.pdf>.

all'anonimato, per evitare che esso si traduca in uno strumento di irresponsabilità giuridica per l'autore di un illecito.

Di qui, la scelta di approfondire nelle pagine che seguiranno tanto la questione relativa alla ricerca di un fondamento giuridico dell'anonimato quanto l'evoluzione che tale situazione giuridica ha subito al confronto con lo sviluppo dei nuovi mezzi di informazione e comunicazione digitali, analizzando le azioni intraprese a livello ordinamentale per contrastare la proliferazione di reati anonimi.

2. Alla ricerca di un fondamento giuridico del diritto all'anonimato.

Poste le necessarie premesse a proposito della funzione, individualistica e sociale, ricoperta dal "nome" nell'ordinamento giuridico, appare ragionevole supporre che l'anonimato non possa godere di alcuna copertura giuridica¹¹ se concepito alla stregua di una mera facoltà dell'individuo di *non* esercitare il diritto al nome¹².

La ragione è presto detta: il mancato disvelamento del nome, infatti, ostacolerebbe il soddisfacimento di quella funzione di identificazione sociale che il legislatore ha attribuito al "nome", ascrivendo quest'ultimo tra i criteri di riconducibilità di una certa azione al suo autore. A bene osservare, quindi, il riconoscimento del diritto al nome, strettamente connesso alla definizione dell'identità personale di ciascuno, si pone come immediata e diretta esplicazione del più ampio e generale principio di

¹¹ In senso analogo D. Tassinari, *Diritto all'anonimato e diritto penale: un (possibile) oggetto di tutela o un vulnus per il law enforcement?*, in *Diritto all'anonimato. Anonimato, nome e identità personale*, cit., 182 ss.

¹² Così come qualificato invece da U. Breccia, *Commentario sub artt. 6-9*, in A. Pizzorusso, R. Romboli, U. Breccia, A. De Vita, *Delle persone fisiche*, in *Commentario Scialoja Branca*, Bologna, 1988, 441: "Si parla di un autonomo «diritto all'anonimato», ma, a ben vedere, il fenomeno può farsi rientrare nella fase dell'esercizio del «diritto al nome», ancorchè si tratti dell'aspetto negativo o omissivo di tale esercizio. L'anonimato di per sé è una scelta lecita del soggetto (talvolta strettamente connessa alla difesa di altri valori della persona, quali l'intimità o il riserbo)". Come osservato invece da P.F. Grossi, *I diritti di libertà ad uso di lezioni*, cit., 260 s., il diritto al nome "non può raffigurarsi quale una situazione di libertà, attesa la sua necessaria e non meramente eventuale funzione di strumento per la individuazione della persona (cfr. artt. 494 a 496 cod. pen.): ne deriva, infatti, da un lato la estensione della identica pretesa anche a favore di chi, pur non portandolo, abbia "un interesse fondato su ragioni familiari degne d'essere protette" (art. 8 cod. civ.); dall'altro, la mancanza nel suo titolare di un godimento in forma negativa, consistente nella possibilità del non farne uso".

responsabilità¹³, così come del principio della certezza del diritto (e dei rapporti giuridici) e, *last but not least*, del *principio personalista*¹⁴ che, come noto, si è astratto dalla tradizione individualistica liberale per concretizzare la persona nel contesto delle relazioni sociali, in un'ottica di reciprocità con gli altri individui¹⁵.

Tuttavia, se la ricostruzione di un autonomo diritto all'anonimato appare di dubbia ammissibilità, specie se configurato come un diritto all'oblio del proprio nome, non altrettanto può ritenersi per le ipotesi nelle quali la tutela dell'anonimato risulti strumentale alla garanzia di altri diritti e interessi costituzionalmente protetti, primo fra i quali il *diritto alla riservatezza*¹⁶, inteso nella sua accezione originaria di

¹³ “ ‘Responsabilità’ significa che un soggetto deve rendere conto sul piano umano, morale o giuridico, di fatti, attività, eventi di cui è autore o parte in causa, e subirne le conseguenze”, così A. Flamini, *Responsabilità civile e Costituzione*, in *Annali della Facoltà Giuridica dell'Università di Camerino*, n. 2/2013, 1, disponibile all'indirizzo https://afg.unicam.it/sites/afg.unicam.it/files/Flamini_Responsabilit%25C3%25A0.pdf.

¹⁴ Parimenti, D. Tassinari, *Diritto all'anonimato e diritto penale: un (possibile) oggetto di tutela o un vulnus per il law enforcement?*, cit., 184, osserva: “Se, come si è più sopra suggerito, l'attribuzione e l'utilizzo del nome costituisce un fondamentale aspetto della certezza (ed addirittura della genesi) dei rapporti giuridici interindividuali e dei rapporti Stato-cittadino, l'anonimato nella sua veste di diritto autonomo si pone, non già in linea, ma in contraddizione con i valori costituzionali; la conoscibilità del proprio nome da parte degli altri consociati, infatti, si configura come un fatto prodromico all'assolvimento dei doveri sociali a cui proprio l'art. 2 Cost. si riferisce”.

¹⁵ N. Bobbio, *Lezioni di filosofia del diritto. Corso dell'anno accademico 1940-1941*, a cura di M. La Torre, Soveria Mannelli, 2022, 42: “Chiamo persona l'individuo in relazione di reciprocità con altri individui. Persona è l'individuo non più ripiegato sopra se stesso, ma rivolto verso gli altri e quindi verso la società. In quanto individuo atteggiato socialmente, o individuo sociale, la persona è sintesi vivente di individualità e di socialità. Le esigenze dell'individuo e quelle della società trovano il loro punto di unificazione nell'individuo, che, anziché chiudersi in se stesso, si protende verso gli altri ed è dagli altri riconosciuto e ricambiato con un uguale protendersi degli altri verso di lui, nell'individuo che nel rapporto di reciprocità con gli altri individui, a lui uguali, cessa di essere un singolo e diventa una persona. Nella persona, individualità e socialità s'incontrano, la tensione storica tra individuo e società si acquieta”.

¹⁶ In verità, il diritto alla tutela della vita privata non è espressamente menzionato nella Carta costituzionale italiana; tuttavia, l'inviolabilità di questo diritto è stata riconosciuta in via ermeneutica sia nella giurisprudenza della Corte di Cassazione (si v. in particolare la sentenza n. 2129 del 1975) sia in quella della Corte costituzionale. Più esattamente, nella sentenza n. 38 del 1973, i giudici costituzionali, attraverso un'interpretazione sistematica ed estensiva degli artt. 2 e 3 Cost., annoverano il diritto al rispetto della riservatezza e dell'intimità tra i diritti inviolabili dell'uomo (p.to 2 del *Considerato in diritto*). Sulla enucleazione di “nuovi diritti” nella giurisprudenza costituzionale si v. più ampiamente S. Mangiameli, *Il contributo dell'esperienza costituzionale italiana alla dommatica europea della tutela dei diritti fondamentali*, in Id., *I diritti costituzionali: dallo Stato ai processi di integrazione*, Giappichelli, Torino, 2020, 169 ss., il quale annovera tra i cc.dd. “nuovi diritti” quelli relativi al proprio decoro, onore, rispettabilità, intimità, reputazione e riservatezza. Per un ulteriore e più accurato

“right to be let alone”¹⁷ o, più genericamente, di rispetto per la vita privata del soggetto, così come espressamente sancito all’art. 7 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea¹⁸ e all’art. 8 della Convenzione Edu¹⁹.

È in questa direzione che milita, ad esempio, la giurisprudenza costituzionale in materia di diritto all’anonimato della madre biologica²⁰. In particolare, già nella sentenza n. 425 del 2005, il giudice delle leggi avalla la scelta del legislatore, compiuta all’art. 28, comma 7, della legge n. 184 del 1983, di tutelare senza alcun tipo di limitazione (neppure temporale) l’anonimato della madre naturale anche nei riguardi del minore adottato che voglia ottenere alcune informazioni sulle proprie origini; a giudizio della Corte infatti “la scelta della gestante in difficoltà che la legge vuole favorire – per proteggere tanto lei quanto il nascituro – sarebbe

approfondimento sulla “copertura costituzionale” del diritto alla riservatezza si v. ancora S. Mangiameli, *Giuramento (formula del -)*, in *Novissimo Digesto italiano*, Appendice di aggiornamento, vol. III, Torino, 1982, 1034 ss.; Id., *Il giuramento dei non credenti davanti alla Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, n. 1/1980, 545 ss., ove, ragionandosi più in particolare sulla compatibilità della formula del giuramento con la tutela della riservatezza, si pone in evidenza come il “diritto a non rivelare le proprie convinzioni” costituisca “il fondamento per il riconoscimento del rango di «libertà costituzionalmente garantita» al diritto alla riservatezza, quanto meno sotto il più limitato aspetto della libertà negativa di manifestazione del pensiero” (559). Rispetto al collegamento tra la riservatezza e l’anonimato, scrive P. Costanzo, *Profili costituzionali di Internet*, in *I Problemi Giuridici di Internet. Dall’E-Commerce all’E-Business*, a cura di E. Tosi, terza ed., tomo primo, Milano, 2003, 77: “L’anonimato inoltre rappresenta il più efficace mezzo di protezione della riservatezza personale alla cui salvaguardia il nostro ordinamento ha consacrato (...) una complessa disciplina di protezione”.

¹⁷ Secondo la celebre definizione di S. D. Warren, L. D. Brandeis, *The Right to Privacy*, in *Harvard Law Review*, Dec. 15, 1890, Vol. 4, No. 5, 193.

¹⁸ Art. 7 CDFUE, Rispetto della vita privata e della vita familiare: “Ogni individuo ha diritto al rispetto della propria vita privata e familiare, del proprio domicilio e delle sue comunicazioni”.

¹⁹ Art. 8 CEDU, Diritto al rispetto della vita privata e familiare: “1. Ogni persona ha diritto al rispetto della propria vita privata e familiare, del proprio domicilio e della propria corrispondenza. 2. Non può esservi ingerenza di una autorità pubblica nell’esercizio di tale diritto a meno che tale ingerenza sia prevista dalla legge e costituisca una misura che, in una società democratica, è necessaria alla sicurezza nazionale, alla pubblica sicurezza, al benessere economico del paese, alla difesa dell’ordine e alla prevenzione dei reati, alla protezione della salute o della morale, o alla protezione dei diritti e delle libertà altrui”.

²⁰ Diversamente, non pare ammissibile il riconoscimento di un diritto all’anonimato in capo alla donna che abbia fatto ricorso all’applicazione di tecniche di procreazione medicalmente assistita, così come disposto, tra l’altro, dall’art. 9, comma 2, della legge n. 40 del 2004 (Norme in materia di procreazione medicalmente assistita): “La madre del nato a seguito dell’applicazione di tecniche di procreazione medicalmente assistita non può dichiarare la volontà di non essere nominata, ai sensi dell’articolo 30, comma 1, del regolamento di cui al [decreto del Presidente della Repubblica 3 novembre 2000, n. 396](#)”.

resa oltremodo difficile se la decisione di partorire in una struttura medica adeguata, rimanendo anonima, potesse comportare per la donna, in base alla stessa norma, il rischio di essere, in un imprecisato futuro e su richiesta di un figlio mai conosciuto e già adulto, interpellata dall'autorità giudiziaria per decidere se confermare o revocare quella lontana dichiarazione di volontà" (p.to 4 del *Considerato in diritto*).

In verità, la norma di cui sopra è stata dichiarata costituzionalmente illegittima con sentenza n. 278 del 2013²¹ nella parte in cui questa non prevedeva - attraverso un procedimento, stabilito dalla legge, che assicuri la massima riservatezza - la possibilità per il giudice, su richiesta del figlio, di interpellare la madre che avesse dichiarato di non voler essere nominata, rendendo di fatto irreversibile il segreto²². Tuttavia, nel ragionamento svolto dalla Corte, trova conferma il principio già enucleato nella precedente decisione a proposito del diritto all'anonimato della madre naturale: "Il nucleo fondante della scelta allora adottata si coglie, così, agevolmente, nella ritenuta corrispondenza biunivoca tra il diritto all'anonimato, in sé e per sé considerato, e la perdurante quanto inderogabile tutela dei profili di

²¹ Considerevole è la messe di annotazioni a commento della decisione: *ex plurimis*, S. Agosta, *Venire senza provenire: il diritto di accesso dell'adottato alle proprie origini nelle strettoie dell'anonimato materno*, *BioLaw Journal - Rivista di Biodiritto* (rivista.biodiritto.org), n. 1/2021, special issue; V. Baldini, *Diritti fondamentali e processi (a volte incompiuti...) di concretizzazione: il caso del diritto alla conoscenza dell'origine biologica nella giurisprudenza costituzionale tedesca ed italiana*, in *Diritti fondamentali*, n. 1/2014; B. Barbisan, *Apprendimento e resistenze nel dialogo fra Corte costituzionale e Corte di Strasburgo: il caso del diritto all'anonimato della madre naturale*, in *www.diritticomparati.it*, 2016; A. Ruggeri, *Famiglie, genitori e figli, attraverso il "dialogo" tra Corti europee e Corte costituzionale: quali insegnamenti per la teoria della Costituzione e delle relazioni interordinamentali?*, in *www.giurcost.org*, 2014; S. Stefanelli, *Reversibilità del segreto della partoriente e accertamento della filiazione*, in *Giur. cost.*, n. 5/2013, 4031 ss.; C. Masciotta, *La tutela dei diritti fondamentali tra Corte costituzionale e Corte edu alla prova di questioni eticamente controverse*, in *www.gruppodipisa.it*, 2016; E. Frontoni, *Il diritto del figlio a conoscere le proprie origini tra Corte EDU e Corte costituzionale. Nota a prima lettura sul mancato ricorso all'art. 117, primo comma, Cost., nella sentenza della Corte costituzionale n. 278 del 2013*, in *www.associazionedeicostituzionalisti.osservatorio.it*, 2013.

²² È bene altresì puntualizzare che la decisione della Corte costituzionale è intervenuta dopo che la Corte europea dei diritti dell'uomo, nella sentenza del 25 settembre 2012 (causa Godelli contro Italia) aveva riscontrato una violazione dell'art. 8 della CEDU nella parte in cui la normativa italiana non dava alcuna possibilità al figlio adottivo e non riconosciuto alla nascita di chiedere l'accesso ad informazioni non identificative sulle sue origini. In queste condizioni, la Corte ha ritenuto che l'Italia non avesse cercato di stabilire un equilibrio e una proporzionalità tra gli interessi delle parti in causa e avesse dunque oltrepassato il margine di discrezionalità che la normativa convenzionale comunque riconosce agli Stati in materia.

riservatezza o, se si vuole, di segreto, che l'esercizio di quel diritto inevitabilmente coinvolge. Un nucleo fondante che – vale la pena puntualizzare – non può che essere riaffermato, proprio alla luce dei valori di primario risalto che esso intende preservare” (p.to 4 del *Considerato in diritto*). Infatti, il fondamento costituzionale del diritto all'anonimato della madre biologica riposa “sull'esigenza di salvaguardare madre e neonato da qualsiasi perturbamento, connesso alla più eterogenea gamma di situazioni, personali, ambientali, culturali, sociali, tale da generare l'emergenza di pericoli per la salute psico-fisica o la stessa incolumità di entrambi e da creare, al tempo stesso, le premesse perché la nascita possa avvenire nelle condizioni migliori possibili” (p.to 4 del *Considerato in diritto*). In altre e più immediate parole, la garanzia del diritto all'anonimato si radica nell'esigenza di salvaguardare la vita e la salute della madre biologica e del bambino anche attraverso la tutela dei profili di riservatezza connessi alla genitorialità naturale.

Altrettanto chiaro è il legame che emerge tra la tutela del diritto all'anonimato e il diritto alla riservatezza nella legislazione in materia di stupefacenti e sostanze psicotrope di cui al D.P.R. n. 390 del 1990 laddove, all'art. 120, comma 3, è stabilito che “Gli interessati, a loro richiesta, possono beneficiare dell'anonimato nei rapporti con i servizi, i presidi e le strutture delle aziende unità sanitarie locali, e con le strutture private autorizzate ai sensi dell'articolo 116 nonché con i medici, gli assistenti sociali e tutto il personale addetto o dipendente”. Il comma 6 prevede inoltre che “Coloro che hanno chiesto l'anonimato hanno diritto a che la loro scheda sanitaria non contenga le generalità nè altri dati che valgano alla loro identificazione”; a tal fine, il comma 8 dispone che “Il modello di scheda sanitaria dovrà prevedere un sistema di codifica atto a tutelare il diritto all'anonimato del paziente e ad evitare duplicazioni di carteggio”.

Parimenti, il D.Lgs. n. 297 del 1994 (“*Approvazione del testo unico delle disposizioni legislative vigenti in materia di istruzione, relative alle scuole di ogni ordine e grado*”), all'art. 326, rubricato “Interventi a favore di alunni a rischio e di prevenzione delle tossicodipendenze”, riconosce l'assoluto rispetto all'anonimato per gli studenti che si rivolgano ai centri di informazione e consulenza eventualmente istituiti dai

provveditori agli studi, di intesa con i consigli di istituto e con i servizi pubblici per l'assistenza socio-sanitaria ai tossicodipendenti (comma 18)²³.

Neppure trascurabili sotto il profilo della strumentalità dell'anonimato alla salvaguardia di talune esigenze di riservatezza (ma anche, a bene osservare, per tutela della funzione pubblica e delle connesse politiche pubbliche, così come della liceità dei rapporti economici) sono le indicazioni provenienti dalla disciplina relativa al fenomeno del c.d. *whistleblowing*, ossia la pratica di segnalazione anonima di illeciti o irregolarità all'interno di aziende o enti pubblici. La fattispecie, anche all'esito delle recenti modifiche contenute nella Direttiva (UE) 2019/1937²⁴, dovrebbe consentire ai cc.dd. "informatori" o "whistleblowers" di denunciare violazioni di pubblico interesse (come, per esempio, quello inerente al buon andamento della pubblica amministrazione *ex art. 97 Cost.*) avvalendosi di un sistema di protezione che garantisca la riservatezza della propria identità, così da prevenire il rischio di indebite ritorsioni.

È bene tuttavia precisare come, oltre alla tutela del diritto alla riservatezza, l'anonimato possa rivestire un ruolo paradigmatico²⁵ per l'esercizio della più ampia e libera manifestazione del pensiero²⁶, consentendo a chiunque di diffondere le

²³ Per un migliore e più approfondito commento agli interventi legislativi qui sommariamente richiamati si rimanda a E. Morelato, *L'anonimato nella legislazione speciale sulle tossicodipendenze e sulla protezione degli studenti in stato di disagio*, in *Diritto all'anonimato. Anonimato, nome e identità personale*, cit., 137 ss.

²⁴ Direttiva (UE) 2019/1937 del Parlamento europeo e del Consiglio del 23 ottobre 2019 riguardante la protezione delle persone che segnalano violazioni del diritto dell'Unione. L'art. 1 chiarisce che lo scopo della direttiva è quello di "rafforzare l'applicazione del diritto e delle politiche dell'Unione in specifici settori stabilendo norme minime comuni volte a garantire un elevato livello di protezione delle persone che segnalano violazioni del diritto dell'Unione".

²⁵ S. Rodotà, *Una rete per i diritti*, in Id., *Il diritto di avere diritti*, Roma-Bari, 2012, 392: "L'anonimato si presenta così come una precondizione della libertà di manifestazione del pensiero, sì che non può essere considerato soltanto come una componente dello statuto del rifugiato, ma come un elemento costitutivo della versione digitale della cittadinanza, con i temperamenti resi necessari quando, ad esempio, si è di fronte alla necessità di tutelare le persone dalla diffamazione in rete".

²⁶ Ad affermare in maniera recisa che l'espressione del pensiero in forma anonima (*anonymous speech*) o tramite pseudonimo goda della protezione costituzionale accordata dal Primo Emendamento della Costituzione è stata la Corte Suprema degli Stati Uniti d'America la quale, sulla scorta di un'interpretazione ormai granitica della libertà di espressione, ha affermato che "*an author's decision to remain anonymous, like other decisions concerning omissions or additions to the content of a publication, is an aspect of the freedom of speech protected by the First Amendment*" (*McIntyre v. Ohio Elections Comm'n*, 514 U.S. 334, 342 (1995)). Del pari, seppure sotto diverso

proprie convinzioni senza il timore di persecuzioni o discriminazioni²⁷: “L’anonimato amplia quindi l’effettivo ed eguale godimento della libertà di pensiero da parte di tutti, permettendo a chiunque di esporre le proprie convinzioni nel *marketplace of ideas* senza timori di ritorsioni o di esclusioni”²⁸.

In particolare, la strumentalità dell’anonimato alla libertà di manifestazione del pensiero affiora, già nel passato e soprattutto a partire dal Settecento²⁹, con riferimento alla diffusione di opere letterarie e politiche, quando gli autori prediligevano l’occultamento del proprio nome o l’utilizzo di “pseudonimi-maschere”³⁰ per sfuggire alla scure della censura, per tutelarsi dalle ingerenze del pubblico potere o per altre ragioni di carattere personale (ad esempio per il timore di essere delegittimati dalla presentazione di una certa proposta editoriale³¹);

angolo visuale, la Corte europea dei diritti dell’uomo, nella decisione resa al caso *Standard Verlagsgesellschaft MbH c. Austria* del 7 dicembre 2021, ha ribadito l’importanza dell’anonimato per gli utenti di Internet al fine di favorire la più ampia e libera espressione di opinioni, informazioni e idee.

²⁷ G. M. Riccio, *Diritto all’anonimato e responsabilità civile del provider*, in L. Nivarra, V. Ricciuto, *Internet e il diritto dei privati. Persona e proprietà intellettuale nelle reti telematiche*, Torino, 2002, 27 s.: “Si è così ritenuto che, proteggendo l’anonimato, si potesse agevolare il completo sviluppo democratico, consentendo ai consociati di esprimere liberamente le proprie opinioni, senza il timore di eventuali ripercussioni. La garanzia che non sia svelata la propria identità favorirebbe, in particolare, i soggetti che, per condizioni economiche o sociali, si trovano in una posizione di svantaggio e di debolezza e che, per tali motivi, rischierebbero di essere discriminati per le loro opinioni”.

²⁸ Cfr. M. Manetti, *Libertà di pensiero e anonimato in Rete*, in *Osservatorio costituzionale*, marzo 2014, 3.

²⁹ Sul tema si v. l’ampia ricostruzione di L. Braidà, *L’autore assente. L’anonimato nell’editoria italiana del Settecento*, Bari-Roma, 2019.

³⁰ A differenza del nome civile, lo pseudonimo “è un mezzo particolare di identificazione circoscritto ad un settore di attività personale” (A. Ricci, *Il diritto al nome*, in *Diritto all’anonimato. Anonimato, nome e identità personale*, cit., 97) e può consistere o nell’utilizzo di un nome d’arte o di fantasia, ritenuto meglio adatto dall’autore a identificare la sua persona, ovvero nell’utilizzo di un nome-maschera, assolvendo in quest’ultimo caso ad una funzione di occultamento pari a quella dell’anonimato.

³¹ Così come accadeva con il genere letterario del romanzo. Infatti, come ricorda L. Braidà, *L’autore assente. L’anonimato nell’editoria italiana del Settecento*, cit., 163: “pur essendo un genere di grande successo a tutti i livelli sociali, il romanzo, com’è noto, fece fatica a trovare il riconoscimento della tradizione colta e, di conseguenza, a consentire che gli autori che si misuravano con questo genere nuovo vivessero con orgoglio la loro scelta. (...) Dello stesso tenore sarà il giudizio di Niccolò Tommaseo che, nel recensire la prima edizione dei *Promessi sposi* (1827), rimproverava ad Alessandro Manzoni di essersi «abbassato a donarci un romanzo». Scrivere un romanzo, ancora, nei primi decenni dell’Ottocento, era considerato, per un letterato colto, un’attività letteraria infamante, «un abbassamento» verso un genere volgare e troppo orientato a catturare il gusto dei ceti più bassi”.

senz'altro paradigmatica è l'avvenuta pubblicazione, tra il 1787 e il 1788, del *Federalist* da parte di Madison, Hamilton e Jay attraverso l'utilizzo dello pseudonimo *Publius*³² così come l'originaria pubblicazione in forma anonima, nel 1670, del *Trattato teologico-politico* di Spinoza.

Nel nostro ordinamento, il diritto dell'autore a rimanere anonimo ha trovato formale ed espresso riconoscimento nel r.d.l. n. 1950 del 1925 (*"Disposizioni sul diritto di autore"*) che, all'art. 14, disponeva³³: "L'autore ha il diritto di pubblicare l'opera con il suo nome, o anonima, o con uno pseudonimo. In questi due ultimi casi ha anche il diritto di rivelarsi quando gli piaccia, e di far riconoscere in giudizio la sua qualità di autore contro chiunque se la attribuisca".

Riferimenti espliciti a opere anonime e pseudonime sono contenuti anche nella legge n. 633 del 1941 (*"Protezione del diritto d'autore e di altri diritti connessi al suo esercizio"*) ove, all'art. 9, si stabilisce: "Chi abbia rappresentato, eseguito o comunque pubblicato un'opera anonima o pseudonima è ammesso a far valere i diritti dell'autore, finchè questi non si sia rivelato"; inoltre, l'art. 21 fa salvo il diritto dell'autore di un'opera anonima o pseudonima di "rivelarsi e di far riconoscere in giudizio la sua qualità di autore".

Tuttavia, sul piano della teoria generale, appare quantomeno problematica la questione della piena riconducibilità dell'anonimato entro l'alveo della garanzia costituzionale di cui all'art. 21 Cost., che tutela il diritto di ciascuno di "manifestare

³² Come precisato da F. Fantoni, *L'effetto «Publius». Problemi storiografici e vicende editoriali del «Federalist»*, in *Il Politico*, 1995, 652 s.: "La scelta di questo pseudonimo, peculiarità dei saggisti politici nel mondo anglosassone dell'epoca, fu operata da Alexander Hamilton; egli optando per quello di *Publius*, che aveva peraltro già utilizzato circa dieci anni prima del *Federalist*, dimostrò di conoscere bene la storia romana, fatto che non stupisce di certo dopo quanto ha scritto Bernard Bailyn, in quanto il riferimento è alla figura di Publio Valerio, detto Publicola, vissuto nell'epoca di profonda turbolenza che caratterizzò in Roma il passaggio dal regime monarchico a quello repubblicano. Lo pseudonimo scelto da Hamilton quindi rappresenta un esplicito riferimento alla figura storica del padre fondatore di uno Stato, incarna cioè l'aspetto positivo di chi difende una scelta nuova e di cambiamento, ma allo stesso tempo garantisce che essa è anche la via migliore per ottenere stabilità politica. Tutto questo inserito nel contesto storico americano degli anni 1787-1788 stava a significare che le scelte della Costituzione uscita da Filadelfia, e quindi della struttura politico-istituzionale in essa delineata, rappresentavano l'unica possibilità di far nascere una nuova comunità politica nelle ex-colonie britanniche".

³³ La disposizione è stata successivamente abrogata dal Decreto legge n. 200 del 2008, convertito con modificazioni con legge n. 9 del 2009.

liberamente il proprio pensiero". E infatti, sebbene "anche le manifestazioni anonime [siano] manifestazioni personali sia pure non contrassegnate da quei marchi delle persone che sono nome e cognome, ed anche di esse si può controllare se veramente manifestino il pensiero di una persona"³⁴, non può trascurarsi l'osservazione che il ricorso all'anonimato appare di difficile inquadramento specie se praticato nell'ambito della libertà di stampa, per l'esercizio della quale i Costituenti hanno introdotto peculiari obblighi di trasparenza in tema di individuazione dei soggetti responsabili di una pubblicazione anche se diversi dal suo autore (demandando alla legge la statuizione della relativa e puntuale disciplina)³⁵.

Ed è sempre nel quadro del rapporto tra il senso di responsabilità e la libertà dei cittadini che si colloca la previsione di cui al quinto comma dell'art. 21, a norma del

³⁴ C. Esposito, *La libertà di manifestazione del pensiero nell'ordinamento italiano*, Milano, 1958, 9. Sempre sull'argomento, M. Manetti, *Libertà di pensiero e anonimato in Rete*, cit., 9, afferma: "sembra ultroneo ritenere che siccome l'art. 21 Cost. protegge soltanto il pensiero autenticamente proprio, il parlante sia anche obbligato ad identificarsi esplicitamente per poter fruire della tutela costituzionale. In altri termini, se è vero che il pensiero soggettivamente falso può essere vietato da legislatore, ciò non vale a mio avviso per il pensiero espresso in forma anonima, perché esso non costituisce di per sé una frode". *Contra* M. Betzu, *Anonimato e responsabilità in internet*, in *Costituzionalismo.it*, n. 2/2011, 3: "L'attributo "proprio" esclude dall'alveo della tutela costituzionale le manifestazioni del pensiero altrui, delle quali il soggetto non abbia deciso di appropriarsi. La specificazione contenuta nel testo dell'articolo implica, infatti, che la garanzia costituzionale concerne le espressioni che, corrispondendo alle sue interiori persuasioni, egli abbia fatto proprie. Ne deriva che la libertà di manifestazione del pensiero non copre le comunicazioni che l'autore non permette di riconoscere come proprie, e quindi non solo quelle «subiettivamente false», ma anche quelle anonime. Soltanto l'identificazione del soggetto consente di ricondurre la manifestazione del pensiero al suo autore, in modo da accertare la corrispondenza tra la manifestazione e il pensiero. Operazione, questa, non possibile allorché il pensiero sia espresso in forma anonima, venendo meno in tal caso ogni criterio utile a riempire di contenuto l'attributo "proprio". Nella manifestazione del pensiero in forma anonima è lo stesso agente, infatti, a voler recidere il collegamento tra il pensiero oggettivo nella dichiarazione e la sua persona. Il logico corollario di tale soluzione è duplice: non esiste, a livello costituzionale, un diritto all'anonimato *tout court*; l'anonimato non è una modalità costituzionalmente tutelata della libertà di manifestazione del pensiero".

³⁵ E infatti, così come recita l'art. 21, terzo comma, Cost.: "Si può procedere a sequestro soltanto per atto motivato dell'autorità giudiziaria nel caso di delitti, per i quali la legge sulla stampa espressamente lo autorizzi, o nel caso di violazione delle norme che la legge stessa prescriva per l'indicazione dei responsabili".

quale: “La legge può stabilire, con norme di carattere generale, che siano resi noti i mezzi di finanziamento della stampa periodica”³⁶.

Ciò sulla base della convinzione, espressa fra gli altri dall'onorevole *Lelio Basso*, che “La libertà comporta sempre una responsabilità. Chi vuole avere la libertà deve assumersi la responsabilità degli atti che può compiere; quindi le pubblicazioni che non rispettano questa disposizione (quando cioè si omette il nome del gerente, oppure quando esce un libro senza indicazione dello stampatore) portano alla negazione della responsabilità e allora non si può riconoscere per esse la libertà, dato che si è ammesso il principio che la libertà è connessa con la responsabilità”³⁷.

Peraltro, ad un'attenta lettura dei lavori dell'Assemblea costituente, emerge chiaro il principio che il legame tra libertà di stampa e responsabilità non riguarda soltanto la stampa periodica, per la quale emerge la figura del gerente responsabile, ma anche la stampa in generale, individuandosi nello stampatore il soggetto responsabile della pubblicazione³⁸.

Di questo si trae conferma anche dall'esame della legge n. 47 del 1948 (“Disposizioni sulla stampa”) che, all'art. 2, stabilisce: “Ogni stampato deve indicare il luogo e l'anno della pubblicazione, nonché il nome e il domicilio dello stampatore e, se esiste, dell'editore. I giornali, le pubblicazioni delle agenzie d'informazioni e i periodici di qualsiasi altro genere devono recare la indicazione: del luogo e della data della pubblicazione del nome e del domicilio dello stampatore; del nome del proprietario e del direttore o vice direttore responsabile”.

³⁶ On. L. Basso, *Intervento*, in *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori dell'Assemblea Costituente*, vol. I, *Camera dei Deputati – Segretariato Generale*, Roma, 1970, seduta del 10 aprile 1947, 756: “Io credo che questa norma vada collegata nel quadro accennato di un rapporto fra il senso di responsabilità e la libertà dei cittadini. È giusto che sia riconosciuta la libertà di stampa; è giusto però che questa libertà sia accompagnata dalle responsabilità che non sono soltanto le responsabilità di colui che firma, ma sono anche le responsabilità di colui che finanzia e di colui che dà le notizie che si pubblicano. Credo che questa sia una nuova conquista della libertà di stampa”.

³⁷ On. L. Basso, *Intervento*, in *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori dell'Assemblea Costituente*, vol. IV, *Commissione per la Costituzione, Camera dei Deputati – Segretariato Generale*, Roma, 1970, seduta del 26 settembre 1946, prima Sottocommissione della Commissione per la Costituzione, 436.

³⁸ A tal riguardo, si v. la discussione tenutasi nella seduta del 26 settembre 1946 presso la prima Sottocommissione della Commissione per la Costituzione.

Tale disposizione deve essere interpretata in combinato disposto, fra gli altri, con l'art. 16 che, nel sanzionare la stampa clandestina, al secondo comma punisce "chiunque pubblica, uno stampato non periodico, dal quale non risulti il nome dell'editore nè quello dello stampatore o nel quale questi siano indicati in modo non conforme al vero".

Tuttavia, pur affermandosi l'esistenza di questo legame tra libertà e responsabilità, non può dubitarsi che il pensiero anonimo, purchè non travalichi in ipotesi delittuose (come, ad esempio, la diffamazione (art. 595 c.p.), l'ingiuria³⁹, la calunnia (art. 368 c.p.) o ancora l'istigazione a delinquere (art. 414 c.p.)), rientri a pieno titolo nella libertà di manifestazione del pensiero per la quale, nella comunità, il pensiero anonimo ha lo stesso valore del pensiero identificato: le ragioni di simile tutela possono rinvenirsi nella circostanza che, pur essendo l'ordinamento costituzionale regolato secondo il principio della più ampia libertà di manifestazione del pensiero, alcune esternazioni potrebbero risultare scomode o altrimenti considerate pericolose per la stabilità sociale dei modi di pensare e per gli atteggiamenti escludenti o ritorsivi che il potere potrebbe assumere nei confronti dei singoli; inoltre - e non è questione di poco momento - i portatori di taluni pensieri potrebbero essere avversati semplicemente perché le loro manifestazioni risultano contrarie al pensiero dominante di un determinato gruppo (si pensi alle linee di opinione che si identificano nel *politically correct*), per cui ne potrebbero derivare marcate forme di discriminazione sociale e/o politica.

Ne consegue che la tutela della libera circolazione di pensieri anonimi, anche e soprattutto se socialmente o politicamente "sconvenienti", costituisce uno strumento per garantire sia l'autore da eventuali ricadute negative conseguenti alla manifestazione del proprio pensiero, sia la libertà e l'autorevolezza del pensiero in sé.

Alla luce di quanto sinora osservato, l'insegnamento che sembra potersi desumere a proposito del rapporto tra l'anonimato e l'art. 21 Cost. non pare quantomeno

³⁹ Il reato di ingiuria, originariamente disciplinato all'art. 594 c.p., è stato depenalizzato dal D.Lgs. n. 7 del 2016.

muovere nel segno di una totale inammissibilità dell'istituto (prospettandosi l'assoluto divieto per l'individuo di esprimersi in forma anonima) ma, piuttosto, nell'esigenza di un suo *temperamento*⁴⁰, per evitare che la manifestazione di un pensiero anonimo, lesivo dell'altrui dignità, possa tradursi in uno strumento di irresponsabilità giuridica per il suo autore⁴¹; una esigenza che, all'epoca dei Padri costituenti, è stata avvertita con maggiore impellenza per il caso delle pubblicazioni a stampa e non solo, come è facile intuire, perché la stampa costituiva allora il principale strumento di manifestazione del pensiero (oltre alla parola), ma anche perché i Costituenti mostrarono una più acuta sensibilità al tema della funzione assolta dalla stampa: "La stampa esercita una funzione importantissima: essa educa il popolo, dà idee al popolo, crea stati d'animo, sentimenti, opinioni e quindi deve essere retta da persone probe e incorrotte, che abbiano un alto senso di responsabilità, un alto senso del dovere e non si azzardino con la massima leggerezza a calunniare, per distruggere con la calunnia la personalità di cittadini onesti. La dignità della persona umana esige questa grande tutela, e un grande senso di responsabilità negli uomini preposti all'esercizio di questa nobile attività della stampa. Quindi, la legislazione ordinaria deve far sì che

⁴⁰ Come ritenuto anche da P. Caretti, A. Cardone, *Diritto dell'informazione e della comunicazione nell'era della convergenza*, Bologna, 2019, 256 s.: "Pare difficile affermare che, siccome l'art. 21 Cost. protegge soltanto il pensiero autenticamente proprio, il parlante sia anche obbligato a identificarsi esplicitamente, per poter fruire della tutela costituzionale. se è, infatti, vero che il pensiero soggettivamente falso può essere vietato dal legislatore, ciò non vale per il pensiero espresso in forma anonima, perché esso non costituisce di per sé un falso. Sembra, però, problematica anche la soluzione opposta, secondo la quale la scelta di diffondere il pensiero in forma anonima atterrebbe alla libertà di formulare il contenuto del messaggio – in quanto scelta di dire o di tacere alcunché – e godrebbe pertanto del massimo livello di protezione costituzionale. La soluzione più corretta pare quella intermedia, tutta interna ai limiti della garanzia costituzionale dell'art. 21 Cost. e al bilanciamento tra libertà di espressione e (contro)diritti costituzionali della persona quali titoli su cui fondare nei casi concreti l'obbligo di identificazione degli autori".

⁴¹ In senso analogo sembra muovere il ragionamento di M. Manetti, *Libertà di pensiero e anonimato in Rete*, cit., 9 s., la quale, pur ritenendo che anche la manifestazione di un pensiero anonimo possa rientrare nell'alveo della garanzia costituzionale di cui all'art. 21 Cost., ritiene inesatta la tesi "secondo la quale la scelta di diffondere il pensiero in forma anonima atterrebbe alla libertà di formulare il contenuto del messaggio – in quanto scelta di dire o di tacere alcunché – e godrebbe pertanto del massimo livello di protezione costituzionale. In contrario si deve osservare che altro è il contenuto del messaggio (protetto, a meno che non sia subbiettivamente falso), altro è l'anonimato dell'autore, che deve essere garantito ma anche temperato con la necessità di individuare i responsabili di eventuali illeciti".

la stampa, pane quotidiano dello spirito del popolo, nutrisca lo spirito, ma non lo avveleni”⁴².

Ora, nell’età della rivoluzione informatica, è evidente come una simile esigenza di *contemperamento* si appresti soprattutto per la diffusione di messaggi anonimi a mezzo *Internet*; difatti, è senz’altro noto che la rete, oltre a costituire oggi il più importante strumento di comunicazione, conferisca alle informazioni e ai contenuti in esso pubblicati “una capacità di permanenza e di volatilità del tutto particolari”⁴³, attribuendo loro un carattere di *viralità* che risulta invece estraneo ai tradizionali mezzi di diffusione del pensiero.

Di qui, la necessità di tutelare la persona contro la diffusione di messaggi anonimi dal contenuto diffamatorio o comunque offensivo dell’altrui dignità, suscettibili di recidere quel legame tra libertà e responsabilità che i Padri costituenti hanno invece posto a fondamento dell’esercizio della più ampia e libera manifestazione del pensiero.

Ciò sul presupposto, ampiamente ribadito nella giurisprudenza della Corte costituzionale, che “anche le libertà cosiddette privilegiate”⁴⁴- come appunto la libertà di manifestazione del pensiero - “non possono sottrarsi ai principi generali dell’ordinamento giuridico, i quali impongono limiti naturali all’espansione di qualsiasi diritto”⁴⁵; perciò, “la tutela costituzionale dei diritti ha sempre un limite insuperabile nell’esigenza che, attraverso l’esercizio di essi non vengano sacrificati beni ugualmente garantiti dalla Costituzione”⁴⁶, proprio come la reputazione della persona che costituisce un diritto inviolabile ai sensi dell’art. 2 Cost., connesso a doppio filo con la stessa dignità umana.

D’altronde, come affermava anche *Carlo Esposito*, “tra le limitazioni tradizionali della libertà di manifestazione del pensiero sono ammesse dalla Costituzione

⁴² On. U. Damiani, *Intervento*, in *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori dell’Assemblea Costituente*, vol. I, *Camera dei Deputati – Segretariato Generale*, Roma, 1970, seduta dell’8 marzo 1947, 280.

⁴³ Così M. N. Campagnoli, *Social media e information disorder: questioni di ecologia comunicativa in Rete (Parte Terza – Il revenge porn)*, in *Dirittifondamentali.it*, n. 3/2020, 307.

⁴⁴ Corte costituzionale, sentenza n. 25 del 1965, p.to 3 del *Considerato in diritto*.

⁴⁵ Corte costituzionale, sentenza n. 25 del 1965, p.to 3 del *Considerato in diritto*.

⁴⁶ Corte costituzionale, sentenza n. 19 del 1962.

quelle relative all'onore della persona, quando essa proclama la pari dignità sociale dei cittadini. Questa proclamazione pretende infatti, precisamente, che la società e ciascun membro di essa non si elevi mai, in buona o in mala fede, a giudice delle altrui indegnità e che non esprima con gli atti o con le parole, direttamente o attraverso il riferimento di determinati fatti ritenuti spregevoli, valutazioni negative sulle persone"⁴⁷.

3. Le conseguenze della rivoluzione internetiana sull'anonimato: evoluzione normativa e giurisprudenziale.

Come diffusamente accennato, l'espansione del mondo digitale ha contribuito a restituire nuovo slancio all'esercizio dell'anonimato, offrendo agli utenti nuovi e inediti strumenti attraverso i quali occultare - seppure in modo raramente assoluto - la propria identità.

In particolare, nella ricostruzione di alcuni autori statunitensi sembra emergere un legame pressoché inestricabile tra la garanzia dell'anonimato in *Internet* e la tutela della più ampia e libera manifestazione del pensiero⁴⁸: *"Anonymous and pseudonymous speech on the Internet forms a part of the rich tradition of such speech in prior media, including print, and is entitled to the same First Amendment protections. Legislation against anonymity threatens to end that rich tradition and should be opposed"*⁴⁹.

L'idea della "rete" come di uno spazio incontaminato di libertà⁵⁰, metaforicamente definita come il *free marketplace of ideas*, avrebbe dunque incentivato un utilizzo

⁴⁷ C. Esposito, *La libertà di manifestazione del pensiero nell'ordinamento italiano*, cit., 44 s.

⁴⁸ Come posto in evidenza anche da G. Resta, *Anonimato, responsabilità e identificazione nei rapporti online: prospettive di diritto comparato*, in V. Barsotti (a cura di), *Quaderni del Dottorato fiorentino in Scienze Giuridiche. Libertà di informazione, nuovi mezzi di comunicazione e tutela dei diritti. Seminario conclusivo del Dottorato in Scienze Giuridiche, Firenze, 9 giugno 2014*, Ravenna 2015, 196: "L'anonimato è visto come uno strumento effettivo, spesso indispensabile, di esplicitazione del pensiero, e ciò tanto più nello spazio cibernetico, ove sembra realizzarsi l'utopia del perfetto *marketplace of ideas*. Pertanto la sua compressione è percepita come un *vulnus* per la garanzia scolpita nel Primo Emendamento della Costituzione".

⁴⁹ J. D. Wallace, *Nameless in Cyberspace Anonymity on the Internet*, in *Cato Institute Briefing Papers*, no. 54, December 8, 1999.

⁵⁰ Tuttora emblematiche risuonano le parole scolpite da John Perry Barlow nella sua *Dichiarazione sull'Indipendenza del Cyberspazio*: "Governments of the Industrial World, you

alquanto massiccio dell'anonimato da parte dell'utente, nella convinzione "di agire senza essere tracciato, libero di gestire la propria identità online e adattarla al contesto desiderato"⁵¹.

Peraltro, in un ambiente connotato dalla diffusione di tecnologie di sorveglianza sempre più penetranti e invasive, nell'ambito del quale il dato costituisce la fonte di maggiore profitto della *new economy* del digitale, l'anonimato è percepito altresì come uno strumento di protezione del diritto alla riservatezza e del diritto all'autodeterminazione informativa degli utenti contro le derive del "capitalismo della sorveglianza"⁵².

Ed è esattamente in questa prospettiva che una prima enucleazione dell'anonimato può essere rinvenuta nel D.Lgs. 30 giugno 2003, n. 196 (Codice in materia di protezione dei dati personali) che all'art. 4, comma 1, lett. n)⁵³, definiva il "dato anonimo" come quel "dato che in origine, o a seguito di trattamento, non può essere associato ad un interessato identificato o identificabile".

wearry giants of flesh and steel, I come from Cyberspace, the new home of Mind. On behalf of the future, I ask you of the past to leave us alone. You are not welcome among us. You have no sovereignty where we gather" (v. però criticamente S. Mangiameli, *La sovranità digitale*, in *dirittifondamentali.it*, n. 3/2023, 279 ss.).

⁵¹ R. Brighi, F. Di Tano, *Identità, anonimato e condotte antisociali in Rete. Riflessioni informatico-giuridiche*, in *Riv. fil. Dir.*, n. 1/2019, 193.

⁵² Secondo la nota espressione di S. Zuboff, *Il capitalismo della sorveglianza. Il futuro dell'umanità nell'era dei nuovi poteri*, trad. it., Roma, 2019. In argomento si v. più estesamente D. Lyon, *L'occhio elettronico. Privacy e filosofia della sorveglianza*, Milano, 1997; M. Michetti, *Sorveglianza*, voce, in *Cento e una voce di informatica giuridica*, a cura di A.C. Amato Mangiameli, G. Saraceni, Torino, 2023; S. Niger, *Sorveglianza e nuovi diritti di libertà*, in *Trattato di Diritto commerciale e di Diritto pubblico dell'economia*, diretto da F. Galgano, vol. quarantottesimo, *Diritto all'anonimato. Anonimato, nome e identità personale*, a cura di G. Finocchiaro, Padova, 2008; P.B. Helzel, *Dataveglianza*, voce in *Cento e una voce di informatica giuridica*, a cura di A.C. Amato Mangiameli, G. Saraceni, Torino, 2023; Z. Bauman, D. Lyon, *Sesto potere. La sorveglianza nella modernità liquida*, Bari-Roma, 2013; G. Travers, *La società della sorveglianza. Fase ultima del liberalismo. Dopo il pass sanitario, è in arrivo un controllo sociale mondiale?*, Firenze, 2022; R. Curcio, *Il capitalismo cibernetico. Dopo il panottico, oltre la sorveglianza*, Roma, 2022; P. Perri, *Sorveglianza elettronica, diritti fondamentali ed evoluzione tecnologica*, Milano, 2020; D. Calenda, C. Fonio (a cura di), *Sorveglianza e società*, Roma, 2009.

⁵³ Successivamente abrogato dal D.Lgs. n. 101 del 2018, recante "Disposizioni per l'adeguamento della normativa nazionale alle disposizioni del regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 aprile 2016, relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la direttiva 95/46/CE (regolamento generale sulla protezione dei dati)".

Parimenti, la *Dichiarazione dei diritti in Internet*, approvata il 28 luglio 2015 dalla *Commissione per i diritti e i doveri in Internet* istituita presso la Camera dei Deputati, all'art. 10, comma 1, ha espressamente riconosciuto la protezione dell'anonimato⁵⁴, affermando che "ogni persona può accedere alla rete e comunicare elettronicamente usando strumenti anche di natura tecnica che proteggano l'anonimato ed evitino la raccolta di dati personali, in particolare per esercitare le libertà civili e politiche senza subire discriminazioni o censure".

Analogamente, la centralità rivestita dall'anonimato per la protezione dei dati personali affiora palmare anche dall'analisi della normativa europea che, attraverso il Regolamento (UE) 2016/679 (*GDPR*), ha codificato una sottile ma fondamentale distinzione tra il fenomeno dell'*anonimizzazione* e quello della *pseudonimizzazione*. A tal riguardo, il Regolamento specifica, al *Considerando* 26, che i principi in materia di protezione dei dati personali non si applicano alle informazioni "anonime", vale a dire alle "informazioni che non si riferiscono a una persona fisica identificata o identificabile o a dati personali resi sufficientemente anonimi da impedire o da non consentire più l'identificazione dell'interessato". L'anonimizzazione è dunque un procedimento per effetto del quale il dato non dovrebbe consentire (e qui il condizionale è d'obbligo) alcuna forma di identificazione personale, recidendosi ogni collegamento tra una persona fisica e il dato che la riguarda. Piuttosto, i principi contenuti nel Regolamento trovano applicazione nei confronti di tutte le informazioni sottoposte a pseudonimizzazione, e cioè nei confronti di tutti quei dati che, mediante l'ausilio di varie tecniche, potrebbero essere ricondotti a una persona fisica⁵⁵, tenuto conto dei costi, del tempo necessario per l'identificazione ma anche delle tecnologie disponibili (criterio di ragionevolezza)⁵⁶.

⁵⁴ Sebbene sia doveroso specificare come la Dichiarazione sia priva di ogni efficacia giuridicamente vincolante.

⁵⁵ Come spiegato da L. Prosia, *Dato personale*, voce in A. C. Amato Mangiameli, G. Saraceni (a cura di), *Cento e una voce di informatica giuridica*, cit., 152, "essendo questa tecnica fondata sulla semplice sostituzione di un dato identificativo con un 'dato mascherato', dunque non immediatamente intellegibile, è solo resa più complessa l'identificazione, restando pur sempre possibile risalire dal dato pseudonimo alla persona".

⁵⁶ Sul punto occorre segnalare una recente pronuncia della Corte di Giustizia la quale, con la sentenza del 26 aprile 2023 resa nella causa T-557/20, ha affermato che un dato personale possa

Ciò premesso, occorre tuttavia domandarsi se la disciplina nazionale e sovranazionale, qui sommariamente richiamata, possa ritenersi sufficientemente adeguata per la protezione dell'anonimato o se, al contrario, residuano dubbi e incertezze per ciò che attiene al suo ambito di applicazione e di efficacia.

E infatti, molteplici sono le criticità che si affacciano ad una lettura anche soltanto preliminare della questione soprattutto se si considera come ad oggi, da un punto di vista tecnico, sia sempre più difficile parlare dell'esistenza di un anonimato assoluto in rete, tali e tanti sono gli strumenti di monitoraggio dei segnali elettronici - esperiti tanto dai pubblici quanto dai poteri privati - da rendere di fatto irrealistica l'idea che un dato possa risultare perfettamente anonimo⁵⁷.

In verità, questa problematica può essere diversamente trattata se si guarda allo scopo cui possono essere destinate le odierne tecniche di "disvelamento" dell'anonimato: in particolare, se l'obiettivo ultimo del tracciamento consiste nello svolgimento di una indiscriminata e irragionevole attività di controllo è giocoforza attribuire una valenza recisamente negativa alla mancanza di una più concreta protezione dell'anonimato; diversamente, la prospettiva cambia se i congegni di identificazione dell'autore di un pensiero anonimo siano funzionali all'individuazione del soggetto responsabile di un contenuto diffamatorio o comunque lesivo dell'altrui dignità⁵⁸.

È evidente infatti come l'anonimato possa atteggiarsi al contempo sia come uno strumento di protezione di taluni diritti e libertà fondamentali sia come un *escamotage* per eludere l'attribuzione di una responsabilità giuridica scaturente dalla diffusione di un contenuto illecito, per cui si rende necessario elaborare un

essere qualificato come anonimo e non semplicemente pseudonomizzato anche quando il terzo a cui siano trasmessi i dati personali, a prescindere dalle caratteristiche possedute da questi ultimi, non dispongano dei mezzi necessari per avere accesso alle informazioni atte a re-identificare le persone; dunque, il principio di diritto enucleato dalla CGUE muove nella direzione di ritenere che se il destinatario della trasmissione dei dati non disponga di informazioni o strumenti che gli consentano di identificare gli interessati, i dati trasmessi sono considerati come dati anonimi e quindi non rappresentano dati personali, restando quindi esclusi dall'ambito di applicazione dei principi in materia di *data protection*.

⁵⁷ Sulla problematica qui solo rapidamente accennata F. Buccafurri, *Anonimato in rete, che problema: perché non sempre è garantito e possibili soluzioni*, in *agendadigitale.eu*, 5 maggio 2021.

⁵⁸ Scongiurando così il pericolo che l'autore di un illecito possa divenire l'"uomo invisibile"; l'espressione è tratta da A. Pace, *Intervento*, in *Riv. dir. cost.*, 1998, 341.

sistema di regole atte a reprimere o a sanzionare qualsiasi forma di abuso dell'anonimato⁵⁹.

A tal proposito, è bene sottolineare come diverse siano le tecniche di *disclosure* impiegate dalle autorità giudiziarie: tra queste, giova senz'altro ricordare il rimedio del *John Doe subpoena* utilizzato dalle Corti statunitensi⁶⁰ o, per ciò che riguarda più da vicino l'ordinamento interno, gli strumenti di identificazione di soggetti implicati nella produzione e distribuzione di prodotti e servizi che costituiscano una violazione dei diritti della proprietà intellettuale (si v. artt. 156 *bis*⁶¹ e 156 *ter*⁶² della legge n. 633 del 1941).

⁵⁹ In senso analogo P. Costanzo, *Profili costituzionali di Internet*, cit., 77 s.: "Occorre tuttavia rilevare come la nostra Costituzione mostri di collegare al fenomeno diffusivo un principio di responsabilità che sembra in netto contrasto con il ricorso all'anonimato. In questo senso, se può ritenersi plausibile che l'identità personale dei diffusori non sia sempre e immediatamente rilevabile da chiunque (c.d. anonimato protetto), del tutto legittima risulterebbe una disciplina intesa a prevedere modalità sia di tipo preventivo, sia di tipo successivo idonee ad identificare l'autore della diffusione".

⁶⁰ In argomento si v. più ampiamente N. Gleicher, *John Doe Subpoenas: Toward a Consistent Legal Standard*, in *The Yale Law Journal*, 2008.

⁶¹ "1. Qualora una parte abbia fornito seri elementi dai quali si possa ragionevolmente desumere la fondatezza delle proprie domande ed abbia individuato documenti, elementi o informazioni detenuti dalla controparte che confermino tali indizi, essa può ottenere che il giudice ne disponga l'esibizione oppure che richieda le informazioni alla controparte. Può ottenere altresì, che il giudice ordini alla controparte di fornire gli elementi per l'identificazione dei soggetti implicati nella produzione e distribuzione dei prodotti o dei servizi che costituiscono violazione dei diritti di cui alla presente legge. 2. In caso di violazione commessa su scala commerciale il giudice può anche disporre, su richiesta di parte, l'esibizione della documentazione bancaria, finanziaria e commerciale che si trovi in possesso della controparte. 3. Il giudice, nell'assumere i provvedimenti di cui ai commi 1 e 2, adotta le misure idonee a garantire la tutela delle informazioni riservate, sentita la controparte. 4. Il giudice desume argomenti di prova dalle risposte che le parti danno e dal rifiuto ingiustificato di ottemperare agli ordini".

⁶² "1. L'autorità giudiziaria sia nei giudizi cautelari che di merito può ordinare, su istanza giustificata e proporzionata del richiedente, che vengano fornite informazioni sull'origine e sulle reti di distribuzione di merci o di prestazione di servizi che violano un diritto di cui alla presente legge da parte dell'autore della violazione e da ogni altra persona che: a) sia stata trovata in possesso di merci oggetto di violazione di un diritto, su scala commerciale; sia stata sorpresa a utilizzare servizi oggetto di violazione di un diritto, su scala commerciale; b) sia stata sorpresa a fornire su scala commerciale servizi utilizzati in attività di violazione di un diritto; c) sia stata indicata dai soggetti di cui alle lettere a) o b) come persona implicata nella produzione, fabbricazione o distribuzione di tali prodotti o nella fornitura di tali servizi. 2. Le informazioni di cui al comma 1 possono tra l'altro comprendere il nome e indirizzo dei produttori, dei fabbricanti, dei distributori, dei fornitori e degli altri precedenti detentori dei prodotti o dei servizi, nonché dei grossisti e dei dettaglianti, nonché informazioni sulle quantità prodotte, fabbricate, consegnate, ricevute o ordinate, nonché sul prezzo dei prodotti o

Senonché, in disparte da ogni rilievo sulla farraginosità di simili procedimenti, non può tacersi della condizione di sostanziale anomia in cui versa la tutela dei diritti della personalità che, al confronto con le tecniche di anonimizzazione, è costretta spesso ad assumere una posizione recessiva (come di sovente accade per la fattispecie della diffamazione *online*); e infatti, a differenza di quelli inerenti al diritto d'autore, i diritti della personalità non beneficiano della previsione di appositi strumenti processuali che consentano alla vittima di un illecito perpetrato in forma anonima di ottenere agevolmente l'identificazione dell'autore⁶³.

L'assenza di una più specifica disciplina regolatoria è stata solo in parte colmata dall'intervento di alcune pronunce giurisdizionali che sembrano essersi orientate verso il riconoscimento e l'attribuzione di una forma di responsabilità oggettiva in capo al gestore di un *blog* per l'ipotesi nella quale siano pubblicati commenti offensivi da parte di utenti non identificati.

In proposito va segnalato che già nel 2006 il Tribunale di Aosta ha emesso una sentenza di condanna nei confronti dell'amministratore di un *blog* per un caso di diffamazione anonima; in particolare il giudice, oltre a riscontrare l'esistenza di una serie di prove indiziarie circa la riconducibilità dell'amministrazione del sito all'imputato, ha affermato che quest'ultimo, in qualità di gestore del *blog*, rivestiva una posizione identica a quella del direttore responsabile di uno stampato e pertanto gravava su di esso la responsabilità di cui all'art. 596 *bis* c.p.⁶⁴.

servizi in questione. 3. Le informazioni vengono acquisite tramite interrogatorio dei soggetti di cui al comma 1. 4. Il richiedente deve fornire l'indicazione specifica delle persone da interrogare e dei fatti sui quali ognuna di esse deve essere interrogata. 5. Il giudice, ammesso l'interrogatorio, richiede ai soggetti di cui al comma 1 le informazioni indicate dalla parte; può altresì rivolgere loro, d'ufficio o su istanza di parte, tutte le domande che ritiene utili per chiarire le circostanze sulle quali si svolge l'interrogatorio. 6. Si applicano gli articoli 249, 250, 252, 255 e 257, primo comma, del codice di procedura civile”.

⁶³ Su tale problematica si v. più approfonditamente G. Resta, *Anonimato, responsabilità e identificazione nei rapporti online: prospettive di diritto comparato*, in V. Barsotti (a cura di), *Quaderni del Dottorato fiorentino in Scienze Giuridiche. Libertà di informazione, nuovi mezzi di comunicazione e tutela dei diritti. Seminario conclusivo del Dottorato in Scienze Giuridiche, Firenze, 9 giugno 2014*, cit., 213 ss.

⁶⁴ “Se il delitto di diffamazione è commesso col mezzo della stampa, le disposizioni dell'articolo precedente si applicano anche al direttore o vicedirettore responsabile, all'editore e allo stampatore, per i reati preveduti negli articoli [57](#), [57 bis](#) e [58](#)”.

La decisione, tuttavia, si pone in netta antitesi rispetto all'orientamento giurisprudenziale maturato dalla Corte di Cassazione sul tema della responsabilità dei gestori delle piattaforme digitali (*forum, blog, newsletter, newsgroup, mailing list, social network*), escludendosi che la loro posizione possa essere assimilata a quella dei direttori responsabili di giornale o di altro periodico⁶⁵ con conseguente applicazione della disciplina sulla responsabilità editoriale contenuta nella legge

⁶⁵ A tal riguardo, deve tuttavia darsi conto di una evoluzione che ha interessato la giurisprudenza della Corte di Cassazione la quale, con sentenza n. 31022 del 2015, si è pronunciata a Sezioni Unite in merito alla questione dell'ammissibilità del sequestro preventivo di una testata giornalistica online regolarmente registrata o di una determinata pagina web di detta testata. In particolare, con la decisione in oggetto, i giudici hanno ritenuto di attribuire al termine "stampa" un significato evolutivo, estendendo automaticamente la garanzia contenuta nell'art. 21, terzo comma, Cost. all'informazione giornalistica diffusa per via telematica: "È necessario [...] discostarsi dall'esegesi letterale del dettato normativo e privilegiare una interpretazione estensiva dello stesso, sì da attribuire al termine "stampa" un significato evolutivo, che sia coerente col progresso tecnologico e, nel contempo, non risulti comunque estraneo all'ordinamento positivo, considerato nel suo complesso e nell'assetto progressivamente raggiunto nel tempo". Ad ogni modo, chiarisce la Corte, simile interpretazione evolutiva non può riguardare in blocco tutti i nuovi mezzi informatici e telematici di manifestazione del pensiero (*forum, blog, newsletter, newsgroup, mailing list* etc...) dovendosi tenere ben distinta "l'area dell'informazione di tipo professionale, veicolata per il tramite di una testata giornalistica *online*, dal vasto ed eterogeneo ambito della diffusione di notizie ed informazioni da parte di singoli soggetti in modo spontaneo", al quale non pare estendibile il novero delle garanzie costituzionali in tema di libertà di stampa. Al contrario, con specifico riferimento al fenomeno dei giornali telematici, i giudici affermano che il concetto di stampa enucleato all'art. 1 della legge n. 47 del 1948 abbia anche un significato "figurato" tale da ricomprendere ogni prodotto editoriale avente i requisiti ontologici (di struttura) e teleologici (diffusione dell'informazione) propri di un giornale; ne consegue che anche un giornale telematico, se dotato dei requisiti richiesti, non possa essere sottratto alle garanzie e alle responsabilità previste dalla normativa sulla stampa, così superando la nozione di stampa di "gutenberghiana" memoria: "Conclusivamente, il giornale telematico, sia se riproduzione di quello cartaceo, sia se unica e autonoma fonte di informazione professionale, soggiace alla normativa sulla stampa, perché ontologicamente e funzionalmente assimilabile alla pubblicazione cartacea. [...] Ovviamente - è il caso di sottolinearlo - le garanzie e le responsabilità previste, per la stampa, dalle disposizioni sia di rango costituzionale, sia di livello ordinario, devono essere riferite ai soli contenuti redazionali e non anche ad eventuali commenti inseriti dagli utenti (soggetti estranei alla redazione), che attivano un *forum*, vale a dire una discussione su uno o più articoli pubblicati"; per conseguenza, "la 'stampa telematica', al pari di quella tradizionale, in quanto emancipata da qualsiasi forma di censura, non può essere sottoposta a sequestro preventivo, se non nei casi eccezionali espressamente previsti dalla legge, e soggiace alle norme che disciplinano la responsabilità per gli illeciti commessi".

sulla stampa o negli artt. 57⁶⁶, 57-bis⁶⁷, 58⁶⁸ e 58-bis⁶⁹ c.p. per la pubblicazione di eventuali commenti denigratori od offensivi ad opera degli utenti.

Tuttavia, sotto diverso angolo visuale, la responsabilità del gestore di un *blog* per la pubblicazione di commenti anonimi denigratori è stata (ri)afferzata più di recente dalla V sez. penale della Corte di Cassazione la quale, nella sentenza n. 45680 del 2022, ha avallato la ricostruzione operata dal giudice di merito circa l'attribuibilità, in capo all'amministratore del *blog*, del reato di diffamazione a titolo di concorso, sostenendo che "il blogger è responsabile per gli scritti di carattere denigratorio pubblicati sul proprio sito da terzi quando, venutone a conoscenza, non provveda tempestivamente alla loro rimozione, atteso che tale condotta equivale alla consapevole condivisione del contenuto lesivo dell'altrui reputazione e consente l'ulteriore diffusione dei commenti diffamatori" (p.to 2.4. del *Considerato in diritto*)⁷⁰.

⁶⁶ Art. 57 c.p., "Reati commessi col mezzo della stampa periodica": "Salva la responsabilità dell'autore della pubblicazione e fuori dei casi di concorso, il direttore o il vice-direttore responsabile, il quale omette di esercitare sul contenuto del periodico da lui diretto il controllo necessario ad impedire che col mezzo della pubblicazione siano commessi reati, è punito, a titolo di colpa, se un reato è commesso, con la pena stabilita per tale reato, diminuita in misura non eccedente un terzo".

⁶⁷ Art. 57-bis c.p., "Reati commessi col mezzo della stampa non periodica": "Nel caso di stampa non periodica, le disposizioni di cui al precedente articolo si applicano all'editore, se l'autore della pubblicazione è ignoto o non [imputabile](#), ovvero allo [stampatore](#), se l'editore non è indicato o non è imputabile".

⁶⁸ Art. 58 c.p., "Stampa clandestina": "Le disposizioni dell'articolo precedente si applicano anche se non sono state osservate le prescrizioni di legge sulla pubblicazione e diffusione della stampa periodica e non periodica".

⁶⁹ Art. 58-bis, "Procedibilità per i reati commessi col mezzo della stampa": "Se il [reato](#) commesso col mezzo della stampa è punibile a [querela](#), [istanza](#) o [richiesta](#), anche per la punibilità dei reati preveduti dai tre articoli precedenti è necessaria querela, istanza o richiesta. La querela, la istanza o la richiesta presentata contro il direttore o il vice-direttore responsabile, l'editore o lo stampatore, ha effetto anche nei confronti dell'autore della pubblicazione per il reato da questo commesso. Non si può procedere per i reati preveduti nei tre articoli precedenti se è necessaria una autorizzazione di procedimento per il reato commesso dall'autore della pubblicazione, fino a quando l'autorizzazione non è concessa. Questa disposizione non si applica se l'autorizzazione è stabilita per le qualità o condizioni personali dell'autore della pubblicazione".

⁷⁰ Sebbene il regime di responsabilità statuito dalla Corte per il gestore di un *blog* sembri riecheggiare quello previsto a carico degli altri *internet providers*, nella sentenza n. 12546 del 2019 la V sez. pen. della Corte di Cassazione ha espressamente affermato "l'intrinseca diversità tra gli internet providers e gli amministratori di blog, dal momento che questi ultimi non forniscono alcun servizio nel senso precisato, bensì si limitano a mettere a disposizione degli utenti una piattaforma sulla quale poter interagire attraverso la pubblicazione di contenuti e commenti su temi nella maggior parte dei casi proposti dallo stesso blogger, in quanto

A parere della Cassazione, infatti, l'amministratore di un sito internet non può essere ritenuto responsabile ai sensi dell'art. 57 c.p. in quanto tale disposizione troverebbe applicazione nei confronti delle sole testate giornalistiche e non anche ai diversi mezzi informatici di manifestazione del pensiero, escludendosi la sussistenza di una posizione generale di garanzia a carico del gestore di un *blog* con conseguenti obblighi (e poteri) di controllo preventivo.

Peraltro, l'orientamento maturato dalla Corte di Cassazione sembra bene collocarsi nel solco della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo in materia di diffamazione anonima *online* là dove, sin dalla decisione *Delfi c. Estonia* del 10 ottobre 2013⁷¹, essa ha affermato che gli obblighi di garanzia dell'editore di un giornale stampato non possano estendersi in via analogica al gestore di un portale informatico; tuttavia, nella vicenda *de qua*, essa ha ritenuto non sproporzionata la decisione del giudice estone di condannare "Delfi", noto sito d'informazione, per la pubblicazione (e la mancata rimozione) di commenti anonimi a contenuto diffamatorio e finanche intimidatorio, riconoscendo in capo al portale di

caratterizzati dalla linea, che si potrebbe definire (anche se impropriamente) "editoriale", impressa proprio dal gestore su detta piattaforma. Insomma, il blog (termine che deriva dalla contrazione di *web-log*, ovvero "diario di rete") gestito quale sito personale è concepito principalmente come contenitore di testo (ovvero come diario o come organo di informazione indipendente), aggiornabile in tempo reale grazie ad apposito software" (p.to 2.4). In punto di responsabilità i giudici ribadiscono che il blogger non possa essere ritenuto responsabile per tutto quanto scritto sul proprio sito anche da altri utenti e va esclusa ogni sua responsabilità quando egli "reso edotto dell'offensività della pubblicazione, decide di intervenire prontamente a rimuovere il post offensivo"; detto altrimenti, "il blogger può rispondere dei contenuti denigratori pubblicati sul suo diario quando, presa cognizione della lesività di tali contenuti, li mantenga consapevolmente" (p.to 2.5). Una responsabilità che potrà essere imputata al gestore del blog non ai sensi dell'art. 57 c.p., stante la non equiparabilità di un blog ad un periodico (neppure telematico), bensì in qualità di concorrente con l'autore materiale; tuttavia, "la non tempestiva attivazione da parte del ricorrente al fine di rimuovere i commenti offensivi pubblicati da soggetti terzi sul suo blog equivale non al mancato impedimento dell'evento diffamatorio (...) ma alla consapevole condivisione del contenuto lesivo dell'altrui reputazione, con ulteriore replica della offensività dei contenuti pubblicati su un diario che è gestito dal blogger" (p.to 3.3.b.).

⁷¹ A commento della quale, *ex multis*, G. E. Vigevani, *La responsabilità civile dei siti per gli scritti anonimi: il caso Delfi c. Estonia*, 4 febbraio 2014, in *forumcostituzionale.it*; A. Spagnolo, *Libertà d'espressione su internet e tutela della reputazione altrui in una recente sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *DPCE online*, n. 1/2014; F. Vecchio, *Libertà di espressione e diritto all'onore in internet secondo la sentenza Delfi AS contro Estonia della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Diritto dell'informatica e dell'informazione*, 2014.

informazioni una forma di responsabilità civile editoriale⁷²; probabilmente, a fondamento di questa ricostruzione, si è posta la volontà dei giudici di contrastare il germe della irresponsabilità per la pubblicazione di commenti offensivi anonimi e ciò sul principio, di più ampia portata generale, che “l’anonimato su Internet, pur essendo un fattore importante, deve essere bilanciato con altri diritti e interessi” (p.to 149).

4. Conclusioni.

Il faticoso (e non sempre lineare) percorso intrapreso dalle giurisdizioni nazionali ed europee sembra muovere nella direzione di ricercare un più ragionevole “equilibrio tra la tutela dei diritti della personalità e la libera espressione del pensiero in rete, nonché nell’individuazione dei confini della responsabilità dei soggetti che ivi agiscono”⁷³, con l’obiettivo di assicurare alla persona offesa una qualche forma di tutela anche nell’ipotesi cui essa si scontri con l’impossibilità o comunque la difficoltà di individuare l’autore di un commento illecito.

Senonché, per quanto apprezzabile nel suo scopo, l’orientamento emerso in ambito giurisprudenziale rimane espressione di una politica rimediale “*del caso concreto*” che denota l’assenza, in materia di sicurezza informatica, di una più organica strategia regolatoria finalizzata alla predisposizione di adeguati strumenti di disvelamento dell’identità degli autori di commenti offensivi (spesso celata dietro

⁷² Tuttavia, come fa notare G. E. Vigevani, *La responsabilità civile dei siti per gli scritti anonimi: il caso Delfi c. Estonia*, cit., 2: “Alcune caratteristiche della vicenda hanno senza dubbio influenzato la decisione. Anzitutto l’articolo, seppur equilibrato, era su un tema capace di suscitare reazioni “forti” e in effetti i commenti erano gravemente offensivi. Inoltre, nonostante un disclaimer precisasse che il sito non era responsabile dei commenti e che minacce e insulti non sarebbero stati tollerati, le soluzioni tecniche automatiche adottate per rimuovere i contenuti diffamatori non erano state in grado di bloccare le più comuni ed esplicite parole volgari. Nemmeno era possibile individuarne gli autori, in quanto si consentiva di lasciare post senza registrarsi. Inoltre, il processo civile alla società che gestiva il portale era terminato con una condanna poco più che simbolica, a fronte di una richiesta cento volte maggiore. Di non poco rilievo, infine, la circostanza che il legislatore estone avesse fatto una scelta esplicita a favore della sede civile per la diffamazione, che da una parte intimorisce meno di quella penale e dall’altra rende più difficile al privato cittadino, privo dei poteri dell’autorità giudiziaria, individuare gli autori di testi anonimi”.

⁷³ C. Melzi D’Eril, G. Enea Vigevani, *Diffamazione, il gestore del sito non risponde se elimina i commenti*, 10 marzo 2017, in *Il Sole 24Ore*.

profili *fake* e false registrazioni), superando il problema tecnico e organizzativo di “accertare che un soggetto sia realmente chi dice di essere”⁷⁴.

E infatti, per quanto la scelta di vietare qualsiasi forma di anonimato non appaia pienamente condivisibile (alla stregua dei rilievi sinora annotati), sarebbe comunque auspicabile una regolazione che imponga alle piattaforme di adottare un sistema accreditato di autenticazione dell'identità digitale, in modo da consentire - su richiesta dell'autorità giudiziaria⁷⁵, una volta accertata l'offensività della condotta - il disvelamento dell'identità reale dell'utente che abbia agito in violazione dei diritti dei terzi⁷⁶.

⁷⁴ R. Brighi, F. Di Tano, *Identità, anonimato e condotte antisociali in Rete. Riflessioni informatico-giuridiche*, cit., 188.

⁷⁵ Così rafforzando la cooperazione tra i prestatori di servizio e le autorità giudiziarie; milita in questa direzione già l'art. 17 del D.Lgs. n. 70 del 2003, recante “Attuazione della direttiva 2000/31/CE relativa a taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell'informazione nel mercato interno, con particolare riferimento al commercio elettronico”, a norma del quale i prestatori di servizi, pur non essendo gravati da un obbligo generale di sorveglianza, sono tenuti “a fornire senza indugio, a richiesta delle autorità competenti, le informazioni in suo possesso che consentano l'identificazione del destinatario dei suoi servizi con cui ha accordi di memorizzazione dei dati, al fine di individuare e prevenire attività illecite” (lett. b). Analoga previsione si riscontra nell'art. 9 del *Digital Services Act* ove, pur confermandosi il regime di assenza di obblighi generali di sorveglianza o di accertamento attivo dei fatti, si impone ai prestatori di servizi intermediari di dare seguito all'ordine emesso dalle autorità giudiziarie o amministrative nazionali competenti di contrastare uno o più specifici contenuti illegali; parimenti, l'art. 10 stabilisce che i prestatori di servizi intermediari debbano informare senza indebito ritardo l'autorità che abbia emesso l'ordine di fornire informazioni specifiche su uno o più singoli destinatari del servizio.

⁷⁶ Una proposta analoga è stata suggerita da G. M. Riccio, *Diritto all'anonimato e responsabilità civile del provider*, cit., 39 s.: “occorre scindere l'anonimato assoluto dall'anonimato parziale ed accordare solo a quest'ultimo un'adeguata tutela. In altre parole, per chiarire meglio il punto, possiamo dire che si ha anonimato parziale nel caso in cui l'identità di un soggetto, che trasmette una determinata informazione, sia noto non ai destinatari, ma ai soggetti che consentono la comunicazione. In questo modo, si realizza la possibilità di risalire alla reale identità del soggetto agente, che sarà chiamato a rispondere direttamente dei danni eventualmente derivanti dal suo operato”. Per il vero, quella dell'obbligo di fornire i dati relativi agli utenti in capo ai gestori delle piattaforme è una questione affatto pacifica nella giurisprudenza della Corte Edu la quale, ad esempio, nel caso *Standard Verlagsgesellschaft MbH c. Austria* del 7 dicembre 2021, ha affermato che l'obbligo di divulgare i dati degli autori di commenti anonimi online potrebbe dissuadere gli utenti dal contribuire al dibattito (*chilling effect*); perciò, i giudici di Strasburgo ritengono che un eventuale obbligo di disvelamento dell'identità degli utenti possa considerarsi legittimo soltanto se conforme ai presupposti che l'art. 10, par. 2, della Convenzione statuisce a proposito delle limitazioni opponibili alla libertà di espressione, per cui è necessario che la misura sia prevista dalla legge, persegua un interesse legittimo e, soprattutto, sia necessaria in una società democratica; una valutazione che dovrà essere effettuata caso per caso, verificando la proporzionalità dell'interferenza allo

In buona sostanza, si tratta dell'esigenza di elaborare una soluzione regolamentare (e non meramente giurisprudenziale) che colmi lo iato tra la libertà di manifestazione del pensiero in rete e il principio di responsabilità personale, muovendo verso una più efficace protezione di quei diritti e di quelle libertà che possano essere pregiudicate da un esercizio improprio dell'anonimato⁷⁷.

Dunque, per quanto impervio, si tratta di un cammino che le autorità istituzionali sono chiamate ad intraprendere allo scopo di ricollocare la persona al centro del nuovo modello di *governance* della rete, all'uopo cogliendo l'occasione per statuire appositi obblighi di controllo degli *ISP* sulle identità degli utenti, neppure trascurando la possibilità di elaborare un adeguato sistema accreditato di autenticazione che passi attraverso il coinvolgimento delle autorità garanti per la protezione dei dati personali; ciò allo scopo di garantire che la raccolta dei dati più sensibili degli utenti sia regolata da apposite norme atte ad evitare che lo sviluppo di prassi contrattuali poco consone (si pensi alle *real name policies*) possa consegnare nelle mani delle piattaforme digitali una vera e propria riserva di "oro bianco"⁷⁸.

scopo perseguito (condizione che, nella causa in oggetto, la Corte ha ritenuto non essere stata soddisfatta). Per un commento della decisione si rinvia a P. Dunn, *L'anonimato degli utenti quale forma mediata della libertà di stampa: Il caso Standard Verlagsgesellschaft mbH c. Austria*, in *mediaLaws*, n. 1/2022.

⁷⁷ G. E. Vigevani, *Anonimato, responsabilità e trasparenza nel quadro costituzionale italiano*, cit., 11 s.: "La via maestra tracciata nella Costituzione valorizza invece il rapporto fra libertà, autodeterminazione individuale e responsabilità personale, radicato nel diritto naturale, nelle disposizioni che garantiscono i diritti fondamentali, quali in primo luogo la libertà di parola, e nei criteri di imputazione della responsabilità sanciti dalla Carta. In questa logica sembrano da privilegiare le ipotesi che prospettano l'introduzione di un anonimato "parziale", ovvero di un obbligo in capo ai provider e ai gestori di un sito di verificare l'identità di un utente che immetta contenuti in rete, conservarne i dati e comunicarli a un soggetto privato qualora abbia svolto attività palesemente illecite, con conseguente responsabilità in caso di omessa adozione di tali misure. Compito precipuo del legislatore sarebbe dunque quello di individuare meccanismi di identificazione del responsabile che non sacrificino in modo eccessivo le garanzie individuali e che prevedano un controllo da parte di un soggetto terzo e imparziale circa la sussistenza dell'illecito contestato".

⁷⁸ G. Tremonti, *Le tre profezie. Appunti per il futuro dal profondo della storia*, Milano, 2019, 95.

Sorveglianza, Rivoluzione tecnologica e tutela dei diritti fondamentali

di

Michela Michetti*

Sommario: 1. Prologo. Sorveglianza e potere. – 2. Sorveglianze e poteri: gli effetti della rivoluzione tecnologica e la nuova cultura della sorveglianza. – 2.1. Segue: *New Surveillance e Dataveillance*: il controllo sociale attraverso il potere del “dato”. – 3. Sorveglianza e diritti fondamentali: l’irrinunciabile pretesa al *Data privacy*. – 4. Considerazioni conclusive.

1. Prologo. Sorveglianza e potere.

Nel linguaggio comune come in quello specialistico la parola *surveillance* evoca un significato sinistro¹, giacché da sempre al suo uso s’accompagna l’idea del controllo per l’esercizio di un potere. Prima ancora della sua nozione definitoria e del suo valore semantico – maturati prevalentemente in ambito extragiuridico – la sorveglianza è, infatti, un’attività vecchia quanto la storia dell’umanità² legata

* Professoressa Associata di Diritto costituzionale – Università degli Studi di Teramo.

¹ Cfr. Clarke R., *Information Technology and Dataveillance*, Communications of the ACM, 31 May, 1988, 498: “Surveillance is one of the elements of tyranny. The word conjures up unpleasant visions of spies, repression of individuals, and suppression of ideas”; Lyon D., *The Culture of Surveillance. Waching as a Way of Life*, UK, 2018, trad. it., *La cultura della sorveglianza. Come la società del controllo ci ha reso tutti controllori*, Roma, 2020, 23, il quale parla del termine “sorveglianza” come di un termine spinoso.

² Si v. Foucault M., *Sorvegliare e punire. Nascita della prigione*, Torino, 2014; Lyon D., *L’occhio elettronico. Privacy e filosofia della sorveglianza*, Milano, 1997, 41: “La sorveglianza non è un fenomeno nuovo. Sin dalla notte dei tempi abbiamo ‘sorvegliato’ gli altri per controllare cosa avevano intenzione di fare, per valutare i loro progressi, per organizzarli o per prenderci cura di loro”; Surace M., *Analisi socio-giuridica del rapporto tra sorveglianza e diritto alla riservatezza nell’era di Internet*, in *ADIR, L’altro diritto*, 2005, 1 ss.: “È importante sottolineare che la sorveglianza non è affatto un fenomeno inedito prima della nascita dello stato moderno. Si sono sempre raccolti i dati, si è sempre cercato di classificare, conteggiare, descrivere in maniera ordinata le informazioni relative a categorie di persone. Storicamente le popolazioni si sono

concettualmente all'esercizio del potere costituito e per questo percepita prevalentemente come attività negativo-repressiva. Ne sono un esempio i *censimenti* risalenti già al XV secolo a. C., i *resoconti* delle civiltà antiche e quelli della Chiesa cattolica per controllare la diffusione di opinioni eterodosse³. Così ancora l'uso dei cannocchiali, degli orologi nei luoghi di lavoro o delle mappe per localizzare persone, nonché l'utilizzo, del più noto, *Domesday Book* inglese dell'XI secolo (una *descriptio* delle varie proprietà terriere), che permise a *Guglielmo il Conquistatore* di consolidare il proprio potere attraverso la conoscenza completa e totale di dati su proprietà, eredità e persone⁴. Con queste primordiali fattezze la sorveglianza si è imposta ed inserita dentro qualsiasi forma di società, poiché censire, raccogliere, catalogare, classificare, conteggiare dati e informazioni è stato sin da sempre il *proprium* dell'esercizio del potere giacché *colui che sa ha potere*⁵.

Etimologicamente *sorveglianza* deriva dal vocabolo francese *surveiller*, letteralmente *vigilare su* qualcosa o qualcuno al fine di attingere informazioni, dati o elementi, predittivi ed utili per conoscere tendenze, caratteristiche, opinioni e comportamenti sia individuali che collettivi. E nel passaggio dal pre-moderno al moderno e sino al post-moderno la valenza semantica del termine non ha mutato la propria originaria vocazione, continuando a riferire il senso di un'attività conformante ed ordinante le società.

In uno scritto degli inizi degli Anni Settanta, *James Rule* definisce la *sorveglianza* come l'attenzione metodica e specifica su soggetti, popolazioni e dettagli personali sistematicamente monitorati, registrati, controllati, consultati e confrontati⁶,

servite dei censimenti per organizzarsi, darsi un ordine che servisse alla gestione dell'esercito ed alla divisione della proprietà. Una volta effettuati i conteggi e registrati i nomi e l'età dei sudditi, i sovrani potevano stabilire quanti uomini erano adatti al combattimento, o quanta terra toccasse ad un capofamiglia. È dunque sempre esistito il bisogno, una necessità primaria, di un controllo sociale, strumento attraverso cui si può garantire ordine per qualsiasi forma di società”.

³ Cfr. Fiorentini M., voce *Sorveglianza*, in A. C. Amato Mangiameli-G. Saraceni (a cura di), *Cento e una voce di informatica giuridica*, Torino, 2023, 441-442.

⁴ Cfr. Lyon D., *L'occhio elettronico. Privacy e filosofia della sorveglianza*, Milano, 1997, 42.

⁵ Surace M., *Analisi socio-giuridica del rapporto tra sorveglianza e diritto alla riservatezza nell'era di Internet*, in *ADIR, L'altro diritto*, 2005, 3: “Quanto più la società è complessa, tanto più l'acquisto e la conservazione del potere si basano sul ruolo centrale del sapere”.

⁶ Si v. Rule J., *Private Lives and Public Surveillance*, Londra, 1973, *passim*.

ribadendo così l'esistenza del collegamento quasi naturale tra conoscenza e potere. In effetti, in letteratura – specialmente sociologica – l'accostamento tra potere e sorveglianza costituisce una sorta di endiadi che rende bene quanto ripreso da David Lyon e sottolineato da Antony Giddens, per il quale “la sorveglianza non dovrebbe essere considerata solo come una sorta di riflesso del capitalismo (il controllo sugli operai in fabbrica) o dello stato-nazione (conservare dei registri amministrativi dei cittadini) ma quale vero e proprio generatore di potere”⁷.

In ogni epoca, come in ogni ambito, la relazione con il potere è affiorata costantemente, ma è certamente con l'avvento dello Stato-nazione che la sorveglianza è divenuta lo specifico della modernità⁸. Dal campo militare alle fabbriche, dalle scuole agli ospedali, dall'amministrazione statale all'impresa capitalistica, la sorveglianza diventa una strategia (del potere) ovvero una parte integrante ed assiale del processo di acquisizione e di consolidamento dell'autorità sino a generare importanti cambiamenti anche sull'organizzazione e sulla edificazione degli spazi antropizzati. Non solo cambia la concezione istituzionale del modo di esercizio del potere, ma mutano ad esempio anche le regole architettoniche⁹ che, costrette a rivedere le usuali tecniche di progettazione e di costruzione, iniziano a prediligere strutture circolari, aperte, fatte di passaggi e trasparenze che, come afferma Foucault, “esprimevano una certa utopia politica”¹⁰ e

⁷ Si v. Giddens A., *The nation-State and Violence*, Cambridge, 1990; Lyon D., *L'occhio elettronico. Privacy e filosofia della sorveglianza*, Milano, 1997, 20.

⁸ Si v. Lyon D., *Società sorvegliate e studi sulla sorveglianza*, in Calenda D.-Fonio C., *Sorveglianza e società*, Roma-Acireale, 2009, 21, per i quali l'avvento della modernità incorporò le antiche pratiche della sorveglianza e del controllo nella *routine* facendole diventare sistematiche, anzi: “si potrebbe dire che la modernità stessa sia in parte definita da questi processi di routinizzazione e sistematizzazione”.

⁹ Cfr. Surace M., *Analisi socio-giuridica del rapporto tra sorveglianza e diritto alla riservatezza nell'era di Internet*, in *ADIR, L'altro diritto*, 2005, 2, la quale coglie questo aspetto anche in epoca pre-moderna: “Nella città-stato il principe/feudatario è padrone assoluto. L'architettura è funzionale al mantenimento dei suoi privilegi, tra i quali vi è quello di conoscere ogni cosa che avvenga all'interno delle mura cittadine. La piazza centrale, nella quale si svolgono le attività di mercato, le manifestazioni liturgiche e le relazioni sociali tra i sudditi, è situata di fronte al palazzo del sovrano. Basta affacciarsi per controllare il tutto. L'occhio è senso di controllo per eccellenza. E dove esso non può arrivare, dove serve anche l'udito, ecco che il compito di vigilanza è assegnato alla milizia che pattuglia le strade e i vicoli”.

¹⁰ Cfr. Foucault M., *Surveiller et punir. Naissance de la prison*, trad. it., Alcesti Tarchetti, Paris, 1975, 190.

consentivano una forma di controllo multiplo, anonimo e permanente di operai, malati, condannati, scolari.

Sarà, del resto, questo *l'humus* culturale sul quale gemmerà la figura architettonica del *Panopticon* di *Jeremy Bentham* ripresa e teorizzata più tardi da *Foucault*, quale archetipo del potere di sorveglianza dei moderni, in cui l'apparente ed inverificabile onnipresenza dell'ispettore induce nel detenuto uno stato cosciente di visibilità che assicura il funzionamento automatico e de-individualizzato del potere¹¹. E se nella teorizzazione di *Weber* il controllo è preconditione per un'organizzazione efficiente, per *Foucault* la sorveglianza è autodisciplina e, comunque, in entrambi i casi potere e conoscenza sono facce della stessa medaglia.

Il modello panottico diventa uno strumento di grande impatto per l'organizzazione e per l'esercizio dell'autorità che, estensibile in ogni dove¹², "fabbrica effetti omogenei di potere", sicché senza ricorrere a mezzi di forza riporta "il condannato alla buona condotta, il pazzo alla calma, l'operario al lavoro, lo scolaro alla applicazione, l'ammalato alla osservanza delle prescrizioni"¹³. E sarà un modello che s'invererà tra le pieghe dello Stato moderno, ove il potere di sorveglianza raggiungerà la sua più compiuta espressione con la nascita della *società della sorveglianza*¹⁴ quale naturale superamento della *società disciplinare*¹⁵. Un potere che

¹¹ Cfr. Foucault, *Surveiller et punir. Naissance de la prison*, trad. it., Alcesti Tarchetti, Paris, 1975, 219-220: "Perciò Bentham pose il principio che il potere doveva essere visibile e inverificabile. Visibile: di continuo il detenuto avrà davanti agli occhi l'alta sagoma della torre centrale da dove è spiato. Inverificabile: il detenuto non deve mai sapere se è guardato, nel momento attuale; ma deve essere sicuro che può esserlo continuamente".

¹² Cfr. Foucault M., *Surveiller et punir. Naissance de la prison*, trad. it., Alcesti Tarchetti, Paris, 1975, 224: il *Panopticon* "È – con riserva di modificazioni successive – applicabile a «tutti gli stabilimenti in cui, nei limiti di uno spazio che non sia troppo esteso, è necessario mantenere sotto sorveglianza un certo numero di persone». In ognuna delle sue applicazioni, esso permette di perfezionare l'esercizio del potere".

¹³ Ancora Foucault M., *Surveiller et punir. Naissance de la prison*, trad. it., Alcesti Tarchetti, Paris, 1975, 220-221.

¹⁴ L'espressione è stata coniata per la prima volta da Marx G.T., *The Surveillance Society: The Treat of the 1984-Style Techniques*, in *The Futurist*, June 1985, 21-26: " (...) the computer are creating a society in wich everyone, not just a few suspects, is a target for surveillance"; Lyon D., *L'occhio elettronico. Privacy e filosofia della sorveglianza*, Milano, 1997, 16: "I dettagli minuti delle nostre vite private sono raccolti, memorizzati, ripescati ed elaborati quotidianamente all'interno di poderosi database informatici appartenenti a grandi aziende ed enti statali. Questa è la 'società della sorveglianza'"; Travers, G., *La società della sorveglianza. Fase ultima del liberalismo. Dopo il pass sanitario, è in arrivo un controllo sociale mondiale?*, Firenze, 2022, 15.

muterà pelle in seguito alla nascita del capitalismo e delle sue istanze razionalizzanti che, andando ad incidere significativamente sull'intera struttura sociale, favorirà l'ascesa di nuovi soggetti da inserire e rappresentare nelle sedi decisionali¹⁶. Con la modernità la sorveglianza si presterà infatti ad una lettura ambivalente: essa mantiene intatta tutta la sua originaria dimensione negativo-repressiva e securitaria¹⁷, ma aggiunge a questa quella integrativa e complementare al riconoscimento della cittadinanza attiva¹⁸.

Secondo *Alexis de Tocqueville*, nelle moderne democrazie di massa, le raccolte di informazioni consentono di rispondere alla domanda di partecipazione sociale¹⁹, ed eliminando le diseguaglianze dell'insorgente capitalismo consente il riequilibrio e la ridefinizione delle condizioni della libertà civile e politica. La sorveglianza

¹⁵ Deleuze G., *Poscritto sulla società di controllo*, in Id., *Pourparler: 1972-1990*, Macerata, 2000, 238: "Le vecchie società di sovranità manovravano macchine semplici: leve, pulegge, orologi; mentre le recenti società disciplinari erano dotate di macchine energetiche, con il rischio passivo dell'entropia e il pericolo attivo del sabotaggio: le società di controllo operano con macchine di un terzo tipo, macchine informatiche e computer, il cui pericolo passivo è l'interferenza e quello attivo la pirateria e l'introduzione di virus"; Perri P., *Sorveglianza elettronica, diritti fondamentali ed evoluzione tecnologica*, Milano, 2020, 9-10, il quale riferisce che "tutti gli ambienti di internamento funzionali alle teorie di Foucault sull'esercizio del potere (famiglia, scuola, caserma, ospedale, prigione) erano ormai andati in crisi e, quindi, non erano più idonei a spiegare la società".

¹⁶ Si v. Surace M., *Analisi socio-giuridica del rapporto tra sorveglianza e diritto alla riservatezza nell'era di Internet*, in *ADIR, L'altro diritto*, 2005, 7: "Le istanze razionalizzanti, fatte proprie dal capitalismo, fanno parte di un processo che coinvolge tutta la storia moderna. Ogni settore della vita subisce la loro influenza. La formazione dello Stato occidentale, nella forma che conosciamo, è loro frutto. Questo comporta una grande trasformazione: la mutazione delle forme del potere".

¹⁷ Sul punto se si vuole Michetti M., voce *Sorveglianza*, in A. C. Amato Mangiameli-G. Saraceni (a cura di), *Cento e una voce di informatica giuridica*, Torino, 2023, 445: "Il rapporto sicurezza-sorveglianza si risolve pressoché in una imperativa equazione che nella società del rischio, come quella in cui viviamo, tende a prevenire possibili condotte devianti. Il bisogno di sicurezza e, quindi, del controllo è cresciuto man mano che la società si è complessificata, e si è ridestato significativamente dopo gli attacchi terroristici dell'11 settembre 2001, i quali, ridefinendo le traiettorie delle relazioni geopolitiche mondiali, hanno drammaticamente riproposto quale priorità dell'agenda politica degli Stati il rafforzamento dei sistemi di sorveglianza".

¹⁸ Come nota Lyon D., *L'occhio elettronico. Privacy e filosofia della sorveglianza*, Milano, 1997, 52: "È importante notare che questa nascente 'società della sorveglianza' ha più di una faccia. Può essere vista sia sotto la prospettiva del controllo sociale sia sotto quella della partecipazione sociale. L'apparato amministrativo costituito durante l'Ottocento può essere interpretato come fenomeno negativo – la 'gabbia di ferro' della razionalità burocratica di Weber o la 'società disciplinare' di Foucault – oppure, in senso più positivo, come mezzo per garantire a tutti i cittadini un trattamento eguale".

¹⁹ Tocqueville A., *La democrazia in America*, Milano, 1992, 219.

diviene così strumentale all'esercizio dei diritti di cittadinanza secondo il paradigma delle moderne democrazie²⁰ che, incorporando le antiche pratiche di controllo e sistematizzandole attraverso un pervasivo processo di burocratizzazione, accoglie le istanze egualitarie post-illuministe, sviluppa gli anticorpi verso una società sempre più urbanizzata ed industrializzata, e riconosce al cittadino un complesso di diritti di partecipazione sociale e politica²¹.

Da simile prospettiva, la *sorveglianza* si presenta come risvolto della modernità e della democrazia e ad esse si lega in quanto prolungamento ineludibile dell'esigenza di governare e sostenere la complessità del nuovo ordine sociale-politico-economico ed istituzionale. E se, da un lato, essa contribuisce all'organizzazione e al coordinamento della macchina amministrativa statale, così come dell'impresa capitalistica e dell'esercito militare; dall'altro, resta un inconfondibile strumento per ottenere potere. *Sorvegliare* implica ad un tempo diffusione, moltiplicazione e rafforzamento del(le forme del) potere; forgia la nuova *fisica del potere* e dà forma ad una nuova *anatomia politica* che si sviluppa entro la relazione continua e pressoché strutturale tra sorveglianza e potere, giacché come osservava *Foucault* "il dispositivo panottico non è semplicemente una cerniera, un ingranaggio tra un meccanismo e una funzione; è un modo di far funzionare delle relazioni di potere entro una funzione, e una funzione per mezzo di queste relazioni di potere"²².

²⁰Lyon D., *L'occhio elettronico. Privacy e filosofia della sorveglianza*, Milano, 1997, 54: "la sorveglianza moderna è contemporaneamente un mezzo di controllo sociale e una garanzia dei diritti di partecipazione sociale. La sorveglianza ha due volti. La nascita della 'società della sorveglianza', allora, è collegata inestricabilmente con la crescita dello stato-nazione moderno. Man mano che si allargava il ventaglio dei requisiti necessari all'amministrazione, l'organizzazione burocratica si è evoluta, in quanto mezzo per coordinare le varie attività (...)".

²¹ Cfr. Surace M., *Analisi socio-giuridica del rapporto tra sorveglianza e diritto alla riservatezza nell'era di Internet*, in *ADIR, L'altro diritto*, 2005, 2-3: "Grazie alle informazioni raccolte sui cittadini, lo stato viene a sapere chi sono coloro che potranno beneficiare di assistenza pubblica, chi avrà diritto al voto, e, soprattutto, registrando i dati che riguardano ogni singolo membro della società, avrà un importante mezzo per garantire un trattamento uguale a tutti".

²² Foucault M., *Surveiller et punir. Naissance de la prison*, trad. it., Alcesti Tarchetti, Paris, 1975, 241 ss.

2. Sorveglianze e poteri: gli effetti della rivoluzione tecnologica e la nuova cultura della sorveglianza.

Se è vero che la *sorveglianza* ha percorso ed innervato la storia dell'umanità, cadenzato le trasformazioni sociali ed istituzionali, è altresì vero che siffatti mutamenti hanno finito per interessare ed innovare le forme e i sistemi di sorveglianza. Così è sempre stato. E oggidi un simile processo trasformativo/adattivo appare particolarmente evidente sotto l'onda d'urto dell'imponente *rivoluzione tecnologica* che ha originato nuovi spazi e nuovi poteri, sino a restituire un'inedita geografia del potere e dei suoi confini²³ e, per conseguenza, una diversa concezione della sorveglianza.

Come noto, le rivoluzioni hanno sempre prodotto cambiamenti importanti e profondi, andando a ridisegnare le coordinate dei rapporti geo-politici, delle relazioni socio-economiche e ovviamente degli ordinamenti giuridico-costituzionali²⁴. Di tutti i rivolgimenti e i trapassi accaduti non v'è dubbio che quella *tecnologica* sia la più imponente delle *rivoluzioni*²⁵: essa ci ha catapultato dentro la cd. *Era digitale* e in quello spazio, cosiddetto *cyberspazio*²⁶, virtuale ed interattivo, caratterizzato dalla de-territorializzazione dei rapporti giuridici, sciolto

²³ Sul punto, se si vuole, Michetti M., *Organizzazione del potere e territorio. Legittimità dello Stato e livelli di governo*, Torino 2021,114.

²⁴ L'innovazione tecnologica ha rappresentato la prima e forse anche più potente spinta verso la rivoluzione spaziale. In questo senso, si v. Ortino S., *Il nuovo Nomos della Terra. Profili storici e sistematici dei nessi tra innovazioni tecnologiche, ordinamento spaziale, forma politica*, Bologna, 1999, 11 s.; Mangiameli S., *I diritti costituzionali dallo Stato ai processi di integrazione*, Torino, 2020, 238, per il quale "il motore di questa trasformazione è dato dall'idea della rete che, con la contrazione della dimensione tempo-spazio determina, non solo il superamento dell'economia nazionale, ma anche quello dell'autorità territoriale per eccellenza, lo Stato".

²⁵ Schmitt C., *Teoria del partigiano. Integrazione al concetto del Politico*, Milano, 2005, 96, l'A. qui sottolinea che "ogni progresso della tecnica umana produce nuovi spazi e imprevedibili modificazioni delle tradizionali strutture spaziali"; Id., *Terra e Mare. Una riflessione sulla storia del mondo*, III ed., Milano, 2006, 11; Kissinger H., *Ordine mondiale*, trad. it., Tullio Cannillo, Milano, 2020, 338 ss., il quale sottolinea che "(i)l cyberspazio (...) ha colonizzato lo spazio fisico (...)" e che gli effetti di questa rivoluzione si estendono a ogni livello dell'organizzazione umana tanto da poter parlare di cyberdominio.

²⁶ Amato Mangiameli A. C., voce *Cyberspace*, in A. C. Amato Mangiameli – G. Saraceni (a cura di), *Cento e una voce di informatica giuridica*, Torino, 2023, 101: "Il cyberspace è l'ambiente virtuale interattivo generato dal computer (...) la cui natura è comunicativa e non-territoriale".

da ogni riferimento territoriale che, fluido ed infinito come il mare²⁷, ignora un tempo-prima e un tempo-dopo; conosce solo movimento, accelerazione e ubiquità ed è privo di confini, di un centro, di una periferia e di gerarchie scalari. Non v'è dubbio, perciò, che l'impatto straordinario provocato dal progresso della tecnica abbia esposto i tradizionali spazi del potere (statale/nazionale) ad una sostanziale ridefinizione, e generato inedite arene di potere esplose sotto la coltre di un *nomos* a-spaziale e post-territoriale²⁸.

A partire dagli anni Sessanta, le innovazioni tecnologiche delle telecomunicazioni, l'informazione elettronica e l'economia globalizzata si sono imposte con forza pervasiva su ogni aspetto della vita politica, culturale e giuridica, *bypassando* i confini e la territorialità tradizionalmente ritenuti elementi ordinanti il potere *tout court*. Ne è derivato che la lontananza è divenuta vicinanza; il luogo non-luogo; il remoto sincronia, e l'unità del Politico si è incrinata nell'incontro ravvicinato con gli emergenti sistemi di potere globali acefali e *foot lose*, disancorati da spazi definiti e confinati.

La proliferazione di questi nuovi poteri privati digitali (Big Tech, Social media, Agenzie di rating, Web) – che sfidano continuamente l'autorità pubblica e competono quotidianamente con essa, esercitando un potere solo formalmente “privato” ma sostanzialmente “autoritativo” con sembianze propriamente pubblicistiche²⁹ – ha liberato il potere del *networking*³⁰ e generato nuovi tipi di

²⁷ Schmitt C., *Il nomos della terra. Nel diritto internazionale dello «jus publicum europaeum»*, trad. it., Milano, 1996, 20: “il mare invece non conosce un'unità così evidente di spazio e diritto, di ordinamento e localizzazione (...). Il mare è libero. Questo significa, secondo il recente diritto internazionale, che il mare non costituisce un territorio statale e che esso deve restare aperto a tutti in modo eguale (...)”; Amato Mangiameli A. C., voce *Cyberspace*, in A. C. Amato Mangiameli – G. Saraceni (a cura di), *Cento e una voce di informatica giuridica*, Torino, 2023, 101, la quale sottolinea proprio l'analogia con l'oceano: “l'assenza dell'elemento territoriale fa sì che vi siano naviganti (net-surfer) e che solo il surfing, cioè la navigazione senza una meta ben precisa, si adatti alle esigenze della rete”.

²⁸ Schmitt C., *Teoria del partigiano. Integrazione al concetto del Politico*, Milano, 2005, 96.

²⁹ Esposito M., *Profili costituzionali dell'economia privata*, Padova, 2003, 6: “soggetti che agiscono nelle forme del diritto privato ma che, per la loro particolare posizione di forza economica sociale, sono capaci (...) di porre in essere atti sostanzialmente autoritativi”; Paruzzo F., *I sovrani della rete. Piattaforme digitali e limiti costituzionali al potere privato*, Torino, 2022, *passim*; Manetti M., *L'ordinamento giuridico fondato dalle piattaforme*, in M. Ladu–N. Maccabiani (a cura di), *L'individuo e la realtà digitale. Una questione costituzionale e democratica oltre la virtualità*, 2023, 15.

sorveglianze³¹. Da questa inedita prospettiva, segnata dall'inesorabile rivincita della macchina sull'uomo, si sviluppa una nuova *cultura della sorveglianza*³² diversa e, per certi versi, lontana dalla visione distopica di *George Orwell* in 1984³³ e da quella panottica di *Foucault*.

Di fronte a simili scenari lo Stato, che ora appare come *una* tra le tante forme di organizzazione del potere, è destinato a ricollocarsi entro il continente globale/digitale. Le sue tradizionali funzioni si riconformano entro traiettorie più fluide, superate e superabili dalla velocità – quasi incontrollabile – delle comunicazioni elettroniche (Internet), della circolazione incalzante di capitali, investimenti, persone, beni, servizi e informazioni. Sicchè anche la sorveglianza, quale funzione/potere dello Stato si riconforma e s'avvantaggia di tecniche di controllo che fuoriescono dal contenitore tipico della modernità (dipartimenti governativi, luoghi di lavoro, agenzie di controllo)³⁴. Non è più, o non è più soltanto, la sorveglianza d'ispirazione foucaultiana e panottica³⁵; il *modo* di fare

³⁰ Castells M., *Il potere delle identità*, Bologna, 2014, 365: “queste tecnologie hanno liberato il potere del *networking* e del decentramento, forze che hanno praticamente minato alla base la logica accentratrice del comando univoco e della sorveglianza verticale e burocratica. Le nostre società non sono prigioni ordinate, ma giungle disordinate”.

³¹ Dandeker C., *Surveillance, Power and Modernity: Bureaucracy and Discipline from 1700 to the Present Day*, New York, 1990, 46.

³² Staples W. G., *The culture of Surveillance*, New York, 1997; McGrath J., *Loving Big Brother. Surveillance Culture and Performance Space*, London, 2004; Finn J., “*Seeing surveillantly: surveillance as sociale practice*”, in Doyle A.-Lippert R.-Lyon D., *Eyes Everywhere: The Global Growth of Camera Surveillance*, London, 2012.

³³ che “ ‘per quanto futurista’ ed ancora di grande attualità (...) non è adeguata a spiegare l'imperante cultura della sorveglianza contemporanea, che si realizza nel vivere quotidiano, a partire dall'uso del cellulare, dello smartphone o nell'acquisto di un qualsiasi oggetto su internet” così Helzel P. B., voce *Dataveglianza*, in A. C. Amato Mangiameli-G. Saraceni (a cura di), *Cento e una voce di informatica giuridica*, Torino, 2023, 146.

³⁴ Lyon D., *L'occhio elettronico. Privacy e filosofia della sorveglianza*, Milano, 1997, 59: “La sorveglianza amministrativa, che un tempo si svolgeva soprattutto entro i confini dello stato-nazione, adesso si espande oltre i vecchi limiti territoriali, nel suo aspetto più evidente sotto forma di reti internazionali di *intelligence*. (...) Parimenti, quando cerca dati sui consumatori nel mercato globale la sorveglianza commerciale si dimentica delle frontiere”.

³⁵ Deleuze G. *Poscritto sulla società di controllo*, in Id., *Pourparler: 1972-1990*, Macerata, 2000, 238 ss., sottolinea il passaggio epocale dalla “società della disciplina” alla “società del controllo”, ritenendo che “La sorveglianza dei controllati, a differenza di quella dei disciplinati, procede attraverso incessanti e piccolissimi aggiustamenti tra la rete e ciò che si intercetta”.

sorveglianza muta grazie all'utilizzo delle nuove tecnologie dell'informazione, derivandone una trasformazione e qualitativa e quantitativa³⁶.

La sorveglianza dei contemporanei segna il passaggio dalla sorveglianza "di carta" a quella "elettronica"³⁷ che diviene meno visibile e più insidiosa, "sfaccettata, complicata, fluida e piuttosto imprevedibile"³⁸. Di qui la nuova cultura della sorveglianza: essa non è più "solida e fissa" come in passato³⁹ ma, in perfetta sintonia con la modernità liquida di *Bauman*⁴⁰, è flessibile, mobile e diffusa capace di inserirsi in ogni minuto spazio della vita delle persone e non solo⁴¹.

³⁶ Helzel P. B., voce *Dataveglianza*, in A. C. Amato Mangiameli-G. Saraceni (a cura di), *Cento e una voce di informatica giuridica*, Torino, 2023, 147: "il passaggio dalla modernità alla post-modernità ha decretato una vera e propria 'mutazione qualitativa' degli stessi criteri che regolano le pratiche della sorveglianza, tanto da poter affermare di essere dinanzi ad una nuova 'filosofia' della sorveglianza"; Niger S., *Sorveglianza e nuovi diritti di libertà*, in *Trattato di Diritto commerciale e di Diritto pubblico dell'economia*, diretto da F. Galgano, vol. XLVIII, Padova, 2008, 11.

³⁷ Lyon D., *L'occhio elettronico. Privacy e filosofia della sorveglianza*, Milano, 1997, 67.

³⁸ Lyon D., *The Culture of Surveillance. Waching as a Way of Life*, UK, 2018; trad. it., *La cultura della sorveglianza. Come la società del controllo ci ha reso tutti controllori*, Roma, 2020, 44 ss.

³⁹ Ancora Lyon D., *The Culture of Surveillance. Waching as a Way of Life*, UK, 2018; trad. it., *La cultura della sorveglianza. Come la società del controllo ci ha reso tutti controllori*, Roma, 2020, 44 e 45: "Mentre in passato la sorveglianza era solida e fissa, adesso è sempre più fluida, e ciò a sua volta contribuisce alla liquefazione di ogni cosa, dai confini nazionali alle identità".

⁴⁰ Per riprendere una espressione di Bauman Z. – Lyon D., *Sesto potere. La sorveglianza nella modernità liquida*, Bari-Roma, 2013, VII: "l'espressione «sorveglianza liquida», più che una definizione esauriente della sorveglianza, è soprattutto un orientamento, un modo di contestualizzarne gli sviluppi della modernità fluida e inquietante di oggi. La sorveglianza tende a farsi liquida soprattutto nella sfera dei consumi. Nel momento in cui frammenti di dati personali estratti per un determinato scopo divengono facilmente utilizzabili per altri scopi, gli antichi punti di riferimento vengono meno. La sorveglianza si diffonde in modi fino ad ora impensabili, reagendo alla liquidità e contribuendo al tempo stesso a riprodurla"; Helzel P. B., voce *Dataveglianza*, in A. C. Amato Mangiameli-G. Saraceni (a cura di), *Cento e una voce di informatica giuridica*, Torino, 2023, 148; Lyon D., *The Culture of Surveillance. Waching as a Way of Life*, UK, 2018; trad. it., *La cultura della sorveglianza. Come la società del controllo ci ha reso tutti controllori*, Roma, 2020, 45-46 ss.: "La sorveglianza si ammorbidisce soprattutto nell'ambito dei consumi, in contrasto con il controllo e la sorveglianza della sicurezza nazionale. I vecchi ormecci si allentano perché pezzetti di dati personali estratti con uno scopo vengono usati più facilmente per un altro"

⁴¹ Lyon D., *L'occhio elettronico. Privacy e filosofia della sorveglianza*, Milano, 1997, 80, riprendendo l'insegnamento di Gary T. Marx, riferisce che la nuova sorveglianza "trascende la distanza, l'oscurità e le barriere fisiche. Trascende il tempo, e questo lo si può verificare soprattutto nelle potenzialità di memorizzazione e recupero dati dei computer (...)"

Accanto alla sua “mutazione qualitativa”⁴², la sorveglianza si è quantitativamente modificata, moltiplicandosi sopra più e diversi livelli. Il carattere a-spaziale della Rete produce e riproduce innumerevoli sorveglianze, dando vita ad una sorta di riedizione aggiornata delle istituzioni panottiche. Il cd. *Cyberpanopticon*, agendo in non-luoghi ovvero in spazi non fisici e “su corpi profondamente mutati dall’immersione nel fluire delle comunicazioni elettroniche che si dirama e si diffonde ovunque”⁴³, rende la sorveglianza illimitata e sempre più impercettibile. Entro siffatti nuovi spazi si accalcano più sorveglianti, pubblici e privati, che continuamente e da ogni segmento della società processano dati, estrapolano modelli comportamentali e le informazioni vengono “forzatamente indirizzate(e) verso determinati obiettivi”⁴⁴ ed assieme a questi anche la vita (e, soprattutto, i comportamenti) dei sorvegliati è continuamente osservata e, ancor di più, automatizzata, modificata e convogliata verso fini specifici⁴⁵.

La società della sorveglianza così come l’aveva definta Gary T. Marx oggidi non poggia più su un solo *Big Brother* ma su tanti *Big Others* e su forme di sorveglianze molto più penetranti, non più rinserrate entro il paradigma disciplinare panottico⁴⁶,

⁴² Helzel P. B., voce *Dataveglanza*, in A. C. Amato Mangiameli-G. Saraceni (a cura di), *Cento e una voce di informatica giuridica*, Torino, 2023, 147.

⁴³ Rotodà S., *Tecnopolitica. La democrazia e le nuove tecnologie della comunicazione*, Roma-Bari, 2004, 164.

⁴⁴ Perri P., *Sorveglianza elettronica, diritti fondamentali ed evoluzione tecnologica*, Milano, 2020, 17, riferendosi ai servizi offerti dai Big Data: “i quali riescono a predire i nostri desideri prima ancora che si manifestino grazie all’applicazione delle tecniche di *need-to-know*”.

⁴⁵ Si tratta di quanto Zuboff S., *Il capitalismo della sorveglianza. Il futuro dell’umanità nell’era dei nuovi poteri*, I ed., trad. it., Paolo Bassotti, Roma, 2019, 18, definisce “ideologia strumentalizzante” ovvero la nuova concezione della sorveglianza il cui obiettivo è automatizzarci ed indirizzare i comportamenti umani verso nuovi fini.

⁴⁶ Amato Mangiameli A.C., *Diritto e cyberspace. Appunti di informatica giuridica e filosofia del diritto*, Torino, 2000, 22: “diversamente dalle metafore del *Panopticon* e del *Grande Fratello*, il cui referente è un potere coercitivo centrale, tutto ora gira intorno al fatto che la sorveglianza prende forma in luoghi speciali, nei *non-luoghi informatici*, dove le informazioni di continuo introdotte diventano la contingente *misura di tutte le cose*, dove i dati automaticamente assemblati *vincolano* tutti e tutto, dove i risultati mutano involontariamente le entità, i significati e le vite su scala globale. Se le linee infatti di confine tra interno ed esterno sono problematiche, se il centro e la periferia si riorganizzano di continuo e casualmente, la *sorveglianza* non può non diventare *orizzontale*: sì da trasformare *tutti* (attori umani e non umani) in potenziali sorveglianti di qualcosa e di qualcuno”; Curcio R., *Il capitalismo cibernetico. Dopo il panottico, oltre la sorveglianza*, Roma, 2022, 29: “Nel continente digitale, la cui intelaiatura di connessione e istituzionale è decisamente egemonizzata e attrezzata da modelli organizzativi e macchine

che grazie alle nuove tecnologie informatiche (computer, droni, controlli e rilevamenti biometrici) valutano, formano e conformano, orientano, selezionano, escludono, monitorano condotte umane e persone⁴⁷. I controllori sorvegliano in ogni dove⁴⁸; in ogni settore della società ci sono innumerevoli occhi che guardano e attingono dati di qualunque tipo, generando un modello di *Surveillant assemblage*⁴⁹ dal quale gli individui non riescono né a sottrarsi né a rimanere anonimi⁵⁰. Di fatto, loro sono dentro una grande *gabbia elettronica* che tutti li contiene e li controlla⁵¹.

2.1.Segue: New Surveillance e Dataveillance: il controllo sociale attraverso il potere del “dato”.

La nuova *cultura della sorveglianza* ha ridisegnato le forme e i modi dell'attività di quanti, per le più svariate finalità, fanno del controllo un formidabile strumento di potere. Che sia per fini economico-commerciali, oppure per fini socio-politici o ancora securitari piuttosto che ludico-comunicativi siamo sottoposti ad un

funzionali alla crescita del capitalismo digitale, il paradigma panottico, benché ancora operante in specifici sottosistemi chiusi o nelle istituzioni totali ereditate dal Novecento, lo è sempre meno nei nuovi territori di espansione caratterizzati da netta discontinuità con il passato. Esso, in altri termini, ha fatto il suo tempo e oggi non è più in grado di attrezzare concettualmente l'analisi sociale dei nuovi territori”.

⁴⁷ Baumann Z.– Lyon D., *Sesto potere. La sorveglianza nella modernità liquida*, Bari-Roma, 2013, 47.

⁴⁸ Curcio R., *Il capitalismo cibernetico. Dopo il panottico, oltre la sorveglianza*, Roma, 2022, 30, che riprendendo le parole di Dieder Bigo afferma che “non esiste oggi una versione centralizzata del Panopticon e che il *dispositif*, se esiste, è frammentato ed eterogeneo”.

⁴⁹ Perri P., *Sorveglianza elettronica, diritti fondamentali ed evoluzione tecnologica*, Milano, 2020, 11, il quale riprende la riflessione di Haggerty ed Ericson per sottolineare come oggi le attività di sorveglianza siano “pervasive, diffuse e rispondenti a diverse finalità, ivi comprese quelle legate a dinamiche economiche e di profitto”. Infatti, “non solo gli apparati dello Stato, ma anche quelli dei privati, sono interessati a sorvegliare la popolazione sebbene mossi da finalità diverse. (...) ognuno è soggetto a una moltitudine di sorveglianti, che scorrono l'individuo in un insieme di flussi d'informazioni, le quali confluiscono in database molto facili da connettere tra di loro”.

⁵⁰ Perri P., *Sorveglianza elettronica, diritti fondamentali ed evoluzione tecnologica*, Milano, 2020, 3; Cipolloni C., *The Right to anonymity. Overview of the Inatitute and Analysis of its Evolution in the Age of the Web Revolution*, in *Human(ties) and Rights. Global Network Journal*, vol. 5, n. 2, 2023, 101 ss.

⁵¹ Losano M. G., *Corso di informatica giuridica, vol. II, Il diritto privato dell'informatica*, Torino, 1986, 14-15: “lo sviluppo dell'informatica e delle reti di telecomunicazioni hanno reso ormai trasparente la società. Il cittadino si sente osservato senza possibilità di scampo, come un pesce rosso nella sua boccia di vetro”.

controllo continuo ed imprescrutabile che ci rende *trasparenti* ai grandi occhi elettronici.

Per certo, l'accelerazione, ma anche la facilitazione, che l'evoluzione dell'informatica e delle reti di telecomunicazione ha impresso all'attività di sorveglianza è senza pari. Vi è un elemento, infatti, che la tecnologia di oggi irride: esso è lo spazio fisico nel quale un tempo si svolgeva, e per lo più si esauriva, il rapporto sorvegliante-sorvegliato. Ma non solo. A mutare non è stato solo e soltanto lo *spazio* della sorveglianza. Se è vero, infatti, che allo spazio fisico (circoscritto, finito, confinato) si è aggiunto - se non anche sostituito - lo spazio virtuale, quale luogo sostanzialmente illimitato per esercitare il controllo, è altrettanto vero che, assieme ad esso, è cambiato (i)l'(s)oggetto della sorveglianza. E se il *corpo* è sempre stato il punto di osservazione privilegiato dell'attività di controllo⁵² oggi quest'ultima si estende a tutto ciò che la materialità di un corpo porta *con sé* ed *oltre sé*. Pur continuando ad essere osservato, scrutato e sorvegliato sotto l'aspetto più propriamente antropomorfo, esso diventa straordinario vettore di dati e informazioni che ne consentono un controllo pressoché totale e continuo. Sicché, non sono più la firma o il numero di matricola ad individuare la persona⁵³, ma un aggregato di dati che emerge dalla sua costante osservazione e, conseguente, profilazione⁵⁴.

⁵² ma anche come osserva Marzano M., *Straniero nel corpo. La passione e gli intrighi della ragione*, Milano, 2004, 47: "una sorta di riflesso delle molteplici pressioni e trasformazioni della società, un ricettacolo dei valori e delle credenze che predominano in questa o in quella cultura".

⁵³ Deleuze G., *Poscritto sulla società di controllo*, in Id., *Pourparler: 1972-1990*, Macerata, 2000, 237: "Le società disciplinari hanno due poli: la firma che indica l'*individuo*, e il numero o matricola che indica la sua posizione in una *massa*. Il punto è che per le discipline non esiste incompatibilità tra i due poli, che il potere è allo stesso tempo massificante ed individualizzante, cioè costituisce come corpo coloro sui quali si esercita, e modella l'individualità di ciascun membro del corpo (...). Nelle società di controllo, viceversa, la cosa essenziale non è più né una firma né un numero, ma una cifra: la cifra è un *lasciapassare*, mentre le società disciplinari sono regolate da *parole d'ordine* (...). Il linguaggio numerico del controllo è fatto di cifre che contrassegnano l'accesso all'informazione o il diniego. Non si ha più a che fare con la coppia massa-individuo. Gli individui sono diventati "*dividuali*" e le masse dei campioni, dati, mercato o "*banche*"; Perri P., *Sorveglianza elettronica, diritti fondamentali ed evoluzione tecnologica*, Milano, 2020, 10.

⁵⁴ Cipolloni C., voce *Profilazione* in A. C. Amato Mangiameli-G. Saraceni (a cura di), *Cento e una voce di informatica giuridica*, Torino, 2023, 384: "la profilazione è una tecnica impiegata prevalentemente a scopi commerciali. L'analisi dei dati, infatti, consente al titolare o al

Non è più il *corpo* nella sua immediata fisicità (o datità) a rilevare, ma è ciò che esso diventa nell'impatto con la *information society* che ne trasforma la funzione ed il ruolo. "L'individuo viene sostituito da un nuovo tipo di essere sociale, il *dividuo*, ovvero un aggregato astratto di informazioni"⁵⁵. E la società dei *dividui* e della *dividuaione* è quella che per *Deleuze* e *Guattari* ha scalzato via la società disciplinare di *Foucault*. Oggi il *corpo* veicola blocchi di informazioni frammentarie e gli individui sono *profili* identificati tramite flussi di dati che ricomprendono "sia i corpi che le menti"⁵⁶. Flussi di dati personali che i *database* informatici raccolgono ed immagazzinano e quando incrociati e posti in relazione reciproca restituiscono uno specifico *profilo* elettronico dell'individuo⁵⁷, che secondo una data tassonomia lo classificherà come *deviante, pericoloso, asociale, moroso, progressista, moderato*, etc.⁵⁸ La società della classificazione, tramite la categorizzazione sistematica dei dati, crea una *data-image* dell'individuo: un *alter-ego virtuale*, non un *corpo* ma un sistema informativo, una forma disunita, scomposta ed incorporea frutto della combinazione di numeri⁵⁹ e questo *Super-sé*, "(q)uesto 'altro individuo', gode di

responsabile del trattamento di acquisire una quantità considerevole di informazioni allo scopo di elaborare strategie di marketing quanto più personalizzate e calibrate sulla preferenze dell'utente o della categoria di consumatori nella quale è stato ricompreso".

⁵⁵ Mubi Brighenti A., *Sorveglianza e teoria sociale*, in Calenda D.-C.Fonio, (a cura di), *Sorveglianza e società*, Roma-Acireale, 2009, 39: "Da questa prospettiva, i processi di sorveglianza non sono più interessati a *osservare* le persone, quanto piuttosto a *tracciare* una serie di movimenti (non solo e non tanto di individui, quanto di denaro, di scelte, di abitudini – in breve di informazione) in un modo che consenta alle agenzie di sorveglianza di regolare differenzialmente l'accesso e il divieto d'accesso a specifici spazi e specifici servizi per specifici soggetti".

⁵⁶ Baranzoni S.-Vignola P., *Cosa potrebbe un corpo? Il dividuale e l'individuazione della filosofia contemporanea*, in *La Deluziana – Rivista online di Filosofia*, n. 1/2015 – *Crisi della Biopolitiche europee* 2015, 165.

⁵⁷ Calenda D., *Sorveglianza elettronica e mercato*, in Calenda D.-Fonio C., *Sorveglianza e società*, Roma-Acireale, 2009, 67: il c.d. *eletronic profiling* è una tecnica che associa un individuo a un gruppo con caratteristiche simili definite sulla base dell'osservazione delle esperienze passate degli utenti

⁵⁸ Cfr. Amato Mangiameli A.C., *Educare alle nuove tecnologie. Qualche nuovo s/oggetto. Tra algoritmi, intelligenza artificiale, big data*, in A. C. Amato Mangiameli-Maria N. Campagnoli, *Strategie digitali #diritto_educazione_tecnologie*, Torino, 2020, 57: "ogni soggetto è classificabile e ogni nuovo dispositivo raccoglie dati, dal like si risale con margini d'errore minimi al colore della pelle, all'orientamento sessuale, all'appartenenza politica, come pure al quoziente intellettuale, alla religione e a tanto altro ancora, accade così che gli algoritmi generino sempre più messaggi personalizzati e stratagemmi per orientare la condotta".

⁵⁹ Cfr. Rodotà S., *Tecnopolitica. La democrazia e le nuove tecnologie della comunicazione*, Roma-Bari, 2004, 143: "il sé diventa multiplo, fluido, viene costruito in una interazione continua con le

un'esistenza separata dall'individuo reale"⁶⁰. Le nuove tecniche della sorveglianza, come afferma ancora *Lyon*, tendono a basarsi su astrazioni, anziché su persone concrete. La *data-image* ne è il prodotto, non essendo altro che un assemblaggio di dati ricavati dall'osservazione di comportamenti individuali o collettivi. Il linguaggio digitale del controllo è, perciò, un linguaggio di *cifre* e si alimenta dell'accumulazione e dell'aggregazione di dati destinati per lo più alle esigenze del nuovo ordine economico.

Secondo *Deleuze* "(i)l marketing è ora lo strumento del controllo sociale", il quale appare sicuramente come il più pervasivo degli strumenti post-panottici di sorveglianza ed inarna il *proprium* del capitalismo iperproduttivo⁶¹. La fabbrica fordista ha lasciato spazio all'impresa capitalista, che si occupa prevalentemente di produrre e vendere servizi, conoscenza ed informazioni. Del resto, nella società dell'informazione basata sul *valore* del "dato" e sul suo *potere* esso rivela non solo come nuova merce di scambio, ma anche come elemento *in-dividualizzante*. La raccolta di ogni dato, partendo da quelli biometrici, intesi nella loro più ampia accezione⁶², quali dati riferiti alle caratteristiche fisiche, fisiologiche o comportamentali di una persona che ne consentono o ne confermano l'identificazione univoca, costituisce il capitale dei nuovi produttori dell'informazione.

E se il dato rappresenta oggi la vera risorsa del mercato digitale, la raccolta e l'elaborazione (*data processing*) ne costituiscono la più caratterizzante delle attività.

macchine (...). Così navigando nelle reti, ciascuno può incontrare il proprio «doppio». In ogni senso l'identità diventa nomade". Esso diviene come scrive Le Breton D., *Signes d'identité: tatouages, piercing et autres marques corporelles*, Paris, 2007, 7, "una costruzione personale, un oggetto transitorio e manipolabile, suscettibile di molteplici metamorfosi secondo i desideri individuali".

⁶⁰ Lyon D., *L'occhio elettronico. Privacy e filosofia della sorveglianza*, Milano, 1997, 123.

⁶¹ Deleuze G., *Poscritto sulla società di controllo*, in Id., *Pourparler: 1972-1990*, Macerata, 2000, 238-239: "Ma, nella situazione attuale, il capitalismo non è più orientato alla produzione (...). È un capitalismo di iperproduzione. Non compra più materie prime né vende più prodotti finiti: compra prodotti finiti o assembla pezzi staccati. Vuole vendere servizi e vuole comprare azioni. Non è più un capitalismo per la produzione, ma per il prodotto, cioè per la vendita o per il mercato".

⁶² Cfr. Regolamento Generale sulla Protezione dei Dati (UE 2016/679) del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 Aprile 2016.

In questa direzione, molto ha contribuito l'utilizzo di calcolatori o elaboratori automatizzati (ovvero i computer) rivelatisi preziosi accumulatori di dati in quanto *macchine pensanti* ed intelligenti in grado di comunicare con l'uomo ma anche fra di loro⁶³. La loro capacità di raccogliere, analizzare, processare, conservare e trasferire una mole cospicua di dati è esponenziale⁶⁴: attraverso tecniche di *data mining*⁶⁵, il dato grezzo diviene un'informazione organizzata e accurata che consente ai sorveglianti di profilare continuamente l'utente e di scambiare il *dato*, quale nuova *res* o bene giuridico oggetto di mercificazione e di negoziazione⁶⁶. Ciò alimenta un'*economia di dati* basata sul potere economico/commerciale del *dato* che costituisce uno degli oggetti della *new economy* del digitale⁶⁷. Entro tale sistema i *Big Data*⁶⁸ si

⁶³ Sul punto si v. l'interessante ricostruzione di Amato Mangiameli A. C., *Educare alle nuove tecnologie. Qualche nuovo sloggetto. Tra algoritmi, intelligenza artificiale, big data*, in A. C. Amato Mangiameli-Maria N. Campagnoli, *Strategie digitali #diritto_educazione_tecnologie*, Torino, 2020, 48-49: "E intanto che si costruiscono dispositivi sempre più raffinati, si attiva un dibattito sull'intelligenza del calcolatore (...) e via via si modifica l'immagine che noi abbiamo della macchina: dapprima 'conduttore e trasmettitore di potenza', ora 'trasformatore di informazione'".

⁶⁴ Ancora Amato Mangiameli A. C., *Educare alle nuove tecnologie. Qualche nuovo sloggetto. Tra algoritmi, intelligenza artificiale, big data*, in A. C. Amato Mangiameli-Maria N. Campagnoli, *Strategie digitali #diritto_educazione_tecnologie*, Torino, 2020, 57, sottolinea che "I computer capaci di apprendere in modo automatico costituiscono la vera grande svolta e con essa evidenziano il possibile rischio di un sistema non controllato, tale da richiedere una sorta di Algorithm Liberation Front per rendere trasparenti i criteri decisionali alla base dei diversi strumenti".

⁶⁵ Soro A., *Democrazie e potere dei dati*, Milano, 2019, 46.

⁶⁶ Mangiameli S., voce *Sovranità digitale*, in A. C. Amato Mangiameli-G. Saraceni (a cura di), *Cento e una voce di informatica giuridica*, Torino, 2023, 451: "le informazioni che circolano in rete sono reificate (i dati) e sono diventate beni, in senso giuridico, cioè 'cose che possono formare oggetto di diritti (art. 810 c.c.) e come tali, oggetto di attività economica, per via dell'accessibilità, della specificità e della loro limitatezza".

⁶⁷ In una intervista ad Antonello Soro, Presidente del Garante per la protezione dei dati personali del 6 giugno 2018 "*Proteggiamo i dati, sono la nostra vita*", lo stesso afferma che "i dati sono il nuovo petrolio. Il dato, il protagonista della società digitale, è quell'elemento che viene raccolto da ogni parte del pianeta e che viene concentrato in grandi calcolatori di poche imprese. Qui viene elaborato e si formano i profili di utenti ai quali indirizzare pubblicità mirata, e non solo per fini commerciali, e su questi grandi volumi di dati oggi si fonda la ricchezza"; si v. anche Soro A., *Persone in rete. I dati tra poteri e diritti*, Roma, 2018, 16.

⁶⁸ Saraceni G., voce *Big Data*, in A. C. Amato Mangiameli - G. Saraceni (a cura di), *Cento e una voce di informatica giuridica*, Torino, 2023, 41: "i big data vengono assemblati grazie alle tracce lasciate dall'utente di un servizio digitale che, in maniera più o meno consapevole, condivide le proprie idee, abitudini e preferenze, mentre naviga sulla rete e ne utilizza i siti, i motori di ricerca, i portali; si compongono, altresì, delle risultanze provenienti dalle apparecchiature elettroniche di uso comune, in grado di collegarsi ad un sito o ad una banca dati. Notiamo come, in questo secondo caso, l'utente partecipi in maniera parecchio spontanea e quasi del tutto inconsapevole alla produzione del dato, visto che, ad essere tracciato, è il suo comportamento".

rivelano straordinariamente fecondi rispetto alle nuove forme di sorveglianza e consentono di commercializzare dapprima e profittare dopo dell'accumulazione di dati captati secondo la logica tipica delle dinamiche capitaliste. Non a caso *Shoshana Zuboff*, analizzando le trasformazioni e le conseguenze socio-economiche provocate dall'avvento dell'*Era digitale*, parla di *capitalismo della sorveglianza* ovvero di una nuova forma di sorveglianza che "si appropria dell'esperienza umana usandola come materia prima da trasformare in dati sui comportamenti"⁶⁹ e, rimandando alla vecchia immagine di *Karl Marx* del capitalismo come un vampiro che si ciba di lavoro, Ella afferma che "il capitalismo della sorveglianza non si ciba di lavoro, ma di ogni aspetto della vita umana"⁷⁰.

Questo tipo di sorveglianza, che è esercitata per lo più da poteri privati, pur non sostituendo quella propriamente pubblica e politica è per certo predominante. Il mercato e le relazioni di mercato costituiscono oggi l'indiscutibile spazio di esercizio del potere economico globale: la fluidità assieme all'irritualità delle regole che lo governano facilitano la circolazione di dati destinati a *formare* costantemente le scelte e le decisioni degli utenti finali⁷¹. In questo modo, si sviluppa una forma di *mercato comportamentale futuro*⁷² del quale gli stessi utenti sono categorie merceologiche ovvero parti di un processo di produzione utilizzate dai capitalisti della sorveglianza per creare prodotti o servizi. Attività di controllo così pervasive, tanto da predire i desideri dei consumatori e addirittura da personalizzare i servizi

⁶⁹ Zuboff S., *Il capitalismo della sorveglianza. Il futuro dell'umanità nell'era dei nuovi poteri*, I ed., trad. it., Paolo Bassotti, Roma, 2019, 17-18: "Alcuni di questi dati vengono usati per migliorare prodotti o servizi, ma il resto diviene un *suprplus comportamentale* privato, sottoposto a un processo di lavorazione avanzato noto come 'intelligenza artificiale' per essere trasformato in *prodotti predittivi* in grado di vaticinare cosa faremo immediatamente, tra poco e tra molto tempo".

⁷⁰ Zuboff, S., *Il capitalismo della sorveglianza. Il futuro dell'umanità nell'era dei nuovi poteri*, I ed., trad. it., Paolo Bassotti, Roma, 2019, 19.

⁷¹ Come osserva anche Rodotà S., *Tecnopolitica. La democrazia e le nuove tecnologie della comunicazione*, Roma-Bari, 2004, 137: "Nel mondo dei consumi e della logica di mercato, infatti la sorveglianza non ha come obiettivo quello di impedire o scoraggiare determinati comportamenti. Queste possono rivelarsi finalità del tutto estranee o indifferenti per chi raccoglie sistematicamente informazioni: anzi l'interesse è abitualmente quello di far sì che i comportamenti di consumo vengano il più possibile ripetuti".

⁷² Zuboff S., *Il capitalismo della sorveglianza. Il futuro dell'umanità nell'era dei nuovi poteri*, I ed., trad. it., Paolo Bassotti, Roma, 2019, 18.

da offrire, si avvalgono dell'applicazione delle tecniche di *need-to-know*⁷³, le quali alimentano il mercato dei profili (*commodification*)⁷⁴ e delle previsioni⁷⁵. Una sorveglianza costruita su conoscenza privata e predizioni e, di fatto, su un *potere strumentalizzante*, che struttura e utilizza il comportamento al fine di modificarlo, predirlo, monetizzarlo e controllarlo⁷⁶.

Di fronte a tale lettura, ammantata di un certo scetticismo, potrebbe obiettarsi che il processo di trasformazione dei dati segue criteri oggettivi e neutrali, considerata l'ingente mole di informazioni e le infinite variabili che possono darsi. Del resto, i *database*, questi enormi contenitori virtuali (c.d. *SuperPanopticon*), utilizzano un linguaggio binario, disambiguo che imposta i dati in modo rigido, eseguono operazioni di calcolo statistico e quindi scevre, almeno in via di principio, da pregiudiziali.

In verità, come è stato osservato, i dati non sono oggettivi⁷⁷ né lo è il prodotto finale che la loro elaborazione restituisce. Piuttosto quanto accade nell'intervallo che separa l'osservazione dalla raccolta e dall'elaborazione del dato resta qualcosa di insondabile e di irricoscibile da parte di molti. Sono pochi infatti coloro che hanno la disponibilità dei *Big Data* ed ancora meno quelli che conoscono le logiche del calcolo algoritmico, con la conseguenza che siano proprio gli interessi

⁷³ Perri P., *Sorveglianza elettronica, diritti fondamentali ed evoluzione tecnologica*, Milano, 2020, 17: "mediante le quali l'informazione viene forzatamente indirizzata verso determinati obiettivi, creando così una asimmetria pericolosa tra conoscenza e potere, alla quale peraltro l'utente non ha modo di sottrarsi".

⁷⁴ Calenda D., *Società sorvegliate e mercato*, in Calenda D., *Sorveglianza elettronica e mercato*, in Calenda D.-Fonio C., *Sorveglianza e società*, Roma-Acireale, 2009, 66: "La risorsa principale di questo mercato deriva dalla trasformazione da valore d'uso a valore di scambio dei dati personali, la c.d. personal data commodification, attraverso la costruzione di profili elettronici e la loro personificazione".

⁷⁵ Come osserva Zuboff S., *Il capitalismo della sorveglianza. Il futuro dell'umanità nell'era dei nuovi poteri*, I ed., trad. it., Paolo Bassotti, Roma, 2019, 370: "Questo è il cuore di tenebra del capitalismo della sorveglianza: un nuovo tipo di commercio che ci re-immagina con lo sguardo che gli conferisce il suo potere, mediato dai propri mezzi di modifica del comportamento".

⁷⁶ Zuboff S., *Il capitalismo della sorveglianza. Il futuro dell'umanità nell'era dei nuovi poteri*, I ed., trad. it., Paolo Bassotti, Roma, 2019, 370 e 378, per la quale questo potere "(s) basa su azioni misurabili, perciò gli importa solo se quello che facciamo sia *accessibile* o meno alle sue incessanti operazioni di renderizzazione, modifica, monetizzazione e controllo".

⁷⁷ Amato Mangiameli A. C., *Educare alle nuove tecnologie. Qualche nuovo sloggetto. Tra algoritmi, intelligenza artificiale, big data*, in A. C. Amato Mangiameli-Maria N. Campagnoli, *Strategie digitali #diritto_educazione_tecnologie*, Torino, 2020, 58-59.

commerciali (tutt'altro che oggettivi e neutri) a veicolare il dato. È l'informazione, quindi, che crea e forma i bisogni ai quali la società si adegua ed anzi li fa propri sino ad invertire la primordiale logica propria di ogni società, secondo la quale la domanda di bisogni risale dal basso e non (come invece è) implacabilmente eteroimposta, predetta e indotta dall'alto.

Questa costante interconnessione di dati attraverso l'utilizzo di calcolatori di grande capacità è stata definita – dall'informatico australiano *Roger Clarke* – *Dataveillance*⁷⁸ un neologismo che svela il volto nuovo della sorveglianza, quella che si attua tramite l'interconnessione dei dati, la velocità della Rete e la potenza di calcolo, ed esercita un controllo sistematico delle azioni o delle comunicazioni delle persone (sia individuale sia di massa)⁷⁹ in cui il "dato" costituisce la materia prima che, sottoposto ad un processo di lavorazione, è finalizzato a costruire strategie di *marketing*.

A tutto ciò pare debba aggiungersi un ulteriore elemento. A determinare lo sviluppo imponente della *Dataveglianza* e della sorveglianza capitalista ha contribuito il concorso più o meno (in)consapevole degli utenti. Una semplice ricerca su un qualsiasi motore di ricerca – Google, Yahoo etc. – l'accettazione dei cookie, l'uso di smartphone, acquisti e pagamenti su Internet, apposizione di semplici like, i Twitter, l'esposizione di post e di nostre immagini, che tradiscono preferenze ed abitudini, non sono solo semplici tracce di noi, ma sono materia prima di cui riforniamo le grandi industrie della sorveglianza capitalista che ne fa ciò che loro profitta ed avvantaggia.

⁷⁸ Clarke R., *Information Technology and Dataveillance*, Communications of the ACM, 31 May, 1988, 499, per il quale la *Dataveillance* è "la sistematica investigazione o monitoraggio delle azioni o delle comunicazioni di una o più persone cui scopo primario è, generalmente, collezionare informazioni su loro, le loro attività o le loro associazioni".

⁷⁹ Lyon D., *L'occhio elettronico. Privacy e filosofia della sorveglianza*, 1997, 73 e 74: "Come osserva Clarke, comunque, una 'società di dossier' non ha bisogno di centralizzazione, ma solo di dataveglianza. Tutto quel che serve a una società della sorveglianza è una gamma di sistemi di gestione dei dati personali, collegati da reti di telecomunicazione, dotati di uno schema di identificazione compatibile".

I teorici hanno coniato l'espressione *Panopticommodity*⁸⁰ proprio per rappresentare un tipo di sorveglianza generata dagli utenti attraverso lo scambio consapevole e la commercializzazione di dati personali nell'ambito di attività economiche, e non solo. Molto banalmente, strumenti come *Facebook*, *Instagram*, *Tik Tok* si rivelano vettori straordinari di informazioni e dati personali volontariamente lasciati nella disponibilità di centinaia di milioni di utenti e, soprattutto, delle grandi multinazionali IT (*Big Tech*) con la conseguente eccessiva sovraesposizione della propria persona e della propria vita privata che, inevitabilmente, si trasforma in una vita continuamente pubblica⁸¹, e la cessione quasi incondizionata dei nostri dati (c.d. *dataismo*) e della loro portabilità presso coloro che si occupano di processarli.

Questa adesione da parte dell'utenza realizza una forma di *participatory surveillance*, non più ancorata agli schemi gerarchici e fissi del panottismo foucaultiano, ma a quelli più veloci della Rete, orizzontali e diffusi. Qui il sorvegliante è anche sorvegliato difatti già solo l'utilizzo del sistema o della piattaforma implica un mutuo *scambio* di informazioni⁸². Uno scambio che dovrebbe mitigare gli effetti di una sorveglianza *one way* e dovrebbe rappresentare la parte "buona" di essa, giacché un controllo partecipato, reciproco e condiviso, darebbe all'utente la possibilità di vigilare sull'uso del potere sia pubblico sia privato⁸³. Sicché il *dato* diverrebbe un bene fruibile per tutti e soprattutto per i singoli, i quali, attraverso la sua conoscibilità, potrebbero modificare certi comportamenti, schermando o filtrando le proprie informazioni così proteggendo, semmai, identità e *privacy*.

⁸⁰ Lyon D., *Theorizing Surveillance. The panopticon and beyond*, Portland, 2006, 8-9, il quale afferma che tale espressione riferisce la condivisione o anche la cessione dei propri dati personali e comportamentali in cambio di servizi (apparentemente) gratuiti.

⁸¹ Rotodà S., *Prefazione*, in D. Lyon, *La società sorvegliata. Tecnologie di controllo della vita quotidiana*, Milano, 2002, VII.

⁸² Perri P., *Sorveglianza elettronica, diritti fondamentali ed evoluzione tecnologica*, Milano, 2020, 25: "è lo schema di funzionamento tipico dei *social network* dove, a un'informazione originariamente pubblicata dall'autore del primo messaggio, seguono una serie di ulteriori messaggi provenienti dagli appartenenti alla stessa rete sociale i quali, spesse volte, contengono informazioni di contesto e di contenuto preziose per ricostruire un determinato percorso, alimentare il profilo di una persona o conoscere la sua storia o i suoi orientamenti".

⁸³ Perri P., *Sorveglianza elettronica, diritti fondamentali ed evoluzione tecnologica*, Milano, 2020, 25, spec. nota 64.

3. Sorveglianza e diritti fondamentali: l'irrinunciabile pretesa al *Data privacy*.

Stefano Rodotà in un saggio di qualche anno fa intitolato *L'avvento della Tecnopolitica* si domanda: "(q)ual è il destino della democrazia nel tempo in cui le tecnologie dell'informazione e della comunicazione ridisegnano i luoghi della politica, abbattano confini, negano gli stessi vincoli dello spazio e del tempo, cancellano soggetti antichi e creano nuove soggettività?"⁸⁴. Una domanda provocante ed insidiosa che inevitabilmente chiama a sé il destino e la garanzia dei diritti, i quali restano incisi dagli effetti pervasivi della *sorveglianza* in generale e di quella *tecnologica* in particolare.

La questione che è antica quanto la storia delle forme di controllo sull'individuo e sulle masse, è straordinariamente attuale e molto più complessa che in passato. Essa deve tenere conto dei nuovi modelli di sorveglianza e delle trasformazioni che si sono prodotte sul rapporto tra Stato e cittadino ovvero tra Autorità e libertà.

È, dunque, con toni senz'altro più urgenti che oggi il problema della tutela dei diritti fondamentali si ripropone: laddove la sorveglianza decostruisce le identità, le soggettività e la politica; laddove essa omologa, conforma e profila è necessario immaginare ulteriori paradigmi di tutela per i diritti, sì da restituire sostanza all'identità personale e alla pretesa irrinunciabile della propria *privacy*⁸⁵.

A tal proposito, non pare senza rilievo aver sin qui tratteggiato la *consistenza* dei nuovi modelli di controllo sociale ed averne messo in luce la loro portata pervasiva che, penetrando la vita delle persone, altera significativamente l'esercizio dei loro diritti, vulnera il principio di eguaglianza sino a toccare le corde della dignità umana che resta il fondamento costituzionale della riservatezza e della protezione

⁸⁴ Rodotà S., *Tecnopolitica. La democrazia e le nuove tecnologie della comunicazione*, Roma-Bari, 2004, 3: "Se questi sono gli effetti del cambiamento, allora non è soltanto una particolare forma politica ad essere in gioco. È l'intera società che, giorno dopo giorno, si scopre continuamente mutata. E con essa cambiano di senso diritti e linguaggi, i modi stessi della costruzione della personalità".

⁸⁵ Palazzani L., voce *Privacy*, in A. C. Amato Mangiameli-G. Saraceni (a cura di), *Cento e una voce di informatica giuridica*, Torino, 2023, 375: "Il termine *privacy* (...) è (...) sinonimo di intimità, solitudine, anonimato e/o riservatezza della vita privata e familiare, nonché come limite alla diffusione delle informazioni che concernono una persona, in assenza del suo consenso o di altro presupposto di legittimità".

dei dati personali⁸⁶. Si pensi all'utilizzo dei c.d. dati biometrici captati anche solo con un *selfie* e in grado di risalire a caratteristiche fisiche, fisiologiche e comportamentali di una persona consentendone o confermandone l'identificazione⁸⁷.

L'immediata ripercussione sulle libertà individuali e sul diritto alla *privacy* – inteso qui nella sua più specifica accezione di *Recht auf informationelle Selbstbestimmung* –⁸⁸ (ovvero di diritto all'autodeterminazione informativa) è talmente evidente che se, da un lato, non necessita di ulteriori argomentazioni dall'altro, impone invece una riflessione che metta assieme le esigenze della sorveglianza con quelle del rispetto della persona e della riservatezza dei suoi dati.

In proposito, sono state diverse le misure di protezione che i legislatori hanno ritenuto di dover adottare. Vanno in questa direzione il riconoscimento nell'art. 8 CEDU del più ampio diritto alla vita privata (e familiare) dell'individuo; l'adozione del Regolamento europeo 2016/679 (GDPR) *relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati*, il quale oltre ad aver provveduto ad armonizzare la disciplina all'interno dell'UE, ha

⁸⁶ La dignità umana, secondo l'interpretazione della Corte costituzionale italiana, è "valore di priorità assoluta e di carattere fondante nella scala dei valori espressi dalla costituzione"; "valore fondamentale", "fine dell'ordinamento", "valore costituzionale che permea di sé il diritto positivo", "valore posto dalla costituzione alla base dei diritti della persona", "valore supremo": Corte costituzionale sentenze: 24 maggio 1985, n. 161; 19 novembre 1991, n. 414; 19 dicembre 1991, n. 467; 17 luglio 2000, n. 293; 5 febbraio 1992, n. 37.

⁸⁷ I dati biometrici sono definiti *special categories of personal data* (art. 10), par. 1, Direttiva UE 2016/680.

⁸⁸ BVerfGE 15 dicembre 1983. Con tale espressione il *Bundesverfassungsgericht* introduce un nuovo concetto comprensivo non più e soltanto della tutela della sfera privata (*Sphärentheorie*) ma anche dell'incidenza sui diritti dell'interessato di ogni elaborazione di informazioni personali e la conseguente necessità che ogni elaborazione siffatta, per essere legittima, abbia un proprio specifico fondamento giuridico. Accogliendo tale prospettiva i Giudici di Karlsruhe hanno affermato che "*Entscheidend sind ihre Nutzbarkeit und Verwendungsmöglichkeit. Diese hängen einerseits von dem Zweck, dem die Erhebung dient, und andererseits von den der Informationstechnologie eigenen Verarbeitungs- und Verknüpfungsmöglichkeiten ab. Dadurch kann ein für sich gesehen belangloses Datum einen neuen Stellenwert bekommen; insoweit gibt es unter den Bedingungen der automatischen Datenverarbeitung kein "belangloses" Datum mehr. Wieweit Informationen sensibel sind, kann hiernach nicht allein davon abhängen, ob sie intime Vorgänge betreffen. Vielmehr bedarf es zur Feststellung der persönlichkeitsrechtlichen Bedeutung eines Datums der Kenntnis seines Verwendungszusammenhangs: Erst wenn Klarheit darüber besteht, zu welchem Zweck Angaben verlangt werden und welche Verknüpfungs- und Verwendungsmöglichkeiten bestehen, lässt sich die Frage einer zulässigen Beschränkung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung beantworten*".

riconosciuto alla protezione dei dati il rango di diritto fondamentale, la cui garanzia si realizza attraverso uno stretto e rigoroso controllo sul suo trattamento, rafforzato da forme di *accountability*. E, per quanto riguarda l'Italia, l'adozione con d.lgs. n. 196 del 2003 del *Codice in materia di protezione dei dati personali*.

Ancor più rilevante, in tal senso, è apparso però il contributo della giurisprudenza che a vari livelli ha concorso ad esplicitare e a rafforzare la garanzia del *Recht auf informationelle Selbstbestimmung*. La violazione della riservatezza intesa, non solo nei termini di *Right to be let alone*⁸⁹ ma anche come diritto alla protezione dei propri dati personali, ha dato vita ad un vivace dialogo tra i diversi livelli giurisdizionali – rianimatosi particolarmente anche dopo le rivelazioni di *Edward Snowden* (c.d. *Datagate*) – al centro del quale la tutela dei diritti fondamentali resta l'irrinunciabile pretesa contro ogni illegittima espropriazione della propria personalità da parte di invisibili controllori digitali.

In particolare la Corte EDU che si è pronunciata sulle misure di sorveglianza elettronica di massa⁹⁰, pur non ritenendo simili misure incompatibili *ex se* con la Convenzione – ed anzi affermando che l'intercettazione di massa di comunicazioni straniere costituisce “a valuable means to achieve the legitimate aims pursued, particularly given the current threat level from both global terrorism and serious crime”⁹¹ – ha ritenuto che le stesse, almeno nel caso di specie, non fossero conformi ai principi di necessità e proporzionalità ai sensi dell'art. 8 della Convenzione⁹².

⁸⁹ Secondo la celebre affermazione di un giudice della Corte Suprema degli Stati Uniti è il “diritto ad essere lasciati in pace (che) è di fatto l'inizio di ogni libertà”, cfr. U.S. Supreme Court **Public Utilities Comm'n v. Pollak, 1952**.

⁹⁰ Corte EDU, 4 dicembre 2015, *Case Zakharov v. Russia*, ric. n. 47143/06; Corte EDU, 25 maggio 2021, *Case of Big Brother Wacht and Others v. United Kingdom*, ric. n. [58170/13](#), [62322/14](#) and [24960/15](#).

⁹¹ Corte EDU, 25 maggio 2021, *Case of Big Brother Wacht and Others v. United Kingdom*, ric. n. [58170/13](#), [62322/14](#) and [24960/15](#), 86.

⁹² Corte EDU, 25 maggio 2021, *Affaire Centrum for Rättvisa c. Suède*, ric. n. [35252/08](#), anche qui la Corte ricoda che “Il ne fait aucun doute (...) que l'interception en masse est d'une importance vitale pour les États contractants, qui en ont besoin pour détecter les menaces pesant sur leur sécurité nationale”, tuttavia nel caso di specie “le régime suédois d'interception en masse excède la marge d'appréciation accordée aux autorités de l'État défendeur à cet égard. Elle rappelle que l'interception en masse recèle un potentiel considérable d'abus susceptibles de porter atteinte au droit des individus au respect de leur vie privée. Eu égard au principe de la prééminence du droit, laquelle est expressément mentionnée dans le préambule de la

Più in particolare poi, sull'utilizzo delle tecniche di riconoscimento facciale⁹³, i Giudici di Strasburgo hanno ricordato che "The protection of personal data is of fundamental importance to a person's enjoyment of his or her right to respect for private and family life, as guaranteed by Article 8 of the Convention" e che la registrazione sistematica o permanente dei dati personali di un individuo può costituire un'ingerenza nella vita privata di quest'ultimo, soprattutto se ad essere ripresa sia l'immagine di una persona che appunto costituisce uno degli attributi principali della sua personalità⁹⁴.

La Corte di Strasburgo si è soffermata in ulteriori occasioni a ribadire che lo sviluppo della tecnologia informatica e l'ampliamento delle possibilità di trattamento dei dati personali dovuto all'automatizzazione pone in stretta relazione la tutela della vita privata e la protezione dei dati personali, quest'ultima espressione della tutela dell'autonomia personale da ingerenze eccessive da parte di soggetti privati e pubblici⁹⁵. E più efficacemente essa ha dichiarato che "The public interest cannot be reduced to the public's thirst for information about the

Convention et inhérente à l'objet et au but de l'article 8 (...), la Cour estime donc que le régime suédois d'interception en masse, considéré dans son ensemble, ne contient pas de « garanties de bout en bout » suffisantes pour offrir une protection adéquate et effective contre l'arbitraire et le risque d'abus".

⁹³ Corte EDU, 4 luglio 2023, *Case Glukhin v. Russia*, ric. n. 11519/20.

⁹⁴ Pur ribadendo che "any interference can only be justified under Article 8 § 2 if it is in accordance with the law, pursues one or more of the legitimate aims to which paragraph 2 of Article 8 refers and is necessary in a democratic society in order to achieve any such aim". La Corte ha poi concluso che "In such circumstances, the use of facial recognition technology to identify the applicant from the photographs and the video published on Telegram – and *a fortiori* the use of live facial recognition technology to locate and arrest him while he was travelling on the Moscow underground – did not correspond to a "pressing social need. In the light of all the above considerations the Court concludes that the use of highly intrusive facial recognition technology in the context of the applicant exercising his Convention right to freedom of expression is incompatible with the ideals and values of a democratic society governed by the rule of law, which the Convention was designed to maintain and promote. The processing of the applicant's personal data using facial recognition technology in the framework of administrative offence proceedings – first, to identify him from the photographs and the video published on Telegram and, secondly, to locate and arrest him while he was travelling on the Moscow underground – cannot be regarded as "necessary in a democratic society". There has accordingly been a violation of Article 8 of the Convention".

⁹⁵ Corte EDU, [16 febbraio 2000, Case Amann v. Svizzera](#), ric. n. [27798/95](#); Corte EDU, [6 aprile 2010, Case Flinkkilä and Others v. Finlandia](#), ric. n. 25576/04 .

private life of others, or to an audience's wish for sensationalism or even voyeurism"⁹⁶.

D'altra parte, anche la Corte di Giustizia dell'Unione europea si è misurata nel tempo con il tema della tutela dei dati personali, saggiandone tutta la complessità e muovendo all'interno di un quadro giuridico alquanto frammentato e solo in parte ricomposto dalla previsione contenuta nell'art. 16 del TFUE (ex articolo 286 del TCE) ove è stabilito che "Ogni persona ha diritto alla protezione dei dati di carattere personale che la riguardano" e dall'art. 8 della *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea* che consacra il lungo processo di codificazione del diritto alla *privacy* del quale la protezione dei dati personali ne costituisce ora un diritto autonomo.

Così ad esempio, il giudice europeo ha affermato che "nella misura in cui l'attività di un motore di ricerca può incidere (...) sui diritti fondamentali, sulla vita privata e sulla protezione dei dati personali, il gestore di tale motore di ricerca (quale responsabile del trattamento dei dati) deve assicurare (...) che detta attività soddisfi le prescrizioni della direttiva 95/47, affinché le garanzie previste da quest'ultima possano sviluppare pienamente i loro effetti e possa essere effettivamente realizzata una tutela efficace e completa delle persone interessate, in particolare del diritto al rispetto della loro vita privata"⁹⁷. Nelle parole del Giudice europeo si legge ancora che in caso di violazione della personalità per mezzo di contenuti pubblicati in rete su un sito Internet, la persona lesa può esperire un'azione di risarcimento dinanzi ai giudici dello Stato membro del luogo di stabilimento del soggetto che ha immesso tali informazioni⁹⁸. E che, in ogni caso, le esigenze di controllo democratico non possono travolgere il diritto fondamentale

⁹⁶ Corte EDU, 8 novembre 2016, *Case Magyar Helsinki Bizottság v. Ungheria*, ric. n. 18030/11.

⁹⁷ CGUE, 13 maggio 2014, *Case Google Spain SL, Google Inc. v. Agencia Española de Protección de Datos (AEPD), Mario Costeja González*, C-131/12.

⁹⁸ CGUE, 25 ottobre 2011, *Case eDate Advertising GmbH v. x; Oliver Martinez, Robert Martinez v. MGN Limited*, C-509/09 and C-161/10.

alla riservatezza delle persone fisiche, dovendo sempre essere rispettato il principio di proporzionalità, definito il principio cardine della tutela dei dati personali⁹⁹.

Sulle orme di tali indicazioni anche a livello nazionale i giudici della legittimità hanno ribadito l'importanza fondamentale di tutelare la riservatezza dell'individuo attraverso la protezione dei suoi dati personali. La Corte costituzionale italiana nella sentenza n. 20 del 2019, riguardante il caso della pubblicazione *on line* dei dati reddituali e patrimoniali dei dirigenti della P.A., ha rinviato a più riprese alla giurisprudenza europea ed internazionale, ribadendo che il diritto alla riservatezza dei dati personali, "quale manifestazione del diritto fondamentale all'intangibilità della sfera privata, attiene alla tutela della vita degli individui nei suoi molteplici aspetti" e che "(n)ell'epoca attuale, esso si caratterizza particolarmente quale diritto a controllare la circolazione delle informazioni riferite alla propria persona"¹⁰⁰. La protezione di tale diritto è rimessa ai canoni elaborati già in sede europea e, in particolare, a quelli di proporzionalità, pertinenza e non eccedenza.

Il Giudice delle leggi osserva ancora che i diritti alla riservatezza e alla trasparenza sono chiamati oggidì a fronteggiarsi all'interno del nuovo scenario digitale: "un ambito nel quale, da un lato, i diritti personali possono essere posti in pericolo dalla indiscriminata circolazione delle informazioni, e, dall'altro, proprio la più ampia circolazione dei dati può meglio consentire a ciascuno di informarsi e comunicare". Pur sulla scia di tale ragionamento, accogliendo la sollevata questione di costituzionalità ha comunque ritenuto che "L'indicizzazione e la libera rintracciabilità sul web, con l'ausilio di comuni motori di ricerca, dei dati personali pubblicati, non è coerente al fine di favorire la corretta conoscenza della condotta della pubblica dirigenza e delle modalità di utilizzo delle risorse pubbliche. Tali forme di pubblicità rischiano piuttosto di consentire il reperimento "casuale" di dati personali, stimolando altresì forme di ricerca ispirate unicamente dall'esigenza di soddisfare mere curiosità"¹⁰¹.

⁹⁹ CGUE [20 maggio 2003, C-465/00, C-138/01 e C-139/01, Österreichischer Rundfunk and Others e 9 novembre 2010, C-92/09 e 93/09, Volker und Markus Schecke e Eifert](#).

¹⁰⁰ Corte costituzionale, sent. n. 20 del 23 gennaio 2019.

¹⁰¹ Corte costituzionale, sent. n. 20 del 23 gennaio 2019, p.to 5.3.1.

Nella medesima direzione, anche la Corte di cassazione ha sottolineato che le esigenze datoriali (riferite qui all'ambiente lavorativo/aziendale) non possono "assumere una portata tale da giustificare un sostanziale annullamento di ogni forma di garanzia della dignità e riservatezza del lavoratore"¹⁰², sicché la protezione dei propri dati personali diventa, nell'epoca del *dataismo*, una priorità assoluta in quanto attiene "all'intangibilità della propria proiezione sociale" e ad una "fedele e completa rappresentazione della personalità individuale del soggetto nell'ambito della comunità, generale e particolare, in cui tale personalità è venuta svolgendosi, estrinsecandosi o solidificandosi"¹⁰³.

Particolarmente interessanti appaiono finanche alcune decisioni del *Bundeverfassungsgericht* che in materia di protezione dei dati personali ha mostrato una certa sensibilità e una grande lucidità interpretativa già prima che essa divenisse un tema di riflessione centrale per la dottrina. E ciò già agli inizi degli anni Ottanta del secolo scorso la decisione con la quale si introduceva per la prima volta il concetto di *Recht auf informationelle Selbstbestimmung*, quale diritto del singolo a decidere in prima persona sulla cessione e l'uso dei dati che lo riguardano, affermando che "*Freie Entfaltung der Persönlichkeit setzt unter den modernen Bedingungen der Datenverarbeitung den Schutz des Einzelnen gegen unbegrenzte Erhebung, Speicherung, Verwendung und Weitergabe seiner persönlichen Daten voraus. Dieser Schutz ist daher von dem Grundrecht des Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG umfasst. Das Grundrecht gewährleistet insoweit die Befugnis des Einzelnen, grundsätzlich selbst über die Preisgabe und Verwendung seiner persönlichen Daten zu bestimmen*" (par. 147). Ma non meno interessanti sono stati i suoi successivi pronunciamenti. Con la pronuncia del 27 febbraio 2008¹⁰⁴, la Corte costituzionale tedesca ha dichiarato incostituzionale la *Gesetzes über den Verfassungsschutz* del Land Nordrhein-Westfalen, che autorizzava i servizi segreti (*Verfassungsschutzbehörde*) ad accedere ai sistemi informatici all'insaputa dei

¹⁰² *Ex multis* Corte Cassazione, 13 maggio 2016, n. 9904 e 1 gennaio 2012, n. 16622.

¹⁰³ Corte Cassazione, 26 giugno 1986, n. 3769, in cui si legge ancora che tale diritto implica che non venga "alterato, travisato, offuscato o contestato all'esterno il proprio patrimonio intellettuale, politico sociale, religioso, ideologico, professionale".

¹⁰⁴ BVerfGE, 27 febbraio 2008, 1 BvR 370/07, 1 BvR 595/07.

soggetti interessati e ad intercettare occultamente le comunicazioni su *Internet*. In questa occasione, viene riconosciuto il *diritto alla riservatezza ed integrità dei sistemi tecnologici di informazione* (*Grundrecht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme*), per cui l'accesso in segreto ai sistemi informatici integra, per i Giudici di *Karlsruhe*, la violazione del più generale diritto della personalità (art. 2, Abs. 1, GG).

Il riconoscimento di tale diritto - applicabile a sistemi che, da soli o attraverso il loro collegamento in rete possono contenere dati personali del soggetto interessato - tutela da forme di accesso che possano raggiungere parti essenziali della sua vita o della sua personalità¹⁰⁵. Di tenore simile, e altresì rilevanti ai fini del nostro discorso, appaiono almeno altre tre decisioni: la prima del 24 gennaio 2012¹⁰⁶, con la quale la Corte costituzionale tedesca ha ritenuto che alcune disposizioni della *Telekommunikationsgesetz-TKG* non fossero conformi a Costituzione per violazione dell'art. 1, Abs. 1 GG e quindi, anche, della *informationelle Selbstbestimmung*; la seconda del 20 aprile 2016¹⁰⁷, con la quale ha statuito che le misure di sorveglianza occulta (*covert surveillance measures*), ed in particolare l'impiego di mezzi informatici che permettono l'acquisizione dei dati "da remoto", sono incompatibili con il rispetto dei diritti fondamentali ed ha individuato nella proporzionalità il principio alla cui stregua effettuare il *test* di bilanciamento tra esigenze di carattere pubblico e diritto alla protezione dei dati personali; la terza del 19 maggio 2020¹⁰⁸, in cui il Giudice delle leggi tedesco, dopo aver ricordato che il potere di sorveglianza a causa dell'evoluzione tecnologica e dell'intensità delle comunicazioni che si svolgono tramite il *World Wide Web* pervade ogni aspetto della

¹⁰⁵ Cfr. par. 203: "Das Grundrecht auf Gewährleistung der Integrität und Vertraulichkeit informationstechnischer Systeme ist hingegen anzuwenden, wenn die Eingriffsermächtigung Systeme erfasst, die allein oder in ihren technischen Vernetzungen personenbezogene Daten des Betroffenen in einem Umfang und in einer Vielfalt enthalten können, dass ein Zugriff auf das System es ermöglicht, einen Einblick in wesentliche Teile der Lebensgestaltung einer Person zu gewinnen oder gar ein aussagekräftiges Bild der Persönlichkeit zu erhalten".

¹⁰⁶ BVerfGE, 24 gennaio 2012, 1 BvR 1299/05.

¹⁰⁷ BVerfGE, 20 aprile 2016, 1 BvR 966/09, 1 BvR 1140/09. Oggetto del giudizio di costituzionalità era la *Bundeskriminalamtgesetz* (BKAG).

¹⁰⁸ BVerfGE, 19 maggio 2020, 1 BvR 2835/17, concernente la *Gesetz zur Ausland-Ausland Fernmeldeaufklärung des Bundesnachrichtendienst* del 2016.

nostra quotidianità, ha affermato che *“Die Bindung der deutschen Staatsgewalt an die Grundrechte nach Art. 1 Abs. 3 GG ist nicht auf das deutsche Staatsgebiet begrenzt. Der Schutz der einzelnen Grundrechte kann sich im Inland und Ausland unterscheiden. Jedenfalls der Schutz des Art. 10 Abs. 1 und des Art. 5 Abs.1 Satz 2 GG als Abwehrrechte gegenüber einer Telekommunikationsüberwachung erstreckt sich auch auf Ausländer im Ausland”*.

Ebbene alla luce della progressiva evoluzione normativa e giurisprudenziale, qui solo appena accennata, è stato enucleato un *habeas data* che estende il principio di intangibilità, originariamente legato alla libertà personale, al *corpo elettronico* che è l'altra dimensione dell'uomo contemporaneo. Ciò consente, almeno in parte, di creare una barriera protettiva verso l'indiscriminata raccolta, elaborazione e mercificazione di dati personali, la quale *distorce* l'identità personale e costruisce un'immagine riflessa di un nostro *gemello digitale*¹⁰⁹ nel quale molto spesso fatichiamo a riconoscerci.

4. Considerazioni conclusive.

Lo scenario che si prefigura dinanzi agli occhi disullusi dell'*uomo di vetro*, tanto trasparente quanto fragile, è uno scenario che desta smarrimento. Nell'epoca che viviamo possiamo davvero immaginare la riedizione di un Grande fratello (mondiale)? Siamo solo vittime del determinismo tecnologico o possiamo invertire il moto inarrestabile di questa nuova forma di dittatura (*digitale*) e convertirla semmai al servizio della persona?

Le domande sono complesse e l'individuazione delle risposte lo è anche di più. Per certo, di fronte alla prepotenza delle nuove forme di controllo sociale è necessario procedere attraverso una nuova comprensione della sorveglianza che valorizzi anzitutto la sua funzione ordinante, la quale esprime tuttora il lato "buono" da conservare e potenziare. Non v'è dubbio che la sorveglianza come strumento di sicurezza e di integrazione politico-sociale come anche di prevenzione (sanitaria, o energetico-ambientale), di progettazione e di regolazione della vita dello Stato e del

¹⁰⁹ Rossignaud M. P.-De Kerchove D., *Oltre Orwell. Il gemello digitale*, Roma, 2020.

mercato funzionerebbe a beneficio dell'uomo se solo non fosse governata così com'è dal potere tecnologico e, ancor di più, dalle spietate logiche capitaliste. Lì dove si è pensato di utilizzare il progresso informatico per estendere ed esercitare indiscriminatamente il potere di sorveglianza, lì si sono rinnegati gli ideali liberal-democratici propri delle moderne società. E la Rete prestandosi al gioco dei nuovi sorveglianti - avvantaggiati dall'anomia del *cyberspace*, confondendo di fatto l'assenza di regole con l'idea di assoluta libertà¹¹⁰ - ha palesato la sua finitezza soprattutto riguardo alla tutela delle libertà del singolo e, più in generale, della sua libertà di autodeterminazione.

Del resto, anche alla luce di quanto già riferito, le implicazioni "negative" derivanti dall'esercizio del potere di controllo si sono fatte maggiormente evidenti proprio a causa dell'ausilio dei nuovi strumenti informatici. Ne deriva che ancor prima della sorveglianza, che resta una funzione fondamentale degli Stati, sia l'*ecosistema digitale* a dover essere regolato, ricollocando Rete e poteri; sorveglianza e persona entro il contesto dell'ordinamento giuridico.

Il "diritto", come noto, ha nel suo DNA una capacità adattiva che continuamente lo spinge a riconformarsi di fronte ai fisiologici mutamenti della realtà, prima recependoli e poi ordinandoli e a fare i conti «con i *tempi* e gli *spazi* più diversi»¹¹¹.

Chi obietta che Rete e Diritto (come il Mare e la Terra) siano mondi tra loro distanti ignora che, in realtà, essi sono destinati ad entrare in una reciproca connessione già solo per la più banale circostanza che tutto quanto accade nello spazio *virtuale* si rifrange inevitabilmente sulla dimensione *reale*, al punto che tra i due mondi esiste una imbricazione tale che non può fare a meno dell'intervento del Diritto e degli Stati nazionali¹¹².

Se questa è la direzione verso cui muoversi, sembra che la sede naturale ove riportare questo *insieme* non sia semplicemente lo Stato *tout court*, ma lo Stato costituzionale di diritto con i suoi caratteri e, con esso, il suo diritto con la sua

¹¹⁰ Mangiameli S., voce *Sovranità digitale*, in A. C. Amato Mangiameli-G. Saraceni (a cura di), *Cento e una voce di informatica giuridica*, Torino, 2023, 453.

¹¹¹ Grossi P., *Prima lezione di diritto*, Roma-Bari, 2006, 43.

¹¹² Mangiameli S., voce *Sovranità digitale*, in A. C. Amato Mangiameli-G. Saraceni (a cura di), *Cento e una voce di informatica giuridica*, Torino, 2023, 451.

vocazione ordinante e rispettosa dei diritti fondamentali. Infatti, riconoscere allo Stato il potere di regolare la Rete potrebbe, di per sé, non bastare, come mostrano gli Stati che utilizzano la tecnologia per sorvegliare e colpire gli oppositori del regime e che spesso reprimono la propria popolazione, proprio limitando l'accesso alla Rete. Occorre, perciò, affinché lo Stato si faccia portatore dei "nuovi diritti" digitali che esso stesso e il suo ordinamento pongano al centro la persona umana e quella virtuale, rispetto alla quale ogni forma di potere agisce legittimamente solo in posizione servente¹¹³.

Nel 1996 *John Perry Barlow*, convinto sostenitore di *Internet*, nella sua celebre *Dichiarazione di Indipendenza del cyberspazio*, rivendicava l'autonomia della Rete e la sua estraneità alla politica e al diritto. In nome del futuro, Egli chiedeva ai governi del mondo industriale di lasciare in pace il *cyberspazio*, un ordine originario, la cui disciplina non poteva dipendere dalle istituzioni del mondo fisico. Uno spazio cioè capace di autoregolarsi e che non abbisognava di regole eteronome, impermeabile ai governi e alle regole. Tuttavia ai limiti sistemici dell'auto-regolazione¹¹⁴ ha fatto eco la richiesta di disciplina giuridica della Rete in grado di contenerne la frammentazione e di ordinare con regole certe l'intreccio dei rapporti che quotidianamente gemma entro le pieghe degli spazi fluidi che essa genera. L'esigenza non ha bisogno di essere spiegata. Quotidianamente nascono in Rete relazioni e rapporti giuridici, si danno condotte illecite e illegali, indebite interferenze in violazione di diritti e libertà. Ed è proprio nel momento "patologico" che il modello auto-regolatorio si è rivelato lacunoso, inadeguato, spesso intempestivo e bisognoso di essere integrato con un modello di regolazione politica.

Lo sposalizio tra Diritto e Rete non è stato così immediato: l'iniziale prevalenza della regolazione privata ha "miniaturizzato" l'intervento regolatorio dei pubblici poteri registrandosi un insidioso effetto recessivo del Diritto. Di fronte a questo

¹¹³ Grossi P.F., *I diritti di libertà ad uso di lezioni*, I, 1, II ed., Torino, 1991, 135ss.

¹¹⁴ Busch C., *Self-regulation and regulatory intermediation in the platform economy*, in M. Cantero Gamito e H.W. Micklitz, *The Role of the EU in Transnational Legal Ordering. Standards, Contracts and Codes*, Edward Elgar Pub, Cheltenham, 2019, 115 ss.; Rotodà S., *Una Costituzione per Internet?*, in *Politica del diritto*, n. 3/2010, 337, parla di "attentati alla libertà in rete".

arretramento è avanzata l'idea di costruire un modello di disciplina basato su una *lex informatica*¹¹⁵ ovvero su un sistema di regole tecnologiche automatizzate e auto applicative universalmente valido per l'accesso, l'uso e la circolazione delle informazioni nello spazio virtuale. Un sistema costituito da regole tecniche che con appropriati processi computazionali disciplina il funzionamento dello spazio virtuale, sebbene non in modo del tutto neutrale. Ma evidentemente ciò non è bastato (e non basta) alla Rete e neppure alla stessa *lex informatica* per inverarsi come regola autenticamente giuridica. La disciplina della Rete chiede infatti di essere integrata con regole propriamente giuridiche, espressione del potere decisionale pubblico. Solo l'intervento del Diritto e, per esso, dei legislatori dei diversi livelli di governo può garantire al *cyberspace* di continuare il suo sviluppo secondo una direzione che miri a divenire un effettivo spazio di realizzazione dei bisogni della persona umana.

A ben guardare, la Rete non è altro che la proiezione del dominio degli Stati che se pur "stanchi giganti di carne e di sangue" conservano un ruolo regolatorio e di controllabilità dello spazio virtuale, che non può essere abdicato a favore della fioritura di una nuova *lex mercatoria* o addirittura di *costituzioni settoriali* (secondo l'idea teubneriana) che rifletterebbero interessi particolari sospinti dalla freddezza logica delle relazioni tipicamente negoziali ed economiche¹¹⁶. Se così non fosse riemergerebbe lo spettro di un neo-feudalesimo digitale¹¹⁷ accompagnato dalla regressione dei principi dello Stato costituzionale di diritto e, di più, dal rischio della privatizzazione del potere pubblico.

Se, perciò, si fosse dubitato della funzione ordinante del Diritto si sarebbe caduti nell'errore di ritenere l'*ecosistema digitale* uno spazio del tutto autoreferenziale, anarchico, irrealista, a-politico e completamente asservito alle regole dei poteri

¹¹⁵ Reidenberg J., *Lex informatica: The Formulation of Information Policy Rules Through Technology*, in *Texas Law Review*, 1998, 553.

¹¹⁶ Tali riflessioni sono state argomentate già in Michetti M., *Organizzazione del potere e territorio. Legittimità dello Stato e livelli di governo*, Torino, 2021, 151.

¹¹⁷ Rotodà S., *Una Costituzione per Internet?*, in *Politica del diritto*, n. 3/2010, 347; D'Andrea D., *Oltre la sovranità. Lo spazio politico europeo tra post-modernità e nuovo medioevo*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 31, I, 2002, 77; Venanzoni A., *Neofeudalesimo digitale: Internet e l'emersione degli Stati privati*, in *mediaLaws*, n. 3/2020.

privati. Evidentemente così non è. Qualsiasi nuovo spazio non è irraggiungibile per il diritto. Già lo spazio aereo e poi quello marittimo hanno dimostrato di non essere refrattari alla regolazione giuridica. Appartiene, infatti, all'essenza del Diritto stesso giuridificare le relazioni e i rapporti, anche quelli virtuali che nascono e si sviluppano all'interno di spazi immateriali¹¹⁸. Ne deriva che la regolazione giuridica dello spazio cibernetico porta con sé la regolazione del potere di sorveglianza che, come ogni altro potere, deve essere legittimo e questa condizione non può immaginarsi scollegata dal Diritto (e dallo Stato). Ogni potere, come si sa, per legittimarsi ha bisogno del Diritto. E per conseguenza, anche il controllo sociale non è immaginabile in assenza di assetti istituzionali e regole che lo strutturino, lo conformino e ne assicurino il funzionamento.

Oltre che legittimo tale potere deve essere anche *limitato* e riportato entro le coordinate dello Stato costituzionale di diritto secondo la tradizione propria del costituzionalismo moderno¹¹⁹, che ne assicura il giusto temperamento rispetto al principio personalista.

Sicché spetta agli Stati, costituzionalmente conformati secondo i principi del costituzionalismo, e con essi alle organizzazioni internazionali e sovranazionali che proiettano l'idea del costituzionalismo al di là dei confini nazionali, adoperare la loro sovranità e la loro forza regolatoria di là dallo steccato dei tradizionali modelli di sorveglianza, affinché lo spazio virtuale non si traduca in uno spazio occulto ove

¹¹⁸ Mangiameli S., voce *Sovranità digitale*, in A. C. Amato Mangiameli-G. Saraceni (a cura di), *Cento e una voce di informatica giuridica*, Torino, 2023, 452 ss.; Menthe D. C., *Jurisdictionn in Cyberspace: A Theory of International Spaces*, in *Michigan Telecommunication and Technology Law Review.*, vol. 4/1998, 69 (85): "After all, one could hardly posit three more dissimilar physicalities-the ocean, a continent, and the sky. What makes them analogous is not any physical similarity, but their international, sovereignless quality. These three, like cyberspace, are international spaces. As a fourth international space, cyberspace should be governed by default rules that resemble the rules governing the other three international spaces, even in the absence of a regime-specific organizing treaty, which the other three international spaces have".

¹¹⁹ Mangiameli S., voce *Sovranità digitale*, in A. C. Amato Mangiameli-G. Saraceni (a cura di), *Cento e una voce di informatica giuridica*, Torino, 2023, 459: "Di qui la richiesta ineludibile da parte del popolo della rete, nel confronti degli operatori privati e dei governi, di una nuova regolamentazione del cyberspace secondo una proiezione tipicamente costituzionale, e cioè con riferimento alla salvaguardia dei diritti fondamentali e della democrazia così come degli altri valori europei (art. 2 TUE), che richiede il libero espletamento delle libertà, il divieto di manipolazione della verità, il superamento dello stato di sorveglianza e di accumulo dei dati da parte di operatori privati e governi e, soprattutto, l'interdizione dell'uso politico dei dati".

s'annidano nuove forme di controllo incompatibili con i diritti fondamentali della persona. Si tratta di costruire, attraverso l'accordo di questi Stati, un modello di sorveglianza *giusto e sostenibile*, ove la tutela dell'identità personale si elevi a condizione necessaria sopra cui poggiare l'organizzazione dell'intera società e tracciare "i nuovi sentieri dei diritti e della cittadinanza, per radicare in questa dimensione le attitudini di libertà, e non le logiche di (un) controllo" perverso¹²⁰.

¹²⁰ Rotodà S., *Tecnopolitica. La democrazia e le nuove tecnologie della comunicazione*, Roma-Bari, 2004, 145.