dirittifondamentali.it

Rivista
scientifica
quadrimestrale

Anno 2025/Fascicolo I

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

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

ISSN 2240-9823

Comitato di direzione
Prof.ri Agata Cecilia Amato, Vincenzo Baldini, Paola Bilancia, Giuseppe Della Monica, Stelio Mangiameli, Fabrizio Politi, Vincenzo Tondi della Mura

Direttore responsabile
Prof. Vincenzo Baldini

df
rivista on-line

Indice

V. Baldini – EDITORIALE. A proposito di regionalismo differenziato e referendum abrogativo **……**……**I**

F. Rinaldi - Sul flessibile diritto alla vita privata familiare: valori, interessi, fatti?……...**1**

A. Ruggeri - Note minime sul diritto dei detenuti ad un trattamento rispettoso del senso di umanità ……**12**

V. Baldini - L'apporto della scienza nelle decisioni razionali dello Stato costituzionale di diritto)……**35**

L. D'Andrea - Il premierato elettivo, tra diritto e politica: brevi notazioni critiche.....**61**

G. Rossi - Di una pena che non sia solo pena**….**……..**70**

A.C. Amato Mangiameli - Ripensare la pace. Strategie di intervento non violento e diritti umani……..**109**

P. Scarlatti - Considerazioni in tema di protezione della vulnerabilità e giustizia costituzionale ……**121**

A.Ruggeri - Rapporti tra diritto interno e diritto eurounitario, dal punto di vista della teoria della Costituzione, e tecniche retorico-argomentative nella recente giurisprudenza costituzionale……...**134**

S. Mangiameli - L'Europa tra riforma dei Trattati e competitività internazionale ……..**158**

V. Baldini - Separazione delle carriere dei magistrati e altre novità costituzionali: tra moniti narrativi e pregiudizi culturali……...**189**

L. Buscema - Le finalità rieducative della pena tra riparazione del torto commesso e apprendimento significativo dei fondamenti culturali ed educativi del "vivere civile"……**202**

S. Bauzon - Avvertire il giusto ……**224**

O. Spataro - Lo statuto giuridico del fine vita tra giurisprudenza costituzionale e legislazione regionale……...**237**

dirittifondamentali.it

Dirittifondamentali.it - Fascicolo 1/2025
Data di pubblicazione – 11 gennaio 2025

EDITORIALE
A proposito di regionalismo differenziato e referendum abrogativo …
di
Vincenzo Baldini

1. Tra i tanti temi oggi al centro del dibattito dottrinale una posizione di riguardo ha assunto quello relativo all'ammissibilità del referendum abrogativo sulla legge attuativa del regionalismo differenziato (l.n.86/2024) o su ciò che di essa resta dopo la parziale ma significativa riscrittura ad opera della Corte costituzionale (sent. n. 192/24). L'orientamento prevalente inclina per l'inammissibilità della proposta, motivando tale conclusione con argomentazioni senz'altro di peculiare interesse soprattutto nell'incitare al dibattito sulla questione.

In alcune di esse, tuttavia, l'argomentazione di un'inammissibilità derivante dalla natura costituzionalmente necessaria della l.n. 86/24 è decisamente considerata "meno persuasiva", essenzialmente ancorata ad un precedente giurisprudenziale (la sent. n. 29/87 della stessa Corte costituzionale) dotato di una sua esclusiva specificità -la Corte in seguito ne ha evitato il richiamo- dal punto di vista delle argomentazioni addotte, nella prima parte della decisione, circa la determinazione del fine intrinseco di un referendum elettorale. In tale precedente il giudice sfumava ogni distinzione tra leggi costituzionalmente obbligatorie e leggi a contenuto costituzionalmente necessario, finendo per omologarle secondo un'unica natura.

Di contro, si afferma la possibilità di addivenire alle intese tra lo Stato e le Regioni per la concessione dell'autonomia differenziata "anche senza una legge alle spalle",

Contributo sottoposto a referaggio

"come dimostrerebbero i diversi tentativi di attuazione dell'art. 116 Cost. e soprattutto quelli effettuati sotto il Governo Gentiloni. In quel caso, infatti, proprio allo scopo di risolvere il problema dell'assenza di una legge quadro si operò attraverso la predisposizione di un corpo uniforme di norme generali che vennero inserite come Premessa nelle tre bozze di intesa"[1].

La presunta distinzione tra leggi costituzionalmente obbligatorie e leggi costituzionalmente necessarie, di cui la citata sent. n. 29/87 avrebbe fatto strame, resta comunque un utile punto di partenza per formulare qualche ulteriore riflessione critica sulla natura o meno di legge costituzionalmente necessaria della l.n. 86/24.

2. Al riguardo, non è del tutto inutile ribadire come quello dell'attuazione di norme costituzionali sia, in principio, un problema classico. Ad es., nell'importante relazione tenuta al Convegno degli studiosi di diritto pubblico nel 1928, *Hans Kelsen* non soltanto sottolineò l'importanza che la Costituzione provvedesse a determinare quanto più possibile regole sostanziali (quali, norme di principio, direttive e limiti) sulla cui osservanza il giudice costituzionale avrebbe dovuto esercitare il controllo ma evidenziò nel contempo il ruolo pericoloso che concetti come "valori", "principi" o "libertà", in carenza di specifica determinazione, potessero giocare nella sfera della giurisdizione costituzionale[2]. In tempi più recenti, invece, è soprattutto *Konrad Hesse* a rilevare il bisogno che la Costituzione, quale ordinamento fondamentale (*Grundordnung*) dello Stato ordinamento necessiti di una realizzazione, nella forma specifica della concretizzazione, che abbia l'effetto di includere nel procedimento le specificità dei rapporti reali di vita[3]. In tale contesto ordinamentale, in cui praticamente ogni legge finisce per risultare funzionalmente connessa con qualche precetto di rango costituzionale, l'esigenza di identificare la legge costituzionalmente necessaria quale indefettibile condizione

[1] A. Poggi, *Il referendum sul regionalismo differenziato: i principi, l'attuazione, le Corti e la sovranità popolare*, in *Federalismi.it*, n. 1/2025.

[2] H. Kelsen, *Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit*, in VVDStRL 5 (1929), p. 53 ss.

[3] K. Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Neudruck der 20. Aufl., Heidelberg, 1999, p. 18 ss.

dell'effettività della previsione costituzionale si rende più manifesta. La carenza di una legge di questo tipo finisce, infatti, per ridondare inevitabilmente in una paralisi della effettiva portata normativa del dettato costituzionale.

Ma l'importanza di tale distinzione tende a ridursi in una prospettiva assiologica un po' diversa, in cui la Costituzione figura quale cornice normativa essenziale del processo di decisione politica (*Rahmensordnung*)[4]. A tale rappresentazione, che contrasta la tendenza ad un eccesso di costituzionalizzazione[5], sottende una valorizzazione peculiare della consistenza decisionale della legge parlamentare, in ogni caso indipendente dall'attuazione di regole costituzionali. Essa, pertanto, implica di necessità l'intervento del (solo) legislatore rappresentativo al fine di determinare, in generale e con l'efficacia della normativa di livello primario, regole sostanziali e meccanismi procedurali che integrano, caratterizzandola, la regolazione di livello costituzionale relativa alla concessione dell'autonomia differenziata alle Regioni. Non scompare o si dissolve, nella specie, l'importanza della qualificazione della legge costituzionalmente obbligatoria, tale distinzione, tuttavia, tende a sfumare nella generale consapevolezza dell'esistenza, oltre i casi di riserva di legge, di ambiti materiali necessariamente connessi a determinazioni del legislatore rappresentativo.

In tale prospettiva, il problema della legge costituzionalmente necessaria finisce per stemperarsi risolvendosi in quello, meno formale ma più concreto, della possibilità o meno che una siffatta normazione attuativa possa venire a mancare in ragione dell'esito di un pronunciamento popolare diretto come il referendum abrogativo.

3. Va detto in generale: può essere per certi aspetti apprezzabile lo sforzo di circoscrivere la categoria delle leggi costituzionalmente obbligatorie limitandola a quelle sole, di tipo organizzativo, "necessarie per l'esistenza di organi, enti ed istituti che la Costituzione esige ci siano" come anche a quelle "cui singole norme

[4] E.W. Böckenförde, *Die Methode der Verfassungsinterpretation – Bestandsaufnahme und Kritik* (1976), ora anche in Id., *Staat, Verfassung, Demokratie,* Frankfurt am Main, 1991, p. 53 ss., part. p. 86.

[5] R. Alexy, *Verfassungsrecht und einfaches Rech – Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit*, in VVDStRL, 61 (2001), Berlin, 2002, p. 14 ss.

costituzionali fanno espresso, specifico ed obbligatorio rinvio, così che la loro mancanza ha per conseguenza l'impossibilità di dare concreta applicazione al precetto costituzionale, di cui sono necessaria integrazione e compimento."[6]. Tale sforzo rivela, in ultima analisi, un *favor* effettivo verso la più estesa praticabilità dell'istituto di democrazia diretta ex art. 75 Cost. giacché un ampliamento a dismisura di tale categoria implicherebbe, di necessità, una corrispettiva limitazione (anche solo parziale) nell'impiego del referendum abrogativo, con la conseguenza di privare il popolo della possibilità di pronunciarsi direttamente contro l'ulteriore prosieguo di efficacia di una determinata disciplina legislativa. Del resto, la pretesa di classificazione come costituzionalmente necessaria od obbligatoria di ogni legge attuativa di regole costituzionali finirebbe per ridondare in una condizione che -con riguardo specifico ai diritti fondamentali- da una certa dottrina è stata, con enfasi, qualificata come transito dalla legittimità di un procedimento misurato alla stregua dei diritti fondamentali alla legittimità procedurale di un diritto fondamentale[7]. Senza dire, poi, che non è remoto il rischio che un eccesso di costituzionalizzazione dell'ordinamento giuridico statale renda nel complesso più complicata, ma anche per questo maggiormente sentita, l'esigenza di identificazione della legge costituzionalmente necessaria. Di contro, l'ancoramento della Costituzione al modello della *Rahmensordnung* dirotterebbe la questione sull'esistenza o meno, nella specie, di condizioni che lasciano ritenere la legge parlamentare come forma irretrattabile e indefettibile della scelta inerenti all'osservanza di norme costituzionali di principio che sottendono la legittimità della concessione dell'autonomia differenziata.

4. Scendendo nel particolare, è appena il caso di dire che il riferimento alla lettera della Costituzione non è di per sé sufficiente -secondo quanto, del resto, già rilevato la dottrina- ai fini della qualificazione delle leggi come costituzionalmente

[6] V. Crisafulli, *Lezioni di diritto costituzionale*, VI ed. aggiornata (a cura di Francesco Crisafulli) - II1 *L'ordinamento costituzionale italiano* (*Le fonti normative*), Padova, 1993, p. 120 ss.

[7] E. Denninger, *Staatliche Hilfe zur Grundrechtsausübung durch Verfahren, Organisation und Finanzierung*, in J. Isensee, P. Kirchhof (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts*, Band V, Heidelberg, 2000, p. 291 ss., part. p. 298 (Rdn. 10).

obbligatorie. Tale qualificazione, dunque, può discendere anche dalla considerazione obiettiva dell'esistenza di una necessaria correlazione funzionale tra l'attuazione della previsione costituzionale e le decisioni assunte con la legge parlamentare, così che se queste mancassero o venissero meno per una qualche ragione, l'esito attuativo risulterebbe inevitabilmente frenato o compromesso.

Con riguardo al caso che ci occupa, l'impressione che alla l.n. 86/24 non possa attribuirsi natura di legge costituzionalmente necessaria potrebbe trovare un indiretto riferimento nella stessa considerazione del giudice costituzionale secondo cui la previsione dell'art. 116 c. 3 Cost. non opera alcun rinvio alla legge, per la sua attuazione (sent. n. 192/24, 7.2. del Considerato in diritto). Tanto non funge da impedimento alla volontà del legislatore statale, garante del bene comune e competente in via esclusiva ad assumere le decisioni essenziali per la disciplina anche di materie non ad esso riservate[8], di "introdurre una compiuta regolazione del procedimento di stipulazione delle intese, recante anche parametri oggettivi, idonei a guidare il Governo nella scelta dell'interlocutore" (sent. n. 52/2016). Rientra, infatti, nel legittimo potere di scelta dello Stato "di approvare una legge generale in materia di autonomia differenziata, allo scopo di guidare gli organi competenti a svolgere il negoziato e di garantire «un più ordinato e coordinato processo di attuazione» dell'art. 116, terzo comma, Cost." (sent. n. 192/24, 7.2. Considerato in diritto). Ciò, in ogni caso, non varrebbe di per sé a giustificare la rubricazione della l.n. 86/24[9] come costituzionalmente necessaria.

Non sembra, però, senz'altro congruo od opportuno liquidare come improponibile la questione con il semplice rinvio all'argomentazione del giudice costituzionale, nonostante essa sembri indurre ad una risposta negativa. Appare, invece, utile ed interessante analizzare un tale assunto per verificarne i termini di coerenza sul

[8] E. Denninger, *Ortsbestimmung des Gesetzes* (1993), ora anche in Id., *Recht in globaler Unordnung*, Berlin, 2005, p. 15 ss., part. p. 19.

[9] A chi scrive risulta poco conferente una distinzione tra leggi costituzionalmente obbligatorie e leggi costituzionalmente necessarie, sull'assunto -piuttosto elementare- che una disciplina legislativa in quanto costituzionalmente obbligatoria è anche costituzionalmente necessaria e viceversa.

piano teoretico-dogmatico, accertando se effettivamente difetti nella l. n. 86/24, ogni attributo idoneo a lasciarla intendere come legge costituzionalmente necessaria.

5. Ad avviso di chi scrive, l'affermazione recata nella sent. 192/24 sembra provare troppo, in ogni caso, essa finisce per dare spazio a questioni ulteriori e di non facile soluzione, quale, ad es., quella riguardante l'astratta praticabilità, in carenza di una disciplina di legge attuativa dell'art. 116 c. 3 Cost., di procedure differenti per addivenire alla stipula delle intese con le varie Regioni che ne facciano richiesta o, ancora, l'esigenza di fissare previamente - eventualmente con atti autoritativi diversi dalla legge - regole essenziali per poi determinare nell'intesa le modalità di finanziamento delle funzioni aggiuntive per le Regioni che abbiano richiesto l'autonomia differenziata. In questa direzione, peraltro, la sentenza in parola offre spunti interessanti ed incoraggianti quando rileva, che in un quadro istituzionale di regionalismo cooperativo -seppure non scevro di elementi competitivi nel rapporto tra Stato e Regioni e tra Regioni- al Parlamento è rimesso "il compito di comporre la complessità del pluralismo istituzionale" tutelando le esigenze unitarie "tendenzialmente stabili, che trascendono la dialettica maggioranza-opposizione".
Lo svolgimento di "compiti unificanti nei confronti del pluralismo regionale" - precisa ancora in essa la Corte- deve avvenire ad ogni modo con la garanzia della "perequazione finanziaria a favore dei territori con minore capacità fiscale per abitante (art. 119, terzo comma, Cost.)". La dimensione di concorrenza tra regioni e territori non deve assolutamente porre in pregiudizio la solidarietà e l'eguaglianza dei cittadini nel godimento dei diritti (art. 3 Cost.), i valori della coesione sociale e dell'unità nazionale che valgono a connotare la forma dello Stato e l'effettività del principio democratico.
Nello specifico, l'art. 116 c. 3 Cost., per la concessione dell'autonomia differenziata pone una riserva di legge statale "rinforzata", adottata su iniziativa della Regione interessata e previa consultazione degli enti locali, a maggioranza assoluta delle due Assemblee parlamentari sulla base della stipula di intese tra lo Stato e la Regione interessata. Si tratta, con riguardo a tali aspetti formali, di elementi che

inevitabilmente, seppure non in modo immediato e diretto, hanno a che fare con la tutela, in via procedurale, di diritti fondamentali, non soltanto di natura politica. La garanzia della partecipazione alla fase negoziale di organi di raccordo tra Stato e Regioni (o tra Stato, Regioni ed enti locali), come anche la previsione di principi sostanziali a cui deve informarsi la concessione dell'autonomia differenziata per evitare ogni pregiudizio all'eguaglianza tra i singoli nel godimento dei diritti fondamentali (sussidiarietà, invarianza finanziaria, etc.), così come più in generale la definizione del transito di funzioni dallo Stato alla Regione, ex art. 116 c. 3 Cost. hanno evidentemente un impatto non marginale sulla tutela individuale di diritti e libertà fondamentali. Sembra, da ciò, conseguire l'esigenza di una disciplina legislativa, attuativa della previsione costituzionale, che fissi previamente la cornice normativa entro cui doversi svolgere l'intero processo di conferimento dell'autonomia differenziata, così da garantire profili essenziali e irretrattabili di tale tutela. In tale disciplina devono trovare espressione, tra l'altro, i paradigmi -di ordine sostanziale e procedurale- che valgono a predeterminare presupposti e condizioni per la tutela di esigenze unitarie e del principio di uguaglianza, scongiurando a monte l'intrapresa di soluzioni differenziartici che possano minare l'unità nazionale e con essa il funzionamento della democrazia.

6. La l.n. 86/24 sembra pienamente assolvere a tale esigenza attraverso la previsione di regole procedurali e sostanziali che hanno il fine di orientare il processo di conferimento dell'autonomia differenziata secondo meccanismi e previsioni coordinate con le norme costituzionali di riferimento, in tal modo strutturandolo secondo un quadro di compatibilità costituzionale. In questa condizione assiologica essa si interviene a dare concretizzazione a più generali principi costituzionali e in tale concretizzazione si condensa -come la stessa Corte costituzionale lascia intendere (sent. n. 192/24) decisioni politiche riservate nello specifico alle Assemblee rappresentative. Nella sua funzione ultima di normativa in grado di

dirittifondamentali.it

concorrere allo sviluppo dei diritti fondamentali si rinviene, dunque, l'essenza specifica dell'attività di concretizzazione svolta dalla l.n. 86/24[10].

7. Potrebbe opporsi, a quanto fin qui detto, che le considerazioni sulla portata attuativa di regole costituzionali della l.n. 86/24 non valgono di per sé a riconoscerne la natura di legge costituzionalmente necessaria perché -come è stato detto- la stipula delle intese potrebbe avvenire anche in carenza di una regolazione legislativa. Eventuali deficienze o illegittimità dei contenuti dell'intesa finirebbero infatti per propagarsi alla legge di conferimento dell'autonomia differenziata ex art. 116 c. 3 Cost. e potrebbero essere rilevati nella forma rituale del sindacato di legittimità costituzionale.

Ad una tale obiezione può tuttavia replicarsi facendo riferimento all'ampio respiro attuativo di regole costituzionali di principio della menzionata legge-quadro in relazione al fine di un'attuazione costituzionalmente conforma del processo di differenziazione regionale che non giunga in fine a porre in pregiudizio l'inviolabile assioma di unità e indivisibilità della Repubblica (art. 5 Cost.). La l. n. 86/24 definisce in una cornice normativa funzionale un bilanciamento di regole e principi di livello costituzionale[11], a presidio della legittimità di tale processo di conferimento. La sua necessarietà costituzionale si connette, così, tra l'altro, ad un bisogno di certezza giuridica[12] assolto dalla obiettiva determinazione di un generale procedimento di concessione dell'autonomia differenziata. Tale disciplina di legge ordinaria si pone, in definitiva, in una relazione necessaria con la previa garanzia dei valori costituzionali dell'uguaglianza, della coesione sociale e dell'unità nazionale. Per tale via, essa corrisponde anche ad un'istanza di economia dei mezzi di tutela, nella misura in cui la sua osservanza nella stipula dell'intesa e,

[10] In tema di concretizzazione costituzionale, v. tra gli altri (seppure in senso critico) M. Jestaedt, *Grundrechtsentfaltung im Gesetz*, Tübingen, 1999, part. p. 136, che configura la concretizzazione come una forma di attualizzazione della Costituzione che è in grado di creare, in tal modo, norme costituzionali.

[11] E. Denninger, *Verfassung und Gesetz* (1986), ora anche in Id., *Der gebändigte Leviathan*, cit., p. 53 ss., part. p. 60 ss.

[12] E. Denninger, *Der Präventions-staat* (1988), cit., p.35 ss. Dello stesso A., sul tema v. anche *Ortsbestimmung des Gesetzes* (1993), cit., p. 16 ss.

poi, nella fase di approvazione della legge rinforzata, può valere a prevenire o limitare i rischi di un contenzioso davanti al giudice costituzionale avente ad oggetto singole leggi "rinforzate".

In sintesi, non sembra peregrino potersi riconoscere alla l. n. 86/24 -se non integralmente, almeno in parte- un contenuto costituzionalmente necessario, anche dopo (o, forse, in conseguenza del..)l'intervento del giudice costituzionale.

8. Ciò non equivale ad escludere senz'altro l'ammissibilità di un referendum abrogativo su tale legge, non recando la legge in questione contenuti costituzionalmente vincolati. Unicamente ritenuta l'inammissibilità di una proposta il cui intento miri all'abrogazione dell'intera legge -con l'obiettivo ultimo presumibile di arginare l'ulteriore svolgimento del processo di differenziazione a livello regionale, incombe sui promotori l'onere di formulazione di un quesito parziale, tale per cui la normativa di risulta consenta, anche senza ulteriori interventi legislativi, un'attuazione normativamente bilanciata dell'art. 116 c. 3 Cost.

9. Nella pratica, va segnalato che la proposta referendaria ha superato il primo step di controllo svolto dall'Ufficio centrale per il referendum presso la Corte di Cassazione per accertare che la proposta referendaria sia conforme "alle norme di legge" esclusa la cognizione dell'ammissibilità ex art. 75 Cost. spettante, invece alla Corte costituzionale" (art. 32 c. 2 l.n. 352/70). Tale controllo non sembra estendersi alla verifica di vigenza delle previsioni oggetto del quesito anche se allo stesso Ufficio centrale il successivo art. 39 della l. n. 352/70 riserva la competenza a verificare se "prima della data dello svolgimento del referendum, la legge o l'atto avente forza di legge, o le singole disposizioni di essi cui il referendum si riferisce, siano stati abrogati", in tal caso derivandone per quest'ultimo l'obbligo di dichiarare cessate le operazioni referendarie (salvo il caso di cui alla sent. n. 68/78 della Corte costituzionale).

In questa fase sembra dunque che avrebbe dovuto dichiararsi cessate le disposizioni oggetto del quesito censurate d'incostituzionalità e divenute, in conseguenza, inefficaci o, eventualmente, lo stesso Ufficio avrebbe dovuto provvedere ad una riformulazione del quesito, includendo le previsioni sostitutive definite al netto del pronunciamento del giudice costituzionale[13].

10. La l.n.86/24 in conclusione appare dotata di contenuti peculiari che non sembrano renderla suscettibile di abrogazione *tout court*. Essa infatti assolve ad un obiettivo specifico e del tutto funzionale alla salvaguardia del processo di differenziazione regionale sancito dall'art. 116 c. 3 Cost., quello cioè di conferire un equilibrio di sistema nel transito di competenze dallo Stato alle Regioni. Tale equilibrio -come si evince dal giudicato costituzionale- è condizione necessaria per lo svolgimento costituzionalmente legittimo del processo di un'autonomia differenziata. Ciò tanto più rileva in quanto "l'attribuzione alle diverse regioni di funzioni pubbliche che implicano prestazioni a favore dei cittadini, con cui si garantiscono i loro diritti civili e sociali, può avere conseguenze diverse sul piano dell'equità e risente del modo diverso di intendere quest'ultima". Può essere, così, da alcuni cittadini intesa come una soluzione più equa in quanto in grado di garantire meglio i diritti fondamentali; di contro, essa può "comportare la crescita, anche accentuata, delle diseguaglianze" in ragione della differente distribuzione sul territorio del reddito complessivo (sent. n. 192/24, Punto 4.2.2. del Considerato in diritto). Quanto detto evidenzia l'impatto nient'affatto marginale che la regolazione ex l. n. 86/24 citata ha sulla tutela dei diritti fondamentali.

L'apprestamento in via previa di una regolazione di base, funzionale all'attuazione equa del processo di differenziazione reca, perciò, un "contenuto normativo irrinunciabile" dell'intero meccanismo di conferimento della maggiore autonomia regionale, che rende tutt'altro che peregrino o inconferente, alla menzionata legge n. 86/24, il riconoscimento di una natura costituzionalmente necessaria. Tale

[13] G.M.Salerno, *Referendum*, in *E.d.D.*, XXXIX, Milano, 1988, p. 200 ss., part. p. 236, ed ivi (nt. n. 158), il riferimento alla giurisprudenza costituzionale al riguardo.

percezione -a prescindere dalla sussistenza o meno di altre cause di inammissibilità della proposta, che non sono qui oggetto di trattazione[14]- rende senz'altro meno accreditabile l'opzione a favore del pronunciamento referendario che, in relazione ad un ambito tematico così complesso e in qualche modo vincolato, dal punto di vista costituzionale, non parrebbe mostrarsi come una adeguata espressione della sovranità popolare.

dirittifondamentali.it

[14] Sul punto, si rinvia ancora ad A. Poggi, *Il referendum sul regionalismo differenziato*, cit..

dirittifondamentali.it

Dirittifondamentali.it - Fascicolo 1/2025
Data di pubblicazione – 14 febbraio 2025

EDITORIALE

Ciò che conta è la decisione: alcuni spunti (poco) ricostruttivi sulla funzione del referendum abrogativo nella giurisprudenza costituzionale

di
Vincenzo Baldini*

1. Cosa significa decisionismo? Queste riflessioni si aprono con un interrogativo che è anche un'importante premessa di ordine teoretico per arrivare ad esaminare alcuni aspetti della più recente giurisprudenza costituzionale in tema di ammissibilità del referendum abrogativo.

L'interrogativo, di antica fattura e di certo risalente ad una peculiare dogmatica incastonata in un contesto storico, politico ed istituzionale specifico, continua tuttavia a mantenere un'innegabile attualità, tanto più se commisurato -come si dirà avanti- all'esperienza di decisioni ad effetto creativo -seppure non "a rime obbligate"- del giudice costituzionale. Per una risposta a tale interrogativo occorre muovere, in ogni caso, dal significato di decisionismo delineato da *Carl Schmitt* in connessione con la più ampia questione di fondo entro che termini sia possibile, cioè, costituire "entro la sfera della giustizia" [1] il custode della Costituzione.

Per Schmitt ogni decisione, anche quella di un giudice, reca in sé un elemento di pura decisione, non qualificato, cioè, dall'apprezzamento al contenuto, giusto o razionale, della norma giuridica di riferimento[2]. In tale affermazione, pertanto, assume rilievo assoluto la decisione in quanto soluzione d'autorità di un conflitto, a prescindere da ogni collegamento con la sua materiale consistenza. Tutto il diritto e

*Professore ordinario di Diritto costituzionale presso l'Università di Cassino e del Lazio Meridionale – Direttore scientifico e responsabile della Rivista

[1] C. Schmitt, *Der Hüter der Verfassung* (1931), 4. Aufl., Berlin, 1996, p. 26.

[2] Ibidem, pp. 45/46.

Contributo sottoposto a referaggio

dirittifondamentali.it

la sua applicazione -secondo Carl Schmitt- reca in sé un momento di arbitrio sostanziale, per cui nella pratica giuridica conta soprattutto "l'astratto significato della decisione in sé" [3] .

2. Il senso attualizzato di tale premessa dogmatica sul decisionismo in ambito giuridico, connesso ad una derubricazione della giurisdizione costituzionale in giustizia politica[4], stante l'impossibilità di depurare la prima dalle scorie di un'arbitraria imposizione di volontà normativa dell'organo, è quello di mettere a nudo il rischio, immanente nel sistema, di un'effettiva trasfigurazione della funzione del giudice costituzionale, da strumento di garanzia e protezione della Costituzione a vero e proprio *dominus* della stessa[5]. Nell'interpretazione e concretizzazione dei relativi disposti la Corte agisce, nella sostanza, come un legislatore costituzionale "parallelo" [6].

Se dunque si mostra difficile riferire di approcci decisionisti di tale organo nel contesto di uno Stato costituzionale di diritto maturo, in cui ha trovato pieno consolidamento, nelle istituzioni pubbliche, un pensare partendo dalla Costituzione e secondo la Costituzione, non secondo lo Stato quale realtà primigenia, tuttavia non sembra un tale riferimento del tutto eccessivo o costituzionalmente 'sgrammaticato'. Tale difficoltà recede fino quasi a scomparire allorquando si indugi, senza pregiudizi culturali, nell'analisi della giurisprudenza

[3] C. Schmitt, *Gesetz und Urteil. Eine Untersuchung zum Problem der Rechtspraxis* (1912), 2. Aufl., München, 1969, p. 48.

[4] CE. Bolsinger, *Was ist Dezisionismus? Rekonstruktion eines autonomen Typs politischer Theorie*, in Politische Vierteljahresschrift, 39 (1998), p. 471 ss., part. p.476 ss..

[5] Sull'eccedenza di giurisprudenza costituzionale, soprattutto in tema di diritti, cfr. anche (con riguardo all'ordinamento tedesco) M. JestaedtPhänomen Bundesverfassungsgericht – Was das Gericht zu dem macht, was es ist, in M. Jestaedt, O. Lepsius, C. Möllers, C. Schönberger (Hrsg.), *Das entgrenzte Gericht*, Berlin, 2011, p. 78 ss., part. p. 119 ss.

[6] Tali preoccupazioni di una debordazione dal ruolo di "servitore e custode" della Costituzione, , sono espresse, con riguardo al Tribunale costituzionale federale tedesco per quanto in particolare concerne l'inquadramento dei diritti fondamentali quali "valori" costituzionali, anche da E.W. Böckenförde in, *Wissenschaft, Politik, Verfassungsgericht* (Biografisches Interview von Dieter Gosewinkel), Berlin, 2011, p. 440 ss. Per una ricognizione del diritto costituzionale nelle decisioni della Corte v. soprattutto A. Morrone, *Il diritto costituzionale nella giurisprudenza*, 9. dd., Milano, 2022, *passim*.

costituzionale, anche recente, in cui la connotazione decisionista appare a volte particolarmente accentuata.

La tendenza si rende più manifesta quando la Corte ha a che fare con parametri normativi ampi e di compromesso, come sono molte disposizioni integranti il catalogo dei principi e diritti fondamentali. Lo stesso Schmitt, del resto, ha riguardo soprattutto a quei casi (della Costituzione di Weimar) in cui i conflitti di natura costituzionale risalgono a "formule di compromesso, presenti nel testo[7], in grado di generare una molteplicità di sensi interpretativi. La soluzione di tali conflitti implicava un'esegesi focalizzata sovente a precisare con la forza dell'autorità significato e portata di tali previsioni. Così l'esercizio formale della giurisdizione costituzionale poteva canalizzarsi, alternativamente, lungo due crinali di soluzione: o il riconoscimento di una evidente violazione della Costituzione senza alcuna difficoltà per il giudice di semplicemente censurarla; oppure, stante il caso dubbio e poco chiaro, la decisione del giudice lo avrebbe definito con il sigillo dell'autorità. In tale ultimo caso, tuttavia, si sarebbe ben lontano dall'essere, la decisione, un atto di giustizia in senso giuridico[8]. Proprio in tale ultima fattispecie, la questione sottoposta al giudice costituzionale finisce per translitterare dal piano giuridico a quello politico[9], così che dietro la veste dell'atto formale (la sentenza) viene a celarsi, in realtà, la sostanza della pura decisione politica.

3. L'esposta premessa costituisce, dunque, la pietra angolare di sostegno delle brevi considerazioni esposte in questo lavoro che hanno riguardo ad un aspetto specifico della recente giurisprudenza della Corte costituzionale in tema di ammissibilità del referendum abrogativo, quello inerente al limite della consistenza propositiva del quesito referendario.

Tale questione si colloca nel quadro generale di un'esperienza di giurisprudenza connotata da un approccio esegetico creativo della normativa costituzionale di

[7] C. Schmitt, *Der Hüter der Verfassung*, cit. p. 48.
[8] Ibidem, pp. 31/32.
[9] Ibidem, pp. 47/48.

riconoscimento per tutto l'arco temporale che copre l'esperienza di questo istituto di democrazia diretta, avviata con l'approvazione della l.n. 352/70.

Sin dalla lontana sent. n. 16/78 la Corte, infatti, emancipandosi dal vincolo di un controllo limitato esclusivamente "ai sensi del secondo comma dell'articolo stesso" (art. 2, c. 1, l. cost. n. 1/1953), ha inteso svolgere sulle proposte referendarie un sindacato più ampio, derivante dalle esigenze connesse ad una lettura sistematica della Carta costituzionale, mirato a verificare l'esistenza di ulteriori limiti "impliciti" all'ammissibilità dei quesiti avanzati. Ciò ha progressivamente comportato una sorta di generale riassetto, in parte anche assiologico, dell'istituto in parola, soprattutto ha finito per renderlo meno fruibile all'impiego da parte dei cittadini senza l'ausilio di tecnici del diritto, i soli in grado di realizzare proposte corrispondenti agli attributi di omogeneità, semplicità, chiarezza non contraddizione, univocità etc., elaborati dalla giurisprudenza costituzionale.

4. Da allora, tale giurisprudenza è andata crescendo anche in peculiare complessità e tortuosità argomentativa, sovente determinata dal riferimento all'oggetto specifico della proposta referendaria, che ha portato in fine la Corte a decidere dell'ammissibilità di quesiti sulla base essenzialmente di un metodo di autoreferenzialità che, in alcuni tratti, è arrivato a sfiorare l'antitesi logica, così da renderne oltremodo difficoltosa una lettura compiuta ed organica. In questo procedere, un punto di non ritorno si è raggiunto con la nota sent. n. 29/87, nella quale il giudice muove dalla premessa -in sé corretta- che la natura del referendum abrogativo nel sistema costituzionale sia "quella di atto-fonte dell'ordinamento dello stesso rango della legge ordinaria". Nondimeno, ignorando la natura negativa di tale potere di legiferazione popolare, la Corte precisa che "come il legislatore rappresentativo ispira e coordina la sua volontà ad un oggetto puntuale, così la volontà popolare deve poter ispirarsi ad una *ratio* altrettanto puntuale. Il quesito referendario è dotato di siffatta *ratio* quando in esso sia incorporata l'evidenza del fine intrinseco all'atto abrogativo.".

Pertanto, "dinanzi ad una norma elettorale" "la pura e semplice proposta di cancellazione, insuscettiva di indicazioni desumibili da meri riferimenti al sistema, non è di per sé teleologicamente significativa" in quanto non reca in sé tale evidenza. "L'ampia gamma di sistemi elettorali, la loro modulazione e ibridazione, impedisce che si instauri l'alternativa tra l'oggetto di cui si vuole l'eliminazione e il suo contrario" (Corte cost. sent. n. 29/87).

La rilevata inconsistenza teleologica del mero fine abrogativo in un quesito referendario elettorale ha aperto all'ipotesi della necessarietà di quesiti propositivi in materia, elaborati anche attraverso la manipolazione di testi legislativi al fine di rendere chiara l'alternativa che i promotori intendono sottoporre al pronunciamento popolare al posto della disciplina da abrogare (sent. n. 29/87).

In questo gioco di formule e significati semantici del referendum abrogativo che spazia in un arco temporale di oltre un cinquantennio dalla sua attivazione la Corte ha insistito nella dinamica rielaborazione dei parametri di ammissibilità generando una giurisprudenza la cui consistenza creativa solo formalmente è mitigata dal richiamo a precedenti, nel tentativo -in verità, poco riuscito- di conferire una razionalità sistematica alla configurazione dell'istituto di democrazia diretta ex art. 75 Cost. ed al complesso dei limiti di sua ammissibilità[10].

5. La tendenza sembra -a chi scrive- trovare conferma anche in quest' ultima tornata di giudizi di ammissibilità delle proposte referandarie, ad eccezione di quella riguardante la l.n.86/24, in tema di attuazione dell'art. 116 c. 3 Cost., in quanto tale legge è stata già pesantemente censurata e riveduta (con alcune pronunce ad effetto sostitutivo) dalla stessa Corte costituzionale (sent. n. 192/24). Nello specifico, si intende concentrare il fuoco dell'attenzione sul punto relativo al carattere propositivo di alcuni quesiti, come quello sulla cd. "cittadinanza breve", mirato nella pratica a ridurre da dieci a cinque anni il tempo di legale residenza in Italia per tutti gli stranieri, senza distinzione in particolare con il caso di stranieri

[10] Sull'agire razionale dello Stato, v. soprattutto M. Herdegen, *Staat und Rationalität*, Padeborn – München – Wien – Zürich, 2010, p.45 ss.

maggiorenni adottati, per i quali soltanto la legge sulla cittadinanza fissa il termine ridotto (art.9, lett.b), l. n. 91/92).

Nel ritenere ammissibile la proposta (sent. n. 11/25), la Corte ha modo di precisare, nella circostanza, che il carattere abrogativo del *referendum* non subisce un'alterazione in ragione della formulazione di quesiti definiti attraverso la manipolazione dei testi normativi o che "pongano in essere «operazioni di ritaglio di frammenti normativi e di singole parole» (sentenza n. 10 del 2020). Ciò che non può sottoporsi al corpo elettorale è un quesito che non tanto proponga "«una ablazione di contenuti normativi quanto una nuova norma direttamente costruita con una tecnica di tagli e cuciture» (sentenza n. 50 del 2000), che si riveli quale «nuova statuizione, non ricavabile *ex se* dall'ordinamento, […] del tutto estranea al contesto normativo» (sentenza n. 36 del 1997)".

Si tratta dunque di un test parametrico che potrebbe definirsi della "razionale o sobria natura propositiva" del referendum abrogativo, la cui specifica norma di riconoscimento è rappresentata, tuttavia, dalla sola giurisprudenza costituzionale. Nel caso che si considera, il quesito supera secondo la Corte tale test in quanto è riconosciuto "«privo di quei connotati di manipolatività idonei a denotare un carattere "surrettiziamente propositivo" dell'alternativa posta al corpo elettorale» (sentenza n. 57 del 2022)". Ciò non impedisce al giudice di riconoscere che l'intento dei promotori[11], oggettivato nella struttura del quesito, sia in effetti di consistenza propositiva, volendosi "*ridurre da dieci a cinque anni il periodo di residenza legale necessario affinché i cittadini di uno Stato non appartenente all'UE possano richiedere la cittadinanza italiana*". Per il giudice, però, non si accentua, nella specie, la natura propositiva dell'atto in quanto tale intento non include la volontà di "*sostituire la disciplina vigente «con un'altra disciplina assolutamente diversa ed estranea al contesto normativo, che il quesito ed il corpo elettorale non possono creare né direttamente costruire*» (sentenza n. 13 del 1999)". Non risulta superata però "la "soglia di tollerabile manipolatività" che, sempre a giudizio della Corte, è consentita al quesito, la quale

[11] In tema, anche per ulteriori riferimenti dottrinali, sia consentito il rinvio a V. Baldini, *L'intento dei promotori nel referendum abrogativo*, Napoli, 1996.

del resto è "in certa misura inevitabile, senza che per ciò solo il *referendum* dismetta il proprio carattere abrogativo.". Tale finalità è raggiunta intervenendo, i promotori, "sul tessuto normativo della legge n. 91 del 1992 nell'unico modo possibile", dato che sussiste "la necessità che all'esito del *referendum* abrogativo residui una disciplina totalmente auto-applicativa" la quale, "*pur nell'ampia discrezionalità del legislatore* (corsivo mio: n.d.r.)" vada a disciplinare l'acquisto della cittadinanza da parte degli stranieri legalmente residenti in Italia. Giacché deve esistere una regolamentazione della cittadinanza a questi ultimi e tale disciplina, inserita in modo sistematico "nella più generale disciplina della materia".
La combinazione delle due abrogazioni proposte lascerebbe vigente, seppur modificato, l'art. 9, comma 1, lettera *b*), il quale disporrebbe che tutti gli stranieri maggiorenni, con cittadinanza di uno Stato non appartenente all'UE (non più soltanto gli stranieri maggiorenni adottati da cittadini italiani, come ora previsto) potrebbero presentare richiesta di concessione della cittadinanza, una volta trascorsi cinque anni di residenza legale nel territorio della Repubblica. Che poi non si tratti, nella specie, di un vero e proprio "«stravolgimento dell'originaria *ratio* e struttura della disposizione» (sentenza n. 36 del 1997) deriva anche dalla considerazione che la legge n. 91 del 1992 già prevede la possibilità per lo straniero maggiorenne cittadino di uno Stato non appartenente all'UE di richiedere la cittadinanza italiana "trascorso un certo periodo – dieci anni – sul territorio della Repubblica".

6. In un'altra decisione di ammissibilità della proposta referendaria in tema di responsabilità dell'imprenditore committente (sent. n. 15/25) la Corte rileva come "dalla formulazione del quesito e dall'analisi della sua incidenza sul quadro normativo" risulti "in modo inequivocabile" l'intento obiettivo dei promotori "di rafforzare la responsabilità solidale per i danni non indennizzati dall'INAIL o dall'IPSEMA *e di ripristinarne l'originaria ampiezza, nei termini definiti dall'art. 1, comma 910, della legge n. 296 del 2006, che non contemplava limitazioni di sorta*." (corsivo mio: n.d.r.). Con tale esito, a detta del giudice, si mostra coerente la

struttura del quesito, "che si rivela idonea a conseguire la finalità descritta". In particolare, abrogata la limitazione oggi vigente del secondo periodo della citata normativa, il sistema -secondo il giudice- "si ricompone in modo armonico con il fine ispiratore della richiesta referendaria: l'imprenditore committente risponde in solido con appaltatori e subappaltatori per tutti i danni che l'INAIL o l'IPSEMA non devono indennizzare, a prescindere dall'eventuale inerenza di tali danni a rischi tipici delle attività degli appaltatori e subappaltatori. La previsione dettata dall'art. 26, comma 4, primo periodo, del d.lgs. n. 81 del 2008 acquista così una portata onnicomprensiva e, per effetto dell'abrogazione referendaria, trovano compimento le virtualità espansive di una regola che già il sistema conosce".
Formalizzato nel corpo della decisione è l'effetto propositivo del referendum, che la Corte rinviene nell' "alternativa netta" tra il mantenimento dell'attuale assetto della responsabilità solidale, contraddistinto da deroghe significative, o l'integrale riespansione di tale responsabilità, senza alcuna eccezione per i danni prodotti dai rischi tipici delle attività delle imprese appaltatrici e subappaltatrici". Tale effetto viene ad essere assorbito, per così dire, interamente nel riconoscimento di praticabilità dell'"esito lineare" perseguito, formula piuttosto ambigua e tutt'altro che dotata di una condizione oggettiva di evidenza. Risalta, di contro, la forza autonoma della decisione che legittima l'ammissibilità del quesito avanzato al di là e oltre la considerazione degli effetti innovativi conseguenti.

7. In senso critico a tale orientamento può essere utile richiamare la qualifica della natura abrogativa del referendum ex art. 75 Cost. espressa, con la consueta lungimiranza istituzionale e costituzionale, da Vezio Crisafulli. Nelle sue parole – "abrogare … non è non disporre ma *disporre diversamente* e costituisce pertanto esercizio di potestà normativa (corsivo mio: n.d.r.) [12], rileva la portata essenzialmente creativa di ogni decisione popolare di tal fatta dato che, nella specie, a venire in rilievo è soprattutto la modalità o tecnica peculiare della

[12] V. Crisafulli, *Lezioni di diritto costituzionale*, II – *L'ordinamento costituzionale italiano* (*Le fonti normative*), 6. ed. aggiornata, Padova 1993, p. 116.

produzione normativa ("per ablazione"). Ad ogni modo, se dalla lettura delle sentenze sopra richiamate appare indiscutibile la sostanza propositiva dei quesiti avanzati, in una linea di progressiva assimilazione della *ratio* referendaria a quella piena del legislatore rappresentativo "positivo", non convincente appare l'espressione dei paradigmi che la Corte mette in campo per apprezzare l'ammissibilità delle relative proposte.

In definitiva, sono essenzialmente due gli aspetti che tendono ad emergere da tale linea di giurisprudenza costituzionale, il primo, attiene ai vincoli che da un eventuale esito positivo della tornata referendaria possono scaturire per il legislatore rappresentativo.

Sul punto, stante il silenzio della normativa costituzionale di riferimento come, del resto, della disciplina legislativa attuativa del referendum abrogativo (l. n. 352/70), ad intenderla come esplicativa di limiti costituzionali, non può che discettarsi sulla base di una razionalità normativa di principio. Non è, qui, tuttavia, il caso di rievocare con dovizia di analisi la copiosa letteratura relativa alla questione antica e sempre attuale e dibattuta circa i termini della relazione tra democrazia diretta e democrazia rappresentativo-parlamentare, nello specifico circa il vincolo, formale e politico, determinato dal pronunciamento referendario nei confronti del legislatore ordinario. Ad ogni modo, vale solo la pena di osservare che una eventuale ricalibratura legislativa successiva all'esito positivo della tornata referendaria, che intenda ancora fissare termini diversi per la concessione della cittadinanza agli stranieri legalmente residenti in Italia rischierebbe, nel minimo, di apparire come un *vulnus* della decisione popolare diretta (art. 75 Cost.), inoltre riuscirebbe verosimilmente contrastata e inconferente sul piano politico, anche in ragione dell'effetto normativo diretto di omologazione delle fattispecie conseguente al pronunciamento popolare.

8. Il secondo, rilevante aspetto coinvolge un orizzonte costituzionale più ampio e problematico, che comprende il ruolo della Corte costituzionale come anche la

dirittifondamentali.it

tenuta dello stesso stato costituzionale di diritto, nel quale assume necessario rilievo la chiara distinzione/separazione di poteri e funzioni.

I casi qui richiamati sono, di converso, sintomatici di una accentata inclinazione in senso decisionista della giurisprudenza in questione e di una eccedenza normativa assunta progressivamente dalle sentenze del giudice costituzionale. Oltre ad un sostanziale (ri)modellamento dell'istituto del referendum abrogativo, come si è cercato di esporre innanzi, tale condizione pone inevitabilmente una serie di interrogativi. E' diventata la Corte, a tutti gli effetti, un legislatore costituzionale parallelo, seppure entro la necessaria continenza del ricorso all'argomentazione costituzionale razionale in sentenza? Davvero, come riteneva *Carl Schmitt*, in uno Stato di legislazione non può essere il giudice costituzionale ad agire come vero custode della Costituzione finendo quest'ultimo per assume i toni di un decisore politico? [13]. In fine, reca in sé un senso obiettivo il divieto di impiego del referendum ex art. 75 Cost. al fine di creare una disciplina "nuova", vale a dire "assolutamente diversa ed estranea al contesto normativo, che il quesito ed il corpo elettorale non possono creare né direttamente costruire» (sentenza n. 13 del 1999)"; oppure tale limite delinea in realtà una addizione di normativa costituzionale prodotta nella forma esteriore di una mera razionalità giurisdizionale, di cui la stessa Corte costituzionale si rende titolare e promotrice?

9. Nel qualificare la giurisdizione costituzionale come giustizia politica[14], Carl Schmitt muove dalla premessa che se la Costituzione, sul piano formale, equivale a una legge costituzionale e quest'ultima è, in realtà, solo una legge più difficilmente modificabile (avendo bisogno di una particolare procedura rafforzata), ognuno vi potrà ricorrere quando vorrà, per rendere più difficilmente modificabile contenuti a cui più tiene [15]. La seconda parte della Costituzione di Weimar conteneva, "nella

[13] C. Schmitt, *Der Hüter der Verfassung*, cit, p. 76 ss.

[14] Di ciò, peraltro, parla anche E.W. Böckenförde a proposito della considerazione che Carl Schmitt aveva della giurisdizione costituzionale in Id. *Wissenschaft, Politik, Verfassungsgericht* (Biografisches Interview von Dieter Gosewinkel), cit., p. 380.

[15] C. Schmitt, op. ult. cit., pp. 47/48.

colorata varietà delle sue dichiarazioni di principio" [16] formule prescrittive aperte ad una pluralità di interpretazioni possibili. Pertanto, essa non recava in sé alcuna decisione ma le formule generali impiegate avrebbero avuto la conseguenza di lasciar slittare ad un momento successivo ed ulteriore la decisione su "dubbi e diversità di pensiero" circa la portata di tali disposizioni. Tale decisione sarebbe consistita in un'"effettiva normazione" [17]: "se qui decide un giudice" -scriveva Schmitt- "esso opera "evidentemente" da "legislatore costituzionale in funzione di esercizio di alta politica"[18].

Tale inquadramento dell'operato del giudice costituzionale rende ragione postuma di un'esperienza sovente connotata da una non marginale densità normativa delle decisioni di tale giudice, anche quando, come nei casi citati, opera in sede di sindacato sull'ammissibilità del referendum abrogativo. Nella vocazione ad un'interpretazione spesso creativa di diritti e principi fondamentali sanciti nella Carta repubblicana, la Corte dunque si veste dei panni reali del legislatore costituzionale e agisce senza limiti di sorta che non siano riferibili alla razionalità dell'argomentazione esposta, sempre meno allineata così ai caratteri tipici dell'organo di giurisdizione, seppure di una giurisdizione peculiare quale quella inerente i conflitti di natura costituzionale.

Ma proprio l'esistenza di una giurisdizione costituzionale che lascia risaltare, in principio, la consistenza normativa della Costituzione[19] deve comportare, in principio, la determinazione di limiti di funzione, a garanzia della sua stessa legittimazione di organo di controllo della costituzionalità degli atti legislativi.

Tuttavia, mai come oggi sembra bene attagliarsi anche al giudice costituzionale italiano quanto affermava *Rudolf Smend*, agli inizi degli Anni '60 del secolo scorso, parlando ad un evento che celebrava i dieci anni di attività del Tribunale costituzionale federale tedesco: "Il *Grundgesetz* vale ormai nella pratica così come lo

[16] Ibidem, p. 48.
[17] Idem.
[18] Idem, p. 48.
[19] Come affermava Ulrich Scheuner nella sua recensione al volume di K. Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechs*, apparsa in *DÖV,* 1960, p. 79.

dirittifondamentali.it

interpreta il *Bundesverfassungsgericht*" [20]. Se, dunque, la percezione dominante è quella di un giudice *dominus* e non custode e servitore della Carta costituzionale che qualifica diritti e definisce modelli organizzativi prescindendo, a volte, da ogni riferimento alla coerenza con la volontà del legislatore[21] ne consegue un pregiudizio per agli equilibri interni allo Stato costituzionale di diritto, un interrogativo ricorrente, riflesso anche dal titolo di un interessante lavoro scientifico, è: *In wessen Namen* ?"[22].

dirittifondamentali.it

[20] R. Smend, *Festvortrag zur Feier des zehnjährigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts am 26. Januar 1962* (1962), ora anche in Id., *Staatsrechtliche Abhandlungen*, Berlin, 1968, p. 51.

[21] E' quanto è accaduto, ad es., nel caso della recente sent. n. 192/24, in cui la Corte, ricorrendo allo strumento della decisione di accoglimento sostitutiva, sostituendo a quella del legislatore la propria impostazione organizzativa ha finito per imporre un riadattamento normativo della l. n. 86/24, di generale attuazione dell'art. 116 c.3 Cost., senza riguardo al fatto reale se tale "svolta razionalizzatrice" potesse corrispondere o meno alla volontà oggettiva del legislatore.

[22] A. v. Bogdandy, I. Venzke, *In wessen Namen*, Berlin, 2014, part. p. 283 ss.

dirittifondamentali.it

Dirittifondamentali.it - Fascicolo 2/2025
Data di pubblicazione – 3 maggio 2025

EDITORIALE

La tutela dei dati sensibili tra disciplina eurounitaria e legislazione territoriale. Riflessioni sparse sulle aporie di una giurisprudenza costituzionale

di
Vincenzo Baldini *

1. È ritenuto, da autorevole dottrina, che l'interpretazione costituzionale in generale[1] e, in particolare quella che attiene ai diritti fondamentali, attinga sempre ad una specifica declinazione teoretica relativa a tali diritti[2]. Se ciò è la regola, la decisione da cui prendono le mosse queste riflessioni (sent. n. 48/25), può senz'altro intendersi come un caso d'eccezione.

Con tale decisione la Corte costituzionale ha dichiarato in parte inammissibili e in parte infondate le questioni sollevate dallo Stato nel giudizio di costituzionalità radicato, nella forma dell'accesso in via principale, contro la l. r. Puglia n. 22/2024, che aggiungeva l'art. 4-bis alla l.r. n. 1/24 recante il titolo «Programma di vaccinazione anti-papilloma virus umano». Tale previsione testualmente recita: «1. Per rendere capillare il dovere di informazione a carico delle autorità sanitarie e scolastiche sull'utilità della vaccinazione anti papilloma virus umano, così da debellare le infezioni e prevenire le relative conseguenze cancerose, nell'esclusivo interesse dei giovani pugliesi a una vita di relazione quanto più libera e affidabile, l'iscrizione ai percorsi d'istruzione previsti nella fascia di età 11-25 anni, compreso quello universitario, è subordinata, salvo formale rifiuto di chi esercita la

[1] E.-W. Böckenförde, *Die Methode der Verfassungsinterpretation- Bestandaufnahme und Kritik* (1976), ora anche in Id., *Staat, Verfassung, Demokratie*, Frankfurt am Main, 1991, p. 53 ss..

[2] Ancora E.-W. Böckenförde, *Grundrechtetheorie und Grundrechtsinterpretation* (1974), ora anche in Id., *Staat, Verfassung, Demokratie*, cit., p. 115 ss.

responsabilità genitoriale oppure, dei soggetti interessati che hanno raggiunto la maggiore età, alla presentazione di documentazione, già in possesso degli interessati, in grado di certificare l'avvenuta vaccinazione anti-HPV, oppure un certificato rilasciato dai centri vaccinali delle Aziende sanitarie locali (ASL) di riferimento, attestante la somministrazione, l'avvio del programma di somministrazione oppure il rifiuto alla somministrazione del vaccino. L'attestazione rilasciata dai centri vaccinali può anche limitarsi, su formale richiesta degli esercenti la responsabilità genitoriale o, ricorrendone i presupposti di legge, dagli stessi interessati, al mero riferimento sull'avvenuto espletamento del colloquio informativo sui benefici della vaccinazione» (comma 1). Il comma 2 dispone che «[i] dati raccolti nell'applicazione della disposizione di cui al comma 1, rientrano nella gamma dei dati sensibili in materia di salute e per questo sono protetti con le garanzie e le tutele previste dalla legge».

2. Prima del giudicato costituzionale sui contenuti discriminatori della legge regionale in parola aveva mostrato riserve, per ciò che attiene al profilo specifico della tutela dei dati personali, l'Autorità Garante per la privacy, che aveva evidenziato profili critici della disciplina regionale. Così, con provvedimento del 2 agosto 2024 l'Autorità aveva avvertito formalmente la Regione Puglia circa il fatto che le norme della legge regionale urtassero contro la normativa eurounitaria in tema di privacy (art. 9 GDPR, par.2, lett.g); art. 2-*sexies*, d. lgs. n. 196/2003 come modificato, da ultimo, nel 2021) poiché introducevano per gli studenti (scuole medie, superiori ed Università) l'obbligo di presentare una certificazione in materia di vaccinazione HPV (Papilloma virus), quale presupposto e condizione per potersi iscrivere ai relativi corsi di istruzione. L'Autorità precisava che nel caso di pronuncia di illegittimità costituzionale i trattamenti regolati dalla legge regionale sarebbero risultati privi di una idonea base giuridica. Ma, anche a prescindere da una eventuale pronuncia d'incostituzionalità, la regolazione disposta dal legislatore territoriale della Puglia in materia di trattamento dei dati non poteva

dirsi conforme ai principi di necessità e proporzionalità, quali sanciti dal citato diritto eurounitario[3].

Il Garante aveva anche precisato che, in generale, la materia del trattamento dei dati relativi alla salute deve intendersi riservata alla sola competenza del legislatore statale, in quanto solo una norma di livello nazionale (peraltro, si trattava nella specie di un vaccino non obbligatorio ai fini dell'iscrizione alla scuola) avrebbe potuto legittimamente sancire in modo uniforme per tutti l'acquisizione di documentazione sanitaria da parte delle autorità scolastiche, come anche l'onere per studenti e famiglie di esibire o produrre una siffatta documentazione[4].

3. Investito della questione dal ricorso del Governo, il giudice delle leggi è parso nella circostanza eludere o, comunque, non prendere in considerazione entrambi i profili riconducibili al disposto dell'art. 9 par. 2, lett.g), GDPR e della norma interna attuativa (art. 2-*sexies*, d. lgs. n. 196/2003 in seguito modificato). Del pari aliena da un'adeguata attenzione è parsa la questione relativa al generale richiamo alla riserva di legge statale, come fonte primaria abilitata in via esclusiva a determinare un sistema uniforme di limiti all'autodeterminazione individuale in materia.

La Corte imposta il suo ragionamento in relazione al trattamento dei dati personali muovendo da alcuni passaggi preliminari senz'altro condivisibili, vale a dire, che la legge regionale prevede trattamento di dati particolari attinenti alla salute, la cui base giuridica è da rinvenirsi nella normativa europea (art.9, par. 2, lett.g), GDPR). In base a tale normativa, il trattamento di dati sensibili risulta lecito se "*necessario per motivi di interesse pubblico rilevante sulla base del diritto dell'Unione o degli Stati membri*", sempre che, però, esso sia *"proporzionato alla finalità perseguita*", rispetti "*l'essenza del diritto alla protezione dei dati*" e preveda *"misure appropriate e specifiche per tutelare i diritti fondamentali e gli interessi dell'interessato*". Ai fini dell'applicazione alla fattispecie concreta, la suddetta disciplina sovranazionale non può che essere

[3] GDPR, Provvedimento del 2 agosto 2024, pubblicato su G.U., Serie Generale n. 188 del 12 agosto 2024.

[4] GDPR, Provvedimento del 2 agosto 2024, cit..

letta congiuntamente alla disposizione interna attuativa del diritto comunitario, secondo cui i trattamenti dei dati personali in questione "sono ammessi qualora siano previsti dal diritto dell'unione europea ovvero, nell'ordinamento interno, *da disposizioni di legge* (corsivo mio: n.d.r.) o di regolamento o da atti amministrativi generali, che specifichino i tipi di dati che possono essere trattati, le operazioni eseguibili e il motivo di interesse pubblico rilevante, nonché le misure appropriate e specifiche per tutelare i diritti fondamentali e gli interessi dell'interessato." (art. 2-*sexies*, d.lgs. n. 196/2003).

Se le considerazioni preliminari dell'argomentazione condotta dal giudice costituzionale si mostrano corrette ad esse non sembra corrispondere, tuttavia, una coerente applicazione del complesso normativo richiamato da parte della Corte costituzionale. Tale applicazione appare piuttosto frettolosa e non supportata da adeguata motivazione, così da rendere tale complesso normativo comprensibile e ponderato nella sua *ratio* di garanzia, con l'effetto ultimo di pervenire ad una sorta di sua banalizzazione.

Nella parte motiva della sentenza, la Corte ritiene sufficiente a giustificare la regolazione di livello regionale l'impiego dell'atto di natura legislativa (la legge regionale) in quanto rientrante tra le fonti espressamente menzionate dal complesso regolativo di cui sopra ("nel GDPR una delle «basi giuridiche» che giustificano il trattamento dei dati sensibili è la norma legislativa interna"). Tanto premesso, essa non affronta la questione di ordine più generale circa l'astratta idoneità di una legge regionale a concorrere con la normativa eurounitaria a definire -nella fattispecie, in senso maggiormente limitativo rispetto a quest'ultima- la sfera materiale di garanzia di una libertà (anche) costituzionale quale è quella di autodeterminazione in materia di dati personali, in tal modo legittimando l'ente territoriale a prevedere e regolare un trattamento massivo di dati sensibili (una sorta di schedatura di massa). Tale questione, anche di carattere teoretico-dogmatico, risulta del resto pregiudiziale e dirimente rispetto al dubbio specifico di costituzionalità dei contenuti dell'intervento legislativo regionale in materia, tanto

dirittifondamentali.it

più se si tiene conto che, sul punto, gravava il pronunciamento recisamente negativo del Garante per la privacy (v. *supra*).

Va da sé che una dichiarazione d'infondatezza delle questioni sollevate dal Governo avrebbe finito in generale per assecondare l'asserto teoretico della possibilità di legittima compressione, territorialmente circoscritta, dell'esercizio di una libertà fondamentale, contro l'orientamento del Garante secondo cui si esige al riguardo necessariamente (ex artt. 2 e 3 Cost.) una uniformità di disciplina nazionale[5] in quanto attiene ai limiti disposti a tale esercizio.

Né sembra, in senso contrario, potersi far valere il riferimento a quanto sancito dall'art. 117 c. 2, lett. m), Cost., che lascerebbe spazio a discipline territorialmente differenziate in tema di godimento di diritti civili e sociali. Tale prescrizione, in effetti, sembra alludere unicamente a profili connessi a prestazioni di ordine sociale a carico del soggetto pubblico, nei vari ambiti materiali precisati, poco si presta invece a giustificare una contrazione a livello regionale della garanzia attinente (come nella specie) ad una libertà negativa.

4. La questione fondamentale investe, dunque, profili di ordine sostanziale -quali quelli relativi al contenuto della tutela costituzionale- che non possono essere risoluti né convertiti in vincoli di ordine unicamente formale, attinenti alla natura dell'atto impiegato, o di natura organizzativa, attinenti al riparto della sfera di competenza tra lo Stato e le Regioni -aspetto, quest'ultimo, che, nella decisione in esame, la Corte costituzionale ha preso in considerazione nella prospettiva specifica e distorta della materia dell'istruzione.

Va da sé che le "fonti" che il diritto interno indica come astrattamente abilitate a costituire le basi giuridiche di legittimazione del trattamento di dati sensibili in ragione della tutela o del perseguimento di un interesse pubblico, tra cui è anche l'atto amministrativo generale, non possono e non debbono porsi tutte sullo stesso

[5] Sul rispetto dell'uguaglianza in tema di libertà di informazione in generale, che include pertanto, anche la eguale libertà di autodeterminarsi sulla conoscenza di dati sensibili del soggetto, v. tra gli altri, P. Kirchhof, *Allgemeiner Gleichheitssatz*, in J. Isensee, P. Kirchhof (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts*, 3. Auf., Band VIII, Heidelberg, 2010, part. p. 769 ss.

piano poiché non sembrano tutte sempre utilizzabili o, comunque, utilizzabili allo stesso modo. È in un tale quadro che rileva l'orientamento consolidato del Garante per la *privacy*, tra l'altro ancorato alla giurisprudenza costituzionale (es., sent. n. 271/2005) per il quale la protezione dei dati personali appartiene alla competenza esclusiva del legislatore statale, in quanto materia rientrante nella sfera dell'«ordinamento civile». Come chiaramente si legge nel citato provvedimento del 2 agosto 2024 l'Autorità riconduce la limitazione di diritti e libertà fondamentali implicanti il trattamento di dati personali entro l'ambito della riserva di legge statale con esclusione, dunque, di regimi giuridici differenziati a livello territoriale. Tanto più siffatta ricostruzione appare accreditata di fondatezza in quanto quello alla riservatezza è da tempo configurato come un diritto individuale di natura costituzionale, sia lo si riconduca a specifici parametri (artt.2, 3, 14, 15, 21, 32 Cost.) o lo si ritenga, invece, "desumibile già direttamente dalla dichiarazione di inviolabilità della libertà personale"[6]. Come tale, il diritto in questione non può non essere assoggettato ad un regime giuridico di regolazione generale e uniforme sul territorio nazionale[7].

Se il trattamento di dati personali correlati al sistema delle vaccinazioni, da parte delle autorità scolastiche e ai fini d'iscrizione ai corsi di studio è dalla legge dello Stato ammesso con riguardo a vaccini obbligatori, un tale limite non può subire deroghe o rotture ad opera di un legislatore territoriale, con la conseguenza di porre a rischio l'articolazione in senso unitario del sistema di limiti e di garanzie disposto dalla fonte statale. Anche il rispetto della "essenza del diritto alla protezione dei dati", richiamato dal citato art. 9, par.2, lett. *g*), GDPR, sembra includere di necessità l'unitarietà di trattamento in ambito nazionale, tanto più allorquando venga in rilievo la fruizione di servizi pubblici nazionali (insegnamento scolastico ed universitario) e il trattamento di dati ad esso correlati.

[6] Così espressamente F. Modugno, *I «nuovi» diritti nella Giurisprudenza Costituzionale*, Torino, 1995, p. 20 ss. In generale, sul carattere di diritto fondamentale dell'autodeterminazione in materia di dati personali, v. anche E. Denninger. *Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung und Innere Sicherheit* (1985), ora anche in Id., *Der gebändigte Leviathan*, Baden-Baden, 1990, p. 375 ss.

[7] Ancora F. Modugno, op. cit., p. 72.

Non risulta del tutto convincente, in relazione alla corretta applicazione del menzionato complesso normativo euro-statale sul trattamento dei dati per finalità di interesse pubblico, l'argomentazione seguita dal giudice delle leggi basata essenzialmente sulla natura giuridico-formale dell'atto oltre che sull'ambito materiale interessato (l'istruzione) al fine di conferire un fondamento di legittimità di ordine costituzionale all'intervento del legislatore della Regione Puglia. E' appena il caso di replicare, in contrario avviso, che un conto è l'astratta idoneità dell'atto legislativo quale tipo di fonte rientrante tra quelle ammesse a contenere la sfera di garanzia del diritto all'autodeterminazione in materia di dati personali, altro è, invece, la conformazione del sistema nei singoli settori e le garanzie che devono sussistere con specifico riferimento alla fruizione del servizio pubblico scolastico e al trattamento dei dati connessi alla salute, a tal uopo ammissibili. Inconferente, oltre che illegittimo, anche nell'ottica dello Stato di diritto sarebbe del resto un atto amministrativo generale, pur formalmente richiamato dal diritto euro-nazionale quale atto di disciplina del trattamento dati per interesse generale, che intervenisse a regolare tale trattamento in contrasto con il regime normativo disposto dalla fonte legislativa primaria.

In conclusione, sembra potersi ritenere che la legge regionale non risulti di per sé fonte idonea a interferire con la sfera materiale di garanzia del diritto all'autodeterminazione in tema di dati personali riservata alla competenza del legislatore statale. Al più, l'atto legislativo territoriale avrebbe potuto, nell'ottica di un assecondamento/concretizzazione della disciplina nazionale, regolare profili organizzativi funzionali., senza tuttavia porre in pregiudizio l'efficacia di un livello uniforme di tutela dei dati sensibili in tutto lo Stato.

5. Nel merito del rispetto dei parametri fissati dal diritto sovranazionale, la legge regionale non è parsa corrispondere agli imperativi di garanzia determinati, per la limitazione di tale diritto, dal modello paradigmatico ivi previsto. Quest'ultimo reclama e impone che la base giuridica sia conferme ad una serie di regole di ordine strutturale, che concorrono a definire il contesto di liceità del trattamento

dati in uno specifico settore. Tra queste, è invocata l'osservanza del principio di proporzionalità "rispetto alla finalità perseguita", di cui al citato art. 9, par. 2, lett.g), GDPR.

Come è noto, tale principio nel pluralismo delle sue specifiche declinazioni -idoneità, adeguatezza, necessarietà, essenzialità- appare ormai da tempo un presidio consolidato nella dottrina e nella stessa giurisprudenza costituzionale al fine di misurare la legittimità di interventi dell'autorità che comportano limitazioni all'esercizio di diritti fondamentali. Nello specifico del caso che ci occupa, va ribadito che contenimento delle finalità ed essenzialità -oltre che necessarietà - della limitazione arrecata alla libertà di autodeterminazione in parola sono presidi normativi cardine della disciplina del trattamento dei dati, il quale, dunque, si rende lecito se e nella misura in cui risulti idoneo e coerente con la relativa finalità di interesse pubblico perseguita, inoltre, limitato entro un paradigma di necessarietà rispetto al perseguimento della stessa. Limitazione e minimizzazione rappresentano, dunque, presupposti e condizioni imprescindibili della ammissibilità di ogni disciplina nazionale che imponga il trattamento di dati sensibili secondo il richiamato modello eurounitario delle garanzie in materia. Il rispetto di tali presupposti non può essere eluso o ignorato dalla normativa primaria, pena la sua illegittimità. Quest'ultima, dunque, può prevedere fattispecie di limitazione della tutela dei dati sensibili (tanto più in quanto particolari) unicamente nel quadro di osservanza della cornice di principio disposta dalla fonte euro-unitaria.

Nello specifico del caso qui considerato, in relazione all'istruttoria svolta dall'Autorità Garante della privacy, gli Uffici della Regione Puglia avevano chiarito che l'opzione della legge regionale era "finalizzata solo ed esclusivamente al diritto di essere informati" spettante ai ragazzi, dimostrato anche dal fatto che, in alternativa alla somministrazione del vaccino/avvio del programma di somministrazione, la legge ha previsto come necessario e sufficiente che il giovane interessato dimostri l'avvenuto svolgimento del colloquio informativo sulla vaccinazione (contro il papillomavirus).

Tale obiezione non appare sufficiente a fugare ogni dubbio sulla vulnerazione della libertà in parola e delle esposte regole di principio (limitazione della finalità e minimizzazione nella rilevazione dei dati sensibili). La violazione, anzi, si delinea all'evidenza, dato che la legge regionale finisce comunque per consentire una raccolta generalizzata di dati non necessaria ai fini dichiarati e meno che mai coerente con la *ratio legis* di garantire, cioè, ai giovani un'adeguata informazione sul prodotto vaccinale per il Papilloma-virus. Lo scopo divulgativo di cui si parla potrebbe senz'altro essere perseguito in modo altrettanto efficace con il ricorso a misure più lievi o meno "invasive", che eludano una raccolta e conservazione di dati personali attinenti a singoli e risultino nell'effetto più rispettosi della libertà e autonomia dell'individuo.

La Corte costituzionale, nella sentenza che qui si commenta, sembra però poco preoccupata di questo aspetto e, in generale, dell'attenzione a verificare la necessarietà della limitazione al trattamento dati di cui si è detto, in definitiva, di assicurare -entro i limiti possibili- una ottimizzazione della libertà individuale all'autodeterminazione in materia di dati sensibili. Percorrendo la via della motivazione di ordine giuridico-formale (v. supra) svicola dai rilievi formulati dal Garante della privacy ritenendo decisiva, ai fini dell'esito del giudizio, che al singolo interessato non venga richiesto di chiarire il proprio *status* vaccinale. Essa sorvola sul fatto che l'opzione di dichiarare di essere (o non essere) vaccinato e/o, di rifiutare il vaccino è la prima evocata nella procedura regionale, in ogni caso, l'obbligo reale di comunicare la propria posizione (critica o meno) sul vaccino o di scegliere, in alternativa al vaccino o al rifiuto della sua somministrazione, la via del colloquio informativo finisce in buona sostanza per rivelare, seppure in via indiretta o implicita, la posizione specifica in materia del singolo giovane studente.

Il giudice delle leggi non manca di accordare formale rispetto al regime giuridico-normativo eurounitario per la tutela dei dati sensibili, tace tuttavia sulle possibili (o probabili) implicazioni sostanziali della sua effettiva violazione nel caso di specie. Pertanto, essa omette di vagliare in modo rigoroso le conseguenze ultime della regolazione regionale incriminata, vale a dire la realizzazione di una reale

dirittifondamentali.it

schedatura di massa giustificata attraverso il richiamo al mero fine informativo, sorvola sulla conformità all'obbligo di minimizzazione che, in principio, deve determinare il rigetto di soluzioni che superino la soglia della necessità del trattamento dati ai fini della realizzazione dell'interesse pubblico, etc.

6. In conclusione, la pronuncia della Corte costituzionale sembra segnare una inversione del *trend*, avallato dalla giurisprudenza costituzionale di altri Paesi europei, di una *Überformung* dei diritti fondamentali costituzionali attraverso il diritto europeo ed internazionale[8]. La sent. n. 48/25 non si lascia molto apprezzare per congruenza di argomentazioni come per chiarezza d'intenti: la Corte ha finito in buona sostanza per ignorare o eludere (comunque, per non condividere) sensibilità e preoccupazioni chiaramente espresse al riguardo dal Garante della privacy, secondo una condotta non apparsa del tutto ispirata ad una leale collaborazione tra organi di controllo/garanzia. Nel contempo, ha conferito allo schema regolativo eurounitario, di stampo senz'altro garantista, un riguardo essenzialmente formale ma guardandosi bene da ogni indagine rigorosa sul rispetto dei parametri di necessarietà ed essenzialità ivi definiti. Prediligendo motivazioni di natura precipuamente formale, il giudice delle leggi ha lasciato cadere così in un cono d'ombra l'attenzione sui potenziali effetti negativi che una disciplina differenziata a livello regionale può produrre sull'esercizio in condizioni di uguaglianza della libertà di autodeterminarsi in materia di dati personali. Parafrasando il titolo di una nota opera di Ronald Dworkin, potrebbe dirsi che, nella circostanza, la Corte costituzionale non ha preso sul serio le garanzie di tale libertà [9].

Le riflessioni fin qui esposte hanno preso avvio da una generale premessa di ordine teoretico-dogmatico, relativa ad una certa, necessaria correlazione assiologica tra approccio esegetico, indirizzi della giurisprudenza costituzionale e teoria (specifica) dei diritti fondamentali. Difficile, tuttavia, delineare con certezza a quale

[8] In tal senso, con riguardo ai diritti fondamentali del *Grundgesetz*, v. tra gli altri, T. Kingreen, R. Poscher, *Grundrechte – Staatsrecht II*, neu bearb. 36. Aufl., Heidelberg, 2020, p. 16 (Rdn. 47).

[9] Il richiamo è al titolo del noto libro di Ronald Dworkin, "*I diritti presi sul serio*".

delle diverse declinazioni dei diritti il giudice delle leggi abbia implicitamente fatto riferimento. Nella circostanza, esso sembra aver mischiato le carte rendendo poco perspicuo il presupposto teoretico… Ciò che rileva senz'altro è la piuttosto debole congruenza tra la pronuncia d'infondatezza della questione emessa e l'attenzione, mai formalmente ridotta, al rispetto del diritto euro-unitario.

Segnali, tutti, che lasciano intuire quanto tutt'altro che pervio e sicuro possa rivelarsi il cammino dell'integrazione sovranazionale soprattutto nella costruzione effettiva di un sistema eurounitario di garanzie di tutela dei diritti costituzionali individuali.

dirittifondamentali.it

dirittifondamentali.it

Dirittifondamentali.it - Fascicolo 3/2025
Data di pubblicazione – 21 ottobre 2025

EDITORIALE
L'ETERNA TRANSIZIONE E LA DEMOCRAZIA INCOMPIUTA…Storie di ordinaria degenerazione della politica…

di
Vincenzo Baldini*

1. Provare a ragionare della democrazia come contesto culturale e come principio costituzionale[1], appare impresa non poco ardua in tempi, come questi, segnati a una sorta di atarassia politica nella comunità accompagnata da una buona dose di indifferenza, sul piano della prestazione di consenso elettorale. Del resto, il tema della crisi della democrazia[2] è ormai da tempo oggetto di dibattito scientifico e nell'orizzonte europeo si stagliano, pericolose, le sagome di un autoritarismo politico[3], oppure si preconizza in dottrina il tempo della post-democrazia[4] o della democrazia non politica[5].

Qui, vuol provarsi a farlo rinvenendo la *occasio* nelle affermazioni di un esponente politico di primo piano -qualche giorno fa riportate da alcuni organi di stampa- secondo cui la libertà è a rischio quando l'"estrema destra" è al Governo e che i

[1] E. W. Böckenförde, *Demokratie als Verfassungsprinzip* (1987), ora anche in Id., *Recht, Staat, Freiheit*, Frankfurt am Main, 1991, p. 67 ss.

[2] Sul punto, cfr. A.Voßkuhle, *Über die Demokratie in Europa* (2012), ora anche in Id., *Europa, Demokratie, Verfassungsgerichte*, Berlin, 2012, p. 48 ss.

[3] Per gli specifici riferimenti si rinvia ancora a A.Voßkuhle, *Die Verteidigung von Europa, Demokratie und Verfassungsstaatlichkeit in Zeiten der Krise und des Populismus*, in Id., *Europa, Demokratie, Verfassungsgerichte*, cit., p. 9 ss.; ivi, anche *Rechtsstaat und Demokratie*, p. 200 ss.

[4] C. Crouch, *Postdemokratie*, Frankfurt am Main, 2008, part. p. 91 ss. (sul ruolo die partiti politici); nonché Id., *Postdemokratie revisited*, 12. Aufl., Berlin, 2021, part. p. 234 ss. (sugli sviluppi della Post-democrazia).

[5] D. Michelsen, F. Walter, *Unpolitische Demokratie*, Berlin, 2013, part. p. 179 ss., sulla perdita di centralità del Parlamento come sede di decisione politica.

provvedimenti assunti in materia di sanità e spesa pubblica valgono a produrre "propaganda e odio". Non vale, qui, esprimere ulteriori commenti sull'infimo livello da tempo raggiunto dal confronto politico, interessa invece molto di più sottolineare come la democrazia in Italia viva una fase di strutturale transizione, di durata ormai ultratrentennale, iniziata con l'avvento dei nuovi partiti in surroga di quelli tradizionali, travolti da una crisi profonda originata dalla vicenda giudiziarie di Tangentopoli.

2. La transizione è, per natura, una condizione intermedia nel passaggio da una situazione ad un'altra, un fenomeno passeggero che include, sovente, un processo di trasformazione o di riassetto, il cui ultimo approdo sta nella creazione di un nuovo ordine. Nondimeno, da noi la fase della transizione politica non si è mai conclusa in primo luogo perché difetta il termine ultimo necessario costituito dal reciproco riconoscimento delle forze politiche in campo, che concorre a rendere più compiuto e maturo l'esercizio della democrazia[6].

La dialettica tra partiti politici, che alimenta e struttura il dibattito democratico nel flusso del più generale pluralismo comunicativo non si articola, in questo contesto, in un leale confronto di idee e programmi di segno diverso, tuttavia nel comune riconoscimento della legittimazione al confronto ed al governo del Paese delle forze politiche. Tale dialettica tende piuttosto a narrazioni mirate sistematicamente alla delegittimazione dell'avversario, che, in quanto reo -a dire del politico di turno- di

[6] Sulla nozione di regime politico come principio unitario che connota lo Stato da un punto di vista essenziale, cfr. in particolare V. Gueli, *Il regime politico*, in Id., Scritti vari, I, Milano, 1976, p. 391 ss., part. p. 392. Nello specifico, sul ruolo dei partiti politici secondo la Costituzione, cfr. per tutti V. Crisafulli, *I partiti nella Costituzione*, in AA. VV., *Studi per il XX anniversario dell'Assemblea Costituente*, vol. 2 (Le libertà civili e politiche), Firenze, 1969, p. 107 ss. che non panca di sottolineare criticamente (p. 142) l'avanzata di un "radicalismo democratico" causalmente connesso all'espandersi del ruolo dei partiti. In fine, C. Mortati, *Note introduttive a uno studio sui partiti politici nell'ordinamento italiano*, in AA.VV., *Scritti in memoria di V.E. Orlando*, vol. II, Padova, 1957, p. 113 ss., che valorizza il ruolo dei partiti di cerniera tra lo Stato comunità e le istituzioni di governo. Secondo, l'A., in particolare, "il carattere democratico impresso allo Stato esige … che si attui un criterio organizzativo, non solo dell'apparato autoritario ma dell'intera struttura sociale, che consenta la costante comunicazione dei cittadini con gli organi di direzione politica, ed assicuri le condizioni che consentano un'eguale, effettiva e consapevole partecipazione dei singoli alla cosa pubblica" (p. 119).

attentare ai valori e principi essenziali dello Stato costituzionale[7], a minacciare le libertà costituzionali etc. è percepito nella sostanza come un nemico da combattere.
Una siffatta percezione si riflette senz'altro nei moti scomposti di un'aggressione verbale sistematica, nel linguaggio poco consono al confronto, nella specialità all'offesa anche personale. Un impegno, insomma, unicamente mirato a demolire ogni legittimazione dell'altro partito a occupare l'agone politico, alimentando nell'elettore e nell'intera comunità sociale la paura dell'avvento di una maggioranza ostile ai diritti costituzionali e nient'affatto garante dell'integrità del processo democratico.

3. A ben vedere, tuttavia, proprio l'incapacità di superare, o la volontà congenita di non andare oltre, un tale infimo livello di lotta a rappresenta una seria e concreta minaccia all'esistenza di un confronto pluralistico tra partiti e, così, all'effettiva integrità dello Stato costituzionale democratico. La condizione reale di un siffatto pluralismo di posizioni ed opinioni politiche, che la Carta costituzionale afferma come presupposto necessario della democrazia (artt. 1, 17, 18, 21, 49 Cost.) è tra quelle la cui sussistenza e permanenza non viene a dipendere da una regolazione giuridica né quest'ultima può essere in grado di garantirla. Essa appare piuttosto la risultante spontanea di condotte e atteggiamenti, di cittadini e forze politiche, che soli incrementano il reciproco affidamento e la fiducia dei primi nella portata rappresentativa delle seconde. I partiti sono chiamati così a organizzare il pluralismo di interessi nel contesto sociale traducendolo in proposte politiche strutturate sottoposte al confronto dialettico e, in fine, alla decisione popolare.
La centralità dei partiti nel sistema di democrazia rappresentativa sancito in Costituzione, appare di tutta evidenza sia per ciò che concerne il funzionamento della forma di governo, sia anche per l'incidenza sulla forma di Stato[8].

[7] Sui valori costituzionali, per la dottrina italiana cfr. in particolare A. Baldassarre, *Costituzione e teoria dei valori*, in *Pol. dir.*, 1991, p. 639 ss.; in senso critico verso i valori costituzionali, nella dottrina tedesca cfr. soprattutto E. W. Böckenförde, *Zur Kritik der Wertebegründung des Rechts* (1990), ora anche in Id., *Recht, Staat, Freiheit*, Frankfurt am Main, 1991, p. 67 ss.
[8] C. Mortati, *Note introduttive a uno studio sui partiti politici nell'ordinamento italiano*, cit., p. 114.

Le funzioni dei partiti non si esauriscono, dunque, nella "presentazione di alternative elettorali" (ord.za 79/2006) ma sono "preordinate ad agevolare la ... realizzazione di linee programmatiche" che le stesse formazioni politiche "sottopongono al corpo elettorale, al fine di consentire una scelta più chiara e consapevole anche in riferimento ai candidati" (Corte cost., sent. n. 1/2014).

La pratica della sistematica delegittimazione del partito-nemico, per un verso, ha l'effetto di opacizzare le virtù costitutive del processo democratico risalenti al pluralismo politico, nella misura in cui di fatto finisce per dislocare il confronto dalla sede politica (quali programmi per quali obiettivi) a quella del diritto costituzionale (tutela delle libertà, emarginazione di partiti anti-sistema[9]. D'altro verso, essa attende a pericolose semplificazioni del quadro rappresentativo mirando ad escludere dal novero delle forze legittimate al confronto democratico partiti che godono di largo consenso politico.

Quella del difetto di riconoscimento e della delegittimazione sistematica è un'arma a doppio taglio, che - come la vicenda di *AfD* in Germania, può causare un esito addirittura opposto a quello sperato, incoraggiando il consenso elettorale verso partiti ritenuti anti-sistema.

4. Quello appena descritto non è l'unico effetto di rimbalzo costituzionale della perenne transizione democratica in cui versa il sistema politico. Un' ulteriore, evidente conseguenza sta nella impossibilità di procedere a riforme condivise della Legge fondamentale, come documenta la revisione del Titolo V della Costituzione e come confermano, peraltro, le ultime vicende connesse alla proposta revisione della forma di governo e dell'ordine giudiziario. In principio, il procedimento di cui all'art. 138 Cost. consente di realizzare la revisione con il voto favorevole, nelle Assemblee rappresentative, della sola maggioranza di governo. Senza volersi qui soffermare sull' espressa regolazione del procedimento di revisione organica o completa della Costituzione come previsto in alcune Carte costituzionali europee,

[9] Sul ruolo dei partiti politici come organi di raccordo con la base sociale, v. per tutti R. Bin, G. Pitruzzella, *Diritto costituzionale*, Torino, 2024, XXV ed., p. 52 ss.

dirittifondamentali.it

che include segmenti peculiari ed ulteriori di aggravamento rispetto al procedimento di revisione ordinaria (scioglimento delle Camere ed elezioni di nuove Camere, richiesta di maggioranze più consistenti per l'approvazione definitiva del testo, referendum di ratifica)[10], non può essere sottaciuto come tale regolazione valga a qualificare, tipizzandola, la funzione di revisione organica.

Alla luce di quanto detto, il procedimento sancito dall'art. 138 Cost., se bene si attaglia all'obiettivo di realizzare con la revisione specifici adattamenti del testo costituzionale preservandolo, in tal modo, nella sua integrità assiologica e nell'aspettativa di durata[11], meno congruente appare per il fine di una riforma ampia od organica della Costituzione, come quella relativa alla forma di Stato regionale e/o alla forma di governo. Nondimeno, in una condizione di sistematica, reciproca delegittimazione delle forze politiche le modifiche costituzionali si realizzano, ormai, unicamente con il voto parlamentare favorevole della sola maggioranza di governo, per cui il passaggio referendario, previsto come eventuale e facoltativo dalla Carta repubblicana del '48, diventa ormai una costante procedimentale necessaria a compensare, sul piano della legittimazione democratica, il non largo consenso parlamentare. Non è un caso, del resto, che in una fase della storia della nostra Repubblica, connotata da un dilagante attivismo mirato nel campo delle riforme costituzionali si è avvertito il bisogno di prevedere, con legge costituzionale [12], uno procedimento di revisione in deroga a quello ordinario ex art. 138 Cost., ritenuto più congruente, secondo le aspettative

[10] Sul punto, si rinvia a quanto diffusamente e compiutamente argomentato in M.C. Carbone, *Problematiche di una revisione organica della Costituzione nell'ordinamento italiano*, Bari, 2019, part. p. 123 ss.

[11] "La revisione … adatta alle nuove esigenze l'una o l'altra norma … senza alterare le linee fondamentali dell'insieme.": C. Mortati, *Concetto, limiti, procedimento della revisione costituzionale,* in AA.VV., *Studi di diritto costituzionale in memoria di Luigi Rossi*, Milano, 1952, p. 379 ss. In tema, v. anche E. Crosa, *Variazioni su un tema di V.E. Orlando: funzione costituente, legge costituzionale, garanzia, previsione della Costituzione*, in AA.VV., *Scritti giuridici in memoria di V.E. Orlando*, Padova, 1957, p. 465 ss., part. p. 484 ss.

[12] È la l. cost. n. 1/1997.

democratiche, ad una modifica riguardante l'intera Parte Seconda della Carta repubblicana del '48[13].

5. Tra le conseguenze della transizione democratica incompiuta è anche quella consistente nel fatto, oggettivo e incontestabile, di una progressiva disaffezione dei cittadini alla vita politica, di una grave sfiducia nella capacità rappresentativa dei partiti politici che si traduce, nell'esito concreto, anche in una forte astensione dal voto ad ogni tornata elettorale.

Una democrazia nella quale si realizza un forte scollamento tra elezione e partecipazione popolare, in cui si reca al voto poco più (o poco meno) del 50% degli aventi diritto e in cui, a volte, si viene eletti ad importanti cariche istituzionali con basse percentuali (20%, 25%) di consenso, è una democrazia solo in parvenza o, meglio, quest'ultima finisce per trasfigurarsi risolvendosi unicamente in una tecnica di decisione.

Ma concludere nel senso di rilevare un generale disinteresse dei cittadini per la politica prova troppo. Alla disaffezione per una politica dei partiti ed attraverso i partiti fa da contraltare una peculiare vivacità che si registra tra gli utenti dei *social*, presenti ed attenti su ogni vicenda (nazionale e internazionale) che investa questioni di ordine politico, alla ricerca anche di un contatto diretto con chi ricopre cariche istituzionali e/o politico-rappresentative. In questo senso, si assiste ad un processo di trasformazione della partecipazione democratica (*), veicolata sempre di più nella forma privilegiata della partecipazione individuale e non organizzata. È forse il dato più significativo nella direzione di confermare la descritta sfiducia nel sistema dei partiti in generale e nella sua effettiva capacità di operare quale medio sociale di ordinazione della domanda politica.

Queste condizioni di *defaillance* non si superano con il ricorso a norme giuridiche recanti divieti (di disinformazione politica) o introduttive di obblighi di

[13] Va tenuto conto che nel corso della cd. Prima Repubblica, era radicata la prassi di ricercare per ogni revisione costituzionale, da parte della maggioranza parlamentare di governo, l'avallo quanto meno del più forte partito di opposizione.

dirittifondamentali.it

partecipazione, puntualmente assistiti da sanzioni, penali o amministrative, per la loro inosservanza. Esse reclamano piuttosto un'approfondita analisi su ruolo dei partiti nell'era contemporanea, sulla loro capacità di coagulare consenso corrispondendo ad istanze ed aspettative del pluralismo sociale. Tanto, deve indurre ad un complessivo ripensamento del senso specifico della democrazia rappresentativa e della funzione che essa è in grado di realizzare, tanto più in un contesto nel quale la razionalità della decisione politica richiede competenze tecniche particolari ed è non di rado dislocata su livelli sovranazionali i cui percorsi decisionali restano tuttora coperti da un velo di opacità.

6. Sarebbe il tempo, sul piano interno, di porre fine alla transizione democratica e di favorire, con il reciproco riconoscimento dei partiti, una più leale cooperazione, soprattutto sul versante dei temi costituzionali, quantunque nel rispetto delle diversità di orientamento politico di ciascuno essi. Ciò richiede, tuttavia, una sorta di rivoluzione, dell'etica politica comune e della morale individuale di chi è chiamato a ruoli di guida di compagini partitiche per scongiurare il rischio connesso ad un assolutismo dell'etica del potere e tornare a coltivare un'etica della responsabilità. Tale rivoluzione deve rendersi nell'azione concreta dei partiti riconoscibile alla comunità dei cittadini per avere la forza di consentire un recupero di fiducia da parte di questi ultimi nell'intero sistema politico rappresentativo.
Una siffatta condotta di responsabilità -va detto in conclusione- rientra tra quei presupposti di fatto che -come si è detto all'inizio- lo stesso Stato costituzionale democratico non è in grado di garantire. Essa deve maturare prima nelle coscienze e poi nei fatti di chi svolge attività politica, deve orientare l'azione di governo e favorire il pieno rispetto dei diritti fondamentali. Senza di ciò, la fase della transizione democratica è destinata a non avere mai fine e, con essa, il rischio di una prevalenza delle istanze populiste che recano rigurgiti di autoritarismo politico.

dirittifondamentali.it

dirittifondamentali.it

Dirittifondamentali.it - Fascicolo 1/2025
Data di pubblicazione – 11 gennaio 2025

Sul flessibile diritto alla vita privata familiare: valori, interessi, fatti*

di
Francesco Rinaldi**

Sommario: – 1. Riflessioni introduttive. – 2. *Famiglie* e *vita familiare*. – 3. Sul concetto di *vita privata familiare*. – 4. Sul contesto di riferimento dei diritti umani. Brevi cenni. – 5. Matrimonio e famiglia poligamica. – 6. Considerazioni conclusive.

1. Riflessioni introduttive

Il tema in indagine è, come si evince dal titolo di questo piccolo intervento, quello del *diritto alla vita privata e familiare*, contemplato dall'art. 8 della CEDU e art. 7 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, declinato quale diritto di stabilire relazioni con altri esseri umani, di sviluppare la propria personalità e quale libertà di autodeterminazione[1].

«Abbandonata l'idea» che la materia familiare dovesse appartenere ai costumi, alla morale e alla religione, la «giuridificazione» dei rapporti familiari – complessa e raramente al passo con la rapidità dei mutamenti sociali – impone un modello familiare sovranazionale, mondiale, quanto meno, dunque, verso un diritto europeo e uniforme della famiglia[2].

dirittifondamentali.it

* Lo scritto segue la *relazione* tenuta in occasione del Convegno del 18 dicembre 2024, su *I diritti umani oggi. Aspetti problematici dell'esperienza costituzionale*, organizzato dall'Università di Cassino e del Lazio Meridionale, Dipartimento Economia e Giurisprudenza.

** Rtda in Diritto privato – Università eCampus.

[1] Cfr., al riguardo, in particolare V. BALDINI, *La concretizzazione dei diritti fondamentali*, Napoli, pp. 155-165, ma v. p. 160.

[2] Cfr., al riguardo, E. QUADRI, in F. BOCCHINI e ID., *Diritto privato*, 7ª ed., Torino, 2018, pp. 389 e 396 e nt. 17.

Contributo sottoposto a referaggio

In una simile prospettiva unitaria si muovono l'art. 8 della CEDU e l'art. 7 della Carta europea, nell'affermare un «diritto al matrimonio» in senso ampio[3], ed ai quali si affiancano gli artt. 9 e 12 della CEDU che, a loro volta, affermano il *diritto di costituire una famiglia*; e, nella prospettiva del minore, il *diritto a crescere nella propria famiglia* e ad *avere una famiglia*.

2. *Famiglie* e *vita familiare*

Come sempre accade quando si discorre di simili diritti, è necessario mettersi d'accordo, nella società contemporanea e *posmoderna*, sul significato di «famiglia», qui intesa: sia come struttura di ordine economico, sociale e culturale; come comunità intermedia tra lo Stato[4] e l'individuo[5]; come strumento di formazione della personalità dei suoi componenti, specialmente dei minori, personalità *in fieri*[6]; ed inoltre, sempre meno come *istituzione* e sempre di più come insieme di relazioni affettive e personali[7], purtroppo sempre più *liquide*[8] e precarie, come attesta la

[3] Cfr. S. RODOTÀ, *Diritto d'amore*, Roma-Bari, 2015, p. 109 ss.

[4] Sembra utile ricordare, in proposito, la definizione di «Stato» offerta da P. GROSSI, *L'*invenzione *del diritto*, Roma-Bari, 2017, p. 14: «oltre che apparato di potere», «macro-comunità che si articola in un tessuto di micro-comunità».

[5] Conseguenza del fatto che la persona rileva non solo come singolo individuo, ma pure quale appartenente a comunità, a organismi sociali. Al riguardo, G. LA PIRA, nella seduta dell'Assemblea Costituente del 9 settembre 1946, così si esprimeva: «è proprio questa diversa concezione pluralista – pluralismo economico, giuridico, politico – la concezione che corrisponde alla struttura organica del corpo sociale. Perché la realtà di questo corpo sociale non è costituita soltanto da singole persone: le persone sono naturalmente raggruppate in tanti organismi che sono elementi essenziali epperciò ineliminabili del corpo sociale: la comunità familiare, quella religiosa, quella professionale – che sono altrettanti elementi costituzionali della società esistono nel corpo sociale e lo articolano e lo definiscono». Il riferimento è tratto da P. GROSSI, *op. ult. cit.*, p. 69, nt. 15, l'illustre Maestro si sofferma sulla rilevanza della *fattualità* nel diritto, sul «protagonismo dei fatti, giacché il mondo dei fatti – naturali, economici, sociali – non è il terreno inerte e sterile del volontarismo statalista e legalista dei 'moderni, consegnante nelle mani di un legislatore/demiurgo il potere di convertire (a suo lìbito) in diritto una realtà concepita come ammasso meramente magmatico; il mondo dei fatti è, invece, il terreno tipico della storia». Dopo aver osservato che «rilievo illuminante per i Costituenti» era stato l'aver compreso che la «società non è la piattaforma passiva e amorfa meritevole solo di essere calpestata, ma piuttosto una realtà vivace, intrisa di durevoli valori anche se percossa da una fertilissima dinamica» (v. p. 66).

[6] Cfr. P. PERLINGIERI, *Stagioni del diritto civile*, Napoli, 2021, p. 85 ss., ma v. p. 87; R. MARRAMA, in *Famiglia Servizi Società, I quaderni dell'I.P.E.*, Napoli, 1991, p. 113.

[7] Cfr. M.R. MARELLA, *Il diritto delle relazioni familiari fra stratificazioni e 'resistenze'. Il lavoro domestico e la specialità del diritto di famiglia*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2010, 233 ss. L'a. utilizza il termine «*stratificazione*» per descrivere «quel fenomeno per il quale le relazioni familiari non

varietà delle realtà familiari, ad esempio il fenomeno delle famiglie multireligiose e *multiculturali*, conseguenza dei fenomeni migratori, volontari e involontari. In quanto relazione affettiva, per quanto precaria, tende ad assumere maggiore rilevanza il rapporto di convivenza, a prescindere dal matrimonio, e, con esso, il legame genitoriale, che si arricchisce di nuovi significati[9].

L'art. 8 ha svolto un ruolo determinante verso l'inclusione nella sua «sfera di garanzia» di ogni relazione sentimentale e sessuale, in quanto rientranti nel concetto di *rispetto della vita privata familiare*, ponendo l'attenzione sulla distinzione e autonomia tra i due concetti: «vita familiare» e «famiglia», in senso tradizionale di unione tra eterosessuali[10].

---

sono, o non sono più, regolate esclusivamente dal diritto di famiglia, ma conoscono un'incidenza importante del diritto comune, del diritto dei contratti e della responsabilità civile, soprattutto». L'a., in nt. 1, muove specifico riferimento a D. MESSINETTI, *Diritti della famiglia e identità della persona*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, 137 ss., rilevando che: «alle radici del nuovo diritto di famiglia è una trasformazione profonda del senso stesso delle relazioni familiari che Davide Messinetti riconduce al tramonto della centralità degli status e all'affermazione di istanze di tutela (e di autorealizzazione) dell'identità personale dei membri della famiglia all'interno della famiglia stessa». In questa prospettiva, v. pure R. MONTINARO, *Società multiculturali e diritto delle relazioni familiari: itinerari di una ricerca*, in G. CATALDI e ID. (a cura di), *Società multiculturali e diritto delle relazioni familiari*, Napoli, 2021, p. 267 ss., ma v. p. 282 ss.

[8] Per dirla con Z. BAUMAN, *Amore liquido. Sulla fragilità dei legami affettivi* (2006), Roma-Bari, 2018, p. 6 ss.

[9] In argomento, v.: P. PERLINGIERI, *Stagioni del diritto civile*, cit., p. 85 ss.; M. SESTA, *La famiglia tra funzione sociale e tutele individuali*, in F. MACARIO e M. MILETTI (a cura di), *La funzione sociale del diritto privato tra XX e XXI secolo*, Roma, 2017, p. 139 ss.; ID., *Ultima lezione del corso di diritto di famiglia*, in *Jus civile*, 2020, 3, p. 812 ss.; E. QUADRI, *Diritto privato*, cit., p. 475 ss. Anche il *Cinema* ce lo ricorda spesso, ci si riferisce al recente, bel film *Anatomia di una caduta* di Justine Triet, Palma d'Oro a *Cannes* 2023, sulla metamorfosi del rapporto di coppia. Nel caso della rappresentazione cinematografica, si tratta di una coppia con un figlio ipovedente. Nella direzione indicata nel testo, la Corte costituzionale (v. le note decisioni n. 138 del 2010 e n. 170 del 2014, in *giurcost*) e la Corte EDU (decisione del 21 luglio 2015) erano intervenute, onde ritenere contrario all'art. 8 CEDU il ritardato intervento del legislatore nel porre fine allo stato di incertezza nell'assicurare adeguata protezione alle coppie omosessuali. Intervento che si è, poi, realizzato con la legge Cirinnà, legge n. 76 del 2016, in materia di unioni e convivenze. Senza omettere di ricordare la decisione della Corte EDU del 24 giugno 2010, nel noto caso *Schalk e Kopf c. Austria*, che aveva già manifestato come non vi fossero ostacoli tra la Convenzione EDU e l'estensione dell'istituto matrimoniale alle coppie omosessuali, in considerazione dell'art. 12 della CEDU, che afferma il *diritto al matrimonio* e il *diritto di fondare una famiglia*, senza limitazioni o distinzioni di genere, ferma la discrezionalità di regolamentazione dello Stato membro. In argomento, cfr. V. BALDINI, *La concretizzazione dei diritti fondamentali*, cit., p. 160.

[10] Cfr. V. BALDINI, *op. cit.*, p. 161 e nt.76.

3. Sul concetto di *vita privata familiare*

Nell'art. 8 della CEDU e 7 della Carta europea, la tutela della «vita privata familiare» assume un significato proprio, a sé, in termini di protezione dell'intimità dei legami familiari, del gruppo familiare e dei suoi componenti[11].

Il concetto di «vita privata», *privacy* o riservatezza, si è notevolmente ampliato, arricchendosi di nuove virtualità, nella direzione dell'autodeterminazione, nel senso di impedire interferenze altrui, anche da parte dei pubblici, poteri nella propria sfera privata e familiare[12].

Una recente, significativa applicazione di questo fondamentale diritto umano è offerta da Cass. 3 aprile 2024, n. 8744[13], che ha ritenuto leso il diritto alla vita familiare in caso di situazioni troppo restrittive del diritto di visita e di frequentazione dei genitori verso i figli in caso di crisi coniugale, in quanto di pregiudizio al diritto alla *bigenitorialità*.

Pure la complessa problematica della maternità surrogata o gestazione per altri – si ricordi il noto caso *Mennesson* – è riconducibile alla violazione dell'art. 8 CEDU, in relazione all'interesse superiore del minore, pregiudicato nel suo diritto alla vita privata e familiare dalla situazione di incertezza circa il suo *status filiationis*[14].

4. Sul contesto di riferimento dei diritti umani. Brevi cenni

Non ci si può esimere da un cenno almeno al contesto generale dei diritti umani[15], nel quale s'inserisce il fondamentale diritto in questione, espressione di principi e

---

[11] Cfr. P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti*, III, *Situazioni soggettive*, 4ª ed., Napoli, 2020, pp. 108, 112 ss. e 347 ss. L'illustre Maestro propone: l'esempio dell'immagine, ritratto della famiglia (v. art. 10 c.c. e art. 97, comma 1, della *legge sul diritto d'autore*); il segreto epistolare della famiglia (art. 93 l.a.).

[12] Fondamentali, in argomento, le riflessioni di S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Roma-Bari, 2012, p. 397, per il quale: «nel diritto al rispetto della vita privata e familiare si manifesta soprattutto il momento individualistico, il potere si esaurisce sostanzialmente nell'escludere interferenze altrui (tutela statica, negativa)». In sostanza, nel «rivitalizzare» pure il diritto di proprietà, quyale strumento di tutela dell'intimità della vita privata e familiare, l'unica possibilità di protezione appare, in effetti, l'«isolamento» (ID., *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, 2ª ed., Milano, 2012, pp. 23, 103 e 113).

[13] In questa *Rivista*.

[14] Sia consentito, in proposito, rinviare a F. RINALDI, *Giustizia, famiglia ed eguaglianza: due madri, due padri ed il «figlio dell'uomo»*, in questa *Rivista*, 2020, 1, p. 1401 ss.

[15] Cfr. A. CASSESE, *I diritti umani oggi*, Roma-Bari, 2005, p. 3 ss.

diritti immutabili e inviolabili della persona, che costituiscono l'identità costituzionale o *Kulursystem*[16] di un Ordinamento, il *Menschenbild*, fondato sul principio personalista[17]. Non ci si può soffermare, per comprensibili ragioni di sintesi, sulla natura di tali diritti, sul contesto multiculturale o «multicomunitario»[18] delle fonti multilivello (nazionali, sovranazionali, internazionali) che li riguardano; né sulla varietà degli approcci interpretativi[19]. Ci si limita, pertanto, solo ad osservare che il diritto alla vita privata e familiare sconta, come accade, in generale, per i diritti umani, una nozione indeterminata e controversa, che si riverbera sulle difficoltà nel chiarire l'esatto contenuto e delimitazione di questo diritto, dando luogo spesso a equivoci e fraintendimenti e, in alcuni casi, a pericolose ipostatizzazioni, prodotte anche dall'eccessiva proliferazione di diritti umani fondamentali[20].

---

[16] «Non neutrale dal punto di vista dei valori», «nella prospettiva della più piena realizzazione dell'istanza personalista delineata in Costituzione» (così, in maniera particolarmente significativa, V. BALDINI, «*Che cosa è un diritto fondamentale». La classificazione dei diritti fondamentali: profili storico-teorico-positivi*, in questa *Rivista*, 2016, p. 1 ss., ma v. pp. 10 e 20). Osserva, inoltre, l'illustre a. la «relazione bifronte-antagonista e, nel contempo, pragmatico-funzionale» dei diritti fondamentali «con il potere pubblico».

[17] In relazione alla nostra Costituzione, non si può omettere il riferimento a: G. DOSSETTI, *La ricerca costituente 1945-1952*, a cura di A. Melloni, Bologna, 1994, p. 102 ss.; ID., *I valori della Costituzione*, Napoli, 2005, *passim*, con *Prefazione* di F.P. CASAVOLA; e a G. LA PIRA, *La casa comune. Una Costituzione per l'uomo*, a cura di U. De Siervo, Firenze, 1979, p. 152 ss.

[18] Cfr. Z. BAUMAN, *Voglia di comunità*, Roma-Bari, 2008, p. 105 ss., il quale, nel ricordare il pensiero di A. TOURAIN, *Faux et vrais problèmes*, in *une socieété fragmentée? Le multiculturalisme en débat*, Paris, 1997, osserva che il «multiculturalismo», quale «rispetto per la libertà di scelte culturali tra una varietà di offerte culturali», «chiede rispetto per il diritto degli individui a scegliere il proprio modo di vita e le proprie fedeltà». Il «multicomunitarismo», invece, «presume che la fedeltà degli individui sia qualcosa di scontato, determinata dalla realtà dell'appartenenza comunitaria e dunque da non includere nel negoziato». In argomento, v. pure AA.VV., in V. BALDINI (a cura di), *Multiculturalismo*, Padova, 2012.

[19] Non si nasconde la personale preferenza per l'autorevole impostazione, in generale, di Luigi Ferrajoli.

[20] Al riguardo, cfr. le interessanti riflessioni di V. FERRARI, *Diritto che cambia e diritto che svanisce*, in P. ROSSI (a cura di), *Fine del diritto?*, Bologna, 2009, p. 37 ss., ma v. p. 47 ss.: «il processo di moltiplicazione, specificazione e positivizzazione in forma di legge scritta dei diritti umani può essere visto come un ulteriore segno di resistenza del diritto nella società contemporanea. I diritti umani vengono teorizzati da molti come una sorta di norma di chiusura posta a limitare la sovranità di ogni legislatore e a garantire dal rischio di slittamento autoritario dei singoli sistemi giuridici, contro il risorgere del *Führerprinzip*, contro il capriccio o la tirannia delle maggioranze o delle minoranze governanti. E non vi è dubbio che questo sistema, entrato nella cultura comune, abbia esplicato effetti positivi: è grazie all'esistenza di un accordo universale sul principio democratico di maggioranza che il regime di *aparttheid* in Sudafrica non è

dirittifondamentali.it

In effetti, quando discorriamo di simili diritti, dovremmo chiederci, innanzitutto, «a cosa ci obbligano», quali «doveri», cioè, «ci impongono»[21]: il «dovere socializza il soggetto, lo pone necessariamente in contatto con gli altri, trasfigura l'individuo in persona»[22].

L'incerto statuto di simili diritti si rivela nell'uso incerto del linguaggio: diritti o principi fondamentali[23], diritti umani, costituzionali, inviolabili, sovranazionali, universali[24]. E, troppo spesso, all'«enfasi» delle parole «corrisponde la pochezza delle realizzazioni»[25].

5. Matrimonio e famiglia poligamica

Un'ipotesi emblematica, nel contesto delle riflessioni qui proposte, è quello della poligamia: matrimoni e famiglia poligamici. Com'è noto, tra i requisiti del matrimonio e impedimenti alla celebrazione[26], vi è la «mancanza di stato libero»[27], ovvero l'esistenza di un precedente vincolo matrimoniale, a conferma della scelta monogamica operata dal nostro Ordinamento. Si tratta di una invalidità insanabile[28].

dirittifondamentali.it

sopravvissuto. Ed è il vessillo della cultura giuridica in molti paesi, soprattutto in America latina»; tuttavia, prosegue l'a., «tutto ciò è vero e sarebbe difficile negarlo. Ma non si possono nemmeno ignorare i segni, neppure tanto sporadici, che indicano tendenze opposte a quella appena descritta e che sembrano preannunciare l'avvento di società nelle quali il diritto, come strumento istituzionalizzato e universale di controllo sociale, verrà, se non a scomparire, almeno a indebolirsi».

[21] Così, in maniera particolarmente significativa, S. WEIL, *La prima radice* (1943), trad. it., Milano, 1990, p. 13. La citazione è tratta da G. ZACCARIA, *Postdiritto. Nuove fonti, nuove categorie*, Bologna, 2022, p. 341 ss., ma v. p. 342 e nt. 6.

[22] Così, l'illustre storico, P. GROSSI, *L'*invenzione *del diritto*, cit., p. 14.

[23] Allorché si discorre di «principi», non può essere omesso il riferimento a P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti*, I, *Metodi e tecniche*, e II, *Fonti e interpretazione*, 4ª ed., Napoli, 2020, *passim*.

[24] Cfr. G. ZACCARIA, *Postdiritto*, cit., p. 341 ss.

[25] Così, S. RODOTÀ, *Repertorio di fine secolo*, Roma-Bari, 1999, p. 26.

[26] Cfr. artt. 84-89 c.c.

[27] Cfr. art. 86 c.c.

[28] Cfr. art. 117 c.c. e ss.

Il discorso andrebbe esteso al matrimonio putativo[29], senza omettere di considerare che tale requisito riguarda anche l'unione civile; ed inoltre, che la bigamia è un reato, un «delitto contro il matrimonio»[30].

Il nostro Ordinamento fonda, dunque, il matrimonio sul consenso e sull'esclusività dell'unione, quindi, monogamica.

Non mancano dissensi, ovvero aperture al «poliamore»[31], alla luce dei mutamenti, forse, meglio dire sconvolgimenti sociali, tanto da indurre alcuni a ritenere la famiglia un «fossile vivente», per quanto «necessario»[32].

La Corte EDU[33] aveva già avuto occasione di statuire che gli Stati non possono essere obbligati a riconoscere la poligamia, in considerazione dei propri valori e principi fondanti, che costituiscono lo «zoccolo duro» dei valori identitari dello Stato.

Insomma, il valore della monogamia non sembra poter essere messo da parte, anche là dove ciò possa comportare il sacrificio di altri interessi fondamentali.

Merita, dunque, la nostra attenzione e riflessione la questione se la relazione poligamica costituisca o meno una «forma di libera realizzazione della personalità degli individui»[34].

La risposta ad una simile questione non sembra poter prescindere da un'indagine sulla clausola generale dell'ordine pubblico interno e internazionale, onde poter accertare se l'apertura, nel caso concreto verso relazioni poligamiche, possa o meno

---

[29] Cfr. artt. 128, 129 e 129 *bis* c.c.

[30] Cfr. art. 556 c.p.

[31] In argomento, v. AAVV., in E. GRANDE e L. PES (a cura di), *Più cuori e una capanna*, Torino, 2018; U. MATTEI, *Il poliamore e i beni comuni. Primissime riflessioni*, in *Principi, regole, interpretazione, contratti e obbligazioni, famiglie e successioni*, *Scritti in onore di Giovanni Furgiuele*, II, Mantova, 2017, p. 105.

[32] Cfr. E. ROSSI, *Un fossile vivente (e necessario): la famiglia tra disciplina costituzionale e mutamenti sociali*, in *Rivista AIC*, 2022, 2, p. 53 ss.

[33] *Grand Chambre* 7 febbraio 2012, n. 4066/08.

[34] Cfr. R. MONTINARO, *Società multiculturali e diritto delle relazioni familiari: itinerari di una ricerca*, cit., p. 283; E. BILOTTI, *Principio monogamico, norma personalista e rilevanza di rapporti poligamici di fatto, ibidem*, in *Società multiculturali e diritto delle relazioni familiari*, cit., p. 131 ss.; G. PERLINGIERI, *In tema di rapporti familiari poligamici*, in *Dir. succ. fam.*, 2018, 3, p. 821 ss.; M. GRONDONA, *Il matrimonio poligamico*, in G. FERRANDO (a cura di), *Il nuovo diritto di famiglia*, I, Bologna, 2007, p. p. 495 ss.; A. NICOLUSSI, *Matrimonio, filiazione e unioni non coniugali: quale futuro per i rapporti etico-sociali*, in *Jus*, 2015, 2, p. 5 ss..

dar luogo a violazioni di principi fondamentali identitari dell'Ordinamento[35]. Concetto polisemico, questo dell'ordine pubblico[36], espressione dell'appartenenza ad una comunità, quella internazionale, intesa in «tutto ciò che trascende i limiti di

[35] Rivela una mutazione genetica del concetto di *ordine pubblico* la vicenda della maternità surrogata, nel contrasto tra concezioni interne e sovranazionali. Si ricordi Cass., sez. un., 8 maggio 2019, n. 12193, che accoglie una definizione molto ampia di *ordine pubblico internazionale*, a differenza della Sezione I (v. Cass., 30.9.2016, n. 19599); Corte Costituzionale (v. Corte cost., 10 marzo 2021, n. 33 e Corte cost., 23 febbraio 2022, n. 79); Corte E.D.U., 10 aprile 2019. Si manifestano diverse concezioni di ordine pubblico interno e internazionale: da concezioni *difensive*, che facevano «sostanzialmente coincidere le due nozioni» di *ordine pubblico interno* e *internazionale*, «orientata alla salvaguardia dell'identità e della coerenza interna dell'ordinamento, nonché alla difesa delle concezioni morali e politiche che ne costituivano il fondamento», estendendo la valutazione «ai principi informatori dei singoli istituti» desunti dalle «norme imperative che li disciplinano» e lasciando, così, «ben poco spazio all'efficacia di provvedimenti stranieri»; a concezioni *promozionali*, influenzate dal «diritto sovranazionale e dal recepimento dei principi delle convenzioni internazionali, per la quale le regole di ordine pubblico vanno individuate non soltanto nei principi costituzionali interni ed europei, ma anche nella normativa ordinaria, quale strumento di attuazione dei valori consacrati in Costituzione, e la conseguente necessità di tener conto, nell'individuazione dei principi di ordine pubblico, del modo in cui i predetti valori sono concretamente incarnati nella disciplina dei singoli istituti» (citando dalle sez. un. del 2019).

[36] La concezione dell'*ordine pubblico* è spesso rivolta alla *sicurezza sociale* e *giuridica*, in funzione di garanzia di «diritti civili e sociali». Si osserva, al riguardo, che l'*ordine pubblico* appartiene all'«area materiale di competenza esclusiva dello Stato», perché è in questione l'*identità costituzionale* dello Stato (così, V. BALDINI, *Emergenza sanitaria e Stato di prevenzione*, in questa *Rivista*, 1, 2020, p. 590 ss.), si consideri, ad esempio, il principio di *laicità* (v. S. PRISCO, *Laicità. Un percorso di riflessione*, Torino, 2009, p. 1 ss.; A. GUARINO, *Obiezione di coscienza e valori costituzionali*, Napoli, 1992, p. 3 ss.). L'assenza di riferimenti all'*ordine pubblico* in Costituzione e la diversa impostazione, in argomento, tra il *codice civile* e le *leggi di pubblica sicurezza*, rendono particolarmente arduo il compito dell'interprete, come osserva G. CORSO, voce *Ordine pubblico (dir. pubbl.)*, in *Enc. dir.*, XXX, Milano, 1980, p. 1057 ss.: «l'ordine pubblico di cui parla il codice civile segna un limite di efficacia agli atti giuridici di uno Stato estero (legge, sentenza, atto amministrativo) o alle manifestazioni di autonomia negoziale dei privati: opera cioè sul piano del possibile giuridico, precludendo la formazione e l'applicazione di nuovo diritto che si ponga in contrasto con esso. L'ordine pubblico previsto dalla legge di pubblica sicurezza incide invece sulla sfera del lecito giuridico: come limite ad una attività materiale (riunione, spettacolo) che non produce nuovo diritto, ma costituisce manifestazione di libertà». Sulla funzione e sul ruolo dell'*ordine pubblico* nel sistema del codice civile, fondamentali le riflessioni di G.B. FERRI, voce *Ordine pubblico (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XXX, Milano, 1980, p. 1038 ss., il quale pone l'attenzione sull'utilità delle discussioni in argomento, «nell'aver diradato le nebbie da cui il concetto era avvolto» (p. 1051); J. FARJAT, *L'ordre public économique*, Paris, 1963, p. 352 ss.; G. PANZA, *Buon costume e buona fede* (1973), rist., Napoli, 2013, p. 107 ss.; S. RODOTÀ, *Il tempo delle clausole generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1987, p. 728 ss.; L. MENGONI, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1986, p. 10 ss. La clausola generale dell'*ordine pubblico* è identificata, piuttosto che in «un princípio», nella composizione di «princípi e regole che ne sono espressione», quali, ad esempio, la *laicità*, da G. PERLINGIERI, in ID. e G. ZARRA, *Ordine pubblico interno e internazionale tra caso concreto e sistema ordinamentale*, Napoli, 2019, p. 29 ss., i quali indagano
diverse significative fattispecie: maternità surrogata, matrimoni tra omosessuali, *Kafàlah*, poligamia, danni punitivi, divieto di patti successori.

una determinata comunità statuale», per essere «società» o «comunità universale», comprendendo, quindi, «l'intero genere umano, prescindendo dal modo in cui è politicamente organizzato»[37].

Nell'indagine proposta è destinata ad assumere valore la clausola generale dell'ordine pubblico come limite all'esercizio del potere pubblico ed alla discrezionalità del giudicare[38]: due interpreti ed *esecutori* protagonisti delle regole dell'ordine pubblico sono, difatti, la *pubblica amministrazione*, esposta, con i privati, ad eventuali sanzioni; ed i *giudici*, chiamati ad interpretarle. Senza neppure omettere di considerare che, nel contesto in esame, le regole dell'*ordine pubblico* e del *buon costume* potrebbero, al contrario, risultare «ostacoli giuridici» al principio di eguaglianza[39].

Sarà, quindi, necessario ben comprendere come operi il principio di eguaglianza, inteso anche in termini di ragionevolezza, proporzionalità e meritevolezza degli interessi[40], in riferimento alla discriminazione delle «mogli altre», destinate a restare prive di riconoscimento e protezione. Ad esempio, è ritenuto discriminatorio il divieto, imposto agli Stati membri, di autorizzare il ricongiungimento familiare di coniugi ulteriori rispetto a quello che già convive e risiede con il coniuge in uno Stato membro[41].

Il principio monogamico sembra, dunque, assumere valore e portata di principio di ordine pubblico europeo[42], così da poter determinare il sacrificio di altri diritti

---

[37] Così, R. QUADRI, *Corso di diritto internazionale pubblico*, Napoli, 1966, p. 11 ss., che raccoglie le lezioni del Maestro tenute presso l'Accademia di diritto internazionale dell'Aja nel 1964, le cui riflessioni in materia di *ordine pubblico* restano fondamentali; Id., *Applicazione della legge in generale*, in Scialoja e Branca, Bologna, 1974, in materia di principio di legalità.

[38] Cfr. G.B. FERRI, voce *Ordine pubblico*, cit. p. 1040.

[39] Così, S. RODOTÀ, *Diritto d'amore*, cit., p. 12.

[40] In proposito, v. G. PERLINGIERI, *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile*, Napoli, 2016, p. 16 ss.

[41] Ci si riferisce all'art. 4, comma 4, della direttiva CE 22/9/2003/86. In argomento, v. R. SENIGAGLIA, *Il significato del diritto al ricongiungimento familiare nel rapporto tra ordinamenti di differente tradizione. I casi della poligamia e della kafala di diritto islamico*, in *Eur. dir. priv.*, 2014, p. 533 ss.

[42] Pare significativo ricordare il recente tentativo operato in Francia di assorbire il buon costume nell'ordine pubblico. In proposito, v. S. PAGLIANTINI, che così titola l'*Introduzione* alla ristampa della seconda edizione (1914) della *Teoria del negozio illecito nel diritto civile italiano* di Francesco Ferrara, Napoli, 2022: Lex perfecta*, trionfo dell'ordine pubblico e morte presunta del buon costume:*

fondamentali, quali il diritto all'unità familiare e il diritto al rispetto della vita familiare, di conseguenza, soccombenti.

Noti, in proposito, i contrasti in giurisprudenza sul concetto di ordine pubblico e, nel caso concreto, sulla possibilità o meno di scarificare l'interesse del minore a non essere separato dalla madre[43], in ragione del rischio di dare ingresso a vicende poligamiche.

6. Considerazioni conclusive

Come si ha avuto occasione di osservare anche in altre situazioni, ad esempio, nel caso della maternità surrogata e della c.d. «famiglia mafiosa»[44]: *best interest* del minore, dignità, laicità costituiscono «super principi», ma sempre da calare e verificare nelle singole vicende concrete, onde rifuggire da ragionamenti astratti, dogmatici e aprioristici, soprattutto quando si discute di ordine pubblico[45].

Anche nella «voglia» e nel bisogno di «comunità»[46], che altro non è se non bisogno di umanità, vale sempre quell'insegnamento che invita alla prudenza e a discorrere di libertà, ma «con ordine»[47].

La persona va tutelata e protetta, specialmente il minore, a prescindere dal modello, dal «figurino» familiare prescelto; va sempre ricercato il migliore interesse per il minore e per la persona in generale, nel caso specifico e concreto di conflitto tra interessi meritevoli quali identità culturale, libertà religiosa, interesse del

appunti per una ristampa della Teoria del negozio illecito nel diritto civile italiano, p. 9 ss. Non può omettersi, in argomento, il riferimento a P. FEMIA, *Buon costume e lotta di classe. Lotmar, Weber e la "Kadijustiz"*, in ID., *Princípi e clausole generali. Tre livelli di indistinzione*, Napoli, 2021.

[43] Ammette la possibilità di sacrificare questo interesse del minore, Cass., 28 febbraio 2013, n. 4983; diversamente da Trib. Bologna, ord., 12 marzo 2003, entrambe in *Dejure online*.

[44] Sia consentito rinviare a F. RINALDI, *Giustizia, famiglia ed eguaglianza: due madri, due padri ed il «figlio dell'uomo»*, cit., p. 1401 ss.; ID., *«Famiglia mafiosa» e decadenza dalla responsabilità genitoriale, tra diritti di unità e di autonomia della famiglia e diritti di personalità del minore: percorsi rieducativi e non sanzionatori nella relazione familiare*, in questa *Rivista*, 2, 2019, p. 1 ss.

[45] Cfr. G. PERLINGIERI, in ID. e G. ZARRA, *Ordine pubblico interno e internazionale tra caso concreto e sistema ordinamentale*, cit., p. 116 ss.; G. PERLINGIERI, *In tema di rapporti familiari poligamici*, cit., p. 847 ss.

[46] Con le parole di Z. BAUMAN, *Voglia di comunità*, cit., v. p. 87 ss.

[47] Cfr., in proposito, G. PERLINGIERI, *In tema di rapporti familiari poligamici*, cit., *passim*.

minore e della persona: i diritti individuali fondamentali, dello *status personae*, prevalgono sui diritti delle comunità e dei gruppi.

Nel fenomeno multiculturale delle «famiglie», i diritti appaiono indivisibili e rendono, dunque, necessario un approccio unitario e non di separazione.

Si ricordi il triste caso di Saman Abbas, uccisa dal padre e dagli zii per aver rifiutato il matrimonio combinato[48]; e lo straordinario «romanzo» di Thrity Umrigan, *Il canto dei cuori ribelli*, su Meena Mustafa, indù, che fa causa ai fratelli per averle ucciso il marito, solo perché era musulmano, peraltro nel tentativo di uccidere anche la sorella provocandole terribili sfregi: la storia di Meena non avrà un lieto fine e lascerà sola la piccola figlia Abru, che significa «onore».

Il rischio di ipostatizzazioni in materia è, soprattutto nel caso dei minori, ma in generale in presenza di soggetti vulnerabili, quello di renderli vittime due volte.

dirittifondamentali.it

[48] Cfr. Cass., pen., 4 agosto 2021, n. 30538, in *DeJure online*.

dirittifondamentali.it

Dirittifondamentali.it - Fascicolo 1/2025
Data di pubblicazione – 25 gennaio 2025

Note minime sul diritto dei detenuti ad un trattamento rispettoso del senso di umanità*

di
Antonio Ruggeri**

Misericordia non tollit iustitiam,
*sed est quaedam iustitiae plenitudo****

Sommario: 1. Divieto di violenza fisica e morale, senso di umanità delle pene, rieducazione del condannato: tre concetti costituzionali dalla formidabile vocazione espansiva, come tali portati a sovrapporsi, seppur parzialmente, tra di loro. – 2. Pena di morte ed ergastolo quali sanzioni frontalmente confliggenti con l'idea di persona risultante dalla Carta e l'opera di pulizia costituzionale messa in atto dalla giurisprudenza, in modi tuttavia tali da pregiudicare talora il principio della separazione dei poteri e, già solo per ciò, da riflettersi negativamente sugli stessi diritti fondamentali in nome dei quali pure l'opera in parola è posta in essere. – 3. La condizione reale (e, per più aspetti, ad oggi degradata) in cui versano i detenuti, la micidiale questione teorico-pratica relativa alle alternative che possono aversi rispetto al carcere, i diritti e doveri gravanti sia sui pubblici poteri che sulle stesse persone condannate e riportabili alle indicazioni risultanti dalla Carta costituzionale.

1. Divieto di violenza fisica e morale, senso di umanità delle pene, rieducazione del condannato: tre concetti costituzionali dalla formidabile vocazione espansiva, come tali portati a sovrapporsi, seppur parzialmente, tra di loro

Nella sua lucida relazione al nostro incontro di oggi, M. Ruotolo, studioso che – come si sa – mostra costante e sensibile attenzione per la condizione dei detenuti, ha opportunamente rilevato che il carcere appare essere "luogo emblematico di

* Testo rielaborato di un intervento all'incontro su *Carcere e diritti alla prova dell'effettività*, Messina 10 ottobre 2024. Lo scritto è aggiornato al 20 gennaio 2025.
** Professore Emerito di Diritto costituzionale – Università di Messina
*** S. Tommaso d'Aquino, *Summa theologiae*, I, q. 21, a. 3, ad 2.

Contributo non sottoposto a referaggio per chiara fama dell'Autore

rappresentazione delle diseguaglianze"[1]; dal suo canto, A. Pugiotto, cui pure si devono numerosi contributi di primo piano al riguardo, ha messo in chiaro che "la pena inumana è – *ope constitutionis* – una 'non pena' e perde perciò la sua liceità"[2]. Come stabilire, però, quando si sia in presenza di un trattamento conforme al parametro costituzionale e quando, invece, esso si porti oltre la soglia dallo stesso fissata o, peggio, si dimostri essere con esso frontalmente contrastante è cosa assai impegnativa sul piano teorico e, più ancora, di disagevole pratico riscontro.

Non può, a mia opinione, negarsi la preoccupazione fortemente avvertita dai redattori della Carta per chi è ristretto nella propria libertà personale, testimoniata a tacer d'altro dalla pluralità dei divieti posti ai pubblici poteri, in termini peraltro assai ampi, sì da potersi distendere su un'area materiale nella quale gli stessi fatalmente, seppur parzialmente, si sovrappongono e, perciò, in una qualche misura, reciprocamente si confondono.

Si pensi, per un verso, al divieto di qualsiasi forma di violenza fisica e morale nei riguardi delle persone sottoposte a limitazione della libertà personale[3] e, per un altro verso, alla connotazione strutturale delle pene, bisognose di conformarsi al senso di umanità e di orientarsi al fine della rieducazione del condannato. È chiaro, infatti, che, laddove si facesse violenza, sotto qualsiasi forma, su quest'ultimo, già per ciò gli sarebbe riservato un trattamento disumano, come tale pertanto inidoneo a centrare l'obiettivo della rieducazione in parola[4]. Può dirsi anche l'inverso; e tutto ciò che non rispecchia i caratteri delle pene, quali indicati nell'art. 27, III c., Cost., è, in sé e per sé, una violenza, di sicuro morale ed a volte persino fisica, essa pure dunque deviante dal solco tracciato nell'art. 13, IV c. Fonte di violenza morale è,

[1] *Tra forma e realtà. Diritti e pre-giudizi penitenziari*, in *paper*, § 2. Conferma delle diseguaglianze in parola si ha, ad es., dalla diversa condizione in cui versano i detenuti in attesa di giudizio rispetto a quelli la cui reità sia stata acclarata, alla diversa ampiezza, a volte considerevole, degli spazi di reclusione che si hanno tra un carcere ed un altro, secondo quanto si avrà modo di precisare meglio a breve, e via discorrendo.

[2] *Il volto costituzionale della pena (e i suoi sfregi)*, in AA.VV., *IL senso della pena. Ad un anno dalla sentenza Torreggiani della Corte EDU*, a cura di M. Ruotolo, Editoriale Scientifica, Napoli 2014, 53.

[3] In tema, ora, N. ZANON, *Violenza ai danni delle persone private della libertà: i lavori preparatori dell'art. 13, comma 4, della Costituzione*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 3/2024, 901 ss.

[4] Una questione, questa, che – come giustamente rammenta una sensibile dottrina (M. D'AMICO, *sub* art. 27, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di R. Bifulco - A. Celotto - M. Olivetti, Utet, Torino 2006, 574 s.) – assume una coloritura particolarmente intensa per i minori.

poi, a mia opinione, anche l'abnorme durata dei processi, a giudizio di un'autorevole dottrina essa stessa una pena[5]: doppia per coloro che attendono il verdetto in stato di privazione della libertà personale, tripla per chi sa di essere innocente e teme il sempre incombente errore giudiziario.

La sovrapposizione suddetta trae, poi, alimento da talune indicazioni venute da accreditati studiosi ed avvalorate dalla giurisprudenza che si volgono alla dilatazione della *vis* espressiva di ciascuno dei divieti in parola e di tutti assieme. Si pensi, ad es., alla tesi secondo cui, se è vero che la rieducazione del condannato si coglie ed apprezza specificamente in sede di esecuzione della pena, è però parimenti vero che le sanzioni predisposte dal legislatore devono mirare ad un'esecuzione "personalizzata e, comunque, non desocializzante"[6]; ed è perciò che la prima opera di rieducazione comincia già al piano dell'astratta definizione normativa della pena, che dev'essere congruamente calibrata in ragione delle singole fattispecie di reato[7], per poi svolgersi al momento della sua applicazione in giudizio e, quindi, perfezionarsi in sede di esecuzione. Il fermo orientamento della pena alla finalità rieducativa – si argomenta in Corte cost. n. 313 del 1990 – impegna, insomma, tutti: legislatore, giudici, autorità carcerarie; e ciò vale – si badi

[5] È da augurarsi che, anche grazie alle risorse apprestate dalla scienza e dalla tecnologia, quest'annoso problema possa avere, perlomeno in alcuni casi, finalmente soluzione [in tema, G. DI PAOLO, *"Riforma Cartabia" e digitalizzazione del processo penale. Verso una non più rinviabile opera di ammodernamento della giustizia penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1/2022, 87 ss., e, più di recente, F. BAILO, *L'irragionevole durata del processo e gli strumenti legislativi per porvi rimedio: dall'implementazione del capitale umano alla digitalizzazione della giustizia*, in *Federalismi* (www.federalismi.it), 27/2024, 6 novembre 2024, 1 ss.].

[6] G. FIANDACA, *sub* art. 27, III c., in *Commentario della Costituzione*, Zanichelli - Il Foro italiano, Bologna - Roma 1991, 275; cfr. S. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore. Funzione della pena e sistematica teleologica*, ESI, Napoli 1992, e, più di recente, S. TALINI, *Pena e risocializzazione*, in AA.VV., *La Costituzione aperta a tutti*[4], a cura di M. Ruotolo e S. Talini, Roma Tre Press, Roma 2022, 275, laddove è opportunamente rimarcato che "rivolgendo il finalismo rieducativo al 'condannato' (come singolo) e non ai 'condannati' (come popolazione detenuta), i Costituenti hanno imposto la garanzia di un trattamento rieducativo modellato sulle attitudini e sulle peculiarità di ciascun ristretto".

[7] Si faccia caso al fatto che rispettosi del canone della ragionevolezza devono essere non soltanto le previsioni relative al minimo ed al massimo della sanzione penale ma anche l'ampiezza del campo da essi delimitato che, laddove eccessiva, si traduce in una parimenti eccessiva concessione di discrezionalità valutativa in capo al giudice. Sulla proporzionalità della pena, per tutti, v. G. RUGGIERO, *La proporzionalità nel diritto penale. Natura e attuazione*, Editoriale Scientifica, Napoli 2018, e F. VIGANÒ, *La proporzionalità della pena. Profili di diritto penale e costituzionale*, Giappichelli, Torino 2021.

– quale che sia il crimine commesso[8], anzi forse più ancora proprio per quelli maggiormente efferati. Allo stesso tempo, su tutti grava l'impegno di rendere testimonianza di quel senso di umanità che, per vero, dovrebbe animare ogni forma di relazione interpersonale ma che ha, non a caso, il terreno elettivo in cui è sollecitato a manifestarsi in forma eminente laddove maturano le vicende di vita di coloro che si rendono responsabili di fatti penalmente rilevanti.

Può dirsi, dunque, assodato che il principio umanitario o di umanizzazione della pena – se così lo si vuol chiamare[9] – si distenda naturalmente, seppur parzialmente, sull'area coperta dal fine rieducativo e, allo stesso tempo, implicitamente su quella cui fa riferimento il IV comma dell'art. 13; e, forse, proprio per ciò, con una opportuna inversione dell'ordine stabilito dall'Assemblea Costituente, in sede di coordinamento finale è stato messo in testa al disposto costituzionale[10].

Non è di qui – sia chiaro – porre mano al tentativo di far luogo ad una delimitazione netta dei confini tra le aree in parola, ciò che temo essere impossibile e francamente neppure mi auspico. Mi preme solo evidenziare come proprio dall'intreccio tra le previsioni costituzionali si tragga conferma della preoccupata e sensibile attenzione dimostrata dall'Assemblea Costituente per la sorte dei detenuti: persone, dunque, giudicate particolarmente vulnerabili[11], a motivo della

---

[8] Lo sottolinea opportunamente A. PUGIOTTO, *Il volto costituzionale della pena (e i suoi sfregi)*, cit., 20.

[9] … con M. RUOTOLO, *Il principio di umanizzazione della pena e i diritti dei detenuti nella Costituzione italiana*, in *Dir. e soc.*, 2005, 51 ss. e, dello stesso, tra gli altri suoi scritti, di recente, *Per una cultura costituzionale della pena*, Editoriale, in *Federalismi* (www.federalismi.it), 24/2023, 4 ottobre 2023, IV ss. In tema non si può qui non fare richiamo almeno di M. DONINI, *Pena agìta e pena subìta*, in *Quest. giust.* (www.questionegiustizia.it), 29 ottobre 2020.

[10] Il punto è stato molte volte toccato dai commentatori (per tutti, in aggiunta a M. D'AMICO, nello scritto sopra cit., 572, v. A. MANNA, *Sulla illegittimità delle pene accessorie fisse. L'art. 2641 del codice civile*, in *Giur. cost.*, 1980, 921 s.).

[11] Sul concetto, internamente articolato e composito, di vulnerabilità, fatto oggetto *ab antiquo* di studio da plurimi angoli visuali e con parimenti plurimi esiti teorico-ricostruttivi, dopo P. SCARLATTI, *I diritti delle persone vulnerabili*, Editoriale Scientifica, Napoli 2022, e, dello stesso, *Soggetti deboli, Costituzione ed istanze della vulnerabilità*, in *Riv. Gruppo di Pisa* (www.gruppodipisa.it), 1/2023, 30 aprile 2023, 266 ss., v., almeno, i contributi che sono in *Biolaw Journal* (www.teseo.unitn.it/biolaw), Special issue, 1S/2024, a cura di M. Tomasi, L. Busatta, M. Fasan, C. Nardocci, S. Penasa, S. Pulmicelli, 13 dicembre 2024. Con specifico riguardo alla condizione dei disabili, da ultimo e per tutti, C. SAGONE, *La tutela delle persone con disabilità in evoluzione negli ordinamenti italiano e spagnolo*, in *Consulta OnLine* (www.giurcost.org), 1/2025, 13 gennaio 2025, 1 ss.

condizione in cui versano[12], e bisognose di essere accuratamente assistite da parte della collettività durante il loro sofferto percorso di espiazione della pena e di rieducazione, in vista del ritorno alla vita libera in società[13]. Dalla collettività stessa esse, infatti, si attendono prestazioni, a volte per vero non poco gravose, di solidarietà sotto plurime forme e con gradi parimenti plurimi d'intensità[14], idonee a manifestarsi non soltanto nel tempo della reclusione ma anche una volta cessata la

[12] Dei detenuti e di coloro che in genere sono privati della libertà personale come persone vulnerabili tratta, ora, A. LORENZETTI, *Il sistema delle fonti nel settore penitenziario. Una prospettiva di diritto costituzionale*, Editoriale Scientifica, Napoli 2024, 15. Ha fatto, non molto tempo addietro, il punto sul loro *status* riguardandolo dall'angolo visuale, come sempre particolarmente illuminante, della giurisprudenza costituzionale A. BONOMI, Status *del detenuto e ordinamento costituzionale. Le tecniche di bilanciamento nella giurisprudenza del giudice delle leggi*, Cacucci, Bari 2018. Con specifico riguardo alla condizione delle persone che si trovano nelle REMS, indicazioni possono aversi da O. DI CAPUA, *La vulnerabilità nel sistema delle REMS: la Corte alla ricerca di nuove strade per garantire la massima effettività dei diritti fondamentali. Note a margine della sentenza n. 22 del 2022 della Corte costituzionale*, in *Oss. cost.* (www.osservatorioaic.it), 3/2022, 7 giugno 2022, 294 ss.

[13] È questo, infatti, il fine ultimo cui tende la somministrazione della pena, secondo quanto si dirà meglio a momenti trattando della pena di morte e dell'ergastolo: concorrere, cioè, fattivamente a fare del reo un uomo nuovo, in modo che nessuna persona possa considerarsi in partenza irrimediabilmente perduta. Com'è stato efficacemente rilevato da un'accreditata dottrina (V. ONIDA, *Prefazione* a M. RUOTOLO, *Dignità e carcere*[2], Editoriale Scientifica, Napoli 2014, XIV), "il risultato della risocializzazione non è mai garantito ma non è mai 'impossibile'".

[14] Non a caso, d'altronde, il dovere in parola ha attratto, specie nel tempo a noi più vicino, l'attenzione di una nutrita schiera di studiosi: riferimenti in T. GUARNIER, *La solidarietà intergenerazionale nella prospettiva costituzionale. Prime riflessioni su alcuni nodi da sciogliere*, in *Riv. Gruppo di Pisa* (www.gruppodipisa.it), 3/2022, 26 settembre 2022, 1 ss.; G. COMAZZETTO, *La solidarietà necessaria. Metamorfosi di un principio nell'orizzonte costituzionale europeo*, Jovene, Napoli 2023; F. LUCHERINI, *La solidarietà come fondamento relazionale dei diritti sociali. L'esperienza italiana in prospettiva comparata*, in *Quad. cost.*, 4/2023, 943 ss.; L. DELLI PRISCOLI, *I doveri di solidarietà*, in AA.VV., *La Costituzione vivente*, a cura dello stesso L. Delli Priscoli, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano 2023, 79 ss.; C. SALAZAR, *Sui diritti sociali e il principio di solidarietà*, in *Riv. AIC* (www.rivistaaic.it), 1/2024, 14 marzo 2024, 188 ss., e A. RIVIEZZO, *Di norma solidale. Costituzione e progetto sociale nell'acquis della solidarietà*, FrancoAngeli, Milano 2024. Inoltre, i contributi che sono nel fasc. monografico dedicato al tema *I percorsi della solidarietà nello stato costituzionale: nuovi attori e problemi, tra Costituzione e politiche europee*, a cura di A. Buratti, in *Dir. comp.* (www.diritticomparati.it), *Special Issue* V (2024), nonché, con specifico riguardo alla dimensione sovranazionale, P. MENGOZZI, *L'idea di solidarietà nel diritto dell'Unione europea*, Bologna University Press, Bologna 2022; C. MASSAROTTI, *Il principio di solidarietà nel diritto dell'Unione europea*, in *Astrid* (www.astrid-online.it), 6/2024, 22 aprile 2024, e A. PISAPIA, *The Solidarity Principle as a Founding Principle in the EU Health Policies*, in *Federalismi* (www.federalismi.it), 15/2024, 26 giugno 2024, 113 ss. Numerosi contributi possono poi vedersi negli Atti del Convegno e della *Call for paper* su *In dialogo con Serio Galeotti a cento anni dalla nascita: dei grandi temi del diritto costituzionale*, Bergamo 15 dicembre 2022, a cura di B. Pezzini, Giappichelli, Torino 2024.

stessa[15]. E, invero, non si trascuri la circostanza per cui molte volte "lo stigma del reato" – come, ancora una volta, opportunamente ci rammenta M. Ruotolo[16] – "segue la persona anche dopo l'espiazione della pena". D'altro canto, il processo rieducativo del condannato potrebbe essere pesantemente segnato da esperienze degradanti patite durante lo stato detentivo[17] ovvero a seguito dello stesso. Non può, insomma, escludersi che un reo pentitosi del misfatto compiuto riceva in carcere un complessivo trattamento deviante dal fine della sua rieducazione che dunque, anziché esserne agevolata, ne risulti in considerevole misura ostacolata[18].

Certo si è, ad ogni buon conto, che, al di fuori di talune pratiche *ictu oculi* distorsive e non ispirate al senso di umanità prescritto dalla Carta, stabilire in cosa esso esattamente si concreti e come possa essere messo opportunamente a fuoco appare cosa obiettivamente ardua ed impegnativa. D'altronde, è ciò che accade ogni qual volta si ragioni su fatti di sentimento *quodammodo* razionalizzati da norme giuridiche[19], venendosi pertanto a riproporre il cruciale interrogativo se (e fino a che punto) gli stessi siano davvero prescrivibili.

---

[15] Ancora oggi si pensa troppo poco al *dopo*; eppure, all'uscita dal carcere si corrono rischi non inferiori a quelli che si hanno durante la reclusione, ai quali specie le persone maggiormente vulnerabili vanno sovente incontro. Credo che anche gli studiosi (e non solo gli operatori) debbano produrre uno sforzo ulteriore d'indagine al fine di cogliere e portare a frutto le indicazioni desumibili dalla Carta che maggiormente si prestano a venire in soccorso di queste persone. Dev'essere, nondimeno, chiaro che l'accoglienza da parte del corpo sociale al proprio interno di chi ha espiato una pena, specie se particolarmente onerosa, più ancora di soluzioni materiali, richiede un'opera di educazione culturale che in gran parte è ancora da venire e, verosimilmente, comporterà tempi lunghi prima di giungere a compiuta maturazione.

[16] … nella sua relaz. al nostro incontro, dietro già richiamata, § 2.

[17] Adopero qui il termine con cui sono qualificate le esperienze in parola in larga accezione, comprendendovi anche i trattamenti disumani e persino, laddove dovessero aversi, le stesse violenze idonee a concretarsi in pratiche di vera e propria tortura, diversamente da ciò che a giudizio di una sensibile dottrina si avrebbe alla luce del disposto dell'art. 3 CEDU che evoca uno scenario di "progressiva lesività e disvalore" delle pratiche stesse (il riferimento testuale è tratto da F. POLACCHINI, *Libertà personale e diritti dei detenuti nella dimensione dell'art. 3 Cedu*, in AA.VV., Habeas corpus. *La tutela multilivello della libertà personale*, a cura di L. Mezzetti e S. Romano, Pacini, Pisa 2023, 283; della stessa, v., inoltre, *Il divieto di tortura e di pene e trattamenti inumani e degradanti*, in AA.VV., *Diritti umani*, a cura di L. Mezzetti e C. Drigo, Pacini, Pisa 2021, 59 ss.).

[18] Un crudo raffronto tra modello ed esperienza può vedersi in AA.VV., *La rieducazione oggi. Dal dettato costituzionale alla realtà del sistema penale*, a cura di A. Menghini ed E. Mattevi, Università di Trento, Trento 2022.

[19] Sul loro rilievo per la teoria e la pratica del diritto, v., per tutti, la magistrale riflessione di A. FALZEA, *Fatto di sentimento*, in *Enc. dir.*, *ad vocem*, ora in ID., *Voci di teoria generale del diritto.*

Se ci si pensa, si tratta qui di raggiungere la classica quadratura del cerchio. Come faceva lucidamente notare alla Costituente G. Leone, cui – come si sa – si deve la paternità del richiamo al senso di umanità, "la pena, se obbedisce a criteri di giustizia, deve anche obbedire a criteri di carità, di fraternità"[20]. Ancora un fermo richiamo – come si vede – a fatti di sentimento: il senso di umanità, forse, tutti li comprende e nessuno ne resta, dunque, in partenza escluso. Dare appagamento alla giustizia e, a un tempo, mostrare vicinanza e autentica fraternità[21] è, infatti, la grande scommessa fatta dal Costituente con il riferimento al senso in parola[22]. E, però, occorre avere avvertenza del fatto che la giustizia si realizza ed appaga a pieno solo dando voce alla umanità della pena.

2. Pena di morte ed ergastolo quali sanzioni frontalmente confliggenti con l'idea di persona risultante dalla Carta e l'opera di pulizia costituzionale messa in atto dalla giurisprudenza, in modi tuttavia tali da pregiudicare talora il principio della separazione dei poteri e, già solo per ciò, da riflettersi negativamente sugli stessi diritti fondamentali in nome dei quali pure l'opera in parola è posta in essere

La pur parziale sovrapposizione *quoad substantiam* delle previsioni costituzionali riguardanti il trattamento (nella sua più larga accezione) riservato alle persone

Prolegomeni ad una dottrina del diritto, Giuffrè, Milano 1985, 539 ss. Acuti rilievi da una inusuale prospettiva possono, inoltre, vedersi in L. TRUCCO, *Natura e sentimento nel diritto*, Mimesis, Milano 2024. Con specifico riguardo all'onore, di recente, M. GIAMPIERETTI, *Il principio costituzionale dell'onore (art. 54, comma 2, Cost.) e la sua efficacia prescrittiva*, in *Quad. cost.*, 2/2024, 335 ss.

[20] Sed. plenaria del 27 marzo 1947.

[21] Sulla varietà e densità di espressioni di quest'ultima mi limito qui a fare richiamo agli studi di F. PIZZOLATO, tra i quali v. almeno *Il principio costituzionale di fraternità. Itinerario di ricerca a partire dalla Costituzione italiana*, Città Nuova, Roma 2012; in prospettiva comparatistica, v., poi, AA.VV., *The Role of Fraternity in Law. A comparative Legal Approach*, a cura di A. Cosseddu, Routledge - Giappichelli, Torino 2021, nonché, da un punto di vista politologico, ad AA.VV., *Il principio dimenticato. La fraternità nella riflessione politologica contemporanea*, a cura di A.M. Baggio, Città Nuova, Roma 2007.

[22] L'intento di coniugare armonicamente giustizia e misericordia è a base anche dello studio di recente portato a termine da A. LAMBERTI, *Giustizia e misericordia: una sfida per il diritto costituzionale nel prisma della dignità della persona*, in *Nomos* (www.nomos-leattualitaneldiritto.it), 1/2023, 1 ss.

sottoposte a privazione della libertà personale, ancora prima che ne sia accertata la colpevolezza e quindi per effetto della privazione stessa conseguente all'accertamento di questa, avvalora la tesi, accreditata in dottrina come pure in giurisprudenza, secondo cui umanità e rieducazione s'inscrivono in un "contesto unitario" – come ha opportunamente rilevato Corte cost. n. 179 del 1973[23] – "non dissociabile in una prima e una seconda parte"[24].

Il vero è che le attività dei pubblici poteri evocate dal disposto costituzionale in esame, lungo tutto l'arco temporale in cui prendono forma ed hanno svolgimento – dalla definizione legislativa delle pene alla loro materiale esecuzione – sono sollecitate dalla Carta a darsi mutuo sostegno ed alimento; perlomeno, così, a mia opinione, è (o, meglio, *dovrebbe* essere).

Ebbene, pur riconoscendosi i significativi passi in avanti fattisi per "umanizzare" le pene, secondo quanto si dirà meglio a momenti con alcuni esempi, è fuor di dubbio che la condizione complessiva dei condannati non possa sotto più aspetti qualificarsi come dignitosa, a conferma del fatto che il trattamento da essi ricevuto non appare essere rispettoso del senso di umanità e, per ciò stesso, idoneo a tendere al fine della rieducazione del reo[25].

Per fortuna, l'esempio più macroscopico della contraddizione di fondo esistente nello stesso impianto costituzionale appartiene ormai al passato; ed è – com'è chiaro – quello relativo al mantenimento della pena di morte, consentita secondo l'originario dettato nei casi previsti dalle leggi militari di guerra. Non può, nondimeno, al riguardo tacersi come se ne avesse la consapevolezza, pur con non

---

[23] … ma v., già, la sent. n. 12 del 1966, cui è fatto ora richiamo, tra gli altri, nello scritto di A. LAMBERTI, sopra cit., 29.

[24] Ma v. anche Corte cost. n. 279 del 2013, con nota di C. NARDOCCI, *Il principio rieducativo della pena e la dignità del detenuto: prime risposte tra Corte costituzionale e Corte europea dei diritti dell'uomo. Riflessioni a margine di Corte cost. n. 279 del 2013*, in *Riv. AIC* (www.rivistaaic.it), 1/2014, 21 marzo 2014, 1 ss., ed altre decisioni ancora.

[25] Di particolare interesse al riguardo le proposte affacciate dalla Commissione Ruotolo, in merito alle quali v., tra gli altri, F. SIRACUSANO, *Verso un carcere più umano e solidale: brevi riflessioni a margine delle proposte della Commissione Ruotolo*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2/2022, 849 ss., che, nondimeno, sono ancora tutte da attendere alla prova dei fatti, una prova di assai arduo riscontro sol che si pensi alle diffuse e gravi storture al riguardo esibite dall'esperienza.

rimosse oscillazioni, già in seno alla Costituente[26]. Alla contraddizione suddetta si è, ad ogni buon conto, posto – come si sa – finalmente rimedio con la legge cost. n. 1 del 2007 che ha cancellato dalla lavagna costituzionale il pur eccezionale mantenimento della pena capitale; e non è senza significato il fatto che quest'autentico obbrobrio giuridico sia stato spazzato via senza alcun rimpianto solo in tempi a noi vicini[27]. D'altronde, che fosse una nota stonata in seno allo spartito costituzionale è fuor di dubbio, trattandosi di una previsione che faceva a pugni con l'idea di persona umana quale base portante dell'edificio eretto dalla Carta repubblicana e cuore pulsante di quest'ultima[28].

L'operazione di pulizia costituzionale è, tuttavia, rimasta incompiuta. Si è, infatti, sciupata l'opportunità al tempo offerta di aggiungere un ulteriore disposto volto a sancire il divieto dell'ergastolo senza *se* e senza *ma*: una sanzione, questa, che – come è stato messo in chiaro dalla più avvertita dottrina –, pur non essendo una pena *di* morte, è una pena *fino alla* morte e, proprio per ciò, non meno crudele e

[26] Se, infatti, per un verso, lo stesso G. Leone, cui – come si diceva – si deve il riferimento al senso di umanità iscritto nella Carta, non escludeva che la pena di morte potesse essere prevista in casi eccezionali, per un altro verso P. Mastino faceva notare come, in caso di errore giudiziario, una volta eseguita la pena, "qualunque pretesa riparazione dell'errore sarebbe un'ironia raccapricciante", aggiungendo significativamente come l'umanità della pena debba aversi "per noi stessi, per la dignità del nostro consorzio civile" (sed. plen. del 27 marzo 1947). All'errore giudiziario si rifacevano anche altri membri della Costituente, come Della Seta, nella sed. del 28 marzo 1947. Si coglie – come si vede – in siffatto orientamento il legame inscindibile che intercorre tra il carattere umanitario delle pene, nella larga accezione sopra accennata, e la dignità della persona che, in nessun caso o modo, può risultare compressa. E, invero, come si è tentato di mostrare in altri luoghi, la dignità al pari della vita (e, forse, più ancora di questa) o c'è o non c'è, non potendo soggiacere ad alcun limite.

[27] Merita di essere rammentato che la CEDU, nella sua originaria dizione, ammetteva la pena capitale, risultando per questo verso meno avanzata rispetto alla legge n. 589 del 1994 che, già prima della cancellazione della pena stessa dalla lavagna costituzionale ad opera della legge cost. n. 1 del 2007, ne aveva escluso la messa in atto. Una vicenda, questa, che giova tenere a mente, rendendo testimonianza di come le discipline nazionali anche di rango comune possano offrire alla persona una tutela ancora maggiore di quella prevista dalla Convenzione. Grazie, poi, al prot. 6 relativo a quest'ultima, la giurisprudenza europea ha quindi mutato orientamento escludendo categoricamente la pena suddetta per il tempo di pace (sul punto, per tutti, P. COSTANZO, *Il riconoscimento e la tutela dei diritti fondamentali*, in P. COSTANZO - L. MEZZETTI - A. RUGGERI, *Lineamenti di diritto costituzionale dell'Unione europea*[6], Giappichelli, Torino 2022, 435).

[28] Non si trascuri, tuttavia, la circostanza per cui anche Paesi di tradizioni liberal-democratiche, come gli Stati Uniti d'America, la conoscono; ed è triste dover constatare come, sospese le esecuzioni capitali dal presidente Biden già da alcuni anni, uno dei primi provvedimenti del nuovo Presidente Trump è stato proprio quello relativo al loro ripristino.

disumana della prima[29], potendosi peraltro persino tradursi in una pena *per* morte[30].

Ora, una volta acclarato che l'ergastolo è contrario al senso di umanità, dal momento che quest'ultimo fa – come si diceva – tutt'uno con la finalità rieducativa della pena, se ne ha che l'ergastolo stesso, più ancora che *incostituzionale*, è da qualificare come *anticostituzionale*[31]. È pur vero che la Consulta[32] lo ha ritenuto

---

[29] Di una "morte in vita" se ne diceva già alla Costituente da parte di Nobile, nel corso della seduta plenaria del 27 marzo 1947. Nei medesimi termini di cui al testo si esprimeva A. Moro, al cui pensiero si è, ancora una volta, di recente richiamato M. RUOTOLO, nella *Prefazione* alla riedizione di E. PERUCATTI, *Perché la pena dell'ergastolo deve essere attenuata*, Editoriale Scientifica, Napoli 2021, VII s. In un non dissimile ordine di idee, già agli albori del secolo scorso, E. DE GIULI, *Ergastolo*, in *Enc. giur. it.*, V (1906), p. II, 419 s. [al cui pensiero si rifanno ora anche A. CARDONE - E. SANTORO, *Ergastolo ostativo e problemi di legittimità costituzionale*, in *Riv. Gruppo di Pisa* (www.gruppodipisa.it), 2/2022, 8 agosto 2022, 79 ss., 108 in nt. 135], ne diceva come di una "pena di morte più raffinata dell'estremo supplizio"; dal suo canto, Papa Francesco ha qualificato l'ergastolo quale "pena di morte nascosta" (vi ha fatto richiamo anche A. PUGIOTTO, *Criticità costituzionali dell'ergastolo ostativo*, in C. MUSUMECI - A. PUGIOTTO, *Gli ergastolani senza scampo. Fenomenologia e criticità costituzionali dell'ergastolo ostativo*, Editoriale Scientifica, Napoli 2016, 129 in nt. 184). Più di recente, v. AA.VV., *Il diritto alla speranza. L'ergastolo nel diritto penale costituzionale*, a cura di E. Dolcini - E. Fassone - D. Galliani - P. Pinto de Albuquerque - A. Pugiotto, Giappichelli, Torino 2019; AA.VV., *Contro gli ergastoli. Perché il carcere a vita «non è la soluzione ma il problema da risolvere»*, a cura di S. Anastasia - F. Corleone - A. Pugiotto, Futura, Roma 2021; AA.VV., *Ergastolo e diritto alla speranza. Forme e criticità del "fine pena mai"*, a cura di C. Danusso - E. Dolcini - D. Galliani - F. Palazzo - A. Pugiotto - M. Ruotolo, Giappichelli, Torino 2024. In prospettiva giusfilosofica, v., almeno, L. FERRAJOLI, *Il paradigma garantista. Filosofia e critica del diritto penale*, Editoriale Scientifica, Napoli 2016, e, dello stesso, *Giustizia e politica: crisi e rifondazione del garantismo penale*, Laterza, Roma - Bari 2024, sul cui pensiero, v., utilmente, di recente, L. RISICATO, *Le tossine del populismo penale e gli strumenti di contrasto: leggendo* Giustizia e politica *di Luigi Ferrajoli*, in *Discrimen* (www.discrimen.it), 14 giugno 2024.

[30] Ancora A. PUGIOTTO, *Il volto costituzionale della pena (e i suoi sfregi)*, cit., 24, con specifico riferimento ai suicidi in carcere che presentano un tasso assai più elevato in percentuale rispetto a quelli che si hanno fuori dei luoghi di detenzione; non a caso, d'altronde, si è avuta una ferma presa di posizione da parte dell'Associazione dei Professori di diritto penale, dell'Associazione tra gli studiosi del processo penale "G.D. Pisapia" e dell'Associazione italiana dei costituzionalisti che hanno sottoscritto un documento sull'emergenza dei suicidi in carcere, che può vedersi in *Sist. pen.* (www.sistemapenale.it), 22 giugno 2024. Da un *Report* dell'Associazione Antigone, reperibile in www.antigone.it, risulta che il numero dei suicidi per l'anno 2024 è di 88 unità, ancora più elevato dunque di quello di 84 registratosi nel 2022, anno in cui si è raggiunto questo triste primato che suona come una cocente sconfitta per l'intera collettività.

È pur vero, tuttavia, che i suicidi non si hanno solo tra coloro che sono condannati alla pena perpetua; la qual cosa, peraltro, per la sua parte testimonia che la reclusione in carcere reca guasti considerevoli e a volte appunto irreparabili a carico delle persone che la patiscono e che, dunque, lungi dal facilitarne la rieducazione, non di rado la ostacolano e pregiudicano (ma v. quanto sul punto si dirà a momenti).

[31] Riprendo qui termini e concetti introdotti da A. SPADARO, *Limiti del giudizio costituzionale in via incidentale e ruolo dei giudici*, ESI, Napoli 1990, 262 ss. (e in altri scritti). La contrarietà a

compatibile con il dettato costituzionale muovendo dall'assunto del carattere polifunzionale della pena, con la conseguenza che, anche ad ammettere che, per effetto della sua somministrazione, ne risulti pregiudicata la finalità rieducativa del condannato, esso potrebbe trovare ugualmente spazio per potersi affermare. Si tratta, tuttavia, di una vera e propria acrobazia retorico-argomentativa che non tiene conto del fatto che la pena, pur avendo plurime giustificazioni a suo sostegno, deve *in ogni caso* tendere alla rieducazione del condannato, sì da consentirne il recupero alla società una volta che abbia saldato il conto con la giustizia e sempre che, beninteso, si renda disponibile in tal senso[33]. La finalità rieducativa della pena, insomma, non è una sorta di *optional*, di elemento accessorio ed eventuale di quest'ultima, bensì un elemento costitutivo e qualificante della stessa.

Ad ogni buon conto, la pena perpetua – come si viene dicendo – confligge frontalmente ed irriducibilmente con l'idea di persona e non può pertanto trovare il modo per farsi largo ed affermarsi. Né giova addurre la circostanza per cui i benefici accordati agli ergastolani attenuano il *vulnus* costituzionale, dal momento che quest'ultimo si ha pur sempre, conseguendo al carattere "fisso" della pena[34].

Dalle notazioni svolte, pur nella loro frammentarietà e stringatezza, discende linearmente – a me pare – che lo stesso ergastolo ostativo, che pure può addurre ragioni di sicurezza a suo sostegno, non può iscriversi entro la cornice costituzionale, per la elementare ragione che *ogni* condannato è, puramente e

---

Costituzione della pena perpetua (e, segnatamente, il suo carattere disumano) è rilevata da una nutrita schiera di studiosi, da noi come altrove: riferimenti in E. DOLCINI, *Fine pena: 31/12/9999. Il punto sulla questione ergastolo*, in *Sist. pen.* (www.sistemapenale.it), 15 novembre 2021, e, pure *ivi*, dello stesso, *L'ergastolo ostativo riformato in articulo mortis*, 7 novembre 2022; D. GALLIANI, *L'ergastolo nel mondo. Appunti di diritto costituzionale penale comparato*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1/2022, 109 ss. La questione è, nondimeno, assai risalente; della sua gravità si è mostrata avvertita una consistente schiera di studiosi (per tutti, P. CALAMANDREI, *La pena dell'ergastolo è costituzionale?*, in *Riv. dir. proc.*, 1/1956, 1 ss.).

[32] V., già, Corte cost. n. 264 del 1974. Ha fatto il punto sugli sviluppi della giurisprudenza sul tema D. GALLIANI, *Dalla polifunzionalità alla proporzionalità. La Corte costituzionale e gli scopi della pena*, in *Sist. pen.* (www.sistemapenale.it), 12 settembre 2023.

[33] La rieducazione, infatti, non si può imporre ma solo incoraggiare, richiedendo comunque un moto spontaneo dell'animo ed un impegnativo, sovente particolarmente sofferto, lavoro di ricostruzione interna da parte del singolo che persuada in primo luogo se stesso della necessità di sottoporvisi.

[34] Su ciò, puntuali rilievi in G. FIANDACA, *sub* art. 27, cit., 310 ss.

semplicemente, una persona e come tale va perciò sempre trattata[35]. Assai istruttiva, al riguardo, è, per un verso, la dichiarazione d'incostituzionalità

[35] In tema, è venuta formandosi una copiosa produzione di scritti di vario segno ed orientamento: in aggiunta agli scritti sopra richiamati, v., almeno, AA.VV., *Per sempre dietro le sbarre? L'ergastolo ostativo nel dialogo tra le Corti*, a cura di G. Brunelli - A. Pugiotto - P. Veronesi, in *Forum* di *Quad. cost.* (www.forumcostituzionale.it), 10/2019; pure *ivi*, AA.VV., *Il fine e la fine della pena. Sull'ergastolo ostativo alla liberazione condizionale*, a cura di G. Brunelli - A. Pugiotto - P. Veronesi, 16 dicembre 2020; AA.VV., *Il diritto alla speranza davanti alle Corti. Ergastolo ostativo e articolo 41*-bis, a cura di E. Dolcini - F. Fiorentin - D. Galliani - R. Magi - A. Pugiotto, Giappichelli, Torino 2020; *Ergastolo ostativo e 41 bis ord.pen. L'interazione virtuosa tra giudici ordinari e Corte costituzionale*, intervista di R. Conti a G. FIANDACA, in *Giust. ins.* (www.giustiziainsieme.it), 4 luglio 2020; pure *ivi*, I.J. PATRONE, *Ergastolo ostativo: rispettare la Convenzione, la Costituzione e le sentenze delle Corti*, 1° dicembre 2021; L. RISICATO, *L'incostituzionalità riluttante dell'ergastolo ostativo: alcune note a margine di Corte cost., ordinanza n. 97/2021*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2/2021, 641 ss.; J. MAZZUCA, *Il lungo cammino della pena. Dal dibattito sull'abolizione della pena capitale alle nuove frontiere dell'ergastolo ostativo*, in *Pol. dir.*, 3/2021, 395 ss.; D. MARTIRE - A. SALERNO, *L'ergastolo ostativo e lo stato attuale della giustizia costituzionale*, in *Oss. cost.* (www.osservatorioaic.it), 4/2022, 2 agosto 2022, 247 ss.; A. LOLLO, *Riflessioni critiche a margine del secondo rinvio della Corte costituzionale sull'ergastolo "ostativo"*, in *Consulta OnLine* (www.giurcost.org), 3/2022, 12 ottobre 2022, 1189 ss.; R. DE VITO, *Finisce davvero il "fine vita mai"? Riflessioni e interrogativi sul decreto-legge che riscrive il 4-bis*, in *Quest. giust.* (www.questionegiustizia.it), 2 novembre 2022; D. GALLIANI, *Il decreto legge 162/2022, il regime ostativo e l'ergastolo ostativo: i dubbi di costituzionalità non manifestamente infondati*, in *Sist. pen.* (www.sistemapenale.it), 21 novembre 2022; E. SANTORO, *L'eliminazione apparente dell'ergastolo ostativo: un commento a prima lettura del decreto-legge n. 162 del 2022*, in *Forum* di *Quad. cost.* (www.forumcostituzionale.it), 4/2022, 7 gennaio 2023, 222 ss.; E. FURNO, *La Corte costituzionale e l'ergastolo ostativo: finale di partita?*, in *Giur. cost.*, 6/2022, 2577 ss.; M. MERLINO, *Esiste ancora l'ergastolo ostativo?*, in *Quest. giust.* (www.questionegiustizia.it), 26 gennaio 2023; G. CASAVECCHIA, *Ergastolo ostativo: tanti "tempi" e provvedimenti per risolvere -forse solo temporaneamente- un'unica questione*, in *Oss. cost.* (www.osservatorioaic.it), 2/2023, 7 marzo 2023, 209 ss.; F. POLACCHINI, *Fine pena (forse): ergastolo ostativo e prospettive di riscatto*, in *Federalismi* (www.federalismi.it.it), 11/2023, 17 maggio 2023, 179 ss.; A. CONTI, *L'ergastolo ostativo che* move la Corte costituzionale e l'altre stelle, in *Consulta OnLine* (www.giurcost.org), 2/2023, 26 giugno 2023, 517 ss.; F. MAZZACUVA, *Ergastolo ostativo e tutela della dignità umana*, in AA.VV., *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*, a cura di G. Lattanzi, M. Maugeri, G. Grasso, L. Calcagno, A. Ciriello, Giuffrè - Francis Lefebvre, Milano 2023, 1015 ss.; pure *ivi*, II.II, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il giudice nazionale. L'interpretazione e l'applicazione della CEDU nella giurisprudenza della Corte di Cassazione*, A. CENTONZE, *La tutela integrata della dignità umana dei detenuti: l'ergastolo ostativo*, 523 ss.; A. CENTONZE, T. SALVINO, *L'ergastolo 'ostativo': un reale cambiamento?*, in *Dir. fond.* (www.dirittifondamentali.it), 3/2023, 20 settembre 2023, 110 ss.; S. MASTRAPASQUA, *La riforma del regime ostativo ex art. 4-bis ord. penit.: prime applicazioni, implicazioni e prospettive*, in *Sist. pen.* (www.sistemapenale.it), 25 giugno 2024, e, della stessa, *Regime ostativo ex art. 4-bis Ord. Penit. e colloqui con i figli minori: un commento a prima lettura della sentenza n. 85/2024 della Corte costituzionale*, in *Giur. pen.* (www.giurisprudenzapenale.com), 25 giugno 2024; M. IADEVITO, *L'ergastolo ostativo nella sua attuale formulazione: le maggiori e persistenti criticità rispetto ad un'idea di pena come integrazione sociale*, in *Pen., dir. e proc.* (www.penaledp.it), 12 settembre 2024.

dell'ergastolo in parola per chi non collabori con la giustizia[36] e, per un altro verso, l'orientamento manifestato dalla Consulta di netta avversione per il *refoulement* degli immigrati verso Paesi nei quali la loro vita e/o dignità sarebbero messe a rischio, pur laddove gli stessi dovessero essere considerati potenzialmente pericolosi per la sicurezza dello Stato[37].

La giurisprudenza ha dato vita ad una poderosa e coraggiosa opera di emenda delle più gravi storture ancora oggi diffuse nell'ordinamento[38] e più ancora – ahimè – nella società, laddove abbondano i pregiudizi – come li ha opportunamente qualificati M. Ruotolo[39] – o, diciamo pure, i veri e propri crampi mentali bisognosi di essere urgentemente sciolti al fine di dare concretezza al valore della umanità delle pene.

Faccio due soli esempi al riguardo, senza peraltro indugiare nella loro illustrazione.

Il primo è dato dal riconoscimento, finalmente di recente avutosi con sent. n. 10 del 2024[40], del diritto alla salvaguardia dell'affettività-sessualità del condannato, dapprima indebitamente sacrificato con riflessi negativi di tutta evidenza in ordine all'affermazione della dignità del recluso[41].

---

[36] V., part., Corte cost. n. 97 del 2021 (ampiamente annotata: tra gli altri, da M. CARTABIA, *Filtrerà sempre un raggio di sole*, Editoriale Scientifica, Napoli 2022, 34 s., con richiamo altresì alla nota pronunzia della Corte EDU *Viola c. Italia* del 2019 cui la stessa Corte delle leggi si è quindi rifatta).

[37] In tema, di recente e per tutti, v. F. POLACCHINI, *Libertà personale e diritti dei detenuti nella dimensione dell'art. 3 Cedu*, cit., 293 ss.

[38] Con specifico riguardo alla materia penale, riferimenti possono vedersi in A. LAMBERTI, *Giustizia e misericordia: una sfida per il diritto costituzionale nel prisma della dignità della persona*, cit., spec. 28 ss. Il quadro, internamente assai articolato e composito, delle discipline che compongono il diritto penitenziario può vedersi con chiarezza illustrato da A. LORENZETTI, *Il sistema delle fonti nel settore penitenziario. Una prospettiva di diritto costituzionale*, cit.

[39] Ancora da ultimo nella sua relaz., sopra cit., al nostro incontro di oggi, e già in altri scritti (assai indicativo al riguardo è l'*incipit* di *Diritti dei detenuti e Costituzione*, Giappichelli, Torino 2002, 1 ss.). V., inoltre, G.M. NAPOLI, *I diritti delle persone detenute tra pregiudizi collettivi ed effettiva garanzia*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 4/2021, 1305 ss.

[40] … prontamente ripresa da alcune pronunzie dei giudici comuni, tra le quali, ora, Cass., sez. I pen., 8 del 2025.

[41] Nella ormai copiosa lett. sul tema, v., tra gli altri, S. GRIECO, *Il diritto all'affettività delle persone recluse. Un progetto di riforma tra esigenze di tutela contrapposte*, Editoriale Scientifica, Napoli 2022, e, della stessa, *Il diritto negato alla sessualità nel regime penitenziario italiano*, in *Dir. fond.* (www.dirittifondamentali.it), 3/2023, 22 novembre 2023, 405 ss.; F. PACELLA, *Sex and the prison. Sul diritto dei detenuti al 41-*bis *a ricevere riviste pornografiche*, in *Pol. dir.*, 4/2022, 647 ss.; L. LEO, *"Amor gignit amorem": timidi segnali di apertura sul riconoscimento del diritto all'affettività-sessualità*

Il secondo fa riferimento ad un *trend* col tempo cresciuto e fattosi viepiù vistoso volto ad incidere sui minimi edittali delle pene che, pur laddove si giudichino in astratto non particolarmente consistenti, possono ugualmente dimostrarsi abnormi in relazione al compimento di reati di lieve entità[42].

---

della persona detenuta, in *Riv. Gruppo di Pisa*, Quad. n. 7, fasc. spec., Atti della undicesima giornata annuale dei dottorati del Gruppo di Pisa, a cura di M. Barone, A. De Nicola, A. Stevanato, 28 settembre 2023, 303 ss.; M. SERIO, *Privazione della libertà e salvaguardia della dimensione intima: impressioni su Corte costituzionale n. 10/2024*, in *Quest. giust.* (www.questionegiustizia.it), 11 marzo 2024; M. RUOTOLO, *IL riconoscimento del diritto all'intimità delle persone detenute in un'originale additiva ad attuazione progressiva*, in *Giur. cost.*, 1/2024, 74 ss.; pure *ivi*, M. BORTOLATO, *Il diritto all'intimità del colloquio: osservazioni a Corte cost. 10/2024*, 100 ss.; V. VALENTI, *Il diritto all'affettività-sessualità in carcere e la sentenza n. 10 del 2024. Cronistoria di una rivoluzione, costituzionalmente orientata, che non attende più di essere compiuta*, in *Consulta OnLine* (www.giurcost.org), 1/2024, 11 marzo 2024, 345 ss.; nella stessa *Rivista*, A. PIROZZOLI, *La dignità umana e il diritto all'affettività del detenuto*, 2/2024, 13 giugno 2024, 747 ss.; P. VERONESI, *L'amore ai tempi delle catene: affettività e carcere secondo la sentenza n. 10 del 2024*, in *Nomos* (www.nomos-leattualitaneldiritto.it), 1/2024, 1 ss.; S. TALINI, *L'intimità quale diritto inviolabile «anche» negli istituti penitenziari. Considerazioni a margine della sent. n. 10/2024*, in *Quad. cost.*, 1/2024, 179 ss.; L. FABIANO, *Separazione dei poteri e garanzie dei diritti dei detenuti nella sentenza della Corte costituzionale sull'affettività intramuraria*, in *Dir. pubbl. eur. – Rass. on-line* (www.serena.unina.it), 1/2024, 2 gennaio 2024, 414 ss.; nella stessa *Rivista*, A. FOLLARI, *La Corte costituzionale decide sul diritto all'affettività dei detenuti. Tecniche decisorie e soluzioni di merito nella sent. n. 10/2024*, 2/2024, 1° luglio 2024, 16 ss.; V. CIACCIO, *L'affettività dei detenuti tra inerzia del legislatore e attivismo della Corte costituzionale. Un caso di eterogenesi dei fini*, in *Federalismi* (www.federalismi.it), 16/2024, 10 luglio 2024, 23 ss.; pure *ivi*, M. PATTARO, *Fenomenologia di un diritto: l'affettività in carcere. Commento alla sent. n. 10 del 2024*, 136 ss.; R. DE VITO, *Affettività e sessualità delle persone detenute: da diritti fantasma a diritti effettivi*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1/2024, 349 ss.; A. GIUBILEI, *Persone, non oggetti: il diritto del detenuto in regime di 41-bis a mantenere rapporti affettivi (ed effettivi) con il proprio nucleo familiare. Nota a Corte cost., sentenza n. 105 del 2023*, in *Oss. cost.* (www.osservatorioaic.it), 1/2024, 6 febbraio 2024, 205 ss.; nella stessa *Rivista*, I. GIUGNI, *Affettività in carcere. Note in attesa dell'attuazione di Corte cost., sentenza n. 10 del 2024*, 4/2024, 2 luglio 2024, 286 ss.; di quest'ultimo, v., poi, *Diritto all'affettività delle persone detenute: la Corte costituzionale apre ai colloqui intimi in carcere*, in *Sist. pen.* (www.sistemapenale.it), 2 febbraio 2024; L. BLUMETTI, *"Affettività" intramuraria e tutela della salute dei detenuti*, in *Costituzionalismo* (www.costituzionalismo.it), 2/2024, 31 luglio 2024, 38 ss. Infine, se si vuole, anche il mio *Finalmente riconosciuto il diritto alla libera espressione dell'affettività dei detenuti (a prima lettura di Corte cost. n. 10 del 2024)*, in *Consulta OnLine* (www.giurcost.org), 1/2024, 29 gennaio 2024, 161 ss. Con specifico riguardo alla giurisprudenza della Corte EDU, v. F. BUFFA, *Le "visite intime" ai carcerati in 5 sentenze della CEDU*, in *Quest. giust.*, 20 febbraio 2024.

[42] La proporzionalità delle pene rimane ad oggi una questione spinosa ed irrisolta o, come che sia, non soddisfacentemente risolta [in tema, tra gli altri e di recente, R. BARTOLI, *IL sindacato di costituzionalità sulla pena tra ragionevolezza, rieducazione e proporzionalità*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 4/2022, 1441 ss., nonché i contributi che sono nel Quad. n. 7, fasc. spec., Atti della undicesima giornata annuale dei dottorati del Gruppo di Pisa, cit., di C. STORACE, *Legge penale e giurisprudenza costituzionale. Il giudizio sulla misura delle pene*, 221 ss.; S. ALBERTINI, *Il principio di proporzionalità della pena: nuovi scenari alla luce della sentenza della CGUE* NE *(C. 205/20)*, 257 ss., e S. ROVELLI, *La giurisprudenza costituzionale sul principio di proporzionalità delle pene alla prova della sentenza n. 94 del 2023 sul "caso Cospito"*, 355 ss.].

Gli esempi appena fatti sono, peraltro, assai istruttivi sotto due aspetti che meritano – a me pare – una speciale considerazione. E, invero, per un verso, si tocca con mano come il carattere effettivamente umanitario della pena richieda talora non tanto interventi più o meno corposi ed incisivi al piano delle discipline normative quanto l'allestimento di strutture adeguate di cui non si ha (o non si ha sempre) riscontro. Per un altro verso, la correzione degli enunciati riguardanti le pene minime, seppur ispirata ad un senso di giustizia largamente diffuso ed intensamente avvertito, è pur sempre il frutto di un apprezzamento discrezionale, o diciamo meglio politico-discrezionale, che dovrebbe considerarsi estraneo a chi amministra giustizia, sia pure una giustizia peculiare qual è appunto quella costituzionale[43].

Non posso qui riprendere l'annosa questione dei giudici che fanno politica, supplendo alle gravi ed acclarate carenze del legislatore. Certo si è, per esplicita ammissione della stessa Corte delle leggi, che la soglia degli interventi ablativi di quest'ultima[44] va spostandosi sempre più in avanti, finendo con il sovrapporsi in non secondaria misura a quella che delimita l'area materiale in punto di diritto rimessa alla esclusiva coltivazione dei decisori politici, a partire appunto dal Parlamento quale artefice ordinario della legislazione[45].

Vengono così a determinarsi plurime torsioni costituzionali che si ricaricano senza sosta e in modo perverso da sé medesime, squilibrandosi sempre di più, da un canto, i rapporti tra gli organi della direzione politica e, da un altro canto, quelli tra gli organi stessi e gli organi di garanzia, in ispecie i giudici (e, ulteriormente

[43] Della tendenza della giustizia costituzionale a mostrarsi in casi non sporadici (e, appunto, con specifico riguardo alla materia penale) come una giustizia di "equità", v., volendo, il mio *Verso una giustizia costituzionale di "equità": quali i riflessi di ordine istituzionale?*, in *Consulta OnLine* (www.giurcost.org), 3/2024, 17 settembre 2024, 1063 ss.

[44] … che, poi, si rammenti, risente di suggestioni ed indicazioni dei giudici comuni che con crescente frequenza sollecitano la Consulta a far luogo al rifacimento di testi normativi malfatti, tanto più poi quando, come qui, suscettibili di tradursi in fonti di sostanziale ingiustizia.

[45] Così, perlomeno, dovrebbe essere secondo modello ma – com'è noto – non è secondo esperienza, in seno alla quale il carattere recessivo della sede istituzionale della rappresentanza politica risulta ormai acclarato, senza che peraltro si dia alcun segno di un possibile *revirement* di questa deleteria tendenza.

specificando, come si è venuti dicendo, la Corte costituzionale)[46]. Delle torsioni in parola – sia chiaro – non deve qui nuovamente dirsi; è, però, bene non perdere di vista anche i risvolti istituzionali conseguenti agli interventi dei giudici volti ad alleviare, per quanto possibile, la condizione dei detenuti, specie laddove maggiormente vistosi appaiano essere i *vulnera* fatti alla loro dignità, risvolti che – come può vedersi già dai brevi cenni ora fatti – mettono sotto *stress* il principio della separazione dei poteri e, per ciò stesso, la Costituzione che del principio in

[46] Si pensi solo, con riferimento al ruolo di certo non secondario giocato dai giudici comuni nel corso delle pratiche di giustizia, a certi usi francamente forzosi delle tecniche interpretative, a partire da quella c.d. conforme [riferimenti in G. SORRENTI, *L'interpretazione conforme a Costituzione*, Giuffrè, Milano 2006, e, della stessa, *La (parziale) riconversione delle "questioni di interpretazione" in questioni di legittimità costituzionale*, in *Consulta OnLine* (www.giurcost.org), 2/2016, 293 ss.; F. MODUGNO, *In difesa dell'interpretazione conforme a Costituzione*, in *Riv. AIC* (www.rivistaaic.it), 2/2014, 18 aprile 2014, e, dello stesso, *Al fondo della teoria dell'interpretazione conforme a Costituzione*, in *Dir. e soc.*, 2015, 461 ss.; AA.VV., *L'interpretazione conforme al diritto dell'Unione europea. Profili e limiti di un vincolo problematico*, a cura di A. Bernardi, Jovene, Napoli 2015; M. LUCIANI, *Interpretazione conforme a Costituzione*, in *Enc. dir., Ann.*, IX (2016), 391 ss., e, dello stesso, ora, *Ogni cosa al suo posto. Restaurare l'ordine costituzionale dei poteri*, 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; A. ALPINI, *Diritto italo-europeo e princípi identificativi*, ESI, Napoli 2018, 11 ss.; V. MARCENÒ, *Quando il giudice deve (o doveva?) fare da sé: interpretazione adeguatrice, interpretazione conforme, disapplicazione della norma di legge*, in *Dir. e soc.*, 4/2018, 633 ss.; C. CARUSO, *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, A. Guazzarotti, C. Mainardis, Giappichelli, Torino 2019, 457 ss.; G. PARODI, *L'interpretazione conforme. Profili di comparazione*, in *Dir. pubbl. comp. ed eur.*, fasc. spec. maggio 2019, 555 ss., e, più di recente, dello stesso, *Interpretazione conforme a Costituzione e diritto vivente nella giurisprudenza recente. La prospettiva del giudice* a quo, in *Giur. cost.*, 6/2023, 2883 ss., e *Interpretazione conforme a Costituzione e diritto vivente nella giurisprudenza recente. La prospettiva del giudice costituzionale*, in *Lo Stato*, 22/2024, 63 ss.; M. RUOTOLO, *L'interpretazione conforme a Costituzione torna a casa?*, in Liber amicorum *per P. Costanzo. Diritto costituzionale in trasformazione*, III, *Nuovi scenari per la giustizia costituzionale nazionale e sovranazionale*, in *Consulta OnLine* (www.giurcost.org), 2020, 99 ss.; v., inoltre, S. BARBARESCHI, *Corte costituzionale e certezza dei diritti. Tendenze nomofilattiche del giudizio sulle leggi*, Editoriale Scientifica, Napoli 2022, 171 ss.; A. CIRCOLO, *Il giudice nazionale e l'obbligo di interpretare il proprio diritto in maniera conforme al diritto dell'Unione*, in AA.VV., *Il diritto europeo e il giudice nazionale*, cit., I, *Il diritto dell'Unione europea e il ruolo del giudice nazionale*, 87 ss.; pure *ivi*, II.I, cit., P. GAETA, *Obblighi e possibilità per il giudice nazionale: l'interpretazione conforme alla CEDU*, 167 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; D. PICCIONE, *Diritto vivente e interpretazione conforme quali fondamenti argomentativi degli indirizzi della giurisprudenza costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1/2024, 455 ss.; M. RUOTOLO, *Le tecniche decisorie della Corte costituzionale, a settant'anni dalla legge n. 87 del 1953*, in AA.VV., *I 70 anni della legge n. 87 del 1953: l'occasione per un "bilancio" sul processo costituzionale*, a cura di G. Grasso e A. Stevanato, Editoriale Scientifica, Napoli 2024, 341 ss. Infine, F. MODUGNO - T. GUARNIER, *Interpretazione giuridica*, Editoriale Scientifica, Napoli 2024].

parola, pur con i temperamenti avuti al momento del suo recepimento, non può comunque fare a meno, risultandone altrimenti pregiudicata la stessa essenza costituzionale, i diritti fondamentali, quale mirabilmente scolpita nel famoso art. 16 della Dichiarazione dei diritti del 1789[47].

Può, dunque, apparire singolare (forse, persino paradossale) che, al fine di dare un qualche appagamento a taluni bisogni diffusamente avvertiti in seno al corpo sociale[48], sensibili operatori (in ispecie, appunto, i giudici) facciano talora usi forzosi degli strumenti di cui dispongono, piegati allo scopo di dare ristoro a persone che ad essi si rivolgono dopo aver inutilmente atteso risposta dal legislatore, con l'effetto però di recare un pregiudizio agli stessi diritti fondamentali

[47] Non è, d'altronde, senza significato che nel tempo a noi più vicino si sia ravvivato il confronto tra gli studiosi sul principio in parola che, dunque, si conferma essere di scottante attualità e di cruciale rilievo [tra gli altri, v. i contributi all'incontro di studi di Siena del 14 marzo 2024 su *La separazione dei poteri nello stato contemporaneo. In ricordo di Giovanni Grottanelli de' Santi*, ed a quello di Messina del 27-28 giugno 2024 su *Separazione dei poteri, indirizzo politico e garanzie costituzionali*; possono già vedersi le relazioni illustrate a quest'ultimo di M. RUOTOLO, *La verticalizzazione del potere. La separazione dei poteri alla prova dell'integrazione europea e di una recente proposta di riforma costituzionale*, in *Costituzionalismo* (www.costituzionalismo.it), 1/2024, 7 giugno 2024, 168 ss., e la mia dal titolo *Il* mix *di normazione e controllo presente in alcune pratiche istituzionali: dal modello alle torsioni dell'esperienza*, in *Consulta OnLine* (www.giurcost.org), 2/2024, 1° luglio 2024, 822 ss. V., inoltre, G. SILVESTRI, che è tornato di recente a trattarne, dopo i suoi noti studi monografici del 1979 e del 1984, nella voce *Separazione dei poteri e indirizzo politico*, in *Enc. dir., I tematici*, V (2023), *Potere e Costituzione*, diretto da M. Cartabia e M. Ruotolo, 1122 ss., e ancora G. SCACCIA, *L'etica della funzione giudiziaria. Fra teoria dell'interpretazione e separazione dei poteri*, in *Quad. cost.*, 2/2023, 459 ss.; M. BARBERIS, *Separazione dei poteri e giustizia digitale*, Mimesis, Milano 2023; R. ROMBOLI, *Corte costituzionale e legislatore: il bilanciamento tra la garanzia dei diritti ed il rispetto del principio di separazione dei poteri*, in *Consulta OnLine* (www.giurcost.org), 3/2023, 12 settembre 2023, 815 ss.; M. LUCIANI, *Ogni cosa al suo posto. Restaurare l'ordine costituzionale dei poteri*, cit.; C. PINELLI, *L'influenza del principio di separazione dei poteri nelle democrazie contemporanee*, in *Riv. AIC* (www.rivistaaic.it), 2/2024, 8 maggio 2024, 126 ss.; F. MERUSI, *Separazione dei poteri e organizzazione amministrativa. Mutazioni nell'ordinamento italiano*, in *Lo Stato*, 22/2024, 37 ss.; E. DE GREGORIO, *I nuovi orizzonti dei rapporti fra Corte Costituzionale e Parlamento*, in *Giust. ins.* (www.giustiziainsieme.it), 15 ottobre 2024; M. MANETTI, *Giurisprudenza costituzionale e convenzioni sulla separazione dei poteri*, in *Riv. AIC* (www.rivistaaic.it), 4/2024, 27 novembre 2024, 70 ss.; v., poi, volendo, anche il mio *La Costituzione sotto* stress *e la* piramide rovesciata*, ovverosia 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. Specifica attenzione ai dibattiti alla Costituente sul principio in parola è in G. D'AMICO - D. TEGA, *La Costituzione italiana e la separazione dei poteri: le scelte dell'Assemblea Costituente tra modelli storici e contesto politico*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1/2023, 89 ss.; in questo fasc. altri scritti ancora].

[48] Su bisogni e diritti, acuti rilievi possono, di recente, vedersi in E. ROSSI, *Bisogni, diritti e Costituzione*, in *Quad. cost.*, 2/2024, 305 ss., part. 315 s. (dov'è altresì un riferimento alla peculiare condizione dei detenuti).

di cui si reclama tutela, per il fatto che quest'ultima si ha da sedi istituzionali diverse da quelle volute dalla Carta, in un quadro complessivo segnato non già dalla distinzione dei ruoli bensì dalla loro confusa sovrapposizione.

3. La condizione reale (e, per più aspetti, ad oggi degradata) in cui versano i detenuti, la micidiale questione teorico-pratica relativa alle alternative che possono aversi rispetto al carcere, i diritti e doveri gravanti sia sui pubblici poteri che sulle stesse persone condannate e riportabili alle indicazioni risultanti dalla Carta costituzionale

Vi sono, poi, alcune cause che determinano una sostanziale contrazione del trattamento umanitario, frapponendo allo stesso tempo ostacoli assai elevati lungo il percorso rieducativo del detenuto, e che non risultano da previsioni normative bisognose di correzione o di pura e semplice rimozione bensì da circostanze di fatto, peraltro a volte di arduo accertamento[49].

Si pensi, ad es., alle carenze che in certe strutture si hanno per ciò che attiene all'igiene o all'alimentazione o, ancora, alla tutela della salute del detenuto che, eccezion fatta dei casi più gravi che richiedono di essere trattati al di fuori dei luoghi di reclusione, non sempre in questi ultimi si dimostra essere di un livello adeguato alla condizione della persona bisognosa di cure[50]. E, ancora, si pensi

[49] Particolarmente istruttiva è *Una fotografia delle indegne condizioni presenti nelle carceri italiane in una ordinanza del magistrato di sorveglianza di Firenze a seguito di reclamo ex art. 35 bis o.p.*, di cui è autrice C. MISTRORIGO, in *Sist. pen.* (www.sistemapenale.it), 12 dicembre 2024; può, inoltre, utilmente vedersi il documento messo a punto da Magistratura Democratica, dal titolo *IL carcere: tra dignità umana e rieducazione*, in www.magistraturademocratica.it. Ancora in occasione del nostro incontro, poi, L. RISICATO, *Formazione e reinserimento dei detenuti: il bilanciamento impossibile tra finalismo rieducativo della pena e ossessione carcerocentrica*, in *paper*, § 1, ha opportunamente sottolineato che "le carceri italiane sono in condizioni drammatiche"; ed è, questa, una testimonianza altamente attendibile, venendo da una studiosa che le conosce bene anche a motivo della sua veste istituzionale di Garante per il Comune di Messina. Basti solo, a darne sicura conferma, la cruda descrizione che la stessa R. fa dei muri delle celle, "muri che perimetrano lo spazio della vita artificiale di un soggetto, sempre più lontano dalla condizione di detenuto da risocializzare e sempre più vicino a quella di prigioniero segregato, di cattivo incattivito dalla cattività" (§ 2).

[50] In tema, v. il chiaro quadro di sintesi che ne ha fatto in occasione del nostro incontro M. CAREDDA, *Allarmi e mancate risposte: il diritto alla salute nella realtà carceraria*; nella dottrina

all'istruzione[51] o al lavoro[52] e, in genere, ai diritti non strettamente legati allo stato detentivo, come tali suscettibili di essere goduti a pieno dalla persona in stato di reclusione, sia pure in forme adeguate a quest'ultimo, senza che tuttavia nei fatti se ne abbia compiuto o, come che sia, soddisfacente riscontro[53]. Insomma, è ormai acclarato che le pene, in primo luogo, affinché possano dirsi rispettose dell'art. 27, devono presentarsi nella misura minima necessaria, sì da poter favorire la

---

anteriore, v., almeno, M. RUOTOLO, *Salute e carcere*, in AA.VV., *Bioetica pratica e cause di esclusione sociale*, a cura di L. Chieffi, Mimesis, Milano 2012, 55 ss.; AA.VV., *Vulnerabilità, carcere e nuove tecnologie. Prospettive di ricerca sul diritto alla salute*, a cura di C. Botrugno - G. Caputo, Phasar Edizioni, Firenze 2020; AA.VV., *Salute e carcere*, a cura di G. Fornasari - A. Menghini, Editoriale Scientifica, Napoli 2023. Copiosa la giurisprudenza europea a riguardo della salvaguardia della salute del condannato [per riferimenti v., ancora una volta, F. POLACCHINI, *Libertà personale e diritti dei detenuti nella dimensione dell'art. 3 Cedu*, cit., 288 ss.; P. SCARLATTI, *Tutela dei diritti e trattamento dei detenuti vulnerabili. A proposito del recente caso* Sy contro Italia, in *Dir. fond.* (www.dirittifondamentali.it), 1/2022, 11 aprile 2022, 533 ss., e, con specifico riguardo ai detenuti affetti da problemi psichiatrici, ora, C. BUFFON, *Salute mentale e detenzione, ultime da Strasburgo*, in *Quest. giust.* (www.questionegiustizia.it), 23 gennaio 2025]; e, d'altro canto, non si dimentichi che, se quest'ultimo – come si è venuti dicendo – è persona vulnerabile, quando è malato lo è due volte.

[51] In tema, per tutti, A.M. CITRIGNO, *Prime note sul diritto allo studio dei detenuti*, in *Dir. fond.* (www.dirittifondamentali.it), 1/2023, 17 aprile 2023, 444 ss., e A. MARATEA, *Il diritto all'istruzione in carcere tra (in)effettività e prassi problematiche: uno sguardo all'istruzione universitaria nelle carceri per adulti e secondaria negli istituti penali per minorenni*, in *Oss. cost.* (www.osservatorioaic.it), 3/2023, 2 maggio 2023, 79 ss.; v., inoltre, utilmente, il *working paper* di T. DI IORIO, *Libri dietro le sbarre. Accompagnare il diritto all'istruzione delle persone private della libertà*, nonché la relazione, sopra cit., di L. RISICATO al nostro incontro, nella quale si rileva che l'istruzione costituisce "il più potente antidoto alla reiterazione dei reati" (§ 2).

[52] In tema, v., almeno, A. BERNARDI, *Il lavoro carcerario*, in AA.VV., *Le nuove norme sull'Ordinamento penitenziario, L. 10 ottobre 1986, n. 663*, a cura di G. Flora, Giuffrè, Milano 1987, 81 ss.; F. CARDANOBILE - R. BRUNO - A. BASSO - I. CARECCIA, *Il lavoro dei detenuti*, Cacucci, Bari 2007; F. MALZANI, *Le dimensioni della dignità nel lavoro carcerario*, Giappichelli, Torino 2022.
Eloquenti, al riguardo, i dati risultanti dalle relazioni presentate al Parlamento per l'anno 2023 da cui risulta che alla data del 31 dicembre 2023 risultava impegnato in attività lavorative il 35,30% dei detenuti [cfr. *Due relazioni al Parlamento in tema di lavoro penitenziario*, a cura di E. Grisonich, in *Sist. pen.* (www.sistemapenale.it), 24 settembre 2024]. Quanto ai detenuti che lavorano in carcere alle dipendenze di quest'ultimo, dai dati che figurano nel *Report* dell'Associazione Antigone, dietro cit., risulta che il numero è in leggera crescita: a giugno 2023 era di 2848 unità, mentre ad un anno di distanza è di 3144.

[53] La questione si pone in termini particolarmente pressanti, in generale, per ciò che attiene al versante su cui maturano le esperienze di biodiritto [a riguardo delle quali, v., di recente, i contributi che sono in *Biolaw Journale* (www.teseo.unitn.it/biolaw), 4/2022, 23 dicembre 2022], in ispecie poi per coloro che sono sottoposti a regime detentivo speciale, per i quali per vero una soluzione pienamente appagante, tale da bilanciare le ragioni della sicurezza con le aspettative dei carcerati, non è stata ad oggi rinvenuta (in tema, per tutti, A. DELLA BELLA, *Il "carcere duro" tra esigenze di prevenzione e tutela dei diritti fondamentali. Presente e futuro del regime detentivo speciale ex art. 41-bis O.P.*, Giuffrè, Milano 2016, e AA.VV., *Il diritto alla speranza davanti alle Corti. Ergastolo ostativo e articolo 41*-bis, cit.).

rieducazione del reo e il suo reinserimento sociale[54], e, in secondo luogo, devono essere *giuste*, comunque non tali da generare *pene ingiuste* che nulla hanno a che fare con l'illecito commesso e lo stato detentivo in cui versa la persona[55]. E ciò, senza peraltro trascurare l'annosa ed inquietante questione del sovraffollamento carcerario, ad oggi irrisolta[56], sol che si consideri che 62.153 detenuti trovano posto in carceri attrezzate per contenerne non più di 51.320 che però, in conseguenza di lavori di ristrutturazione, si riducono a circa 47.000 e che nel 32% delle carceri ciascun detenuto non dispone di 3 mq calpestabili[57]. La qual cosa, poi, si pone a

[54] V., part., Corte cost. n. 170 del 2017 e, in dottrina, per tutti, A. PUGIOTTO, *Il volto costituzionale della pena (e i suoi sfregi)*, cit., 31, nonché, ora, A.A. NOVELLINO, *La legge del più debole. La pena e il paradigma del diritto penale minimo* in *Dir. fond.* (www.dirittifondamentali.it), 1/2024, 22 aprile 2024, 413 ss., con specifica attenzione al pensiero di L. Ferrajoli.

[55] Ha giustamente fatto notare M. RUOTOLO, nel suo contributo al nostro incontro sopra cit., che sovente "si confonde la legittima limitazione della libertà personale nella illegittima compressione della libertà della persona" e che "il diritto violato dal delitto non giustifica mai una sua ulteriore violazione". Hanno fatto il punto sui diritti dei detenuti, tra gli altri, G.M. FLICK, *I diritti dei detenuti nella giurisprudenza costituzionale*, in *Dir. e soc.*, 1/2012, 187 ss.; AA.VV., *I diritti dei detenuti nel sistema costituzionale*, a cura di M. Ruotolo e S. Talini, Editoriale Scientifica, Napoli 2017; A. MENGHINI, *Carcere e Costituzione. Garanzie, principio rieducativo e tutela dei diritti dei detenuti*, Editoriale Scientifica, Napoli 2022; E. CATALDO, *La Corte Europea dei diritti dell'uomo e la Corte costituzionale a sostegno dei diritti fondamentali e dei nuovi diritti del penitenziario*, in AA.VV., *Nuovi diritti e nuove tecniche di tutela della persona in tempi di crisi*, a cura di P. Bargiacchi e F. Vecchio, in *Consulta OnLine* (www.giurcost.org), 13 maggio 2024, 387 ss., e A. CALCATERRA, *I diritti delle persone detenute in Italia. Tra garanzie normative e mancata attuazione delle tutele*, in AA.VV., *L'esecuzione penale. Linee evolutive nella dimensione costituzionale*, a cura di M. Caredda - G. Fiorelli - P. Gonnella - A. Massaro - A. Riccardi - M. Ruotolo - S. Talini, Editoriale Scientifica, Napoli 2024, 81 ss. Altri riferimenti negli scritti che sono in AA.VV., *Il diritto europeo e il giudice nazionale*, II.I e II.II, citt.

[56] Segnalo, nondimeno, l'impegno assunto dal Governo (e ribadito dal Presidente del Consiglio, G. Meloni, in occasione di una conferenza stampa del 9 gennaio 2025) di dar vita ad una corposa opera di edilizia penitenziaria al fine di accrescere di 7.000 mila unità i posti disponibili nel giro di tre anni, a far data dal 2025. Allo scopo si è quindi provveduto nel settembre 2024 alla nomina di un Commissario straordinario per l'edilizia penitenziaria, nella persona del dott. Marco Doglio.

[57] I dati sono aggiornati al dicembre 2024 e si riferiscono al *Report* dell'Associazione Antigone, sopra richiamato. In tema, v., almeno, AA.VV., *Sovraffollamento carcerario e diritti dei detenuti. Le recenti riforme in materia di esecuzione della pena*, a cura di F. Caprioli - L. Scomparin, Giappichelli, Torino 2015; A. PUGIOTTO, *La parabola del sovraffollamento carcerario e i suoi insegnamenti costituzionalistici*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 3/2016, 1204 ss.; A. ALBANO - A. LORENZETTI - F. PICOZZI, *Sovraffollamento e crisi del sistema carcerario. Il problema "irrisolvibile"*, Giappichelli, Torino 2021; C. SGROI, *Il sovraffollamento carcerario*, in AA.VV., *Il diritto europeo e il giudice nazionale*, II.I, cit., 985 ss. La questione si è particolarmente acuita in occasione della recente pandemia da covid-19, manifestandosi a volte in toni drammatici [v., almeno, AA.VV., *Il carcere alla prova dell'emergenza sanitaria*, a cura di M. Ruotolo e S. Talini, Editoriale Scientifica, Napoli 2020; A. TORRI, *Pandemia e carcere. Una breve analisi*, in *Corti supreme e salute*

base di altre storture degradanti, pregiudizievoli per la *privacy* ed altri diritti ancora, a partire da quello alla salvaguardia della dignità: un autentico "metadiritto", questo, non suscettibile di misurazione semplicemente perché è la misura di ogni altro[58], sì da meritarsi la qualifica di bene o valore "supercostituzionale"[59]. Insomma, un quadro complessivo desolante[60], della cui connotazione peraltro i pubblici poteri sono avvertiti, tant'è che è stata istituita la figura del Garante dei diritti delle persone detenute o private della libertà personale, senza che tuttavia sia stato dato seguito in modo adeguato alle indicazioni e sollecitazioni dallo stesso venute, specie a mezzo delle relazioni portate alla cognizione delle Camere[61].

Ora, stando le cose così come sono qui viste, è da chiedersi se si diano alternative concrete a quella "immoralità necessaria" che è il carcere[62], specie per come effettivamente si presenta in alcuni luoghi, senza allo stesso tempo sacrificare le aspettative di giustizia nutrite dalle vittime dei reati o dai loro familiari e, a un

---

(www.cortisupremeesalute.it), 2/2021, 475 ss., e P. BUFFA, *Carcere e covid-19. Diario di una pandemia*, Editoriale Scientifica, Napoli 2022].

[58] Richiamo qui, ancora una volta, la nota immagine di G. SILVESTRI della dignità quale bilancia su cui si pongono i beni costituzionalmente protetti in vista della loro ponderazione in ragione dei casi [v. *Considerazioni sul valore costituzionale della dignità della persona*, in *Ass. cost.* (www.associazionedeicostituzionalisti.it), 14 marzo 2008, e, con specifica attenzione alla condizione dei carcerati, *La dignità umana dentro le mura del carcere*, in *Riv. AIC* (www.rivistaaic.it), 2/2014, 30 maggio 2014].

[59] In questi termini già da tempo ne discorrono A. RUGGERI - A. SPADARO, *Dignità dell'uomo e giurisprudenza costituzionale (prime notazioni)*, in AA.VV., *Libertà e giurisprudenza costituzionale*, a cura di V. Angiolini, Giappichelli, Torino 1992, 221 ss., nonché in *Pol. dir.*, 1991, 343 ss.

[60] Basti solo por mente al fatto che, in base a quanto si dice nel *Report* sopra cit., nel 10,3% delle carceri visitate dall'Associazione Antigone molte celle risultavano prive di riscaldamento; nel 48,3% dei casi non era assicurata acqua calda per tutto il giorno e in ogni periodo dell'anno; nel 55,2% le celle erano prive di doccia e, infine, nel 25,3% non vi erano spazi dedicati ad attività lavorative.

[61] Giustamente si è, poi, fatto notare da una sensibile dottrina (A. LORENZETTI, *Il sistema delle fonti nel settore penitenziario. Una prospettiva di diritto costituzionale*, cit., 14 s. in nt. 12) che "più che di una istituzione sembra corretto parlare di una vera e propria rete dei Garanti, posta la creazione di entità a livello regionale, provinciale e comunale".

[62] Questa la qualifica che ne dava F. CARRARA, nel suo *Immoralità del carcere preventivo. Progresso e regresso del giure criminale del nuovo Regno d'Italia*, Giusti, Lucca 1874, al cui pensiero si è richiamato G. Leone, nel suo intervento in seduta plenaria della Costituente del 27 marzo 1947 (molto citato è, poi, ancora oggi, di F. CARRARA, *Una lezione dettata nella R. Università di Pisa*, in ID., *Contro la pena di morte. Scritti di Francesco Carrara*, a cura di E. Palombi, Kluwer Ipsoa, Milano 2001). Una densa riflessione sulla spinosa questione può ora vedersi in G. FIANDACA, *Punizione*, Il Mulino, Bologna 2024.

tempo, recare pregiudizio alla sicurezza[63]. Forse, una soluzione radicale che abolisca i luoghi di reclusione, così come si è avuto per i manicomi, non è al presente praticabile, per quanto si siano fatti innegabilmente dei passi in avanti per rendere meno gravosa l'afflizione punitiva[64] e, più ancora, offrendo l'opportunità di trascorrere, al ricorrere di certe condizioni, il periodo detentivo tra le mura domestiche, sì da dare sostanzioso alimento al percorso rieducativo del

[63] Sono tornati, ancora non molto tempo addietro, ad interrogarsi sulla spinosa questione M. DONINI, *Punire e non punire. Un pendolo storico divenuto sistema*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 4/2023, 1301 ss., e, nella stessa *Rivista*, E. DOLCINI, *Patologie del sistema sanzionatorio penale e principio della rieducazione del condannato*, 2/2024, 413 ss.; ancora *ivi*, a riguardo delle prospettive di un sistema penale non più "carcerocentrico", v., poi, M. ROMANO, *Non punibilità, estinzione del reato, riforma Cartabia*, 437 ss., e R. ORLANDI, *Postulati del processo penale contemporaneo tra principi "naturali" e concezioni normative*, 465 ss.

[64] … specie ricorrendo alla sospensione condizionale della pena ed alla somministrazione di misure alternative al carcere, quali l'affidamento in prova al servizio sociale e la semilibertà [delle misure in parola ha trattato nel nostro incontro P. MAGGIO, *Giustizia rieducativa e alternative sanzionatorie*; della questione – com'è noto – si discorre da tempo da parte di una nutrita schiera di studiosi di varia estrazione: v., tra gli altri, M. BONOMO - R. BREDA - G. DI GENNARO, *Ordinamento penitenziario e misure alternative alla detenzione*, Giuffrè, Milano 1991; T. TRAVAGLIA CICIRELLO, *La pena carceraria tra storia, legittimità e ricerca di alternative*, Giuffrè, Milano 2018; V. TIGANO, *La detenzione domiciliare "umanitaria" per i condannati presuntivamente pericolosi: il percorso giurisprudenziale di riallineamento ai principi di eguaglianza e di rieducazione*, in *Consulta OnLine* (www.giurcost.org), 3/2022, 20 dicembre 2022, 1321 ss.; F. GIANFILIPPI, *L'evoluzione delle misure* extra moenia*: ritmo sincopato in direzione costituzionalmente orientata*, in AA.VV., *L'esecuzione penale. Linee evolutive nella dimensione costituzionale*, cit., 103 ss. Sulle novità introdotte dalla riforma Cartabia, nella già copiosa lett., v., almeno, AA.VV., *La riforma Cartabia della giustizia penale. Commento organico alla legge n. 134/2021*, a cura di A. Conz - L. Levita, Dike Giuridica, Roma 2021; i contributi che sono in *Pol. dir.*, 4/2021, fasc. monografico dedicato a *Le "riforme della giustizia"*; AA.VV., *La riforma Cartabia. Codice penale – codice di procedura penale – giustizia riparativa*, a cura di G. Spangher, Pacini, Pisa 2022, e AA.VV., *Riforma Cartabia. La nuova giustizia penale*, a cura di D. Castronuovo - M. Donini - E.M. Mancuso - G. Varraso, Wolters Kluwer - Cedam, Milano 2023. *Ex plurimis*, v., inoltre, i contributi al X convegno dell'Associazione italiana dei Professori di diritto penale, svoltosi a Milano il 23 e 24 settembre 2022, che sono in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 3/2023, e, nella stessa *Rivista*, già, F. SIRACUSANO, *Produttività, efficienza ed efficacia della giustizia penale: l'insidiosa logica economica della "riforma Cartabia"*, 1/2023, 159 ss., e J. DELLA TORRE, *Circostanze aggravanti non contestate e poteri del giudice tra Corte costituzionale e "riforma Cartabia"*, 267 ss., e, quindi, R. BARTOLI, *Punire in libertà: le nuove pene sostitutive*, 4/2023, 1399 ss.; l'ampio e documentato saggio di M. GIALUZ, *Per un processo penale più efficiente e giusto. Guida alla lettura della riforma Cartabia*, in *Sist. pen.* (www.sistemapenale.it), 2 novembre 2022, nonché F. BAILO, *L'irragionevole durata del processo e gli strumenti legislativi per porvi rimedio: dall'implementazione del capitale umano alla digitalizzazione della giustizia*, cit., 1 ss., e, ora, F. LOSURDO, *La magistratura nei sistemi costituzionali: tutela del potere o garante di diritti?*, in *Giust. ins.* (www.giustiziainsieme.it), 11 novembre 2024. Quanto, poi, alla riforma Nordio, per tutti, v. A. BARLETTA, *La riforma Nordio in materia penale. Una panoramica d'insieme ed alcune considerazioni critiche*, in *Oss. cost.* (www.osservatorioaic.it), 5/2024, 1° ottobre 2024, 81 ss. V., infine, nuovamente, L. RISICATO, *Formazione e reinserimento dei detenuti: il bilanciamento impossibile tra finalismo rieducativo della pena e ossessione carcerocentrica*, cit.].

condannato, grazie soprattutto agli sconti di pena e ad altri benefici conducenti allo scopo[65]. Anche da qui, infatti, si coglie nella giusta luce ed apprezza il volto umanitario della pena, dal momento che la consapevolezza che la durata temporale di quest'ultima può essere sensibilmente accorciata concorre in non secondaria misura alla faticosa e non di rado sofferta opera di ricostruzione interna del detenuto.

Certo si è, ad ogni buon conto, che molto si può (e deve) fare per alleviare le sofferenze dei condannati trattandoli appunto con umanità, come persone, e mirando all'obiettivo del loro recupero sociale: innanzi tutto, agevolandone la rieducazione e quindi, una volta espiata la pena, allestendo soluzioni, varie ed articolate in ragione delle peculiari condizioni dei soggetti, sì da favorirne il reinserimento nel mondo del lavoro e, in genere, nel contesto sociale.

Diritti e doveri si hanno, dunque, da un lato e dall'altro, i pubblici poteri in genere dovendo produrre ogni sforzo richiesto dal disposto costituzionale qui, ancora una volta, fatto oggetto di rapido esame, tanto per ciò che attiene al *modo*, ovverosia al trattamento umanitario, quanto in relazione al duplice *fine* della rieducazione prima e del reinserimento sociale poi: un fine il cui raggiungimento – come si è venuti dicendo – va dai poteri stessi agevolato, fermo restando che poi coloro che hanno subito la pena devono fare fino in fondo la loro parte in vista del conseguimento dell'obiettivo. È, dunque, in questa luce che va visto il diritto costituzionale dei detenuti al trattamento suddetto ed alla rieducazione; ed è sempre dalla medesima prospettiva che si coglie ed apprezza il dovere sugli stessi gravante di fare quanto è in loro potere per rendersi disponibili a quest'opera di profonda rigenerazione morale che può realizzarsi a pieno unicamente col fattivo concorso di tutti.

[65] V., part., Corte cost. n. 149 del 2018, cui si richiama, tra gli altri, anche F. VIGANÒ, *Diritto penale e diritti della persona*, in *Sist. pen.* (www.sistemapenale.it), 13 marzo 2023, 24 in nt. 54.

dirittifondamentali.it

Dirittifondamentali.it - Fascicolo 1/2025
Data di pubblicazione – 27 gennaio 2025

L'apporto della scienza nelle decisioni razionali dello Stato costituzionale di diritto*

di
Vincenzo Baldini**

1. Per una riflessione strutturata sulle relazioni tra acquisizioni della scienza e il diritto positivo non sembra inopportuno prendere le mosse da alcune premesse definitorie, soprattutto circa il senso e la portata del concetto di scienza, utili a chiarire meglio i termini dell'analisi che si compie in questo lavoro. Ciò, senza nascondere la natura ardua dell'impresa, trattandosi di categorie (sia quella del diritto che quella della scienza) aperte tra l'altro ad una pluralità di declinazioni esegetiche, di tipo pratico-funzionale come anche di tipo ontologico, che indulgono a percezioni e modi di intendere piuttosto differenti.

Il concetto di scienza è rapportato, in molti dizionari, al "risultato delle operazioni del pensiero" che può essere a oggetto, a propria volta, di codificazione "sul piano teorico" (scienza pura)" e/oppure di applicazione sul piano pratico (scienza applicata)[1]. La scienza, nello specifico, realizzerebbe in sé, dunque, un "sistema di conoscenze ottenute attraverso un'attività di ricerca, prevalentemente organizzata con procedimenti metodici e rigorosi, coniugando la sperimentazione con ragionamenti e esperimenti logici condotti a partire da un insieme di assiomi, tipici delle discipline formali" [2]. L'approdo ultimo del ricorso a tale metodo "scientifico" è il progresso, inteso come conoscenza e acquisizione pratica.

---

* Il presente contributo reca, in un versione rielaborata e articolata, la relazione tenuta al "*Festival della Scienza – A servizio dell'uomo*", Venezia 14 Dicembre 2024.

** Professore ordinario di Diritto Costituzionale - Università degli Studi di Cassino e del Lazio Meridionale.

[1] Oxford Languages.

[2] Sub *Scienza* in *https://it.wikipedia.org*.

Contributo sottoposto a referaggio

dirittifondamentali.it

In sintesi, dunque, il riferimento alla scienza attiene, congiuntamente, alla peculiarità del metodo per la determinazione dei risultati quanto anche ai risultati stessi che ne conseguono. Del pari polisenso si mostra il concetto di diritto a partire dalla classica declinazione alternativa come *ius* -in cui, oltre alla consistenza regolatrice, è compresa soprattutto un'accezione di valore assiologico che si traduce nella sua derivazione tradizionale e consuetudinaria; o, invece, come *lex* [3] espressione, cioè di autorità che crea un generale obbligo di osservanza. In quest'ultima accezione particolarmente il richiamo al diritto allude all'ordine normativo positivo che regola l'organizzazione e la vita di una comunità[4] come anche alla forma giuridica tipizza in cui si svolge la decisione politica[5] . Si aggiunga, a ciò, che lo stesso concetto di politica, che del diritto figura dunque come l'essenziale presupposto, presenta una varietà di significati connessi, in sintesi, alla sua differente estrazione etimologica riconducibile, alternativamente, all'idea della "polis" e, dunque, al servizio per il bene comune o, invece, al dinamismo del Πόλεμος quale opposizione tra realtà ideali, in conflitto con il λόγος (sinonimo di ragione[6] nell'esistenza del mondo) che ne valorizza precipuamente la condizione di lotta permanente per la conquista del potere[7].

Ai suddetti diversi significati corrispondono, nell'esperienza, realtà che esaltano innanzitutto la differente consistenza ontologica di scienza e diritto (positivo), per cui a quest'ultimo propriamente si connette un'istanza di razionalità che è risvolto della sua natura di sovrastruttura sociale mirata al fine precipuo della pacifica convivenza. Della scienza, invece, appare propria soprattutto la dimensione oggettiva di verità comprovata nel metodo impiegato come, in fine, alla politica compete in modo peculiare un'istanza -che è anche un'aspettativa- di Giustizia

[3] Su tale distinzione, cfr. M. Bellomo, *Ius e lex*, in *Bulletin of Medieval Canon Law*, 2021, p. 423 ss., ora anche in *https://muse.jhu.edu/issue/47509*.

[4] H. Kelsen, *Allgemeine Staatslehre* (1925), Nachdruck 1993, Wien 1993, part. p. 7 ss.; Id., *Reine Rechtslehre -Studienausgabe der 1. Auflage 1934* (Hrsg. Von M. Jestaedt), p. 31 ss.

[5] C. Schmitt, *Verfassungslehre*, 5. Auf. (unveränderter Nachdruck der 1928 erschienenen ersten Auflage), Berlin, 1970, part. p. 20 ss.; p. 252 ss.

[6] Secondo Eraclito, «Nessuna cosa avviene per caso ma tutto secondo logos e necessità.»: Leucippo fr. 2.

[7] Trag li altri, v. M. Weber, *Politik als Beruf* (1919), Stuttgart, 2019, p. 5 ss..

quale realizzazione piena e condivisa del Bene comune attraverso un esercizio funzionale e teleologicamente orientato dell'autorità.

2. La valorizzazione del carattere, nel contempo, analitico-sintetico del metodo razionale per la comprensione del diritto positivo è tributaria, come è noto, all'originario apporto di pensiero di Cartesio e Galileo, in particolare dall'apprendimento e dall'applicazione del metodo della fisica classica e della matematica attraverso che indirizzano, storicamente, il processo di progressiva emancipazione del diritto positivo dai vincoli della religione e della tradizione[8]. Un rilievo specifico, in ambito giuridico, deve riconoscersi all'approccio analitico all'idea di Stato di *Thomas Hobbes* (1588-1679) e, nello sviluppo di quest'ultimo, di *Samuel Pufendorf* (1632-1694), il quale riconduce il diritto di natura ad un sistema di obblighi sociali, la cui realizzazione è assicurata da un potere sovrano [9].

Nello Stato assoluto un effetto (indirettamente) razionalizzatore dell'esercizio *legibus solutus* del potere spettante al sovrano produce il richiamo ai diritti naturali dell'uomo, intesi come limiti impliciti e assoluti all'arbitrio di tale esercizio, mentre nel quadro del pensiero illuministico, connotato da un recupero di valore della Ragion pratica anche nella sfera giuridica attraverso, in particolare, l'influenza del pensiero kantiano[10], la razionalità del diritto positivo giunge a trovare compimento nell'espressione della legge[11].

A mano a mano che la ragione pratica è venuta a guadagnare nel tempo spazio e riferimento si è andata parimenti delineando con la forza del diritto positivo l'icona dello Stato che l'avvento del costituzionalismo, liberale prima e democratico poi, ha concorso senz'altro ad affermare. La fase del costituzionalismo liberale, il cui

[8] Sul punto, cfr. E.W. Böckenförde, *Gesetz und Gesetzgebenden Gewalt*, Berlin, 1959, part. p. 67 ss.

[9] Al riguardo, in sintesi, v. anche B. Rüthers, *Rechtstheorie*, 3. Aufl., München, 2007, part. p. 272 (Rdn. 448).

[10] M. Kriele, *Recht und praktische Vernunft*, Göttingen, 1979, part. p. 9 ss.

[11] In tema, il richiamo è alla razionalità della legge in Hegel, nel più generale contesto di una "ragione oggettiva che si rivela nelle istituzioni storiche: N. Bobbio, Studi hegeliani, Torino, 1981, p. 49. Tale carattere della legge è analizzato, più specificamente, in A. v. Bogdandy, *Hegels Theorie des Gesetzes*, München, 1989, part. p. 36 ss., p. 76 ss.. Sulla concezione dello Stato quale spiegata nel testo di Hegel "Linee essenziali di filosofia del diritto" (1821), v. ancora U. Volkmann, Gespräche mit Hegel, in *Der Staat*, 59 (4/2020), p. 489 ss.

esordio in Europa tende a farsi coincidere con gli eventi della rivoluzione francese (1789)[12] apre un nuovo orizzonte in cui trova sviluppo e specificazione l'istanza di razionalità rappresentata, essenzialmente, dalla forza ordinatrice della Costituzione, dall'affermazione dello Stato di diritto e, di conseguenza, dalla determinazione di un assetto organizzativo basato sulla separazione dei poteri, cui si collega anche la previsione di un catalogo di libertà negative. Una razionalità che, peraltro, si rivela anche nella onnipotenza effettiva della legge come sintesi delle volontà risalenti ad un consesso rappresentativo della società civile (seppure di impronta notabilare) [13].

Il transito al costituzionalismo democratico, a propria volta, interpreta e conferisce nuovo vigore all'istanza di razionalità attraverso, in particolare, l'attribuzione di un complesso di funzioni spettanti alla Legge fondamentale cui sottende un complesso di valori sostanziali di riferimento. Quest'ultima è in grado così di lasciar desumere i tratti di un *Menschenbild* quale sintesi ipostatica di un catalogo di norme di principio e diritti fondamentali che prefigurano un modello di società pluralista, a carattere aperto e inclusivo, alla cui base è il principio organizzatore irretrattabile della sovranità popolare. In tale contesto, la razionalità del diritto positivo logicamente postula la razionalità convergente delle previsioni costituzionali di natura sostanziale ed organizzativa, quale riflessa anche nell'espressione di un'esegesi costituzionale ispirata ad una logica di unità della Costituzione e di pratica concordanza delle sue norme[14]. Tali contenuti valgono anche ad orientare la razionalità sostanziale dei singoli processi di decisione politica che si svolgono all'interno dello Stato e, più in generale, le decisioni di ogni autorità pubblica, in tempi ordinari come anche in condizioni di emergenza.

[12] Con l'eccezione del Regno Unito, la cui storia costituzionale ha connotazioni del tutto peculiari: v. al riguardo, *Ursprung und Wandel der Verfassung* (2003), ora anche in Id., *Die Zukunft der Verfassung*, Band II, Berlin, 2012, p. 11 ss..

[13] Sul punto, v. ancora A. v. Bogdandy, *Hegels Theorie des Gesetzes*, cit., p. 63 ss..

[14] K. Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Neuedruck 20. Aufl, Heidelberg, 1999, p. 27 ss. (Rdn.71 ss).

dirittifondamentali.it

3. Nella condizione qui descritta, l'aspettativa di razionalità nell'esercizio del potere pubblico si lega in modo imprescindibile ad un accresciuto bisogno di conoscenza, la quale consente il maggior discernimento nell'intrapresa di decisioni mirate a soddisfare l'interesse comune. Pertanto, lo Stato democratico contemporaneo sempre più tende a caratterizzarsi quale *Wissensstaat* [15] che realizza tale aspirazione, per un verso, attraverso il bagaglio di dati ufficiali di cui è in grado di disporre, per altro verso ricorrendo al flusso pluralistico dell'informazione e della comunicazione come metodo del discorso razionale[16]. Tale pluralismo attiene anche all'ambito scientifico, ispirato soprattutto dal confronto di posizioni e risultati con che inducono le dinamiche della evoluzione e del progresso, anche sociale. Tale confronto è segnato, in particolare, dalla specificità del metodo di acquisizione che domina lo spazio della scienza e che vale, attraverso lo studio e la ricerca, a rafforzare certezze o a mettere in evidenza obiezioni e contrasti nelle cd. verità scientifiche.

L'esistenza di un tale pluralismo -in ambito scientifico, dell'informazione e della comunicazione- d'altra parte è ciò che concorre a rendere effettivo, sollecitandolo, l'apprendimento critico e consapevole richiedendosi all'individuo, ad ogni modo, una condotta attiva nel reperimento e nella selezione delle conoscenze evitando, così, la degradazione di quest'ultimo a mero utente di un servizio. La realizzazione di tale consapevolezza deve avvenire, dunque, in una misura che è in grado di consentire a ciascuno l'esercizio effettivo della propria libertà di autodeterminazione, approdo ultimo di valore che è primariamente alla base di una tutela costituzionale del pluralismo, anche politico. In carenza di una dimensione aperta e pubblica del confronto la scienza non si mette nella condizione reale di poter offrire una prestazione di ausilio all'autorità decidente, inducendola ad operare un ragionevole apprezzamento e bilanciamento del complesso degli interessi concorrenti nella determinazione dei contenuti dell'atto.

---

[15] Idem.

[16] Sul discorso razionale v. in generale R. Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation*, Frankfurt am Main, 1978, part. p. 219 ss.; J. Habermas, *Theorie des Kommunikativen Handelns,* Band I, 4. Aufl., Frankfurt am Main, 1987, p. 25 ss.; nonché da ultimo, Id., *Ein neuer Strukturwandel der Öffentlichkeit und die deliberative Politik*, Berlin, 2022, part. p. 9 ss.

Il pluralismo anche scientifico, come mezzo di accrescimento anche della coscienza politica, insieme alla trasparenza dei meccanismi procedurali, favorisce una migliore comprensibilità delle decisioni assunte dagli organi di governo e rende effettiva la responsabilità politica correlata all'esercizio del potere. In tal modo, concorre alla più piena realizzazione del principio democratico.

4. L'istanza di razionalità, che deve sottendere la produzione normativa come, in generale, l'adozione di ogni atto giuridico, presenta il carattere di un imperativo sostanziale e indefettibile dello Stato costituzionale democratico, a prescindere da ogni contingenza delle situazioni particolari di volta in volta oggetto di regolazione. Tale istanza integra, perciò, un connotato inderogabile di legittimità dell'atto in questione, declinabile sotto il profilo specifico della sussistenza di una *ratio* obiettiva dell'atto, della coerenza e congruenza, rispetto a quest'ultima, nonché dell'adeguatezza funzionale dei suoi contenuti prescrittivi.

La razionalità legislativa, tuttavia, non è dotata di una consistenza unica e generalmente vincolante giacché è possibile che una medesima situazione ispiri differenti soluzioni normative nella maggioranza politica del momento, ciascuna rispondente ad una razionalità differente secondo le priorità politiche determinate da tale maggioranza che si riflette, in fine, nei contenuti normativi dell'atto. La ricerca e individuazione sempre necessaria di tale *ratio* si collega, tra l'altro, all'esigenza assoluta di fornire una base logica di giustificazione all'esercizio di potere[17], diversa dalla considerazione di pura cogenza dei comandi giuridici secondo il classico brocardo di stampo hobbesiano: *auctoritas non veritas facit legem*.

Ciò non toglie che, in ragione del differente approccio dell'attività di sindacato sull'atto normativo, possa mutare il profilo assiologico cui riguardare la intrinseca valenza razionale dell'atto. Così, ad una razionalità misurata in relazione allo scopo fa da contraltare una razionalità declinata secondo i valori[18] , la prima più connessa

[17] Ciò conduce alla criticabilità ed alla verifica di idoneità giustificativa di una affermazione: v. ancora J. Habermas, *Theorie des Kommunikativen Handelns,* cit., p.27.

[18] J. Isensee, *Rationalität des Staates und Irrationalität des Menschen*, in *AöR*, 140 (2015), p. 170 ss.

all'attività di *gubernatio* la seconda, invece, più contigua alla sfera della *iurisdictio*. Con riguardo a quest'ultima, poi, va rilevato come di una razionalità rispetto ai valori si parli non di rado anche con riferimento alla struttura normativa del cd. diritto dei Trattati, assumendola come parametro pienamente operativo in ambito giuridico[19].

Va tuttavia osservato che la consistenza del principio di razionalità dell'atto normativo tende a farsi più tenue in una situazione di maggiore generalità e genericità del paradigma di riferimento, come può accadere, ad es., in relazione a regole di principio o a situazioni di emergenza generate da eventi imprevisti e imprevedibili[20]. In tali casi, si dilata la sfera di comprensione della razionalità dell'atto e si amplia fatalmente lo spazio di apprezzamento dell'atto rimesso al giudice nella verifica di conformità di una disciplina normativa, di fatto includendo anche sensibilità soggettive, di tipo etico-culturale, prive di una consistenza necessariamente obiettiva.

In principio può dirsi che una razionalità piena debba aspirare alla sinergica convergenza dei diversi profili sotto cui essa può essere considerata e apprezzata sebbene anche tale condizione dell'atto normativo non arrivi ad escludere -come rileva anche *Martin Kriele*[21]- una relatività del giudizio espresso. Del resto, come quella riferita a valori anche la razionalità riferita allo scopo può risentire di un'accezione in senso soggettivo che si stempera, poi, nell'articolatezza dell'argomentazione che sottende l'esegesi giurisprudenziale[22].

5. La razionalità dell'atto giuridico, soprattutto di contenuto normativo, si compendia essenzialmente nella sua conformità ad un generale criterio di

[19] J. Isensee, *Verfassungsrecht als „politisches Recht"*, in J. Isensee, P. Kirchhof, *Handbuch des Staatsrechts* (Hrsg.), Band XII, 3. Rev. Auf., Heidelberg, 2014, p. 484 ss., Rdn.22.

[20] Un apprezzamento critico della cd. teoria die valori è contenuto in punto, cfr. E.W. Böckenförde, *Zur Kritik der Wertbegründung des Rechts* (1990), ora anche in Id., *Recht, Staat, Freiheit*, Frankfurt am Main, 1991, p. 67 ss.

[21] M. Kriele, *Recht und praktische Vernunft*, cit., p. 20.

[22] Sull'importanza dell'argomentazione, che ha la funzione di "ricostruire i presupposti pragmatico-formali e le condizioni di un agire espressamente razionale" v. ancora J. Habermas, *Theorie des Kommunikativen Handelns,* cit., p. 16.

proporzionalità, rilevante tanto più in quanto una decisione politica possa implicare, corrispettivamente, il sacrificio di libertà e diritti fondamentali. L'osservanza di tale criterio include, a propria volta, la necessarietà delle misure intraprese, commisurate ad altre meno limitative dell'esercizio di diritti fondamentali, unitamente alla loro idoneità e adeguatezza funzionale. In fine in esso rientra anche la consistenza (solo) essenziale delle limitazioni recate dalla disciplina adottata a pretese giuridiche soggettive che con essa entrano in concorso[23].

Dal controllo di proporzionalità/razionalità resta esclusa, in ogni caso, la scelta relativa all'ordine di priorità degli obiettivi da realizzare, riservata all'organo di rappresentanza politica.

6. La rilevata esistenza di un nesso di causalità tra conoscenza in generale (anche scientifica) e razionalità dell'agire pubblico richiede qualche ulteriore precisazione. Allo Stato -si precisa- attiene la sola conoscenza esplicita, derivante da parole, frasi, formule matematiche, etc., mentre resta precluso il sapere implicito, inclusivo di fattori soggettivi "difficilmente comprensibili" (convinzioni personali, emozioni, sensazioni, prospettive, sistemi di valori o modelli-guida)[24].

Un tale assunto, in via di principio logico e congruente, appare però poco reale, giacché la rilevanza pratica di quest'ultimo tipo di sapere attraverso, in particolare, l'agire di funzionari e dirigenti pubblici, oltre che di magistrati, non può ritenersi senz'altro esclusa. La pre-comprensione quale elemento effettivo dell'esegesi normativa, come anche il complesso degli elementi emotivi -culturali, etici etc- sono fattori nient'affatto marginali nel processo di formazione della volontà decisionale, non soltanto in ambito politico. E' ovvio, poi, che tanto più quest'ultima forma di sapere può assumere rilievo quanto più sussista un'ampia libertà di giudizio per la determinazione della condotta, come è nel caso delle

[23] M. Kriele, op. clt. cit., p. 22 ss. Sui contenuti del criterio di proporzionalità, cfr. per tutti J. Ipsen, *Staatsrecht*, II, 10. Aufl., köln, 2007, p. 45 ss.

[24] Così, H. Mohr, Wissen – *Prinzip und Ressource* (1999), cit. in B. Fassbender, *Wissen als Grundlage staatlichen Handelns*, in J. Isensee, P. Kirchhof, *Handbuch des Staatsrechts*, 3. Auf., Heidelberg, 2006, p. 244 ss., part. p. 249.

decisioni di natura politica. Queste ultime, allora, a ragione possano rappresentare la sede privilegiata di una "potenziale irruzione della irrazionalità nell'agire razionale dello Stato" [25].

7. Il contributo prestato dalla scienza, in questo ambito, rientra comunque tra i parametri di maggiore consistenza nel definire l'agire razionale del potere pubblico. In ogni caso un tale contributo non definisce un vincolo assoluto all'azione degli organi di governo e di rappresentanza politica seppure una ipotetica discordanza di questi ultimi rispetto alle soluzioni prospettate da organismi scientifici di ausilio implichi un'adeguata motivazione, sul piano della valutazione degli interessi in gioco. Può ritenersi che, per atti di natura amministrativa e/o giurisdizionale, la mancata considerazione di indicazioni o acquisizioni scientifiche formalmente espresse nel corso di un procedimento sussista una sorta di presunzione, tuttavia non assoluta, di illegittimità che comporta un più rigoroso controllo nei confronti dell'atto stesso.

Per quanto attiene all'esercizio di funzione legislativa, il mancato rispetto di parametri sottoposti ad asseverazione scientifica può apparire sintomatico di una scelta arbitraria del legislatore e, perciò, irragionevole ma un tale esito corrisponderebbe in modo automatico e necessario alla trama di un sillogismo giuridico a maglie strette che abbia, quale premessa maggiore, l'obbligo assoluto di seguito scientifico.

In senso opposto a tale sillogismo vale considerare che lo spettro degli interessi che vengono in rilievo in quanto attiene all'esercizio di discrezionalità legislativa è ampio e complesso e richiede la necessaria osservanza del dettato costituzionale. Ciò impone, al legislatore, un vaglio dell'esperienza e, di conseguenza, una determinazione di priorità politiche connesse al canone del Bene costituzionale ritenuto di volta in volta prioritario e prevalente nel caso specifico, anche in un quadro di bilanciamento del sistema complessivo di principi e diritti concorrenti. La decisione del legislatore democratico deve inclinare, dunque, ad una razionalità

[25] Idem.

dirittifondamentali.it

commisurata ad un orizzonte di interessi da proteggere perché essenziali al Bene della comunità sociale, nel quale l'equilibrio è determinato in ragione dell'interesse prevalente. In questa direzione, la razionalità intrinseca all'atto deve necessariamente definirsi nel rispetto dei parametri costituzionali di riferimento. Ciò spiega perché il presidio, per quanto solido, della conformità dell'atto alle risultanze scientifiche ed alle soluzioni che ne derivano non può bastare sempre e comunque a determinare la legittimità costituzionale dell'atto stesso né a lasciar comprendere ogni circostanza e condizione legata ad una scelta politica[26].

8. D'altro canto, nemmeno può essere tralasciato che la valenza orientative degli apporti scientifici all'azione politica si dimostra a volte molto lieve stante il fatto che la politica, come non si è mancato di dire[27], spesso intrattiene una relazione strumentale con i risultati scientifici, conoscendo ciò che vuole conoscere e lasciando mettere in evidenza ciò che può risultare di maggiore utilità per la decisione di Governo e/o della maggioranza parlamentare[28].

Non di rado, ad es., il flusso delle audizioni di esperti che accompagna, di regola, l'iter legislativo resta confinato in una sfera asettica di consapevolezza, il cui reale impatto sui contenuti dell'atto è molto limitato.

Tanto, non vale comunque a sminuire il significato del contributo prestato dalla scienza alla razionalità della decisione politica, solo, lascia comprendere quanto diverso possa essere il peso di tale contributo in relazione alla valutazione degli interessi complessivi che sottende la decisione finale.

L'apporto della scienza diventa, peraltro, tanto più ponderoso quanto più investa tematiche di particolare consistenza tecnica e, soprattutto, in condizioni di emergenza che induce il ricorso a strategie di prevenzione e/o a misure successive, per il contenimento della stessa. Anche in tali casi, ad ogni modo, la razionalità del diritto positivo non può senz'altro risolversi in un pedissequo assecondamento

[26] J. Isensee, *Rationalität des Staates und Irrationalität des Menschen*, cit., p. 172.

[27] A. Vosskuhle, *Über die Demokratie in Europa* (2012), oggi anche in Id., *Europa, Demokratie, Verfassungsgerichte*, Berlin, 2021, p. 48 ss., part. p. 53 ss.

[28] Sul punto, U. Di Fabio, *Coronabilanz*, Tübingen, 2021, p. 78; H. J. Papier, *Freiheit in Gefahr*, 2. Auf., München, 2021, p. 29 ss.

della razionalità massimalista e unidirezionale della scienza ma necessariamente richiede, da parte delle istituzioni pubbliche competenti, un'adeguata ponderazione di soluzioni e misure proposte dagli organismi scientifici alla stregua degli interessi costituzionali e politici complessivi, una ponderazione funzionale a una tutela equilibrata e non sproporzionata dell'interesse primario oggetto di regolazione. Resta valido e vigente, nello Stato costituzionale democratico e liberale, l'assioma insuperabile della regola della libertà quale forma giuridica dell'arbitrio individuale[29] rispetto a cui l'esercizio di autorità risulta bisognoso di una razionale giustificazione, tanto più allorquando comporti il sacrificio di libertà e diritti fondamentali[30]. Nel rapporto tra i due poli dell'esperienza giuridica, quello della libertà e quello dell'autorità, non è la prima che reclama l'esigenza di un consenso giustificativo, essa pertanto non è condizionata da una previa regolazione normativa che ne specifichi ambiti, modi e forme[31]. Di contro, l'esercizio di potere d'imperio, per essere legittimo, deve rinvenire un razionale fondamento giustificativo risalente, in ultima analisi, alla cura di un interesse generale, quale definito dalla maggioranza politica o risalente ad un principio e/o diritto costituzionale.

9. Tale assioma, fondato sulla libertà di esercizio dell'autonomia individuale, integra un caposaldo di razionalità dell'ordine costituzionale esistente, oltre ad operare, come, si è detto, quale presidio indefettibile dell'agire di ogni potere pubblico. Esso, perciò, non sembra subire appannamenti o trasfigurazioni sulla base della considerazione che la libertà sempre più spesso rileva nella sua portata

[29] J. Isensee, *Verfassungsrecht als „politisches Recht"*, in J. Isensee, P. Kirchhof, *Handbuch des Staatsrechts* (Hrsg.), Band XII, 3. Rev. Auf., Heidelberg, 2014, p. 484 ss., Rdn.24.

[30] U. Volkmann, *Allgemeine Grundrechtslehren*, in M. Herdegen, J. Masing, R. Poscher, K.F. Gärditz (Hrsg.), *Handbuch des Verfassungsrechts*, München, 2021, p. 1051 ss., part. p. 1057.

[31] G. Jellinek, *Allgemeine Staatslehre*, 3. Auf., Fünfter Neudruck, Berlin, 1929, p. 419 („Jeder staatliche Ansoruch an den einzelnen muss rechtlich begründet sein"); J. Isensee, *Das Dilemma der Freiheit im Grundrechtsstaat*, in K.-H. Kästner, K.W.Nörr, K. Schlaich (Hrsg.), *Festschrift für Martin Heckel -zum siebzigsten Geburtstag*, Tübingen, 1999, p. 739 ss., part. p. 748 ss.

di libertà relazionale[32]. Si tratta, quest'ultima, di una qualificazione che tiene conto della dimensione necessariamente sociale dell'uomo e la cui essenza assiologica è stata già da tempo valorizzata in dottrina[33].

Ciò, tuttavia, non vale ad accertare la natura tralatizia e in via di superamento dell'approccio tipicamente liberale. Del resto, anche nell'ottica individualista la dimensione relazionale -come si è detto- resta per sé la condizione ordinaria e naturale del singolo in quanto componente di una comunità sociale, pertanto, il richiamo a tale condizione non vale a ridurre o cancellare l'esigenza di tutela della libertà come esercizio di arbitrio individuale, sia pure entro i limiti fissati da norme di rango costituzionale e, quindi, dal legislatore.

Una tale tutela, ad ogni modo, non si esaurisce nella difesa di libertà negativa, sottratta all'ingerenza arbitraria dell'autorità ma include anche l'impegno attivo dei poteri pubblici per il superamento degli ostacoli che possano ostacolare o impedire l'esercizio dell'autodeterminazione individuale[34]. L'insorgenza di obblighi di tutela dello Stato mirati a rendere effettivo l'esercizio della libertà individuale realizza così il risvolto pratico, nel diritto positivo, di una razionalità dell'azione pubblica nella tutela della libertà connessa al fine del pieno sviluppo della persona (artt. 2 e 3 Cost.).

L'esercizio pieno ed effettivo di tale libertà postula una modalità di composizione del rapporto tra individuo e autorità che corrisponda al fine di favorire una realizzazione ottimale, seppure non scevra da ogni limite, del diritto all'autodeterminazione concorrendo a definire anche per questo aspetto limiti e portata della decisione politica.

---

[32] U. Sacksofsky, *Relationale Freiheit – Philosophische Wurzeln und grundrechtstheoretische Implikationen*, in K. Günther, U. Volkmann, *Freiheit oder Leben ?*, Berlin, 2022, p. 180 ss; A. K. Mangold, *Relationale Freiheit. Grundrechte in der Pandemie*, in *VVDStRL* 80 (2021), Berlin-Boston 2021, part. p. 11 ss.

[33] Al riguardo, cfr. E. Denninger, *Rechtsperson und Solidarität*, Frankfurt am Main-Berlin, 1967, part. p. 64 ss. Di una libertà relazionale parla soprattutto D. Suhr, *Entfaltung der Menschen durch die Menschen*, Berlin1976, p. 81 ss., che, in contrasto con l'approccio giusnaturalista, intende il paradigma della libertà "nicht einzelmenschlicher Aktivismus, sondern zwischenmenschlicher Interaktionismus", il cui punto di riferimento non è il singolo bensì l'uomo in relazione con il suo prossimo (p. 84).

[34] U. Sacksofsky, *Relationale Freiheit*, cit., p. 181/182.

10. Come si è detto avanti, nelle condizioni di emergenza l'istanza di razionalità dell'azione pubblica non si riduce o scompare ma si commisura necessariamente all'interesse primario alla sicurezza che vi sottende e connota la produzione normativa nella fattispecie, tenuto conto, in particolare, delle relative condizioni contingenti.

In tali circostanze, è il primario interesse generale, concorrente con l'ordinaria istanza di libertà, che lascia apprestare i paradigmi di giudizio per il sindacato su un esercizio legittimo del potere, in particolare sulla determinazione dei limiti all'esercizio di diritti fondamentali, nella prospettiva, che appare prevalente, di un rapido superamento della fase emergenziale.

Del resto, alcune Carte costituzionali (Francia, Spagna) nello sforzo di conferire una razionalità allo stato di emergenza si spingono fino ad una espressa disciplina di quest'ultimo, in particolare, individuandosi nella stessa Costituzione casi, forme e soggetti che intervengono nel governo dell'emergenza, secondo criteri che imputano le competenze, in primo luogo, in capo ad organi di investitura democratica. Ma pur laddove una Costituzione taccia sul punto (come nel caso della Carta repubblicana del '48), il criterio di razionalità basato sulla consistenza democratica dell'organo deriva dal contesto della stessa normativa costituzionale come ispiratore delle modalità di gestione di situazioni di emergenza, eludendosi repentini e totali ribaltamenti della forma di governo "ordinaria". Del pari è dirsi anche per il criterio della necessarietà delle misure rispetto alla contingenza dello stato emergenziale e per il suo superamento.

11. L'istanza di razionalità riposa innanzitutto sul postulato della sussistenza reale di elementi e condizioni, di natura etico-sociale prima ancora che giuridica, integranti la pensabilità stessa della statalità e, nello specifico, dello Stato democratico di diritto, a partire dalla condizione di fiducia e affidamento della comunità nel proprio sistema politico e nella condotta dei propri rappresentanti. La sussistenza di tale condizione, teoreticamente connessa ad una genesi

contrattualistica dello Stato, nel modello democratico-rappresentativo si riflette nell'attività delle Assemblee rappresentative, pur nel pluralismo e varietà di posizioni e maggioranza, di realizzazione del Bene comune. Tale affidabilità si basa su presupposti di lealtà e trasparenza che devono permeare necessariamente la relazione tra società civile e componenti delle forze di governo e del sistema politico in generale ed è comunque rafforzata, oltre che dalla possibilità di cambiamento delle maggioranze di governo, dalla citata trasparenza dell'azione pubblica che rende congrua ed effettiva la relazione causale tra esercizio del potere e responsabilità.

All'interno della menzionata relazione di sussistenza del vincolo di affidabilità quest'ultimo costituisce nel contempo la premessa che porta la comunità ad intendere, di norma, come sempre proficua e veritiera l'informazione proveniente da organi di governo. Ciò induce la stessa comunità ad assecondare le strategie d'azione pubblica messe in campo per realizzare obiettivi di interesse generale e/o fronteggiare situazioni pregiudizievoli ai componenti la stessa società civile. Rileva, a questi fini, una necessaria coesione tra istituzioni e comunità e tra gli stessi componenti il nucleo sociale, quale espressione di un effettivo spirito di solidarietà riflette, di massima, i termini positivi del processo d'integrazione.

12. Sul piano concreto, la razionalità, oltre che i contenuti dell'atto giuridico, inerisce anche all'organizzazione delle istituzioni pubbliche di governo come ai procedimenti di decisione da queste ultimi posti in essere. In particolare, per ciò che concerne le dinamiche specifiche della funzione legislativa intestata al Parlamento, la razionalità è alla base di soluzioni di ordine strutturale e procedimentale sancite tanto dalla Costituzione quanto, anche, dalle previsioni dei regolamenti parlamentari (v. *infra*).

Sul primo versante, oltre al ruolo delle commissioni parlamentari di garanzia (commissione affari costituzionali, commissione bilancio) e nel procedimento legislativo, un peculiare effetto razionalizzatore è annesso al ruolo delle commissioni parlamentari d'inchiesta (art. 82 Cost.) allo scopo di chiarire vicende

ed, eventualmente, formulare imputazioni di responsabilità. Sul versante procedurale, poi, un importante apporto alla decisione legislativa razionale, è recato, oltre che dalla pubblicità delle sedute degli organi parlamentari, dalle rituali audizioni in commissione di tecnici ed esperti, i cui esiti sono poi pubblicati nei resoconti dei lavori dell'organo parlamentare.

Tali strumenti concorrono sinergicamente ad incrementare il livello di consapevolezza delle Assemblee rappresentative in merito ad aspetti di rilievo della regolamentazione da adottare, essi sempre sono in grado di agevolare, nel contempo, la comprensibilità effettiva dei processi di decisione imputati agli organi di rappresentanza politica. Tale comprensibilità è necessaria, nell'esperienza dello stato democratico, per conferire rilevanza effettiva al controllo diffuso sull'attività dei vari gruppi presenti in Parlamento.

13. La regola di pubblicità dell'esercizio di potere pubblico risulta, negli ordinamenti democratici, di fondamentale importanza per la razionalità dell'atto adottato. Non è un caso che essa riguardi in modo diretto anche l'azione amministrativa[35] rendendo così trasparenti e non più carsiche le dinamiche dell'iter di formazione e favorendo, inoltre, la partecipazione dei soggetti privati interessati anche alla determinazione dei contenuti dell'atto. In tale prospettiva, il ricorso al segreto, di ufficio o di Stato, in relazione ad alcuni atti di saliente spessore giuridico e politico possa inquadrarsi come un punto di potenziale pregiudizio per la stessa razionalità della decisione, almeno nella misura in cui la sottrae alla regola generale di pubblicità. Tanto giustifica un'esigenza di stretta limitazione dell'apposizione del segreto nei soli casi di preservazione di interessi superiori, come la protezione dello stesso ordinamento democratico[36].

14. In quanto la razionalità pertiene all'esperienza dello Stato moderno essa connota ancor più la struttura complessiva e l'esperienza dello Stato democratico,

[35] L. n. 241/90 e successive modificazioni.

[36] E. Denninger, *Informationszugang und Geheimhaltung* (2000), ora anche in Id., *Der gebändigte Leviathan*, Baden-Baden, 1990, p. 63 ss.

sul piano politico come anche su quello giuridico-positivo. In particolare, se una razionalità di scopo e di valori dev'essere riflessa nei contenuti della legge[37], una razionalità organizzativa e procedurale sottende ad ogni livello istituzionale - statale, regionale, locale- le dinamiche dell'azione di governo.

Tanto più la condotta razionale deve informare la produzione legislativa quanto più quest'ultima si possa configurarsi come forma di realizzazione del Bene comune all'interno della cornice essenziale della Costituzione (*Rahmensordnung*), oltre che come forma attuativa del disegno, politico-sociale, recato direttamente dalla stessa Carta costituzionale entro cui finisce per ricondursi ogni espressione di scelta politica[38]. Insomma, prevalga l'una o dell'altra delle possibili declinazioni teoriche della Costituzione, che ne influenzano l'indotto esegetico[39], resta impregiudicata l'osservanza di una razionalità che guidi l'esercizio da parte del legislatore ordinario della propria discrezionalità. Ciò in quanto l'agire democratico non assume di per sé assoluta prevalenza in quanto manifestazione di volontà popolare, esso ha bisogno, invece, per apparire legittimo in quanto razionale, di accordarsi con principi e garanzie di diritti fissate nella Costituzione, disponendosi liberamente entro il perimetro disegnato dalle norme costituzionali.

Peculiare significato, in questo contesto, assume il sistema delle garanzie soprattutto giurisdizionali (per gli atti legislativi, in particolare del ruolo della Corte costituzionale) come momento di controllo della razionalità, anche ai fini del corretto svolgimento dell'autorità amministrativa.

14. Del resto, la struttura razionale dell'atto pubblico e, perciò, della relativa condotta del potere si certifica allorquando esso "affronta le richieste della ragione e, davanti a queste, può giustificarsi qui e oggi" come una condotta "oggettivamente fondata/motivata"[40].

[37] U. Di Fabio, *Coronabilanz*, cit., p. 82.

[38] Sul concetto di Costituzione come ordinamento di cornice (Rahmensordnung), v. E.W. Böckenförde, *Die Methoden der Verfassungsinterpretation – Bestandsaufnahme und Kritik* (1976), ora anche in Id., *Staat, Verfassung, Demokratie*, Frankfurt am Main, 1991, p. 53 ss., part. p. 86 ss.

[39] E.W. Böckenförde, op. ult. cit. p. 53.

[40] J. Isensee, *Rationalität des Staates und Irrationalität des Menschen*, cit., p. 170 ss.

Se in questa prospettiva il contributo della scienza si mostra senz'altro rilevante, tanto più quando attiene a questioni che investono necessariamente saperi qualificati, per la cui soluzione diventa indispensabile il ricorso alla consulenza tecnico-scientifica (clima, biodiversità, sanità, AI) [41] va fronteggiato, soprattutto in casi di tal genere, il rischio di un'eccedenza di peso politico del sapere scientifico, in grado di causare una vera e propria deriva scientista e l'avvento, così, di una espertocrazia[42]. Tale locuzione vale a sintetizzare l'eccedenza di peso, politico e comunicativo, di scienziati ed esperti che assumono, pertanto, una preponderanza decisiva nella definizione di strategie di azione pubblica per la realizzazione di fini e bisogni che la stessa scienza di settore attende a perseguire. Emancipata da ogni esigenza di apprezzamento degli interessi generali complessivi integranti la condizione di Bene comune e, perciò, da ogni confronto paradigmatico anche con il dettato costituzionale, l'espertocrazia resta ancorata ad una rappresentazione unidirezionale e massimalista dell'interesse prevalente, del tutto coincidente con i propri obiettivi scientifici [43]. In tale prospettiva, difetta inevitabilmente ogni attenzione verso libertà e diritti individuali, soprattutto allorquando il loro esercizio possa pregiudicare il perseguimento degli obiettivi generali perseguiti.
L'espertocrazia è categoria che stigmatizza, dunque, un tale dominio del sapere scientifico che si riflette nella sostanza di atti giuridico-normativi quale prodotto di decisioni pur rimesse, in principio, agli organi di governo. In questi termini, senza riguardo alcuno a concorrenti interessi, generali e particolari, anch'essi rientranti nella sfera costituzionale, si delinea un grave deficit di razionalità democratica.

15. Sintomi reali di un dominio degli esperti nell'azione di governo si sono resi evidenti nel corso dell'esperienza recente di emergenza sanitaria, nella forma di una diarchia assoluta di Esecutivo e organismi scientifici e con il corrispettivo

[41] J. Isensee, *Verfassungsrecht als „politisches Recht"*, cit., p. 484 ss., Rdn.24.
[42] In tal senso, v. S. Rixen, *Verwaltungsrecht der vulnerablen Gesellschaft*, in VVDStRL 80, *Staat und Gesellschaft in der Pandemie*, Berlin/Boston, 2021, p.36 ss., part. p. 59. Sulla condizione di espertocrazia v. anche S. Post, *Zwischen Expertokratie und Wissenschaftspopulismus. Wie die Aufladung wissenschaftlicher Expertise polarisiert*, in *APuZ*, 2022.
[43] H. J. Papier, *Freiheit in Gefahr*, cit., p. 29 ss.

arretramento del ruolo delle Assemblee parlamentari, di fatto declassate ad organi di mera ratifica (a volte, quasi automatica) delle misure intraprese dall'Esecutivo [44]. In un tale contesto, in cui si rivelano i tratti di una "politica non politica"[45] può apparire *prima facie* rassicurante (e, perciò del tutto ragionevole) che la tutela della vita e della salute di singoli e collettività sia rimessa integralmente nella mani della "scienza" piuttosto che di politici incompetenti, giacché solo la prima è in grado di definire un approccio adeguato alla soluzione dei problemi connessi all'emergenza[46].

Tanto, tuttavia, non corrisponde all'ordine sostanziale delle attribuzioni che, nello Stato costituzionale democratico vale a scandire in modo specifico la relazione tra esercizio dell'autorità (in primo luogo, politica) e responsabilità connessa. Anche in fasi estreme, dunque, la razionalità della forma di governo parlamentare deve affermarsi come indefettibile in quanto risvolto, sul piano dell'organizzazione massima dei poteri, di una tale relazione. Essa, pertanto, non può subire una pesante trasfigurazione attraverso l'integrale attribuzione ad organismi tecnici del potere effettivo di determinare i contenuti della decisione imputata agli organi di governo. La rilevanza dell'apporto scientifico, che si commisura alla gravità della situazione, non può comunque giungere a surrogare l'apprezzamento politico circa l'impatto delle soluzioni tecniche su bisogni e interessi complessivi della comunità, in primo luogo alla luce di quanto prefigurato dalla Carta costituzionale.

Come ha avuto modo di precisare il Tribunale costituzionale federale tedesco, la realizzazione di obiettivi scientificamente determinati come passaggi per la realizzazione di un fine connesso alla preservazione di Beni costituzionali -nello specifico, il superamento dell'emergenza climatica attraverso il progressivo azzeramento delle emissioni nell'aria di anidride carbonica- non può portare a determinare l'assoluta preferenza di tale interesse, richiedendosi sempre e

[44] Sul punto, v. anche H. J. Papier, op. ult. cit., p. 37 ss.; U. Di Fabio, *Coronabilanz*, cit., p. 79 ss.; L. Hering, *Parlamentarismus in Zeiten der Corona-Krise*, in *Der Staat*, 61 (2022), p. 205 ss., part. p. 221 ss.

[45] A. Vosskuhle, op. ult. cit., p. 53 ss.

[46] A. Vosskuhle, *Europa, Demokratie, Verfassungsgeschichte*, Berlin, p. 53, che intende l'espertocrazia quale antitesi del parlamentarismo.

comunque un bilanciamento con gli altri interessi costituzionali, concorrenti rispetto al primo[47]. Ciò comporta che la garanzia dei diritti fondamentali può obbligare lo Stato alla loro tutela anche in relazione agli esiti di un cambiamento globale di clima, tanto più, poi, che il diritto alla vita e alla salute (art. 2 Abs. 2 satz 1 GG) fissano in capo allo Stato un generale obbligo di protezione della vita e dell'inviolabilità del corpo, anche in relazione ai rischi connessi al mutamento climatico[48] . Anche tale giurisprudenza va, dunque, nella direzione di ritenere che il contributo offerto dalla scienza per la soluzione di uno specifico problema debba essere ponderato attraverso apprezzamenti inerenti agli interessi e diritti costituzionali che concorrono ad orientare l'azione di governo nella produzione normativa. In tale potere-dovere di apprezzamento complessivo trova compimento il modello di democrazia rappresentativa che resta integro ed operativo, in principio, anche nello stato di emergenza.

16. In questa prospettiva, la specifica attenzione alla recente situazione di emergenza pandemica, di cui si è detto, si mostra tanto più di rilievo in quanto, in collaborazione con organismi scientifici di ausilio, il Governo ha adottato una serie di misure (obbligo di mascherina, lockdown, obblighi vaccinali, divieto di uscite etc.), la cui effettiva efficacia in termini di prevenzione o di freno del contagio era tutt'altro che scientificamente comprovata e che, tuttavia, hanno causato un sacrificio grave o gravissimo all'esercizio di libertà e diritti fondamentali.
Nell'ottica della legittimità costituzionale, dunque, il deficit di proporzionalità, in termini di necessarietà, adeguatezza ed essenzialità delle misure intraprese (v. *supra*) appariva connesso non tanto (o soltanto) alla incongruenza di alcune misure quanto, soprattutto, alla carenza di una asseverazione scientifica della portata pratico-funzionale di tali misure, da cui soltanto avrebbe potuto discenderne la legittimità del ricorso nella specie.

[47] BVerfG, Besch. von 24.3.2021. Al riguardo, cfr. H. Schulze-Fielitz, *Sub Art.20a GG*, in H. Dreier (Hrsg.), *GG-Kommentar*, Band II, 2. Aufl., Tübingen, 2006, p. 310, Rdn. 40.
[48] BVerfG, 1- BvR 2656/18, 1 BvR 78/20, 1 BvR96/20, 1 BvR 288/20, in cui si precisa, tra l'altro, come l'art. 20a GG non statuisce alcun diritto soggettivo e, pertanto, non va ad integrare il catalogo dei diritti fondamentali.

Prescindendosi, nell'esposizione argomentativa, dagli esiti della giurisprudenza costituzionale sul punto[49], non può farsi a meno di rilevare come nella specie è parsa senz'altro lacunoso, sul piano della razionalità dell'agire, anche il richiamo alla prevenzione, come fondamento di tale strategia. Vero è che logica della prevenzione e logica dello Stato costituzionale di diritto appaiono strutturalmente antitetiche e confliggenti[50], tuttavia, nella specie proprio il contributo della scienza avrebbe potuto mitigare eccessi e ridondanze dell'azione preventiva, prospettandosi così uno scenario di razionalità adeguata all'azione di governo e per la tutela delle garanzie di diritti soggettivi. Basti pensare, tra le misure intraprese meno in linea con il canone della proporzionalità di cui si è detto, quella relativa al limite alla libertà di circolazione che ha implicato il divieto di pratica sportiva individuale anche in luoghi assolutamente solitari (un bosco, una spiaggia). O, ancora, il divieto di uscita comune, valido anche tra membri dello stesso nucleo familiare (laddove, forse, sarebbe bastata la previsione di un obbligo di distanziamento tra singoli o tra gruppi familiari, misura molto più mite e congruente). L'inadeguatezza, sia in funzione preventiva che di contenimento del contagio, di tali rigide proibizioni appare all'evidenza.

Non razionali, nel senso di cui si discute, sono apparse inoltre misure come la chiusura di locali pubblici dopo una certa ora, mancando ogni scientifica certezza che l'apertura oltre l'ora stabilita facilitasse o aumentasse il rischio di contagio. Tale divieto ha comportato, tra l'altro, una limitazione di diritti fondamentali di portata economica, come l'attività di lavoro e l'esercizio di iniziativa economica privata, in grado di pregiudicare la garanzia di una vita libera e dignitosa per gli esercenti tale attività (lavoratori e/o titolari di servizi) senza che a ciò corrispondesse la certezza scientifica di un beneficio per la salute, individuale e collettiva.

[49] V. soprattutto Corte cost., sentt. nn. 14, 15 e 16 del 2023.

[50] In tema, soprattutto E. Denninger, *Der Präventions-Staat* (1988), ora anche in Id., *Der gebändigte Leviathan*, Baden-Baden, 1990, p. 33 ss.; nonché Id., *Vom Rechtsstaat zum Präventionsstaat* (2003), ora anche in Id., *Recht in globaler Unordnung*, Berlin, 2005, p. 223 ss., part. p. 228 ss.

17. Con riguardo specifico agli obblighi vaccinali fissati, con cadenza progressiva, nel susseguirsi di dd.ll. emergenziali [51] il livello dell'irrazionalità della condotta sembra perfino accresciuto. Senza trascurare il fatto che i farmaci denominati vaccini erano stati messi in commercio con un complesso di autorizzazioni provvisorie, va considerata l'assenza di una documentazione scientifica congrua attestante la efficacia profilattica di tali farmaci, in grado di proteggere il vaccinato dal rischio di contagio del virus. In conseguenza, la somministrazione del "vaccino" non rendeva l'individuo immune da tale rischio, con la possibilità anche solo potenziale di frequentare liberamente persone non vaccinate. Corrispettivamente, non lo emancipava dal rischio di rappresentare egli un vettore di contagio, dunque, di poter contribuire (del tutto involontariamente) alla diffusione del virus.

In ragione di ciò, non veniva a trovare alcuna base costituzionale di giustificazione la limitazione dell'esercizio di alcune libertà fondamentali per le sole persone non vaccinate, così che la previsione per i soli vaccinati dell'esercizio di libertà costituzionali -dal diritto al lavoro, a quello di circolazione, di soggiorno, o di frequentare luoghi aperti al pubblico durante la pandemia, etc.- realizzava un vulnus del principio di eguaglianza trasformando in privilegio la garanzia costituzionale dell'esercizio di un diritto[52].

In carenza di certezze scientifiche sull'efficacia profilattica del vaccino e sulla mancanza di rischi, per la sua inoculazione, alla salute individuale le suddette limitazioni apparivano, allora, soprattutto l'esito di decisioni arbitrarie e irrazionali. Non va sottaciuto, in proposito, che l'imposizione dell'obbligo vaccinale, in quanto deroga alla generale libertà di autodeterminazione in materia di vita e di salute (art. 32 c. 1 Cost.), avrebbe richiesto motivazioni specifiche e più congruenti, dal punto di vista della razionalità costituzionale dell'agire legislativo, ben oltre il semplice richiamo ad una generica attività di prevenzione, riferibili unicamente all'accertamento di un'effettiva efficacia profilattica dei vaccini in

[51] ..dapprima limitati a specifiche categorie di lavoratori, poi estesi a tutti i soggetti (ultracinquantenni) ritenuti fragili.

[52] Conforme, H. J. Papier, *Freiheit in Gefahr*, cit., p. 35 ss. .

questione. Ma una siffatta efficacia era esclusa anche dalle indicazioni espresse delle case produttrici dei farmaci suddetti che accompagnano le singole confezioni.
La trasfigurazione dell'esercizio di libertà in una condizione di privilegio[53] per i soli vaccinati -inteso piuttosto come un esito premiale corrispettivo della soggezione al trattamento vaccinale- è parso piuttosto l'esito del deficit di razionalità di una tale strategia, nel contesto di un vero e proprio ordinamento dell'emergenza in cui, seppure in via momentanea, all'ordinario principio di libertà quale caposaldo della Costituzione del '48 si surroga quello di autorità. Ciò ha finito inevitabilmente per generare un conflitto con la razionalità espressa dal *Menschenbild* costituzionale[54], quantunque i termini di un tale conflitto non sono apparsi nitidi ed evidenti al giudice costituzionale.

18. Un'ulteriore aporia riguardante la razionalità del diritto positivo[55] e della decisione politica che vi sottende ha a che fare più direttamente con la sfera ampia della conoscenza, in cui si fa convergere il flusso pluralistico delle espressioni di pensiero poi scandite, partitamente, nelle categorie dell'informazione e della comunicazione (art. 21 Cost.).
Tale libertà di espressione, come è noto, ha una consistenza assiologica duplice, riguardata in stretta correlazione sia con il naturale bisogno umano di socialità e perciò con il fine di pieno sviluppo della persona (artt.2, 3 c. 2 Cost.) quanto, anche, con il funzionamento dell'ordinamento democratico. Essa, pertanto, si atteggia come libertà negativa, a presidio contro le ingerenze arbitrarie del potere pubblico, ma riveste anche una dimensione precipuamente istituzionale[56], per la garanzia di esistenza di un sistema comunicativo pluralistico e funzionale alla realtà del

[53] H. J. Papier, *Freiheit in Gefahr*, cit., p. 35 ss.
[54] E.W. Böckenförde, *Das Bild vom Menschen in der Perspektive der heutigen Rechtsordnung* (1985), in Id., *Recht, Staat, Freiheit*, Frankfurt am Main, 1991, p. 58 ss.
[55] B. Fassbender, *Wissen als Grundlage staatlichen Handelns*, in J. Isensee, P. Kirchhof, *Handbuch des Staatsrechts*, Band IV, 3. Auf., Heidelberg, 2006, p. 244 ss.
[56] Sull'influenza che le differenti teorie dei diritti fondamentali esercitano sull'interpretazione delle relative previsioni costituzionali, cfr. E.W. Böckenförde, *Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation* (1974), ora anche in Id., *Recht, Staat, Freiheit*, Frankfurt am Main, 1991, p. 115 ss.

processo democratico. In fine, la previsione costituzionale crea in capo ai poteri pubblici un obbligo di protezione per la garanzia effettiva dell'esercizio individuale di tale libertà, anche sotto il profilo dell'accesso alle fonti dell'informazione plurale.

In definitiva, pluralismo dell'informazione e della comunicazione, pieno sviluppo della personalità ed esercizio consapevole della sovranità popolare si configurano come aspettative costituzionali[57], la cui realizzazione integra elementi di un'identità irretrattabile del modello costituzionale di Stato. Nella primaria garanzia di siffatto pluralismo, in sintesi, è riflessa l'aspirazione ultima del Costituente a fondare un adeguato livello di conoscenza come strumento di crescita culturale e di consapevolezza civica, in una società civile composta da individui (*Bourgois*) oltre che da cittadini sovrani (*Citoyen*), in grado di partecipare alla vita politica, economica e sociale del Paese (art. 3 c. 2 Cost.) operando scelte selettive anche nella ricerca dell'informazione credibile di cui necessita.

L'avvento dei *social* e, con esso, di una sorta di pluralismo atomizzato dell'espressione di pensiero ha implicato novità di rilievo riguardanti, oltre che la forma, la natura (o il tipo) della comunicazione, che va oltre il dato reale ed è mirata, sovente, alla produzione di reazioni emotive. Una condizione del tutto inedita rispetto a quella a cui i Costituenti potevano fare riferimento.

Pertanto, se l'incremento del pluralismo è parsa a lungo la principale aspettativa attuativa della libertà costituzionale di manifestazione del pensiero (art. 21 Cost.) è insorta, solo di recente, l'esigenza opposta, connessa al rischio di infodemia, di selezionare previamente l'informazione/comunicazione escludendo dalla sfera materiale della garantita di tale libertà, le *fake news* e la disinformazione, seppure ricadenti comunque in una sfera costituzionalmente tutelata, che è quella della libertà di agire dell'individuo (art. 2 Cost.).

Tale esperienza rivela dunque una precipua torsione dell'interpretazione della libertà in parola secondo un senso precipuamente comunitaristico, più strettamente connesso all'accezione istituzionale o precipuamente democratico-funzionale dei

[57] In tema, v. soprattutto J. Isensee, *Grundrechtsvoraussetzungen und Verfassungserwartungen an die Grundrechtsausübung*, in J. Isensee, P. Kirchhof, *Handbuch des Staatsrechts* (Hrsg.), Band IX, 3. voll. rev. Auf., Heidelberg, 2011, p. 366 ss., Rdn.221 e p. 390 ss., Rdn. 271 ss.

diritti fondamentali[58]. Ciò, potrebbe dirsi, configura l'esordio di una razionalità assiologica nuova che, dal punto di vista costituzionale, sottende all'esercizio in concreto dell'espressione di pensiero, la cui obiettiva congruenza appare tutt'altro che scontata.

Per un verso, non si comprende fino in fondo perché mai la comunicazione post-fattuale, che rappresenta una tendenza dell'attualità, sia per ciò stesso esclusa dalla sfera materiale della garanzia ex art. 21 Cost..

Del pari è a dirsi per la cd. disinformazione che, rispetto alle *fake news* intese come falso storico oggettivo, rivela contorni molto più opachi. In essa, come l'esperienza dell'emergenza sanitaria ha dimostrato, rischia di confluire anche una comunicazione tutt'altro che falsa o incongrua sul piano della verità scientifica, tuttavia in chiaro dissenso con una verità "ufficiale" dominante. La disinformazione, a ben vedere, postula l'intervento di un'autorità che previamente specifichi ciò che possa essere riguardata come informazione autentica e valga, dunque, come discrimine per qualificare la disinformazione. Quest'ultima tende perciò ad essere prodotto di approccio di tipo decisionista [59], dunque a geometrie variabili secondo quale sia il fine (politico) da realizzare.

Ciò prefigura il rischio generale che l'espressione di pensiero sia selezionata in base a un criterio teleologico-funzionale commisurato a interessi politici di maggioranza. La disinformazione appare una categoria relativa e residuale che raccoglie, in sintesi, il complesso di un pensiero dissenziente, a prescindere da ogni accreditamento di verità o congruenza.

Ne consegue, in generale, la sussistenza di una presunzione d'irrazionalità di atti giuridici, anche di natura normativa, i cui contenuti non risultino ispirati all'informazione presunta autentica. Del resto, in tale direzione si muove la

[58] Sull'influenza che le differenti teorie dei diritti fondamentali esercitano sull'interpetazione delle relative previsioni costituzionali, cfr. E.W. Böckenförde, *Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation* (1974), ora anche in Id., *Recht, Staat, Freiheit*, Frankfurt am Main, 1991, p. 115 ss.

[59] E. Bolsinger, *Was ist Dezisionismus? Rekonstruktion eines autonomen Typs politischer Theorie*, in Politische Vierteljahresschrift, 39 (1988), p. 471 ss.; M. Hirsch, *Politische Theologie des Konflikts. Carl Schmitt im politischen Denken der Gegenwart*, in R. Voigt (Hrsg.), *Der Staat des Dezisionismus*, Baden-Baden, 2007, p. 83 ss.

dirittifondamentali.it

normativa comunitaria in materia (DSA), che intesta ai grandi gestori di piattaforme social obblighi di controllo anche sui contenuti della manifestazione di pensiero da cui deriva l'applicazione di misure sanzionatorie che possono giungere fino alla censura dei contenuti qualificati come disinformazione.

La disinformazione -è appena il caso di ribadirlo- non coincide con le fake *news*, per le quali soltanto può valere -sia pure con una certa approssimazione- il criterio storico-obiettivo del vero e/o falso[60]. Se, come si è detto, anche la circolazione di un'informazione post-fattuale non si mostra in sé avulsa da ogni base di razionalità, quella riguardante la disinformazione appare legata in modo pressoché esclusivo ad una direzione di senso politico.

19. In conclusione alle esposte riflessioni, appare evidente come la relazione tra scienza e diritto positivo come, più in generale, l'apporto della prima ai fini della razionalità del secondo presenti risvolti e profilature complesse, non riducibili ad un giudizio unitario di sintesi. Non è in discussione l'assioma di fondo, vale a dire l'importanza fondamentale di un tale apporto per la razionalità della produzione normativa, non si nascondono tuttavia i rischi permanenti di uno squilibrio effettivo tra i poli di tale rapporto, autorità e organismi scientifici.

Vero è che il sigillo della scienza non copre anche le ambizioni soggettive (personali e/o politiche o professionali) dei singoli scienziati, né acquisizioni ancora del tutto parziali e prive di riscontro nelle dinamiche applicative di metodo. Essa tende a identificarsi piuttosto in risultati asseverati proprio attraverso il ricorso a tale metodo e che vengono a delinearsi anche ai fini della elaborazione di porre soluzioni a un problema pratico contingente.

Solo così la razionalità delle strategie viene a basarsi su presupposti scientifici solidi e privi di (gravi) rischi anche per la vita e la salute individuale.

[60] Al riguardo, per gli opportuni riferimenti bibliografici sia consentito il rinvio a V. Baldini, *Approccio decisionista e limitazioni della libertà di manifestazione del pensiero: un problema dello Stato costituzionale di diritto*, in www.dirittifondamentali.it, fasc. 3/2023 nonché, Id., *Verità e libertà nell'espressione del pensiero…Prendendo spunto da casi concreti* in *www.dirittifondamentali.it*, fasc.2/2017 ss.; in tema, le interessanti riflessioni recate dal volume di C. Magnani, *Finché ci sono fake news c'è speranza*, Soveria Mannelli, 2021, part. p. 13 ss.

dirittifondamentali.it

Quella tra scienza e diritto, anche al livello costituzionale, si configura in definitiva come una relazione tra sistemi paralleli ma collegati attraverso l'interpolazione della decisione politica. Le virtù della scienza di generare progresso e favorire scelte autenticamente razionali anche nella produzione giuridica si rendono effettivamente positive allorquando se ne commisuri la portata, entro un quadro di compatibilità politiche e costituzionali, alla realizzazione del Bene comune[61]. Nella razionalità dell'agire dell'autorità pubblica, in ogni circostanza e condizione, si condensa in ultima analisi la stessa ragione d'esistenza dell'ordinamento democratico.

dirittifondamentali.it

[61] Così, J. Isensee, *Verfassungsrecht als „politisches Recht"*, cit., p. 483 ss, Rdn. 24.

dirittifondamentali.it

Dirittifondamentali.it - Fascicolo 1/2025
Data di pubblicazione – 13 febbraio 2025

Il premierato elettivo, tra diritto e politica: brevi notazioni critiche*

di
Luigi D'Andrea**

La succinta riflessione che qui propongo prende le mosse da uno dei termini che campeggiano nel titolo (anzi, nel sottotitolo) del nostro Convegno (*Un Presidente eletto dal popolo. Obiettivi, limiti, vie praticabili*): il riferimento alle "*vie* praticabili" riconduce all'esigenza di assumere, nell'analisi critica del testo di revisione costituzionale relativo al c.d. "premierato elettivo", un approccio non puramente statico o astrattamente dogmatico, ma piuttosto attento alla dimensione storica e non asfitticamente confinato alla sfera giuridico-formale. Naturalmente, ciò significa, in primo luogo, avere riguardo per la lunghissima parabola conosciuta dalle spinte riformatrici della forma di governo adottata dalla Carta costituzionale del 1948[1]: se anche si considerano soltanto le proposte che hanno trovato spazio all'interno delle nostre Assemblee rappresentative, se ne può individuare il punto di avvio nel lontano 1983, quando si insediò la Commissione bicamerale per le riforme costituzionali presieduta dall'on. Aldo Bozzi, che concluse (infruttuosamente) i suoi lavori nel 1985. Come è noto, a tale tappa iniziale sono

*Intervento, corredato di un apparato essenziale di note, svolto nell'ambito del Convegno dal titolo *Un Presidente eletto dal popolo. Obiettivi, limiti, vie praticabili*, Palermo, 30-31 ottobre 2024.

** Professore ordinario di Diritto costituzionale presso l'Università degli Studi di Messina.

[1] Sulla lunga parabola delle proposte di revisione della seconda Parte della Costituzione repubblicana, v., in una letteratura praticamente incontenibile, AA. VV, *Le proposte di riforma della Costituzione*, a cura di A. Cardone, Napoli, 1014; AA. VV., *Vent'anni di Costituzione (1993-2013). Dibattiti e riforme nell'Italia tra due secoli*, a cura di S. Sicardi – M. Cavino – L. Imarisio, Bologna, 2015 (ed *ivi*, spec., S. SICARDI, *Costituzione, potere costituente e revisione costituzionale*, 9 ss.); P. POMBENI, *La questione istituzionale in Italia*, Bologna, 2016, 299 ss.; A. BARBERA, *La Costituzione della Repubblica italiana*, Milano, 2016, spec. 177 ss.

Contributo sottoposto a referaggio

seguiti diversi ulteriori tentativi riformatori, nessuno dei quali è stato in grado di incidere sul complessivo assetto dei rapporti tra gli organi di vertice del sistema, come delineato dall'Assemblea costituente. Ma, in questa sede, intendo valorizzare l'esigenza di un approccio dinamico alla vasta problematica rappresentata dalle riforme della seconda Parte della Costituzione, allo scopo di patrocinare l'adozione di una prospettiva di analisi che ne consideri l'imprescindibile nesso con il complessivo divenire dell'intero ordinamento e ne evidenzi i nessi con la dimensione squisitamente politica[2].

A mio sommesso parere, la cornice teorica entro la quale è preferibile incardinare e "ambientare" una simile lettura è offerta dalla tesi – autorevolmente patrocinata da P. Häberle – secondo la quale la Costituzione non è in alcun modo riducibile al solo atto normativo, gerarchicamente sovraordinato all'intero sistema delle fonti, che racchiude ed esprime le opzioni assiologiche e normative sulle quali riposa l'identità e (perciò) l'unità dell'ordinamento[3], dovendosi adeguatamente considerare che essa si risolve altresì nel complessivo processo in seno al quale quelle opzioni (a partire dai valori fondamentali del sistema) trovano implementazione effettiva ed inveramento storico. Ciò significa che la fisionomia positivamente assunta da un ordinamento costituzionale risulta dall'inesauribile

[2] Sul nesso tra ordinamento costituzionale e transizioni storiche, in generale, v. A. LUCARELLI, *Costituzionalismo e Storia. Riflessioni sulle dimensioni epistemologiche del senso della tradizione*; M. DOGLIANI, *Scienza costituzionalistica e scienze umane. La dimensione costituzionale delle transizione storiche: la rivoluzione francese, la rivoluzione industriale, la rivoluzione tecnologica*; S. GUERRIERI, *La dimensione costituzionale delle transizione storiche: la Rivoluzione francese e la sua eredità tra Otto e Novecento*; S. COLARIZZI, *La dimensione costituzionale delle transizioni costituzionali in Italia all'epoca della rivoluzione industriale e della rivoluzione tecnologica*, in AA. VV., *Annuario 2021. Scienza costituzionalistica e scienze umane* (Atti del XXXVI Convegno annuale dell'AIC, Napoli, 3-4 dicembre 2021), Napoli, 2022, rispett. 3 ss., 33 ss., 67 ss., 81 ss.

[3] Basti, in proposito, richiamare F. MODUGNO (*Il concetto di costituzione*, in *Scritti in onore di C. Mortati*, I, Milano, 1977, 236), secondo il quale la Costituzione, proprio in quanto contiene il patrimonio dei valori fondamentali della convivenza organizzata, risponde "all'esigenza di pensare l'ordinamento come un intiero, ossia appunto come quel determinato ordinamento: essa è, a tacer d'altro, *principium individuationis* dell'ordinamento considerato", nonché H. KELSEN [*Teoria generale delle norme* (1979), Torino, 1985, 152], il quale osserva che "nonostante le molteplici trasformazioni subite, la nozione di costituzione ha conservato un nucleo permanente: l'idea di un principio supremo che determina l'intero ordinamento statale e l'essenza della comunità costituita da quest'ordinamento. Quale che sia il modo in cui viene definita la costituzione è sempre il fondamento dello stato la base dell'ordinamento che si vuole cogliere".

tensione dialettica che sussiste tra il polo (statico) della Carta costituzionale ed il polo (dinamico) del relativo processo di attuazione, al quale afferiscono fenomeni certamente eterogenei (atti normativi sub-costituzionali, prassi amministrativa, indirizzi giurisprudenziali, dinamiche politiche e sociali…), ma tutti concorrenti, sia pure in forme e misure diverse, a plasmare e conformare quella fisionomia[4].

Naturalmente, riguardo a tale formidabile problematica dottrinale non mi è possibile in questa sede andare oltre tali (mi rendo conto, apodittiche) affermazioni. Ho comunque ritenuto utile evocarla, in quanto mi sembra che precisamente la polarità tra atto e processo, nella quale la teoria richiamata ravvisa l'identità del sistema costituzionale, si configuri come una preziosa (anzi, a ben vedere, infungibile) chiave di lettura dei molteplici progetti di revisione costituzionale che sono stati fin qui avanzati; e ciò – si badi – in una prospettiva tanto descrittiva quanto prescrittiva. Per un verso, infatti, è appunto la dinamica circolare tra atto e processo, in cui l'incessante dialettica tra tali due poli finisce per risolversi, a spiegare la spinta che si genera – per così dire – "dal basso" (cioè, dal processo di implementazione della Carta costituzionale) "verso l'alto", vale a dire in direzione di una modifica delle disposizioni recate dall'atto normativo di vertice dell'ordinamento normativo (prospettiva descrittiva). Per altro verso, è precisamente l'esigenza di (ri)organizzare e (ri)orientare le molteplici manifestazioni di quella dialettica, così da conseguire forme più adeguate ed equilibrate (in rapporto al mutato contesto storico) di inveramento dei principi costituzionalmente sanciti, che in ultima analisi giustifica le proposte di revisione del testo costituzionale, perciò ponendosene come ineludibile criterio di discernimento critico (prospettiva prescrittiva, almeno dal punto di vista del sistema costituzionale).

[4] Sulla categoria della Costituzione-processo, è d'obbligo richiamare P. HÄBERLE, *Verfassung als öffentlicher Prozess*, Berlino, 1978 e *Die Verfassung des Pluralismus. Studien zur Verfassungstheorie der offenen Gesellschaft*, Resenburg, 1980. Nella letteratura italiana, al riguardo, si segnala A. SPADARO, *Dalla Costituzione come "atto" (puntuale nel tempo) alla Costituzione come "processo" (storico). Ovvero della continua* evoluzione *del parametro attraverso i giudizi di costituzionalità*, in *Quad. cost*., 1998, 416 ss., nonché, volendo, L. D'ANDREA, *Il progetto di riforma tra Costituzione-atto e Costituzione-processo*, in AA.VV., *La riforma costituzionale*, a cura dell'A.I.C., Padova, 1999, 97 ss. e ID., *Ragionevolezza e legittimazione del sistema*, Milano, 2005, 288 ss.

Come ben può comprendersi, il riferimento alla prospettiva prescrittiva ci ha indotto a volgere lo sguardo in direzione degli altri due termini che compaiono nel sottotitolo del nostro Convegno: "obiettivi" e "limiti". E sia consentito porre in evidenza come essi, in realtà, alludano ad una stessa categoria di norme, delle quali valgono a mettere in luce due distinte funzioni nella dinamica del sistema. Si tratta, naturalmente, dei principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale: infatti, essi si pongono come "obiettivi" di ogni riforma (almeno, di ogni riforma costituzionalmente pregevole), che deve qualificarsene come una più adeguata forma normativa di attuazione; e, allo stesso tempo, di ogni riforma (ancora, di ogni riforma costituzionalmente pregevole) si configurano come i "limiti", segnando, nella loro reciproca ed equilibrata compenetrazione sistematica, gli invalicabili argini che dell'ordinamento costituzionale presidiano l'identità e l'unità.

Alla luce delle considerazioni generali (nonché inevitabilmente sommarie) che si sono fin qui venute delineando, è adesso possibile avanzare qualche osservazione critica intorno alla riforma costituzionale che è in discussione presso le Camere, avente ad oggetto l'introduzione del c.d. "premierato elettivo"[5]: pur riguardando un novero piuttosto limitato di disposizioni costituzionali, sembra difficile negarne la capacità di incidere non marginalmente sulla forma di governo delineata dalla Carta repubblicana del 1948. E rispetto alle valutazioni critiche (costituzionalmente orientate) riguardanti la forma di governo, i principi fondamentali del sistema costituzionale si presentano quali preziosi punti di riferimento, in quanto cardini intorno ai quali si definiscono e si articolano le forme di Stato, cioè le relazioni tra l'autorità pubblica ed i cittadini: in realtà, a ben vedere, sono appunto le forme di Stato a configurarsi come l'autentica sostanza della problematica costituzionale relativa alle forme di governo. E all'interno dei sistemi costituzionali

[5] Su tale disegno riformatore, v. M. VOLPI, *Quale forma di governo per l'Italia*, Modena, 2023, 50 ss.; S. BONFIGLIO, *Le scelte del Premier nei sistemi parlamentari*, Torino, 2023; AA. VV., *Riforme istituzionali e forma di governo*, a cura di G. Pitruzzella – A. Poggi – F. Fabrizzi – V. Tondi della Mura, Torino, 2023; A. POGGI, *Le "virtù" del premierato. Sistema politico e forma di governo in Italia*, Torino, 2024; A. STERPA, *Premierato all'italiana. Le ragioni e i limiti di una riforma costituzionale*, Milano, 2024.

liberaldemocratici convivono, non senza fatica, tre diverse forme di Stato, ciascuna delle quali delinea un proprio modello di autorità: la forma di Stato di diritto richiede che la pubblica autorità sia limitata, conformemente all'istanza genuinamente liberale di garanzia dei cittadini dagli abusi dei governanti; la forma di Stato democratico esige che la pubblica autorità sia partecipata, essendo legittimata dal consenso dei governati; la forma di Stato sociale richiede in misura assolutamente particolare che la pubblica autorità sia efficace ed efficiente, essendo chiamata a gestire l'imponente massa di risorse pubbliche grazie alle quali le istituzioni erogano prestazioni positive a vantaggio dei cittadini[6].

Queste tre forme di Stato – e dunque questi tre modelli di pubblica autorità – sono chiamate a convivere negli ordinamenti liberaldemocratici; ed è appena il caso di evidenziare come tale convivenza sia possibile soltanto in forza di delicati equilibri, generati ed assicurati dal principio di ragionevolezza, autentica architrave del sistema complessivo. In realtà, la conformazione del sistema al paradigma del costituzionalismo contemporaneo (e dunque la compresenza nelle sue dinamiche del principio liberale, del valore democratico e dell'istanza efficentista) rappresenta un'ardua sfida: sfida che non può essere, non dico sicuramente vinta, ma neppure credibilmente affrontata senza un equilibrato rapporto tra la dimensione istituzionale e la sfera politica[7]. Ove non fosse garantita la distinzione tra pubbliche istituzioni e forze politiche, sarebbe compromessa la forma di Stato liberale, che si traduce appunto nella separazione (non solo dei poteri, ma anche) degli ambiti in cui si articola la convivenza organizzata (società civile, sistema politico, istituzioni pubbliche); in carenza di costanti ed adeguate relazioni tra tali – pur distinti – livelli della complessiva organizzazione comunitaria, non potrebbe in alcun modo discorrersi né di forma di Stato democratica, né di forma di Stato sociale.

---

[6] Sulla complessa questione delle forme di Stato, si segnala qui soltanto M. VOLPI, *Libertà e autorità. La classificazione delle forme di Stato e delle forme di governo*, Torino, 2022, nonché l'efficace sintesi recentissimamente proposta da M. RUOTOLO, *Corso di diritto costituzionale*, Torino, 2025, 21 ss.

[7] Su tale rapporto, naturalmente fondamentale nella prospettiva costituzionale, v., per tutti, AA. VV., *Partiti politici e dinamiche della forma di governo* (Atti del Convegno di Napoli, 14-15 giugno 2019), a cura di S. Staiano – G. Ferraiuolo – A. Vuolo, Napoli, 2020.

Naturalmente, l'equilibrato rapporto tra sfera istituzionale e dimensione politica è affidato in primo luogo alla prudenza ed alle capacità dei tanti soggetti che si collocano all'interno della prima e della seconda: agli organi in cui si articola l'organizzazione di vertice del sistema e alle forze politiche è richiesto di assicurare i nessi necessari tra livello istituzionale e sistema partitico e, ad un tempo, di custodire gelosamente la – parimenti imprescindibile – autonomia reciproca, facendo valere le rispettive prerogative. Ma è del tutto evidente che una siffatta conformazione delle relazioni tra universo istituzionale e livello politico non può in alcun modo essere devoluta soltanto alle virtù nutrite e manifestate dagli attori del sistema complessivo: deve concorrere un congruo (cioè ragionevole) assetto normativo, di rango tanto costituzionale quanto ordinario. Più precisamente, i complessivi equilibri sistemici possono conseguirsi soltanto se si incontrano e interagiscono positivamente disciplina formale e attività degli attori istituzionali e politici: cioè se si struttura e si articola fisiologicamente la polarità tra atto e processo in cui si risolve l'identità dell'ordinamento costituzionale. Ciò significa che soltanto in una misura limitata possono le carenze della prassi essere corrette dall'assetto normativo (e viceversa): se tale misura venisse superata – o addirittura se si ritenesse di porre a carico del solo atto costituzionale o del solo processo il compito di implementare i valori costituzionali – non potrebbe che pervenirsi ad un esito di tipo patologico. In particolare, intendo qui porre in evidenza come, se si "droga" la disciplina di rango costituzionale, in considerazione della sfiducia nutrita nei confronti della capacità delle forze politiche, oltre che dei titolari degli organi costituzionali, di supportare ed alimentare una fisiologica dinamica liberaldemocratica, si finisca per delineare un assetto normativo minato da una – per così dire – "postura" non equilibrata, e perciò in ultima analisi non coerente con i valori costituzionali.

Proprio questa mi sembra la prima critica che è possibile muovere al progetto di revisione costituzionale in discussione davanti alle Camere, volto ad introdurre un premierato di tipo elettivo. Infatti, la "cifra" che connota tale riforma si risolve nell'opzione di individuare l'autentico baricentro dell'organizzazione del vertice

politico-istituzionale nel Presidente del Consiglio dei ministri[8], che "è eletto a suffragio universale e diretto per cinque anni" (art. 92, II comma). Nel disegno riformatore la centralità del Presidente del Consiglio eletto direttamente dai cittadini è garantita da una netta chiusura del circuito istituzionale nei confronti della dinamica politica, che, a mio avviso, si traduce in non desiderabili (anzi, pericolose) rigidità della normativa costituzionale: basti qui osservare che "in caso di revoca della fiducia mediante mozione motivata, il Presidente del Consiglio eletto rassegna le dimissioni e il Presidente della Repubblica scioglie le Camere" (art. 94, VI comma), mentre "negli altri casi di dimissioni, il Presidente del Consiglio eletto, entro sette giorni e previa informativa parlamentare, ha facoltà di chiedere lo scioglimento delle Camere al Presidente della Repubblica, che lo dispone. Qualora il Presidente del Consiglio eletto non eserciti tale facoltà, il Presidente della Repubblica conferisce l'incarico di formare il Governo, per una sola volta nel corso della legislatura, al Presidente del Consiglio dimissionario o a un parlamentare eletto in collegamento con il Presidente del Consiglio" (art. 94, VII comma); infine, si consideri la statuizione secondo la quale "nei casi di decadenza, impedimento permanente o morte del Presidente del Consiglio eletto, il Presidente della Repubblica conferisce l'incarico di formare il Governo, per una sola volta nel corso della legislatura, a un parlamentare eletto in collegamento con il Presidente del Consiglio". Tali chiusure rispetto alla dimensione politica ed al suo divenire, e le conseguenti rigidità introdotte nella normativa, sembrano generate dalla sfiducia rispetto alla sfera politica: non appare perciò una forzatura avanzare l'ipotesi che la novella costituzionale proposta rappresenti un'espressione del clima antipolitico che ha dominato gli ultimi anni dello scenario pubblico del nostro Paese (e non solo…). Inutile aggiungere che la riforma potrebbe compromettere la necessaria fluidità delle relazioni (tra ambiti della convivenza organizzata; ma anche tra i

[8] Sulla figura del Presidente del Consiglio dei ministri, nella letteratura più recente, v. I. CIOLLI, *La questione del vertice di Palazzo Chigi. Il Presidente del consiglio nella Costituzione repubblicana*, Napoli, 2018; AA. VV., *I presidenti e la presidenza del Consiglio dei ministri nell'Italia repubblicana. Storia, politica, istituzioni*, I e II, Roma-Bari, 2022; M. RUBECHI, *I decreti del Presidente. Studio su d.P.C.m., atti normativi del governo e dinamiche decisionali*, Torino, 2022; F. CLEMENTI, *Il Presidente del Consiglio dei ministri. Mediatore o decisore*, Bologna, 2023.

diversi attori del sistema, ai vari livelli…) nelle quali si articola la dimensione processuale dell'ordinamento costituzionale, e dunque la fisiologica attuazione dei principi codificati nella Carta costituzionale.

Una seconda critica può essere mossa al progetto di riforma oggetto del presente Convegno, anch'essa suscettibile di essere ricondotta alla dialettica tra atto e processo sopra individuata come feconda chiave di lettura della problematica in esame: il marcato accentramento di potere che esso configura a vantaggio del Presidente del Consiglio eletto si realizza, inevitabilmente, a costo del grave sacrificio degli altri poteri. Quanto al Parlamento, è sufficiente considerare che la maggioranza è formata "a traino" dell'elezione del Presidente del Consiglio, essendo la legge elettorale vincolata ad assegnare "un premio su base nazionale che garantisca una maggioranza dei seggi in ciascuna delle due Camere alle liste e ai candidati collegati al Presidente del Consiglio, nel rispetto del principio di rappresentatività e di tutela delle minoranze linguistiche" (art. 92, III comma). I ministri sono non solo nominati, ma anche revocati, su proposta del Presidente del Consiglio, dal Presidente della Repubblica (art. 92, V comma). E quanto a quest'ultimo, conosce una marcata riduzione del suo ruolo politico-istituzionale, se solo si ha riguardo al drastico ridimensionamento dei suoi poteri di gestione delle crisi di governo, che si aggiunge alla non certo marginale abrogazione dell'art. 59, II comma, che ne prevede il potere di nominare senatori a vita cinque "cittadini che hanno illustrato la Patria per altissimi meriti nel campo sociale, scientifico, artistico e letterario".

È ben possibile che talune delle criticità ravvisabili nel disegno di revisione costituzionale potrebbero essere, non certo eliminate o radicalmente neutralizzate, ma almeno ridimensionate dalle scelte operate in sede di riscrittura della legge elettorale, alla quale si richiede, come si è visto, di assicurare un premio di maggioranza al Presidente del Consiglio eletto. Ma mi sembra innegabile che comunque il disegno organizzativo tracciato dalla mano della maggioranza di centro-destra si connota per un accentuato accentramento potestativo, che – è agevole prevedere – non potrà che alimentare una dinamica di verticalizzazione

del potere: naturalmente, il rischio è che possa risultarne gravemente pregiudicato il carattere limitato (ed anche, per qualche verso, partecipato) che, come si è già accennato, alla pubblica autorità deve appartenere in un ordinamento di stampo liberaldemocratico. E per tale via potrebbe subire un pesante *vulnus* il connotato aperto e pluralista che deve connotare il processo di implemento di implementazione dei valori solennemente sanciti nella Carta costituzionale, alterando la fisiologica polarità tra atto e processo che definisce la fisionomia del sistema.

Tali preoccupazioni, destate dal progetto riformatore, per così dire, astrattamente considerato, non possono che accentuarsi in relazione al contesto internazionale e sovrannazionale in cui lo stesso verrebbe implementato; ed anche per tale via siamo ricondotti al punto di partenza della presente riflessione, cioè all'ineludibile dialettica tra atto e processo che definisce l'identità costituzionale del sistema. È facilmente ipotizzabile che la recentissima vittoria di Donald Trump alle elezioni presidenziali negli USA possa potentemente concorrere ad alimentare il vento populista ed illiberale che già da tempo spira in molti Paesi del Vecchio Continente. Del resto, non è certo un mistero per nessuno che la spinta populista generata dall'Amministrazione di Trump troverà sponde ben disposte in Europa, nella quale si sono ormai da tempo insediati regimi di (sedicente) "democrazia illiberale"[9], quale quello dell'ungherese Orban, ai quali le principali forze di governo del nostro Paese non nascondono di guardare – e non da oggi – con grande simpatia. Perciò, non può in alcun modo sottovalutarsi il rischio che il contesto politico-istituzionale (ed anche culturale, in senso antropologico) possa configurarsi come un ambiente del tutto favorevole al pieno manifestarsi dei tratti "patologici" (dal punto di vista del paradigma del costituzionalismo liberaldemocratico) presenti nel progetto del premierato elettivo.

[9] Al riguardo, v. A. MULIERI, *Contro la democrazia illiberale. Storia e critica di un'idea populista*, Roma, 2024.

dirittifondamentali.it

Dirittifondamentali.it - Fascicolo 1/2025
Data di pubblicazione – 19 febbraio 2025

Di una pena che non sia solo pena…

di
Giada Rossi*

Sommario: 1. La natura umanitaria della pena alla luce della giurisprudenza costituzionale e convenzionale. – 2. Il contributo della giurisprudenza convenzionale alla definizione del principio umanitario con particolare riferimento alla pena detentiva. – 3. Il principio umanitario della pena nella Carta di Nizza: il sindacato della Corte di giustizia in materia di esecuzione del mandato d'arresto europeo. – 4. Il principio rieducativo e l'evoluzione della sua portata applicativa nella giurisprudenza costituzionale. – 5. La pena detentiva tra limitazione della libertà personale e rispetto dei diritti dei detenuti. – 6. La tutela giurisdizionale dei diritti dei detenuti. – 7. Riflessioni conclusive.

1. La natura umanitaria della pena alla luce della giurisprudenza costituzionale.

L'art. 27, c. 3, della Costituzione sancisce che «le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità e devono tendere alla rieducazione del condannato». Da tale disposizione si evince che la pena deve necessariamente avere una natura umanitaria, vietando in modo assoluto trattamenti inumani verso coloro che subiscono sanzioni penali. Di conseguenza, l'esercizio del potere punitivo da parte dello Stato non è incondizionato, ma «trova un limite invalicabile nel principio di necessaria umanità dei trattamenti sanzionatori, che implica il primato della persona e della sua dignità sulle esigenze repressive»[1].

Quella sancita nell'art. 27, c. 3, Cost. non si risolve in una mera enunciazione di principio, tanto è vero che la Corte costituzionale si è più volte interrogata su quali debbano essere il significato e la portata da attribuire alla nozione di «trattamenti

*Dottoranda di ricerca in diritto costituzionale presso l'Università degli Studi di Udine.

[1] S. CARNEVALE, *La persona detenuta e il potere punitivo dello Stato*, in A. PUGIOTTO (a cura di), *Per una consapevole cultura costituzionale. Lezioni magistrali*, Napoli, Jovene Editore, 2013, p. 55.

Contributo sottoposto a referaggio

dirittifondamentali.it

contrari al senso di umanità». Nella sentenza n. 104 del 1982[2], la Corte, sebbene consapevole della mancanza di una definizione di trattamenti siffatti nel nostro ordinamento, ha cercato di delineare l'ambito di applicazione della disposizione, rilevando che «il trattamento non contrario al senso di umanità deve caratterizzare oggettivamente il contenuto del singolo tipo di pena, indipendentemente dal tipo di reato per cui un certo tipo di pena viene specificatamente comminato».

Sul significato dell'espressione «trattamenti contrari al senso di umanità» vengono in rilievo altre due sentenze della Corte costituzionale, entrambe del 1996: la n. 165 e la n. 351. Nella prima, avente ad oggetto la questione di legittimità costituzionale relativa alla concessione della detenzione domiciliare a particolari tipologie di soggetti, viene affermato che il principio di umanizzazione delle pene è un «principio di civiltà» che «deve improntare di sé la disciplina delle pene e della loro esecuzione, e dunque informare tutta l'organizzazione carceraria e l'applicazione delle norme ad essa relative, come è ribadito, in esplicito richiamo al dettato costituzionale, dall'art. 1, primo comma, dell'ordinamento penitenziario». La Corte ha rilevato altresì che, «perché la stessa restrizione in carcere possa ritenersi contraria al senso di umanità deve verificarsi una situazione di vera e propria incompatibilità tra regime carcerario, comunque disciplinato, e condizioni soggettive del condannato».

Nella successiva sentenza n. 351[3], la Corte ha stabilito che vi sarebbe una violazione dell'art. 27, c. 3, Cost. qualora fosse consentito «all'amministrazione di introdurre senza alcun controllo di contenuto restrizioni all'ordinario regime carcerario». Questo perché, in tal caso, «non si escluderebbe che possano realizzarsi trattamenti contrari al senso di umanità» e «verrebbe meno tutta la strumentazione giuridica prevista dall'ordinamento penitenziario per l'attuazione della finalità rieducativa della pena».

[2] Con la sentenza n. 104 del 1982 la Corte dichiara la manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale dell'art. 688 c.p. sollevata, in riferimento agli artt. 3, 27 e 32 Cost.

[3] La Corte dichiara non fondata, nei sensi di cui in motivazione, la questione di legittimità costituzionale dell'art. 41-*bis*, c. 2, e dell'art. 14-*ter* della l. 26 luglio 1975, n. 354, sollevata, in riferimento agli artt. 13, cc. 2, 3, 27, c. 3, e 113, cc. 1 e 2, della Costituzione.

In questa pronuncia il Giudice delle leggi compie un passo ulteriore, specificando che «per la concretizzazione del divieto di trattamenti contrari al senso di umanità» rilevano «le indicazioni fornite dal legislatore con il quarto comma dell'art. 14-quater» della legge sull'ordinamento penitenziario. Si tratta dell'articolo che disciplina il regime di sorveglianza particolare, il quale comporta restrizioni all'esercizio dei diritti dei detenuti e degli internati e alle regole di trattamento previste dall'ordinamento penitenziario, strettamente necessarie al mantenimento dell'ordine e della sicurezza. Queste restrizioni – a mente della legge - non possono però riguardare materie che sono strettamente connesse alla tutela della dignità dell'individuo quali «l'igiene e le esigenze della salute; il vitto; il vestiario ed il corredo; il possesso, l'acquisto e la ricezione di generi ed oggetti permessi dal regolamento interno, nei limiti in cui ciò non comporta pericolo per la sicurezza; la lettura di libri e periodici; le pratiche di culto; l'uso di apparecchi radio del tipo consentito; la permanenza all'aperto per almeno due ore al giorno salvo quanto disposto dall'articolo 10; i colloqui con i difensori, nonché quelli con il coniuge, il convivente, i figli, i genitori, i fratelli».

Le sentenze richiamate evidenziano come la Corte costituzionale non fornisce una definizione "statica" di «trattamenti contrari al senso di umanità» ma adotti un approccio "dinamico", basato su una valutazione concreta e contestualizzata delle condizioni di detenzione e delle modalità di esecuzione della pena. La Corte considera, in particolare, fattori quali le condizioni di salute fisica e psicologica del detenuto, l'intensità delle restrizioni applicate e l'impatto di tali misure sulla dignità della persona. L'obiettivo della Corte è dunque quello di garantire che l'esercizio della potestà punitiva dello Stato non degeneri in pratiche degradanti o sproporzionate, assicurando che l'esecuzione della pena sia conforme al principio di umanità sancito dalla Costituzione e preservi la dignità intrinseca della persona.

2. Il contributo della giurisprudenza convenzionale alla definizione del principio umanitario con particolare riferimento alla pena detentiva.

Il principio di umanizzazione della pena è stato delineato non solo dalla giurisprudenza costituzionale, ma anche da quella convenzionale, che ha avuto un impatto significativo[4] nel nostro ordinamento, soprattutto in materia di esecuzione.

Sebbene la Convenzione non preveda espressamente, tra le garanzie che detta, il diritto delle persone recluse a un determinato regime detentivo, la Corte EDU, grazie alla propria attività interpretativa, ha esteso le previsioni convenzionali anche al trattamento penitenziario. Questa estensione è stata realizzata attraverso la c.d. tecnica *par ricochet*[5] che consente di applicare i diritti garantiti dalla Convenzione in ambiti non espressamente disciplinati ma logicamente connessi all'oggetto delle sue disposizioni. In questo modo si è affermata «la piena operatività delle disposizioni convenzionali anche in relazione al trattamento penitenziario, con la conseguenza di introdurre per via giurisprudenziale una serie di limiti alla possibilità di privare i detenuti di determinati diritti e libertà»[6].

[4] Si ricorda che la Convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU) è una norma di rango "sub-costituzionale", ovverosia di rango subordinato alla Costituzione ma sopraordinato alla legge ordinaria e che, in forza dell'art. 117 c.1 Cost., costituisce parametro interposto per vagliare la legittimità costituzionale delle norme interne e ne rappresenta un criterio per l'interpretazione costituzionalmente orientata.

Sull'incidenza della giurisprudenza convenzionale nel nostro ordinamento si veda F. VIGANÒ, *Sentenza pilota della Corte EDU sul sovraffollamento delle carceri italiane: il nostro Paese chiamato all'adozione di rimedi strutturali entro il termine di un anno*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2013; G. TAMBURINO, *La sentenza Torreggiani e altri della Corte di Strasburgo*, in *Cass. pen.*, 2013, pp. 11 ss.; G. SORRENTI, *La densità delle carceri: dalle condanne della Corte EDU alla decisione della Corte costituzionale, fino al "seguito" legislativo interno*, in *ConsultaOnline.it*, 2014; V. MANCA, *La Corte EDU torna a pronunciarsi sul divieto di tortura e di trattamenti inumani e degradanti: l'inadeguatezza degli standard di tutela delle condizioni di salute del detenuto integrano una violazione dell'art. 3 CEDU*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2014.

[5] Si tratta della tecnica che permette di valutare la conformità alla Convenzione anche dei settori e delle materie che in origine erano considerati estranei al campo di applicazione della Convenzione stessa. L'estensione dell'ambito applicativo della Convenzione alle condizioni della detenzione si è avuta a partire dalla sentenza *Soering c. Regno Unit*o in cui la Corte ha chiarito che l'esercizio di taluni poteri da parte degli Stati contraenti deve effettuarsi nel rispetto dei diritti convenzionalmente garantiti anche nel caso in cui concerna materie non direttamente interessate dalla Convenzione.

Per un approfondimento si veda A. ESPOSITO, *Il diritto penale flessibile. Quando i diritti umani incontrano i sistemi penali*, Torino, Giappichelli, 2008, pp. 126 ss.

[6] A. MARTUFI, *Diritti dei detenuti e spazio penitenziario europeo*, Napoli, Jovene, 2016, p. 131

Muovendo dal parametro normativo dell'art. 3 CEDU[7], il quale sancisce che «Nessuno può essere sottoposto a tortura né a pene o trattamenti inumani e degradanti»[8], i giudici di Strasburgo hanno rilevato che, per aversi pene inumane e degradanti, deve essere oltrepassata la c.d. *quota di sofferenza*, insita nella sanzione penale, provocando al destinatario della stessa un *surplus* di afflizione e di umiliazione. L'accertamento del superamento di tale soglia deve effettuarsi caso per caso, attraverso una valutazione che prenda in considerazione sia le circostanze oggettive del fatto materiale sia le qualità soggettive dell'individuo interessato.

La Corte EDU ha infatti chiarito, sia dalla nota sentenza *Tyrer c. Regno Unito*[9], che la soglia di gravità che permette di accertare la violazione dell' art. 3 CEDU è per sua natura relativa poiché dipende dalle circostanze del caso specifico, e *in primis* dalla natura della pena, dal contesto in cui viene eseguita e dalle modalità della sua esecuzione. Come è stato opportunamente osservato, dalla determinazione non fissa della soglia di gravità *ex* art. 3 CEDU «deriva che il divieto contenuto in questo articolo non è statico, ma riceve una interpretazione in movimento, vivente, che è effettuata alla luce delle condizioni caratterizzanti il singolo caso concreto»[10].

---

[7] Per un'analisi sull'art. 3 CEDU si veda P. PUSTORINO, *Articolo 3*, in V. ZAGREBELSKY, V. DE SENA, P. BARTOLE, *Commentario breve alla convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, Cedam, 2012, pp. 63 ss.

[8] Il divieto di tortura e di pene e trattamenti inumani e degradanti di cui all'art. 3 della Convenzione ha portata assoluta in quanto non consente né eccezioni né limitazioni ai diritti garantiti. È infatti da ricomprendere nel novero dei cd. «inviolable core rights», in relazione ai quali opera un divieto di bilanciamento con altri diritti affermati nel sistema convenzionale. Si tratta di diritti che sono di fatto inderogabili anche qualora sussistano, ai sensi dell'art. 15 CEDU, la condizione della esistenza di un pericolo pubblico che minacci la vita della Nazione e la condizione della necessità della misura derogativa.

[9] Corte EDU, sent. 25 aprile 1978, *Tyrer c. Regno Unito*, § 30: «In the Court's view, in order for a punishment to be "degrading" and in breach of Article 3 (art. 3), the humiliation or debasement involved must attain a particular level and must in any event be other than that usual element of humiliation referred to in the preceding subparagraph. The assessment is, in the nature of things, relative: it depends on all the circumstances of the case and, in particular, on the nature and context of the punishment itself and the manner and method of its execution». Il questo caso, la Corte ha ritenuto la pena della frusta comminata nei confronti di un minorenne ritenuto colpevole di aggressione incompatibile con l'art. 3 CEDU in quanto lesiva sia della dignità sia dell'integrità fisica del ricorrente.

[10] A. ESPOSITO, *Le pene vietate nella giurisprudenza della corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Rassegna penitenziaria e criminologica*, n. 3/2012, p. 164 la quale evidenzia che così facendo i giudici di Strasburgo «hanno sempre relativizzato la costruzione delle condotte vietate da questa norma,

La Corte esamina, pertanto, il contesto in cui la pena viene eseguita, l'effetto psicologico che essa produce sulla persona e le condizioni materiali di detenzione, inclusi aspetti quali il sovraffollamento carcerario, la mancanza di strutture adeguate e la qualità delle cure sanitarie fornite.

Questa interpretazione dinamica si fonda sulla considerazione che la pena detentiva, pur costituendo una sanzione legittima per il reato commesso ai sensi dell'art. 5 CEDU[11], non deve comunque tradursi in un trattamento contrario al senso di umanità. Incompatibile con la Convenzione, allora, non è la limitazione della libertà personale in sé, ma il grado di sofferenza che la persona ristretta è costretta a sopportare, tenendo conto dei diritti fondamentali di cui essa continua a essere titolare, nonostante la condizione di detenzione.

La Corte di Strasburgo ha infatti ribadito che durante l'esecuzione della pena deve essere rispettato un nucleo incomprimibile di libertà residuale, costituito da quei diritti fondamentali che non possono essere annullati in quanto intrinsecamente legati alla dignità umana e al principio di umanità che caratterizza il sistema della Convenzione. Ne consegue che la pena diviene illegale, oltre che disumana, quando la sofferenza inflitta supera la mera privazione della libertà, «andando a lambire beni altrettanto irrinunciabili quali la salute fisica e psichica, la dignità, la libertà morale, il diritto all'affettività e quello alla riservatezza»[12].

Nell'ambito di questa giurisprudenza, i giudici di Strasburgo hanno iniziato ad esaminare le specifiche condizioni di detenzione[13], oggetto di reclamo da parte dei ricorrenti. Si ricorda, in particolare, che la Corte ha riconosciuto il diritto a non subire condizioni di detenzione degradanti e inumane a partire dalla sentenza

---

rifiutandosi di fare considerazioni teoriche e preferendo lasciarsi guidare dalle circostanze di fatto di ogni singolo caso».

[11] L'art. 5 CEDU prevede che non vi può essere privazione della libertà, e dunque neppure arresto o detenzione, se non nel rispetto delle vie legali e unicamente nelle ipotesi tassative elencate nel primo paragrafo della disposizione.

[12] V. MANES, V. ZAGREBELSKY (a cura di), *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, Milano, Giuffrè Editore, p. 366.

[13] Si precisa che la Corte EDU ha valutato non solo le condizioni di detenzione ma anche la conformità con l'art. 3 CEDU dei regimi carcerari c.d. "speciali" e differenziati rispetto agli ordinari circuiti di vigilanza, approfondendo anche il tema della durata della pena, in particolare con riferimento al caso dell'ergastolo.

dirittifondamentali.it

Dougoz c. Grecia[14]. Il caso riguardava un individuo, trattenuto per mesi in attesa di espulsione, inizialmente in una struttura carceraria e successivamente in una stazione di polizia greca, che lamentava la violazione dell'art. 3 CEDU per le condizioni di detenzione cui era stato sottoposto. Per la prima volta, la Corte di Strasburgo ha chiarito che le condizioni di detenzione possono violare il diritto a non subire trattamenti inumani o degradanti anche in assenza di maltrattamenti intenzionali o diretti da parte delle autorità. Nello specifico, la Corte ha accertato che la detenzione in ambienti sovraffollati, in spazi angusti, privi di adeguate strutture igieniche e senza sufficienti condizioni di riposo, costituisce una violazione dell'art. 3 CEDU, in quanto tale trattamento risulta lesivo della dignità umana e supera la soglia minima di gravità richiesta per configurare la violazione della norma.

Questo orientamento giurisprudenziale è stato successivamente confermato nella sentenza *Peers c. Grecia*[15] in cui la Corte ha ulteriormente precisato i criteri per valutare se le condizioni di detenzione possano integrare una violazione dell'art. 3 CEDU. In questo caso, i giudici hanno sottolineato che le condizioni di detenzione lamentate avevano profondamente intaccato la dignità del ricorrente,

[14] Corte EDU, sent. 6 marzo 2001, *Dougoz c. Grecia*, § 48: «In the light of the above, the Court considers that the conditions of detention of the applicant in the Alexandras Police Headquarters and the Drapetsona detention centre, in particular the serious overcrowding and absence of sleeping facilities, combined with the inordinate length of the period during which he was detained in such conditions, amounted to degrading treatment contrary to Article 3».

[15] Corte EDU, sent. 6 marzo 2001, *Peers c. Grecia*, § 75: «Indeed, in the present case, the fact remains that the competent authorities took no steps to improve the objectively unacceptable conditions of the applicant's detention. In the Court's view, this omission denotes lack of respect for the applicant. The Court takes into account, in particular, that, for at least two months, the applicant had to spend a considerable part of each 24-hour period practically confined to his bed in a cell with no ventilation and no window, which would at times become unbearably hot. He also had to use the toilet in the presence of another inmate and be present while the toilet was being used by his cell-mate. The Court is not convinced by the Government's allegation that these conditions did not affect the applicant in a manner incompatible with Article 3. On the contrary, the Court is of the opinion that the prison conditions complained of diminished the applicant's human dignity and aroused in him feelings of anguish and inferiority capable of humiliating and debasing him and possibly breaking his physical or moral resistance. In sum, the Court considers that the conditions of the applicant's detention in the segregation unit of the Delta wing of Koridallos Prison amounted to degrading treatment within the meaning of Article 3 of the Convention».

provocandogli sentimenti di angoscia, umiliazione e inferiorità, tali da degradarne la condizione umana e da comprometterne la resistenza fisica e morale.

A partire dal principio enunciato nelle sentenze *Dougoz c. Grecia* e *Peers c. Grecia*, la Corte di Strasburgo ha sviluppato, nel corso degli anni, una ricca giurisprudenza avente ad oggetto le condizioni detentive[16], concentrandosi, in particolare, sul sovraffollamento carcerario[17], fenomeno che ha gravi implicazioni in termini di inadeguatezza e disumanità delle condizioni di vita dei detenuti.

La Corte si è occupata per la prima volta in modo diretto di questa problematica nella sentenza *Kalashnikov c. Russia*[18], condannando la Russia per aver detenuto il ricorrente in una cella estremamente sovraffollata, con meno di 2 metri quadrati di spazio personale, in condizioni igieniche carenti e senza accesso adeguato a servizi sanitari. La Corte ha rilevato che tali condizioni, combinate con la durata della detenzione, avessero causato una sofferenza mentale e fisica di gravità tale da configurare un trattamento degradante.

Una evoluzione sul punto si è poi avuta con la sentenza *Sulejmanović c. Italia*[19], in cui la Corte ha condannato l'Italia per violazione dell'art. 3 CEDU a causa del mancato rispetto dello spazio detentivo minimo. Questa decisione assume particolare rilevanza perché, per la prima volta, i giudici di Strasburgo hanno affermato esplicitamente che la detenzione in uno spazio inferiore ai 3 metri

[16] Per un approfondimento su questo filone giurisprudenziale si veda A. Gori, *Condizioni di detenzione nelle carceri europee tra diritto dei detenuti e deroghe all'art. 3 della Convenzione*, in *Rivista ADIR- L'altro diritto*, 2015.

[17] Si ricorda che la Corte ha preso in considerazione altre condizioni che determinano l'integrarsi della violazione dell'art. 3 CEDU come, ad esempio, l'inadeguatezza delle prestazioni sanitarie assicurate al detenuto o la restrizione detentiva in condizioni di salute incompatibili con il carcere.

[18] Corte EDU, sent. 15 luglio 2002, *Kalashnikov v. Russia*, § 97: «The figures submitted suggest that that any given time there was 0.9-1,9 m² of space per inmate in the applicant's cell. Thus, in the Court's view, the cell was continuously, severely overcrowded. This state of affairs in itself raises an issue under Article 3 of the Convention».

[19] Corte EDU, sent. 16 luglio 2009, *Sulejmanović c. Italia*, § 43: «La Corte osserva che, ammesso e non concesso che fosse stato così, ciascun detenuto avrebbe comunque disposto in media di soli 2,70 m2, per un periodo di oltre due mesi e mezzo. Una tale situazione, secondo le sue valutazioni, ha inevitabilmente cagionato disagi e inconvenienti quotidiani al ricorrente, costretto a vivere in uno spazio molto ridotto, di gran lunga inferiore alla superficie minima auspicata dal CPT. A parere della Corte, la flagrante assenza di uno spazio personale di cui ha sofferto il ricorrente è, di per sé, un trattamento inumano o degradante».

quadrati costituisce di per sé un trattamento disumano e degradante, senza necessità di considerare ulteriori fattori[20], vista la gravità intrinseca della compressione spaziale. La Corte ha però al contempo precisato che, nei casi in cui lo spazio detentivo risulti compreso tra i 3 e i 4 metri quadrati, è indispensabile prendere in considerazione altri fattori ambientali, come la qualità e l'adeguatezza dei servizi igienici, la ventilazione, la presenza di illuminazione naturale e il livello di riscaldamento, tutti elementi che contribuiscono in modo determinante a definire le condizioni complessive di detenzione e il rispetto della dignità umana.

Un ulteriore e significativo passo avanti si è riscontrato nella sentenza *Torreggiani e altri c. Italia*[21], con cui la Corte EDU ha condannato nuovamente l'Italia, questa volta per il problema strutturale del sovraffollamento carcerario. La decisione è scaturita dal ricorso di sette detenuti che lamentavano condizioni di detenzione inumane e degradanti, essendo stati reclusi in celle con uno spazio personale pari a soli 3 metri quadrati. La Corte ha ritenuto tali condizioni in contrasto con l'art. 3 CEDU, evidenziando che queste fossero rappresentative di una problematica sistemica e diffusa nel sistema penitenziario italiano. Proprio per il carattere strutturale della violazione, i giudici di Strasburgo hanno adottato nei confronti dell'Italia la c.d. procedura *pilota*. Questo strumento è infatti pensato per affrontare situazioni di violazione ricorrente, o di natura sistemica che richiedono interventi organici a livello legislativo, amministrativo e infrastrutturale da parte dello Stato coinvolto.

Nella sentenza, la Corte ha, altresì, ribadito che il rispetto dello spazio minimo garantito ai detenuti rappresenta un requisito imprescindibile ma non sufficiente. È

[20] Sul punto si veda M. BORTOLATO, *La tutela dei diritti dei detenuti: le armi spuntate della Magistratura di sorveglianza*, in *Questione Giustizia*, n. 5/2010, p. 113.

[21] Corte EDU, sent. 9 gennaio 2013, *Torreggiani e altri c. Italia*, § 67-69 in cui la Corte ribadisce che: 1) la mancanza di spazio in un istituto penitenziario può costituire l'elemento centrale da prendere in considerazione nella valutazione della conformità di una data situazione all'art. 3; 2) il sovraffollamento "grave", caratterizzato da uno spazio personale concesso al ricorrente inferiore a 3 metri quadrati, può essere da solo sufficiente ad accertare la violazione dell'art. 3; 3) in caso di sovraffollamento "meno grave" in cui lo spazio personale è compreso tra i 3 e i 4 metri quadrati la violazione dell'art. 3 si determina quando la mancanza di spazio è accompagnata da ulteriori fattori relativi alle condizioni detentive quali, ad esempio, la mancanza di ventilazione e di luce, un accesso limitato alla passeggiata all'aria aperta, una mancanza totale d'intimità nelle celle, scarsa qualità del riscaldamento, mancato rispetto delle esigenze sanitarie di base…

infatti fondamentale che siano garantite anche altre condizioni di vita dignitose, come l'accesso a servizi igienici adeguati, una corretta aerazione, un'adeguata illuminazione naturale, il riscaldamento e la possibilità di svolgere attività all'aria aperta e di partecipare a programmi di reinserimento sociale, fondamentali per favorire un percorso di riabilitazione. Come si vedrà più approfonditamente nel prosieguo della trattazione, la decisione ha, inoltre, evidenziato l'importanza di prevedere rimedi di diritto interno effettivi, di natura preventiva e compensativa, che consentano ai detenuti di far valere i propri diritti in caso di condizioni detentive incompatibili con la Convenzione.

Successivamente, la Corte ha rivalutato il principio secondo cui uno spazio inferiore ai tre metri quadrati di superficie personale comporti la violazione automatica dell'art. 3 CEDU. Nella nota sentenza *Mursic c. Croazia*[22], la Grande Camera ha precisato che lo spazio sotto questa soglia minima determina solo una forte presunzione di violazione dell'art. 3 CEDU[23] che può essere superata qualora vengano dimostrati fattori compensatori che attenuano il peso delle condizioni di detenzione. Tali fattori comprendono elementi quali la possibilità per il detenuto di trascorrere una parte significativa della giornata al di fuori della cella, l'accesso a

[22] Corte EDU, sent. 12 marzo 2015, *Muršić c. Croazia*, § 76-77: «Accordingly, the Chamber stressed that where a detainee disposed of less than 3 sq. m of floor space a strong presumption arose that the conditions of detention had amounted to degrading treatment and were in breach of Article 3. However, in certain circumstances that strong presumption could be rebutted by the cumulative effects of the other conditions of detention. In the light of the above principles, the Chamber observed that whereas it was true that the personal space afforded to the applicant fell short of the standard of 4 sq. m of personal space per prisoner set out by the CPT in its recommendations, it did not consider it so extreme as to justify in itself a finding of a violation of Article 3 of the Convention. The Chamber noted that occasionally the applicant's personal space fell slightly below 3 sq. m for short, non-consecutive periods of time, including one period of twenty-seven days, which the Chamber noted with concern. However, the Chamber observed that the applicant had been allowed three hours a day to move freely outside his cell; that the cells where he had been detained had unobstructed access to natural light and air, as well as drinking water; that he had been provided with an individual bed and nothing impeded him from moving freely within the cell. Moreover, the Chamber noted various out-of-cell activities which the prisoners at Bjelovar Prison had at their disposal, such as a library and access to recreational facilities».

[23] Si precisa che anche in due precedenti sentenze del 2015, *Neshkov e altri c. Bulgaria* e *Varga e altri c. Ungheria*, la Corte ha affermato che, quando il detenuto dispone di una superficie inferiore ai 3 metri quadrati, sussiste una forte presunzione («strong presumption») di trattamento inumano o degradante.

strutture idonee per attività ricreative o lavorative, nonché il partecipare a programmi educativi e formativi adeguati.

L'individuazione di una violazione dell'art. 3 CEDU dipende, dunque, da una valutazione complessa che assegna al giudice un ampio margine di discrezionalità. Egli, infatti, è chiamato a esaminare non solo il dato relativo allo spazio personale disponibile, ma anche l'insieme delle circostanze che gli appaiano rilevanti, al fine di accertare se le sofferenze subite dal detenuto abbiano effettivamente superato la soglia dell' "inumano e degradante"[24].

Per rendere effettiva la tutela della dignità umana sancita nell'art. 3 CEDU, la Corte di Strasburgo fa discendere dalla norma un obbligo positivo[25] in capo agli Stati, consistente nell'assicurare che le condizioni di detenzione non contrastino con la Convenzione. Questo obbligo positivo non si limita a imporre agli Stati di astenersi da atti di tortura o trattamenti inumani e degradanti, ma richiede loro di adottare misure proattive per garantire che i detenuti vivano in condizioni dignitose e rispettose dei loro diritti fondamentali.

In tal senso, si può ricordare la sentenza *Kudla c. Polonia*[26], nella quale la Corte afferma per la prima volta che lo Stato deve assicurare che la persona detenuta si

[24] Cfr. F. TRIBISONNA, *Quanta umanità in tre metri quadrati? Indirizzi interpretativi circa i criteri di calcolo dello spazio vitale intramurario e problematica del bagno "a vista"*, in *Proc. pen. giust*., n. 6/2019, pp. 1471 ss.

[25] Si veda A. ESPOSITO, *Le pene vietate nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, *cit.*, pp. 160-163 la quale analizza gli obblighi positivi derivanti dall'art. 3 CEDU. Sul punto si veda anche G. GORI, *I diritti dei detenuti tra giurisprudenza Cedu e politiche penali*, in *L'altro diritto-Rivista*, n. 1/2017, p. 20 il quale evidenzia che «Nell'interpretazione della Corte, l'art. 3 impone allo Stato un preciso dovere di assicurare che la detenzione in carcere sia organizzata in un modo da non compromettere quella incomprimibile sfera di diritti la cui titolarità deve essere riconosciuta alla persona umana in quanto tale. L'unica forma legittima di afflizione della pena detentiva è la privazione della libertà personale. La funzione dell'art. 3 è proteggere quella sfera di libertà e di tracciare il confine oltre il quale l'esecuzione della pena detentiva finisce per comprimere illegittimamente la dignità umana».

[26] Corte EDU, sent. 26 ottobre 2000, *Kudla c. Poland,* § 94: «The State must ensure that a person is detained in conditions which are compatible with respect for his human dignity, that the manner and method of the execution of the measure do not subject him to distress or hardship of an intensity exceeding the unavoidable level of suffering inherent in detention and that, given the practical demands of imprisonment, his health and well-being are adequately secured by, among other things, providing him with the requisite medical assistance».

Si veda anche Corte EDU, sent. 8 gennaio 2013, *Torreggiani e altri c. Italia*, § 57 - 69, in cui si afferma che tale obbligo positivo consiste nell'assicurare «che ogni prigioniero sia detenuto in condizioni compatibili con il rispetto della dignità umana, che le modalità di esecuzione della

trovi in condizioni compatibili con il rispetto della sua dignità umana, che le modalità e il metodo di esecuzione della misura punitiva non la sottopongano a sofferenza o difficoltà di intensità superiore all'inevitabile livello di sofferenza inerente alla detenzione e che, date le esigenze pratiche della reclusione, la sua salute e il suo benessere siano adeguatamente garantiti, fornendole l'assistenza medica richiesta.

Successivamente, la giurisprudenza della Corte EDU ha ulteriormente precisato che tali obblighi positivi comprendono anche la tutela dei detenuti vulnerabili, come le persone con disabilità, le donne incinte e chi è affetto da gravi patologie. Nella sentenza *Price c. Regno Unito*[27], ad esempio, la Corte ha condannato il Regno Unito per aver detenuto una donna con gravi disabilità fisiche in condizioni inadeguate, senza fornirle l'assistenza necessaria. La Corte ha sottolineato che gli Stati devono adottare misure specifiche (cioè idonee ad assicurare la garanzia pretesa nel singolo caso concreto) per garantire che i detenuti vulnerabili[28] non siano esposti a trattamenti inumani o degradanti.

Un ulteriore sviluppo significativo di questo orientamento si rintraccia nella sentenza *Sy c. Italia*[29], in cui la Corte di Strasburgo ha condannato l'Italia per aver

misura non sottopongano l'interessato ad uno stato di sconforto né ad una prova d'intensità che ecceda l'inevitabile livello di sofferenza inerente alla detenzione e che, tenuto conto delle esigenze pratiche della reclusione, la salute e il benessere del detenuto siano assicurati adeguatamente».

[27] Corte EDU, sent.10 luglio 2001, *Price c. Regno Unito*, § 30: «However, the Court considers that to detain a severely disabled person in conditions where she is dangerously cold, risks developing sores because her bed is too hard or unreachable, and is unable to go to the toilet or keep clean without the greatest of difficulty, constitutes degrading treatment contrary to Article 3 of the Convention. It therefore finds a violation of this provision in the present case».

[28] Cfr. P. SCARLATTI, *Tutela dei diritti e trattamento dei detenuti vulnerabili. A proposito del recente caso Sy contro Italia*, in *Dirittifondamentali.it*, n. 1/2022, pp. 533 ss.

[29] Corte EDU, sent. 24 gennaio 2022, *Sy c. Italia*, § 79: «Per determinare se la detenzione di una persona malata sia conforme all'articolo 3 della Convenzione, la Corte prende in considerazione la salute dell'interessato e l'effetto delle modalità di esecuzione della sua detenzione sulla sua evoluzione. Essa ha affermato che le condizioni di detenzione non devono in nessun caso sottoporre la persona privata della libertà a sentimenti di paura, angoscia e inferiorità che possano umiliare, svilire e minare eventualmente la sua resistenza fisica e morale. Essa ha riconosciuto a tale proposito che i detenuti affetti da disturbi mentali sono più vulnerabili dei comuni detenuti, e che alcune esigenze della vita carceraria li espongono maggiormente a un pericolo per la loro salute, aumentano il rischio che si sentano in situazione di inferiorità, e sono indubbiamente fonte di stress e di angoscia. Una tale situazione comporta la necessità di una maggiore attenzione nel controllo del rispetto della Convenzione. La valutazione della

detenuto per quasi due anni un soggetto, affetto da gravi disturbi psichici e dipendenza da sostanze, in un carcere ordinario, senza dotarlo di un piano terapeutico adeguato alla sua condizione. Questo, nonostante le autorità nazionali avessero riconosciuto l'incompatibilità della detenzione in carcere con il suo stato di salute e ne avessero ordinato il trasferimento in una struttura sanitaria specializzata (una «residenza per l'esecuzione delle misure di sicurezza» - REMS), trasferimento mai stato eseguito. La Corte ha sottolineato che la detenzione di persone con malattie mentali richiede un'attenzione particolare, poiché questi soggetti sono esposti a rischi maggiori per la loro salute psicofisica e possono trovarsi in condizioni di vulnerabilità estrema, anche per la loro difficoltà a denunciare il trattamento ricevuto.

Si tratta di una pronuncia che segna un ulteriore passo avanti nella giurisprudenza europea sulla protezione dei detenuti vulnerabili, evidenziando la necessità di considerare non solo la condizione medica del singolo detenuto, ma anche l'impatto delle condizioni di detenzione sul suo benessere psico-fisico.

L'analisi della giurisprudenza EDU conferma il ruolo centrale della Corte nella definizione del principio di umanizzazione della pena. Le sue pronunce hanno contribuito a fissare *standard* di tutela volti a proteggere la dignità e il benessere psico-fisico dei detenuti, imponendo agli Stati obblighi positivi stringenti affinché le condizioni carcerarie possano ritenersi compatibili con i diritti fondamentali.

Questo approccio, fondato su un'interpretazione dinamica e vivente della Convenzione, ha rafforzato la protezione dei diritti umani nel contesto detentivo, promuovendo un sistema penitenziario più equo e rispettoso della dignità della persona.

3. Il principio umanitario della pena nella Carta di Nizza: il sindacato della Corte di giustizia in materia di esecuzione del mandato d'arresto europeo.

situazione degli individui in questione deve tenere conto della loro vulnerabilità e, in alcuni casi, della loro incapacità di contestare in maniera coerente, o addirittura di contestare in qualsiasi modo, il trattamento loro riservato e gli effetti che tale trattamento produce su di essi».

dirittifondamentali.it

Il principio umanitario, fondato sulla tutela della dignità umana e sul divieto di trattamenti inumani o degradanti, trova affermazione anche nell'ordinamento dell'Unione Europea. La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea (CDFUE) pone questo principio al centro del quadro giuridico dell'Unione, garantendo che la dignità umana rappresenti un limite invalicabile non solo nell'ambito della legislazione nazionale ma anche nelle dinamiche di cooperazione giudiziaria tra Stati membri.

Nonostante la CDFUE non preveda una disciplina specifica relativa alla condizione giuridica dei detenuti, la Corte di giustizia dell'Unione Europea (CGUE) ha progressivamente sviluppato una giurisprudenza che rafforza la tutela dei detenuti, ampliando[30] l'ambito di applicazione dell'art. 4, che vieta la tortura e i trattamenti inumani o degradanti, e dell'art. 1 che tutela la dignità umana.

L'intervento della CGUE si è dimostrato particolarmente rilevante nell'ambito della cooperazione giudiziaria penale, in particolare con riferimento all'esecuzione del mandato d'arresto europeo (MAE)[31]. Sembra il caso di sottolineare, al riguardo, che in un primo momento, la giurisprudenza della CGUE in materia di MAE aveva interpretato il principio di mutuo riconoscimento in senso rigoroso, imponendo ai

[30] Cfr. M. C. CARTA, *Dignità umana e tutela dei detenuti nello "spazio di giustizia" dell'Unione europea*, in *Freedom, Security and Justice European Legal Studies*, n. 2/2020, p. 68.

[31] Il mandato d'arresto europeo (MAE) è uno strumento giuridico introdotto dalla Decisione quadro 2002/584/GAI del Consiglio dell'Unione Europea, con l'obiettivo di semplificare e accelerare le procedure di estradizione tra gli Stati membri dell'Unione Europea (UE). Esso sostituisce le tradizionali procedure di estradizione, basate su accordi bilaterali, con un sistema più efficiente e uniforme, fondato sul principio della fiducia reciproca tra gli Stati membri e sul principio del mutuo riconoscimento delle decisioni giudiziarie. Il principio di fiducia reciproca si basa sull'assunzione che gli ordinamenti giuridici nazionali garantiscano una tutela dei diritti fondamentali equivalente ed efficace, in linea con quanto previsto dalla Carta e dai Trattati istitutivi. Il principio del reciproco riconoscimento implica, invece, che un'autorità giudiziaria di uno Stato non possa rifiutare l'esecuzione di una misura richiesta da un altro Stato, salvo nei casi di non esecuzione espressamente previsti o in presenza di circostanze eccezionali.
Questo strumento è stato integrato e interpretato dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea (CGUE), che ha chiarito aspetti controversi, come il rispetto dei diritti fondamentali e il principio di proporzionalità.
Per un approfondimento sulla tutela dei diritti fondamentali nell'ambito del mandato di arresto europeo si vedano, *ex multis*, S. MONTALDO, *On a Collision Course! Mutual Recognition, Mutual Trust and the Protection of Fundamental Rights in the Recent Case-law of the Court of Justice*, in *European Papers*, n. 3/2016, pp. 966 ss; J.R. SPENCER, *Il principio del mutuo riconoscimento*, in R.E. KOSTORIS (a cura di), *Manuale di procedura penale europea*, Milano, Giuffrè, 2019, pp. 341 ss.

giudici nazionali l'obbligo di eseguire il MAE in modo automatico, salvo le eccezioni[32] tassative previste dalla Decisione Quadro 2002/584/GAI che disciplina lo strumento. Tale approccio, escludendo di fatto la possibilità di un sindacato giurisdizionale sulle condizioni di detenzione nello Stato emittente, aveva suscitato preoccupazioni, soprattutto in relazione ai rischi di violazioni dei diritti fondamentali.

In risposta a tali criticità[33], la CGUE, con la celebre sentenza *Aranyosi e Căldăraru*[34], ha modificato il proprio orientamento, stabilendo che l'esecuzione del MAE può essere sospesa o rifiutata qualora vi siano prove fondate che le condizioni di detenzione nel Paese emittente possano esporre il soggetto a trattamenti contrari all'art. 4 della Carta. A tal proposito, la Corte ha richiamato sia l'art. 1, par. 3, della citata Decisione Quadro 2002/584/GAI il quale stabilisce che «l'obbligo di rispettare i diritti fondamentali e i principi giuridici sanciti dall'articolo 6 del Trattato sull'Unione Europea non può essere modificato dalla presente decisione quadro», sia l'art. 51, par. 1, della Carta, che impone il rispetto di tali diritti agli Stati membri – e, di conseguenza, ai loro organi giurisdizionali – nell'attuazione del diritto dell'Unione.

Al fine di bilanciare l'esigenza di tutela dei diritti fondamentali e quella di effettività della cooperazione in materia penale, la Corte ha introdotto un rigoroso *test* in due fasi per valutare il rispetto dell'art. 4 della Carta.

dirittifondamentali.it

[32] Sui motivi ostativi al recepimento del MAE cfr. V. PICCIOTTI, *La riforma del mandato di arresto europeo. Note di sintesi a margine del d.lgs. 2 febbraio 2021,n. 10,* in *La legislazione penale*, 2021; S. MONTALDO, L. GROSSIO, *La riforma della disciplina di recepimento del mandato d'arresto europeo: il nuovo assetto dei limiti all'esecuzione della richiesta di consegna,* in *Freedom, Security & Justice: European Legal Studies*, 2021, pp. 127 ss; S. MONTALDO, M. LIPANI, *I motivi ostativi all'esecuzione del mandato d'arresto europeo nella legge italiana di recepimento e la Corte di Cassazione: uno sguardo di insieme, alla luce dei principi generali dell'ordinamento UE e della giurisprudenza della Corte di giustizia*, in *La legislazione penale*, 2017.

[33] Sul punto cfr. L. LIONELLO, *Nuovi sviluppi per il test Aranyosi e Căldăraru ed il rapporto tra giurisdizioni: il caso Dorobantu*, in *Eurojus*, n. 1/2020, pp. 109-110.

[34] C.G.UE, sent. 4 aprile 2016, *Aranyosi e Căldăraru*. Per un commento, G. ASTA, *La sentenza della Corte di Lussemburgo sul caso Aranyosi e Căldăraru: una (difficile) coesistenza tra tutela dei diritti fondamentali e mandato di arresto*, in *Osservatorio AIC*, n. 2/2016.

La prima fase richiede all'autorità giudiziaria incaricata dell'esecuzione del MAE di accertare, sulla base di elementi oggettivi, attendibili e aggiornati[35], l'esistenza di carenze sistemiche o generalizzate nel sistema carcerario dello Stato emittente, tali da esporre la persona da trasferire ad un rischio concreto di trattamento inumano o degradante. Queste carenze possono derivare, ad esempio, da sovraffollamento carcerario, condizioni igienico-sanitarie inadeguate o mancanza di accesso alle cure mediche. La seconda fase consiste in una valutazione basata sull'esame e l'analisi del caso specifico, volta a stabilire se il soggetto rischi concretamente di essere esposto a trattamenti contrari alla dignità umana. In particolare, l'autorità giudiziaria di esecuzione deve instaurare un dialogo con quella emittente, richiedendo informazioni puntuali sulle condizioni detentive negli istituti in cui la persona potrebbe scontare la pena. Qualora le informazioni disponibili permettano di escludere la sussistenza di un rischio concreto di violazione dell'art. 4, il MAE deve essere eseguito. In caso contrario, la Corte ha precisato che spetta all'autorità giudiziaria di esecuzione decidere se sospendere o rifiutare l'esecuzione del MAE, interrompendo la procedura di consegna.

L'orientamento della Corte evolve ulteriormente nella sentenza *Dorobantu*[36], nella quale la Corte di giustizia ha ribadito e affinato i criteri di valutazione delle condizioni di detenzione ai fini dell'esecuzione del MAE. In particolare, la Corte ha chiarito che il controllo delle condizioni di detenzione deve fondarsi su una valutazione complessiva di tutti gli aspetti materiali rilevanti.

L'autorità giudiziaria dell'esecuzione deve pertanto esaminare non solo le carenze manifeste, ma anche gli effetti complessivi sul detenuto, come la durata del

[35] *Ivi*, punto 89: «A tal fine, l'autorità giudiziaria di esecuzione deve, anzitutto, fondarsi su elementi oggettivi, attendibili, precisi e opportunamente aggiornati sulle condizioni di detenzione vigenti nello Stato membro emittente e comprovanti la presenza di carenze vuoi sistemiche o generalizzate, vuoi che colpiscono determinati gruppi di persone, vuoi ancora che colpiscono determinati centri di detenzione. Tali elementi possono risultare in particolare da decisioni giudiziarie internazionali, quali le sentenze della Corte EDU, da decisioni giudiziarie dello Stato membro emittente, nonché da decisioni, relazioni e altri documenti predisposti dagli organi del Consiglio d'Europa o appartenenti al sistema delle Nazioni Unite».

[36] C.G.UE, sent.15 ottobre 2019, *Dorobantu*. Per un commento, E. CELORIA, *Le condizioni di detenzione nello Spazio di Libertà, Sicurezza e Giustizia: nuove prospettive dopo la sentenza Dorobantu?* in *La legislazione penale*, 2 giugno 2020.

trattamento e gli effetti fisici o psichici, tenendo conto anche delle caratteristiche individuali del soggetto quali, ad esempio, l'età, il sesso, lo stato di salute ecc.

La Corte ha anche affrontato la questione delle assicurazioni fornite dalle autorità emittenti riguardo al trattamento dei detenuti. Sul punto i giudici hanno precisato che, sebbene l'autorità giudiziaria dell'esecuzione debba in linea di principio fare affidamento sulle informazioni fornite dallo Stato emittente, tale fiducia non ha carattere assoluto: se emergono elementi concreti che indicano un rischio di trattamento inumano o degradante, l'autorità giudiziaria di esecuzione ha il dovere di rifiutare il MAE[37], anche in presenza di garanzie formali.

Un aspetto centrale della sentenza *Dorobantu* è il richiamo alla giurisprudenza della Corte EDU, in particolare alla sentenza *Muršić c. Croazia* (già cit. *supra,* in nota), che ha avuto un impatto significativo sulla valutazione delle condizioni materiali di detenzione, soprattutto per quanto riguarda lo spazio personale disponibile in una cella collettiva. Come già rilevato, la Corte EDU, nel caso *Muršić*, aveva stabilito che uno spazio inferiore a 3 metri quadrati per detenuto in una cella collettiva costituisce una forte presunzione di violazione dell'art. 3 CEDU.

Nel contesto del MAE, la CGUE ha adottato questa presunzione come parametro di riferimento, stabilendo che, qualora un detenuto sia recluso in una cella con meno di 3 metri quadrati di spazio personale, l'autorità giudiziaria dell'esecuzione deve considerare questa condizione come un potenziale rischio di trattamento inumano o degradante. Tuttavia, la Corte ha precisato che tale presunzione può essere

[37] *Ivi*, punti 68-69: «Qualora l'assicurazione che la persona interessata non subirà un trattamento inumano o degradante in ragione delle sue concrete e precise condizioni di detenzione, a prescindere dall'istituto penitenziario nel quale essa sarà reclusa nello Stato membro emittente, sia stata fornita o, quantomeno, approvata dall'autorità giudiziaria emittente, previa richiesta, ove necessario, di assistenza all'autorità centrale o a una delle autorità centrali dello Stato membro emittente, ai sensi dell'articolo 7 della decisione quadro 2002/584, l'autorità giudiziaria dell'esecuzione deve fidarsi di tale assicurazione, quantomeno in assenza di un qualche elemento preciso che permetta di ritenere che le condizioni di detenzione esistenti all'interno di un determinato centro di detenzione sono contrarie all'articolo 4 della Carta.

Pertanto, è solo in circostanze eccezionali, e sulla base di elementi precisi, che l'autorità giudiziaria dell'esecuzione può constatare che, malgrado un'assicurazione quale quella contemplata al punto precedente, esiste un rischio reale di vedere la persona interessata sottoposta ad un trattamento inumano o degradante, ai sensi dell'articolo 4 della Carta, in ragione delle condizioni della sua detenzione nello Stato membro emittente».

.

superata in presenza di circostanze particolari, come la breve durata della detenzione o l'esistenza di condizioni compensative, come la possibilità di muoversi fuori dalla cella o di partecipare ad attività rieducative che possano attenuare l'impatto di tali condizioni.

La giurisprudenza della CGUE ha quindi progressivamente consolidato un modello di cooperazione giudiziaria che, pur basandosi sul principio del mutuo riconoscimento, riconosce la necessità di garantire un controllo effettivo sul rispetto dei diritti fondamentali. Tale evoluzione testimonia la volontà di assicurare che l'efficienza degli strumenti di cooperazione in materia penale non comprometta la tutela della dignità umana, rafforzando così il ruolo dell'Unione Europea come spazio giuridico fondato sui valori dello Stato di diritto e della protezione dei diritti fondamentali.

4. Il principio rieducativo e l'evoluzione della sua portata applicativa nella giurisprudenza costituzionale.

Com'è noto, ai sensi dell'art. 27, c. 3, Cost. le pene, oltre a non essere contrarie al senso di umanità, devono tendere alla rieducazione del condannato. Per comprendere come operi il principio della finalità rieducativa nel nostro ordinamento è necessario chiarire non solo che cosa si intenda per «rieducazione», ma anche individuare quale sia il rapporto tra tale principio e la natura umanitaria della pena.

Circa il primo punto, si rileva che, sebbene la giurisprudenza costituzionale non abbia adottato un'univoca definizione[38], la funzione rieducativa «si sostanzia in

[38] Tra le espressioni utilizzate dalla Consulta troviamo, ad esempio, «reinserimento nell'ordine sociale» (sentenza n. 168 del 1972), «riadattamento alla vita sociale» (sentenza n. 204 del 1974), «reinserimento nel contesto economico e sociale» (sentenza n. 126 del 1983), «reinserimento nel corpo sociale» (sentenza n. 274 del 1983), «reinserimento nella società» (sentenze nn. 161 del 1997 e 450 del 1998), «ravvedimento» o «recupero sociale» (sentenza n. 271 del 1988), «reinserimento del condannato nel consorzio civile» (sentenza n.168 del 1994) e anche «risocializzazione» (sentenze nn. 282 del 1989, 296 del 2005, 257 del 2006). Per un approfondimento sulle varianti utilizzate dalla Corte per esprimere il concetto di rieducazione

dirittifondamentali.it

tutti quegli interventi atti a favorire il recupero del detenuto ad una vita nella società»[39].

Quanto al secondo aspetto, la Corte costituzionale ha affermato, sin dalle sue prime pronunce, che umanizzazione e rieducazione si muovono in un «contesto unitario, non dissociabile», essendo «congiunt[i] non soltanto per la loro formulazione letterale, ma anche perché logicamente l'un[o] in funzione dell'altr[o]». Secondo i giudici costituzionali, infatti, un «trattamento penale ispirato a criteri di umanità è necessario presupposto per un'azione rieducativa del condannato; dall'altro è appunto in un'azione rieducativa che deve risolversi un trattamento umano e civile, se non si riduca a una inerte e passiva indulgenza»[40].

Con riguardo alla portata applicativa del principio della finalità rieducativa, si evidenzia che nel tempo si è assistito ad un processo di graduale valorizzazione dello stesso ad opera della Corte costituzionale[41]. Nelle sue pronunce più risalenti, la Corte aveva adottato una «lettura settorializzata» del finalismo rieducativo, considerandolo «alla stregua di un principio costituzionale destinato a operare soltanto in relazione alla fase esecutiva», all'interno di «una complessiva impostazione in chiave polifunzionale dell'istituto della pena»[42]. Il Giudice delle leggi, infatti, identificava le finalità essenziali della stessa in quelle tradizionali della deterrenza, della prevenzione e della difesa sociale, relegando il finalismo rieducativo alla sola fase esecutiva. Secondo quest'impostazione, tutte le finalità

---

v. G. M. FLICK, *I diritti dei detenuti nella giurisprudenza costituzionale*, in *Diritto e Società*, n. 1/ 2012, pp. 190 ss.

[39] S. MAGNANENSI, E. RISPOLI, *La finalità rieducativa della pena e l'esecuzione penale*, in *www.cortecostituzionale.it*, sezione *Documentazione/Studi e ricerche*, p. 9.

[40] La Corte evidenzia la sussistenza di un nesso strumentale tra natura umanitaria della pena e finalità rieducativa già a partire dalla sentenza n. 12 del 1966.

[41] Sul ruolo svolto dalla Corte costituzionale nel processo di valorizzazione del principio rieducativo v. la puntuale analisi di G. FRIGO, *La funzione rieducativa della pena nella giurisprudenza costituzionale*, in *www.cortecostituzionale.it*, sezione *Incontri internazionali.* Cfr. anche M. RUOTOLO, *Tra integrazione e maieutica: Corte costituzionale e diritti dei detenuti*, in *Rivista AIC*, n. 3/2016, pp. 5-6 il quale mette in luce le cause che hanno portato all'iniziale mancato riconoscimento della portata applicativa della «novità implicata dalle affermazioni della finalità rieducativa e del principio di umanizzazione delle pene».

[42] P.P. EMANUELE, *La funzione della pena nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in E. D'ORLANDO, L. MONTANARI (a cura di), *Il diritto penale nella giurisprudenza costituzionale*, Giappichelli Editore, Torino, 2009, pp. 77-78.

della pena si equivalgono tra loro e di conseguenza è sufficiente che sussista anche una sola di queste per poter affermare la legittimità costituzionale di una data sanzione penale[43].

Tra le pronunce più rappresentative di questo orientamento originario della Corte, si distingue, per chiarezza e completezza, la sentenza n. 12 del 1966. In tale occasione, i giudici costituzionali, dichiarando l'infondatezza della questione di legittimità costituzionale relativa alla previsione della pena pecuniaria per determinate fattispecie di reato, hanno osservato che «la rieducazione del condannato, pur nella importanza che assume in virtù del precetto costituzionale, rimane sempre inserita nel trattamento penale vero e proprio» e che il principio rieducativo «dovendo agire in concorso [con le] altre funzioni della pena, non può essere inteso in senso esclusivo ed assoluto». La Corte ha altresì rilevato che il principio della rieducazione del condannato è stato elevato «al rango di precetto costituzionale […] senza però negare l'esistenza e la legittimità della pena là dove essa non contenga, o contenga minimamente, le condizioni idonee a realizzare tale finalità» e questo considerando «le altre funzioni della pena che […] sono essenziali alla tutela dei cittadini e dell'ordine giuridico contro la delinquenza, e da cui dipende la esistenza stessa della vita sociale». Tale impostazione trova conferma anche nella di poco successiva sentenza n. 22 del 1971, avente ad oggetto la questione di legittimità relativa alla previsione dei limiti massimi di pena per i reati di furto. In questa pronuncia di infondatezza il Giudice delle leggi ha escluso che il fine rieducativo sia l'unico che la pena si propone di conseguire ed ha ribadito che «l'efficacia rieducativa, indicata come finalità ultima (e non unica) della pena dell'art. 27 c.3 Cost.» si ricollega «al suo regime di esecuzione».

La rieducazione, quale elemento che caratterizza la sola fase esecutiva, si ritrova anche nella sentenza n. 237 del 1984 in cui viene affermato che «l'art. 27 c.3 Cost. si

[43] Cfr. A. PUGIOTTO, *Il volto costituzionale della pena (e i suoi sfregi)*, *cit*., p. 2 il quale sottolinea che «la teoria polifunzionale della pena […] a lungo ha agito come una rotonda stradale: orientando in tutte le direzioni possibili, disorientava, facendo così smarrire il senso indicato dalla segnaletica costituzionale». E questa distorsione avveniva perché «affermare l'equivalenza tra retribuzione, prevenzione generale, prevenzione speciale negativa, rieducazione, vanifica la precettività del disposto costituzionale».

riferisce propriamente all'esecuzione della pena in senso stretto […] mentre sfugge dal controllo di legittimità l'indagine sulla efficacia rieducativa della pena edittale, la cui determinazione è rimessa alla valutazione discrezionale del legislatore».

Un primo mutamento d'indirizzo della Corte si riscontra nella sentenza n. 204 del 1974 in cui viene dichiarato incostituzionale l'art. 43 delle Disposizioni di attuazione del codice di procedura penale che attribuiva al Ministro della giustizia la facoltà di concedere la liberazione condizionale. In questa occasione i giudici costituzionali hanno qualificato «il recupero sociale del condannato» come «fine ultimo e risolutivo della pena» e per la prima volta hanno riconosciuto «il diritto alla rieducazione», ovverosia «il diritto per il condannato a che […] 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».

Analizzando il processo che ha portato alla massima valorizzazione del principio rieducativo, viene in rilievo anche la celeberrima sentenza n. 364 del 1988 con la quale la Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 5 cod. pen. nella parte in cui non esclude dalla inescusabilità dell'ignoranza della legge penale la ignoranza inevitabile. In questa pronuncia la Corte ha collegato il principio di colpevolezza al principio rieducativo partendo dal presupposto che l'art. 27 Cost. «non può essere adeguatamente compreso ove lo si legga in maniera, per così dire, spezzettata, senza collegamenti interni». E da questo collegamento si ricava che «comunque s'intenda la funzione rieducativa […] essa postula almeno la colpa dell'agente in relazione agli elementi più significativi della fattispecie tipica», dal momento che «non avrebbe senso la rieducazione di chi, non essendo almeno in colpa, non ha certo bisogno di essere rieducato». I giudici costituzionali hanno così chiarito che «soltanto quando alla pena venisse assegnata esclusivamente una funzione deterrente (ma ciò è sicuramente da escludersi, nel nostro sistema costituzionale, data la grave strumentalizzazione che subirebbe la persona umana) potrebbe configurarsi come legittima una responsabilità penale per fatti non

dirittifondamentali.it

riconducibili … alla predetta colpa dell'agente, nella prevedibilità ed evitabilità dell'evento».

Si è però giunti ad un vero e proprio cambio di paradigma solo con la sentenza n. 313[44] del 1990 nella quale la Corte costituzionale ha affermato che la necessità costituzionale che la pena debba tendere alla rieducazione, «lungi dal rappresentare una mera generica tendenza riferita al solo trattamento, indica invece proprio una delle qualità essenziali e generali che caratterizzano la pena nel suo contenuto ontologico e l'accompagnano da quando nasce, nell'astratta previsione normativa, fino a quando in concreto si estingue». Se così non fosse «si correrebbe il rischio di strumentalizzare l'individuo per fini generali di politica criminale (prevenzione generale) o di privilegiare la soddisfazione di bisogni collettivi di stabilità e sicurezza (difesa sociale), sacrificando il singolo attraverso l'esemplarità della sanzione». Ne consegue che «il precetto di cui al terzo comma dell'art. 27 della Costituzione vale tanto per il legislatore quanto per i giudici della cognizione, oltre che per quelli dell'esecuzione e della sorveglianza, nonché per le stesse autorità penitenziarie».

La Corte ha precisato poi che in forza dell'art. 27, c. 3, Cost. grava sul legislatore «l'obbligo tassativo di tenere non solo presenti le finalità rieducative della pena ma anche di predisporre tutti i mezzi idonei a realizzarle e le forme atte a garantirle». Con questa pronuncia si supera, di fatto, la concezione che trascurava «il novum contenuto nella solenne affermazione della finalità rieducativa», ritenendo che

[44] In dottrina la sentenza n. 313 del 1990 è stata definita «pietra angolare» della giurisprudenza costituzionale avente ad oggetto il finalismo rieducativo. Sul punto v. F. BAILO, *La scrittura delle sanzioni* (*una prospettiva costituzionalistica*), Milano, Giuffrè, 2012, p. 293; M. RUOTOLO, *Tra integrazione e maieutica: Corte costituzionale e diritti dei detenuti*, *cit.*, il quale evidenzia che il radicale ripensamento della Corte può essere riassunto nelle seguenti affermazioni: «a) "in uno Stato evoluto, la finalità rieducativa non può essere ritenuta estranea alla legittimazione e alla funzione stessa della pena"; b) la 'tendenza' a rieducare è "una delle qualità essenziali e generali che caratterizzano la pena nel suo contenuto ontologico, e l'accompagnano da quando nasce, nell'astratta previsione normativa, fino a quando in concreto si estingue"; c) il principio della rieducazione "è ormai da tempo diventato patrimonio della cultura giuridica europea, particolarmente per il suo collegamento con il 'principio di proporzione' fra qualità e quantità della sanzione, da una parte, ed offesa, dall'altra"; d) "il precetto di cui al terzo comma dell'art. 27 della Costituzione vale tanto per il legislatore quanto per i giudici della cognizione, oltre che per quelli dell'esecuzione e della sorveglianza, nonché per le stesse autorità penitenziarie"».

dirittifondamentali.it

questa dovesse essere «assunta in senso marginale o addirittura eventuale e, comunque, ridotta entro gli angusti limiti del trattamento penitenziario» e si riconosce che «in uno Stato evoluto la finalità rieducativa non può essere ritenuta estranea alla legittimazione e alla funzione della pena».

Per garantire la finalità rieducativa è altresì necessario assicurare l'individualizzazione della pena e la progressività del trattamento penitenziario. Si tratta di due profili la cui importanza viene più volte riconosciuta dalla Corte costituzionale. A tal proposito si può ricordare già la sentenza n. 50 del 1980[45] in cui si legge che «l'adeguamento delle risposte punitive ai casi concreti – in termini di uguaglianza e/o differenziazione di trattamento – contribuisce da un lato a rendere quanto più possibile personale la responsabilità penale […]; e nello stesso tempo è strumento per una determinazione della pena quanto più possibile finalizzata nella prospettiva dell'art. 27 c.3 Cost.». Attraverso l'individualizzazione del trattamento sanzionatorio, consistente nel «tenere conto dell'effettiva entità e delle specifiche esigenze dei singoli casi», si dà invero attuazione ai principi costituzionali «tanto di ordine generale (principio di uguaglianza) quanto attinenti direttamente la materia penale». Secondo i giudici costituzionali è pertanto necessario adottare sempre «una articolazione legale del sistema sanzionatorio, che renda possibile tale adeguamento individualizzato, proporzionale, delle pene inflitte con le sentenze di condanna». Nella successiva sentenza n. 445 del 1997 la Corte ha posto in evidenza com'è «il principio della progressività trattamentale a rappresentare il fulcro attorno al quale si è dipanata la giurisprudenza costituzionale, doverosamente attenta a rimarcare l'esigenza che ciascun istituto si modelli e viva nel concreto come strumento dinamicamente volto ad assecondare la funzione rieducativa, non soltanto nei profili che caratterizzano l'essenza, ma anche per i riflessi che dal singolo istituto scaturiscono sul più generale quadro delle varie opportunità trattamentali che l'ordinamento fornisce».

[45] Si precisa che lo stesso orientamento è stato confermato dalla Corte negli anni a seguire. Ciò che la Corte sottolinea in tutte le proprie sentenze in tema di trattamento sanzionatorio è che i principi di proporzionalità e individualizzazione della pena discendono direttamente dagli artt. 27, cc. 1 e 3 e 3 Cost.

Alle stesse conclusioni la Corte giunge nella sentenza n. 255 del 2006, con la quale dichiara l'incostituzionalità della mancata previsione della possibilità per il giudice di sorveglianza di negare la sospensione condizionale dell'esecuzione della pena nel caso in cui ritenga tale beneficio inadeguato al perseguimento delle finalità di cui all'art. 27, c. 3, Cost. A parere dei giudici costituzionali, per assicurare «progressività trattamentale e flessibilità della pena», in funzione della risocializzazione del reo, è necessario attribuire «un potere discrezionale al magistrato di sorveglianza nella concessione dei benefici penitenziari». Nella stessa pronuncia la Corte ha inoltre affermato il divieto di automatismi sia con riferimento alla revoca che alle preclusioni all'accesso dei benefici, ritenendo tali automatismi in netto contrasto «con i principi di proporzionalità ed individualizzazione della pena».

5. La pena detentiva tra limitazione della libertà personale e rispetto dei diritti dei detenuti.

Attraverso una lettura complessiva del dettato costituzionale emerge che il principio di umanizzazione della pena e il correlato finalismo rieducativo «sono sviluppi del più ampio e pervasivo principio di personalità e pari dignità di tutti»[46]. L'art. 27, c. 3 Cost. deve dunque essere interpretato alla luce dell'art. 2 Cost., il quale non solo riconosce ma garantisce i diritti inviolabili dell'uomo in quanto tale, e dell'art. 3 Cost. il quale riconosce a tutti «pari dignità sociale».

In tale ottica, il principio di umanizzazione della pena non si limita alla mera esclusione di trattamenti disumani o degradanti, ma implica una costante valorizzazione della dignità umana durante l'esecuzione penale. Ne deriva la necessità di garantire il riconoscimento e la protezione dei diritti fondamentali

[46] M. RUOTOLO, *Per una cultura costituzionale della pena*, in *Federalismi.it*, n. 24/2023, p. 6. Si veda anche G. M. FLICK, *I diritti dei detenuti nella giurisprudenza costituzionale*, *cit*., p. 187, il quale sottolinea che tra il principio della pari dignità sociale ed il principio personalistico vi è «una sinergia intensa, che lega il fondamento ultimo del valore di eguaglianza – vale a dire, la dignità della persona, quale suo nucleo irriducibile ed insopprimibile ed unico tramite per il reciproco riconoscimento della comune umanità – al principio dell'uomo "sempre come fine e mai come mezzo"».

anche in ambito detentivo, affinché la privazione della libertà non si traduca mai in un annullamento della dignità della persona.

Il legame tra il principio di umanizzazione della pena e i diritti dei detenuti si fonda su una visione per così dire integrata della persona che non perde mai sua dignità, né la titolarità dei diritti fondamentali solo perché si trova in stato di detenzione. La nostra Costituzione impone infatti che la pena, pur limitando la libertà personale, rispetti e promuova la dignità umana, garantendo ai detenuti il godimento di quei diritti che sono essenziali per la loro identità e per il loro percorso di reinserimento sociale.

In dottrina è stato a tal riguardo correttamente rilevato che «l'appartenenza di un individuo ad un ordinamento speciale, quale quello penitenziario, trasforma il contenuto della "inviolabilità", sul piano delle posizioni giuridiche soggettive, in una garanzia dal "contenuto minimo" dei singoli diritti personali, vale a dire in una garanzia dei diritti personali a un livello tale che non ne risulti offesa la dignità umana propria di ogni individuo»[47].

Chi si trova in stato di detenzione, sebbene sia privato della maggior parte della propria libertà, «ne conserva sempre un residuo, che è tanto più prezioso in quanto costituisce l'ultimo ambito nel quale può espandersi la sua personalità individuale»[48]. Non è quindi conforme al nostro assetto costituzionale l'«idea che la restrizione della libertà personale possa comportare il disconoscimento delle posizioni soggettive attraverso un generale assoggettamento all'organizzazione penitenziaria»[49].

Più volte la Corte costituzionale ha ribadito che «i diritti inviolabili dell'uomo, il riconoscimento e la garanzia dei quali l'art. 2 della Costituzione pone tra i principi fondamentali dell'ordine giuridico, trovano nella condizione di coloro i quali sono sottoposti a una restrizione della libertà personale i limiti a essa inerenti, connessi

[47] C. FIORIO, *I diritti fondamentali delle persone detenute*, in F. FIORENTIN (a cura di), *La tutela preventiva e compensativa per i diritti dei detenuti*, Torino, Giappichelli, 2019, p. 10.

[48] Così Corte cost., n. 349 del 1993.

[49] Così Corte cost., n. 26 del 1999.

alle finalità che sono proprie di tale restrizione, ma non sono affatto annullati da tale condizione»[50].

La pena detentiva non può quindi comportare un totale annullamento dei diritti inviolabili e il loro esercizio non può essere compresso più di quanto non risulti strettamente necessario dalle esigenze proprie della condizione carceraria[51]. Garantire la sicurezza e l'ordine all'interno delle strutture penitenziarie non può, infatti, giustificare limitazioni eccessive dei diritti fondamentali dei detenuti. Ciò implica, a maggior ragione, che, in assenza di tali esigenze, ogni limitazione ulteriore assume un carattere eccessivamente afflittivo, risultando del tutto incompatibile con l'art. 27, c. 3, Cost.[52].

In ragione della peculiare condizione di assoggettamento di chi si trova ristretto in carcere spetta allo Stato il compito primario di salvaguardare l'integrità e la tutela di questi diritti. La dignità della persona - rileva il Giudice costituzionale - deve essere protetta soprattutto in stato di detenzione «il cui dato distintivo è la precarietà degli individui, derivante dalla mancanza di libertà, in condizioni di ambiente per loro natura destinate a separare dalla società civile» e ciò deve avvenire mediante «il bagaglio degli inviolabili diritti dell'uomo che anche il detenuto porta con sé lungo tutto il corso dell'esecuzione penale»[53].

Solo così, il carcere può trasformarsi, da luogo di negazione della legalità costituzionale, a luogo in cui quest'ultima vige attraverso il riconoscimento e la

[50] Cfr. in particolare le sentenze Corte cost., nn. 26 del 1999 e 341 del 2006.

[51] La Corte costituzionale nella sentenza n. 526 del 2000 ha precisato che le limitazioni ai diritti dei detenuti possono trovare giustificazione solo se volte ad evitare «i pericoli di evasione», ad assicurare il rispetto delle «regole della disciplina carceraria» e a garantire l'incolumità del detenuto «proteggendolo da possibili aggressioni da parte di altri detenuti». Sul punto cfr. G.M. FLICK, I diritti dei detenuti nella giurisprudenza costituzionale, *cit*., p. 190 secondo il quale all'interno del carcere l'inviolabilità dei diritti «esige che l'eventuale loro compressione […] sia comunque proporzionale alle effettive necessità del trattamento penitenziario; che, soprattutto, sia compatibile con la dignità, intesa quale nucleo minimo ed irriducibile degli stessi diritti fondamentali».

[52] Cfr. G. SILVESTRI, *Diritti fondamentali e regime carcerario*, in *Rivista Antigone* "*Norme e pratiche di tutela dei diritti fondamentali in carcere*", n. 1/2021, p. 14 secondo cui «la privazione della libertà personale rappresenta la massima afflizione che una persona possa subire dallo Stato per i propri atti delittuosi»; di conseguenza «ogni afflizione supplementare, anche se frutto dell'insufficienza o della disorganizzazione del sistema penitenziario, è in contrasto con i princìpi costituzionali».

[53] Così Corte cost., n. 26 del 1999.

tutela della parità di trattamento e della non discriminazione, dell'identità e integrità psicofisica, della libertà religiosa, del diritto di difesa, del diritto all'istruzione, alla salute, al lavoro e al mantenimento di relazioni con i familiari e gli affetti nonché del diritto alla rieducazione in una prospettiva personalistica. Riprendendo le parole di Onida, il carcere «non deve essere luogo di sopraffazione o di degradazione della personalità, ma luogo in cui persone, rispettate come tali, che scontano una pena legalmente inflitta, sono messe in grado di cercare e di percorrere la via del loro riscatto e del loro reingresso nella comunità dei liberi»[54].

Il sistema penitenziario deve, allora, essere strutturato in modo tale da assicurare condizioni di vita dignitose, percorsi di istruzione e formazione professionale, nonché adeguate opportunità di reinserimento sociale. Solo attraverso un approccio che tenga conto della centralità della persona si può pienamente realizzare il dettato costituzionale.

6. La tutela giurisdizionale dei diritti dei detenuti.

Il riconoscimento dei diritti della persona in carcere presuppone che sussista un sistema di tutela giurisdizionale degli stessi. La Corte costituzionale ha al riguardo rilevato che «al riconoscimento della titolarità di diritti non può non accompagnarsi il riconoscimento del potere di farli valere innanzi a un giudice in un procedimento di natura giurisdizionale» e che, in forza «del principio di assolutezza, inviolabilità e universalità della tutela giurisdizionale dei diritti», non possono sussistere «posizioni giuridiche di diritto sostanziale senza che vi sia una giurisdizione innanzi alla quale esse possano essere fatte valere»[55].

E, non per niente, l'azione in giudizio per la difesa dei diritti è, essa stessa, il contenuto di un diritto sancito agli artt. 24 e 113 Cost. e non può consistere «nella mera possibilità di proporre istanze o sollecitazioni, foss'anche ad autorità appartenenti all'ordine giudiziario», non trattate rispettando le garanzie procedimentali costituzionalmente previste, «quali la possibilità del

[54] V. ONIDA, *Carcere e legalità*, in *Dignitas*, nn. 11-12/2002, p. 20. Si veda anche M. RUOTOLO, *Il carcere come luogo della legalità. In onore di Valerio Onida*, in *Rivista AIC*, n. 4/2011.

[55] Si veda, in particolare, Corte cost., n. 26 del 1999.

dirittifondamentali.it

contraddittorio, la stabilità della decisione e l'impugnabilità con ricorso per cassazione»[56].

In forza di queste premesse la Corte, nella storica sentenza n. 26 del 1999, aveva dichiarato l'incostituzionalità dell'istituto del reclamo di cui all' art. 35[57] ord. pen. nella parte in cui non prevedeva «una tutela giurisdizionale nei confronti degli atti della amministrazione penitenziaria lesivi dei diritti di coloro che sono sottoposti a restrizione della libertà personale».

A fronte del mancato intervento del legislatore – pur fortemente auspicato dai giudici costituzionali - , la Corte di cassazione[58], per colmare la lacuna creatasi a seguito della declaratoria di incostituzionalità, aveva esteso l'applicazione della procedura relativa ai reclami contro la sorveglianza particolare di cui all'art. 14-*ter*[59] ord. pen. alla generalità dei reclami disciplinati agli artt. 35 e 69 ord. pen. Successivamente, il Giudice delle leggi, con la sentenza n. 266 del 2009, aveva confermato la soluzione introdotta dalla Cassazione, stabilendo che le ordinanze

[56] Così Corte cost., n. 18 del 1982.

[57] Ai sensi dell'art. 35 ord. pen. viene conferita al detenuto la mera facoltà di rivolgere «istanze o reclami, orali o scritti, anche in busta chiusa» ad una delle autorità indicate dalla disposizione, tra cui figura il magistrato di sorveglianza. Secondo questo procedimento la decisione del magistrato viene assunta senza formalità e contraddittorio e si risolve sostanzialmente in una mera sollecitazione che non vincola l'amministrazione penitenziaria.

[58]In particolare, con la sentenza n. 25079 del 2003 la Corte di cassazione ha colmato la lacuna che si era creata individuando, quale strumento giurisdizionale a tutela dei diritti dei detenuti, l'art. 14-*ter* ord. pen. che disciplina il reclamo avverso il provvedimento che dispone o proroga il regime di sorveglianza speciale. In questa sentenza la Suprema corte rileva che «Se un'interpretazione *secundum Costitutionem* della normativa ordinaria impone di rinvenire un mezzo di tutela designato dai caratteri della giurisdizione contro la lesione delle posizioni soggettive del detenuto, secondo le progressive sequenze ermeneutiche indicate dalla sentenza n. 26 del 1999, un simile mezzo non può che ricondursi – proprio per le esigenze di speditezza e semplificazione che necessariamente devono contrassegnarlo, considerando le posizioni giuridiche fatte valere – a quello di cui all'art. 14 ter e 69 dell'ordinamento penitenziario, che prevede la procedura del reclamo al magistrato di sorveglianza nelle materie indicate dalla prima di tali disposizioni».

[59] L'art. 14-*ter* ord. pen. è stato introdotto dalla l. 10 ottobre 1986, n. 663 e prevede che l'interessato possa proporre reclamo al tribunale di sorveglianza avverso il provvedimento che dispone o proroga il regime di sorveglianza particolare nel termine di dieci giorni dalla comunicazione del provvedimento definitivo. Entro dieci giorni dalla ricezione del reclamo il Tribunale di sorveglianza provvede con ordinanza in camera di consiglio e il procedimento si svolge con la partecipazione del difensore e del pubblico ministero mentre l'interessato e l'amministrazione penitenziaria possono presentare delle memorie.

adottate dai magistrati di sorveglianza secondo il procedimento indicato dalle Sezioni Unite erano da considerarsi vincolanti per l'amministrazione penitenziaria. Nonostante ciò, la soluzione adottata in via giurisprudenziale non aveva comportato il cambio di paradigma tanto sperato poiché «di fatto accadeva che gli organi di sorveglianza, pur trovandosi di fronte a situazioni pienamente lesive dei diritti dei detenuti, non ordinassero all'amministrazione penitenziaria di porre fine alla violazione» e che «parallelamente quest'ultima continua[sse] a considerare non vincolanti i pochi ordini impartiti dai Magistrati di sorveglianza»[60].

Questa situazione di assenza di tutela si è protratta sino al 2013 quando la Corte EDU, con la citata sentenza *Torreggiani e altri c. Italia*[61], ha condannato l'Italia per violazione del divieto di trattamenti inumani e degradanti stabilito dall'art. 3 CEDU a causa delle condizioni di detenzione e del sovraffollamento sistemico e strutturale rilevato nelle carceri italiane. La sentenza ha inoltre evidenziato - ed è quello che qui più conta - l'ineffettività dei rimedi giurisdizionali disponibili nel nostro ordinamento: in particolare, secondo i giudici di Strasburgo, l'Italia non disponeva di una procedura efficace che permettesse ai detenuti di ottenere una reale tutela dei loro diritti, in quanto le decisioni del magistrato di sorveglianza non avevano un effetto vincolante sull'amministrazione penitenziaria. A fronte di ciò, la Corte alsaziana ha adottato la c.d. procedura "pilota"[62], condannando l'Italia a

[60] M.C. FROSALI, *La tutela giurisdizionale dei diritti dei detenuti tra teoria e prassi: analisi dei provvedimenti del tribunale di sorveglianza di Firenze*, in *L'Altro Diritto. Rivista*, n. 5/2021, p. 190.

[61] Per un approfondimento sulla sentenza Corte EDU, *Torreggiani e altri c. Italia*, v. M. PELISSERO, *La crisi del sistema sanzionatorio e la dignità negata: il silenzio della politica, i compiti della dottrina*, in *Dir. pen. proc.*, n. 3/2013, pp. 261 ss.; M. DOVA, *Torreggiani c. Italia: un barlume di speranza nella cronaca del collasso annunciato del sistema sanzionatorio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, n. 2/2013, pp. 948 ss.; R. CONTI, *La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo sul sovraffollamento carcerario e i diritti del detenuto*, in *Politica dir.*, n. 4/2013, pp. 441 ss.; M. RUOTOLO, *Quale tutela per il diritto a un'esecuzione della pena non disumana? Un'occasione mancata o forse soltanto rinviata*, in *Giur. cost.*, n. 6/ 2013, pp. 4549 ss.; L. GOISIS, *Del sovraffollamento carcerario, delle sue cause e dei possibili rimedi*, in *Studium iuris*, n.12/2013, pp. 1329 ss.; G. FORTI, *Dignità umana e persone soggette all'esecuzione penale*, in *Dir. um. dir. int.*, pp. 237 ss.; G. TAMBURINO, *La sentenza Torreggiani e altri della Corte di Strasburgo*, in *Cass. pen.*, n. 1/2013, pp. 11 ss.

[62] Come già ricordato, la procedura pilota della Corte EDU è un meccanismo sviluppato per affrontare situazioni in cui pendono molteplici ricorsi simili tra loro, originati da una violazione sistemica o strutturale della Convenzione. Questa procedura consente alla Corte di trattare in modo efficiente e sistematico i casi di violazioni ripetute, dando allo Stato coinvolto indicazioni specifiche per risolvere alla radice il problema riscontrato.

rimuovere le condizioni che hanno comportato la violazione dell'art. 3 CEDU e a predisporre uno strumento preventivo di tutela ed un rimedio compensativo per la tutela risarcitoria conseguente alla violazione stessa.

Solo a seguito della condanna dell'Italia il legislatore è finalmente intervenuto introducendo due rimedi giurisdizionali: uno di natura cautelare e l'altro compensativa.

Il primo è disciplinato dagli artt. 35-*bis*[63] e 69 ord. pen. e prevede che il detenuto possa adire la magistratura di sorveglianza in due circostanze: la prima riguarda le «condizioni di esercizio del potere disciplinare, la costituzione e la competenza dell'organo disciplinare, la contestazione degli addebiti e la facoltà di discolpa»[64], mentre la seconda concerne le ipotesi di inosservanza, da parte dell'amministrazione penitenziaria, «di disposizioni previste dalla presente legge e dal relativo regolamento, dalla quale derivi al detenuto o all'internato un attuale e grave pregiudizio all'esercizio dei diritti».

Con particolare riferimento a quest'ultima ipotesi va, in primo luogo, rilevato che è possibile proporre reclamo non solo quando la lesione derivi da un provvedimento dell'amministrazione penitenziaria, ma anche qualora la lesione sia causata da omissioni o comportamenti di fatto posti in essere da quest'ultima. Ma va pure precisato che nonostante il dettato normativo faccia riferimento alla sola inosservanza delle disposizioni previste dalla legge sull'ordinamento penitenziario e dal relativo regolamento esecutivo la giurisprudenza di legittimità – conformemente a quanto sostenuto dalla dottrina maggioritaria[65] - ha adottato

[63] L'art. 35-*bis* ord. pen. è stato introdotto con l'art. 3 d.l. 23 dicembre 2013, n. 146, conv. in l. 21 febbraio 2014, n. 10.

[64] Viene anche definito reclamo in materia disciplinare.

[65] Secondo la dottrina maggioritaria le fonti individuate dalla norma non devono considerarsi tassative. Sul punto cfr. A. DELLA BELLA, *Emergenza carceri e sistema penale*, Torino, Giappichelli, 2014, pp. 138-139, la quale ha evidenziato la portata generale dei principi introduttivi della legge sull'ordinamento penitenziario; F. FIORENTIN, *Il reclamo "giurisdizionale" per la tutela dei diritti delle persone detenute e internate*, in *Rass. penit. crim.*, n. 3/2013, pp. 243-245; M. BORTOLATO, *Torreggiani e rimedi "preventivi": il nuovo reclamo giurisdizionale*, in *Arch. pen.*, n. 2/2014, pp. 577-578, secondo il quale «sarebbe inaccettabile che non potessero trovare tutela col reclamo ex art. 35 bis ord. penit., proprio i diritti fondamentali […] o i diritti riconosciuti ad ogni cittadino dalla Cedu o dalla nostra Costituzione» e questo in ragione del fatto che il reclamo di cui all'art. 35-

un'interpretazione estensiva della previsione, garantendo tutela anche alle posizioni giuridiche[66] che trovano fondamento in fonti normative diverse.

L'esperibilità di questo rimedio è subordinata al fatto che la violazione denunciata sia «attuale» e che comporti un «grave pregiudizio all'esercizio dei diritti». La condizione dell'attualità implica che possono essere oggetto di reclamo solo le lesioni sussistenti al momento del ricorso e perduranti sino alla decisione e non quelle già concluse al momento del ricorso o della fase decisoria; il requisito della gravità, invece, presuppone che l'attivazione della tutela avvenga solo in presenza di lesioni alle posizioni soggettive che superano una soglia minima di gravità[67].

Il procedimento relativo a tale tipologia di reclamo si svolge ai sensi degli artt. 666 e 678 c.p.p. e prevede «la partecipazione necessaria» del difensore e del P.M., mentre l'amministrazione ha «il diritto di comparire ovvero di trasmettere osservazioni e richieste» ai sensi dell'art. 35-*bis*, c. 1, ord. pen. Il magistrato di sorveglianza, una volta accertata la sussistenza, l'attualità e la gravità del pregiudizio all'esercizio dei diritti, ordina all'amministrazione interessata di porvi rimedio, prevedendo anche un termine per l'adempimento[68].

In caso di mancata esecuzione del provvedimento, non più soggetto ad impugnazione, l'interessato o il suo difensore munito di procura speciale può richiedere l'ottemperanza al magistrato di sorveglianza che lo ha emesso. Se questi

---

bis ord. pen. è stato introdotto nel nostro ordinamento proprio in risposta a quanto richiesto dalla Corte EDU nella sentenza Torreggiani.

[66] Si precisa che sul punto si è sviluppato un dibattito che vede contrapposti un orientamento minoritario che ritiene azionabili solo le violazioni di un diritto soggettivo e non anche di un interesse ed un orientamento maggioritario che ricomprende qualunque posizione giuridica soggettiva tutelata dall'ordinamento. Per un approfondimento si veda, *ex multis*, A. MENGHINI, *Carcere e Costituzione*, Torino, Editoriale scientifica, 2022, pp. 243-245.

[67] Cfr. F. FIORENTIN, *Il reclamo "giurisdizionale" per la tutela dei diritti delle persone detenute e internate*, *cit*., pp. 255-256, il quale evidenzia che il presupposto della gravità «implica necessariamente una valutazione di natura discrezionale da parte del giudice che dovrà tenere conto da un lato, del profilo oggettivo del pregiudizio subìto dal detenuto con riguardo al rango del diritto inciso, all'intensità della lesione e alla durata della medesima; dall'altro, dovrà valutare l'aspetto soggettivo, considerando l'età, il genere, le condizioni di salute e personali dell'interessato».

[68] Avverso la decisione del Magistrato di sorveglianza è possibile proporre reclamo al Tribunale di sorveglianza nel termine di quindici giorni dalla notificazione o comunicazione dell'avviso di deposito della decisione stessa. Anche la decisione del Tribunale di sorveglianza è ricorribile per Cassazione, per violazione di legge, entro quindici giorni dalla notificazione o comunicazione dell'avviso di deposito della decisione stessa.

accoglie la richiesta, ordina l'ottemperanza[69] indicando le modalità e i tempi di adempimento; dichiara nulli gli eventuali atti assunti in violazione o elusione del provvedimento rimasto ineseguito e nomina - se necessario - un commissario *ad acta* che provvede in luogo dell'amministrazione penitenziaria.

Come già anticipato, oltre a tale rimedio inibitorio è stato introdotto anche un reclamo, disciplinato all'art. 35-*ter*[70] ord. pen., avente natura compensativa il quale prevede che il detenuto che ha subito un trattamento in violazione del divieto di tortura e di trattamenti inumani e degradanti di cui all'art. 3 CEDU, possa ottenere la riparazione[71] del danno subito. La norma in esame fa un espresso richiamo alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo, prescrivendo che il pregiudizio lamentato deve consistere in un trattamento contrario all'art. 3 CEDU, così come interpretato dalla Corte EDU. Si tratta di un c.d. "rinvio mobile" che ha creato e continua a creare «incertezze applicative poiché richiede al giudice una 'interpretazione dell'interpretazione' che la Corte di Strasburgo fornisce dell'art. 3 C.e.d.u., sapendo che la giurisdizione della Corte verte sempre sul caso concreto e tiene conto di numerose variabili»[72].

Secondo quanto disposto dall'art. 35-*ter* ord. pen., nel caso in cui la persona sia detenuta per un tempo non inferiore ai quindici giorni in condizioni contrarie all'art. 3 CEDU, il magistrato di sorveglianza, una volta accertata la fondatezza del

[69] Il procedimento di ottemperanza è regolato dal richiamo alle disposizioni di cui agli artt. 666 e 678 c.p.p. Per un maggiore approfondimento sul giudizio di ottemperanza e le relative criticità si veda A. MARTUFI, *Il giudizio di ottemperanza: tra discrezionalità amministrativa e principio di effettività*, in F. FIORENTIN (a cura di), *La tutela preventiva e compensativa per i diritti dei detenuti*, Torino, Giappichelli Editore, 2019, pp. 289-322.

[70] Il nuovo art. 35-*ter*, recante «Rimedi risarcitori conseguenti alla violazione dell'articolo 3 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali nei confronti di soggetti detenuti e internati» è stato introdotto dall'art. 1 del d.l. 26 giugno 2014, n. 92, convertito, con modificazioni, dalla l. 11 agosto 2014, n. 117.

[71] Per un approfondimento sul dibattito avente ad oggetto la natura di tale rimedio v. F. FIORENTIN, C. FIORIO, *Diritto penitenziario e giustizia riparativa,* Piacenza, La Tribuna, 2023, pp. 425-426.

[72] M. BORTOLATO, *La tutela dei diritti dei detenuti*, in F. DELLA CASA, GIOSTRA G. (a cura di), *Manuale di diritto penitenziario*, Torino, Giappichelli, 2023, p. 128, il quale sottolinea altresì che «la violazione non è suscettibile di libero apprezzamento da parte del giudice nazionale ma si deve muovere – caso pressoché unico nell'ordinamento italiano – obbligatoriamente all'interno della cornice delineata dalla giurisprudenza della Corte europea». Per approfondire la questione riguardante il "rinvio mobile" in relazione al fenomeno del sovraffollamento carcerario cfr. A. MENGHINI, *Carcere e Costituzione*, *cit*., pp. 269-283.

reclamo, dispone, a titolo di risarcimento del danno, una riduzione della pena detentiva ancora da scontare, pari a un giorno per ogni dieci giorni di violazione. Qualora invece la pena sia inferiore ai quindici giorni o il periodo di pena ancora da espiare non consenta di operare la suddetta riduzione, il magistrato di sorveglianza liquida al soggetto richiedente la somma di danaro pari a euro otto per ogni giorno in cui l'istante ha subito il pregiudizio.

Il ristoro pecuniario è previsto anche nell'ipotesi in cui il richiedente sia un soggetto che ha terminato di scontare la pena detentiva in carcere o che ha subito il pregiudizio in stato di custodia cautelare non computabile nella determinazione della pena da espiare. In questi due casi la competenza non è del magistrato di sorveglianza ma del tribunale civile[73] del capoluogo del distretto nel cui territorio l'istante ha la residenza e l'istanza risarcitoria va presentata nel termine di decadenza di sei mesi dalla cessazione dello stato di detenzione o di custodia cautelare.

Relativamente all'ambito di applicazione della norma, sia la dottrina che la giurisprudenza si sono interrogate sulla circostanza se l'attualità del pregiudizio sia o meno presupposto dell'azione risarcitoria proponibile ai sensi dell'art. 35-*ter* ord. pen. Tale questione è scaturita dal fatto che l'articolo in esame, per qualificare il pregiudizio legittimante l'azione, rimanda all'art. 69, c. 6, lett. b., ord. pen., il quale, a sua volta, prevede, che, ai fini del reclamo *ex* art. 35-*bis* ord. pen., l'inosservanza da parte dell'amministrazione delle disposizioni previste dall'ordinamento penitenziario e dal relativo regolamento deve aver causato al detenuto o all'internato, un attuale e grave pregiudizio all'esercizio dei diritti. Secondo un orientamento minoritario, l'attualità del pregiudizio costituirebbe presupposto per l'azione risarcitoria, e, di conseguenza, sarebbero azionabili innanzi al magistrato di sorveglianza solo le istanze relative alla violazione dei diritti della persona incarcerata ai sensi dell'art. 3 CEDU che risulti attuale al momento della richiesta di accertamento. Viceversa, sarebbero di competenza del

[73] In questo caso il tribunale civile decide a seguito del procedimento camerale disciplinato dall'art. 737 c.p.c. con decreto non reclamabile.

tribunale civile in sede monocratica, sia le istanze provenienti da soggetti non più detenuti che quelle avanzate da soggetti detenuti ma per lesioni derivanti da violazione dell'art. 3 CEDU non più attuali.

A questo orientamento se ne contrappone un altro, seguito dalla gran parte della giurisprudenza e della dottrina, che esclude l'attualità del pregiudizio dagli elementi costitutivi del ricorso risarcitorio in forma specifica.

In base a questo indirizzo il presupposto necessario per radicare la competenza del magistrato di sorveglianza risulta essere unicamente il perdurante stato di restrizione dell'istante. La giurisprudenza di legittimità ha più volte ribadito che «in materia di rimedi risarcitori conseguenti alla violazione dell'art. 3 CEDU nei confronti di soggetti detenuti o internati, l'attualità del pregiudizio non è condizione di accoglibilità della domanda di contenuto riparatorio rivolta al magistrato di sorveglianza avuto riguardo alla natura atipica, con carattere prevalentemente indennitari, della ridetta istanza-reclamo che suppone come condizione sufficiente lo stato di detenzione»[74]. Così interpretando la norma, viene garantita la massima applicazione dello strumento risarcitorio della riduzione di pena di competenza del magistrato di sorveglianza, ricomprendendo anche le ipotesi di detenzione in assenza dell'attualità di pregiudizio.

Contestualmente alla previsione dei reclami di tipo preventivo e compensativo, è stata istituita la figura del Garante nazionale dei diritti delle persone private della libertà personale[75]. La sua introduzione nel nostro ordinamento rappresenta, da un lato, un ulteriore strumento per cercare di porre rimedio alle criticità strutturali denunciate nella citata sentenza *Torreggiani e altri c. Italia* e dall'altro permette di garantire un sistema interno e indipendente di osservazione e monitoraggio dei luoghi di privazione della libertà personale, in ottemperanza alla ratifica del Protocollo Opzionale alla Convenzione contro la tortura e altre pene o trattamenti

[74] Cfr. sent. Cass., sez. I penale, n. 16335/18.

[75] È stato istituito dall'art. 7 del d.l. 23 dicembre 2013, n. 146, convertito con modificazioni dalla l. 21 febbraio 2014, n. 10 e ulteriormente modificato da successivi atti legislativi.

crudeli, inumani o degradanti (OPCAT)[76] il quale, nell'art. 3, prevede che «ciascuno Stato Parte istituirà, nominerà e manterrà operativo a livello nazionale uno o più organismi con poteri di visita per la prevenzione della tortura e delle altre pene o trattamenti crudeli, inumani o degradanti».

Il Garante opera attraverso una struttura collegiale composta da tre membri[77] nominati dal Capo dello Stato, su proposta del Consiglio dei Ministri. Compito dell'organo è quello di assicurare che la custodia dei detenuti, degli internati, delle persone sottoposte a custodia cautelare in carcere, o ad altre forme di limitazione della libertà personale, avvenga in conformità con le norme e i principi stabiliti dalla Costituzione, dalle Convenzioni internazionali sui diritti umani ratificati dall'Italia, dalle leggi dello Stato e dai regolamenti. Il Garante verifica, altresì, le condizioni di tutti i luoghi di detenzione[78]; prende visione, previo consenso anche solo verbale dell'interessato, degli atti contenuti nel fascicolo della persona detenuta e comunque degli atti riferibili alle condizioni di detenzione o di privazione della libertà e richiede alle amministrazioni responsabili delle strutture nelle quali sono presenti le persone *in vinculis* le informazioni e i documenti necessari ad espletare al meglio il suo compito. In ultimo, qualora accerti violazioni alle norme dell'ordinamento, ovvero la fondatezza delle istanze e dei reclami proposti ai sensi dell'art. 35 ord. pen., formula specifiche raccomandazioni all'amministrazione interessata.

[76] La Convenzione contro la tortura è stata approvata dall'Assemblea generale dell'ONU il 10 dicembre 1984, è entrata in vigore il 26 giugno 1987 e l'Italia ha ratificato il 12 gennaio 1989.

[77] Il Garante Nazionale è composto da un collegio di tre membri, il presidente e due componenti, con un mandato di cinque anni non rinnovabile. I membri sono selezionati tra esperti competenti in tutela dei diritti umani ed esterni alle pubbliche amministrazioni, garantendone così l'indipendenza.

[78] Ai sensi dell'art. 7, c. 5 del d.l. 23 dicembre 2013, n. 146, il Garante Nazionale può infatti visitare, senza necessità di autorizzazione, «gli istituti penitenziari, gli ospedali psichiatrici giudiziari e le strutture sanitarie destinate ad accogliere le persone sottoposte a misure di sicurezza detentive, le comunità terapeutiche e di accoglienza o comunque le strutture pubbliche e private dove si trovano persone sottoposte a misure alternative o alla misura cautelare degli arresti domiciliari, gli istituti penali per minori e le comunità di accoglienza per minori sottoposti a provvedimenti dell'autorità giudiziaria nonché, previo avviso e senza che da ciò possa derivare danno per le attività investigative in corso, le camere di sicurezza delle Forze di polizia, accedendo, senza restrizioni, a qualunque locale adibito o comunque funzionale alle esigenze restrittive».

È chiaro che l'adozione di rimedi giurisdizionali e l'istituzione del Garante nazionale dei diritti dei detenuti rappresentano un notevole passo in avanti per la realizzazione di un sistema punitivo sempre più orientato al rispetto della dignità umana in un'ottica rieducativa, ma è altrettanto evidente che, considerata l'attuale situazione carceraria italiana[79], c'è ancora molto da fare per garantire che ogni detenuto possa pienamente usufruire di un trattamento conforme agli *standard* costituzionali e sovranazionali.

7. Riflessioni conclusive.

L'analisi condotta evidenzia come la giurisprudenza costituzionale, convenzionale e dell'Unione europea abbia, nel suo insieme, contribuito a consolidare il principio di umanizzazione della pena, delineando un sistema che pone la dignità della persona anche al centro della funzione sanzionatoria: cosa inimmaginabile fino soltanto a qualche anno fa.

L'art. 27, c. 3, Cost., nel vietare trattamenti contrari al senso di umanità e nel prevedere che le pene debbano tendere alla rieducazione del condannato, non si esaurisce nella previsione di una mera enunciazione formale, ma trova concreta attuazione solo nel momento in cui e nella misura in cui riesce ad imporre limiti invalicabili al potere punitivo dello Stato.

La Corte costituzionale ha chiarito che il principio di umanizzazione e quello rieducativo operano in sinergia, configurando un modello sanzionatorio in cui il rispetto della dignità della persona non è, e non può mai essere, subordinato alle esigenze di sicurezza pubblica, costituendone, piuttosto, presupposto imprescindibile.

È unicamente un trattamento penale ispirato a criteri di umanità che può rappresentare, infatti, la premessa a che ogni pena possa tendere al recupero del condannato. Allo stesso tempo, però o, meglio, per converso, una pena che non

[79] Cfr. T. DI IORIO, *Detenzione e diritti umani. Una disamina della situazione carceraria in Italia*, in *Inapp Paper*, 2023, https://oa.inapp.org/xmlui/handle/20.500.12916/4014. L'Istituto nazionale per l'analisi delle politiche pubbliche ha realizzato un approfondimento sulle condizioni di vita dei detenuti nelle carceri italiane da cui emerge come permanga una discrasia tra quanto affermato nella nostra Costituzione e la realtà carceraria.

dirittifondamentali.it

persegua una finalità rieducativa rischia di trasformarsi in una misura di mera repressione, incompatibile con il principio costituzionale della tutela della dignità umana.

È in quest'ottica che va letto il cambio di paradigma operato dalla Consulta con riferimento alla portata applicativa del principio della finalità rieducativa.

Se in un primo momento, il Giudice delle leggi aveva sposato la c.d. "teoria polifunzionale" della pena, attribuendo alla rieducazione una funzione limitata alla sola fase esecutiva, in seguito ha adottato un orientamento che vede la finalità rieducativa quale principio fondante dell'intero sistema penale, considerato nel suo complesso e dunque dalla sua formulazione normativa fino alla sua concreta esecuzione.

Questo mutamento di prospettiva, emerso con particolare chiarezza a partire dalla sentenza n. 313 del 1990, ha segnato una svolta determinante nell'interpretazione del dettato costituzionale poiché ha permesso di superare una concezione della pena ancorata prevalentemente alla sua funzione repressiva, aprendo la strada a una visione che considera la finalità rieducativa quale elemento essenziale non già e non solo per la funzione della pena, ma, addirittura a monte di questa, per la sua stessa legittimazione.

L'evoluzione della giurisprudenza della Corte EDU non ha fatto che rafforzare questo processo, definendo in chiave sovranazionale il principio di umanizzazione della pena e imponendo agli Stati obblighi positivi volti a garantire che la privazione della libertà non si traduca in trattamenti inumani o degradanti. La Corte ha così inteso stabilire che la privazione della libertà personale non può mai privare il detenuto della sua dignità e che l'esecuzione della pena deve rispettare *standard* minimi inderogabili. Secondo la giurisprudenza convenzionale, un sistema sanzionatorio conforme ai principi della Convenzione non può, poi, prescindere dall'esistenza di strumenti giurisdizionali che consentano di far valere i diritti dei detenuti. Ed è proprio in questa direzione che si colloca (o meglio, che deve essere collocata) la condanna dell'Italia nella sentenza *Torreggiani* che ha portato

dirittifondamentali.it

all'introduzione di rimedi giurisdizionali specifici a garanzia di una tutela effettiva dei diritti dei detenuti.

E ultima, ma non ultima, la Corte di Giustizia dell'Unione Europea ha fornito un contributo essenziale allo sviluppo del principio di umanizzazione della pena, elaborando un modello di cooperazione giudiziaria sempre più attento alla tutela dei diritti fondamentali. In materia di mandato d'arresto europeo, le sentenze *Aranyosi* e *Căldăraru* e *Dorobantu* hanno stabilito che l'esecuzione del trasferimento di un detenuto deve essere sospesa se esiste anche solo un rischio concreto di trattamenti inumani nel Paese richiedente, introducendo un *test* in due fasi volto a valutare sia le condizioni carcerarie generali che il rischio individualizzato per il soggetto interessato.

Si tratta di pronunce che hanno avuto un impatto significativo su ciò che in queste pagine si è cercato di illustrare, poiché hanno imposto ai giudici nazionali degli Stati membri di effettuare un controllo effettivo sulle condizioni carcerarie del Paese di ipotetica destinazione, prima di dare esecuzione al MAE. In questo modo, la CGUE ha affermato un principio di fondamentale importanza: la cooperazione giudiziaria non può avvenire in modo automatico, ma va sempre bilanciata con la tutela dei diritti fondamentali. Il che ha contribuito a evitare che strumenti come il MAE, concepiti per rendere più rapida ed efficiente la cooperazione in materia penale, potessero in concreto tradursi in meccanismi che espongono i detenuti a trattamenti contrari alla dignità umana.

L'integrazione tra i diversi livelli di tutela – costituzionale, convenzionale ed eurounitario – ha pertanto determinato una progressiva estensione delle garanzie riconosciute ai detenuti, contribuendo a prevenire e sanzionare situazioni di incompatibilità tra la detenzione e il rispetto dei diritti fondamentali.

Ma, ciò detto, non si può tacere del fatto che la concreta attuazione dei predetti principi incontra ancora significative criticità, legate perlopiù e con particolare riferimento al nostro Paese alla persistente inadeguatezza del sistema penitenziario. Il fenomeno del sovraffollamento carcerario, la carenza di programmi rieducativi, così come le difficoltà di accesso a strumenti pienamente

efficaci di tutela giurisdizionale, rappresentano ostacoli strutturali alla piena realizzazione del modello sanzionatorio delineato dalla Costituzione e dal diritto sovranazionale.

In prospettiva futura, è, allora, necessaria quella riforma del sistema penitenziario di cui si parla oramai da molti anni, che coniughi le esigenze di sicurezza con il rispetto della dignità del condannato, anche mediante la promozione di misure alternative alla detenzione, il rafforzamento di garanzie processuali e l'assicurazione che la pena, oltre a limitare la libertà personale, non si traduca mai in una condizione di esclusione sociale permanente.

dirittifondamentali.it

dirittifondamentali.it

Dirittifondamentali.it - Fascicolo 1/2025
Data di pubblicazione – 19 febbraio 2025

Ripensare la pace
Strategie di intervento non violento e diritti umani

di
Agata C. Amato Mangiameli*

Sommario: 1. La guerra alle porte dell'Europa. – 2. L'attualità di una premessa. – 2.1. Ricostruzioni teoriche per il mondo reale. – 3. *Si vis pacem, para pacem*.

1. La guerra alle porte dell'Europa

Secondo l'*Armed Conflict Location and Event Data* (Acled) negli ultimi cinque anni i conflitti armati e i focolai di violenza politica nelle diverse regioni del mondo sono notevolmente aumentati[1], e secondo alcuni recenti studi i sacrifici umani da un anno all'altro hanno subito significative impennate. Si pensi al conflitto tra Israele e Hamas, come pure ai numerosi territori (ad es.: Cisgiordania, Colombia, Libano, Myanmar, Nigeria, Pakistan, Sahel, Siria, Sudan) in cui le ostilità (interne o esterne) costituiscono il contrassegno distintivo tipico di aree di crisi già in atto e in continua evoluzione. In particolare, alle porte dell'Europa, il ritorno della guerra ha inciso profondamente sull'architettura securitaria del continente, mettendone in discussione proprio stabilità e sicurezza. Osserva Luigi Daniele: «Lo scoppio imprevisto della guerra in Ucraina, provocato dall'aggressione militare russa (24 febbraio 2022) ha portato ad una immediata presa di posizione da parte degli Stati membri dell'Unione (v. la Dichiarazione di Versailles, del 10 e 11 marzo 2022) e il ricorso da parte dell'Unione e dei suoi Stati membri ad una serie di interventi senza precedenti per il loro numero e per la loro incisività. […] Purtroppo, con il

*Professoressa ordinaria di Filosofia del diritto – Università di Roma Tor Vergata
[1] acleddata.com – *Conflict index: December 2024*.

Contributo sottoposto a referaggio

dirittifondamentali.it

prolungarsi della guerra in Ucraina, la "compattezza" degli Stati membri dell'Unione ha rivelato delle crepe. Alcuni Stati membri, in particolare l'Ungheria, hanno utilizzato il loro potere di veto, insito nella necessità di un voto all'unanimità in sede PESC […]»[2].

La guerra Ucraina/Russia ha visto una precisa posizione dell'Unione Europea, riconfermata più di recente dal Consiglio europeo e sempre volta a sostenere la sovranità, l'indipendenza e l'integrità territoriale dell'Ucraina. Tra il 2022 e il 2024 l'UE ha infatti incrementato il sostegno militare, sia tramite contributi bilaterali degli Stati membri, sia attraverso l'*European Peace Facility* (EPF), così da rinforzare la capacità di resilienza del popolo ucraino. Inoltre, tra il 2021 e il 2027, sempre EPF ha avuto e avrà modo di finanziare le diverse azioni di politica estera e sicurezza comune (PESC) allo scopo di preservare la pace, consolidando la sicurezza e la stabilità internazionale.

Oltre all'invio di forniture e attrezzature militari – come da regolamento sul sostegno alla produzione di munizioni (ASAP) – e all'istituzione di un apposito Fondo europeo per l'assistenza all'Ucraina, già nel 2022 l'UE ha adottato EUMAM Ucraina, una missione questa che ha quale obiettivo specifico il rafforzamento delle capacità militari grazie all'attività di formazione specializzata delle truppe e tramite la fornitura di adeguati equipaggiamenti. Tale missione nel 2024 è stata prorogata dal Consiglio sino al 15 novembre 2026.

Nonostante siano state adottate queste e altre misure per far fronte alla grave crisi, il confitto Ucraina/Russia ha messo ben in evidenza i limiti strutturali dell'azione di difesa europea[3]. Innanzitutto, l'assenza di una politica estera e di difesa comune in grado di adottare una risposta unitaria e autonoma. Del resto, differenti sensibilità,

[2] *Diritto dell'Unione europea*, Milano, 2024, p. 51.

[3] Un limite evidente già agli albori del processo di integrazione europea, quando si è palesato che il trattato istitutivo della Comunità europea di difesa (CED), pur firmato a Parigi il 27 maggio 1952, non sarebbe mai entrato in vigore, in quanto l'Assemblea nazionale francese si rifiutava di ratificarlo. Scrive DANIELE: «Il rifiuto è legato, oltre che a motivi storici contingenti (l'armistizio coreano, la fine del conflitto in Indocina in cui è coinvolta la Francia in quegli anni), anche e soprattutto ad un vizio intrinseco della nuova Comunità. Aderendo alla CED, infatti, gli Stati avrebbero trasferito ad un ente sovranazionale uno degli attributi essenziali della sovranità nazionale: il compito di difendere il territorio nazionale con la forza armata» (*ivi*, p. 11).

come pure strutture militari diversificate, contraddistinguono gli Stati europei. Se a questo si aggiunge che il meccanismo istituzionale dell'UE richiede l'unanimità nelle decisioni legate alla difesa, e che alcune norme (si pensi agli artt. 36, 45, 52, 346, 347 TFUE) privilegiano la tutela degli interessi nazionali in materia di sicurezza a discapito della cooperazione, è di tutta evidenza la difficoltà per raggiungere una politica estera comune ed è altrettanto chiara la netta superiorità della NATO rispetto ai compiti di difesa, deterrenza e sicurezza, soprattutto per l'impegno profuso sinora da parte degli Stati Uniti.

L'attuale conflitto ha così sottolineato, per un verso, le carenze dell'UE, ovvero la scarsità di scorte militari e di sistemi d'arma pronti all'uso, per l'altro, la necessità di conseguire una maggiore autonomia strategica, per dare slancio al ruolo geopolitico che l'Europa dovrebbe avere e che non ha ancora realizzato, anche per far fronte alle minacce crescenti – lontane o vicine che siano – dello scenario internazionale. Di qui, per realizzare una concreta difesa in grado di proteggere gli stessi interessi europei, la nomina da parte della Commissione di un commissario UE per la difesa, oltre al Comitato politico e di sicurezza dell'UE. Tali decisioni, ivi compresa la prima strategia industriale europea per la difesa (EDIS), mostrano la volontà di cambiare direzione, reagendo alle diverse sfide, imminenti o meno, nel segno di una maggiore integrazione e una più intensa cooperazione.

Sin qui alcune iniziative introdotte dall'UE, nonostante i tanti limiti della difesa comune.

2. L'attualità di una premessa

Senza volerne sottovalutare la portata, la guerra alle porte dell'Europa non è che uno dei tanti fronti aperti delle ostilità, poiché ancora oggi sono lungi dall'essere risolte questioni quali: prevenzione della violenza, risoluzione pacifica dei conflitti sociali e politici, tutela dei diritti umani, promozione di società eque e inclusive. E restano irrisolti nonostante i tanti modelli e le tante ricostruzioni che nel corso del tempo e nel loro continuo avvicendarsi filosofi, giuristi e politici, hanno fornito per affrontare e risolvere i conflitti e innanzitutto le loro cause.

Le drammatiche vicende odierne chiedono comunque di riprendere alcuni temi, e tra questi grande rilevanza per il diritto europeo e per il diritto internazionale hanno certo il problema della guerra, del diritto alla difesa, della proporzionalità della risposta, della tutela dei civili[4].

Nel suo prezioso progetto per la pace perpetua Kant sottolinea: «se per diritto internazionale si intende il *diritto alla guerra* […] *esso non significa propriamente nulla*. Si dovrebbe infatti intendere nel senso che uomini che pensano in tal modo hanno la sorte che si meritano, se si distruggono a vicenda e cercano così la pace eterna nella vasta fossa che copre coi loro autori tutti gli orrori della violenza. Per gli stati che stanno tra loro in rapporto reciproco non vi è altra maniera razionale per uscire dallo stato naturale senza leggi, che è stato di guerra, se non rinunciare, come i singoli individui, alla loro selvaggia libertà (senza leggi), sottomettersi a leggi pubbliche coattive e formare uno stato di popoli (*civitas gentium*), che si estenda sempre più, fino ad abbracciare da ultimo tutti i popoli della terra»[5].

Qui, come si può facilmente notare, non sono in discussione le condizioni della guerra, bensì quelle di una coesistenza regolata ed equa tra gli Stati, ovvero le condizioni di un diritto internazionale della pace. Gli argomenti possono essere così riassunti.

Il rapporto tra i popoli, tra gli Stati nazionali, in realtà è, allo stesso modo degli individui nello stato di natura, di due tipi: può conformarsi alla collaborazione mediante un accordo, oppure, può essere di tipo anarchico, come vuole Kant, poiché non esiste alcuna istanza giuridica centrale che possa produrre la pace. Là dove la collaborazione si realizza, si generano istituzioni, solidarietà e pace. Nello stato di natura e nell'anarchia internazionale, invece, individui e Stati si recano

[4] La tutela dei diritti umani negli scenari di conflitto in Ucraina e nella Striscia di Gaza è attualmente oggetto di ben tre cause pendenti di fronte alla Corte internazionale di giustizia, aperte su ricorso di Stati "non direttamente lesi", in applicazione della clausola compromissoria completa inclusa nella convenzione del 1948 per la prevenzione e repressione del genocidio. In precedenza la Corte nel 2007 si era pronunciata relativamente al genocidio nell'ex-Iugoslavia, su iniziativa del governo bosniaco, che aveva fatto ricorso e richiesto l'indicazione di misure cautelari (v. L. DANIELE, *La prima ordinanza sulle misure cautelari nell'affare tra Bosnia-Erzegovina e Iugoslavia*, in *Rivista di diritto internazionale*, 1993, p. 373 ss.)

[5] *Per la pace perpetua. Progetto filosofico*, trad. it., in *La pace, la ragione e la storia*, Bologna, 1985, p. 113 (corsivo mio).

ingiustizia già solo per la loro vicinanza. E, arrecandosi di continuo ingiustizia, è inevitabile il ricorso alla violenza e alla guerra. In altri termini, la libertà che trova una regola genera sicurezza, mentre quella senza leggi crea un senso di insicurezza reciproco. Quando quest'ultima prevale, ci si azzuffa sempre – esposti alla violenza, si risponde quantomeno con altrettanta violenza – e nell'anarchia internazionale ci si affronta di continuo, dando origine al fatale circolo vizioso della corsa agli armamenti, del potenziamento degli apparati militari e dell'equilibrio tra le forze.

La domanda diventa ovvia: come interrompere la spirale violenza-vendetta, il gioco al massacro d'azione e reazione, ovvero la lunga lista di malefatte, di solito commesse con la scusa che qualcun altro le ha fatte prima, ma che in ogni caso costituiscono delle minacce alla pace? Come si può generare la cooperazione tra i popoli, ridurre le controversie con modi pacifici e dare a tutti sicurezza?

Perché si superi l'analogia stato di natura – anarchia internazionale e si passi a quella società nazionale – società internazionale si rende necessario che sia garantito ad ogni Stato il suo diritto, che anzi ciascun Stato esiga dall'altro di condividere una stessa costituzione, scaturita dalla pura fonte dell'idea di diritto, la quale sola presenta anche la prospettiva del fine desiderato: cioè la pace perpetua.

Ma questa pretesa è poi nei fatti spesso contraddetta! Nonostante siano tutti concordi nell'affermare la necessità della pace nella comunità mondiale, gli Stati non sono disposti a riconoscere un potere legislativo supremo, capace per ciò stesso di garantire ogni diritto e ancor meno un giudice internazionale che ne valuti i comportamenti[6]. Se così è, la garanzia del diritto non può non fondarsi sul *surrogato dell'unione in società civile*, ossia «sulla libera federazione, che la ragione deve associare necessariamente al concetto del diritto internazionale, se si vuol dare a questo un qualche significato». E infatti, il diritto internazionale, per l'appunto nel secondo articolo definitivo della pace perpetua, deve fondarsi sopra una federazione di liberi Stati, il cui obiettivo è di conservare ed assicurare la libertà

[6] Contrariamente a quanto preconizzato da H. KELSEN, *Diritto e pace nelle relazioni internazionali*, trad. it., Milano, 2009, p. 150.

dirittifondamentali.it

degli Stati medesimi, senza con questo sottometterli a leggi pubbliche e ad una coazione reciproca. Di qui, in luogo dell'idea di una repubblica universale, perché non tutto vada perduto, il surrogato della lega della pace (*foedus pacificum*), permanente e sempre più estesa, «che ponga al riparo dalla guerra e arresti il torrente delle tendenze ostili contrarie al diritto»[7].

Kant aggiunge: la natura vuole diversità delle lingue e delle religioni, e tale diversità si esprime molto spesso nella negazione dell'altro popolo, ciò è pretesto per la guerra. Ma, col progredire della cultura e col graduale ravvicinamento degli uomini in tema di principi, l'odio reciproco cede il posto all'accordo per la pace, la quale non deve essere prodotta e garantita dall'indebolimento di tutte le energie, bensì dal loro costante equilibrio. Allo stesso modo, anche il diritto internazionale ha a suo presupposto la separazione degli Stati. E questa va mantenuta, perché preferibile rispetto alla fusione degli Stati per opera di una potenza che si sovrapponga alle altre e si trasformi in una monarchia universale. Mantenuta grazie ad una federazione di Stati, che abbia come unico scopo la rimozione della guerra, dal momento che è il solo stato giuridico compatibile con la loro libertà. Detto in estrema sintesi, la società internazionale può essere protetta dalla caduta nella barbarie (la guerra perpetua) solo quando il rapporto giuridico vale a livello globale, solo quando, cioè, «la violazione del diritto avvenuta in un *punto* della terra è avvertita in *tutti* i punti»[8], e la controversia tra popoli (analogamente a quel che accade entro i confini dello Stato) sia decisa mediante processo.

2.1. Ricostruzioni teoriche per il mondo reale

Una tale premessa, qui in breve proposta, è a suo modo ripresa da Rawls allorché affronta il problema della guerra e quello delle relazioni internazionali,

[7] *Per la pace perpetua*, cit., pp. 113-114.

[8] Continua KANT: «così l'idea di un diritto cosmopolitico non è una rappresentazione fantastica di menti esaltate, ma il necessario coronamento del codice non scritto, così del diritto pubblico interno come del diritto internazionale, per la fondazione di un diritto pubblico in generale e quindi per l'attuazione della pace perpetua, alla quale solo a questa condizione possiamo sperare di approssimarci continuamente» (*ivi*, p. 117).

dirittifondamentali.it

sottolineando per un verso la classificazione dei popoli e per l'altro la concezione della giustizia del diritto dei popoli.

Popoli e non Stati: questo è il punto centrale della concezione della giustizia internazionale rawlsiana. Nella teoria ideale, che si occupa dei rapporti tra società bene ordinate (*liberali* e *decenti*), gli attori della società internazionale sono i popoli, i quali per il loro carattere morale e per la natura ragionevolmente giusta (o decente) dei loro regimi riconoscono i seguenti principi di giustizia: i popoli 1) sono liberi ed indipendenti, e libertà e indipendenza devono essere rispettate dagli altri popoli; 2) sono tenuti all'osservanza dei trattati e degli impegni presi; 3) sono eguali e prendono parte agli accordi che li vincolano; 4) sono tenuti all'osservanza del dovere di non intervento; 5) hanno diritto all'autodifesa, ma non hanno alcun diritto di scatenare una guerra per ragioni diverse dall'autodifesa; 6) sono tenuti a onorare i diritti umani; 7) sono tenuti all'osservanza di certe specifiche restrizioni nella condotta in guerra; 8) hanno il dovere di assistere altri popoli che versano in condizioni sfavorevoli tali da impedire loro di avere un regime sociale e politico giusto o decente.

Nel passaggio dalla teoria ideale alle condizioni decisamente non ideali del mondo, Rawls così scrive: «è probabile che i popoli liberal-democratici e i popoli decenti seguiranno il diritto dei popoli nei loro rapporti reciproci, e la ragione è che questo diritto si attaglia ai loro interessi fondamentali, e ciascun popolo desidera onorare gli accordi stipulati con gli altri senza rischiare la propria reputazione di affidabilità. I principi per cui è maggiore la probabilità di violazioni sono le norme che riguardano la giusta conduzione della guerra contro stati fuorilegge aggressivi, e il dovere di assistenza verso le società svantaggiate. Ciò perché le ragioni a sostegno di questi principi richiedono grande lungimiranza e si ritrovano spesso passioni potenti che spingono in direzioni opposte. *Ma è dovere dello statista convincere il pubblico dell'enorme importanza di questi principi*»[9].

È certamente merito di Rawls aver posto di nuovo all'attenzione del dibattito di inizio secolo la questione del diritto dei popoli. È altrettanto vero che il ruolo

[9] Così J. RAWLS, *Il diritto dei popoli*, trad. it., Torino, 2001, in part. p. 167 (corsivo mio).

dirittifondamentali.it

centrale svolto nella sua teoria dalla figura dello statista – visti gli sviluppi internazionali e le nuove guerre – potrebbe avallare una sorta di unilateralismo benevolo che in quanto tale non ha mezzi giuridici che riescano a garantirne legittimità e imparzialità. Detto in altri termini, la struttura democratica interna di una comunità non assicurerebbe di per sé né l'una, né l'altra.

A maggior ragione questo vale per le attuali vicende, non più legate alla c.d. esportazione della democrazia, ma anzi in una sorta di retroazione, alla ridefinizione di confini e interessi, anche senza astenersi da risposte assolutamente prive di misura (sproporzionate) e al costo di una inevitabile *escalation* del conflitto. E proprio una tale rinnovata attenzione per i confini e per gli interessi richiederebbe una rilettura della sovranità[10] e delle relazioni internazionali, in grado di superare l'orizzonte concettuale che vede negli Stati sovrani gli unici titolari del diritto delle genti e che definisce la ragion di Stato secondo i principi di una sia pure prudente politica di potenza. Si tratterebbe, così, di abbandonare definitivamente l'idea secondo cui la guerra (limitata) è uno strumento legittimo di risoluzione delle controversie[11].

Tra le diverse ricostruzioni, sia con riferimento al dibattito di inizio secolo sulla (esportazione della) democrazia, e sia sugli odierni eventi bellici (in particolare, invasione dell'Ucraina e conflitto in Medio Oriente), merita certamente di essere discussa la prospettiva di Habermas. Qui è innanzitutto in gioco la transizione dal diritto delle genti al diritto cosmopolitico, un diritto quest'ultimo che obbliga ad affrontare ogni questione spezzando quelle catene modellate su una falsa pretesa di principi universali, ovvero l'universalismo dell'uguale rispetto e della solidarietà per tutti, utilizzati in modo selettivo e applicati senza alcuna attenzione verso il contesto e le particolari forme di vita[12].

[10] Rinvio al mio *Stati postmoderni e diritto dei popoli*, Torino, 2004.

[11] V. S. MANGIAMELI, *Imperi e Stati e le nuove relazioni internazionali*, in *Dir. Soc.*, 2022, p. 291 ss., spec. pp. 304-305.

[12] A proposito dell'uso pragmatico, etico e morale, della ragione pratica si veda HABERMAS, *Teoria della morale*, trad. it., Roma-Bari, 1994, p. 119.

dirittifondamentali.it

Riprendendo *l'idea kantiana della pace perpetua, due secoli dopo*[13], Habermas ne sottolinea sia la distanza storica e filosofica, e sia la sua possibile riformulazione, ovvero revisione dei concetti di *lega dei popoli* e *stato cosmopolitico*, in rapporto alla attuale situazione mondiale, tutt'una con l'interdipendenza economica e sociopolitica, le trasformazioni tecnologiche, la globalizzazione delle idee e della cultura. Una situazione, questa, che più di ogni altra, ha tutto l'interesse a vincolare i governi al perseguimento di politiche di non belligeranza[14] e a favorire sul piano internazionale la diffusione di forme di governo non autoritarie[15].

Si consideri poi che anche solo con la globalizzazione economica è ridisegnato il paesaggio politico e man mano cancellato il confine tra politica interna e politica estera. Tra attori non statali, imprese multinazionali e banche private, la classica *Machtpolitik* viene modificata sia in nome delle politiche di democratizzazione e dei diritti umani, e sia in ragione della peculiare diffusione del potere stesso. Per un verso, il *soft power* prende il posto dello *hard power* – d'altra parte dimensioni di alta flessibilità (*soft law*) sostituiscono quelli di alta vincolatività (*hard law*) –, privando della loro indipendenza i titolari cui si riferiva l'associazione kantiana dei liberi Stati[16]. Per l'altro, si afferma l'idea di una *sfera pubblica mondiale*, l'idea cioè di una società civile globale, in grado di affrontare questioni sociali per l'appunto globali (ad esempio: ecologia, crescita demografica, povertà, diritti) e al contempo di esercitare delle pressioni politiche sui governi nazionali.

Tutto questo sembrerebbe (e potrebbe) agevolare la transizione dal diritto delle genti al diritto cosmopolitico.

---

[13] Si tratta dell'articolo apparso in *Kritische Justiz*, 28, 1995, p. 293 ss. (inserito anche in *L'inclusione dell'altro. Studi di teoria politica*, trad. it., Milano, 2002, p. 177 ss.).

[14] Allo stesso modo delle popolazioni con costituzione repubblicana: «se (come in questa costituzione non può non accadere) è richiesto l'assenso dei cittadini per decidere se la guerra debba o non debba essere fatta, nulla di più naturale pensare che, dovendo far ricadere sopra di sé tutte le calamità della guerra (cioè combattere personalmente, pagarne del proprio le spese, riparare a forza di stenti le rovine che la guerra lascia dietro di sé …), essi rifletteranno a lungo prima di iniziare un così cattivo gioco» (KANT, *Per la pace perpetua*, cit., p. 107).

[15] E aggiunge subito HABERMAS: «quando le opzioni e le preferenze di valore in favore della democrazia e dei diritti dell'uomo si allargheranno al di là della mera valorizzazione degli interessi nazionali, allora verranno a modificarsi le stesse condizioni di funzionamento del "sistema delle potenze"» (*L'inclusione dell'altro*, cit., in part. pp. 184-185).

[16] *Ivi*, in part. pp. 186-187.

In realtà, gli attuali accadimenti evidenziano tutt'altro. Si assiste inermi a invasioni, massacri e stermini, d'ogni genere, e si manifesta solidarietà ora con gli uni e talaltra con gli altri, enunciando di volta in volta dichiarazioni e principi (giuridici, morali, politici) considerati indiscussi[17].

3. *Si vis pacem, para pacem*

Le considerazioni da ultimo proposte introducono una fondamentale tematica. Nella classica *Machtpolitik*, la logica degli equilibri di potere obbediva all'adagio *si vis pacem, para bellum*. Ma questo mal si concilia con l'idea del diritto come «insieme delle condizioni per mezzo delle quali l'arbitrio dell'uno può accordarsi con l'arbitrio di un altro secondo una legge universale della libertà»[18], e l'idea di un diritto originario a uguali libertà soggettive[19]. E se è così, l'appello alla ragionevolezza e prudenza dei governi sovrani, che sino ai nostri giorni ha giustificato il *si vis pacem, para bellum*, grazie all'idea del diritto quale diritto (dovere) dell'umanità, diventa l'appello perché gli Stati si offrano di entrare in relazione reciproca, di assicurare uno stato legale e civile, di sottomettersi ad una Costituzione (legale), di abbandonare quegli infiniti e sempre crescenti preparativi bellici che, più delle guerre combattute nel passato e nel presente, sono *il peggior male che si abbatte sulle nazioni civili*. È aperto in questo modo il varco per l'adagio *si vis pacem, para pacem*[20]. L'abolizione sia della guerra e sia dei preparativi bellici è una richiesta del diritto cosmopolitico che, quale necessario completamento di «un diritto internazionale fondato su pubbliche leggi sostenute dalla forza, alle quali ogni stato dovrebbe sottoporsi (ad analogia del diritto civile o pubblico, cui i singoli individui si sottopongono)», indica come deve essere il rapporto tra gli

[17] È il caso della dichiarazione di solidarietà con Israele e con gli ebrei in Germania, pubblicata il 15 novembre 2023 sul sito del Centro di ricerca *Normative Orders* dell'Università Goethe di Francoforte e firmata da Nicole Deitelhoff, Rainer Forst, Klaus G*ü*nther e J*ü*rgen Habermas.

[18] *Metafisica dei costumi*, trad. it., Roma-Bari, 1991, pp. 34-35.

[19] E i diritti dell'uomo sono fondati su questo diritto innato: «la *libertà* (indipendenza dall'arbitrio costrittivo altrui), in quanto essa può coesistere con la libertà di ogni altro secondo una legge universale, è quest'unico diritto originario spettante a ogni uomo in forza della sua umanità» (*ivi*, p. 44).

[20] Si veda D. SENGHAAS (Hg.), *Den Frieden denken. Si vis pacem, para pacem*, Frankfurt a. M., 1995.

uomini e tra gli Stati e «ciò che vale in teoria in virtù dei principi della ragione, vale anche nella pratica»[21].

La complessità dei fattori di guerra: dipendenza economica, violazione dei diritti umani, intolleranza, insicurezza, deve spingere a concepire la pace come un processo che in modo non violento miri non soltanto a prevenire l'uso delle armi, ma al contempo a implementare i presupposti reali di una tranquilla convivenza di popoli e di gruppi. Perché ciò sia reso possibile, e cioè non siano le parti risospinte ad abbracciare le armi, occorre che le normative non feriscano l'esistenza e l'autostima degli interessati e neppure compromettano i loro interessi vitali e i loro sentimenti di giustizia. È altresì necessario che l'azione politica introduca e si serva di ogni strumento immaginabile (compreso l'intervento umanitario), con l'obiettivo di incrementare l'indipendenza economica, la partecipazione democratica, la tolleranza culturale e non ultimo il rispetto dei diritti umani. Metta quindi in campo delle strategie di intervento non violento, capaci di favorire i processi di democratizzazione e giustificate già dal fatto che «le reti della globalizzazione fanno ormai dipendere dall'ambiente esterno *tutti* gli Stati, assoggettandoli al potere "soft" dei condizionamenti e delle influenze indirette (che possono però spingersi fino all'applicazione esplicita di sanzioni economiche)»[22].

Le politiche orientate al concetto di pace come processo e le strategie di intervento non violento richiedono una comune consapevolezza: guerre e conflitti hanno delle cause ben precise e sono queste cause (le tensioni, gli squilibri, e così via) a dover essere prese in seria considerazione. Richiedono altresì un accordo normativo sui diritti umani che fin dall'inizio e di principio hanno natura giuridica, sebbene non riescano a sottrarsi al destino che può colpire ogni diritto: possono essere modificati e persino aboliti.

Del resto, vi sono alcune circostanze innegabili. Già la presentazione dei diritti umani come se si trattasse di diritti (esclusivamente) morali, conferisce loro una validità per dir così duplicata, delineando e rinvenendo la loro giustificazione oltre

[21] KANT, *Sopra il detto comune: «questo può essere giusto in teoria, ma non vale per la pratica»*, in ID, *La pace, la ragione e la storia*, cit., in part. pp. 97-98.

[22] HABERMAS, *L'inclusione dell'altro*, cit., p. 198.

gli ordinamenti giuridici nazionali. L'ulteriore presentazione dei diritti umani come norme costituzionali, poi, li rende in un certo senso diritti privilegiati. E infatti, i diritti fondamentali, costitutivi dell'ordinamento giuridico, determinano il quadro entro cui deve muoversi la legislazione ordinaria, ed essendo parte di un ordinamento giuridico democratico godono di una sorta di validità *ideale* oltre che positiva. Ovvero, non sono meramente vigenti, ma pretendono pure «legittimità in quanto suscettibili di giustificazione razionale»[23].

Di qui la considerazione che i diritti fondamentali occupano un posto a sé tra le stesse norme di rango costituzionale. La loro pretesa di legittimità (o più esattamente la loro universale pretesa di validità) è infatti fondata con argomenti morali, nel senso che questi diritti rispecchiano l'interesse di ogni persona. Tuttavia, simile modalità fondativa dei diritti fondamentali non pregiudica affatto la loro qualità giuridica, che in quanto giuridica riguarda la loro struttura, così da renderli diritti soggettivi azionabili. Se così è, perché i diritti umani diventino delle vere e proprie pretese giuridiche azionabili, è necessario che acquisiscano lo *status* di diritti fondamentali concessi nel quadro di un ordinamento giuridico esistente: nazionale e internazionale. In altre parole, occorre che il diritto positivo (*nazionale*, *dei popoli*, *cosmopolitico*) lasci che «la persona giuridica rest(i) sempre avvolta nel mantello dei suoi diritti di libertà (moralmente ben fondati)» [24].

dirittifondamentali.it

[23] *Ivi*, p. 203.

[24] J. HABERMAS, *L'inclusione dell'altro,* cit., p. 206 ss.

dirittifondamentali.it

Dirittifondamentali.it - Fascicolo 1/2025
Data di pubblicazione – 28 febbraio 2025

Considerazioni in tema di protezione della vulnerabilità e giustizia costituzionale

di
Paolo Scarlatti*

Sommario: 1. Premessa. – 2. Vulnerabilità, principio di uguaglianza e tutela costituzionale dei «soggetti deboli». – 3. Inerzia del legislatore e supplenza del giudice costituzionale. – 4. La problematica determinazione dei presupposti costituzionali della vulnerabilità. – 5. La protezione della vulnerabilità nel segno della internazionalizzazione dei sistemi di tutela dei diritti fondamentali. – 6. La questione dei limiti all'attivismo giudiziale e della necessaria responsabilizzazione delle istituzioni politiche.

1. Premessa

La giustizia costituzionale costituisce un momento essenziale della recente vicenda della tutela dei diritti delle persone vulnerabili. Il ricorso all'argomento della vulnerabilità da parte della giurisprudenza della Corte costituzionale degli ultimi anni appare in effetti – da molteplici punti di vista – un indice ormai ineludibile per una comprensione reale ed esaustiva della protezione effettivamente assicurata alle persone che versano in questa particolare condizione di fragilità e svantaggio[1].

Tale constatazione, per quanto elementare, solleva tuttavia una serie di interrogativi e profili problematici particolarmente complessi, che meritano di essere indagati in quanto espressione di un discostamento dalla protezione tradizionalmente garantita dallo Stato costituzionale, in virtù del principio fondamentale di uguaglianza, ai soggetti più deboli della società.

* Professore Associato di diritto costituzionale, Università degli Studi "Roma Tre".

[1] Per un approfondimento in materia, sia consentito il rinvio a P. SCARLATTI, *I diritti delle persone vulnerabili*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2022.

Contributo sottoposto a referaggio

dirittifondamentali.it

2. Vulnerabilità, principio di uguaglianza e tutela costituzionale dei «soggetti deboli»

L'indagine sulla tutela della vulnerabilità nella prospettiva della giustizia costituzionale non può che prendere le mosse dall'inevitabile grado d'indeterminatezza che caratterizza la nozione di vulnerabilità, di per sé declinabile sotto diverse angolazioni. Essa in effetti dipende da condizioni personali o da circostanze legate al contesto che determinano nei fatti una situazione di debolezza e di svantaggio non sempre predeterminabile ed a cui ogni individuo può essere potenzialmente esposto nel corso delle diverse fasi della vita[2]. Nondimeno, la rilevanza giuridica della vulnerabilità – e dunque della qualificazione o meno di determinati soggetti come «soggetti vulnerabili» – trova fondamento nel diritto costituzionale, riconosciuto quale ambito entro cui la vulnerabilità si radica appunto come fenomeno giuridicamente rilevante[3].

Sotto questo profilo, emblematica appare la Costituzione italiana. Essa, infatti, pur in assenza di un riferimento espresso alla vulnerabilità, delinea un quadro articolato di situazioni di svantaggio, debolezza e fragilità di vario genere che in definitiva incidono sull'esercizio pieno dei diritti e rispetto alle quali assicura un trattamento differenziato e sempre orientato alla garanzia di una più intensa tutela[4]. L'assonanza di queste previsioni costituzionali con la tutela della vulnerabilità è evidente, e viene abitualmente ancorata alla funzione di cardine del sistema costituzionale che assume il principio di uguaglianza, consentendo in

[2] Sulla vulnerabilità come aspetto strutturale della condizione umana, di recente M. LUCIANI, *Le persone vulnerabili e la Costituzione*, Intervento di discussione della *Lectio magistralis* del Presidente della Corte europea dei diritti dell'uomo, Prof. Robert Spano, *Diritti umani e persone vulnerabili*, Roma, 22 aprile 2022, reperibile in *www.cortecostituzionale.it/convegniSeminari.do*. Più in generale sull'ampiezza semantica del concetto di vulnerabilità, da ultimo, L. BUSATTA, C. CASONATO, S. PENASA, M. TOMASI, *Le "maschere" della vulnerabilità nella cura della persona*, in *Liber amicorum per Paolo Zatti*, I, 2023, Jovene, Napoli, 651 ss.

[3] In questo senso, G. SERGES *Vulnerabilità, soggetti "deboli" e giustizia costituzionale. Introduzione ad uno studio sulla giurisprudenza costituzionale in materia di protezione delle "persone vulnerabili"*, in H. ALCARAZ, C. SEVERINO (a cura di), *Systèmes de contrôle de constitutionnalité par voie incidente et protection des personnes en situation de vulnérabilité. Approche de droit comparé*, DICE, Aix-en-Provence, 2021, 167 ss.

[4] In proposito, di recente, cfr. F. PIZZOLATO, *Gli argini costituzionali alla delimitazione della vulnerabilità*, in *Ars interpretandi*, n. 2/2019, 25 ss.; G. AMATO, *I vulnerabili e la Costituzione italiana*, in AA.VV., *Gli ultimi. La tutela giuridica dei soggetti deboli*, Aracne, Roma, 2022, 29 ss.

particolare alla Corte costituzionale «di far progressivamente emergere, attorno all'eguaglianza, una sorta di "statuto" (perennemente in divenire) della protezione costituzionale della vulnerabilità»[5].

È dunque lungo le linee tracciate dalla tradizionale protezione costituzionale dei «soggetti deboli»[6] che il principio di uguaglianza – tanto nella sua proiezione antidiscriminatoria quanto nella sua accezione promozionale – ha esteso la sua valenza assiologica per far fronte a situazioni di vulnerabilità inedite, di per sé neanche immaginabili dal Costituente nel momento della stesura della Carta costituzionale. A questa stregua, il carattere aperto della nozione di vulnerabilità trova nel principio di uguaglianza non soltanto il paradigma entro cui convogliare la progressiva emersione di istante di tutela sempre nuove e non prefigurabili in anticipo, ma anche una sorta di canale di contenimento che, nella prospettiva del riequilibrio e della effettività dei diritti, ha favorito nel tempo un'opera d'individuazione – costituzionalmente imposta – di situazioni di vulnerabilità per ciò stesso meritevoli di una protezione più incisiva, estendendosi anche al di là delle tutele espressamente previste in Costituzione.

Ma proprio quest'opera d'identificazione rinvia ad un aspetto nodale della tutela dei diritti delle persone vulnerabili, ovverosia al rapporto tra il ruolo del legislatore nel contesto dello Stato costituzionale e le prerogative del giudice costituzionale in funzione della effettività dei diritti.

3. Inerzia del legislatore e supplenza del giudice costituzionale

A tal proposito, l'identificazione di situazioni di vulnerabilità, con il conseguente allestimento delle necessarie garanzie, chiama in causa anzitutto il legislatore politico: è a quest'ultimo infatti che spetta il compito di riconoscere e vagliare la portata di tali situazioni meritevoli di più intense tutele, calibrando su tali basi gli interventi in funzione riequilibratrice ed antidiscriminatoria. In questo senso, il

[5] G. SERGES, *Vulnerabilità, soggetti "deboli" e giustizia costituzionale. Introduzione ad uno studio sulla giurisprudenza costituzionale in materia di protezione delle "persone vulnerabili"*, cit., 168.

[6] In argomento, per tutti, M. AINIS, *I soggetti deboli nella giurisprudenza costituzionale*, in *Politica del diritto*, 1999, 25 ss.

Parlamento italiano ha dato prova di un impegno anche meritorio in virtù del quale, soprattutto attraverso la leva fornita dal canone dell'uguaglianza sostanziale, è nel tempo riuscito ad approntare in determinati settori – come, ad esempio, nel campo della inclusione delle persone con disabilità[7] – un quadro legislativo solido di garanzie e misure intese ad assicurare l'esercizio in concreto dei diritti degli individui in condizioni di svantaggio.

Al tempo stesso, non può non riconoscersi altresì come l'opera posta in essere dal legislatore in tema di tutela delle vulnerabilità sia stata talvolta anche insoddisfacente, o addirittura del tutto assente. Trattasi di casi noti e diversificati, in linea di massima legati a temi riconosciuti come eticamente sensibili e perciò fortemente polarizzanti, rispetto ai quali l'opportunismo e la contrapposizione sterile tra forze politiche hanno condotto il legislatore all'unico esito possibile, ossia all'inerzia, alla rinuncia alla decisione politica, seppur sollecitata[8].

Dinnanzi a siffatte circostanze, allorché irrimediabilmente lesive di diritti fondamentali, s'inserisce la Corte costituzionale, la cui azione ormai da tempo non si limita più al solo annullamento totale o parziale di disposizioni di legge, bensì denota l'assunzione di un ruolo decisamente attivo, sorretto da un ideale di legalità costituzionale ben più penetrante nei confronti dell'ordinamento giuridico nel suo complesso. Di questo intenso attivismo è una chiara testimonianza proprio il vasto ed articolato strumentario di decisioni oggi a disposizione del giudice costituzionale, il cui perfezionamento nel tempo è indice di tale modalità d'intendere la giustizia costituzionale[9].

Ebbene la tematica della protezione delle persone vulnerabili si colloca nel solco di questa visione attiva del giudice costituzionale, che diviene presidio privilegiato rispetto a manifestazioni di vulnerabilità più o meno inedite. È dunque nella

[7] Per un approfondimento del tema, *ex multis*, C. COLAPIETRO, F. GIRELLI, *Persone con disabilità e Costituzione*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2020, spec. 56 ss.

[8] G. SERGES, *Vulnerabilità, soggetti "deboli" e giustizia costituzionale. Introduzione ad uno studio sulla giurisprudenza costituzionale in materia di protezione delle "persone vulnerabili"*, cit., 171.

[9] Per un aggiornamento al riguardo, in considerazione della tecnica decisoria inaugurata dalla Corte costituzionale con l'ordinanza n. 207 del 2018, v. tra gli altri M. RUOTOLO, *L'evoluzione delle tecniche decisorie della Corte Costituzionale nel giudizio in via incidentale. Per un inquadramento dell'Ord. n. 207 del 2018 in un nuovo contesto giurisprudenziale*, in *Rivista AIC*, n. 2/2019, 644 ss.

giurisprudenza costituzionale, nella sua capacità in fondo creativa, che trovano riscontro gli elementi che concorrono alla definizione di quel possibile "statuto" della protezione costituzionale della vulnerabilità richiamato in precedenza[10].

4. La problematica determinazione dei presupposti costituzionali della vulnerabilità

Ebbene la lettura della tutela della vulnerabilità secondo le lenti dell'uguaglianza stimola – per la verità – una serie di considerazioni problematiche sul piano del diritto costituzionale.

Un primo profilo riguarda proprio il riferimento al principio di uguaglianza – specie nella sua accezione sostanziale – quale veicolo della protezione costituzionale dei soggetti fragili e in situazioni di svantaggio. Esso in effetti, seppur senz'altro presente, non sembra esaurire la complessità della odierna vicenda della tutela dei diritti delle persone vulnerabili. La quale – a ben vedere – privilegia le potenzialità della relazione con l'inviolabilità della dignità umana, concetto di per sé difficilmente predeterminabile sul piano dogmatico[11], ma al contempo valore di riferimento dei cataloghi di diritti approntati dalle Costituzioni europee del secondo dopoguerra[12] e dalle Carte europee e internazionali dei diritti adottate a seguito della drammatica esperienza dei totalitarismi del secolo scorso[13].

Più in dettaglio, se è senz'altro indiscutibile il raccordo strettissimo che intercorre tra le istanze in favore dell'uguaglianza e la dignità della persona in quanto tale[14],

[10] G. SERGES, *Vulnerabilità, soggetti "deboli" e giustizia costituzionale. Introduzione ad uno studio sulla giurisprudenza costituzionale in materia di protezione delle "persone vulnerabili"*, cit., 173.

[11] Cfr., nella prospettiva del diritto costituzionale, senza pretesa d'esaustività, M. LUCIANI, *Positività, metapositività e parapositività dei diritti fondamentali*, in G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI (a cura di), *Il diritto costituzionale come regola e limite al potere. Scritti in onore di Lorenza Carlassare*, III, Jovene, Napoli, 2009, spec. 1060 ss.; A. RUGGERI, *Appunti per uno studio sulla dignità dell'uomo, secondo diritto costituzionale*, in *Rivista AIC*, n. 1/2011. Sul tema, v. altresì G. SERENO, *La dimensione costituzionale della dignità umana. Da concetto filosofico a elemento normativo di diritto positivo*, Apes, Roma, 2016, 413 ss.

[12] In proposito, per tutti, P. HÄBERLE, *Lo Stato costituzionale*, Istituto della Enciclopedia italiana, Roma, 2005, 164 ss.

[13] Al riguardo, v. C. DUPRÉ, *The Age of Dignity. Human Rights and Constitutionalism in Europe*, Bloomsbury, Oxford-Portland, 2018, 53 ss.

[14] Sul legame strettissimo tra gli artt. 2 e 3 Cost., *ex multis*, N. OCCHIOCUPO, *Liberazione e promozione umana nella Costituzione. Unità di valori nella pluralità di posizioni*, Giuffrè, Milano,

appare altrettanto evidente come risieda nella salvaguardia del valore di quest'ultima, anziché nella predisposizione di un piano di emancipazione sociale teso alla rimozione delle inevitabili disparità che nei fatti caratterizzano la vita degli individui, il fondamento e la giustificazione di un trattamento speciale di tutela nei confronti delle persone vulnerabili. E ciò, in piena sintonia con quanto previsto dallo stesso testo costituzionale, che inquadra il riferimento alla pari dignità sociale *ex* articolo 3, primo comma, Cost. come una componente decisiva ma non esaustiva del principio del rispetto della dignità umana deducibile implicitamente, in termini generali, dall'articolo 2 Cost.[15]

La recente vicenda dei diritti delle persone vulnerabili si discosta in effetti dalla tradizionale protezione dei «soggetti deboli», la quale ha contraddistinto l'evoluzione dell'ordinamento segnando il modello di Stato sociale secondo traiettorie sicure e saldamente agganciate a principi e precetti positivizzati nel testo della Costituzione e coerentemente sviluppati, in senso espansivo, dalla giurisprudenza costituzionale.

Le istanze della vulnerabilità si situano viceversa in un orizzonte più ampio e sfuggente, che investe la complessità dei diritti della persona privilegiando quella matrice trasversale ed universalistica insita nel principio della inviolabilità della dignità umana, nel quale confluiscono – senza tuttavia esaurirlo – i profili legati al canone dell'uguaglianza e della giustizia sociale così ben integrati nel tessuto della Costituzione italiana. Un orizzonte, ancora, che si definisce soprattutto – come si dirà subito – alla luce dell'esperienza di internazionalizzazione dei sistemi di

1988, 78-79; F. PIZZOLATO, *Finalismo dello Stato e sistema dei diritti nella Costituzione italiana*, Vita e Pensiero, Milano, 1999, 127; P. RIDOLA, *Diritti fondamentali. Un'introduzione*, Giappichelli, Torino, 2006, spec. 124 ss.; G. SILVESTRI, *Dal potere ai princìpi. Libertà ed eguaglianza nel costituzionalismo contemporaneo*, Laterza, Roma-Bari, 2009, 83; A. APOSTOLI, *La svalutazione del principio di solidarietà. Crisi di un valore fondamentale per la democrazia*, Giuffrè, Milano, 2012, 59 ss.; F. POLITI, *Libertà costituzionali e diritti fondamentali*, Giappichelli, Torino, 2021, 274.

[15] Per una lettura della normativa costituzionale sui diritti nel segno della convergenza tra il principio personalista e quello solidaristico, oltre a P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Il Mulino, Bologna, 1974, 73-74, v. F. GIUFFRÈ, *La solidarietà nell'ordinamento costituzionale*, Giuffrè, Milano, 2002, 72 ss.; G.M. FLICK, *Dignità umana e tutela dei soggetti deboli: una riflessione problematica*, in E. CECCHERINI (a cura di), *La tutela della dignità dell'uomo*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2008, 56; F. PIZZOLATO, *Il principio costituzionale di fraternità. Itinerario di ricerca a partire dalla Costituzione italiana*, Città Nuova, Roma, 2012, *passim*.

dirittifondamentali.it

protezione dei diritti fondamentali anziché nel quadro nazionale degli strumenti ed interventi di protezione sociale finalizzati al superamento delle disparità di fatto che di tale condizione di debolezza e svantaggio sono il risultato.

In definitiva, l'emersione delle istanze di tutela legate al fenomeno della vulnerabilità, indice in realtà della più complessa crisi dello Stato sociale[16], s'innesta sulla garanzia della inviolabilità della dignità umana veicolandone il valore oltre la dimensione lavorativa ed il rapporto con i soli diritti sociali, per approdare in contesti di applicazione aggiuntivi e non prevedibili in anticipo poiché, in fondo, legati alla più vasta considerazione della condizione esistenziale, reale e contingente in cui versa l'individuo in quanto persona.

5. La protezione della vulnerabilità nel segno della internazionalizzazione dei sistemi di tutela dei diritti fondamentali

Una seconda serie di considerazioni problematiche coinvolge invece l'esigenza di calare la lettura della recente vicenda della tutela dei diritti delle persone vulnerabili nel quadro del sistema di protezione sovranazionale dei diritti che si è andato progressivamente consolidando in Europa[17]. È difatti in questo quadro che le richiamate pretese universalistiche derivanti dal rispetto della dignità, intesa come valore intrinseco e connaturato all'essere umano, trovano riscontro attraverso il filtro della tutela della vulnerabilità.

Non è perciò un caso che – nonostante il silenzio della CEDU in proposito – sia stata proprio la Corte europea dei diritti dell'uomo a farsi carico del compito di riconoscere situazioni di vulnerabilità e di calibrare di volta in volta, nell'insieme delle circostanze che definiscono il caso di specie, la garanzia di una protezione

[16] Sulla tutela della vulnerabilità come una delle tante manifestazioni della crisi del modello di Stato sociale, v. P. SCARLATTI, *Soggetti deboli, Costituzione ed istanze della vulnerabilità*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, n. 1/2023, 269 ss.

[17] Circa l'affermazione in Europa di un sistema multilivello di protezione dei diritti fondamentali, *ex multis*, G. DEMURO, *Costituzionalismo europeo e tutela multilivello dei diritti*, Giappichelli, Torino, 2009, 39 ss.; A. CARDONE, *La tutela multilivello dei diritti fondamentali*, Giuffrè, Milano, 2012; E. MALFATTI, *I "livelli" di tutela dei diritti fondamentali nella dimensione europea*, Giappichelli, Torino, 2015, 91 ss. Con particolare riguardo al diritto dell'Unione europea, v. P. COSTANZO, *La dimensione dei diritti della persona nel diritto dell'Unione europea*, in *Consulta Online*, (8.VI.2008).

speciale nei confronti del soggetto vulnerabile, elaborando nel corso degli ultimi decenni una ricca giurisprudenza in proposito. Ed è proprio da questa giurisprudenza fortemente creativa, incardinata nella prospettiva della effettività delle tutele e di un giudizio caso per caso, che emergono con chiarezza le coordinate di una nozione di vulnerabilità lasciata intenzionalmente aperta, ma al contempo rintracciabile in indirizzi sufficientemente stabili e riconoscibili, che identificano ormai con nettezza diverse forme della vulnerabilità sul piano soggettivo, dei fattori generativi di vulnerabilità e degli effetti derivanti dal suo riscontro in concreto[18].

Questa fondamentale matrice sovranazionale della nozione di vulnerabilità, ed il suo successivo svolgimento giurisprudenziale, non sono rimaste circoscritte all'interno dell'ordinamento convenzionale. La permeabilità tra ordinamenti sottesa al processo di internazionalizzazione dei diritti e delle relative tutele – di per sé oggetto di critica per la proliferazione eccessiva cui ha dato luogo e per la sua configurazione multilivello, ambedue aspetti ritenuti forieri di confusione ed incertezza anziché di più estese tutele[19] – ha consentito agli orientamenti della Corte di Strasburgo nel campo dei diritti delle persone vulnerabili di entrare, oltre che nella giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea, all'interno del sistema nazionale di giustizia costituzionale, contaminandone gli indirizzi e il lessico[20].

L'indagine sulla portata del ricorso all'argomento della vulnerabilità da parte della Corte costituzionale – intervenuto in maniera significativa anzitutto rispetto ai c.d.

[18] Cfr. E. DICIOTTI, *La vulnerabilità nelle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Ars interpretandi*, n. 2/2018, 13 ss.; R. CHENAL, *La definizione della nozione di vulnerabilità e la tutela dei diritti fondamentali*, ivi, 35 ss.; A. TIMMER, *A Quiet Revolution: Vulnerability in the European Court of Human Rights*, in M.A. FINEMAN, A. GREAR (a cura di), *Vulnerability. Reflections on a New Ethical Foundation for Law and Politics*, Routledge, Farnham, 2013, 147 ss.; nonché, con particolare riferimento alla emersione del concetto di «gruppo vulnerabile», L. PERONI, A. TIMMER, *Vulnerable groups: The promise of an emerging concept in European Human Rights Convention law*, in *International Journal of Constitutional Law*, 11, n. 4/2013, 1056 ss.

[19] In argomento, con approcci ed argomenti diversi, v. A. CELOTTO, *L'età dei (non) diritti*, Giubilei Regnani, Roma-Cesena, 2017, 84 ss.; R. BIN, *Critica della teoria dei diritti*, Franco Angeli, Milano, 2018, 69 ss.; F. RIMOLI, *Sulla retorica dei diritti*, Mucchi, Modena, 2018, 46 ss.

[20] In proposito, sia consentito il rinvio a P. SCARLATTI, *Il trattamento della vulnerabilità tra Corti europee e Corte costituzionale*, in *Diritti comparati*, Special Issue V, 2024, 68 ss.

temi sensibili sul piano etico e morale (quali la delicata materia del "fine vita"[21], della prostituzione liberamente e consapevolmente esercitata[22] e della surrogazione di maternità[23]), ma anche in materia di processo penale (è il caso dell'ammissione automatica al beneficio del gratuito patrocinio al di fuori della non abbienza[24], dell'assunzione della testimonianza del minorenne in sede di incidente probatorio[25] e, più in generale, delle restrizioni al diritto di difesa dei detenuti in regime di 41-*bis*[26] e delle forme di esecuzione della pena alternative alla detenzione in carcere per i detenuti affetti da grave infermità psichica[27] e socialmente pericolosi[28]), ed infine rispetto al contrasto alla ludopatia[29] – dimostra in effetti come, seppur nel diverso contesto del sindacato di costituzionalità, la Corte costituzionale si sia mossa in piena sintonia con gli orientamenti elaborati dalla Corte europea dei diritti, accogliendo anch'essa una nozione di vulnerabilità aperta e funzionale ad un intervento creativo del giudice nell'ottica della effettività dei diritti. Una nozione che, nella elaborazione della Corte costituzionale, rimane ben salda ad un'esigenza profonda di protezione della persona e della sua dignità, acquisendo un peso spesso decisivo ai fini del giudizio costituzionale soprattutto là dove impiegata all'interno di un'operazione di bilanciamento.

6. La questione dei limiti all'attivismo giudiziale e della necessaria responsabilizzazione delle istituzioni politiche

[21] Corte cost., ord. n. 207 del 2018, sent. n. 242 del 2019 e, da ultimo, sent. n. 135 del 2024.
[22] Corte cost., sentt. nn. 141 e 278 del 2019.
[23] Corte cost., sent. n. 33 del 2021.
[24] Corte cost., sent. n. 1 del 2021.
[25] Corte cost., sent. n. 14 del 2021.
[26] Corte cost., sent. n. 143 del 2013.
[27] Corte cost., sent. n. 99 del 2019.
[28] Corte cost., sent. n. 22 del 2022.
[29] Corte cost., sentt. nn. 300 del 2011, 108 del 2017 e 27 del 2019.

Un'ultima serie di considerazioni problematiche riguarda i limiti intrinseci ad una prospettiva che rimette la tematica della tutela dei diritti fondamentali al solo (o quasi) attivismo delle Corti[30].

L'attività creativa esercitata dalla Corte di Strasburgo in funzione della effettività dei diritti delle persone vulnerabili costituisce, in effetti, un indice evidente dell'inadeguatezza delle istituzioni politiche nazionali a far fronte a queste nuove istanze di protezione. Ed analogamente la Corte costituzionale, nel farsi carico di assicurare una protezione più incisiva dinnanzi a situazioni di vulnerabilità, ha in fin dei conti, il più delle volte, operato in supplenza del legislatore, andando in ogni caso molto al di là della codificazione della nozione di vulnerabilità eventualmente presente nel diritto positivo. Per quanto infatti quest'ultima abbia trovato accoglienza nella normativa, sia a livello europeo e internazionale[31] sia più di recente, su spinta proprio delle fonti sovranazionali, a livello interno[32], la

[30] Sui limiti di una visione che intende assicurare l'effettività della tutela dei diritti fondamentali nel contesto sovranazionale tramite la sola via giudiziaria, G. AZZARITI, *Contro il revisionismo costituzionale*, Laterza, Roma-Bari, 2016, 139 ss.

[31] V., ad es., la normativa europea sulla sicurezza stradale e di protezione degli utenti della strada vulnerabili (regolamento (UE) 2019/2144 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 novembre 2019); quella in materia di pratiche commerciali sleali, con riferimento alla protezione di operatori, consumatori e clienti vulnerabili o particolarmente vulnerabili (direttiva (UE) 2019/633 del Parlamento europeo e del Consiglio del 17 aprile 2019, direttiva 2005/29/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 maggio 2005, direttiva 2009/73/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 luglio 2009); nonché quella in materia di garanzie procedurali a favore di persone vulnerabili indagate o imputate in procedimenti penali (direttiva (UE) 2016/800 del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 maggio 2016; direttiva 2012/13/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 22 maggio 2012) o di esecuzione del mandato di arresto europeo (direttiva (UE) 2016/1919 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 ottobre 2016; direttiva 2013/48/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 22 ottobre 2013) e di protezione internazionale (direttiva 2011/95/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 dicembre 2011; direttive 2013/33/UE e 2013/32/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 giugno 2013). Rispetto alle Convenzioni internazionali, v. Convenzione di Lanzarote del 15 ottobre 2007 sulla protezione dei minori contro lo sfruttamento e l'abuso sessuali (artt. 18 e 28), e la Convenzione di Istanbul dell'11 maggio 2011 sulla prevenzione e la lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica (artt. 12, punto 3; 18, punto 3; e 46).

[32] V., in particolare, d.lgs. 4 marzo 2014, n. 24 (*Attuazione della direttiva 2011/36/UE, relativa alla prevenzione e alla repressione della tratta di esseri umani e alla protezione delle vittime, che sostituisce la decisione quadro 2002/629/GAI*); d.lgs. 15 dicembre 2015, n. 212 (*Attuazione della direttiva 2012/29/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 ottobre 2012, che istituisce norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato e che sostituisce la decisione quadro 2001/220/GAI*); l. 11 gennaio 2018, n. 4 (*Modifiche al codice civile, al codice penale, al codice di procedura penale e altre disposizioni in favore degli orfani per crimini domestici*); d.lgs. 28 gennaio

specificazione della portata della vulnerabilità è rimasta una prerogativa delle Corti dagli ampi margini di apprezzamento, da esercitarsi secondo una valutazione individualizzata al caso di specie e diretta alla garanzia di un trattamento di favore, differenziato, per controbilanciare – in ragione della salvaguardia della dignità della persona – condizioni di debolezza e svantaggio non predeterminabili in astratto.

In questo senso, la vicenda della protezione delle persone vulnerabili consente una lettura nei termini di un'opera di attuazione in senso evolutivo dei diritti e delle libertà costituzionali o, meglio, l'attività creativa che ne è alla base dà conto di come le Corti dei diritti abbiano in sostanza contribuito ad una forma di adeguamento dell'ordinamento a sistemi di valore che cambiano nel tempo[33].

Ciò posto, tuttavia, è bene sottolineare come la verifica della vulnerabilità nell'ottica di una più intensa protezione sottenda una chiara scelta di valore. A cominciare dalla qualificazione di determinati individui o «gruppi» come «vulnerabili» o «particolarmente vulnerabili», ma anche nell'accertamento in concreto della vulnerabilità, della eventuale concomitanza di più vulnerabilità nel medesimo individuo e del grado d'intensità raggiunto nel rapporto con le altre circostanze che definiscono il caso, così come nella determinazione delle conseguenze che a valle di tutto ciò discendono in funzione della effettività dei diritti e della maggior tutela. Tutti elementi di valutazione che – a ben vedere – danno conto di opzioni e preferenze inevitabilmente definite nel quadro di un preciso orizzonte assiologico.

Ed è proprio in questo quadro che la vicenda dei diritti delle persone vulnerabili suscita degli interrogativi in relazione ad un possibile attrito con i principi del

---

2008, n. 25 (*Attuazione della direttiva 2005/85/CE recante norme minime per le procedure applicate negli Stati membri ai fini del riconoscimento e della revoca dello status di rifugiato*) e successive modificazioni; d.lgs. 18 agosto 2015, n. 142 (*Attuazione della direttiva 2013/33/UE recante norme relative all'accoglienza dei richiedenti protezione internazionale, nonché della direttiva 2013/32/UE, recante procedure comuni ai fini del riconoscimento e della revoca dello status di protezione internazionale*) e successive modificazioni; d.lgs. 10 giugno 2020, n. 50 (*Attuazione della direttiva (UE) 2018/645 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 18 aprile 2018, che modifica la direttiva 2003/59/CE sulla qualificazione iniziale e formazione periodica dei conducenti di taluni veicoli stradali adibiti al trasporto di merci o passeggeri e la direttiva 2006/126/CE concernente la patente di guida*).

[33] In questa prospettiva, per tutti, M. CAPPELLETTI, *Giudici legislatori?*, Giuffrè, Milano, 1984.

parlamentarismo e della democrazia politica e rappresentativa, in virtù dei quali spetta al legislatore il compito di farsi interprete e voce della comunità che rappresenta. È ad esso che – in virtù della legittimazione di cui gode, indiscutibilmente distinta da quella dei giudici, anche costituzionali[34] – compete la responsabilità di assumere, attraverso l'esercizio della funzione legislativa e nel rispetto delle norme costituzionali, decisioni implicanti discrezionalità politica, a maggior ragione là dove incidono sulla sfera dei valori e della loro diversa ponderazione[35].

Ebbene la tensione tra il ruolo che spetta per antonomasia al legislatore nel contesto dello Stato costituzionale e le prerogative esercitate dai giudici in funzione della effettività dei diritti delle persone vulnerabili – in fin dei conti espressione del crescente protagonismo acquisito nel campo dei diritti fondamentali dal diritto giurisprudenziale a discapito di quello politico[36] – sottende l'esigenza di contenere, entro presupposti e confini costituzionali precisi e chiaramente identificabili, la propensione ad un attivismo giudiziale decisamente creativo, che tende ad oltrepassare i limiti fisiologici dell'interpretazione e dell'applicazione del diritto.

Alla luce dell'integrazione sovranazionale dei sistemi di protezione dei diritti, la giurisprudenza costituzionale sui diritti delle persone vulnerabili introduce così elementi di riflessione inediti rispetto ad un tema antico per il diritto costituzionale quale è quello del rapporto tra attività creativa dei giudici e prerogative del legislatore. Un tema, la cui complessità è resa ancor più evidente dal recente ricorso alla nozione di vulnerabilità quantomeno nei suoi due aspetti più significativi della tenuta della garanzia della certezza e prevedibilità del diritto e dell'ingresso di elementi di paternalismo per via giudiziaria.

In questo contesto problematico, tanto la previsione di un rinvigorimento degli obblighi motivazionali in capo ai giudici quanto – soprattutto – la valorizzazione

[34] Per un approfondimento del tema, per tutti, C. MEZZANOTTE, *Corte costituzionale e legittimazione politica*, Tipografia veneziana, Roma, 1984, 87 ss. e *passim*.

[35] Per una riflessione recente sul tema, V. BALDINI, *L'attuazione dei diritti fondamentali come scelta politica e come decisione giurisdizionale*, in *Rivista AIC*, n. 3/2011.

[36] R. ROMBOLI, *I diritti fondamentali tra diritto politico e diritto giurisprudenziale*, in *Studi in onore di Aldo Loiodice*, II, Cacucci, Bari, 2012, 1069 ss.

del principio della intermediazione del legislatore, nazionale o sovranazionale che sia, paiono contribuire ad una delimitazione costituzionale e laica del concetto di vulnerabilità. La quale tuttavia non può prescindere dalla responsabilizzazione del decisore politico, che, nel solco di quanto già ben radicato nella Costituzione repubblicana, non può di certo sottrarsi dal compito di proiettare la tradizionale garanzia dei soggetti più deboli della società, propria del costituzionalismo novecentesco, nelle attuali e più sfumate istanze di protezione della vulnerabilità.

dirittifondamentali.it

dirittifondamentali.it

Dirittifondamentali.it - Fascicolo 1/2025
Data di pubblicazione – 28 febbraio 2025

Rapporti tra diritto interno e diritto eurounitario, dal punto di vista della teoria della Costituzione, e tecniche retorico-argomentative nella recente giurisprudenza costituzionale*

di
Antonio Ruggeri*

Sommario: 1. Rapporti interordinamentali, dal punto di vista della teoria della Costituzione, valori comuni all'Unione ed agli Stati membri e mutua apertura degli ordinamenti, in vista della loro ottimale affermazione. – 2. Le tecniche decisorie poste a base della risoluzione delle antinomie tra norme eurounitarie *self executing* e norme di diritto interno: in ispecie, l'opzione di favore per il sindacato accentrato, ancora di recente espressa dalla giurisprudenza costituzionale, e le ragioni che invece depongono per accordare la precedenza alla pregiudiziale "comunitaria" (*rectius*, eurounitaria), con la conseguente, eventuale applicazione diretta delle norme dell'Unione, maggiormente congeniale alla causa della integrazione sovranazionale e, allo stesso tempo, idonea a comportare un minor costo per la sovranità dello Stato. – 3. L'ipotesi, tuttavia scartata, di una pronunzia di "non applicazione", invece di una di annullamento, emessa dalla Consulta a carico di norma interna incompatibile con norma sovranazionale *self executing* e il singolare carattere alternativo dei rimedi in parola, giudicati entrambi esperibili a seconda di come si determini il giudice in ordine alla loro messa in atto. – 4. Il singolare utilizzo che la Consulta mostra di fare del principio della certezza del diritto a sostegno del sindacato accentrato in vista della ottimale risoluzione delle questioni di "eurounitarietà-costituzionalità" e la possibilità di avvalersi allo scopo, laddove necessario, dello strumento del rinvio pregiudiziale.

1. Rapporti interordinamentali, dal punto di vista della teoria della Costituzione, valori comuni all'Unione ed agli Stati membri e mutua apertura degli ordinamenti, in vista della loro ottimale affermazione

Come si sa, ogni oggetto può essere osservato da angoli visuali diversi, con esiti ricostruttivi di conseguenza parimenti diversi. Così è pure per i rapporti

* Testo rielaborato e corredato di essenziali riferimenti di lett. della relazione conclusiva della Giornata di studi su *Il rinvio pregiudiziale: vecchi problemi e nuove prospettive*, Napoli 24 febbraio 2025, alla cui data lo scritto è aggiornato.

*Professore Emerito di Diritto Costituzionale – Università degli Studi di Messina.

Contributo non sottoposto a referaggio in ragione della chiara fama dell'Autore

interordinamentali, in ispecie – per ciò che è qui di specifico interesse – per quelli tra diritto interno e diritto eurounitario. Entrambi gli ordinamenti, peraltro, danno indicazioni circa il modo con cui questa osservazione può (e deve) aver luogo per essere fatta come si conviene; e non è senza significato la circostanza per cui esse si abbiano in disposti espressivi di principi di base di ciascun ordinamento, a testimonianza del rilievo assegnato alle relazioni in parola. D'altro canto, ogni principio non costituisce una sorta di monade chiusa in sé stessa ed autosufficiente, richiedendo all'inverso, al fine di essere inteso e fatto valere al massimo grado di rendimento possibile alle condizioni oggettivamente date, di essere visto quale parte di un "tutto", di un "sistema", che ha proprio nella tavola dei principi fondamentali considerata nella sua totalità significante la sua cifra maggiormente qualificante, ciò che ne dà l'identità e ne fa, perciò, un *unicum* rispetto ad altre entità ad essa *quodammodo* assimilabili per natura[1]. Ed è per ciò che particolarmente illuminante e feconda è la prospettiva assiologicamente orientata di osservazione dei rapporti interordinamentali, sì da potersene cogliere ed apprezzare le più salienti potenzialità espressive, nei principi suddetti rispecchiandosi nel modo più fedele i valori che stanno a base degli ordinamenti e ne accompagnano, segnandole a fondo, le più rilevanti movenze. Come si tenterà di mostrare, la questione ora nuovamente trattata è, dunque, qui ripresa dall'angolo visuale della teoria della Costituzione, per l'incidenza che gli esiti ricostruttivi raggiunti potranno avere nei

[1] Sull'identità dell'Unione europea, di recente, v., tra gli altri, P. MORI, *Il primato dei valori comuni dell'Unione europea*, in *Dir. Un. Eur.*, 1/2021, 73 ss.; G. PITRUZZELLA, *L'Unione europea come "comunità di valori" e la forza costituzionale del valore dello "stato di diritto"*, Editoriale, in *Federalismi* (www.federalismi.it), 28/2021, 15 dicembre 2021, IV ss., e, dello stesso, ora, *La costruzione dello spazio costituzionale europeo nel "dialogo" tra Corte di giustizia e Corti costituzionali*, in *Quad. cost.*, 4/2024, 795 ss.; Q. CAMERLENGO, *Valori e identità: per un rinnovato umanesimo costituzionale*, in *Consulta OnLine* (www.giurcost.org), 2/2022, 15 giugno 2022, spec. 832 ss.; T.L. BOEKESTEIN, *Making Do With What We Have: On the Interpretation and Enforcement of the EU's Founding Values*, in *German Law Journal*, 23/2022, 431 ss.; S. NINATTI, *Una comunità di valori? L'uso del diritto comparato tra tradizioni costituzionali comuni e l'identità costituzionale europea*, in *Itinerari della comparazione. Scritti in onore di G.F. Ferrari*, a cura di E. Bertolini, L. Cuocolo, J.O. Frosini, L. Montanari, G. Parodi, O. Pollicino, R. Orrù, G. Romeo, A. Vedaschi, I, Egea, Milano 2023, 864 ss.; AA.VV., *Judicial Review, Fundamental Rights and Rule of Law: the Construction of the European Constitutional Identity*, a cura di M.G. Rodomonte e L. Durst, Routledge, London 2024; AA.VV., *Il diritto dell'Unione europea nei rapporti tra ordinamenti: tra collaborazione, integrazione e identità*, a cura di B. Cortese, in *Riv.. Quad. AISDUE*, fasc. spec. 1/2024, e, in prospettiva giusfilosofica, A. LO GIUDICE, *Istituire il postnazionale. Identità europea e legittimazione*, Giappichelli, Torino 2011.

riguardi del patrimonio dei diritti fondamentali – il cuore pulsante di ogni Costituzione d'ispirazione liberale, giusta la mirabile definizione datane all'art. 16 della Dichiarazione dei diritti del 1789 –, di cui appare essere dotato tanto l'ordinamento interno quanto quello (ieri comunitario ed oggi) eurounitario.

Di qui, una prima conseguenza di non secondario rilievo; ed è che, pur laddove taluni principi fondamentali caratterizzanti un dato ordinamento si considerino "comuni" a quelli di altri ordinamenti, come appunto si ha *ex* art. 2 TUE al piano dei rapporti tra Unione e Stati, è nondimeno innegabile che gli stessi si inverino ed affermino in modi comunque non piattamente ripetitivi. Saranno, dunque, sì, "comuni" ma sono anche… *diversi*[2]: vuoi per il fatto che s'inscrivono in un quadro

[2] Lo riconosce implicitamente lo stesso Trattato dell'Unione, con il richiamo fatto all'art. 4.2 ai principi di struttura degli ordinamenti degli Stati membri, che sono cosa comunque diversa dalle tradizioni costituzionali ad essi comuni [sul disposto in parola, fatto oggetto di studio – come si sa – da una messe copiosa di scritti, *ex plurimis*, v. G. DI FEDERICO, *L'identità nazionale degli Stati membri nel diritto dell'Unione europea. Natura e portata dell'art. 4, par. 2, TUE*, Editoriale Scientifica, Napoli 2017, e, dello stesso, *Il ruolo dell'art. 4, par. 2, TUE nella soluzione dei conflitti inter-ordinamentali*, in *Quad. cost.*, 2/2019, 333 ss.; G. MARTINICO, *Pluralismo costituzionale e pluralismo agonistico: un ripensamento del ruolo dei conflitti costituzionali?*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 3/2018, 781 ss., e, dello stesso, *Conflitti interpretativi e concorrenza fra corti nel diritto costituzionale europeo*, in *Dir. e soc.*, 4/2019, 691 ss.; L.S. ROSSI, *2, 4, 6 TUE… l'interpretazione dell'"Identity Clause" alla luce dei valori fondamentali dell'UE*, in Liber Amicorum *Antonio Tizzano.* De la Cour CECA à la Cour de l'Union: la long parcours de la justice europeénne, Giappichelli, Torino 2018, 859 ss., e, della stessa, *Il valore giuridico dei valori. L'Articolo 2 TUE: relazioni con altre disposizioni del diritto primario dell'UE e rimedi giurisdizionali*, Editoriale, in *Federalismi* (www.federalismi.it), 19/2020, 17 giugno 2020, IV ss.; AA.VV., *Oxford Principles of European Union Law*, I, *The European Union Legal Order*, a cura di R. Schütze e T. Tridimas, Oxford University Press, Oxford 2018, ed *ivi*, part., B. GUASTAFERRO, *Sincere Cooperation and Respect for National Identities*, 350 ss.; A. MORRONE, *I mutamenti costituzionali derivanti dall'integrazione europea*, in *Federalismi* (www.federalismi.it), 20/2018, 24 ottobre 2018, spec. 18 ss. e 22 ss.; F.-X. MILLET, *Plaider l'identité constitutionnelle de l'État devant la Cour de justice*, in *Quad. cost.*, 4/2018, 831 ss.; v., inoltre, i contributi in tema di *Constitutional Adjudication in Europe between Unity and Pluralism*, a cura di P. Faraguna - C. Fasone - G. Piccirilli, in *It. Journ. Publ. Law*, 2/2018, 205 ss.; A. ALPINI, *Diritto italo-europeo e princípi identificativi*, ESI, Napoli 2018, spec. 82 ss. e 163 ss.; C. PANZERA, *Dal patto costituzionale del singolo Stato al patto costituzionale europeo: la questione della "doppia fedeltà". L'esperienza italiana*, in *Rev. gen. der. cost.*, 29/2019; F. SALMONI, *Stabilità finanziaria, unione bancaria europea e Costituzione*, Wolters Kluwer - Cedam, Milano 2019, 338 ss., e, della stessa, *Unità nella diversità o diversità nella unità? I concetti di identità nazionale e identità costituzionale e il dialogo simulato tra Corte di giustizia e Corte costituzionale*, in *Riv. AIC* (www.rivistaaic.it), 2/2019, 9 giugno 2019, 531 ss.; T. DRINÓCZI, *Constitutional Identity in Europe: the Identity of the Constitution. A Regional Approach*, in *German Law Journal*, 21/2020, 105 ss.; M. TOMASI, *Autonomie regionali e identità costituzionale degli Stati membri nell'orizzonte europeo*, in *Federalismi* (www.federalismi.it), 5/2020, 4 marzo 2020, 231 ss., spec. 286 ss.; S. NINATTI - O. POLLICINO, *Identità costituzionale e (speciale) responsabilità delle Corti*, in *Quad. cost.*, 1/2020, 191 ss.; P. CRUZ MANTILLA DE LOS RIOS, *La identitidad nacional de los Estados miembros en el Derecho de la Unión Europea*, Aranzadi -

positivo in seno al quale gli elementi a contorno di ciascun elemento sono, ad ogni buon conto, diversi, peculiari del singolo ordinamento, e vuoi perché il contesto complessivo in cui ciascuno di essi si situa è il frutto di vicende storiche, culturali, positive varie da un luogo all'altro; ed il contesto – come si sa – lascia un segno ora più ed ora meno marcato sui dati normativi, portando a far dire ad enunciati pur identici per linguaggio concetti comunque differenziati.

Si aggiunga che, a seconda degli operatori da cui proviene la ricognizione semantica degli enunciati stessi, è naturale attendersi esiti interpretativi parimenti diversi. Questo spiega, ad es., perché i valori che stanno a base dell'Unione e ne accompagnano i più salienti svolgimenti nell'esperienza abbiano preso (e prendano) forme, peraltro continuamente cangianti, in sensibile misura diverse da quelle di cui si ha riscontro negli Stati. Diciamo pure che si ha, per vero, una generalissima base comune sopra la quale nondimeno si ergono edifici istituzionali varî per fattura, consistenza, complessiva connotazione, per la elementare ragione che varia è la cultura e la storia di ciascun ordinamento.

È pur vero che la comune appartenenza all'Unione sollecita naturalmente l'adozione di convergenti tendenze e pratiche interpretative degli enunciati che dichiaratamente rimandano a valori fondamentali comuni; e il c.d. "dialogo" tra le Corti, con la forza evocativa propria della metafora, ne dà una eloquente testimonianza. Come si è fatto in altri luoghi notare, palese è infatti lo sforzo prodotto dagli interlocutori per accorciare, se non pure per azzerare del tutto, la distanza che li separa piuttosto che per allungarla; e non pochi esempi possono essere addotti a riprova di questo *trend* espressivo di un autentico metodo di azione che, peraltro, risulta – come si sa – avvalorato dal frequente utilizzo fattosi dello strumento del rinvio pregiudiziale che, ponendosi quale cerniera

Thomson Reuters, Pamplona 2021; G. VOSA, *La lunga marcia della clausola identitaria. Riflessioni per un esame comparato della recente giurisprudenza costituzionale euro-unitaria*, in *Riv. dir. comp.* (www.dirittocomparati.it), 2/2023, 5 luglio 2023, 116 ss., spec. 147 ss.; U. LATTANZI, *La definizione del contenuto dell'identità nazionale ex art. 4 par. 2 TUE tra Corte di giustizia e Corti costituzionali: un argomento per il riaccentramento del «dialogo tra le Corti»*, in *Dir. pubbl. eur. – Rass. on-line* (www.serena.unina.it), Spec. 1/2024, 14 ottobre 2024, 79 ss. Dalla prospettiva penalistica, per tutti, A. BERNARDI, che ne ha discorso a più riprese: tra gli altri suoi scritti, v., almeno, *L'europeizzazione del diritto e della scienza penale*, in *Quad. fior.*, 2002, 461 ss.].

interordinamentale, ha avuto (ed ha) modo di incoraggiare in sensibile misura il *trend* stesso[3], per quanto poi non si abbiano dati sicuri circa il "seguito" effettivamente dato ai *responsa* della Corte dell'Unione non solo presso le autorità interpellanti ma anche (e soprattutto) presso i giudici nazionali in genere[4]. Lo sforzo suddetto è, peraltro, agevolato da una sorta di "metaprincipio" che si rinviene tanto nell'ordine eurounitario quanto in quello interno e che è dato dall'*apertura di ciascun ordinamento nei riguardi dell'altro*: un canone fondamentale che – si è detto altrove[5] – veicola da una parte e dall'altra l'insieme dei principi fondamentali facendone, alla condizione che subito si dirà, elementi costitutivi *anche* dell'ordine di arrivo.

Sia chiaro, a scanso di ogni possibile fraintendimento. Non si ha piena assimilazione, altrimenti sarebbe impossibile tenere comunque distinti gli ordinamenti, ormai *pleno* o *optimo iure* integrati. Si ha, piuttosto, un'apertura *condizionata*, che vale cioè fintantoché non reca pregiudizio all'identità costituzionale dell'ordinamento che vi fa luogo, vista però – è qui il *punctum crucis* della questione – nella sua interezza: un'identità, cioè, della quale è parte integrante lo stesso principio di apertura che si conferma pertanto essere *quodammodo* autoreferenziale[6]. Il che, poi, a conti fatti equivale a dire che occorre pur sempre ricercare un punto di equilibrio o, come suol dirsi, di "bilanciamento" tra il principio di apertura e ciascuno dei principi fondamentali restanti, non

[3] Su di che, da ultimo e per tutti, AA.VV., *Il rinvio pregiudiziale*[2], a cura di F. Ferraro e C. Iannone, Giappichelli, Torino 2024, e R. MASTROIANNI - F. FERRARO, *Il rinvio pregiudiziale*, in AA.VV., *Il diritto processuale dell'Unione europea*, a cura di R. Mastroianni, Giappichelli, Torino 2025, 271 ss.

[4] Sarebbe, invero, sommamente utile disporre di attendibili elementi di conoscenza per ciò che attiene alle attività "conseguenziali" alle pronunzie della Corte dell'Unione poste in essere nella pratica giuridica tanto giurisprudenziale quanto amministrativa, a riguardo della quale ultima le difficoltà risultano ulteriormente, in modo esponenziale, accentuate.

[5] Ragguagli a riguardo delle più salienti movenze del principio in parola possono, volendo, aversi dal mio *Se ed in che senso è appropriato discorrere di una "costituzionalizzazione" dell'Unione europea*, in *Consulta OnLine* (www.giurcost.org), 1/2025, 27 gennaio 2025, 69 ss., spec. 86 ss.

[6] … analogamente, peraltro, con riguardo ai casi in cui la Costituzione prescrive l'osservanza di… *sé stessa*.

giustificandosi in alcun modo l'affermazione tirannica di alcuno di essi nei riguardi degli altri.

D'altro canto, il principio di apertura non è, di certo, fine a sé stesso; e non occorre qui rammentare le ragioni di ordine storico-politico che hanno indotto il Costituente a darvi il rilievo che ha, dedicandovi ben due principi fondamentali, non casualmente posti in immediata consecuzione sistematica agli artt. 10 e 11 della Carta. Trattasi, infatti, come si è tenuto a precisare altrove, di un principio che, *in nuce*, è stato pensato in funzione servente nei riguardi della pace e della giustizia tra le Nazioni e, per ciò stesso, di quei valori di libertà ed eguaglianza che erano stati brutalmente calpestati dai regimi che si sono resi responsabili della immane tragedia della seconda grande guerra. Se è vero, com'è vero, che ogni principio fondamentale, proprio perché tale, è in tesi pariordinato rispetto agli altri aventi la medesima natura, è pur vero che i principi che danno voce ai valori di cui agli artt. 2 e 3 richiedono ai restanti di volgersi verso di essi e di farsi pertanto valere in vista della loro ottimale *temporis ratione* affermazione. Per questo verso, si giustifica – a me pare – la qualifica che se n'è in più luoghi data di elementi costitutivi della *coppia assiologica fondamentale* dell'ordinamento.

Piana è, dunque, la conclusione per cui l'apertura che ciascun ordinamento dichiara di voler fare nei riguardi dell'altro è in funzione dell'innalzamento della tutela offerta alla coppia suddetta, una tutela nondimeno varia in ragione dei casi, secondo quanto è peraltro proprio della "logica" dei bilanciamenti su basi di valore che possono risolversi (ed effettivamente si risolvono) a beneficio ora dell'uno ed ora dell'altro materiale normativo in campo (e dei beni della vita cui essi fanno riferimento).

Ciò che, nondimeno, è importante tenere fermo è che la stessa Costituzione esplicitamente riconosce che senza l'apertura in parola i fini-valori della libertà e dell'eguaglianza non potrebbero affermarsi a pieno. La storia, d'altronde, insegna che senza la pace e la giustizia tra le Nazioni non può esservi libertà, eguaglianza e, in ultima istanza, vita e dignità: l'apertura verso l'alto e verso l'altro giova a questo scopo e, proprio per ciò, non se ne può dunque fare a meno.

Di qui, poi, la questione, oggetto specifico di questo studio, relativa alle tecniche decisorie messe in atto dagli operatori (in ispecie, da quelli di giustizia) a mezzo delle quali l'apertura stessa si concreta ed ha modo di esprimersi in tutto il potenziale espressivo di cui dispone.

Il confronto in seno alla teoria come pure alla pratica del diritto seguita – come si sa – ad essere assai animato a riguardo dei benefici e dei costi conseguenti all'adozione di ciascuna tecnica; ed è, perciò, su di essi che si appunterà qui specificamente l'attenzione, fermo restando che, al di là delle valutazioni che al riguardo si faranno, occorre pur sempre fare i conti con il dato normativo. Se, dunque, da quest'ultimo dovessero aversi indicazioni favorevoli ad una certa soluzione piuttosto che ad un'altra e la soluzione stessa dovesse essere valutata negativamente, la via piana non è quella che passa dalla manipolazione dei dati testuali bensì l'altra che ne caldeggia la correzione o l'integrazione.

Se ci si pensa, si ripropone, ancora una volta, l'annosa questione relativa ai rapporti tra il diritto politico e il diritto giurisprudenziale – per riprendere qui, ancora una volta, termini cari ad un'autorevole, indimenticata dottrina[7] –, che poi è la questione riguardante gli equilibri istituzionali tra legislazione (qui, ovviamente, intesa in larga accezione) e giurisdizione, fin dove cioè la seconda possa spingersi, secondo la propria genuina vocazione, senza snaturarsi e commutarsi in una pur abilmente mascherata espressione della prima, portando al sostanziale rifacimento dei prodotti normativi di questa. Un rischio sempre incombente, che però diventa davvero micidiale laddove i materiali normativi siano di natura costituzionale o a questa *quodammodo* assimilabile (come, appunto, si ha al piano sovranazionale per i

[7] Il riferimento – com'è chiaro – è, part., al magistero di A. Pizzorusso, cui hanno fatto ripetutamente richiamo numerosi autori in occasione di alcuni incontri di studio svoltisi presso l'Università di Pisa, tra i quali 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; AA.VV., *Ricordando Alessandro Pizzorusso. Il diritto giurisprudenziale*, a cura di V. Messerini - R. Romboli - E. Rossi - A. Sperti - R. Tarchi, University Press, Pisa 2020, e AA.VV., *Ricordando Alessandro Pizzorusso. Verso una nuova "stagione" nei rapporti tra Corte costituzionale e legislatore?*, a cura di E. Malfatti - V. Messerini - R. Romboli - E. Rossi - A. Sperti, Pisa University Press, Pisa 2023.

trattati[8] e, più ancora, per la Carta di Nizza-Strasburgo che con la Costituzione condivide la natura di documento volto a dare il riconoscimento dei diritti fondamentali), dal momento che in congiunture siffatte l'operatore può indebitamente commutarsi in un autentico *potere costituente permanente*.

Ora, è vero che i documenti costituzionali (e, in ambito internazionale e sovranazionale, quelli *materialmente* o – come preferisce dire la giurisprudenza – *tipicamente* costituzionali, le Carte dei diritti[9]) sono soggetti ad un moto incessante che li porta a caricarsi di significati sempre nuovi in ragione del mutare dei contesti[10]. La naturale apertura e strutturale elasticità degli enunciati non può tuttavia spingersi oltre una certa soglia a pena appunto di snaturarsi. Non di rado, di contro, si ha riscontro di letture fortemente innovative degli enunciati, non casualmente peraltro accompagnate dalla invenzione di tecniche decisorie inusuali e sorrette da argomenti che, seppur invero efficaci, s'infrangono però – piaccia o no – sugli scogli di dati letterali con essi contrastanti. Né giova addurre a giustificazione dell'adozione delle tecniche in parola la circostanza per cui le stesse si pongono al servizio di una giusta causa, qual è ad es. quella di offrire tutela a

[8] Dalla prospettiva che vede l'Unione connotata da un processo di costituzionalizzazione che si porta a fatica e, per vero, non sempre in modo lineare avanti, non può negarsi – a me pare – che i Trattati si pongano a base del processo stesso, agevolandone per la loro parte l'avanzamento, fermo ovviamente restando che la spinta viene pur sempre da fattori ed attori aventi natura politica (sul processo in parola si è, tra gli altri, più volte intrattenuto G. MARTINICO, del quale v., almeno, *Natura, struttura e funzioni del diritto costituzionale europeo*, in *Ragion pratica*, 60/giugno 2023, 139 ss.; volendo, può poi vedersi anche il mio *Se ed in che senso è appropriato discorrere di una "costituzionalizzazione" dell'Unione europea*, cit.).

[9] La qualifica – come si sa – è stata utilizzata da Corte cost. n. 269 del 2017 con specifico riguardo alla Carta dei diritti dell'Unione; non si vede, tuttavia, come possa non valere altresì per altre Carte che condividono la medesima natura e funzione di quella, al di là del posto privilegiato assegnatole nella scala delle fonti, conseguente ad una discriminazione fatta nei riguardi delle altre Carte che – dico qui, ancora una volta, di passaggio – non rinviene, a mio modo di vedere, giustificazione alcuna. E ciò, tanto più ove si convenga – come a me pare si debba – che le Carte stesse possono vantare "copertura" negli artt. 2 e 3 della Costituzione, nel loro fare "sistema" con i principi fondamentali restanti, concorrendo alla incessante rigenerazione semantica della Costituzione stessa e, a volte, portando ad un innalzamento della tutela apprestata per i diritti rispetto a quella che è ad essi offerta dal diritto interno [ragguagli, volendo, nel mio *Carte dei diritti e dinamiche della normazione, dal punto di vista della teoria della Costituzione*, in *Dir. fond.* (www.dirittifondamentali.it), 3/2024, 20 dicembre 2024, 364 ss.].

[10] Sul moto della Costituzione è d'obbligo qui fare, ancora una volta, richiamo di M. LUCIANI, *Dottrina del moto delle Costituzioni e vicende della Costituzione repubblicana*, in *Riv. AIC* (www.rivistaaic.it), 1/2013, 1° marzo 2013.

diritti fondamentali (e, segnatamente, a nuovi diritti) che altrimenti, a motivo della perdurante inerzia e delle complessive carenze esibite dal legislatore, ne resterebbero privi. Come si è più volte fatto notare, il fine potrà anche essere buono, non lo è però a volte il mezzo; e nessun fine può comunque giustificare una torsione istituzionale che fatalmente pregiudicherebbe il principio della separazione dei poteri e, per ciò stesso, l'idea di Costituzione e di Stato costituzionale che – non mi stancherò di ripetere – ha nel principio stesso una delle gambe su cui può portarsi avanti nel suo non di rado sofferto cammino[11].

Qui è, dunque, il cuore della questione oggi nuovamente discussa; ed è su di esso che giova pertanto appuntare l'attenzione.

2. Le tecniche decisorie poste a base della risoluzione delle antinomie tra norme eurounitarie *self executing* e norme di diritto interno: in ispecie, l'opzione di favore per il sindacato accentrato, ancora di recente espressa dalla

[11] Non è, peraltro, a mia opinione, casuale che il dibattito sul principio in parola sia tornato di recente ad animarsi, con toni che non nascondono forte preoccupazione e vera e propria inquietudine [*ex plurimis*, v. i contributi all'incontro di studi di Siena del 14 marzo 2024 su *La separazione dei poteri nello stato contemporaneo. In ricordo di Giovanni Grottanelli de' Santi* (tra i quali, quello di A. D'ANDREA, *Separazione dei poteri ed evoluzione della forma di governo italiana*, in *Giur. cost.*, 4/2024, 1175 ss.) ed all'incontro di Messina del 27-28 giugno 2024 su *Separazione dei poteri, indirizzo politico e garanzie costituzionali*; di quest'ultimo sono già apparsi gli scritti di M. RUOTOLO, *La verticalizzazione del potere. La separazione dei poteri alla prova dell'integrazione europea e di una recente proposta di riforma costituzionale*, in *Costituzionalismo* (www.costituzionalismo.it), 1/2024, 7 giugno 2024, 168 ss., ed il mio *Il* mix *di normazione e controllo presente in alcune pratiche istituzionali: dal modello alle torsioni dell'esperienza*, in *Consulta OnLine* (www.giurcost.org), 2/2024, 1° luglio 2024, 822 ss., nonché, pure *ivi*, ora, quello di L. D'ANDREA, *Discrezionalità e separazione dei poteri, alla luce della lezione di Gaetano Silvestri*, 1/2025, 12 febbraio 2025, 150 ss. V., inoltre, G. SILVESTRI, *Separazione dei poteri e indirizzo politico*, cit., 1122 ss., e, dello stesso, ora, *Corte costituzionale e separazione dei poteri: considerazioni sulla giurisprudenza recente in tema di conflitti di attribuzione*, in *Riv. AIC* (www.rivistaaic.it), 1/2025, 3 febbraio 2025, 53 ss., e, ancora, G. SCACCIA, *L'etica della funzione giudiziaria. Fra teoria dell'interpretazione e separazione dei poteri*, in *Quad. cost.*, 2/2023, 459 ss.; M. BARBERIS, *Separazione dei poteri e giustizia digitale*, Mimesis, Milano 2023; R. ROMBOLI, *Corte costituzionale e legislatore: il bilanciamento tra la garanzia dei diritti ed il rispetto del principio di separazione dei poteri*, in *Consulta OnLine* (www.giurcost.org), 3/2023, 12 settembre 2023, 815 ss.; M. LUCIANI, *Ogni cosa al suo posto. Restaurare l'ordine costituzionale dei poteri*, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano 2023; i contributi che sono in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1/2023; C. PINELLI, *L'influenza del principio di separazione dei poteri nelle democrazie contemporanee*, in *Riv. AIC* (www.rivistaaic.it), 2/2024, 8 maggio 2024, 126 ss.; F. MERUSI, *Separazione dei poteri e organizzazione amministrativa. Mutazioni nell'ordinamento italiano*, in *Lo Stato*, 22/2024, 37 ss.; E. DE GREGORIO, *I nuovi orizzonti dei rapporti fra Corte Costituzionale e Parlamento*, in *Giust. ins.* (www.giustiziainsieme.it), 15 ottobre 2024].

giurisprudenza costituzionale, e le ragioni che invece depongono per accordare la precedenza alla pregiudiziale "comunitaria" (*rectius*, eurounitaria), con la conseguente, eventuale applicazione diretta delle norme dell'Unione, maggiormente congeniale alla causa della integrazione sovranazionale e, allo stesso tempo, idonea a comportare un minor costo per la sovranità dello Stato

La giurisprudenza costituzionale in tema di rapporti tra diritto interno e diritto (ieri comunitario ed oggi) eurounitario è stata (e seguita ad essere) attraversata da un moto incessante, afflitta da una perenne inquietudine e protesa alla ricerca di un equilibrio che, per vero, solo in tempi recenti e con non poca fatica parrebbe avere raggiunto. Perdurano, tuttavia, gravi ed irrisolte aporie di costruzione, specie per ciò che attiene alle tecniche decisorie in applicazione delle quali possono essere risolte le antinomie tra le norme dei due ordinamenti. Non è un caso, perciò, che al fine di rendere per quanto possibile solido l'assetto dei rapporti in parola la Corte abbia dato fondo a tutte le risorse retorico-argomentative di cui dispone nell'intento di persuadere il suo uditorio della bontà della tesi nella quale si riconosce. Occorre, per vero, dare atto che lo sforzo prodotto è meritevole di encomio, pur non potendosi far passare sotto silenzio, da un canto, la vistosa manipolazione operata nei riguardi del dettato costituzionale, e, dall'altro, la gracilità della ricostruzione posta in essere.

Per il primo aspetto, il vizio di origine che balza subito agli occhi è dato dalla conversione di una *norma di valore* – qual è, appunto, quella risultante dall'art. 11 della Carta – in una *norma sulla produzione giuridica*. Si è, insomma, fatto luogo alla sostanziale riscrittura dell'enunciato che – piaccia o no – si limita a dar voce al principio secondo cui la sovranità può andare incontro a limiti in nome dei valori di pace e giustizia tra le Nazioni, nulla tuttavia dicendo a riguardo dei modi con cui ciò può essere portato ad effetto. E, trattandosi di limiti alla sovranità conseguenti all'ingresso in ambito interno di un apparato di norme sovranazionali cui è riconosciuto rango costituzionale e che sono dall'ordinamento di appartenenza abilitate – ricorrendone le condizioni – a prendere subito il posto di quelle interne con esse incompatibili, in deroga al canone del *numerus clausus* delle

fonti di primo grado, sarebbe stato allo scopo richiesto – a me pare – il recepimento dei trattati comunitari con legge parimenti costituzionale.

Non insisto, ad ogni buon conto, ora sul punto, trattandosi di una questione ormai consegnata agli archivi della storia e della teoria costituzionale. L'unico modo, volendo dare ad ogni costo una giustificazione di ciò che s'è fatto[12], è quello di ragionare nel senso che si è ormai formata una *consuetudine culturale* (o, forse, propriamente giuridica) diffusa nella cerchia degli operatori istituzionali e volta a dare "copertura" alla tecnica di normazione al tempo messa in atto (e, quindi, ripetuta anche per le modifiche dei trattati originari). Certo, sarebbe pur sempre, dal mio punto di vista, una consuetudine *contra Constitutionem*, la cui ammissibilità è – come si sa – in via generale da molti revocata in dubbio. Comunque, come dicevo, giova ormai non riesumare ciò che è bell'e sepolto.

Sta di fatto che, grazie alla "copertura" offerta dall'art. 11 al diritto sovranazionale, l'intero sistema comunitario prima ed eurounitario poi ha avuto spianata la via per fare ingresso nell'ordine interno, non soltanto dunque per la parte sostantiva (delle norme riguardanti gli ambiti materiali di competenza delle Comunità e ora dell'Unione) ma anche per ciò che attiene alle tecniche di risoluzione delle antinomie con norme nazionali, a partire da quella dell'applicazione diretta, qui specificamente interessante.

Tornare, sia pure solo in parte, indietro per la Corte, come ha fatto con la sent. n. 269 del 2017, dopo il lungo e sofferto "cammino"[13] compiuto in avanti, non è stato di sicuro facile, dovendosi allo scopo rinvenire argomenti credibili al fine di dare un congruo supporto alla svolta. Si è trattato, per vero, di un'autentica quadratura del cerchio, dovendosi per un verso prestare ossequio alle indicazioni risultanti dai Trattati e, per un altro verso (e allo stesso tempo), ricercare un apprezzabile

[12] La spiegazione sul piano storico-politico è nota a tutti, non sussistendo al tempo della nascita della CECA prima e, poi, delle altre due Comunità le condizioni per il recepimento dei trattati con le procedure di cui all'art. 138; in seguito, pur laddove il contesto è profondamente cambiato, per effetto di un mutato orientamento complessivo delle forze politiche rappresentate in Parlamento, è tornato utile seguitare ad avvalersi dello strumento usuale della legge comune: una pratica, questa, che ha goduto – com'è noto – del generoso avallo offertole dalla giurisprudenza che non ne ha mai contestato la validità.

[13] … per riprendere qui la fortunata espressione coniata – come si sa – da P. Barile.

dirittifondamentali.it

equilibrio o, diciamo pure, un onorevole compromesso sul versante interno, al piano dei rapporti con i giudici comuni incisi nel loro potere-dovere di fare immediata applicazione delle norme sovranazionali *self executing*.

Di qui, il ricorso ad espressioni dalla indubbia efficacia retorico-argomentativa, evocative di principi fondanti dell'ordinamento che sarebbero in rilevante misura pregiudicati ove non si desse seguito al nuovo punto di vista adottato dalla Corte, in ispecie del principio della certezza del diritto e della uniformità di trattamento che sarebbero salvaguardati a modo dal meccanismo del sindacato accentrato, con particolare riguardo a questioni – piace dire all'ultima giurisprudenza[14] – provviste di "tono" costituzionale[15].

---

[14] V. Corte cost. nn. 181 e 210 del 2024; 1, 7 e 21 del 2025. La prima decisione è stata prontamente annotata da molti commentatori: tra gli altri, v. S. BARBIERI, *La sentenza n. 181 del 2024 della Corte costituzionale: una svolta nei rapporto tra ordinamento italiano e diritto dell'Unione europea?*, in *Riv. contenz. eur.*, 3/2024, 23 novembre 2024; F. FERRARO, *La Consulta si affida al "tono costituzionale" per estendere il suo controllo (anche) sulle norme dell'Unione provviste di effetto diretto*, in *Eurojus* (www.rivista.eurojus.it), 4/2024, 16 dicembre 2024, 160 ss., e, pure *ivi*, P. DE PASQUALE - O. PALLOTTA, *In tempi di sovranismo la Consulta difende il primato del diritto dell'Unione europea (e l'autonomia dei giudici)*, 174 ss.; N. ZANON, *Il ruolo della Corte costituzionale nella difesa del principio di uguaglianza e degli obblighi europei ex art. 117, primo comma, Cost.*, in *Federalismi* (www.federalismi.it), Editoriale, 30/2024, 18 dicembre 2024, IV ss.; R. MASTROIANNI, *La sentenza della Corte costituzionale n. 181 del 2024, in tema di rapporti tra ordinamenti, ovvero la scomparsa dell'art. 11 della Costituzione*, in *Eurojus* (www.rivista.eurojus.it), 1/2025, 13 gennaio 2025, 1 ss.; A. CHIAPPETTA, *"Sarà il giudice a scegliere il rimedio più appropriato": l'inciso definitivo della Corte costituzionale tra sindacato accentrato di costituzionalità e meccanismo diffuso di attuazione del diritto UE*, in *Federalismi* (www.federalismi.it), 4/2025, 29 gennaio 2025, 63 ss., nonché, se si vuole, il mio *La doppia pregiudizialità torna ancora una volta alla Consulta, in attesa di successive messe a punto (a prima lettura di Corte cost. n. 181 del 2024)*, in *Consulta OnLine* (www.giurcost.org), 3/2024, 21 novembre 2024, 1346 ss.; sulla 7 del 2025, v., poi, nella stessa *Rivista*, il mio *Verso l'obbligatorietà del sindacato accentrato sulle questioni di "eurounitarietà-costituzionalità" in materia penale? (A prima lettura di Corte cost. n. 7 del 2025)*, 1/2025, 10 febbraio 2025, 143 ss. Un quadro di sintesi dei più salienti sviluppi della giurisprudenza in tema di rapporti tra diritto interno e diritto eurounitario può vedersi in C. PINELLI, Granital *e i suoi derivati. A quaranta anni da Corte cost. n. 170 del 1984*, in *Riv. AIC* (www.rivistaaic.it), 4/2024, 12 novembre 2024, 36 ss.

[15] … e, ulteriormente specificando, a quelle relative alla materia penale. Ha, infatti, tenuto a precisare Corte cost. n. 7 del 2025 come "il rimedio della disapplicazione si ponga in tensione rispetto al principio di legalità in materia penale", dal momento che si tratta di "assicurare il più possibile la parità di trattamento tra i condannati. Quest'ultima esigenza rischierebbe di risultare compromessa, laddove il potere discrezionale del giudice di determinare la pena appropriata (art. 132 cod. pen.) non fosse adeguatamente delimitato da precise indicazioni fornite dal legislatore ovvero da una pronuncia di questa Corte in grado di sostituire, con effetto erga omnes, prescrizioni legislative giudicate incompatibili con i principi costituzionali e unionali". "Infine, l'intervento di questa Corte in materia di controllo della proporzionalità della pena risulta necessario al fine di assicurare che di tali valutazioni possano giovarsi anche coloro che abbiano subito condanne definitive. E ciò in quanto, allo stato attuale

D'altronde, è questa una strategia argomentativa dalle remote ascendenze. Non è, forse, vero che quando nelle antiche tragedie greche la matassa si presentava oggettivamente aggrovigliata calava dal cielo il *deus ex machina* per mettere ogni cosa al posto giusto?

Il vero è che le tecniche di cui qui si discorre portano all'esito di spostare il tiro su un bersaglio diverso da quello dichiaratamente avuto di mira: danno, cioè, vita ad un effetto ottico, ingenerando la sensazione di aver centrato l'obiettivo ma, in realtà, puntano su un altro, peraltro a mia opinione mancandolo. La Corte, infatti, ripropone l'annosa questione se sia preferibile, quanto meno in relazione a talune specie di antinomie, il sindacato accentrato o quello diffuso, non celando chiaramente l'opzione per il primo. Non era (e non è), però, questa la posta in gioco. Alla luce dell'indirizzo interpretativo ormai invalso (è bene sottolineare: anche grazie al determinante apporto venuto dalla giurisprudenza costituzionale), l'art. 11 cost., offrendo "copertura" al diritto (ieri comunitario ed oggi) eurounitario, ne recepisce i meccanismi concernenti la risoluzione delle antinomie, tra i quali è appunto quello della immediata applicazione di norme sovranazionali *self executing* in vece di quelle interne con esse incompatibili.

È singolare che, al riguardo, la Corte non si avveda di almeno due cose.

La prima è che, laddove il giudice non abbia chiaro il significato del disposto sovranazionale, non si vede come possa stabilire se si dia o no un'antinomia con norma di diritto interno facendone pertanto oggetto di una questione di legittimità costituzionale, se non dopo aver ricevuto gli opportuni chiarimenti in merito al disposto stesso dalla Corte dell'Unione. In una congiuntura siffatta, dunque, come si è fatto notare altrove, la pregiudiziale "comunitaria" (*rectius*, ormai,

---

del diritto vivente (ritenuto non costituzionalmente illegittimo dalla sentenza n. 230 del 2012), a consentire la revisione di sentenze di condanna passate in giudicato non è sufficiente un mutamento giurisprudenziale favorevole, ma occorre una pronuncia di illegittimità costituzionale della legge penale" (p. 2.2.3 *cons. in dir.*).

Ho ritenuto utile trascrivere fedelmente i passi sopra riportati per la ragione che, a mio modo di vedere, potrebbero preludere ad un'ulteriore accelerazione del *trend* volto al riaccentramento delle questioni di "eurounitarietà-costituzionalità" specificamente riguardanti la materia penale che, al di là della rinnovata affermazione secondo cui ogni decisione circa il rimedio da mettere in atto per risolvere le antinomie interordinamentali spetterebbe al giudice comune, nulla esclude sia un domani imposto in nome degli argomenti ora addotti.

dirittifondamentali.it

eurounitaria) costituisce un *prius* logico rispetto a quella costituzionale. Anche per ciò, peraltro, non si capisce come possa mai il giudice avvalersi dello strumento del rinvio pregiudiziale al giudice dell'Unione *dopo* essersi rivolto alla Consulta (e, segnatamente, per il caso che quest'ultima abbia rigettato la questione), così come quest'ultima ha più volte lasciato ad intendere, ogni dubbio sul significato del diritto eurounitario non avendo ormai più ragion d'essere una volta interpellato il tribunale costituzionale. In disparte l'aporia logica appena segnalata, sarebbe invero a dir poco incresciosa la situazione che potrebbe determinarsi per il caso che la Corte di giustizia dovesse far luogo ad indicazioni in ordine al significato del disposto sovranazionale evocato in campo dal caso marcatamente divergenti da quella posta a base della questione di "eurounitarietà-costituzionalità" così come impostata dal giudice *a quo* e quindi definita dal giudice costituzionale.

La seconda è data dall'inconveniente al quale fatalmente conduce la soluzione del sindacato accentrato patrocinata sia pure solo per alcuni casi di antinomia; ed è che, se il giudice è sollecitato a sospendere il giudizio e rimettere gli atti alla Corte stessa, similmente anche la pubblica amministrazione in un'analoga congiuntura dovrebbe sospendere l'applicazione immediata del diritto sovranazionale ed avviarsi lungo un percorso, verosimilmente lungo e tortuoso, che, passando quindi da un giudice comune, porti finalmente alla Consulta, vale a dire al "giudice naturale" delle antinomie di "tono" costituzionale. Né avrebbe alcun senso immaginare che la sospensione valga unicamente per il giudice, laddove cioè sia già stato chiamato a dirimere una certa questione, e non pure per la pubblica amministrazione, dal momento che il meccanismo dell'applicazione diretta prescinde dagli attori istituzionali chiamati ad azionarlo, dipendendo piuttosto (e solo) da un connotato oggettivo o, per dir meglio, strutturale degli enunciati normativi che appunto li rende idonei ad esprimere norme immediatamente applicabili.

dirittifondamentali.it

Vi è di più; e – come si è già avuto modo di rilevare altrove[16] – il meccanismo della "non applicazione" della norma interna presenta, ad un tempo, un duplice vantaggio: spiana la via al processo d'integrazione sovranazionale, offrendo l'opportunità a tutti gli operatori di far luogo alla immediata sostituzione della norma eurounitaria rispetto a quella interna, e disattiva momentaneamente l'efficacia di quest'ultima senza tuttavia sradicarla dall'ordinamento, come invece si ha per effetto del suo annullamento per mano della Consulta. Di qui, la possibilità di farvi subito riferimento per il caso che in ambito eurounitario dovesse essere rimossa la causa della originaria incompatibilità grazie alla modifica o abrogazione "secca" della norma che se ne era resa responsabile.

La sovranità dello Stato, che – come si sa – ha la sua prima e più qualificante espressione nella funzione legislativa, ha così modo di potersi automaticamente riespandere, senza che si debba allo scopo riapprovare, laddove giudicato opportuno, la medesima norma dapprima in tesi caducata dalla Consulta. E così, per un verso, è ulteriormente promosso il processo d'integrazione sovranazionale, facendosi per un altro verso pagare alla sovranità dello Stato il minor costo possibile.

3. L'ipotesi, tuttavia scartata, di una pronunzia di "non applicazione", invece di una di annullamento, emessa dalla Consulta a carico di norma interna incompatibile con norma sovranazionale self executing e il singolare carattere alternativo dei rimedi in parola, giudicati entrambi esperibili a seconda di come si determini il giudice in ordine alla loro messa in atto

La verità è che concettualmente opaca e – come si è venuti dicendo – controproducente, quanto al mezzo come pure al fine, è l'indicazione fornita dalla Corte a partire dalla 269 del 2017 e, quindi, ulteriormente precisata con le sue ultime pronunzie, sopra già richiamate. Lo è per ciò che concerne il requisito del

[16] … nel mio *Se ed in che senso è appropriato discorrere di una "costituzionalizzazione" dell'Unione europea*, cit., spec. 86.

"tono" suddetto e lo è pure quanto all'obiettivo della salvaguardia della certezza del diritto che dal sindacato accentrato – si dice – avrebbe sicuro giovamento.

Non è infatti chi non veda come l'argomento del "tono" – se così vogliamo, per brevità, chiamarlo – appaia suscettibile di espandersi e contrarsi a fisarmonica secondo occasionali convenienze. La Costituzione, volendo, potrebbe dire la sua su ogni controversia di diritto, così come potrebbe ritrarsi, laddove faccia per alcune di esse difetto un riferimento esplicito nella Carta[17], ovviamente sempre (e solo) dietro determinazione dell'operatore di turno. Insomma, stabilire se ricorra, o no, il "tono" in parola è cosa sommamente incerta: non è, dunque, un dato acquisito una volta per tutte dal giudice che, in tal modo, si metterebbe da sé medesimo in grado di compiere i passi successivi da esso linearmente discendenti.

Della certezza del diritto, poi, per gli utilizzi che la Corte assume essere opportuno fare in relazione alle antinomie interordinamentali, è qui rappresentata un'idea mitica, a conti fatti strumentalmente piegata all'obiettivo avuto di mira che è appunto di dar modo alla Corte stessa di sedersi al tavolo dei giocatori facendo opera di persuasione nei riguardi dei giudici comuni perché, in presenza del "tono" suddetto, le cedano la sedia. Una persuasione che, negli sviluppi più recenti della giurisprudenza, appare essere un vero e proprio *pressing* al dichiarato fine della conversione delle questioni di "eurounitarietà" in questioni di costituzionalità o, se si preferisce altrimenti dire, di "eurounitarietà-costituzionalità".

Su questa doppia "anima" delle questioni in parola giova, sia pure con la rapidità imposta a questa riflessione, fermare ora l'attenzione. La "copertura" da parte dell'art. 11 della Carta, di cui il diritto sovranazionale in ogni sua espressione ha

[17] Non riprendo qui la spinosa questione relativa alla sussistenza di lacune costituzionali, non tanto in relazione alla parte organizzativa quanto – per ciò che è ora di specifico interesse – per quella sostantiva e per gli stessi principi fondamentali. La circostanza per cui vi si siano – come si sa – apportate talune innovazioni allo specifico fine di dar voce alla inquietante questione della salvaguardia dell'ambiente e dell'ecosistema (oltre che degli animali) parrebbe avvalorare la tesi favorevole al riconoscimento delle lacune in parola. È pur vero, tuttavia, che soprattutto i principi (ma anche norme diverse da questi) risultano dotati di una formidabile capacità generativa di sensi, prestandosi dunque alla bisogna ad offrirsi per la enucleazione di regole buone per i casi. È chiaro, nondimeno, che altro è la mancata previsione espressa di una regola di diritto ed altra cosa che la stessa si abbia, anche per gli evidenti risvolti di ordine istituzionale, vale a dire per il mantenimento dell'ottimale equilibrio tra legislatore e giudici, oltre che appunto per l'appagamento della certezza del diritto.

comunque bisogno, fa sì che l'incompatibilità tra norme interne e norme dell'Unione necessiti pur sempre di vedere riflessa la propria immagine nello specchio costituzionale. La Consulta ha già chiarito da tempo, specie a partire da Corte cost. n. 170 del 1984, che l'incompatibilità in parola non va qualificata ricorrendo alla categoria della invalidità. Delle due, però, l'una: o della "copertura" suddetta può farsi a meno, riuscendo il diritto sovranazionale ad imporsi in ambito interno per forza propria, oppure essa è comunque necessaria; e, se lo è, non si vede come possa sfuggirsi all'esito obbligato della qualifica suddetta. D'altronde, anche lo schema della competenza, evocato in campo dalla pronunzia appena richiamata, implica il riferimento alla categoria della validità, dal momento che il criterio ordinatore in parola – come si è fatto altrove notare – si alimenta parassitariamente da quello della gerarchia, la violazione dell'uno ridondando automaticamente in quella dell'altro[18].

Ora, la prevalenza *motu proprio* del diritto sovranazionale su quello interno presuppone la piena integrazione degli ordinamenti che ad oggi non si ha né si sa se mai si avrà (e in quali forme e con quali effetti); di certo, non è dietro l'angolo, specie alla luce del quadro confuso e minaccioso che va delineandosi nella presente sofferta congiuntura in cui soffiano impetuosi venti di guerra.

Dal suo canto, la categoria della invalidità, *sub specie* d'invalidità costituzionale, parrebbe portare diritto alla sottoposizione al sindacato della Corte di *ogni* specie di antinomia riguardante fonti di grado primario: una soluzione, questa, che è però impedita dall'art. 11, nella parte in cui veicola in ambito interno il diritto (ieri comunitario ed oggi) eurounitario, con il bagaglio di regole, sostantive e processuali, di cui è provvisto.

Diciamo le cose come stanno. Se il fine avuto di mira dalla Consulta è – come è – quello di far parte della partita con centralità di posto (e non già quello di stare in panchina a fare la riserva) e potere quindi somministrare le proprie "verità" di diritto costituzionale a beneficio degli operatori e della comunità, ebbene ci si

[18] Ragguagli a riguardo della *reductio ad unum* dei criteri ordinatori delle fonti, tutti ponendosi quali peculiari espressioni della gerarchia, possono, volendo, aversi dal mio *Fonti, norme, criteri ordinatori. Lezioni*[5], Giappichelli, Torino 2009, spec. 54 ss.

potrebbe allora chiedere, in via di mera ipotesi, se, per far quadrare il cerchio, sia possibile la chiamata in campo della Consulta stessa, sia pure per i soli casi in cui questa la sollecita, offrendosi ad essa l'opportunità di risolvere le antinomie coinvolgenti norme sovranazionali *self executing* non già con la tecnica decisoria usuale dell'annullamento, bensì a mezzo della "non applicazione" delle norme interne contrastanti con quelle sovranazionali. D'altro canto, una volta che ci si disponga nell'ordine di idee dell'ammissibilità di una deroga al principio fondamentale di cui all'art. 11, si potrebbe immaginare che la stessa venga estesa anche alla regola stabilita dalla Carta per la cessazione degli effetti della norma dichiarata costituzionalmente illegittima. In tal modo, non si disattiverebbe il meccanismo dell'applicazione diretta, si conserverebbe la norma interna contraria al diritto sovranazionale, comunque pur sempre disponibile per successive applicazioni conseguenti ad un mutato quadro normativo in ambito eurounitario, e, allo stesso tempo, si riporterebbero le questioni di "tono" costituzionale al sindacato del loro giudice naturale, la Corte delle leggi.

Si tratterebbe, tuttavia, di una soluzione a parer mio impraticabile, per almeno due ordini di motivi.

In primo luogo, perché la Corte metterebbe in atto uno strumento di cui non dispone, tradendo la propria natura e, con essa, i modi e gli effetti tipici delle proprie decisioni, dal momento che l'art. 136, nella ricostruzione ormai invalsa[19],

[19] Per la verità, il disposto costituzionale si limita a dire che la norma è dichiarata costituzionalmente illegittima e che cessa di avere efficacia, non già che è soggetta ad annullamento; che però di quest'ultimo si tratti può ormai considerarsi un'acquisizione teorica ormai indiscussa. È, poi, parimenti vero che possono immaginarsi casi non già di mera *incostituzionalità* bensì di *anticostituzionalità* – per riprendere un termine caro ad A. SPADARO, *Limiti del giudizio costituzionale in via incidentale e ruolo dei giudici*, ESI, Napoli 1990, 262 ss., cui corrisponde, nella sostanza, quella di R. GUASTINI, *Dalle fonti alle norme*², Giappichelli, Torino 1992, 207 ss., tra *invalidità in senso debole* ed *invalidità in senso forte* –, quale causa di radicale nullità-inesistenza della norma che ne è affetta, accertabile da ogni operatore, senza che si renda necessario adire allo scopo la Corte. Una nullità-inesistenza da cui quindi discenda la *disapplicazione* (che la giurisprudenza ha da tempo chiarito esser cosa diversa dalla "non applicazione") della norma stessa, così come avrebbe dovuto a mia opinione aversi con riguardo alle disposizioni "radicalmente oscure", di cui si fa parola in Corte cost. n. 110 del 2023. In congiunture siffatte, il vizio, insomma, non è di mera *irragionevolezza*, come invece opina la Consulta, bensì *d'irrazionalità* [ragguagli, volendo, nel mio *La "radicale oscurità" delle leggi e il "riaccentramento" del giudizio di costituzionalità volto ad accertarla*, in *Riv. Gruppo di Pisa*

porta a qualificare in termini di "annullamento", non già di "non applicazione", l'attività posta in essere dalla Corte con cui è accertata la violazione della Costituzione da parte di una norma di legge o di atto a questa equiparato; ed è proprio in nome degli effetti generali prodotti dalle sue pronunzie ablative che la Corte giustifica la sollecitazione fatta ai giudici a sottoporle le questioni di "eurounitarietà-costituzionalità".

In secondo luogo, verrebbero qui a confondersi due specie di pronunzie del giudice costituzionale; e ciò, per il fatto che, acclarato il contrasto della norma interna nei riguardi di quella sovranazionale *self executing*, adottando una decisione di mera "non applicazione" la Corte implicitamente darebbe vita ad una pronunzia fotocopia di quella che avrebbe potuto adottare il giudice comune e, per ciò stesso, riconoscerebbe l'inammissibilità della questione prospettatale. Sarebbe, dunque, una sortita processuale suicida, venendone naturalmente incoraggiati i giudici a trattenere presso di sé siffatte questioni, senza investirne la Corte.

Scartata senza indugio l'ipotesi qui presa in esame, non rimane che l'alternativa "secca" tra i due rimedi della "non applicazione" e dell'annullamento, ciascuno con la propria complessiva caratterizzazione tanto per l'aspetto oggettivo-funzionale quanto per quello degli attori istituzionali preposti ad attivarlo.

Ora questa fungibilità dei rimedi in parola è francamente alquanto singolare. Non si tratta, a mio modo di vedere, di scegliere – come ha dato ad intendere la Consulta – tra un "percorso europeo" ed uno "interno", per riprendere qui i termini prospettati da un'accreditata dottrina[20]. Il primo percorso, infatti, si sovrappone all'altro e lo mette nel nulla, a motivo del fatto che il principio

(www.gruppodipisa.it), 2/2024, 20 agosto 2024, 143 ss.]; ed è chiaro che l'operatore che la riscontri lo fa, comunque, a proprio rischio e pericolo, anche in considerazione del fatto che la linea di confine tra i casi d'invalidità in senso debole, sanzionabile con l'annullamento, e quelli d'invalidità in senso forte, cui consegua una dichiarazione d'inesistenza, è talora labile e persino evanescente.

[20] R. MASTROIANNI, *La sentenza della Corte costituzionale n. 181 del 2024, in tema di rapporti tra ordinamenti, ovvero la scomparsa dell'art. 11 della Costituzione*, cit., laddove peraltro si invita a fermare l'attenzione sul carattere "ineludibile" del ricorso alla Corte che, a giudizio di quest'ultima pronunzia, sarebbe imposto al ricorrere di talune circostanze (v., part., il § 4). Va, nondimeno, rilevato che il carattere perentorio insito in siffatta affermazione non figura più in Corte cost. nn. 210 del 2024 e 1, 7 e 21 del 2025.

fondamentale di "copertura" del diritto sovranazionale fa proprio il sistema eurounitario *nella sua interezza*, fatto nondimeno salvo il caso che entrino in campo i "controlimiti" (ma non è, chiaramente, di questo che ora si discute). L'operatività dell'art. 134 cost. è, in altri termini, impedita in radice dall'art. 11, *senza distinzione alcuna in base al "tono" della questione, cui nel diritto sovranazionale non si dà nessun rilievo*. Ammettere, di contro, che possa alternativamente aversi ora la "non applicazione" ed ora l'annullamento della norma interna contraria al diritto sovranazionale equivarrebbe a riconoscere la coabitazione nell'ordine interno del sindacato accentrato e di quello diffuso di costituzionalità (qui, nella sua forma peculiare di "eurounitarietà-costituzionalità"), abilitati a passarsi il testimone come in una ideale corsa a staffette. Della qual cosa, tuttavia, non si ha traccia alcuna nella Carta costituzionale[21].

4. Il singolare utilizzo che la Consulta mostra di fare del principio della certezza del diritto a sostegno del sindacato accentrato in vista della ottimale risoluzione delle questioni di "eurounitarietà-costituzionalità" e la possibilità di avvalersi allo scopo, laddove necessario, dello strumento del rinvio pregiudiziale

È singolare, poi, che la Corte faccia appello alla certezza del diritto ed all'uniformità di trattamento al fine di giustificare la propria discesa in campo in occasione di controversie riguardanti norme sovranazionali *self executing*. Il terreno su cui punta a radicare la propria cognizione delle antinomie in discorso non è infatti solido, somigliando piuttosto alle sabbie mobili in grado di inghiottire il malcapitato che vi metta piede.

Tre soli, rapidi rilievi al riguardo.

Il primo è che la certezza, nelle pratiche giuridiche in genere, appare essere sommamente… *incerta*, sol che si pensi alla varietà delle interpretazioni che

[21] Cosa diversa è, ovviamente, che si abbia, come invero da noi si ha, un sistema accentrato che al proprio interno esibisca tracce marcate di "diffusione", per il ruolo di non secondario rilievo che è assegnato al giudice comune in sede di vaglio preliminare della questione di costituzionalità al fine della sua eventuale presentazione alla Consulta (su di che, per tutti, AA.VV., *Il giudizio sulle leggi e la sua "diffusione". Verso un controllo di costituzionalità di tipo diffuso?*, a cura di E. Malfatti - R. Romboli - E. Rossi, Giappichelli, Torino 2002).

possono aversi degli enunciati, particolarmente di quelli che esibiscono una struttura nomologica a maglie larghe o larghissime, che rimandano a concetti indeterminati, e via dicendo. A conti fatti, solo col tempo e per effetto della (eventuale) formazione di un "diritto vivente" – come suole essere chiamato – possono prendere forma ricognizioni semantiche degli enunciati provviste di considerevole *vis* persuasiva nei riguardi dei loro destinatari che, nondimeno, il più delle volte rimangono pur sempre liberi di discostarsene.

Il secondo, specificamente riguardante le esperienze processuali, è che anche le pronunzie del giudice comune possono essere foriere di certezze, segnatamente laddove si produca la cosa giudicata. E non è di secondario interesse rammentare che, proprio con riguardo alle antinomie di cui qui si discorre, in una delle ultime decisioni emesse dalla Consulta, la già richiamata sent. n. 181 del 2024, si riconosca in modo esplicito che "i singoli giudici e questa Corte sono *egualmente* garanti" della certezza[22].

Il terzo è che anche le pronunzie emesse dalla Consulta possono, a conti fatti, non essere foriere di certezze, segnatamente laddove si concludano nel senso del rigetto della questione di costituzionalità[23], dal momento che si assumono idonee a non precludere la riproposizione della medesima questione[24]. Si pongono, dunque, come ancora di recente ho tenuto a rimarcare, quali meri pareri *pro veritate* (con la sola, nota eccezione per il giudice *a quo*), pareri nei quali la stessa Corte mostra di credere solo fino ad un certo punto, non precludendosi tuttavia un loro eventuale, successivo ripensamento.

[22] P. 6.5 del *cons. in dir.*, sul quale ho consigliato di fermare l'attenzione nel mio *La doppia pregiudizialità torna ancora una volta alla Consulta, in attesa di successive messe a punto (a prima lettura di Corte cost. n. 181 del 2024)*, cit., 1346 ss. (e 1348, per il riferimento testuale; mio, ovviamente, il corsivo di cui al testo).

[23] Una eventualità che, peraltro, potrebbe discendere da un uso accorto ed incisivo allo stesso tempo della tecnica decisoria della interpretazione conforme della fonte nazionale rispetto a quella sovranazionale che, poi, darebbe conferma del fatto che della stessa avrebbe potuto (e dovuto) avvalersi il giudice *a quo*, anziché portare la questione alla cognizione della Corte.

[24] Tesi, questa, da cui molti anni orsono ho preso le distanze con argomenti che tuttavia sarebbe sterile qui riproporre, non essendo riusciti a farsi largo.

Certo si è che, insistendo sul bisogno di preservare l'uniformità di trattamento, la Corte rimarca la funzione di nomofilachia che reputa di poter esercitare al piano delle relazioni interordinamentali, in tal modo *quodammodo* sovrapponendosi alla Corte di Cassazione e, comunque, ribadendo pur sempre la propria disponibilità ad avvalersi, laddove le circostanze lo consiglino, dello strumento del rinvio pregiudiziale alla Corte dell'Unione[25].

Ancora una volta, è dato qui rilevare la stranezza di quest'orientamento, specie ove lo si metta a raffronto con la ferma indicazione in via generale data a riguardo della necessità di non far passare per questioni di costituzionalità quelle che in realtà sono questioni d'interpretazione, la cui cognizione deve restare estranea alla Consulta. Per altro verso, poi, nuovamente si prefigura un itinerario non lineare, dal momento che – come si è poc'anzi rammentato – il giudice bisognoso della corretta interpretazione del diritto sovranazionale può (e, se di ultima istanza, deve) direttamente rivolgersi alla Corte dell'Unione, senza il passaggio, pur se non obbligato ma vivamente caldeggiato, dalla Consulta.

Non nego – sia chiaro – che non sia affatto la stessa cosa che l'interpello del giudice sovranazionale abbia luogo da parte di questo ovvero di quell'operatore nazionale. Plurime ed a tutti note vicende piuttosto avvalorano l'idea che l'*auctoritas* posseduta dal tribunale costituzionale sia diversa da quella riconoscibile in capo al giudice comune. Questo dato, tuttavia, non deve fare aggio sulla bilancia e distogliere dal percorso maggiormente lineare e conducente allo scopo della risoluzione delle antinomie alla luce del sistema per esse stabilito. D'altro canto, accordandosi la precedenza alla pregiudiziale eurounitaria, aumentano in modo esponenziale le occasioni di "dialogo" con la Corte dell'Unione, a motivo del numero considerevole di operatori abilitati ad interrogarla per avere il retto significato della disciplina sovranazionale.

Diciamo le cose come stanno. L'unico modo, a parer mio, per dare spazio al modello patrocinato dalla Corte è quello di opporre i "controlimiti" alla operatività del meccanismo dell'applicazione diretta, limitatamente ai casi di antinomie di

[25] Ciò che – come si sa – ha, ancora da ultimo, fatto con la ord. n. 21 del 2025.

dirittifondamentali.it

"tono" costituzionale: un esito, questo, che però sarebbe assai grave, sol che si consideri che altro è impedire l'ingresso in ambito interno di questa o quella norma dell'Unione ed altra cosa la preclusione fatta nei riguardi della piena operatività di un meccanismo vitale per l'avanzata del processo d'integrazione sovranazionale, peraltro disattivabile a discrezione dei singoli operatori di giustizia: verrebbe da aggiungere, senza alcuna… *certezza*.

La Corte, ad ogni buon conto, non si è spinta fino al punto di evocare in campo la risorsa dei "controlimiti": a mio avviso, saggiamente. Ove lo avesse fatto, avrebbe dovuto imporre ai giudici di battere la via del sindacato accentrato, non già limitarsi a dichiararla preferibile in vece dell'altra, comunque ugualmente percorribile, del sindacato diffuso. Di qui, l'ambiguità della conclusione raggiunta, insita nel ritenere meramente preferibile una certa opzione processuale in vece di un'altra, comunque giudicata pur sempre praticabile[26].

È importante, poi, tenere presente che non disponiamo di dati sicuri per ciò che attiene al seguito concretamente avuto dal "modello" patrocinato dalla Consulta e, ancora da ultimo, ribadito dalle decc. nn. 1, 7 e 21 del 2025. Conosciamo, ovviamente, i casi di remissione di questioni alla Consulta ma non abbiamo piena contezza di quelli definiti dal giudice comune, in esercizio di quella che potrebbe qualificarsi una peculiare forma di diritto di resistenza nei riguardi della Corte. Certo si è che le domande di rinvio pregiudiziale seguitano a cadere a pioggia sulla Corte di giustizia; ed è anche (e soprattutto) in considerazione del successo dello strumento di "dialogo" in parola che si è quindi fatto luogo ad una pur discussa modifica del sistema di risoluzione di siffatte questioni attraverso la responsabilizzazione del tribunale sovranazionale[27].

---

[26] Permane, ad ogni buon conto, nell'ultima giurisprudenza una qualche non rimossa ambiguità, dal momento che nella 181 del 2024 figura quell'"ineludibile" che parrebbe evocare l'idea della obbligatoria precedenza della pregiudiziale costituzionale, di cui tuttavia – come si diceva – non si ha traccia nelle decc. nn. 210 del 2024 e 1, 7 e 21 del 2025.

[27] Sulla nuova disciplina del rinvio pregiudiziale, *ex plurimis*, v. R. MASTROIANNI, *Il trasferimento delle questioni pregiudiziali al Tribunale: una riforma epocale o un salto nel buio?*, in *Quad. AISDUE* (www.aisdue.eu), 3/2024, e in AA.VV., *Il rinvio pregiudiziale*², cit., 745 ss., nonché i contributi di C. TOVO, D.P. DOMENICUCCI, M.F. ORZAN e R.G. CONTI, in *La riforma dello statuto della Corte di giustizia*, in *Eurojus* (www.rivista.eurojus.it), fasc. spec., febbraio 2025.

Quale sia stato il rendimento del nuovo ingranaggio non può, chiaramente, ancora dirsi. A prima impressione, parrebbe tuttavia che le questioni portate alla cognizione della Corte, così come da questa vivamente caldeggiato, restino per numero nettamente al di sotto di quelle *motu proprio* definite dai giudici, anche per effetto di un'accresciuta, sensibile attenzione per il diritto sovranazionale che, ancora fino a pochi anni addietro, faceva oggettivamente difetto.

dirittifondamentali.it

dirittifondamentali.it

Dirittifondamentali.it - Fascicolo 1/2025
Data di pubblicazione – 17 marzo 2025

L'Europa tra riforma dei Trattati e competitività internazionale

di
Stelio Mangiameli*

SOMMARIO: 1. Il governo dei "grandi spazi", l'impero come forma di governo e l'Europa. – 2. L'Europa e i caratteri degli Imperi. – 3. L'Europa come "impero debole": gli elementi mancanti. – 4. Il futuro dell'Europa: a) la riforma dei Trattati. – 5. *Segue*: b) la competitività europea. – 6. Il futuro dell'Europa tra "coordinamento" degli Stati membri e "parlamentarizzazione" dell'Unione. – 7. L'ineludibile domanda sulla "sovranità" dell'Unione europea.

1. Il governo dei "grandi spazi", l'impero come forma di governo e l'Europa. –

Guardare all'Europa in questo momento storico nel quale gli Stati che la compongono sono costretti, dalle ripetute crisi e dal conflitto russo-ucraino, a ripensare alla forma di governo che hanno dato all'Unione europea significa riflettere sul suo assetto in modo critico.

Dopo le elezioni del nuovo Parlamento si tratta di vedere che peso avranno le proposte di modifica dei Trattati europei, per rafforzare il carattere politico dell'Unione, la sua capacità internazionale, anche militare, la realizzazione effettiva del mercato interno, e il suo ruolo nell'economia globale. Il presidente Mario Draghi ha lasciato intendere chiaramente questa necessità di un cambiamento radicale quando ha affermato, poco prima di consegnare il suo rapporto sul futuro della competitività europea alla Commissione, che: "Abbiamo bisogno di un'Unione europea che sia adatta al mondo di oggi e di domani"; ed ha aggiunto subito dopo "Occorre diventare Stato"[1].

*Professore ordinario di Diritto costituzionale – Università di Teramo

[1] V. il discorso di martedì 16 aprile 2024 alla Conferenza dedicata all'Europa sociale di La Hulpe, nel quale, partendo dalla premessa politica che «il mondo è cambiato; le vecchie regole sono ignorate, se non violate; si sono moltiplicati i casi di concorrenza sleale tra paesi»,

Contributo sottoposto a referaggio

dirittifondamentali.it

Inutile dire che i governi degli Stati membri – anche se ad esplicitarlo è stato il Presidente francese Emmanuel Macron – hanno ben chiaro da tempo che la riforma del sistema europeo non è più procrastinabile, pena non un semplice arretramento, bensì la scomparsa stessa dell'Europa e un *default* di tutti gli Stati europei anche di quelli che sin qui sono apparsi i più forti.

In altri termini, il percorso europeo è tutto in avanti, per ragioni logiche prima ancora che storico-politiche, ma la direzione verso cui avanzare è ormai da tempo tutt'altro che univoca, come mostra il ventaglio delle opinioni espresse dai governi nazionali e dalle forze politiche interne agli Stati membri, dove le spinte antieuropee vanno ormai di pari passo con quelle europeiste.

La riflessione sul percorso da intraprendere deve considerare le vicende europee nel contesto della crisi della globalizzazione, crisi che non vuol dire di per sé superamento della globalizzazione, anche se il cosmopolitismo di questa appare attraversato da fratture che limitano le pretese giuridiche, prima tra tutte quella della salvaguardia dei diritti umani e della democrazia, anche all'interno della stessa Europa.

Invero, si può dire che si sia creata una condizione complessa entro cui si muovono le relazioni europee: da un lato, le interconnessioni e le interdipendenze tra gli Stati membri sono così tante da non potersi pensare affatto ad un cupo isolazionismo o a forme estreme di autarchia politica ed economica, per cui, di fronte ai problemi posti dalle diverse crisi (economica, migratoria, ambientale, energetica, ecc.) e dal dilagare di conflitti armati, si può rispondere solo con una nuova espansione delle relazioni e delle negoziazioni. Da questo punto di vista, l'Europa deve sicuramente riflettere sulle vicende istituzionali interne non solo degli ultimi quindici anni, e cioè dalla crisi economica del 2009 – coincisa con l'entrata in vigore dell'inadeguato

---

traendone la conclusione che «Il nostro processo decisionale e i nostri metodi di finanziamento sono stati concepiti per il "mondo di ieri" – ossia pre-Covid, pre-Ucraina, pre-scoppio della crisi in Medio Oriente, prima del ritorno della rivalità tra le grandi potenze. *Abbiamo bisogno di un'Unione europea che sia adatta al mondo di oggi e di domani*. Di conseguenza, nella relazione che il presidente della Commissione europea mi ha chiesto di preparare proporrò un cambiamento radicale, perché è ciò che serve» (v. https://www.ilsole24ore.com/art/draghi-proporro-cambiamento-radicale-l-ue-AFzPOcYD) .

Trattato di Lisbona – ma anche del decennio anteriore, per intenderci quando, dopo il consolidamento della crescita europea con la moneta unica (1999), si pose la questione della costituzionalizzazione europea (2001), che si concluse negativamente, dal momento che tra l'approfondimento dell'integrazione e l'allargamento dell'Unione, alla fine prevalse la seconda a discapito della prima (2004).

La domanda che ci si deve porre, rispetto alle vicende europee richiamate, perciò, sembra riguardare lo *status* e l'importanza dell'Europa e la definizione politica dell'Europa.

In questo contesto, allora, la discussione per determinare un cambiamento istituzionale nel prossimo futuro e per salvaguardare la democrazia europea e i diritti fondamentali dei "cittadini europei", investe direttamente la definizione della migliore forma di governo (*polity*) che l'Unione europea dovrebbe assumere.

2. L'Europa e i caratteri degli Imperi. – Richiedere un cambiamento politico all'Europa è diventata una questione ovvia. L'Europa non è più quella degli inizi della seconda metà del '900, anche se le ragioni della sua fondazione, a cominciare dalla pace, restano ancora tutte intatte. Semmai c'è da chiedersi come mai non sia progredita anzitempo dal punto di vista della forma politica. Non considerando i tentativi originari del 1954 volti alla creazione di una Comunità europea della difesa e di una Comunità politica, falliti, come è noto, per il veto dell'Assemblea Nazionale francese, è ben visibile nella storia recente, a partire dal Trattato di Maastricht (1992/3), un processo di crescita politica dell'Europa; basti pensare alla cittadinanza europea, alla competenza concorrente per sussidiarietà, al nuovo ruolo del Parlamento europeo, alla stabilizzazione prima e alla codificazione poi dei diritti fondamentali nell'ordinamento dell'Unione, alle innumerevoli politiche europee, all'euro, alla creazione di uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia, al superamento dei confini interni e all'unificazione della politica di ingresso, alla cooperazione in materia di giustizia e di polizia, alla ripresa della politica estera comune compresa la politica della sicurezza e della difesa comune. Si parlò anche

in documenti ufficiali di "un modello sociale europeo" e si affermò che l'Europa avesse creato una nuova visione del futuro che avrebbe eclissato il sogno americano[2].

Sembrava ovvio che dopo un decennio di continua espansione del ruolo politico dell'Unione ci si ponesse il problema della forma politica dell'Europa. Gli studiosi di Diritto internazionale ancora oggi sentono la tentazione di considerare l'Unione europea come una organizzazione internazionale di tipo regionale; i più avveduti, di fronte alle evidenti eccezioni e deviazioni rispetto al figurino internazionale, hanno parlato di una organizzazione internazionale *sui generis* [3].

Tuttavia, l'immagine più autentica della crescita europea è stata data dalla Corte di Giustizia, che con la sua giurisprudenza ha introdotto un linguaggio del tutto estraneo al diritto internazionale: si pensi all'idea di un ordinamento comune creato dagli Stati membri, alla cessione di sovranità da parte di questi, al primato del diritto europeo sul diritto nazionale anche di rango costituzionale, alla sua configurazione organizzativa secondo i principi della *rule of law*, e, cioè, di una Comunità di diritto nella quale le sfere di attribuzioni tra le istituzioni sono determinate e la tutela dei diritti fondamentali assicurata proprio dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia. Il giudice europeo in sostanza ha esplicitato il progetto europeo che, pur nel silenzio sulla natura dell'Europa, è stato progressivamente istituzionalizzato e portato avanti[4].

Come è bene ricordare, nell'ultimo decennio (a partire dall'elezione del Parlamento europeo del 2014) se, da un lato, si assisteva alla crescita politica europea, dall'altro, invece, si sono generate anche delle controspinte di tipo nazional-statuale che hanno reso problematica la definizione dell'Europa, tanto più che non tutte le contraddizioni del disegno europeo erano state risolte.

In questo contesto, perciò, due letture della forma europea hanno finito con il contrapporsi: quella intergovernativa (e confederale) e quella comunitaria (o

[2] V. J. Rifkin, *The European Dream*, Penguin, 2004.

[3] V., in proposito, S. Mangiameli, *Il sistema europeo: dal diritto internazionale al diritto costituzionale e ritorno?*, in *Diritto e Società*, 2016, 11-58.

[4] Per la giurisprudenza europea richiamata, sia consentito rinviare al nostro *L'esperienza costituzionale europea*, Roma, Aracne, 2008, *passim*.

federale). La prima aveva dalla sua il ruolo del Consiglio europeo istituzionalizzato con il Trattato di Maastricht, mentre il punto di forza della seconda si situava nel Parlamento europeo. La contrapposizione, inoltre, veniva giocata sul modo in cui queste due forme decidono, in quanto il Consiglio europeo dispone con "decisioni" votate all'unanimità; mentre il Parlamento europeo predilige l'approvazione a maggioranza di "atti legislativi", sì da dare vita al "diritto europeo" rivolto agli Stati membri e ai cittadini europei.

Queste due letture appaiono per molti versi insufficienti, perché la crescita europea è stata il frutto dell'integrazione dei due modelli, anche quando le Conferenze intergovernative, prima del 1992, si svolgevano fuori dal quadro istituzionale europeo.

Se pertanto gli schemi giuspubblicistici e di diritto internazionale sembrano non calzare del tutto nel caso europeo e gli strumenti del federalismo sono spesso ibridati con quelli di derivazione internazionale e con quelli della dottrina dello Stato, il risultato è che ogni tentativo definitorio del sistema europeo sembra sempre insufficiente; sia se si considera una delle prime definizioni del fenomeno come "unione finalizzata, che produce integrazione funzionalizzata"[5], sia se si prende in esame quella formulata dalla Corte costituzionale tedesca nella sentenza sul Trattato di Maastricht, che fa riferimento a una "associazione di Stati" (*Staatenverbund*)[6].

In entrambi i casi, la finalità perseguita è quella di escludere una forma di unificazione sovranazionale, per non sottrarre terreno all'unità politica degli Stati nazionali e mantenere così integra la sovranità statale e considerare i poteri europei come semplici competenze di attribuzione. Per inciso, questa lettura riduttiva del dato europeo è stata mantenuta dalla Corte costituzionale tedesca anche con la sentenza sul Trattato di Lisbona[7], nonostante il tenore letterale di questo sia

[5] H.P. Ipsen, *Europäisches Gemeinschaftsrecht*, Tübingen, 1972, 196.

[6] BVerfG. Urteil vom 12. Oktober 1993, Az. 2 BvR 2134, 2159/92 (BVerfGe 89, 155), nonché *Das Maastricht-Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 12. Oktober 1993. Dokumentation des Verfahrens mit Einfuhrung*, Hrsg. von Dr. logo Winkelmann, Berli, Duncker & Humblot, 1994.

[7] BVerfG, Urteil des Zweiten Senats vom 30. Juni 2009 - 2 BvE 2/08 -, Rn. 1-421 (BVerfGe 123, 267- 437). V. R. Chr. van Ooyen, *Die Staatstheorie des Bundesverfassungsgerichts und Europa. Von*

dirittifondamentali.it

profondamente diverso dai precedenti trattati europei, anche per effetto del linguaggio sviluppato a livello europeo durante la Convenzione di Laeken, che aveva impregnato la scrittura del Trattato Costituzionale del 2004. Non a caso, quest'ultima decisione del giudice costituzionale tedesco è stata aspramente criticata anche in patria e considerata non *europafreundlich*, in violazione di un preciso principio costituzionale[8].

Si tende così a descrivere, più che a definire, il modello europeo come un sistema multilivello (*multilevel system*) di governo, nel quale i diversi livelli territoriali sarebbero inclusi sulla base di una distribuzione di competenze nelle quali si perde la dimensione del "politico", a favore di una tecnocrazia apparentemente avalutativa, e conseguentemente la questione della sovranità resta aperta e senza una risposta[9].

Chi ha guardato all'ordine europeo, in questo contesto postnazionale, sviluppando una idea politica del potere e della società non più ancorata alla nozione di Stato ha trovato sufficienti elementi di contatto tra l'Europa e la nozione di "impero" sia pure in una accezione del tutto particolare[10]. Persino chi ha sempre criticato l'Europa, perché mancava il numero di telefono del Ministro degli Esteri, ha fatto ricorso alla figura dell'Impero, ammettendo che l'attuale istituzionalizzazione dell'Unione europea ha "*produced a degree of unity that had not been seen in Europe since the Holy Roman Empire*" [11].

Solange über Maastricht zu Lissabon, 3. Aufl., Nomos, Baden-Baden 2010; P. Chr. Müller-Graff, *Das Lissabon-Urteil: Implikationen für die Europapolitik*, in *APuZ* 18/2010, S. 22–29.

[8] V. J. Bergmann/U. Karpenstein, *Identitäts- und Ultra vires-Kontrolle durch das BVerfG*, in *Zeitschrift für Europarechtliche Studien* (ZEuS) 2009, S. 491 ff.; R. Lhotta u. a. (Hg.), *Das Lissabon-Urteil. Staat, Demokratie und europäische Integration im »verfassten politischen Primärraum«*, Wiesbaden 2013; D. Murswiek, *Das Lissabon-Urteil und sein Gegenteil*, in Zeitschrift für öffentliches Recht, 2022, 699 – 704.

[9] V. S. Mangiameli, *The Constitutional Sovereignty of Member States and European Constraint: The Difficult Path of Political Integration*, in *The Consequences of the Crisis on European Union and on Member States. The European Governance between Lisbon and Fiscal Compact*, Heidelberg, Springer, 2017, 189 ss.

[10] Tra i tentativi di maggiore rilievo, in tal senso, v. U. Beck ed E. Grande, *L'Europa cosmopolita* (2004), trad. it., Roma, Carrocci, 2006; *adde* J. Zielonka, *Europe as Empire. The nature of the Enlarged European Union*, OUP, 2006; entrambi ripresi da J.M. Colomer, *Empires versus States*, in *Oxford Research Encyclopedia of Politics*, June 2017.

[11] V. H. Kissinger, *World Order*, Penguin, 2014.

Se ci si interroga sulla appropriatezza di questa qualificazione per l'Europa non si può non rimanere delusi. Infatti, richiamare l'Impero significa fare riferimento ad una particolare forma di governo (*polity*) che indica una peculiare struttura di dominio politico sui "grandi spazi"[12]. L'attuale crisi della globalizzazione e della statualità ha riportato in auge questa forma di governo, per le continue sfide e confrontazioni che gli "Imperi" si rivolgono [13].

L'attribuzione della qualificazione di "impero" all'Europa, però, è stata un riflesso dell'allargamento dell'Unione europea del 1° maggio 2004, che portò l'Unione al massimo di espansione territoriale nel 2007 con 28 paesi. Si trattava di un'epoca ancora fortemente espansiva e nell'Unione europea era ancora presente, tra l'altro, anche la Gran Bretagna che sarebbe uscita dall'Unione a seguito del referendum sulla c.d. *Brexit*.

In quel momento, perciò, l'Unione europea appariva in forte espansione territoriale e dotata di notevoli capacità di integrazione, tuttavia essa restava pur sempre qualcosa di diverso da una Federazione. Per conseguenza, non fu difficile scorgere nel fenomeno europeo alcuni elementi tipici della struttura imperiale e tra questi, primo tra tutti, quello dell'incertezza dei confini che deriva dalla circostanza che l'influenza dell'impero trascende i confini geografici e si estende nello "spazio" per confini lineari.

Peraltro, il tema dell'allargamento dell'Unione europea non è affatto un tema tramontato e, anzi, appare essere una delle cause di attrito che ha innescato la guerra russo- ucraina. A tal proposito, si consideri che altri otto Stati europei hanno avanzato la candidatura per l'ingresso nell'Unione europea tra cui la Turchia, già dal 1995, con una serie di problematiche sulle quali in questa sede non è possibile soffermarsi; e ben tre Stati, l'Ucraina, la Moldavia e la Bosnia-Erzegovina, che proprio nel 2022, durante il conflitto russo-ucraino, hanno avanzato la loro richiesta di adesione. Gli altri Stati che nel frattempo hanno chiesto prima del 2022 l'adesione sono la Macedonia del Nord, il Montenegro, la Serbia e l'Albania.

[12] V. in proposito C. Schmitt, *Stato, Grande spazio, Nomos*, Milano, Adelphi, 2015.

[13] Per una più approfondita analisi si rinvia a S. Mangiameli, *Imperi e Stati e le nuove Relazioni Internazionali*, in *Diritto e Società*, 2022, 291-340.

dirittifondamentali.it

L'allargamento è in effetti una costante del fenomeno europeo, se si considera che gli Stati fondatori nel 1950, ai tempi della Comunità europea del carbone e dell'acciaio, erano solo sei (così ancora nel 1957, quando fu istituita la Comunità economica europea) e, peraltro, solo tre di dimensioni rilevanti, mentre gli altri tre appartenevano alla categoria dei c.d. "piccoli Stati", e le Istituzioni europee hanno affrontato la problematica senza definire mai i confini dell'Europa, e, cioè, del loro dominio politico e dell'ordinamento europeo. Questo aspetto, dato dall'assenza di confini certi e dalla capacità di influenza e condizionamento di Stati esterni è un tipico elemento che caratterizza la forma imperiale. Si consideri che già la presentazione della domanda di adesione pone agli Stati richiedenti degli obblighi ben precisi verso l'Unione, e cioè: il rispetto dei valori europei, prescritti dall'art. 2 TUE; il rispetto del principio democratico; e il cosiddetto *acquis* comunitario, cioè il fatto che l'ordinamento dello Stato richiedente sia a questo conformato in modo da garantire la piena efficacia dell'ordinamento europeo.

Già questa circostanza ha un diretto impatto sullo Stato e sulla Comunità internazionale, perché modifica, tra i tanti, un carattere essenziale di questa, ovvero l'eguaglianza degli Stati, dando luogo ad una asimmetria, che è anch'essa una tipica connotazione della forma imperiale, per la quale gli Stati dell'Impero non sono affatto in una posizione di eguaglianza; anzi, ciascuno può appartenere ad un ambito diverso ed essere collocato in una posizione asimmetrica rispetto agli altri Stati.

Qui, nel caso dell'Unione europea, a parte la situazione degli Stati dell'allargamento, vengono in discussione le diverse stratificazioni che l'integrazione europea ha prodotto e che danno luogo a frontiere interne che si possono anche sovrapporre in modo non univoco, costituendo appunto l'elemento dell'asimmetria imperiale. Si pensi, in particolare alle tante "Europe" cui gli Stati membri hanno dato luogo: l'Europa di Schengen non corrisponde all'Europa dell'euro, l'Europa dell'euro non corrisponde all'Europa delle adesioni. Abbiamo, insomma, tre o quattro Europe che si sovrappongono già dentro l'Unione europea stessa. Per non parlare poi dell'asimmetria nelle forme e nei diritti di appartenenza

dirittifondamentali.it

(la c.d. "geometria variabile"), per cui gli Stati si differenziano nell'adesione (Danimarca – Polonia) con le riserve apposte nella stipula dei Trattati europei con le loro dichiarazioni. E ancora, della presenza di forme di interdipendenza connessa a forme di diseguaglianze di fatto e di potere, come le Repubbliche Baltiche, i "Paesi frugali" e i Paesi PIIGS, che ostacolano l'omogeneità, e cioè la formazione di un popolo sia pure di tipo federale.

Ma non è tutto; si considerino ancora gli accordi di associazione come quello sullo Spazio Economico europeo che comprende la Norvegia, l'Islanda e il Lichtenstein; il peculiare collegamento con la Svizzera che, pur esterna allo SEE, conforma il suo ordinamento a quello europeo; la stessa moneta europea, l'euro, oltre a essere corrente in ben venti Stati membri, è stata adottata da c.d. "microstati europei" e da Stati ancora del tutto estranei all'Unione, come il Kossovo e il Montenegro.

Ed ancora, occorre ricordare la partecipazione dell'Unione europea alle c.d. "politiche settentrionali" che arrivano sino al Polo Nord; l'instaurazione della c.d. "politica europea di vicinato" (PEV), con la quale l'Unione richiede un coordinamento delle politiche con gli Stati limitrofi e un'integrazione economica rafforzata, che assicuri maggiore mobilità e contatti interpersonali più stretti; inoltre, in questo contesto, rilevano anche il c.d. "partenariato orientale" e il "partenariato meridionale". Il primo creato per migliorare le relazioni dell'Unione con la maggior parte dei paesi limitrofi orientali: Armenia, Azerbaigian, Bielorussia, Georgia, ecc.; e il secondo, che riguarda i seguenti paesi: Algeria, Egitto, Israele, Giordania, Libano, Libia, Marocco, Palestina, Tunisia e Siria. In questa area, peraltro, l'Unione, in un contesto non privo di problemi, dovuti all'instabilità della regione meridionale, punta a costruire un insieme di politiche bilaterali tra l'Unione europea e ciascun Paese, nonché a formare un quadro di cooperazione regionale, denominato "l'Unione per il Mediterraneo". Infine, anche lo stesso Regno Unito continua ad intrattenere un complesso di relazioni con l'Unione europea, grazie all'"accordo di recesso" del 17 ottobre 2019 e a quello sugli scambi commerciali e la cooperazione del 30 dicembre 2020.

dirittifondamentali.it

3. L'Europa come "impero debole": gli elementi mancanti. – Tuttavia, asimmetria e mancanza di omogeneità, da un lato, confini non definiti e capacità di influenza su un grande spazio, dall'altro, non rendono l'Unione europea un vero e proprio "impero"; e se si vuole proprio insistere con questa formulazione, allora, occorre precisare che, nel caso dell'Europa, si tratta di un "impero debole".

Un impero è tale solo se riesce ad escludere dal suo ambito di influenza ogni altro potere o a sottometterlo[14]. L'idea di un impero che non eserciti una egemonia e che si fondi solo sulla cooperazione spontanea, escludendo la coercizione, non è affatto attuale. L'impero come forma di governo politica è tale perché mette a soqquadro la forma Stato, con i suoi elementi (popolo, territorio e sovranità), e la Comunità internazionale stessa, così come queste si sono formate a partire dal modello di Westfalia. Questo, infatti, si basa sulla centralità dello Stato, e gli Stati si relazionano in una Comunità fondata sulla consuetudine internazionale e sui principi di eguale sovranità, di integrità territoriale segnata da confini certi, di non intervento e di piena giurisdizione domestica, tutti aspetti, questi, che la presenza degli imperi mette in crisi.

Se, poi, consideriamo la struttura di un impero, il primo elemento della presenza imperiale appare essere la capacità di impedire la presenza di ogni altro potere politico che possa esercitare la medesima influenza per uno spazio che pur appartenendo ad altri Stati, è sotto l'egemonia dell'Impero e sottoposto al suo potere di comando. È quello che si definisce il "principio di non ingerenza", che implica una influenza politica esercitata, per mezzo della tecnica, dell'economia e della struttura più propriamente organizzativa civile e militare, escludente altri poteri di carattere imperiale, sulla base di una "idea" che è posta a fondamento dell'impero medesimo e che costituisce tanto il fondamento della non ingerenza, quanto quello della legittimazione del "diritto di intervento" in ogni parte del mondo per la sua difesa. Quanto all'"idea imperiale" in sé, poiché questa esprime un potere portatore di un'idea politica nella scena internazionale che si irradia oltre

[14] S. Mangiameli, *Imperi e Stati e le nuove Relazioni Internazionali*, cit., 291, in part. 314 ss.

i suoi specifici confini e per la quale questo potere è in grado di spendere la propria forza, questa può avere un contenuto diverso e differenziato: dal principio di nazionalità, alla (esportazione della) democrazia, al libero commercio e, persino, alla tutela dei diritti umani[15].

Ora, certamente l'Unione europea e i suoi Stati membri esprimono una influenza conforme alla loro tradizione politica e alla loro società, anzi si può dire che i valori europei[16], che sono comuni agli Stati membri, e l'affermazione del principio democratico, oltre all'organizzazione stessa di una economia sociale di mercato, possono costituire il sostrato di quella "idea imperiale" necessaria all'esistenza stessa dell'impero.

Ma nella tradizione europea, la democrazia e i diritti umani, così come una economia sociale di mercato si sono affermate non per forza propria da parte degli Stati europei, bensì sulla base di una precisa ingerenza internazionale che ha forgiato l'Europa alla fine della II Guerra mondiale e sotto la cui egida gli Stati europei si sono collocati anche dopo avere dato vita alle Istituzioni europee; anzi le stesse Istituzioni comuni sono sorte per volontà esterna. Si pensi in modo particolare a ciò che ha rappresentato (e rappresenta) la Nato in termini di difesa militare; alla peculiare condizione della Germania, fino alla riunificazione del 1990; alle interferenze politiche nella politica estera degli Stati membri; e, persino, alle stesse decisioni sull'allargamento del 2004, volute più come risposta internazionale che per volontà interna, con gli Stati richiedenti non del tutto pronti rispetto ai requisiti necessari per l'adesione.

Tutto ciò fa pensare che l'Europa non sia un impero a sé stante, bensì che essa sia, insieme ai suoi Stati membri, parte di un impero il cui centro non si trova qui. La qualcosa, peraltro, non esclude che in futuro questa situazione possa mutare, soprattutto se l'impero cui gli europei sono tributari dovesse mostrare un profondo disinteresse per gli Stati europei e l'Europa in sé, oppure se questi dovessero

[15] S. Mangiameli, *Imperi e Stati e le nuove Relazioni Internazionali*, cit., 314 ss.

[16] S. Mangiameli, *The Union's Homogeneity and Its Common Values in the Treaty on European Union*, in *The European Union after Lisbon. Constitutional basis, economic order and external action*, Springer, Berlin - Heidelberg - New York, 2011, 21-46.

mostrarsi in grado di recidere il cordone ombelicale, per cui l'Europa potrebbe mettere in atto il principio di non ingerenza interna.

La condizione minima perché questo possa darsi, assicurando una indipendenza all'Europa sulla scena politica mondiale, è proprio quella di dotare l'Unione europea di una propria capacità militare e questa, a sua volta, necessita che si sviluppi un apparato industriale adeguato alle necessità belliche, sì da tenere almeno un "fronte".

Ora, è ben nota la vicenda militare europea a partire dalla crisi del Trattato sulla Comunità europea della difesa del 1954, e come su questo punto non si sia ancora formata una competenza europea. I tentativi di una ripresa della politica estera e di una politica di sicurezza comune, compresa la difesa comune, portati avanti in occasione del Trattato di Maastricht non vanno oltre un coordinamento tra gli Stati membri che decidono sostanzialmente all'unanimità e le procedure escludono il Parlamento europeo; disciplina che è rimasta inalterata anche nel Trattato di Lisbona [17].

Il conflitto russo-ucraino ha reso evidente i limiti di una politica militare europea e la mancanza di un complesso industriale europeo che sostenga la difesa comune, anche perché l'esperienza dell'"Agenzia europea per la difesa" si è rivelata ampiamente insufficiente. Anche gli sforzi compiuti di recente, come gli accordi di cooperazione (rafforzata) per l'*Eurofighter* e gli armamenti comuni, e la definizione della c.d. "bussola strategica", messa a punto dopo l'inizio della guerra, che può rendere più agevoli azioni militari europee da parte delle forze armate degli Stati membri, possono considerarsi dei passi in avanti, ma certamente non decisivi per garantire all'Unione un vero e proprio diritto di intervento di tipo imperiale; senza contare peraltro che il conflitto armato ha riportato in auge il ruolo della Nato e con esso degli Stati Uniti, rispetto al quale l'Europa militare sarebbe poco più che ancillare.

[17] V. in proposito il nostro *Il ruolo del Parlamento europeo nella PESC, alla luce delle innovazioni apportate dal Trattato di Lisbona*, in *Il "dialogo" tra parlamenti: obiettivi e risultati*, a cura di Carmela Decaro e Nicola Lupo, LUISS University Press, Roma, 2009.

Il punto più controverso della visione imperiale dell'Europa resta comunque quello della sovranità europea. È bene precisare che la sovranità imperiale convive tranquillamente con quella delle altre autorità politiche che vivono dentro l'impero o ai suoi margini, perché queste due sovranità sono qualitativamente diverse, nonostante esprimano entrambe un potere assoluto di comando politico[18].

Da questo punto di vista si osserva che quando la sovranità statale viene in contatto con il potere imperiale perde il suo carattere assoluto e si determinano limitazioni dell'autonomia sovrana visibili in campo interno e internazionale. Si può dire che la sovranità, a contatto con il potere imperiale, tende a farsi "porosa", perché deve offrire lo spazio a questo potere di penetrare e diventare determinante per l'azione politica.

La sovranità dell'impero, per contro, appare discontinua e marginale; essa opera in ogni caso come potere di ultima istanza e assoluto, e si presenta come una giurisdizione non piena, bensì in concorrenza con altre autorità politiche presenti, per cui anche queste esercitano una loro giurisdizione entro i confini della propria competenza e può richiedere forme di collaborazione[19].

Tuttavia, in caso di conflitto, il rapporto tra le giurisdizioni si risolve sistematicamente a favore del potere imperiale, che all'occorrenza diventa un potere gerarchicamente superiore e il controllo sulle altre autorità politiche si trasforma, in questo caso, in una vera e propria pretesa di obbedienza e la loro collaborazione veste i panni di una collaborazione coercitiva, anche se non determina mai l'unificazione politica[20].

Nel caso dell'Unione europea l'idea stessa di una sovranità europea è contestata, e non solo dai c.d. "sovranisti", ed è nel dibattito europeo un concetto ampiamente controverso. La Corte di giustizia ha cercato di fondare l'idea di una sovranità europea ancorandola all'ordinamento comune e alla sua prevalenza [21]. Ma l'assunto è stato sin da subito contestato dalle Corti costituzionali degli Stati

[18] S. Mangiameli, *Imperi e Stati e le nuove Relazioni Internazionali*, cit., 323 ss.
[19] M. Hardt – T. Negri, *Impero. Il nuovo ordine della globalizzazione*, Milano, Rizzoli, 2001,175 ss.
[20] S. Mangiameli, *Imperi e Stati e le nuove Relazioni Internazionali*, cit., 323 ss.
[21] V. la sentenza Costa c/ Enel, C-4/1964.

membri a cominciare da quella italiana e, soprattutto, da quella tedesca, con la teoria del c.d. "controlimiti"[22]. La stessa prevalenza del diritto europeo sugli ordinamenti nazionali è stata messa a dura prova dopo il fallimento del Trattato Costituzionale, che contemplava la "clausola di supremazia", e anche la "17. Dichiarazione relativa al primato", contenuta nel Trattato di Lisbona, sembra ricevere scarso rispetto da parte delle Corti costituzionali degli Stati membri[23].

Al di là delle vicende giurisprudenziali, non va dimenticato che il tema della sovranità costituisce innanzi tutto una questione di carattere dirimente, su chi decide in modo vincolante per tutti e determina così l'"unità politica".

Ora è evidente come l'Europa abbia abbandonato il tema politico, e cioè della sovranità, e i Trattati europei, approvati dopo il fallimento della Comunità politica e della difesa comune, contengono una filosofia diversa, basata sul principio che la messa in comune delle economie degli Stati contraenti avrebbe generato comunque pace e libertà tra i popoli europei.

Non si dichiarava apertamente l'abbandono del programma dell'unità politica, ma semplicemente si affermava il rinvio a tempi più maturi. Così, da questa visione prese le mosse anche la politica del processo incrementale di integrazione per la quale, con un certo gradualismo, si è cercato di riprodurre nel sistema europeo le

---

[22] V. M. Cartabia, *Princìpi inviolabili e integrazione europea*, Milano, 1995; Id., *"Unità nella diversità": il rapporto tra la Costituzione europea e le Costituzioni nazionali,* in DUE, 2005, 592 ss.; S. Mangiameli, *Unchangeable core elements of national constitutions and the process of European integration. For a criticism to the theory of the "controlimiti" (counter-limits / Schranken-Schranken),* in *Teoria del diritto e dello Stato*, 2010, 68-90; M. Luciani, *I controlimiti e l'eterogenesi dei fini*, in *Questione giust.*, n. 1/2015, 89; a seguito del caso "Taricco", A Bernardi (a cura di), *I controlimiti. Primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali*, Atti del Convegno del dottorato di ricerca Diritto dell'Unione europea e ordinamenti nazionali, del Dipartimento di giurisprudenza dell'Università di Ferrara, Ferrara 7-8 aprile 2016, Napoli, 2017. S. Polimeni, *Controlimiti e identità costituzionale nazionale. Contributo per una ricostruzione del "dialogo" tra le Corti*, Napoli, 2018, 174 s.; E. Cannizzaro, *Sistemi concorrenti di tutela dei diritti fondamentali e controlimiti costituzionali*, in A. Bernardi (a cura di), *I controlimiti. Primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali* cit., 46 ss.; D. Gallo, *Controlimiti, identità nazionale e i rapporti di forza tra primato ed effetto diretto nella saga Taricco*, in DUE, 2017, 249 ss.; V. Manes, *La "svolta" Taricco e la potenziale "sovversione di sistema": le ragioni dei controlimiti*, in *DPC*, 6 maggio 2016.

[23] V. S. Mangiameli, *The Institutional Design of the European Union after Lisbon*, in *The European Union after Lisbon. Constitutional basis, economic order and external action*, Springer, Berlin - Heidelberg - New York, 2011, 93-128; Id, *La garanzia dei diritti fondamentali nell'ordinamento europeo e le funzioni nazionali*, in *I diritti costituzionali: dallo Stato ai processi di integrazione*, Giappichelli, Torino, 2020, 146 ss.

Istituzioni-chiave della moderna democrazia politica (cittadinanza, rappresentanza, processo decisionale, ecc.) e politiche sociali che rispondessero al modo di sentire dei cittadini europei[24].

Il tema, su quanto sovrane fossero le Istituzioni europee, anche in occasione dell'adozione dell'euro, che pure implicava il trasferimento della sovranità monetaria, non è stato mai considerato e, trascurandolo, si celava così che i Trattati europei avessero potuto comunque limitare – come di fatto hanno sempre fatto – la sovranità degli Stati membri, i quali continuano a sentirsi sovrani.

Tuttavia, la circostanza che il tema della sovranità europea sia stato continuamente posposto, preferendo cioè non discuterla *ex professo*, ma procedendo concretamente nel processo europeo di integrazione, ha comportato, all'arrivo delle crisi, un crescente logoramento dell'Unione europea e, dimentichi dei benefici apportati dall'Europa, una crescente insoddisfazione da parte dei cittadini europei[25].

4. Il futuro dell'Europa: a) la riforma dei Trattati. – L'Europa nel recente passato ha reagito alle numerose crisi che ancora non sembrano essersi esaurite con strumenti estemporanei, come il Fiscal Compact, il Mes, il Patto di Dublino, la Clausola di salvaguardia e il Next Generation EU, ecc. Il dibattito europeo, per quanto lacunoso e problematico, ora, sembra avere riportato in auge la pretesa di dare vita, anche rispetto all'economia e alla salvaguardia del mercato interno, alla creazione di un governo europeo con la politica estera e la difesa comune, nell'ambito di una democrazia europea imperiata sul riconoscimento dei diritti fondamentali, sul principio di non discriminazione e sulla rappresentanza politica e la partecipazione dei "cittadini europei".

Il Parlamento europeo, con la risoluzione del 22 novembre 2023 sui *Progetti del Parlamento europeo intesi a modificare i trattati* [26], ha raccolto, in tal senso, molte delle

[24] S. Mangiameli, *Costituzionalismo e sovranità in Europa. Appunti per la formazione di una nuova cittadinanza*, in *Le trasformazioni istituzionali a sessant'anni dai Trattati di Roma*, Giappichelli, Torino, 2017.

[25] S. Mangiameli, *La democrazia rappresentativa nell'UE e l'opinione pubblica europea. Problemi e prospettive*, in *Dirittifondamentali.it*, 2022, n. 2/2022 – 24 luglio 2022, 293-346.

[26] P9_TA (2023)0427.

proposte emerse nella "Conferenza sul futuro dell'Europa" (2021/22), mettendo a punto una serie di modifiche dei trattati e a tal fine ha richiesto anche la convocazione da parte del Consiglio europeo di una *Convenzione secondo la procedura di revisione ordinaria di cui all'articolo 48, paragrafi da 2 a 5, TUE*. Gli argomenti considerati dal Parlamento europeo sono molteplici e riguardano tutti gli ambiti dell'ordinamento europeo e delle politiche europee. Per quel che qui rileva, innanzi tutto, vengono in evidenza le riforme istituzionali, nel senso di una compiuta parlamentarizzazione del sistema europeo, e il riordino delle competenze europee alla luce delle recenti esperienze, con materie come la sanità e la salute, la protezione civile, l'ambiente e l'energia. A ciò si aggiunga la politica estera e di difesa comune, da ricondurre alla competenza concorrente, con decisioni adottate a maggioranza qualificata e tramite procedimento legislativo ordinario, cui si chiede di aggiungere "*l'istituzione di un'Unione della difesa* che comprenda unità militari e una capacità di dispiegamento rapido permanente, sotto il comando operativo dell'Unione"; e, conseguentemente, si propone che l'acquisizione congiunta e lo sviluppo degli armamenti siano finanziati dall'Unione tramite una dotazione di bilancio specifica adottata con procedura di codecisione e soggetta al controllo parlamentare", e, infine, "che le competenze dell'Agenzia europea per la difesa siano adeguate di conseguenza". Infine, sono formulate precise proposte volte a rafforzare, da un lato, il mercato unico e le politiche sociali connesse al mercato del lavoro e, dall'altro, lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia, compresa la politica di protezione dei confini e di controllo dell'immigrazione.

5. *Segue*: b) la competitività europea. – Anche il recente rapporto sulla competitività europea, la cui stesura è stata affidata all'ex presidente della BCE, Mario Draghi, affronta in modo chiaro la condizione europea attuale [27].

[27] Per una lettura del Rapporto si rinvia al sito della Commissione europea (https://commission.europa.eu/topics/strengthening-european-competitiveness/eu-competitiveness-looking-ahead_en). Del Rapporto sul Futuro della Competitività europea sarà preso in considerazione la parte A che delinea una politica generale per l'Unione europea; la parte B concerne invece le politiche settoriali e quelle orizzontal.

Il rapporto muove dalla premessa che il mondo su cui è stato fondato il sistema europeo non esiste più, le crisi che si sono succedute – a partire dalla Grande Crisi Finanziaria (GCF) del 2009 e sino alla recente crisi energetica – hanno stravolto in modo irreversibile i riferimenti globali della crescita europea e il mancato adeguamento nel tempo del disegno europeo ai cambiamenti intercorsi mina ormai in modo profondo l'esistenza stessa dell'Unione europea. "Si tratta di una sfida esistenziale", osserva già nelle prime battute il rapporto, che prosegue: "I valori fondamentali dell'Europa sono la prosperità, l'equità, la libertà, la pace e la democrazia in un ambiente sostenibile. L'UE esiste per garantire che gli europei possano sempre beneficiare di questi diritti fondamentali. Se l'Europa non è più in grado di fornirli ai suoi cittadini – o se deve scambiare l'uno con l'altro – avrà perso la sua ragione d'essere"; e conseguentemente afferma: "L'unico modo per affrontare questa sfida è crescere e diventare più produttivi, preservando i nostri valori di equità e inclusione sociale. E l'unico modo per diventare più produttivi è che l'Europa cambi radicalmente".

Il rapporto si occupa ovviamente dell'economia europea, ma ha un rilevante significato politico-istituzionale[28]. Muove dalle "tre aree principali" che toccano la competitività europea in questo momento e individua gli interventi idonei "per rilanciare la crescita sostenibile": la prima area è quella del "divario di innovazione con gli Stati Uniti e la Cina" che dovrebbe essere colmato, con ricadute dirette anche sulla crescita della produttività del lavoro e dei relativi salari; la seconda concerne "la decarbonizzazione e la competitività", per la quale bisognerebbe procedere con un piano congiunto (UE – Stati membri); la terza riguarda "l'aumento della sicurezza e la riduzione delle dipendenze", atteso che "la sicurezza è un prerequisito per la crescita sostenibile"[29].

[28] V. il breve commento di Olimpia Fontana e Simone Vannuccini, *Rapporto Draghi: si scrive competitività si legge politica*, in Centro studi sul federalismo, *Commenti*, n. 305 - 20 settembre 2024.

[29] In proposito il Rapporto avverte che "Il rischio più immediato per l'Europa è che le dipendenze possano essere utilizzate per creare un'opportunità di coercizione, rendendo più difficile per l'UE mantenere una posizione unitaria e minandone gli obiettivi politici comuni".

Inoltre, afferma che "l'Europa ha già le basi per essere un'economia altamente competitiva" e che "il modello europeo combina un'economia aperta, un alto grado di concorrenza di mercato, un solido quadro giuridico e politiche attive per combattere la povertà e ridistribuire la ricchezza. Questo modello ha permesso all'UE di coniugare alti livelli di integrazione economica e sviluppo umano con bassi livelli di disuguaglianza".

L'analisi economica del rapporto avanza sull'idea che non sia sufficiente affidarsi al mercato per realizzare gli obiettivi indicati, anche se – come da tempo si sottolinea – appare necessario rafforzare il "mercato interno", minato da numerose deroghe nazionali, e portare a termine l'Unione dei Mercati dei Capitali (UMC) e perfezionare ulteriormente l'Unione bancaria. Il vero nodo della prospettiva futura viene individuato in una politica economica europea in cui gli investimenti siano realizzati con un forte sostegno del settore pubblico ed osserva: "Per massimizzare la produttività, sarà necessario un finanziamento congiunto per gli investimenti in beni pubblici europei chiave, come l'innovazione rivoluzionaria. Allo stesso tempo, ci sono altri beni pubblici identificati in questo rapporto – come gli appalti per la difesa o le reti transfrontaliere – che saranno insufficienti senza un'azione comune. Se le condizioni politiche e istituzionali sono soddisfatte, anche questi progetti richiederebbero un finanziamento comune".

Per realizzare le azioni e le misure necessarie a rinnovare l'economia europea secondo i tre obiettivi indicati (innovazione, decarbonizzazione e sicurezza, compresa la riduzione delle dipendenze) il rapporto indica due necessità istituzionali essenziali: la prima è l'accrescimento della capacità fiscale europea per guidare, realizzare e coordinare le politiche europee; la seconda è data dal coordinamento degli Stati membri per le politiche di competenza nazionale. La prima richiede che si superino le frammentazioni nazionali e che pertanto cresca il potere di decisione dell'Unione e la capacità di regolazione delle sue Istituzioni, con il pericolo di iper-regolamentazione. La seconda invece mantiene in capo agli Stati membri il potere di decisione e può comportare spesso la mancata decisione,

dirittifondamentali.it

per mancanza di un accordo, e comunque una lentezza non compatibile con l'esigenza di una pronta risposta alle condizioni di mercato.

Questo conflitto è più evidente proprio con riferimento al coordinamento tra le politiche europee e quelle nazionali. Infatti, "oggi le politiche industriali – come quelle degli Stati Uniti e della Cina – comprendono strategie multi-politiche, che combinano politiche fiscali per incentivare la produzione interna, politiche commerciali per penalizzare i comportamenti anticoncorrenziali all'estero e politiche economiche estere per garantire le catene di approvvigionamento. Nel contesto dell'UE, collegare le politiche in questo modo richiede un elevato grado di coordinamento tra le politiche nazionali e quelle dell'UE. Tuttavia, a causa della sua complessa struttura di governance e del processo di elaborazione delle politiche lento e disaggregato, l'UE ha più difficoltà a produrre una risposta di questo tipo".

Dunque, la riforma della governance è essenziale per realizzare la sopravvivenza dell'Unione europea, dotandola di una competitività che le consenta di stare alla pari con Stati Uniti e Cina su tutti i terreni compreso quello militare. Questa riforma dovrebbe, da un lato, ridurre gli oneri normativi derivati dalla legislazione europea e dalla iper-regolazione nazionale, che pesano sulle imprese e, alla fine, sui cittadini europei, e, dall'altro, aumentare il coordinamento, anzi – come si esprime il rapporto – "dobbiamo assumere una nuova posizione nei confronti della cooperazione: rimuovere gli ostacoli, armonizzare le regole e le leggi e coordinare le politiche".

Di qui al riesame del sistema di determinazione delle procedure europee, il passo è breve e si muove lungo una prospettiva che tende a superare il "metodo comunitario", osservando che "il 'metodo comunitario' è stato la fonte del successo dell'UE, ma è stato istituito in un'epoca diversa, quando l'Unione era più piccola e doveva affrontare una serie di sfide diverse"[30].

[30] "Per gran parte della storia dell'UE, – prosegue il rapporto – l'obiettivo principale è stato quello di generare integrazione e coesione interna, che gli Stati membri potevano permettersi di affrontare al proprio ritmo".

dirittifondamentali.it

L'idea che anima il rapporto in proposito tende, per un verso, a superare alcuni limiti del sistema presente, come il "diritto di veto" degli Stati membri, che in un'Unione europea ora molto più grande appare incompatibile con le sfide che deve affrontare e che le vengono imposte dall'esterno. Per l'altro, punta "su un rinnovato partenariato europeo tra gli Stati membri", che consenta all'Europa di andare avanti e di "agire come Unione in un modo mai visto prima".

Ad avviso del Rapporto per il raggiungimento degli obiettivi comuni sarebbe sufficiente, per "garantire un coordinamento efficiente delle politiche e utilizzare le procedure di governance esistenti in un modo nuovo per consentire agli Stati membri che lo desiderano di agire più rapidamente". Quindi non un nuovo assetto delle competenze, rispetto a quello attuale, ma maggiore coordinamento e, semmai, forme di cooperazione rafforzata tra alcuni Stati membri nell'ambito di politiche comuni.

Sicché, in molti settori sarebbero sufficienti "un gran numero di piccoli passi" per "ottenere grandi risultati", ma da fare "in modo coerente, allineando tutte le politiche all'obiettivo comune".

Ovviamente, non si nega che "in altre aree sarebbe necessario un numero ridotto di passi più ampi, delegando all'UE compiti che possono essere svolti solo a questo livello", come nel caso di economie di scala molto alte e di riduzione degli effetti provocati da esternalità prodotte dalle politiche europee. Allo stesso tempo, però, si afferma che "ci sono ancora altri settori in cui l'UE dovrebbe fare di meno, applicando il principio di sussidiarietà in modo più rigoroso e mostrando un maggiore 'autocontrollo'".

Il punto più innovativo del Rapporto appare quello del finanziamento delle politiche europee, la qualcosa completa la premessa per la quale il mercato dei capitali europeo, anche dopo il perfezionamento dell'UMC, non sarebbe in grado di soddisfare le necessità finanziarie per gli investimenti necessari. Infatti, "per raggiungere gli obiettivi indicati nella presente relazione – si osserva – sono necessari almeno 750-800 miliardi di euro di investimenti aggiuntivi annui secondo le ultime stime della Commissione, pari al 4,4-4,7% del PIL dell'UE nel 2023".

dirittifondamentali.it

Questo "piano economico degli investimenti" sarebbe necessario per colmare il divario tra gli investimenti privati in Europa e negli Stati Uniti e con i quantitativi indicati "la quota di investimenti dell'UE" potrebbe passare "dall'attuale 22% circa del PIL ad approssimativamente il 27%, invertendo un declino pluridecennale nella maggior parte delle grandi economie dell'Unione". Anche se "le famiglie dell'UE forniscono ampi risparmi per finanziare maggiori investimenti, … attualmente questi risparmi non vengono incanalati efficacemente in investimenti produttivi", per cui, nonostante "l'UE possa soddisfare queste esigenze di investimento senza sovraccaricare le risorse dell'economia europea, … il settore privato avrà bisogno del sostegno pubblico per finanziare il piano". Peraltro, "per finanziare il piano di investimenti, oltre agli investimenti pubblici diretti, sembrano necessari incentivi fiscali per sbloccare gli investimenti privati".

Il rapporto in proposito muove una critica alla capacità fiscale dell'UE. Si tratta di un limite ormai da tempo noto, determinato dalla carenza di risorse proprie dell'Unione, e per il quale la dimensione dell'1% del PIL europeo per il bilancio europeo, non consente di svolgere alcuna vera politica economica a livello europeo "per progetti paneuropei più ampi". Ad aggravare la situazione del bilancio europeo, poi, concorrono diverse circostanze: in primo luogo, quella che la maggior parte delle risorse sia assorbita dalla politica di coesione (circa 1/3) e dalla politica agricola comune (circa 1/3); in secondo luogo, che sussista una forte frammentazione dei programmi di spesa; e, infine, l'ostacolo politico frapposto alla "mobilitazione degli investimenti privati attraverso strumenti di condivisione del rischio" che denota "una scarsa propensione al rischio". Osserva, in proposito, il rapporto che, "allo stesso tempo, il sostegno dell'UE agli investimenti pubblici e privati è limitato dalle dimensioni del bilancio dell'UE, dalla sua mancanza di focalizzazione e da un atteggiamento troppo conservativo nei confronti del rischio".

La proposta finale è quella di ripetere l'esperienza del debito comune e l'emissione di titoli europei compiuta in occasione della crisi pandemica prima con il SURE (*Support to mitigate Unemployment Risks in an Emergency*) e dopo, soprattutto, con il

fondo del *Next Generation EU* [31]. L'idea è che "per massimizzare la crescita della produttività e per finanziare altri beni pubblici europei è necessario un finanziamento congiunto degli investimenti a livello comunitario"[32]. Si tratta di una proposta già avanzata in occasione della crisi energetica dovuta al conflitto russo-ucraino, ma a suo tempo respinta per via del veto opposto da parte di diversi Stati membri (tra cui rilevante quello della Germania), e ripresa da diversi osservatori[33].

Adesso il Rapporto propone, in via sistematica, "l'emissione di asset comuni sicuri per finanziare progetti di investimento congiunti", sulla falsariga del modello *NGEU*, "che aumenteranno la competitività e la sicurezza comunitarie" che contribuirebbero all'integrazione dei mercati di capitali e che, con l'emissione comune, dovrebbero produrre nel tempo un mercato delle obbligazioni dell'UE più profondo e liquido". Queste emissioni, specifiche per ogni missione e progetto, inerenti a singole politiche europee o alla realizzazione di beni comuni europei, "dovrebbero essere accompagnati da tutte le garanzie che richiederebbe un passo di tale importanza". Infatti, "l'emissione di tali asset su base più sistematica richiederebbe un insieme più forte di norme di bilancio che garantiscano che all'aumento del debito comune corrisponda un percorso più sostenibile del debito nazionale. In questo modo, tutti gli Stati membri dell'UE potrebbero contribuire a tale asset senza pregiudicare la sostenibilità del loro debito pubblico".

---

[31] V. per la politica economica europea in occasione della pandemia da Covid-19 il nostro *Covid-19 and European Union – The answer to the health crisis as a way for resuming the process of European integration*, in *Italian Papers on Federalism*, Rivista giuridica on-line – Issirfa – Cnr, n. 1/2021, 17-48.

[32] Osserva il Rapporto: "Quanto più i governi attueranno la strategia delineata in questa relazione, tanto maggiore sarà l'aumento della produttività e tanto più facile sarà per i governi sostenere i costi di bilancio del sostegno agli investimenti privati e degli investimenti stessi. I finanziamenti congiunti per progetti specifici saranno fondamentali per massimizzare gli aumenti di produttività della strategia, ad esempio investendo nella ricerca e nelle infrastrutture innovative per integrare l'IA nell'economia. Allo stesso tempo, ci sono altri beni pubblici riportati in questa relazione (come gli investimenti nelle reti e negli interconnettori e il finanziamento dell'acquisto congiunto di materiali militari e della R&I per la difesa) che non saranno forniti a sufficienza senza un'azione e un finanziamento comuni. Infine, per una maggiore convergenza delle politiche degli Stati membri (sia per quanto riguarda il mercato unico che, più in generale, per le politiche descritte nella presente relazione, come il clima, l'innovazione, la difesa, lo spazio e l'istruzione) saranno necessari sia regolamenti che incentivi. Questi ultimi richiederanno anch'essi un finanziamento comune."

[33] V. S. Grund – A. Steinbach, *European Union debt financing: leeway and barriers from a legal perspective, Working Paper 15/2023, Bruegel.*

6. Il futuro dell'Europa tra coordinamento degli Stati membri e parlamentarizzazione dell'Unione. – Il rapporto avverte che la "nuova strategia industriale per l'Europa non funzionerà senza cambiamenti paralleli all'assetto istituzionale e al funzionamento dell'Unione". Infatti, le politiche pubbliche richiedono strategie che abbraccino un complesso di elementi quali: "gli investimenti, la fiscalità, l'istruzione, l'accesso ai finanziamenti, la regolamentazione, gli scambi e la politica estera".

Il Rapporto osserva che "I principali rivali dell'Europa, in quanto singoli Paesi, possono applicare queste strategie". Nel caso dell'Unione europea, invece, le decisioni sono "lente e macchinose rispetto agli sviluppi che avvengono all'esterno".

Qui, però, il rapporto, anziché calcare la mano sulle inefficienze istituzionali del sistema europeo, dovute alla farraginosità delle procedure intergovernative, compie una scelta di campo che ricalca i limiti della forma di governo europea. Infatti, la via più logica sarebbe stata quella di auspicare una modifica dei processi decisionali europei, rafforzando il potere legislativo del Parlamento europeo e i poteri esecutivi della Commissione; e invece, il rapporto, pur prospettando la modifica dei Trattati per il rafforzamento dell'UE, afferma che questa non sarebbe un "prerequisito" per far progredire l'Europa, e che "molto più può essere fatto con aggiustamenti mirati", almeno fin tanto che non ci sarà il consenso per modificare i Trattati.

A questo punto, abbandonata l'idea di una crescita istituzionale del livello europeo, l'intero piano del rilancio della competitività in sostanza viene affidato al metodo intergovernativo – per il quale "il nuovo quadro di riferimento riguarderebbe solo le priorità strategiche a livello comunitario (le 'Priorità dell'UE in materia di competitività') che verrebbero formulate e adottate dal Consiglio europeo" – e al

dirittifondamentali.it

coordinamento di tutte le politiche economiche rilevanti per le priorità strategiche concordate dall'UE[34].

Si tratta, sia pure pilotato alla luce delle indicazioni contenute nel Rapporto sulla competitività, di riutilizzare ancora una volta l'art. 121 TFUE, in base al quale "gli Stati membri considerano le loro politiche economiche una questione di interesse comune e le coordinano nell'ambito del Consiglio, conformemente alle disposizioni dell'articolo 120"; e cioè l'attuazione della politica economica resta di competenza degli Stati membri, pur contribuendo alla realizzazione degli obiettivi dell'Unione definiti all'articolo 3 TUE, "nel contesto degli indirizzi di massima" che il paragrafo 2 dell'art. 121 TFUE prevede che siano elaborati dal Consiglio, su raccomandazione della Commissione, è poi deliberati dal Consiglio europeo e, sulla base delle conclusioni adottate, il Consiglio adotta una raccomandazione che definisce i suddetti indirizzi di massima. Conclusa la procedura deliberativa, il Consiglio informa il Parlamento europeo in merito alla raccomandazione.

Come si vede l'unico organo di rilevanza politica europea e di diretta rappresentanza dei cittadini europei, il Parlamento europeo (art. 10 TUE), è semplicemente informato, ma non ha alcun potere deliberativo. Ma non è tutto. Infatti, una volta messa l'intera politica per competitività nelle mani dei governi degli Stati membri, attraverso il coordinamento orizzontale, ne segue che è sempre il Consiglio, sulla base di relazioni presentate dalla Commissione, a procedere alla sorveglianza "sull'evoluzione economica in ciascuno degli Stati membri e nell'Unione", nonché a valutare "la coerenza delle politiche economiche con gli indirizzi di massima di cui al paragrafo 2 dell'art. 121" e a procedere "ad una valutazione globale" (art. 121, para.3 TFUE).

Ora, è ben noto che "coordinamento orizzontale" e "sorveglianza multilaterale" sono stati i limiti più evidenti dell'Unione economica e monetaria (UEM) che negli anni della Grande Crisi Finanziaria stavano per travolgere anche la moneta unica. La storia del coordinamento delle politiche economiche degli Stati membri e

[34] "Il Quadro di coordinamento della competitività sarebbe suddiviso in Piani d'azione per la competitività per ciascuna priorità strategica, con obiettivi, governance e finanziamenti ben definiti".

dirittifondamentali.it

risalente al rapporto presentato dal Comitato *Werner* nel 1970 per la realizzazione dell'UEM.

Il rapporto *Werner* nelle conclusioni affermava che "l'obiettivo finale", cioè quello dell'*unione economica e monetaria*, era "apparso come un obiettivo realizzabile nel decennio in corso [gli anni '70 del secolo scorso], purché (avesse ricevuto) un appoggio politico permanente da parte dei governi", e soggiungeva che "l'unione economica e monetaria (avrebbe significato) che le principali decisioni di politica economica (sarebbero state) prese a livello comunitario e che quindi i poteri necessari (sarebbero stati) trasferiti dal piano nazionale a quello comunitario, concludendo che l'unione economica e monetaria avrebbe potuto "condurre all'adozione di una moneta unica, che garantirà l'irreversibilità dell'impresa", e cioè la realizzazione di "una zona all'interno della quale i beni ed i servizi, le persone ed i capitali circoleranno liberamente, esenti da distorsioni di concorrenza, senza per questo generare squilibri strutturali e regionali" [35].

Nonostante le risultanze del rapporto furono accolte dal Consiglio europeo nel marzo del 1971, per tutti gli anni '70 del secolo scorso la questione dell'UEM si trascinò senza approdare a risultati significativi anche per colpa della crisi economica e di quella petrolifera.

Quando, diversi anni dopo, il Comitato *Delors* presentò il suo rapporto (il 12 aprile 1989), che venne approvato dalla Commissione dallo stesso presieduta, l'approccio all'UEM cambiava profondamente, dal momento che l'unione monetaria non sarebbe stata seguita da quella economica; anzi si affermava che, "anche dopo aver raggiunto l'unione economica e monetaria, la Comunità continuerebbe a essere composta da singole nazioni con caratteristiche economiche, sociali, culturali e politiche diverse". Di conseguenza – continuava il Rapporto *Delors* – "l'esistenza e la conservazione di questa pluralità richiederebbero che un certo grado di autonomia nelle decisioni economiche rimanga ai singoli paesi membri e che venga trovato un equilibrio tra competenze nazionali e comunitarie"; e concludeva: "per

[35] Sul Rapporto *Werner* v. A. Majocchi, *Compatibilité entre l'équilibre de la balance des paiements et d'autres objectifs de politique économique dans une union monétaire. Une analyse critique du rapport Werner*, in *Le Federaliste*, XVI année, 1974, Numéro unique, Page 51.

questo motivo non sarebbe possibile semplicemente seguire l'esempio degli attuali Stati federali; sarebbe necessario sviluppare un approccio innovativo e unico" (punto 17).

Nel parere del Comitato era chiaro che "il processo di realizzazione dell'unione monetaria (era) concepibile solo se si raggiunge(va) un alto grado di convergenza economica" (punto 21). A questo proposito, si sosteneva che "un'unione monetaria costitui(va) un'area monetaria in cui le politiche sono gestite congiuntamente al fine di raggiungere obiettivi macroeconomici comuni" (punto 22). A tal riguardo, si affermava la necessità di un certo "parallelismo" tra integrazione economica e monetaria[36].

Nel tempo, con la realizzazione dell'Unione monetaria si è assistito a questa distonia tra politica economica e politica monetaria: la prima nelle mani degli Stati membri, la seconda in quelle dell'Unione europea; la prima intergovernativa, la seconda comunitaria e, forse, sarebbe più esatto dire, federale, atteso anche il ruolo della Banca Centrale Europea (BCE).

Finché è durata una congiuntura economica favorevole e si facevano sentire i benefici della globalizzazione lo sbilancio tra politica economica e politica monetaria, con una politica fiscale europea praticamente inesistente, non ha destato preoccupazioni; ma non appena il trend è cambiato e la globalizzazione ha mostrato il suo lato negativo, con la Grande Crisi Finanziaria, la divergenza tra politica economica e politica monetaria ha determinato una politica di bilancio degli Stati membri fondata sull'*austerity*, nella quale, per consolidare i conti economici e stabilizzare i debiti pubblici, furono consumate ingenti risorse, anche perché né l'Unione europea, per via di un bilancio europeo privo di vera fiscalità, né gli Stati membri, per via delle regole europee di bilancio, avevano la possibilità di realizzare politiche anticicliche[37].

---

[36] "Parallel advancement in economic and monetary integration would be indispensable in order to avoid imbalances which could cause economic strains and loss of political support for developing the Community further into an economic and monetary union" (point 42)

[37] S. Mangiameli, *Il sistema europeo: dal diritto internazionale al diritto costituzionale e ritorno?*, cit., 56.; nonché Id., *Crisi economica e distribuzione territoriale del potere politico – Relazione al XXVIII Convegno annuale dell'AIC*, in *AIC Rivista on-line* N° 4/2013 (18.10.2013)

I ritardi con cui il percorso di perfezionamento dell'Unione economica (Unione bancaria, Unione dei mercati di capitali, incorporazione del MES nel quadro istituzionale dell'UE) si compiva, comportò una inadeguatezza successiva. Tuttavia, quando la crisi pandemica colpì di l'Europa, la lezione della GCF spinse da subito a percorrere una via diversa e ad assumere decisioni a favore del debito comune e al rafforzamento della fiscalità europea, con il varo di nuove risorse proprie dell'UE, e in tutto ciò il ruolo svolto dal Parlamento europeo fece la differenza[38]. Ed è così che si è arrivati al *Next Generation EU* e ai Piani Nazionali di ripresa e resilienza.

Adesso, se la strada indicata dal Rapporto sulla competitività europea appare giusta, e cioè che per la sopravvivenza stessa dell'Europa risulta indispensabile mettere in campo per molti anni un complesso di investimenti europei annuali, grosso modo della stessa consistenza del *NGEU*, non si può commettere l'errore di non perfezionare il sistema istituzionale europeo, nel senso soprattutto di una sua piena parlamentarizzazione, e non si può pensare che le procedure dell'attuale art. 121 TFUE, con il coordinamento orizzontale e la sorveglianza multilaterale, possano essere considerate sufficienti ed adeguate. Infatti, al di là di una compiuta riforma dei Trattati europei, che dovrebbe agire su più versanti (riordino delle competenze, riforma del procedimento legislativo, ruolo governativo della Commissione, unificazione del potere di rappresentanza dell'Unione, realizzazione di una politica estera e di sicurezza comune, effettiva costruzione di un autonomo potere militare di difesa, ecc.) proprio l'articolo richiamato dovrebbe essere riformato, per affidare alla triade Commissione-Consiglio-Parlamento europeo le politiche economiche degli Stati membri e dell'Unione.

Altrimenti detto, il ruolo politico, oggi svolto dal Consiglio europeo, dovrebbe essere attribuito al Parlamento; con la conseguenza che l'elaborazione e l'approvazione degli "indirizzi di massima per le politiche economiche degli Stati membri e dell'Unione" dovrebbe essere di competenza del Consiglio e del

[38] V. S. Mangiameli *Covid-19 and European Union – The answer to the health crisis as a way for resuming the process of European integration*, in *Italian Papers on Federalism*, Rivista giuridica on-line – Issirfa – Cnr, n. 1/2021, 17-48

Parlamento europeo e, al posto delle conclusioni del Consiglio europeo, dovrebbe procedersi con un atto legislativo europeo, affidando, poi, alla Commissione, con una apposita base giuridica da inserire nei Trattati, l'esecuzione e la sorveglianza, con l'obbligo da parte di questa di presentare le proprie valutazioni al Parlamento europeo.

Del resto, non va dimenticato che è ancora in piedi l'impegno a realizzare la IV parte della proposta della Commissione, resa nota alla fine di novembre 2012, con il documento intitolato: *A blueprint for a deep and genuine economic and monetary union. Launhing a European Debate* [39].

Ora, il *Blueprint* richiamato era veramente importante perché mostrava una chiara percezione da parte della Commissione, ma anche delle altre Istituzioni che avevano nell'ultimo anno elaborato le risposte alla GCF, che l'Unione europea doveva essere riformata per continuare a esistere e doveva essere dotata di una forte unione economica e monetaria con una legittimazione a decidere più democratica, sì da diventare politicamente più significativa degli stessi Stati nazionali che la supportano. Di qui anche la previsione di modifiche e riforme dei Trattati europei.

In particolare, il *Piano* aveva previsto che "l'ulteriore e progressiva integrazione della zona euro verso un'Unione bancaria, fiscale ed economica a tutti gli effetti" avrebbe richiesto "misure parallele finalizzate a *un'Unione politica con una maggiore legittimità e responsabilità democratiche*" e che "i progressi compiuti in termini di integrazione" avrebbero dovuto inoltre "riflettersi all'esterno, in particolare attraverso misure finalizzate a una rappresentanza economica esterna unica della zona euro"[40].

Le modifiche ipotizzate per adeguare i Trattati europei al grado di responsabilità finanziaria ("l'ulteriore condivisione delle prerogative finanziarie presuppone una commisurata integrazione politica") erano state consapevolmente ancorate al tema del trasferimento di sovranità dagli Stati membri ("il livello di responsabilità

[39] European Commission, *A blueprint for a deep and genuine economic and monetary union. Launching a European Debate*, COM(2012) 777 final/2, 30.11.2012.

[40] European Commission, *A blueprint for a deep and genuine economic and monetary union*, cit., 14.

dirittifondamentali.it

democratica deve rimanere commisurato al grado di trasferimento della sovranità dagli Stati membri all'Unione europea") e all'attribuzione della "responsabilità al livello al quale è adottata la decisone esecutiva interessata, tenendo in debito conto anche il livello su cui incide la decisione". Ciò voleva dire che se una decisione fosse stata di responsabilità europea sarebbe spettato alle Istituzioni, ma, se si fosse riflessa sugli Stati membri, essa non avrebbe potuto non considerare, secondo un principio di leale collaborazione, l'opinione di ciascuno di questi su quella decisione.

Nell'ottica della riforma dei Trattati, prefigurata dal Piano, innanzi tutto, si sosteneva che "il Parlamento europeo (avrebbe avuto) il ruolo precipuo di garantire la legittimità democratica di tutte le decisioni prese a livello dell'Unione, in particolare dalla Commissione"; e inoltre, con riferimento ai processi di legittimazione, si affermava che il modo di procedere delle Istituzioni, soprattutto nel coordinamento delle politiche economiche non avrebbe potuto essere dato dal metodo intergovernativo, ma da quello comunitario, non a caso si poneva in discussione il MES con l'argomento che "non è chiaro dove si situi la responsabilità nei confronti del Parlamento di un livello intergovernativo europeo che cerca di influenzare le politiche economiche dei singoli Stati membri della zona euro".

Quando, poi, il *Blueprint* viene di fatto rieditato, prima nella relazione dei quattro presidenti[41], e successivamente in quella dei cinque presidenti, nel giugno 2015, *Completing Europe's Economic and Monetary Union*[42], i profili istituzionali considerati, rivolti alla parlamentarizzazione della forma di governo europea restarono fermi e prevedevano come data di realizzazione a partire dal 2025. Non è un caso che il Presidente della BCE del tempo, Mario Draghi, nel corso dell'audizione presso la

[41] La "Relazione dei quattro presidenti" (del 5 dicembre 2012), *Verso un'autentica Unione economica e monetaria*, è stata elaborata - su richiesta del Consiglio europeo del 28-29 giugno 2012 - dal Presidente del Consiglio europeo, in stretta collaborazione con i Presidenti della Commissione, dell'Eurogruppo e della Banca centrale europea.

[42] C.d. dei "cinque Presidenti" perché alla redazione del documento veniva associato anche il Presidente del Parlamento europeo; Report by: Jean-Claude Juncker, in close cooperation with Donald Tusk, Jeroen Dijsselbloem, Mario Draghi and Martin Schulz, *Completing Europe's Economic and Monetary Union*. Il rapporto è stato pubblicato il 12 giugno 2015 e presentato al Consiglio europeo di giugno 2015, ma la discussione su di esso venne rinviata alla riunione del Consiglio europeo di dicembre 2015.

Commissione ECON del Parlamento europeo del 22/23 settembre 2014, sottolineava come la stessa "*Unione monetaria richiedeva una guida politica* in grado di prendere le pertinenti decisioni fiscali, economiche e finanziarie per l'area dell'euro nel suo insieme, in modo rapido e trasparente e con piena legittimità democratica, per cui sarebbe stato necessario, a suo avviso, passare dal coordinamento attuale ad una vera e propria *condivisione della sovranità* in materia economica e di bilancio"[43].

7. L'ineludibile domanda sulla sovranità dell'Unione europea. – Sia pure per gradi, legato al tema della riforma dei Trattati europei, emerge il tema della crescita della "sovranità europea", comprensiva della politica estera comune e di quella della difesa comune, giacché "mercato interno" e "moneta" richiedono non solo una "politica economica comune", ma soprattutto una sovranità sopranazionale forte e condivisa[44].

Sulla questione della sovranità sia la risoluzione del Parlamento europeo, sia il Rapporto sulla competitività sembrano tacere. Tuttavia, in questo contesto, in cui una riforma dei Trattati europei non sembra più oltre rinviabile, il tema della sovranità non pare più eludibile, poiché è decisivo per il "futuro dell'Europa".

La questione della sovranità deve essere risolta, per mettere fine all'oscillazione delle relazioni dell'intero sistema europeo – Stati membri e Unione Europea –, accogliendo almeno il principio della "*dual Sovereignty*" o della "*shared Sovereignty*" come effetto dell'idea che l'Europa presenta una *polity* divisa tra due domini politici: uno nazionale e l'altro europeo, in cui ciascuno è sovrano e può operare con piena supremazia entro la sfera ad esso assegnata[45].

---

[43] V. *Dialogo monetario con Mario Draghi, Presidente della Banca centrale europea*, ECON/8/00521.

[44] Sul punto S. Mangiameli, *The Constitutional Sovereignty of Member States and European Constraints: The Difficult Path to Political Integration*, in *The consequences of the Crisis on European Integration and on the Member States. The European Governance between Lisbon and Fiscal Compact*, Springer, Heidelberg, 2017, 189-216.

[45] Secondo un disegno risalente presente ancora oggi nel modello statunitense, v. U. S. Supreme Court, Gonzales v. Raich, 545 U.S. 1 (2005). Gonzales, Attorney General, et al. *v.* Raich et al.; certiorari to the United States Court of Appeals for the Ninth Circuit, No. 03–1454. Argued November 29, 2004—Decided June 6, 2005. Dove si legge: "Congress may not use its incidental authority to subvert basic principles of federalism and dual sovereignty. Printz v. United States, 521 U. S. 898, 923-924 (1997); Alden v. Maine, 527 U. S. 706, 732-733 (1999); Garcia v. San

Ciò consentirebbe il rafforzamento del sentimento europeo e della democrazia parlamentare europea, come auspicato da molte parti. Si tratterebbe di un percorso che deve affrontare il tema della legittimazione dell'Unione europea in modo diverso da quello sin qui seguito, non più ripetibile, né basato sulla semplice reciprocità tra gli Stati membri, ma con una sistemazione originale della sovranità europea (e della sovranità degli Stati membri) che dovrebbe condurre ad una decisione politica fondativa dell'Europa.

Tutto ruota, come già in passato più volte è accaduto nella storia dell'integrazione europea, intorno alla formazione di un nucleo fondamentale di Stati dotati di forte *leadership*, responsabili verso il destino dell'Europa, che assuma la decisione politica di spingere l'integrazione, anche con un trattato fondato sulla cooperazione rafforzata (art. 20 TUE), dando vita ad una prima formazione politica sovrana europea[46].

Allora sì che vi sarebbe un "centro forte" in Europa in grado di intervenire a tutela dell'idea di Europa.

dirittifondamentali.it

Antonio Metropolitan Transit Authority, 469 U. S. 528, 585 (1985) (O'Connor, J., dissenting); The Federalist No. 33, pp. 204-205 (J. Cooke ed. 1961) (A. Hamilton)".

[46] V. S. Mangiameli, *La democrazia rappresentativa nell'UE e l'opinione pubblica europea. Problemi e prospettive*, cit. 342. Si tratterebbe in sostanza di dare vita alla *prima formazione federale europea*, secondo un modello, proposto alla fine della GCF da J. Fischer, *Scheitert Europa?*,_ Köln 2014, definito "avanguardia / retroguardia" (*Vorhut-Nachhut-Modell*), che consentirebbe in prospettiva a tutti gli Stati membri dell'UE di aderire.

dirittifondamentali.it

Dirittifondamentali.it - Fascicolo 1/2025
Data di pubblicazione – 17 marzo 2025

Separazione delle carriere dei magistrati e altre novità costituzionali: tra moniti narrativi e pregiudizi culturali

di
Vincenzo Baldini*

1. "Uno spettro si aggira per l'Italia…", si potrebbe dir parafrasando Marx-Engels, è lo spettro della riforma costituzionale che introduce, all'interno dell'ordine giudiziario, la separazione delle carriere di magistrati, rispettivamente, giudicanti e requirenti. Noto, infatti, è il rumoroso dissenso che, riguardo a tale riforma, proviene da larghi settori della stessa magistratura, entrata ormai in uno stato di permanente fibrillazione a causa degli effetti conseguenti, ritenuti pregiudizievoli per il prestigio e l'unità dell'ordine giudiziario. Voci critiche sulla riforma si rinvengono anche nella sfera della dottrina, inclini tuttavia piuttosto a formulare giudizi prognostici che a condurre un'analisi di ordine giuridico-costituzionale con l'obiettivo di segnalare, a tale riguardo, eventuali punti deboli della riforma.
Il presente lavoro reca alcune riflessioni sui contenuti del ddl costituzionale di riforma rigorosamente circoscritte al piano della legittimità costituzionale, avuto riguardo a principi e diritti fondamentali sanciti dalla Carta, tralasciandosi una valutazione attinente alla mera opportunità[1] della riforma o della sua congruenza funzionale rispetto al fine perseguito con la sua approvazione.

2. Come è stato opportunamente rilevato, tra le questioni sollevate dal ddl in questione, quella relativo alla separazione delle carriere dei magistrati, benché

* Professore ordinario di Diritto costituzionale – Università degli Studi di Cassino e del Lazio Meridionale.
[1] Così, T. Epidendio, *Politica, magistratura e riforme. Le strutture profonde della crisi*, in *Questione Giustizia*, 2025.

Contributo sottoposto a referaggio

molto discussa -forse la più discussa all'interno della stessa magistratura- è quella che sul piano costituzionale appare meno fondata[2]. La Corte costituzionale già in passato aveva sottolineato che la Carta fondamentale, pur considerando la magistratura un unico ordine "soggetto ai poteri dell'unico Consiglio superiore", non pone preclusioni, nelle sue norme di principio, alla possibilità di prefigurare carriere separate fra magistrati giudicanti e magistrati requirenti, né impedisce al legislatore di sottoporre a più stringenti limite il transito di un magistrato da una funzione all'altra (sent. n. 37/2000). Quest'ultima strada, infatti, è stata intrapresa in particolare con il d.lgs. n. 160/06 (integrato dal d.lgv.44/24), adottato sulla base della legge delega n. 150/05 e, successivamente, con la l n. 71/2022 che ha dettato, al riguardo, una disciplina molto rigorosa.

Rispetto a tale percorso, dunque, la presente iniziativa di procedere con un ddl costituzionale ad una formale separazione delle carriere dei magistrati, giudicanti e requirenti può intendersi come il punto di approdo ultimo di una volontà già ben tracciata e visibile nella normativa pregressa, di una più netta razionalizzazione dell'organizzazione interna all'ordine giudiziario[3].

Le ragioni di una tale riforma sono senz'altro note e risiedono, in sintesi, nella aumentata inflessione politica assunta dal dibattito interno all'associazionismo giudiziario[4]. Del resto, è stato rilevato come la Magistratura non possa intendersi come "un organismo impenetrabile nei confronti delle tensioni e delle pressioni della politica, ma è al contrario una cassa di risonanza delle tensioni e delle pressioni medesime"[5]. Tanto trova riflesso, tra l'altro, nei "fenomeni di degenerazione correntizia nell'esercizio delle funzioni del CSM, da più parti

[2] G. Azzariti, *Più che separare le carriere, indebolire la giustizia* -Audizione in I Commissione -Affari costituzionali- Senato della Repubblica del 27 febbraio 2025, ora in *Questione Giustizia*, 2025.

[3] "La separazione è già nei fatti": così G. Azzariti, *Più che separare le carriere, indebolire la giustizia* -Audizione in I Commissione -Affari costituzionali- Senato della Repubblica del 27 febbraio 2025, ora in *Questione Giustizia*, 2025.

[4] Rileva le ragioni del ricorso al sorteggio proprio nella "volontà di contrastare il c.d. "correntismo", ovvero l'associazionismo della magistratura nei suoi aspetti ritenuti più degenerati", G. Azzariti, op. cit..

[5] F. Blando, *Lo sciopero dei magistrati*, in www.lacostituzione.info, 2025.

denunciati." [6]. L'eccedenza di tensione politica all'interno dell'ordine giudiziario risulta all'evidenza, con l'effetto di innescare una pericolosa spirale di riduzione della fiducia sociale della magistratura quale potere di garanzia, comunque necessaria a sostenere una credibilità di fondo nell'attività di quest'ultimo[7].

In quest'ordine di idee, la novella costituzionale intende fornire una risposta ad un'esperienza di autogoverno del potere giudiziario generalmente apprezzata come difficile o negativa anche all'interno dell'ordine giudiziario.

3. Preliminarmente, va ricordato come alcune delle soluzioni apprestate in Assemblea costituente circa l'organizzazione di tale potere -vale a dire la previsione di un organo di autogoverno dei giudici a cui resta riservata, tra l'altro, la competenza in merito ad provvedimento riguardante la posizione funzionale del giudice (dispensa, sospensione, trasferimento) nonché l'assenza di ogni collegamento dell'Ufficio del pm con il potere esecutivo- siano state oggetto di un dibattito che ha visto emergere, in seno a quel Collegio, anche posizioni critiche e discordanti[8].

Del tutto pacifica è condivisa è invece la specifica garanzia indipendenza accordata al giudice, declinabile come indipendenza personale (che attiene alla imparzialità o terzietà di quest'ultimo, vale a dire la sua "assoluta estraneità rispetto alla *res judicanda*": Corte cost., sentt. nn. 61/1967; 123/1970) [9], organica e funzionale (cd. riserva di giurisdizione)[10] cui risulta funzionalmente connessa quella della sua inamovibilità (art. 107 Cost.).

---

[6] D. Gallo, *Memoria per la commissione Affari costituzionali, Audizioni informali ddl n. 1353*, in *Questione Giustizia*, 2025.

[7] Sull'importanza del generale convincimento e fiducia sociale dell'indipendenza del giudice, v. ancora W. Piatek, *Neue Kriterien für die Auswahl von Richtern*, in *AöR* 149 (2024), p. 315 ss., part. p. 320.

[8] M.R. Morelli, *Sub Art. 101 Cost*., in V. Crisafulli, L. Paladin (a cura di), *Commentario breve alla Costituzione*, Padova, 1990, p. 636.

[9] Sull'indipendenza personale, garantita anche dall'incardinamento a tempo indeterminato nella funzione del giudice, cfr. F. Wittreck, *Die Verwaltung der Dritten Gewalt*, Tübingen, 2006, part. p. 178 ss.. Per la garanzia di tale indipendenza anche nei confronti del potere legislativo (non soltanto dell'Esecutivo), v. W. Piatek, *Neue Kriterien für die Auswahl von Richtern*, cit., p. 318 ss.

[10] M.R. Morelli, *Sub Art. 101 Cost*., cit., p. 636.

La statuizione del principio di indipendenza del magistrato giudicante, peraltro, si configura, nel complesso delle previsioni del Titolo IV della Costituzione l'intera materia, come il pilastro essenziale e indefettibile nella costruzione dello stato di diritto (si intenda quest'ultimo in senso strettamente formale o in senso sostanziale[11]) come assetto o struttura funzionale, essenzialmente, alla tutela della libertà del singolo [12]. Dalla sottoposizione del giudice soltanto alla legge e, perciò, dalla sua sottrazione a condizionamenti e ingerenze di altri poteri dello Stato -*in primis*, del potere esecutivo, discende l'autonomia dell'interpretazione del diritto e, di conseguenza, la libertà della decisione nel caso sottoposto al suo giudizio.

4. La novella costituzionale ancora in discussione nelle Aule parlamentari non tocca -è appena il caso di precisare- l'art. 101 Cost., così come l'art. 106 Cost. che fissa la regola del concorso per le nomine dei magistrati quale essenziale corollario della indipendenza del giudice (Zanon). Nemmeno subisce alterazioni la sussistente garanzia costituzionale di inamovibilità del giudice (art. 107 Cost.) come la distinzione dei magistrati, all'interno dell'unico ordine, "per diversità di funzioni". Non coinvolto nella proposta di riforma è, del pari, l'art. 112 Cost. che sancisce l'obbligo in capo al pm di esercizio dell'azione penale.

La modifica più discussa ed emblematica riguarda -si è detto- innanzitutto l'art. 104, in cui si fissa la composizione dell'ordine giudiziario autonomo e indipendente in due corpi distinti, magistratura giudicante e magistratura requirente scongiurandosi così ogni ipotesi di influenza dell'Esecutivo su quest'ultimo corpo[13]. Sono istituiti, di conseguenza, due Consigli superiori quali organi di autogoverno dei singoli corpi (giudicante e requirente) al posto dell'unico

[11] E.W. Böckenförde, *Entstehung und Wandel des Rechtsstaatsbegriffs* (1969), ora anche in Id., *Recht, Staat, Freiheit*, Frankfurt am Main, 1991, p. 143 ss., part. p. 164.

[12] *Wissenschaft, Politik, Verfassungsgericht* - Aufsätze von E.W. Böckenförde - Interview von D. Gosewinkel, Berlin, 2011, p. 366 ss.

[13] C'è però un punto che per il diritto costituzionale rimane insormontabile: se non si modifica il secondo comma dell'articolo 101 e la prima parte del primo comma dell'articolo 104 l'autonomia e l'indipendenza dell'ordine della magistratura sia requirente sia giudicante trova una sua copertura costituzionale certa": G. Azzariti, *Più che separare le carriere, indebolire la giustizia*, cit.

CSM oggi esistente, entrambi posti sempre sotto la presidenza del Capo dello Stato. Inoltre, la novella costituzionale istituisce un nuovo giudice speciale, l'Alta Corte di disciplina, competente in tema di responsabilità disciplinare dei magistrati (di entrambi i corpi) destinata a sostituire nelle funzioni la vigente sezione disciplinare del CSM.

Il fuoco dell'attenzione del dibattito -non solo dottrinale- è andato concentrandosi essenzialmente sui profili attinenti alle modalità di composizione, rispettivamente, dei due Consigli superiori, oltre che dell'Alta Corte di disciplina.

Con riguardo ai primi, i più accesi rilievi critici attengono al superamento del metodo elettivo in favore di quello "politicamente neutro" [14] del sorteggio per la loro composizione, seppure resti integra, comunque, la presenza di componenti di diritto (primo presidente e procuratore generale della Corte di Cassazione)[15].

I magistrati estratti a sorte -si afferma- finiranno per non sentirsi -e "non lo saranno in via di fatto" – "rappresentativi dell'intero ordine della magistratura"[16].

È innegabile che il ricorso al sorteggio introduca un elemento di casualità nella composizione di tali organi -mitigato, ovviamente, dal possesso dei presupposti di qualificazione tecnica per essere inclusi nella lista dei sorteggiabili. Esso mitiga e quasi annulla, così, la consistenza democratica nella composizione dell'organo di autogoverno che, invece, il metodo elettivo ora vigente, realizza e riflette [17]. Il superamento di tale metodo, che è correlato all'esercizio della libertà di associazione e di partecipazione dei magistrati, secondo una prospettiva pluralistica, può di conseguenza essere di negativo impatto sullo stesso associazionismo giudiziario[18].

[14] … con quello dell'anzianità temperata, pure oggetto in passato di una chiara critica: T. Epidendio, *Politica, magistratura e riforme. Le strutture profonde della crisi*, cit..

[15] Il sorteggio riguarda, in particolare, per un terzo professori universitari ordinari in materie giuridiche o avvocati con almeno quindici anni di esercizio facenti parte di un elenco compilato dal Parlamento in seduta comune. Per due terzi, il sorteggio avviene tra magistrati giudicanti e requirenti "nel numero e secondo le procedure previste dalla legge".

[16] G. Azzariti, op. cit..

[17] M.R. Morelli, *Sub Art. 104 Cost*., in V. Crisafulli, L. Paladin (a cura di), *Commentario breve alla Costituzione*, cit., p. 651.

[18] S. Bartole, *La separazione delle carriere*, lettera AIC, in Rivista AIC n.10/24.

Nondimeno, le critiche riportate sembrano provare troppo. In primo luogo, non può dirsi senz'altro sussistente una diretta ed evidente connessione causale tra il metodo del sorteggio e la qualità del rendimento funzionale dell'organo - *rectius*: degli organi- di autogoverno dell'ordine giudiziario e il relativo metodo di composizione. Nemmeno il carattere rappresentativo di tali consessi può dirsi penalizzato dalla rinuncia al metodo elettivo, ciò, perché quest'ultimo nell'esperienza tende a radicare esclusivamente una rappresentatività parziale, riconducibile alla specifica corrente politica di appartenenza degli eletti, mentre non premia la rappresentatività istituzionale dell'ordine.

In secondo luogo, nulla toglie che la legge ordinaria attuativa della disciplina costituzionale possa definire procedure di selezione a monte dei candidati sorteggiabili, eludendosi così anche il rischio di una scelta di magistrati non "in grado di assolvere adeguatamente i delicati compiti" affidati al Consiglio superiore dalla Costituzione (art. 105 novellato)[19].

D'altro canto, non può essere ignorato come la decisione di ricorrere al sorteggio sia motivata -come si è detto- da un eccesso di correntismo che di fatto attraversa l'azione del CSM come riflesso dell'associazionismo dei magistrati che, nel suo pluralismo riflette, in qualche caso financo accentuandoli, conflitti e degenerazioni del sistema politico-partitico nazionale. Peraltro, alla prognosi di pregiudizio connesso all'affievolimento dell'importanza e della stessa consistenza di tale associazionismo -la cui unica garanzia a livello costituzionale risiede nella norma generale dell'art. 18 Cost.- può agevolmente replicarsi che si verte così nella sfera del possibile e dell'opinabile, non in quella del certo o del probabile. Il ricorso al sorteggio potrebbe anche fungere da involontario volano di sviluppo di un associazionismo mirato a svolgere una diretta azione di controllo sull'operato degli organi autogoverno convogliandone gli esiti nel flusso ampio e pluralistico della generale comunicazione pubblica.

In ogni caso, sussiste una effettiva estraneità di tale questione al tema centrale della garanzia d'integrità dello Stato di diritto e, dunque, della salvaguardia del

[19] G. Azzariti, op. cit..

principio di autonomia e indipendenza del giudice. Stante che il metodo elettivo non integra in sé alcuna soluzione costituzionale necessaria per la formazione e il corretto funzionamento dei Collegi di autogoverno dei magistrati, la sua rinuncia in favore del metodo alternativo del sorteggio può dirsi rientrare nella sfera di discrezionalità del legislatore costituzionale di definire modalità differenti di composizione di tali Collegi. Altro, rispetto a tale valutazione, è quella in merito all'opportunità politica di tale soluzione rispetto a cui, su un piano di assoluta parità, possono formularsi giudizi anche molto diversi. Su questo piano esclusivamente rileva la considerazione circa una presunta incongruenza tra la tendenza attuale a favorire la "concentrazione dei poteri dell'esecutivo in capo ad un premier eletto dal popolo" riconoscendosi a quest'ultimo "importanti funzioni di indirizzo", e l'esito della riforma di disperdere "le attuali attribuzioni del Consiglio superiore della magistratura fra una pluralità di organi: i due consigli superiori dei magistrati giudicanti e requirenti e l'Alta Corte disciplinare" [20]. Ciò, con l'effetto, ritenuto probabile, di una "riduzione dei poteri dell'autorità (*rectius:* delle autorità) cui spetta l'amministrazione dei componenti dell'ordine giudiziario".

Peculiare attenzione merita il rilievo secondo cui nell'espressione del voto dei magistrati per l'elezione dei componenti togati del Consiglio superiore, oggi vigente, si riconosce una "*parte del plesso dei doveri dei titolari degli uffici giudiziari* che, esercitandolo, concorrono a rendere concreta, ad implementare l'autonomia e indipendenza di quegli uffici e, quindi, della magistratura nel suo complesso (corsivo mio: n.d.r.)"[21]. L'affermazione è tanto suggestiva quanto chiaramente discutibile nel suo oggettivo fondamento: se ciò fosse, l'astensione dal voto andrebbe coerentemente configurata quale condotta omissiva nell'esercizio di un dovere d'ufficio e finirebbe per integrare, perciò, gli estremi di un illecito disciplinare, a tacer del fatto che lo stesso art. 48 Cost. configura in generale la partecipazione al voto quale "dovere civico". Eccezioni fatta per quest'ultimo (poco

[20] Idem.
[21] Idem.

decifrabile) asserto, si tratta, al riguardo, di declinazioni personali formulate con indubitabile sensibilità politico-istituzionale, tuttavia spese pur sempre in una chiave prognostica attinente al merito della decisione politica, come tali prive di riferimenti certi come di una base normativa obiettiva sul piano costituzionale. In quest'ordine di idee può intendersi anche l'opinione secondo cui il sorteggio affiderebbe la cura dell'ordine a "singole persone di cui non è agevole percepire la capacità di farsi portatori degli interessi e delle idee della rispettiva corporazione". Del tutto dubbio sarebbe, perciò, che l'interesse personale del singolo magistrato "possa confluire in una mediazione collettiva capace di dare forza ed autorità alla magistratura nel contesto dei rapporti fra i poteri".

Quest'ultima considerazione lascerebbe prefigurare, in senso contrario a quanto sopra ritenuto, la necessarietà costituzionale del metodo elettivo, una conclusione che appare all'evidenza eufemisticamente controversa e opinabile. Come del pari quella per cui separandosi le carriere dei magistrati ed eliminandosi la convivenza di giudicanti e requirenti" si creerebbero le premesse per incoraggiare nel corpo requirente una "vocazione inquisitoria" a causa della interruzione del "dialogo" e di "quel reciproco flusso delle esperienze e conoscenze professionali che da più di un commentatore è visto come un positivo contributo alla formazione di quanti ne sono coinvolti" (si andrebbe, insomma, verso il modello delle Prokurature nelle *democrazie socialiste* dell'Europa centro-orientale prima della conversione di quei Paesi al costituzionalismo occidentale *).

5. Nella delineazione di un quadro critico della riforma, pur connotato da un evidente pessimismo non del tutto neutrale, rientra anche l' "enorme problema"[22] della duplicazione dei Consigli superiori.

Oltre al fatto di avere un impatto negativo sul ruolo del Presidente della Repubblica (chiamato a presiederli entrambi) a cui "verrebbe a "mancare il terreno per l'esercizio di quelle funzioni di coordinamento e mediazione interessanti la

[22] Così G. Azzariti, cit..

magistratura nel suo complesso"[23], la duplicazione dei Consigli potrebbe incoraggiare una "corporativizzazione dei diversi tipi di magistrati"[24].

Si tratta, per entrambe, di obiezioni attinenti all'opportunità politica della soluzione recata ma che non hanno alcuna attinenza con rilievi di ordine costituzionale.

Per la prima può dirsi solo che il timore paventato potrebbe nella realtà risultare smentito attraverso l'impegno e la capacità del Capo dello Stato di percepire nell'esperienza di due Presidenze distinte, istanze, bisogni e sensibilità comuni ai Corpi magistratuali, secondo una visione dell'ordine giudiziario come potere di garanzia che è e resta unitario, dal punto di vista costituzionale. Per la seconda obiezione, essa resta consegnata a dinamiche futuribili ma allo stato prime del tutto di un fondamento di congruità.

6. Anche per l'Alta Corte di disciplina, composta di quindici giudici di cui tre di nomina del Capo dello Stato[25], il ricorso al sorteggio è il metodo ordinario di sua formazione[26], attingendosi per tre giudici a un elenco stilato dal Parlamento in seduta comune che include soggetti in possesso dei requisiti per la nomina presidenziale[27]., per i restanti nove il sorteggio avviene nel corpo dei magistrati giudicanti (in numero di sei) e di quelli requirenti (in numero di tre) "con almeno vent'anni di esercizio delle funzioni giudiziarie e che svolgano o abbiano svolto funzioni di legittimità".

L'istituzione dell'Alta Corte disciplinare quale giudice speciale degli illeciti disciplinari del magistrato adombra, a ben vedere, un rafforzamento delle garanzie specifiche dello stato di diritto. Nessun pregiudizio tale soluzione arreca al diritto di difesa del magistrato né, in generale, all'integrità del diritto al giudice naturale

[23] S. Bartole, *La separazione delle carriere*, cit..

[24] Così G. Azzariti, ibidem.

[25] I nominati sono scelti tra i professori ordinari di università in materie giuridiche e gli avvocati con almeno vent'anni di esercizio.

[26] Il sorteggio riguarda, in particolare, per un terzo professori universitari ordinari in materie giuridiche o avvocati con almeno quindici anni di esercizio facenti parte di un elenco compilato dal Parlamento in seduta comune. Per due terzi, il sorteggio avviene tra magistrati giudicanti e requirenti "nel numero e secondo le procedure previste dalla legge".

[27] Tra i suddetti componenti (di estrazione presidenziale e parlamentare), il consesso una volta insediatosi provvede ad eleggere il suo Presidente.

(art. 25 Cost.). Nessun rilievo può accordarsi all'argomento di una possibile lesione del divieto di cui all'102 c. 2 Cost. in tema di nuova costituzione di giudici speciali, oltre quelli ammessi dalla stessa Carta, giacché il ricorso alla legge di rango costituzionale appare in grado di introdurre una deroga legittima a tale divieto, nel rispetto dell'ordine delle fonti legali.

7. In definitiva, dietro il velo (nemmeno tanto spesso) della scienza e della razionalità, funzionale e/o istituzionale si agitano piuttosto le preoccupazioni di una categoria che paventa gli effetti ritorsivi di una politica ostile e prevaricante piuttosto che veri e propri dubbi circa l'impatto che la riforma potrà avere sulla forma e sul rendimento effettivo dello stato di diritto. Impregiudicato, e inalterato, non solo nella formula costituzionale, il principio di indipendenza del giudice e dell'intero ordine della Magistratura, la lettura del ddl costituzionale fuga anche il timore di volersi favorire un'ingerenza pervasiva dell'Esecutivo sul lavoro delle Procure, nella forma di una sottomissione di tale Ufficio a poteri d'influenza e controllo del Ministro di Giustizia. Nessun pregiudizio esso comporta, così, anche per l'esercizio del diritto individuale di difesa (art. 24 Cost.).

E' appena il caso di ribadire quanto innanzi detto, vale a dire come sia unicamente il principio di indipendenza dell'organo giudicante, con il corollario delle ulteriori garanzie costituzionali (v. *supra*) a fornire una garanzia di effettiva operatività dello Stato di diritto. Anche l'esperienza comparata evidenzia come a tale principio non sia necessariamente riconducibile l'indipendenza dell'Ufficio requirente dall'Esecutivo, che in non pochi ordinamenti statali europei risulta inesistente[28] (Francia) come, del pari, la previsione di un organo di autogoverno dei giudici, mancante in molti Stati dell'Unione europea (Germania, Austria, Portogallo) [29].

[28] "fatto salvo il Portogallo – tutti Paesi europei che hanno scelto di separare le carriere dei magistrati anche l'assoggettamento dell'azione dei pubblici ministeri alle direttive dei governi": G. Azzariti, ibidem.

[29] Sull'autoamministrazione dei giudici con riguardo al sistema tedesco, v. soprattutto F. Wittreck, *Die Verwaltung der Dritten Gewalt*, cit., p.87 ss.; nonché W. Piatek, *Neue Kriterien für die Auswahl von Richtern*, cit., p. 333 ss.

9. In conclusione, può essere discutibile se di una separazione delle carriere dei magistrati ci sia effettivamente bisogno o se essa rappresenti una via adeguata per la soluzione di certi problemi interni all'ordine giudiziario. Tra questi, il consolidamento di una percezione in senso materiale dello stato di diritto incardinato sull'importanza primaria dei valori sulle regole di tutela delle libertà individuali. Tali libertà finiscono così per ricevere garanzia solo all'interno del fondamento di valore della Costituzione[30], così che dalla stessa giurisprudenza traspare una obiettiva difficoltà di percezione di tale tutela in assoluto, fuori cioè dallo schema di valore riferito alla stessa Legge fondamentale. Siffatta difficoltà, che appare come un problema prioritario dell'esperienza contemporanea di operatività dell'ordine giudiziario resta estranea al disegno di riforma che si muove, invece, su di un piano esclusivamente organizzativo.

Va ricordato: ogni questione costituzionale è anche una questione di forza o di potere -come ben ricorda *Ferdinand Lassalle* nel suo *pamphlet* sull'essenza della Costituzione[31]. Ciò, non soltanto quando risulti differente l'estrazione dei vari poteri dello Stato (Esecutivo e Legislativo), come accadeva in epoca liberale [32]. Anche in uno Stato costituzionale democratico una questione costituzionale incita una tensione tra forze politiche concorrenti che non si contiene esclusivamente nell'agone parlamentare della dialettica tra maggioranza e minoranze. Pur risalendo all'unica fonte di legittimazione, che è la volontà popolare, la proposta di revisione costituzionale può lasciar insorgere confronti anche tra gli stessi poteri dello Stato, che si riflettono sovente in forme conclamate di dissenso, tanto più allorquando la modifica riguardi aspetti dell'organizzazione del potere interessato.

E' quanto sta accadendo anche con riguardo al citato ddl costituzionale in cui appare chiaro il dissenso del potere giudiziario verso il legislatore costituzionale.

[30] E.W. Böckenförde, *Entstehung und Wandel des Rechtsstaatsbegriffs*, cit., p. 164.

[31] F. Lassalle, *Über Verfassungswesen*, Offenbach am Main, 1946, p. 31.

[32] Del resto, all'epoca in cui Lassalle scrive (metà del XIX secolo) l'esperienza politico-istituzionale era connotata dall'esistenza di una relazione conflittuale tra Guglielmo I (il Grande), futuro kaiser, proclamato re di Prussia nel 1861 (diventerà il primo imperatore di Germania nel 1871) e la Camera dei deputati, dotata secondo la Costituzione prussiana dell'epoca di poteri che però l'imperatore aveva finito di fatto per disconoscere.

Vale sottolineare come un tale dissenso si colloca nello spazio di una tensione pressoché permanente tra politica e giustizia che si rinfocola ogni qualvolta il legislatore manifesti la volontà di riformare il funzionamento di alcuno di tali poteri (è accaduto anche con la recente riforma-Cartabia).

Come ogni questione di forza, peraltro, la partita è giocata su più tavoli, quello della politica ufficiale che occupa le stanze dei partiti e quelle istituzionali delle aule parlamentari ma anche quello meno ufficiale ma per certi aspetti non meno incisivo del dibattito dottrinale. In ambedue i casi, non è soltanto di diritto e di razionalità delle scelte legislative che si ragiona, ma anche o soprattutto di cause e verso delle relative azioni e decisioni politiche.

L'arte del pensar peggio non è rara né è priva in sé di una qualche logica consistenza, soprattutto in merito a decisioni politiche che toccano i contenuti della Carta fondamentale. Di rilievo assoluto appare, allora, la fase successiva della concretizzazione della riforma costituzionale. Sottolineava *Friedrich Schiller,* nella lettera indirizzata al duca v. Augustenburg del 13 luglio del 1793 che è il carattere del cittadino a creare e mantenere lo Stato rendendo possibile la libertà politica e civile. Anche se dall'Olimpo scendesse la Sapienza in persona e presentasse la Costituzione perfetta, dovrebbe poi consegnarla agli uomini per la sua attuazione. Non si può prescindere, dunque, dalla capacità della classe politica di impiegare adeguatamente gli strumenti a disposizione per la realizzazione della riforma nell'ottica, ultima, del pieno del disegno organizzativo sancito dalla Costituzione.

D'altro canto, nessuna decisione politica -nemmeno quelle che attengono alla Carta fondamentale- è in grado di generare nello Stato democratico e pluralista un ottimo paretiano. Da qui, la sussistenza di giudizi critici -o fortemente critici- verso una riforma percepita come "*un rimedio peggiore del male*" o come "*un'esigenza meramente interna ad una parte del ceto politico*"[33] (con riguardo alla separazione delle carriere),

[33] D. Gallo, *Memoria per la commissione Affari costituzionali, Audizioni informali ddl n. 1353*, in *Questione Giustizia*, 2025.

fino a ritenere che "*i due CSM rischierebbero di introdurre contraddizioni nei criteri di valutazione dei magistrati*" [34].

Non è del tutto inutile ricordare, in conclusione, ciò che disse Giovanni Falcone in un'intervista rilasciata a Mario Pirani di Repubblica il 3 ottobre 1991 quale risulta pubblicato sul sito della Fondazione Einaudi: "*un sistema accusatorio parte dal presupposto di un pubblico ministero che è … una parte in causa. Gli occorrono, quindi, esperienze, competenze, capacità, preparazione anche tecnica per perseguire l'obbiettivo. E nel dibattimento non deve avere nessun tipo di parentela col giudice e non essere, come invece oggi è, una specie di para-giudice. Il giudice, in questo quadro, si staglia come figura neutrale, non coinvolta, al di sopra delle parti. Contraddice tutto ciò il fatto che, avendo formazione e carriere unificate, con destinazioni e ruoli intercambiabili, giudici e Pm siano, in realtà, indistinguibili gli uni dagli altri. Chi, come me, richiede che siano, invece, due figure strutturalmente differenziate nelle competenze e nella carriera, viene bollato come nemico dell'indipendenza del magistrato, un nostalgico della discrezionalità dell'azione penale, desideroso di porre il Pm sotto il controllo dell'Esecutivo*".

Anche oltre tali rilievi di ordine tecnico, dietro una riforma costituzionale giudicata inadeguata o inopportuna possono celarsi, nondimeno, validi motivi politici che ne giustifichino l'intrapresa. Nella specie, tali possono intendersi quei motivi connessi all'esigenza di superare la condizione di una evidente rissosità politica all'interno della categoria che è di per sé in grado -si è detto- di minare il convincimento sociale sull'effettiva indipendenza del giudice e, quindi, la fiducia generale nella magistratura[35].

Spetterà poi alle scelte del legislatore, attuative della riforma, cercare di conferire a quest'ultima equilibrio e sostanza in coerenza con il quadro complessivo di regole e principi costituzionale che governano la magistratura, senza pregiudizio alcuno per l'integrità dello stato di diritto.

---

[34] G. Silvestri, *Audizione informale dinanzi all'Ufficio di Presidenza della Commissione Affari costituzionali del Senato della Repubblica, avente ad oggetto i Ddl nn. 1353 e 504* (Ordinamento giurisdizionale e Corte disciplinare), in *Questione Giustizia*, 2025.

[35] W. Piatek, *Neue Kriterien für die Auswahl von Richtern*, cit., p. 320.

dirittifondamentali.it

Dirittifondamentali.it - Fascicolo 1/2025
Data di pubblicazione – 27 marzo 2025

Le finalità rieducative della pena tra riparazione del torto commesso e apprendimento significativo dei fondamenti culturali ed educativi del "vivere civile"

di
Luca Buscema*

Sommario: 1. Brevi note introduttive in tema di diritti fondamentali (e doveri inderogabili) dei detenuti. 2. Giustizia riparativa ed esecuzione (rieducativa) della pena: l'emancipazione del reo dal torto commesso. 3. L'apprendimento significativo dei fondamenti culturali del "vivere civile" in funzione rieducativa e risocializzante del reo.

1. Brevi note introduttive in tema di diritti fondamentali (e doveri inderogabili) dei detenuti

Il tema della titolarità (e della garanzia di effettività) dei diritti fondamentali declinati in favore degli individui sottoposti a misure restrittive della libertà personale, applicate mediante la detenzione all'interno degli istituti di pena, è divenuto, nel tempo, come noto, oggetto di ampio ed approfondito dibattito promosso sia in ambito scientifico, sia in seno alla società civile.

Dal serrato confronto critico maturato, sviluppato in ossequio al dettato costituzionale ed ai valori di fondo in esso tracciati, è emerso un forte impulso rivolto nella direzione della affermazione e del progressivo consolidamento del convincimento secondo il quale, pur se reclusi, i detenuti debbano essere destinatari di un trattamento complessivamente rispettoso, quantomeno, in senso minimo, della dignità della persona, espressione non solamente, in negativo, del

* Professore di II fascia di Diritto costituzionale e pubblico - Università di Messina.

Contributo sottoposto a referaggio

dirittifondamentali.it

divieto di applicazione di sanazioni inumane e/o degradanti[1], bensì, in termini proattivi, del riconoscimento di molteplici posizioni di libertà non certo "cartolari", ma effettive e tangibili[1].

Complesso ed articolato è il catalogo di diritti inviolabili ascrivibili in capo a coloro che siano ristretti entro le mura carcerarie[2], troppo spesso ancora "enormi contenitori di marginalità"[3], «luogo di programmatica degradazione degli esseri umani che vi sono costretti»[4]; tra questi, al di là del "tradizionale" diritto alla salute e, più in generale, del (*lato sensu* inteso) diritto alla conduzione di una "vita carceraria" dignitosa[5], spiccano, in chiave rieducativa, certamente, il diritto al lavoro[6] e, in ragione di un significato ancor più profondo di "cura dei rapporti umani" volta ad impedire l'abbrutimento emotivo[7], la garanzia del mantenimento delle relazioni affettive[8], ivi compresa, ovviamente con preminente riguardo

[1] Si pensi, ad esempio, alle note vicende che hanno riguardato, in un recente passato, le particolari condizioni di detenzione - cui sono stati sottoposti i detenuti ritenuti (anche solo potenzialmente) sodali a organizzazioni di matrice terroristica/eversiva - conseguenti ai fatti dell'11 settembre. In tema, v., *ex multis*: D. TOSINI, *Problemi costituzionali dell'antiterrorismo successivo al 2001: un'analisi socio-giuridica della detenzione di Guantánamo*, in *Sociologia del diritto*, 2016, 1, 29 ss.; P. CIARDIELLO, *Rispetto dei diritti umani in carcere. Dalle mele marce ai cattivi cestini*, in *Questione giustizia*, 2012, 4, 32.

[1] Sul punto, v. G. FORTI, *Dignità umana e persone soggette all'esecuzione penale*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2013, 2, 237 ss.; G. M. FLICK, *I diritti dei detenuti nella giurisprudenza costituzionale*, in *DeS*, 2012, 1, 187 ss.

[2] Cfr., *ex multis*: M. RUOTOLO, *La libertà della persona in stato di detenzione*, in *Osservatorio Aic*, 2021, 6, 253 ss.; ID, *Tra integrazione e maieutica: corte costituzionale e diritti dei detenuti*, in *Rivista Aic*, 2016, 3, 1 ss.; ID, *Dignità e carcere*, Napoli, 2011; ID, *Diritti dei detenuti e Costituzione*, Torino, 2002.; F. VIOLA, *I diritti in carcere*, in *Rivista Aic*, 2014, 2, 1 ss.

[3] In tema, v. P. FARAGUNA, M. GIALUZ, *Il carcere e la promessa tradita della Costituente*, in *Il Mulino*, 2012, 6, 996.

[4] Così S. ANASTASIA, *Carcere, populismo penale e tutela dei diritti*, in *Dem. e dir.*, 2011, 3-4, 161.

[5] Sul punto, in senso critico, v., *ex plurimis*: M. BORTOLATO, *La tutela dei diritti dei detenuti: le armi spuntate della magistratura di sorveglianza*, in *Questione giustizia*, 2010, 5, 45 ss.

[6] Si pensi, ad esempio, alla virtuosa esperienza maturata all'interno della colonia penale agricola insistente sull'isola di Gorgona, soprannominata «l'isola dei diritti», sperimentazione "visionaria", rifugio dal dramma della detenzione e modello di attuazione di concrete iniziative rieducative e risocializzanti promosse attraverso l'impegno lavorativo dei detenuti. In tema, per una compiuta ricostruzione, v. C. MAZZERBO, G. CATALANO, *Ne vale la pena. Gorgona, una storia di detenzione, lavoro e riscatto*, Roma, 2023.

[7] Cfr. I. ACOCELLA, G. PASTORE, *La cura delle relazioni in carcere e nonostante il carcere: significati e pratiche nel contesto penitenziario toscano*, in *Autonomie locali e servizi sociali*, 2020, 3, 539 ss.

[8] In tema, di recente, v., *ex multis*: A. PIROZZOLI, *La dignità umana e il diritto all'affettività del detenuto*, in questa *Rivista*, Studi 2024/II, 747 ss.; V. VALENTI, *Il diritto all'affettività-sessualità in carcere e la sentenza n. 10 del 2024. Cronistoria di una rivoluzione, costituzionalmente orientata, che non*

riservato al superiore interesse del minore, la (strenua) salvaguardia del rapporto di genitorialità[9].

Al contempo, pur non disconoscendone, in sostanza, i relativi contenuti, sovente accade che le (relative) modalità di fruizione e godimento di siffatti diritti siano, di necessità, conformate alle particolari condizioni proprie, appunto, del regime carcerario[10].

Contesto nell'ambito del quale, in verità, non vigono solo regole formali ma un «"ordine informale", che si sviluppa all'interno di ogni "micro-sistema sociale" quale è il carcere, in cui interagiscono individui che provengono da contesti sociali e culturali diversi, che hanno alle spalle storie diverse e che ricoprono - all'interno del micro sistema - ruoli diversi»[11].

Accade, altresì, che, in talune occasioni, pur essendo solennemente proclamate, alcune libertà siano, nei fatti, compromesse e, allo scopo di rispristinarne

---

attende più di essere compiuta, in questa *Rivista*, Studi 2024/I, 345 ss.; P. VERONESI, *L'amore ai tempi delle catene: affettività e carcere secondo la sentenza n.10 del 2024*, in *Nomos*, 2024, 1 ss.; M. PATTARO, *Fenomenologia di un diritto: l'affettività in carcere*, in *Federalismi*, 2024, 16, 136 ss.; I. GIUGNI, *Affettività in carcere. Note in attesa dell'attuazione di Corte cost., sentenza n. 10 del 2024*, in *Osservatorio Aic*, 2024, 4, 286 ss.; ID, *Diritto all'affettività delle persone detenute: la Corte costituzionale apre ai colloqui intimi in carcere*, 2024, *in www.sistemapenale.it/it/scheda/giugni-diritto-allaffettivita-delle-persone-detenute-la-corte-costituzionale-apre-ai-colloqui-intimi-in-carcere*; F. CIMINO, *Il diritto all'affettività ristretta. A quasi un anno dalla pronuncia della Corte Costituzionale in materia di colloqui intimi*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 2024, 12.

[9] Cfr. A. REHO, L. FRUGGERI, *Genitorialità in carcere: le strategie di mantenimento del rapporto coi figli attraverso le narrazioni di padri detenuti*, in *Maltrattamento e abuso all'infanzia*, 2018, 1, 47 ss.; T. MONTECCHIARI, *Bambini senza sbarre: la tutela dei minori figli di genitori detenuti*, in *Minorigiustizia*, 2018, 1, 107 ss.; R. PREGLIASCO, E. VAGNOLI, *La ricerca sui minori in visita al carcere condotta dall'Istituto degli Innocenti di Firenze: uno studio sulle garanzie di tutela dei bambini e degli adolescenti figli di detenuti che si recano a colloquio negli istituti penitenziari della Toscana*, in *Minorigiustizia*, 2016,4, 54 ss.; V. IORI, *La genitorialità in carcere*, in *Minorigiustizia*, 2014, 3, 76 ss.; E. TOMASELLI, *La Carta dei figli dei genitori detenuti*, in *Minorigiustizia*, 2014, 3, 175 s.; A. AUGELLI, *Il diritto agli affetti in carcere: creare spazi di incontro e di narrazione*, in *Minorigiustizia*, 2012, 3, 204 ss.

[10] Si pensi, ad esempio, *inter alia*, al delicato tema del rapporto intercorrente tra esercizio della libertà di culto e processi di "radicalizzazione" che, sovente, "sconfessano" le finalità propriamente rieducative della pena. Sul punto, v. D. MILANI, *Liberi di credere (?) tra proselitismo e fondamentalismo negli istituti di pena*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 2019, 2, 251 ss.

[11] Così e per un approfondimento v. A. R. FAVRETTO, D. SCARSCELLI, C. SCIVOLETTO, *Carriere morali e costruzione di identità nel carcere minorile: un'ipotesi di ricerca*, in *Minorigiustizia*, 2010, 1, 217 ss. In tema, v. anche F. VIANELLO, *Norme, codici e condotte: la cultura del penitenziario. Gli attori sociali di fronte alla criticità dell'ambiente carcerario*, in *Sociologia del diritto*, 2018, 3, 67 ss.

l'effettività, si dimostri indispensabile pretendere la loro salvaguardia in sede giudiziaria, anche sovranazionale[12].

La potestà punitiva dello Stato, difatti, lungi dall'essere sorretta da finalità di vendetta o ritorsione, ovvero dal dover rispondere alle (contingenti) istanze di difesa sociale talvolta legate ad una distorta concezione del diritto penale (del nemico, qualunque esso sia)[13], va certamente incardinata nell'ambito di una cornice

[12] Circa il tema, ad esempio, del sovraffollamento carcerario, v., *ex multis*: M. MARCHEGIANI, *Emergenza carceri e sistema di tutela dei diritti umani*, in *Prisma Economia Società Lavoro*, 2015, 3, 161 ss.; E. FRONTONI, *Il sovraffollamento carcerario tra Corte EDU e Corte costituzionale*, in *Federalismi*, 2014, 9, 1 ss.; L. UCCELLO BARRETTA, *Il sovraffollamento carcerario tra protezione dei diritti fondamentali e discrezionalità legislativa*, in *Osservatorio Aic*, 2014, 1 ss.; G. SALVI, *«La Costituzione non permette questo torto»: La Corte suprema degli Stati Uniti e il sovraffollamento carcerario*, in *Questione giustizia*, 2011, 6, 205 ss.; F. ROMANA GIRARDI, *Sovraffollamento delle carceri e tutela dei diritti umani alla luce di una recente pronuncia della Corte EDU*, in *Federalismi*, 2009, 2, 1 ss.; M. BORTOLATO, *Sovraffollamento carcerario e trattamenti disumani o degradanti*, in *Questione giustizia*, 2009, 5, 111 ss. Per una prospettiva sociologica, v. M. GARRO, G. ALBANESE, S. FRAGALI, S. ROTONDI, *Il sistema penitenziario italiano dopo la condanna CEDU. L'opinione dei detenuti*, in *Psicologia di Comunità*, 2017, 2, 73 ss. Circa il perdurare di "drammatiche" condizioni di detenzione pur al cospetto di (inascoltate) reiterate istanze di tutela, v. da ultimo, il documento che il Direttivo dell'Associazione italiana costituzionalisti ha deciso di sottoscrivere il 20.06.2024 in comune con l'Associazione italiana dei professori di Diritto penale e con l'Associazione tra gli studiosi del processo penale "G. Pisapia", rinvenibile in *https://www.associazionedeicostituzionalisti.it/images/notizieAIC/Documento_sul_sovraffollamento_delle_carceri_20_giugno_2024.pdf*. In ordine, poi, all'opportunità di promuovere una configurazione delle strutture carcerarie di modo da consentire ai detenuti - e a chi su di loro vigili - di vivere una diversa quotidianità "in cui si arrivi a un'autonomia di azione, pur controllata", v. M. SANTANGELO, *Progettare il carcere*, Napoli, 2020.

[13] Cfr., *ex multis*: A. PAGLIARO, *"Diritto penale del nemico": una costruzione illogica e pericolosa*, in *Cass. pen*., 2010, 2460 ss.; F. ZUMPANI, *Critica del diritto penale del nemico e tutela dei diritti umani*, in *Diritto e questioni Pubbliche*, n. 10/2010, 525 ss.; S. BONINI, *Lotta alla criminalità organizzata e terroristica, garanzia dell'individuo, garanzia della collettività: riflessioni schematiche*, in *Cass. pen*., 2009, 05, 2216 ss.; R. BARTOLI, *Lotta al terrorismo internazionale: tra diritto penale del nemico, jus in bello del criminale e annientamento del nemico assoluto*, Torino, 2008; G. FIANDACA, *Quale specialità per il diritto penale militare?*, in *Riv. it. dir. e proc. pen*., 2008, 03, 1064 s.; A. GAMBERINI, R. ORLANDI (a cura di), *Delitto politico e diritto penale del nemico*, Bologna, 2007; F. MANTOVANI, *Il diritto penale del nemico, il diritto penale dell'amico, il nemico del diritto penale e l'amico del diritto penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen*., 2007, 470 ss.; F. PALAZZO, *Contrasto al terrorismo, diritto penale del nemico e princìpi fondamentali*, in *Questione giustizia*, 2006, 666 ss.; G. INSOLERA, *Terrorismo internazionale tra delitto politico e diritto penale del nemico*, in *Dir. pen. proc*., 2006, 895 ss.; L. FERRAJOLI, *Il «diritto penale del nemico» e la dissoluzione del diritto penale*, in *Questione giustizia*, 2006, 797 ss.; D. PULITANÒ, *Lo sfaldamento del sistema penale e l'ottica amico-nemico*, in *Questione giustizia*, 2006, 740 ss.; F. VIGANÒ, *Terrorismo, guerra, sistema penale*, in *Riv. it. dir. e proc pen.* 2006, 658 ss.; G. JAKOBS, M. CANCIO MELIÁ, *Derecho penal del enemigo*, Madrid, 2003; A. D. APONTE, *Derecho penal de enemigo vs. derecho penal de ciudadano. El derecho penal de emergencia en Colombia: entre la paz y la guerra*, in R. DE GIORGI (a cura di), *Il diritto e la differenza. Scritti in onore di Alessandro Baratta*, *I vol*., Lecce, 2002, 235 ss.

valoriale irretrattabile, espressione del livello di civiltà (giuridica) consacrata entro le coordinate assiologiche proprie della Costituzione repubblicana[14].

Di conseguenza, il modello di disciplina volto a regolamentare le modalità di esecuzione delle misure restrittive (anche temporanee e non definitive) della libertà personale va conformato al rispetto di ineludibili garanzie, formali e sostanziali, che consentano di apprezzare la "vitalità" del principio di umanità[15] declinato anche in favore di chi, con la propria disdicevole e aberrante condotta, lo abbia, per primo, tristemente disconosciuto[16].

Il raggiungimento di un così ragguardevole traguardo di civiltà, pur se ottenuto faticosamente, rende, in verità, una collettività politica più forte, maggiormente consapevole della inderogabilità degli ideali di fondo sui quali essa stessa si identifica e riconosce, capace di esprimere un condiviso sentimento di orgoglio correlato alla dimostrazione di aver saputo superare il (pur umanamente comprensibile) "naturale" istinto primordiale di rivalsa, suscettivo di essere soddisfatto mediante il ricorso alla "pena primitiva", nei confronti di chi abbia commesso riprovevoli reati e procurato gratuita afflizione e sofferenza[17].

Assicurare l'intangibilità dei diritti fondamentali anche nei confronti di chi li abbia mortificati a causa del proprio biasimevole comportamento diviene, per tale via, cioè, strumento di garanzia della primazia dei valori fondanti una società democratica che, per mantenere condizioni di libera e pacifica convivenza tra i

[14] Circa il delicato equilibrio intercorrente tra diritti e pena nell'ordinamento giuridico costituzionale alla luce del complesso sistema di garanzie penali e processuali capaci di offrire una tutela di beni e diritti fondamentali e di ridurre la componente di violenza istituzionale propria di ogni politica di selezione della criminalità, v. A.A. NOVELLINO, *La legge del più debole. La pena e il paradigma del diritto penale minimo*, in *Dirittifondamentali.it*, 2024, 1, 413 ss.

[15] Cfr. F. SEVERA, *Amministrare il carcere secondo Costituzione: oltre l'effettività rinnegante della normativa penitenziaria*, in *Federalismi*, 2024, 15, 144 ss.; P. BUFFA, *L'umanizzazione del carcere. Alcune riflessioni su una sfida organizzativa al management penitenziario*, in *Dem. e dir.*, 2014, 3, 143 ss.

[16] Circa il superamento dell'ideologia incentrata sull'identificazione soggettiva dell'autore di reato con il suo crimine, posta all'origine del paradigma paranoico-securitario, in vista di una diversa prospettiva tesa al riconoscimento dei diritti fondamentali dei detenuti, v. S. ANASTASIA, *I paradigmi dell'identità deviante e la nuova giurisprudenza sui diritti umani dei detenuti*, in *Ragion pratica*, 2015, 2, 481 ss.

[17] In tema, v. R. DE MARIA, *"Istituzione totale" carcere e salute. Il detenuto come "disabile sociale"*, in *Rivista trim. di Scienza dell'Amministrazione*, 2015, 4, 5 ss.

consociati, non deve ricorrere all'ingiusto (ed ingiustificato) "tormento del reo" e non deve certamente vestire i panni di "carceriere"[18], bensì proteggere la comunità mediante l'applicazione di sanzioni sì sorrette dall'effettività (e congruità) della pena senza, però, disattendere mai il principio di umanità[19].

Auspicabili e ben accette si stagliano, in questa direzione, le riflessioni e le iniziative indirizzate verso l'edificazione di un sistema punitivo che, anche in chiave esecutiva, non sia mai dimentico dell'inviolabilità della dignità della persona e dei correlati diritti fondamentali[20].

Al contempo, però, ritenuto pacifico che la dignità costituisca un innato ed ineliminabile tratto caratteristico dell'essere umano[21], tale a prescindere da ogni possibile giudizio di "meritevolezza"[22] - ancorché, sovente, calpestata nella pratica[23] - in verità, per assicurarne l'effettività, in capo a ciascuno dovrebbero essere ricondotti specifici doveri di solidarietà[24], contraltare indefettibile di ogni diritto inviolabile[25], "paladini della socievolezza umana"[26], il cui adempimento

[18] Per un approfondimento storico e filosofico sulle origini del carcere in Europa e la sua funzione, analizzato il rapporto tra violenza, corpo, sanzione in chiave antropologica, allo scopo di chiarificare il ruolo della pena in un sistema penale garantista e individuare criteri e metodi per la composizione non violenta dei conflitti sociali, v. A.A. NOVELLINO, *Osservazioni sul carcere. Per il contenimento della violenza punitiva*, in *Dirittifondamentali.it*, 2022, 1, 247 ss.

[19] Si interroga compiutamente sul "senso della pena", M. RUOTOLO, *Riflettendo sul senso della pena e sui diritti dei detenuti*, in *Ragion pratica*, 2014, 2, 455 ss. Sul punto, v. anche M. CASSANO, *La pena. Un perenne interrogativo*, in *Psiche*, 2022, 1, 253 ss.

[20] In tema, v. G. SILVESTRI, *La dignità umana dentro le mura del carcere*, in *Diritto pubblico*, 2014, 1, 3 ss.

[21] Cfr., *ex multis*: L. VIOLINI, *La dignità umana al centro: oggettività e soggettività di un principio in una sentenza della Corte Costituzionale (sent. 141 del 2019)*, in *Dirittifondamentali.it*, 2021, 1, 444 ss.; G. P. DOLSO (a cura di), *Dignità, eguaglianza e Costituzione*, Trieste, 2019; A. RUGGERI *La dignità dell'uomo e il diritto di avere diritti (profili problematici e ricostruttivi)*, in *Consulta online*, 2018, 2, 392 ss.; G.M. FLICK, *Elogio della dignità (se non ora, quando?)*, in *Rivista Aic*, 2014, 4, 1 ss.; G. MONACO, *La tutela della dignità umana: sviluppi giurisprudenziali e difficoltà applicative*, in *Politica del diritto*, 2011, 1, 45 ss.; E. CECCHERINI (a cura di), *La tutela della dignità dell'uomo*, Napoli, 2008.

[22] Invero, «la dignità appartiene a chiunque senza riguardo alla sua posizione sociale, per la comune umanità di ogni essere umano». Così M. OSTINELI, *Onore e dignità*, in *Teoria politica*, 2000, 1, 109. In tema, v. anche F. RIGOTTI, *Onore e democrazia*, in *Teoria politica*, 2000, 1, 104.

[23] In tema, v. E. VITALE, *Rawls e il «diritto dei popoli»*, in *Teoria politica*, 2003, 2-3, 287.

[24] Cfr. F. POLACCHINI, *Il dovere di difesa della Patria*, in *Dir. Cost*., 2019, 2, 58.

[25] Cfr. G. ZAGREBELSKY, *Senza adulti*, Torino 2016, 87. In tema di vincoli di corrispondenza tra diritti e doveri, v., anche C. DE FIORES, *La memoria dell'avvenire. Le democrazie costituzionali di fronte alle sfide del futuro*, in *Pol. Dir*., 2024, 3, 430 ss.

[26] Cfr. D. PAGANO, *Morale collettiva e diritti umani*, in *Dem. e Dir*., 2017, 3, 118.

diviene garanzia della perpetuazione, nel tempo, dell'intangibilità proprio della dignità, loro presupposto assiologico[27].

«Questa è l'idea fondante della Repubblica, di una Costituzione viva, che si invera ogni giorno nei comportamenti, nelle scelte, nell'assunzione di responsabilità dei suoi cittadini»[28].

Per tale via, non può essere sottaciuto come debba sì certamente essere riconosciuta in favore dei detenuti la titolarità e l'intangibilità di molteplici diritti fondamentali, accompagnati, però, pure dalla "pretesa" dell'adempimento di specifici doveri di solidarietà che, nel caso di individui sottoposti a restrizione della libertà personale, possono assumere una particolare e significativa consistenza, tributando una novella chiave di lettura alla finalità rieducativa della pena[29] attraverso, in particolare, una ridefinizione dei contenuti della riparazione al torto commesso, all'esito, peraltro, di una convinta assimilazione di principi ispiratori di una condotta davvero rispettosa dei valori di libera, pacifica e civile convivenza[30].

2. Giustizia riparativa ed esecuzione (rieducativa) della pena: l'emancipazione del reo dal torto commesso

In seno ad una concezione tradizionale del diritto penale, nell'ambito di un modello assiologico d'incriminazione di quelle sole condotte capaci di (effettivamente e concretamente) pregiudicare le condizione di libera e pacifica convivenza tra i consociati, ovvero di esporre a pericolo beni giuridici fondamentali, la "meritevolezza" ed il "bisogno" di pena, pur operando su piani

[27] Cfr. G. TARANTINO, *Profili di responsabilità intergenerazionale*, Milano, 2022, 36 s.

[28] Cfr. *Intervento del Presidente della Repubblica Sergio Mattarella in occasione della cerimonia per la Festa della Repubblica*, 02.06.2021.

[29] In tema di tentativi di coniugare la pretesa punitiva con l'istanza rieducativa propria della c.d. "sanzione educativa", v. A. MANCANIELLO, F. MELLINA BARES, F. SANTAMARIA, *Sanzione (del carcere) ed educazione: una conciliazione (im)possibile?*, in in *Minorigiustizia*, 2013, 1, 179 ss.

[30] Invero, «nell'epoca del pluralismo la comunanza non è più costituita da doveri comunemente accettati, ma dal dover tradurre i propri progetti di vita e i propri desideri nel linguaggio condiviso dei diritti. In questo senso anche i diritti sono regole sociali a cui sottomettersi. Ognuno è libero di scegliere il piano di vita che preferisce, ma non può chiedere che gli altri lo riconoscano senza accettare un discorso comune, che ha per suo presupposto la determinazione delle forme fondamentali del bene». Così F. VIOLA, *Metaetica dei diritti*, in F. VIOLA (a cura di), *Etica e Metaetica dei diritti umani*, Torino, 2020, 156.

diversi, ancorché, tra di loro, complementari, assurgono a fattori decisivi nella definizione delle politiche criminali storicamente determinate[31].

Da un lato, spicca l'attitudine stigmatizzante (propria della "naturale" funzione retributiva) della pena comminata per il male commesso; al contempo, in chiave preventiva, nella duplice accezione di prevenzione generale e speciale, la sanzione penale va apprezzata quale mezzo volto a "sterilizzare", *pro futuro*, mediante la minaccia e la concreta irrogazione della pena, il pericolo di reiterazione di "offese" consimili a quelle oggetto di punizione[32].

Siffatto usuale approccio ermeneutico, arricchito, nel tempo, dalla auspicabile finalità rieducativa del reo, propria di un assetto politico/costituzionale incentrato sull'esigenza di promuovere, anche nei confronti di chi "abbia commesso degli errori", la condivisione dei valori di civiltà giuridica tipici di una comunità evoluta[33], va altresì incoraggiato, in verità, anche alla luce di un rinnovato "volto" della potestà punitiva dello Stato che persegua l'obiettivo, entro ragionevoli limiti, di compulsare il ricorso a modelli di giustizia (criminale) riparativa[34].

---

[31] Cfr. G.P. DEMURO, *Ultima ratio: alla ricerca di limiti all'espansione del diritto penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen*., 2013, 04, 1658 ss.

[32] Per una disamina dei tratti caratteristici della sanzione penale a partire dalla logica dell'esclusione nella giustizia penale tradizionale sino a giungere al progressivo superamento del paradigma delitto-castigo, v. F. ORIANA, *La riparazione nel sistema penale tra incertezze e ambiguità*, in E. MARCHESE, (cur.), *Interdisciplinarità della ricerca giuridica: benefici e prospettive*, Genova, 2020, 239 ss.

[33] Per una ricostruzione delle perplessità correlate all'"ambigua costituzionalizzazione della rieducazione", v. M. PIFFERI, *La penalistica del dopoguerra e le sfide della Costituzione repubblicana. Qualche considerazione sul problema del metodo e il fine della pena*, in *Giornale di storia costituzionale*, 2023, 218 ss.

[34] Cfr., *ex multis*: A. ONGARO, P. PATRIZI, *Mediare i conflitti o disfare le ingiustizie?*, in *Minorigiustizia*, 2023 3, 121 ss.; P. PATRIZI, *La giustizia riparativa: per disfare ingiustizia*, in *Minorigiustizia*, 2022, 4, 17 ss.; A. BORGHINI, C. GALAVOTTI, *L'applicazione della giustizia riparativa nel penitenziario italiano. Tra prospettive di sviluppo e resistenze culturali*, in *Autonomie locali e servizi sociali*, 2020, 3, 583 ss.; G. FORNASARI, E. MATTEVI (a cura di), *Giustizia riparativa. Responsabilità, partecipazione, riparazione*, Trento, 2019; E. MATTEVI, *Una giustizia più riparativa*, Napoli, 2017; L. EUSEBI (a cura di), *Una giustizia diversa: il modello riparativo e la questione penale*, Milano, 2015; M. P. GIUFFRIDA, *Giustizia riparativa e mediazione penale. Un percorso sperimentale fra trattamento e responsabilizzazione del condannato*, in *Autonomie locali e servizi sociali*, 2013, 3, 491 ss.; F. REGGIO, *Giustizia dialogica. Luci e ombre della Restorative Justice*, Milano, 2010; G. FIANDACA, C. VISCONTI (a cura di), *Punire mediare riconciliare: dalla giustizia penale internazionale all'elaborazione dei conflitti individuali*, Torino, 2009; G. MANNOZZI, F. RUGGIERI (a cura di), *Pena, riparazione e riconciliazione. Diritto penale e giustizia riparativa nello scenario del terzo millennio*, Varese, 2007; G. COSI, *Invece di giudicare. Scritti sulla mediazione*, Milano, 2007; I. MARCHETTI, C. MAZZUCATO, *La pena in castigo:*

Nel disciplinare i contenuti propri dei diversi istituti, sostanziali e processuali, ascrivibili all'ordinamento penale alla luce del doveroso riconoscimento dei diritti della vittima del reato[35], in special modo se debole o vulnerabile[36], affinché non sia più dimenticata[37] ma ricollocata al centro dell'attenzione[38] mediante una effettiva rivalutazione del ruolo della persona offesa[39], «restituendo ad essa e all'autore del crimine la gestione della controversia»[40], matura l'orientamento volto a ripensare la giustizia criminale in senso inclusivo[41], proprio del modello di *restorative justice*[42], di matrice anglosassone[43], che, inteso «quale paradigma comunicativo di

---

un'analisi critica su regole e sanzioni, Milano, 2006; G. MANNOZZI, *Mediazione e diritto penale. Dalla punizione del reo alla composizione con la vittima*, Milano, 2004; G. COSI, M.A. FODDAI (a cura di), *Lo spazio della mediazione*, Milano 2003; G. MANNOZZI, *La giustizia senza spada: uno studio comparato su giustizia riparativa e mediazione penale*, Milano, 2003.

[35] Cfr. L. CORNACCHIA, *Vittime e giustizia criminale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen*., 2013, 04, 1760 ss. Sottolinea Y. PARZIALE, *Il ruolo della vittima del reato tra diritto e neuroscienze. il caso dei minori*, in *Cass. pen*., 2020, 5, 2142, che «mentre la dottrina penalistica, in un'ottica strettamente tecnico-giuridica, individua la vittima del reato nel titolare del bene giuridico protetto dalla norma incriminatrice violata, la dottrina criminologica-vittimologica pone l'accento sulla persona su cui incide direttamente la condotta criminosa, che può essere o meno titolare del suddetto bene».

[36] Sul punto, v. M. VENTUROLI, *La vulnerabilità della vittima di reato quale categoria "a geometria variabile" del diritto penale*, in *Riv. it. med. leg*., 2018, 2, 553 ss.; G. ZARA, *La psicologia della «vittima ideale» e della «vittima reale». Essere vittime e diventare vittime di reato*, in *Riv. it. med. leg*., 2018, 2, 615 ss.

[37] Cfr. A. PAGLIARO, *Tutela della vittima nel sistema penale delle garanzie*, in *Riv. it. dir. e proc. pen*., 2010, 41.

[38] Cfr. F.B. GIUNTA, *Oltre la logica della punizione: linee evolutive e ruolo del diritto penale*, in *Crit. dir*., 2007, 91 ss.

[39] Cfr. G. TRAMONTANO, *Intorno all'idea di giustizia riparativa*, in *Minorigiustizia*, 2016, 1, 18.

[40] Così M. CAGOSSI, *Esperimenti di giustizia riparativa nell'ordinamento italiano*, in AA.VV., *Lo scudo e la spada. Esigenze di protezione e poteri delle vittime nel processo penale tra Europa e Italia*, Torino, 2012, 155.

[41] Invero, secondo R. BRACALENTI, C. I. SANTONICO FERRER, *Vittime, responsabilità sociale e giustizia ripartiva*, in *Minorigiustizia*, 2016, 1, 126, «la *Restorative Justice* in Italia ha certamente contribuito ad un ripensamento del concetto di pena ed alla critica alla dimensione afflittiva e retributiva del sistema di giustizia, ma ha fallito nel sollecitare una maggiore attenzione alla specifica sofferenza della vittima ed al suo bisogno di riconoscimento in quanto soggetto vulnerabile, nel sistema di giustizia e nella società».

[42] Circa l'influenza del diritto internazionale e, in chiave comparata, delle esperienze maturate in seno ad altri ordinamenti giuridici rispetto ai dibattiti insorti ed alle scelte di politica criminale adottate in tema di giustizia riparativa all'interno dello Stato italiano, v. M. KILCHLING, L. PARLATO, *Nuove prospettive per la restorative justice in seguito alla direttiva sulla vittima: verso un "diritto alla mediazione"? Germania e Italia a confronto*, in *Cass. pen*., 2015, 11, 4188 ss.

[43] Per una compiuta ricerca delle origini remote del termine «giustizia riparativa», v. G. MANNOZZI, *Traduzione e interpretazione giuridica nel multilinguismo europeo: il caso paradigmatico*

stabilizzazione sociale, dovrebbe offrire dunque risposte alternative alla pena in senso tradizionale orientate alle aspettative delle vittime»[44].

Incentrata sui concetti di restituzione e compensazione (in favore delle vittime principali del reato ed anche della comunità sociale comunque potenzialmente offesa dalla condotta criminosa perpetrata), nonché di rieducazione e riabilitazione del reo, all'esito dell'instaurazione di un dialogo tra la collettività ed il soggetto attivo del reato, onde rafforzare il processo di comprensione del disvalore del comportamento tenuto, l'idea di giustizia riparativa presuppone, solitamente, un processo di condivisione che vede protagonisti tutti i soggetti a vario titolo coinvolti (reo, vittima principale e comunità) e si fonda su di un complesso insieme di fattori tra di loro strettamente interconnessi[45]: «il riconoscimento del torto tramite la discussione di quanto accaduto, ove si realizzano i principi dell'ascolto e del riconoscimento dell'altro; la condivisione e comprensione degli effetti distruttivi causati dal reato tramite l'espressione dei sentimenti, in particolare empatia e vergogna; l'accordo sulle modalità di riparazione e l'impegno concernente i comportamenti futuri»[46].

Si tratta, cioè, di «un paradigma basato sulla collaborazione attiva tra i tre soggetti individuati (vittima, reo, comunità): costituisce un'opportunità, per la vittima, per ottenere una riparazione, recuperare un senso di sicurezza e poter andare avanti; per il reo, per comprendere le cause e gli effetti dei propri comportamenti e

---

del termine «giustizia riparativa» e delle sue origini storico-giuridiche e linguistiche, in *Riv. it. dir. e proc. pen*., 2015, 01, 137 ss. Circa una ricognizione relativa all'esperienza già maturata, in passato, in ambito europeo, v. K. LAUWAERT, I. AERTSEN, *Restorative Justice and Criminal Justice Systems in Europe*, in *Minorigiustizia*, 2016, 1, 24 ss.

[44] Cfr. L. CORNACCHIA, *Vittime*, cit, 1773.

[45] Circa le peculiarità del modello di giustizia riparativa applicato al diritto penale minorile, v. L. EUSEBI, *Sviluppi normativi per una giustizia riparativa*, in *Minorigiustizia*, 2016, 1, 33 ss.; E. CADAMURO, *L'accompagnamento educativo nei percorsi mediativi e riparativi prima dell'irrilevanza del fatto*, in *Minorigiustizia*, 2013, 1, 153 ss.; T. CARLONE, S. VEZZADINI, *Le vittime minorenni nella messa alla prova. Quali percorsi riparativi?*, in *Minorigiustizia*, 2013, 1, 163 ss.; A. ABRUZZESE, *La risposta "mite" della mediazione nel processo penale del Tribunale per i minorenni di Bari*, in *Minorigiustizia*, 2010, 1, 85 ss. Più in generale, per una disamina delle finalità educative nel sistema penale minorile italiano, v. L MAGLI, *Verso il nuovo ordinamento penitenziario: le esigenze educative dei condannati minorenni*, in *Minorigiustizia*, 2018, 1, 38 ss.

[46] Così E. MILITELLO, *Giustizia riparativa, conflitti sociali e "hate incidents". Come la restorative justice può contribuire a diminuire i crimini d'odio*, in *Cass. pen*., 2019, 4, 1695 ss.

assumersi le proprie responsabilità; per la comunità, per prevenire la commissione di reati, indagarne le cause ultime e promuovere il benessere e il senso di sicurezza collettivo» [47].

Per tale via, si perseguono finalità potenzialmente estranee ad una logica di tipo retributivo della pena, in favore di più marcati obiettivi di riparazione del torto subito (e di rieducazione del reo)[48] mediante la chiara assunzione di responsabilità e la comprensione sia del disvalore del comportamento assunto, sia del complesso dei bisogni e delle sofferenze riconducibili, *prima facie*, alla vittima della condotta criminosa[49].

Ciò, per il tramite dell'instaurazione di una relazione sociale tra "vittima e carnefice" volta a promuovere empatia, indulgenza e condivisione, pur al cospetto, ovviamente, di un "cammino complesso"[50].

La prospettiva entro la quale ci si muove, quindi, diviene non solamente quella (per vero, riduttiva) di intendere il ricorso alla giustizia riparativa alla stregua di mero rimedio volto ad «attenuare, affievolire ed, in talune ipotesi, finanche annullare completamente le conseguenze lesive discendenti dalla commissione del fatto di reato attraverso comportamenti variamente riconducibili ad una

[47] Ivi. Sul punto, v. anche M.A. FODDAI, *Responsabilità e giustizia riparativa*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2016, 04, 1709 ss.; G. Mannozzi, *La giustizia*, cit., 91.

[48] «Trattasi, dunque, di un paradigma di giustizia alternativo sia a quello c.d. classico, basato sul concetto retributivo della risposta sanzionatoria sia a quello c.d. moderno, fondato sulla funzione rieducativa della pena e sulla risocializzazione del condannato, ambedue modelli unicamente incentrati sulla persona del reo e sul suo rapporto con lo Stato». Così S. PAOLETTI, *Giustizia riparativa: uno strumento per la tutela sostanziale della vittima*, in *Cass. pen.*, 2017, 04, 1733.

[49] Sul punto, in merito alla disciplina di matrice eurounitaria concernente gli strumenti di protezione della vittima di reato, v. C. AMALFITANO, *La vittima vulnerabile nel diritto internazionale e dell'Unione europea*, in *Riv. it. med. leg.*, 2018, 2, 523 ss.; P. SECHI, *Vittime di reato e processo penale: il contesto sovranazionale (Parte I)*, in *Cass. pen.*, 2017, 02, 850 ss.; ID., *Vittime di reato e processo penale: il contesto sovranazionale (Parte II)*, in *Cass. pen.*, 2017, 03, 1236 ss.; E. COLOMBO, *Le novità del d.lg. n. 212/2015: primi rilievi*, in *Cass. pen.*, 2016, 05, 2214 ss.; D. FERRANTI, *Brevi riflessioni sulla vittima del reato, in vista del recepimento della direttiva 2012/29/UE*, in *Cass. pen.*, 2015, 10, 3415 ss.; E.M. CATALANO, *La tutela della vittima nella direttiva 2012/29 UE e nella giurisprudenza delle corti europee*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2014, 04, 1789 ss. Per una disamina del complesso di tutele da apprestare in favore delle vittime di reati alla luce della giurisprudenza dei tribunali internazionali, v., *ex plurimis*: F. TRAPELLA, *Dal genocidio al ginocidio. Spunti per una riflessione sulla tutela della vittima secondo i tribunali penali internazionali*, in *Cass. pen.*, 2017, 11, 4211 ss.

[50] In tema, v. G. BERTAGNA, *Comprendersi nell'ascolto. Narrazione e narrazioni in un itinerario di giustizia riparativa*, in *Psicoterapia e Scienze Umane*, 2017, 51, 61 ss.

resipiscenza del reo», bensì in termini di perseguimento di una funzione di tipo "conciliativo"[51] «nella quale da una ricomposizione del conflitto sociale, "aperto" fra i consociati dalla stessa commissione dell'illecito penale, possa schiudersi successivamente un eventuale accordo fra i soggetti coinvolti dall'episodio criminoso sulla possibile *restitutio in integrum* delle espressioni praticabili di tutela dei beni offesi dalla commissione dell'illecito»[52].

Ciò, perfino in vista dell'obiettivo di promuovere il perdono, i cui tratti caratteristici peculiari divengono «la rinuncia alla ritorsione del male e l'interesse per un futuro non più segnato dal male in chi, pure, lo abbia commesso»[53].

Accanto ad una siffatta "relazione primaria", intercorrente tra reo e persona offesa, si sviluppa, altresì, come già si è avuto modo di rilevare in precedenza, il coinvolgimento della comunità politica e sociale di riferimento, non certo, ovviamente, a fini di "giustizia sommaria", bensì allo scopo di impedire che essa diventi "terzo dimenticato, ma giudice inesorabile"[54] e di salvaguardare, per tale via, interessi collettivi, anch'essi sovente vilipesi da illeciti che, seppur in prima battuta capaci di pregiudicare beni giuridici riferibili ai singoli, ben possono essere contraddistinti da una carica offensiva di più ampio respiro, investendo valori propri dell'intera società civile.

Va da sé che, ancorché il modello di giustizia riparativa tendenzialmente persegua il fine di operare prima del (ovvero in alternativa al) processo penale[55], costituendo un valido strumento di deflazione procedurale, non è certo da escludere l'utilizzo delle medesime modalità di "incontro" tra "vittima e carnefice" anche in sede di

[51] Per una disamina dei concetti di riparazione, conciliazione, mediazione, *alternative dispute resolutions* e rieducazione, tra di loro affini, ma non completamente sovrapponibili, v. D. BALDUZZI, *Democrazia deliberativa, mediazione e giustizia riparativa: scenari di un incontro possibile*, in G. BALDUZZI, D. SERVETTI (cur.), *Voglia di democrazia*, Novara, 2017, 131 ss.

[52] Così E. MEZZETTI, *Prove tecniche del legislatore su una rivisitazione del rapporto autore/vittima in funzione riparatoria o conciliativa*, in *Cass. pen*., 2016, 09, 3094.

[53] Così L. EUSEBI, *Pena e perdono*, in *Riv. it. dir. e proc. pen*., 2019, 3, 1137.

[54] Cfr. D. BALDUZZI, *Democrazia deliberativa*, cit., 145.

[55] Per una disamina del tema della mediazione penale come alternativa al processo e luogo d'incontro tra reo e vittima, v. F. TRAPELLA, F. BARDELLE, *Il protocollo Rodigino sulla messa alla prova per maggiorenni*, in *Cass. pen*., 2015, 09, 3345 ss.

esecuzione penale, ovviamente non solo in chiave riparativa, appunto, ma anche rieducativa e risocializzante.

Per vero, in consimili ipotesi, al di là della mera repressione criminale, il ricorso alle tecniche di mediazione proprie della giustizia riparativa ben potrebbe se non, in molti casi, eliminare il fatto commesso (e le sue conseguenze dirette ed immediate), quantomeno contribuire a trasformarne gli effetti ed il significato[56].

In una siffatta prospettiva, il ricorso alle metodiche proprie della giustizia riparativa assurge, quindi, a strumento ideale per consentire l'equo ristoro dell'offesa subita[57], in uno con l'attivazione di un percorso di sincera resipiscenza che presupponga piena consapevolezza del disvalore delle condotte tenute, ovviamente a patto che vi sia una reale volontà di accedere ad iniziative sorrette da marcati intenti rieducativi e risocializzanti.

Si tratta, cioè, di abbandonare la stringente logica afflittiva del contrappasso[58], in vista del perseguimento di finalità riconciliative[59], in nome del binomio riparazione/rieducazione, ovvero di "rieducazione attraverso riparazione" (sia pure senza dimenticare che gli obiettivi della riparazione non si esauriscono nella "sola" rieducazione dell'autore del reato)[60], mediante la valorizzazione di sanzioni alternative alla classica privazione della libertà[61], consistenti, ad esempio, nel prestare un'attività non retribuita in favore della collettività per scopi sociali o di pubblica utilità[62].

---

[56] Cfr. D. PULITANÒ, *Sulla pena. Fra teoria, principi e politica*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2016, 02, 641 ss.; M. DONINI, *Il delitto riparato. Una disequazione che può trasformare il sistema sanzionatorio*, in G. MANNOZZI, G.A. LODIGIANI (a cura di), *Giustizia riparativa*, Bologna, 2015, 142.

[57] Circa il tema della riparazione «come pena, senza pena, nella pena e con la pena», v. G.P. DEMURO, *L'estinzione del reato mediante riparazione: tra aporie concettuali e applicative*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2019, 1, 437 ss.

[58] Cfr. L. STORTONI, *Le nuove norme contro l'intolleranza: legge o proclama?*, in *Crit. dir.*, 1994, 18.

[59] Cfr. D. CARCANO, *Giustizia riparativa con uno sguardo alla nuova disciplina delle "condotte riparatorie"*, in *Cass. pen.*, 2018, 12, 4038.

[60] Cfr. E. DOLCINI, *La rieducazione: dalla realtà ai percorsi possibili*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2018, 3, 1690 ss.

[61] Sul punto, per una disamina in chiave comparata, v. A. BERNARDI, *L'evoluzione in Europa delle alternative alla pena detentiva tra comparazione e impulsi sovranazionali*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2016, 01, 51 ss.

[62] Ciò, in special modo, laddove la condotta criminosa perpetrata sia destinata, come, ad esempio, con riferimento ai delitti sorretti da intenti discriminatori, a refluire non solamente in

Si attiva, in questa direzione, un percorso strutturato che ben può vedere partecipi e coinvolti sia gli enti pubblici territoriali ed il terzo settore[63], sia le istituzioni culturali, a livello scolastico[64] e/o universitario[65], agevolando una consapevole sensibilizzazione sui temi della solidarietà, della tolleranza e delle modalità positive di gestione dei conflitti[66] ed implementando le occasioni di incontro e confronto[67].

In ciò, si staglia, *inter alia*, il "diritto/dovere" all'istruzione declinato in favore dei detenuti, non limitato, in verità, alla semplice acquisizione di nuove conoscenze e competenze, bensì esteso all'accesso a contenuti formativi e culturali sorretti da incisivi obiettivi di condivisione delle regole di convivenza civile, strumento

---

capo alla vittima principale designata, bensì si rivolga, più in generale, nei riguardi dei valori fondanti una comunità democratica. Così, in ipotesi, «sceso in campo, il diritto penale non può reagire al discorso d'odio con sanzioni de-socializzanti, proprio quando il colpevole necessita di un contatto più ravvicinato con la dimensione socio-culturale da lui avversata: il lavoro di pubblica utilità indirizzato alle comunità rappresentative dei gruppi offesi dalle condotte discriminatorie, in uno con momenti educativi appositamente programmati durante la fase dell'esecuzione, pare essere soluzione appropriata». Così e per un approfondimento, v. G. PUGLISI, *La parola acuminata. Contributo allo studio dei delitti contro l'eguaglianza, tra aporie strutturali e alternative alla pena detentiva, in Riv. it. dir. e proc. pen*., 2018, 03, 1355.

[63] Si pensi, ad esempio, all'esperienza maturata all'interno della Casa di Reclusione di Tempio Pausania volta a promuovere attività trattamentali (formazione scolastica, attività culturali, lavoro, sport) la cui attivazione - resa in favore di detenuti provenienti da regioni differenti e consapevoli, a causa della gravità dei reati commessi, di avere poche e limitate possibilità di accedere ai benefici premiali ed alle misure alternative - non poteva prescindere dall'indispensabile "contributo del territorio"; ciò, presupponendo «che il carcere si presentasse alla città e da luogo percepito come oscuro, misterioso e pericoloso, diventasse luogo conosciuto, accessibile e risorsa del territorio». Sul punto, v. C. CIAVARELLA, *L'esperienza della Casa di Reclusione di Tempio Pausania per la costruzione di un modello trattamentale riparativo*, in *Minorigiustizia*, 2016, 1, 168 ss. In tema, v. anche P. PATRIZI, G. L. LEPRI, E. LODI, B. DIGHERA, *Comunità territoriali riparative e relazionali: dall'inclusione al benessere*, in *Minorigiustizia*, 2016, 1, 81 ss.

[64] Cfr., *ex multis*: A. SBRACCIA, F. VIANELLO, *La giustizia, la pena, il carcere. L'esperienza di Ristretti Orizzonti con le scuole*, in *Minorigiustizia*, 2014, 2, 245 ss.

[65] Sottolinea l'importanza di promuovere processi di insegnamento ed apprendimento delle tecniche di giustizia riparativa nell'ambito dei percorsi di formazione universitaria G. MANNOZZI, G. A. LODIGIANI, *Le tre sfide della giustizia riparativa: normativa, prassi e formazione*, in *Minorigiustizia*, 2016, 1, 155 ss.

[66] Si pensi, ad esempio, all'esperienza maturata in diversi Paesi ove, in chiave preventiva e riparativa, la gestione dei conflitti investe, prima ancora dell'applicazione della sanzione (non solo) penale, l'ambito scolastico ed educativo in genere. In tema, v. T. WACHTEL, *A Restorative Practices Perspective: Governance and Authority*, in *Minorigiustizia*, 2016, 1, 49 ss.; B. HOPKINS, M. GELLIN, *Restorative Approaches in Educational Settings*, in *Minorigiustizia*, 2016, 1, 66 ss.; N. RICHARDSON, *Leeds: Towards a Restorative City*, in *Minorigiustizia*, 2016, 1, 74 ss.

[67] Cfr. E. MILITELLO, *Giustizia riparativa*, cit., 1706 ss.

principe mediante il quale perseguire concretamente reali finalità (ri)educative della pena consentendo a coloro che desiderino intraprendere un percorso di resipiscenza di fruire di un diritto (davvero) fondamentale che diviene, peraltro, al contempo, anche l'espressione di un basilare interesse generale.

3. L'apprendimento significativo dei fondamenti culturali del "vivere civile" in funzione rieducativa e risocializzante del reo

Comunemente, si è soliti sostenere che lo sviluppo delle qualità morali e civili dell'individuo, la promozione della sua capacità di analisi critica della realtà e, più in generale, il processo di formazione e maturazione della persona in rapporto al contesto storico e sociale radicato in un dato momento, passino attraverso un modello di istruzione (ed educazione) che consente di incentivare non solo l'acquisizione di nuove competenze, ma, al contempo, anche il rafforzamento degli attributi intellettuali, etici e spirituali dei discenti[68].

Per tale via, il percorso di formazione ed apprendimento si arricchisce quotidianamente di un bagaglio assiologico sempre più fecondo; esso simboleggia, a sua volta, il terreno fertile ove coltivare la consapevolezza della qualità di essere umano, portatore, per definizione, di diritti inalienabili, in uno con i doveri inderogabili, contraltare indefettibile dei primi[69].

In tal senso, è stato sottolineato, «civiltà vera e propria non vi può essere se non con il concorso cosciente ed illuminato di tutti i cittadini»[70].

Peraltro, «la promozione della cultura non va intesa solo alla stregua di un'insopprimibile aspirazione alla conoscenza e di un irrinunciabile fattore di emancipazione degli individui e della società nel suo complesso: essa rappresenta una preziosa risorsa ed un alimento dei regimi democratici i quali di una

[68] In tal senso v. N. DANIELE, *La pubblica istruzione*, Milano, 1986, 782; D. BONAMORE, *L'istruzione educazione diritto essenziale e status permanente dell'individuo*, *Dir. famiglia*, 1995, 01, 1594.

[69] In tema di pretesa universalistica dei diritti sociali entro cui ricomprendere, a pieno titolo, il diritto all'istruzione, v. A. MORELLI, *Il carattere inclusivo dei diritti sociali e i paradossi della solidarietà orizzontale*, in E. CAVASINO, G. SCALA, G. VERDE, (a cura di), *I diritti sociali dal riconoscimento alla garanzia: il ruolo della giurisprudenza*, Napoli, 2013, 441 ss.

[70] Così N. DANIELE, *La pubblica istruzione*, cit., 784; ID, *Istituzioni di diritto scolastico*, Milano, 1981, 247.

consapevole, meditata e critica lettura del reale non possono e non devono fare a meno»[71].

Di conseguenza, riconoscere effettività al diritto all'istruzione costituisce, in ossequio al principio di solidarietà che anima lo Stato-ordinamento, un imperativo categorico morale in seno ad una società (che ama e suole definirsi) evoluta.

Ciò, nell'ottica di un modello di insegnamento proteso verso la promozione della cultura, intesa quale valore essenziale per il progresso sociale di una comunità politica[72].

Detta prospettiva ben può essere destinata a valere non solo, in via ordinaria, con riferimento ad ogni ordine e grado della scuola pubblica (e privata, parificata), bensì, per certi versi, *a fortiori*, anche all'interno degli istituti penitenziari divenendo l'apprendimento e la condivisione dei fondamenti culturali ed educativi del vivere civile uno strumento indispensabile al fine di contrastare l'abbrutimento della società già a partire da primordiali forme di manifestazione di faziosità ed intolleranza[73].

Così, non si tratta di declinare in favore dei detenuti il "semplice" diritto all'istruzione, bensì di compiere un ulteriore sforzo, culturale ed educativo.

In verità, pur essendo numerose e assolutamente meritorie le molteplici iniziative volte a promuovere il diritto allo studio con riguardo a tutti i diversi livelli di istruzione[74] (ivi compreso quello universitario)[75], una reale emancipazione dal

---

[71] Così G. FONTANA, *La libertà di insegnamento*, in F. ANGELINI, M. BENVENUTI, (a cura di), *Le dimensioni costituzionali dell'istruzione*, Napoli, 2019, 100.

[72] Per un'impostazione volta rilevare come la cultura non sia un fine di Stato, dovendo esso semplicemente limitarsi a promuoverla, v. U. POTOTSCHNIG, *Insegnamento, istruzione, scuola*, in *Giur. cost*., 1962, 376 ss.

[73] Per un approccio volto a rilevare i tratti differenziali intercorrenti tra il tradizionale concetto di istruzione, avente come scopo la trasmissione dei saperi, e quello di educazione, indirizzata verso "l'acculturamento del cuore", v. G. GIULIANI, *Istruzione ed educazione a scuola*, Phasar Edizioni, 2020.

[74] In tema, v., *ex plurimis*: A.M. CITRIGNO, *Prime note sul diritto allo studio dei detenuti*, in *Dirittifondamentali.it*, 2023, 11, 444 ss.

[75] Cfr. F. PRINA, *L'impegno delle Università nelle istituzioni penitenziarie: diritto dei detenuti agli studi universitari, ricerca e terza missione*, in *Autonomie locali e servizi sociali*, 2020, 1, 209 ss.; V. FRISO, L. DECEMBROTTO (cur.), *Università e carcere. Il diritto allo studio tra vincoli e progettualità*, Milano, 2018; A. BORGHINI, G. PASTORE, P. TANCORRE, *Il Polo Universitario Penitenziario di Pisa: esperienza e opportunità formativa*, in *Biblioteca Teatrale*, 2014, n. 111-112, 185 ss.

giogo di uno stile (*rectius*: stereotipo) di vita contraddistinto da disvalori - che spesso caratterizza il vissuto degli individui ristretti entro le mura carcerarie - passa attraverso la configurazione dell'accesso a contenuti culturali, formativi ed educativi, apprezzato alla stregua di valore costituzionale primario[76], incentrato sull'apertura al dialogo (anche interculturale), al confronto, alla gestione dei conflitti e capace di assurgere a reale ed efficace fattore di crescita civile[77].

In ciò, matura l'esigenza della riscoperta di valori condivisi in uno con «l'identificazione dei diritti culturali come profilo essenziale dei diritti fondamentali dell'uomo e la conseguente possibilità di garantire il pluralismo ideologico-culturale attraverso gli strumenti e le tecniche proprie dei diritti fondamentali»[78].

La finalità perseguita si traduce, in questa direzione, nell'assimilazione, da parte di chi, in passato, "abbia commesso errori", di strumenti culturali che permettano un definitivo affrancamento da convincimenti, bisogni materiali e disperazione che, sovente, condizionano le scelte compiute, in uno con l'affermazione di una novella, insopprimibile esigenza di riscatto sociale.

Per tale via, l'istruzione diviene «il tramite essenziale per la costruzione del legame tra l'individuo e la società in tutte le sue dimensioni ed assume pertanto una rilevanza centrale nella promozione e tutela dei diritti umani»[79].

Si dimostra indispensabile, quindi, valorizzare un modello d'istruzione ed un sistema educativo volti ad implementare un percorso di apprendimento significativo che, lungi dal limitarsi a trasmettere (*rectius*: impartire) nozioni, sappia infondere maggiore consapevolezza circa la consistenza del patrimonio assiologico

---

[76] Sul punto v. A. POGGI, *Per un «diverso» Stato sociale. La parabola del diritto all'istruzione nel nostro Paese*, Bologna, 2019, 235 ss.; A. D'ATENA, *Lezioni di diritto costituzionale*, Torino, 2001, 115; S. CARBONARO, *Elementi di legislazione scolastica*, Firenze, 1972, 28,

[77] Invero, per una lettura critica sul tema del diritto all'istruzione in carcere che pone in luce le lacune normative e le prassi problematiche che, di fatto, comprimono l'effettività dello stesso, non soltanto nella sua astratta configurazione, ma anche nella sua manifestazione dinamica, v. A. MARATEA, *Il diritto all'istruzione in carcere tra (in)effettività e prassi problematiche: uno sguardo all'istruzione universitaria nelle carceri per adulti e secondaria negli istituti penali per minorenni*, in *Osservatorio Aic*, 2023, 3, 79 ss.

[78] Così P. CARROZZA, *Nazione* (voce), in *Dig. Disc. Pubbl.*, X vol., Torino, 1995, 150.

[79] Così, S. MARCHISIO, *Diritto all'istruzione e integrazione dei rifugiati*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, 2018, 267.

su cui si incentra un idealtipo di società (sempre più) rispettosa della dignità della persona[80].

Così, il diritto all'istruzione, il cui fine ultimo è «coltivare l'umanità»[81], diviene strumento indispensabile non solo per conoscere[82], ma parimenti «necessario per conoscersi e persino riconoscersi - in seno alla propria - dimensione storica, geografica, culturale, esistenziale»[83].

Detti intendimenti maturano in seno ad un sistema di promozione del sapere dinamico e proattivo, costantemente implementato grazie ad una continua interlocuzione con la circostante realtà politica, economica e sociale di modo da consentire «di esprimere bisogni, legami e interessi dei e tra i suoi protagonisti»[84].

L'acquisizione di sempre maggiori conoscenze va apprezzata, di conseguenza, non in vista della mera "certificazione" delle competenze acquisite, bensì nella prospettiva di ricondurre all'insegnamento (*in primis*, dei diritti fondamentali, dei doveri inderogabili e dei fondamenti culturali ed educativi del vivere civile) un profondo significato pedagogico ed orientativo della condotta di ciascun membro di una comunità (finalmente) culturalmente evoluta e consapevole della superiorità etica e morale (oltre che giuridica) delle libertà faticosamente conquistate nel corso della storia.

Il diritto all'istruzione (e all'educazione) produce, in tal senso, un effetto moltiplicatore «giacché, se effettivamente garantito, presuppone un'elevazione

[80] Cfr. G. M FLICK, *Dignità umana e tutela dei soggetti deboli: una riflessione problematica*, in E. CECCHERINI (a cura di), *La tutela della dignità dell'uomo*, Napoli, 2008, 56.

[81] Così S. VANNUCCINI, *La "justiciabilidad" del diritto all'istruzione dinanzi alla corte interamericana dei diritti dell'uomo*, in *Federalismi*, 2013, 3, 2.

[82] Sulla effettiva consistenza del diritto allo studio, libertà fondamentale della persona, meritevole di tutela a norma dell'art. 2 Cost. e riconosciuta, formalmente e sostanzialmente, ex artt. 3, 33 e 34 cost., v., *ex multis*: M. MAZZIOTTI DI CELSO, *Studio (diritto allo)*, in *Enc. Dir.*, Roma, 1993, XXX vol., 1 ss.; S. VALITUTTI, *Il diritto allo studio*, Roma, 1977, 55 ss.; S. CASSESE, *La scuola: ideali costituenti e norme costituzionali*, in *Giur. cost.*, 1974, 3614 ss..; V. ATRIPALDI, *Diritto allo studio*, Napoli, 1974, 13 ss..

[83] Così M. BENVENUTI, *"La scuola è aperta a tutti"? Potenzialità e limiti del diritto all'istruzione tra ordinamento statale e ordinamento sovranazionale*, in *Federalismi*, 2018, 4, 103.

[84] Così M. BENVENUTI, *"La scuola è aperta a tutti"?*, cit., 113.

nella qualità del godimento degli altri diritti; al contrario, se negato o violato, li compromette»[85].

In quest'ottica, «il diritto all'istruzione possiede un significato etico preciso, racchiuso nell'interesse superiore dell'educando: è il diritto ad un'istruzione di qualità etico-giuridica del diritto dell'essere umano, che sia conforme al diritto internazionale dell'istruzione, tradotto in principi di diritto pedagogico da cui derivano i diritti dell'educando»[86].

Sostenere lo sviluppo della cultura, intesa alla stregua di strumento che consenta di ampliare i propri (sempre troppo ristretti) orizzonti nella prospettiva della ricerca di punti di comunione con l'altro, impedendo che la "diversità" costituisca un ostacolo ed elevandola, al contrario, a fonte di arricchimento valoriale, rappresenta un fine da perseguire (anche e soprattutto) grazie all'affermazione di una visione delle relazioni umane incentrata sul riconoscimento della dignità dell'individuo in quanto tale, al di là di ogni possibile barriera ideologica.

Non si tratta, però, semplicemente, di "inculcare" un apprendimento mnemonico, ma di procedere ad una delicata opera di partecipata meditazione circa il significato più profondo degli ideali consacrati in seno ad una comunità rispettosa della dignità dell'essere umano.

L'accettazione di comuni valori culturali ed ideali, condivisi ed apprezzati grazie alla progressiva crescita, morale e spirituale, di ciascuno mediante la frequenza dei percorsi di istruzione modellati in seno ad un sistema educativo che sappia infondere il convincimento ed il senso di appartenenza ad una sola collettività, si basa, in verità, sull'idea di ritenere la Costituzione espressione di un *pactum societatis*, peraltro intriso di significati etici ed educativi[87].

Ciò consente di ridurre a sintesi ed unità «un cammino pieno di contraddizioni e di travagli, ma anche di idee-forza e di processi volti ad affermare e tradurre nella realtà, in un mondo spesso assai distante da essi, valori essenziali che fondano la

[85] Così S. VANNUCCINI, *La "justiciabilidad"*, cit., 3.
[86] *Ibidem*, 2.
[87] Cfr. G. LANEVE, *La scuola per la Costituzione e la Costituzione per la scuola: qualche riflessione sulla formazione degli insegnanti*, in *Federalismi*, 2014, 13, 9 ss.

convivenza civile: eguaglianza degli esseri umani, diritti inviolabili della persona, "giusta autorità" dei governi fondata sul consenso»[88].

In tal contesto, il senso più profondo del processo di "educazione ai diritti fondamentali e ai doveri (inderogabili) di solidarietà" si rinviene nel contribuire a divulgare (e consolidare) la più intima consistenza dei principi democratici di un assetto politico/costituzionale improntato alla promozione dei diritti di libertà e permette di rinnovarne costantemente la forza grazie all'apporto consapevole e partecipe di ciascuno.

Si tratta, in definitiva, di permettere che ciascun individuo liberamente e (finalmente) consapevolmente orienti la propria condotta nella direzione di soddisfare (o meno) l'adempimento dei doveri (di solidarietà) inderogabili, contraltare indefettibile delle posizioni di libertà (anche e soprattutto) fondamentali, il cui adempimento viene richiesto in seno ad una società progredita[89].

In questa direzione, il primo vero diritto inviolabile delle persone soggette ad un regime restrittivo della libertà personale si rinviene proprio nel poter usufruire dell'occasione per "scegliere diversamente"[90] rispetto a quanto accaduto in passato nel corso del proprio, precedente vissuto[91].

---

[88] Così V. ONIDA, *Costituzione, valori sociali comuni, scuola*, in *www.rivistaaic.it*, 2, consultato il 23.01.2025.

[89] Auspica l'idea di ripercorrere il lungo e tortuoso cammino intrapreso, nel corso dei secoli, nella direzione dell'affermazione e della promozione del valore della solidarietà tra i popoli in vista di una sua riscoperta ed attualizzazione, F. D. BUSNELLI, *Il principio di solidarietà e «l'attesa della povera gente», oggi*, in *Pers. e mercato*., 2013, 02, 101 ss.

[90] Accompagnati, ovviamente, in questo percorso da figure professionali che sappiano adeguatamente orientare ed indirizzare alla luce di specifiche competenze educative e pedagogiche. Sul punto, v. G. TORRENTE, *Il ruolo dell'educatore penitenziario nel processo di criminalizzazione. Osservazioni da una ricerca sul campo*, in *Studi sulla questione criminale*, 2014, 1-2, 137 ss.; A. ROSCIOLI, *L'operatività dell'educatore in carcere: il punto della situazione penitenziaria*, in *Autonomie locali e servizi sociali*, 2003, 2, 291 ss. Per una prospettiva comparata v. J. BRAGGINS, J. TALBOT, *Wings of Learning: The Role of the Prison Officer in supporting Prisoner Education*, London, 2004.

[91] Sottolinea il ruolo decisivo giocato dalla condivisione di contenuti culturali nella prospettiva della rieducazione e del reinserimento sociale dei detenuti C. CANTONE, *La cultura in carcere in Italia*, in *Economia della Cultura*, 2013, 4, 423 ss. Per un focus dedicato, sul punto, alla giustizia minorile v. P. PAZÉ, *Ripensare le misure penali come aiuto a percorsi di cambiamento*, in *Minorigiustizia*, 2013, 1, 7 ss.; S. NOSENGO, *La scuola come sede privilegiata di educazione e (ri)educazione*, in *Minorigiustizia*, 2013, 1, 81 ss.; C. LOSANA, *Le misure penali e i loro contenuti*

Un diritto che, in verità, assume esso stesso le vesti di dovere se declinato nella sua proiezione finalistica di matrice rieducativa e risocializzante.

Del resto, ormai da tempo, pacifico è il convincimento secondo il quale «il più sicuro ma più difficil mezzo di prevenire i delitti si è di perfezionare l'educazione»[92].

Peraltro, in assenza di una reale volontà di resipiscenza, frutto del sincero desiderio di compiere un percorso davvero rieducativo e risocializzante, al cospetto di "reiterate ribellioni" e permanendo episodi di intollerabile "disaffezione" circa "elementari" regole del "viver civile", la risposta sanzionatoria dell'ordinamento, non più solamente rieducativa, non può certo attendere.

In consimili occasioni, il ricorso all'incriminazione e la conseguente applicazione della pena divengono non certo espressione del fallimento dei percorsi di affermazione della "cultura della legalità"[93], che ben può essere invece radicata in seno alla maggioranza della comunità politica di riferimento, ma assurgono a strumento di difesa dei valori di civiltà faticosamente conquistati nel tempo a caro prezzo, apprezzati, però, non alla stregua di patrimonio assiologico definitivamente acquisito, bensì di principi ed ideali da curare e promuovere

---

educativi: una proposta di servizio civile, in *Minorigiustizia*, 2013, 1, 94 ss.; G. LAPI, *L'educazione dentro un carcere minorile*, in *Minorigiustizia*, 2013, 1, 171 ss.; S. MORETTI, C. STEFANELLI, *Educare in carcere: dal gruppo come minaccia al gruppo come risorsa*, in *Minorigiustizia*, 2013, 1, 187 ss. In generale, v. anche L. DECEMBROTTO, *Educare in carcere*, Trento, 2024; F. OGGIONNI, *L'educazione in carcere, tra principi costituzionali, intenzionalità e dimensioni informali*, in *Rivista SIPED*, 2019, 2, 384 ss.; F. TORLONE (cur.), *Il diritto al risarcimento educativo dei detenuti*, Firenze, 2016; T. SAVOIA, *L'educazione nel mondo carcerario*, in *CADMO*, 2015, 1, 41 ss. In ciò, un efficace veicolo può, ad esempio, essere rappresentato dal coinvolgimento dei reclusi in attività culturali che li vedano partecipi nella costruzione di azioni propositive che sollecitino curiosità ed impegno; tra queste, spicca certamente l'esperienza del teatro in carcere. In tema, per una compiuta disamina, v. A. TAORMINA, C. VALENTI, *Per una storia del teatro carcere in Italia. Reti, contesti e prospettive*, in *Economia della Cultura*, 2013, 4, 441 ss.; L. MILANI, *Trattamento o educazione: educare in carcere?*, in *Minorigiustizia*, 2007, 1, 79 ss. Circa, poi, le regole generali poste a disciplina delle modalità di svolgimento di detta azione positiva, v. *Protocollo d'intesa tra Ministero della Giustizia, Dipartimento dell'Amministrazione Penitenziaria, Istituto Superiore di Studi Penitenziari e Coordinamento Nazionale dei Teatri in Carcere*, rinvenibile in *Economia della Cultura*, 2013, 4, 533 ss.

[92] In tema, v. M. RUOTOLO, *Rileggendo Beccaria, oggi. Brevi riflessioni sui limiti del potere punitivo*, in *Diritto pubblico*, 2014, 2, 679 ss.

[93] Circa il tema della crisi in cui verserebbero i valori dell'etica e della legalità nell'attuale contesto sociale e culturale, v. A. DE CICCO, *Etica e legalità. Due valori in crisi di identità sociale e povertà educativa*, Roma, 2018.

quotidianamente, specie al cospetto di ogni potenziale minaccia che ne possa compromettere la più intima consistenza.

Ritornano in auge, per tale via, le tradizionali funzioni della pena: sanzionare, non certo per vendicare, bensì per "rendere giustizia", da un lato[94]; sterilizzare il pericolo di reiterazione di condotte criminose similari rispetto a quella punita, dall'altro[95].

dirittifondamentali.it

[94] Cfr. G. DI CHIARA, B. C. ALONGI, *Per un nuovo habitus: contesti culturali e itinerari operativi della restorative justice nel «tempo delle giustizie»*, in *Jus*, 2024, 33 ss.

[95] Cfr. R. BARTOLI, *Il diritto penale tra vendetta e riparazione*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2016, 1, 96 ss. Circa l'intento di fornire all'assunto "la pena è necessaria" se non una giustificazione, quantomeno una spiegazione, ricercando il paradigma esplicativo dell'ancestrale "bisogno di punire", v. C.E. PALIERO, *Il sogno di Clitennestra: mitologie della pena - pensieri scettici su modernità e archeologia del punire* in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2018, 2, 447 ss.

dirittifondamentali.it

Dirittifondamentali.it - Fascicolo 1/2025
Data di pubblicazione – 7 aprile 2025

Avvertire il giusto

di
Stéphane Bauzon*

SOMMARIO: 1. Avvertire il giusto nel mito di Prometeo nel Protagora – 2. Avvertire il giusto come il senso del ritegno, della misura e dell'ascolto – 3. Avvertire il giusto nell'Antigone di Sofocle- 4. Avvertire il giusto e l'empatia – 5. Avvertire il giusto e l'ontologia.

1. Avvertire il giusto nel mito di Prometeo nel Protagora

Ogni essere umano avverte spontaneamente ciò che è giusto o ingiusto in una relazione sociale. Chiunque è in grado di avvertire se un'azione è giusta o ingiusta in una situazione specifica. Uccidere una persona, rubare un oggetto o mentire alle persone sono atti immediatamente denunciati come ingiusti da ogni essere umano. La capacità di avvertire il giusto è presente in ogni essere umano. Il giusto non è però un calcolo sull'opportunità di compiere un'azione per soddisfare più facilmente un interesse personale. Con il suo celebre aforisma «*l'essere umano è la misura (mètron) di tutte le cose*»[1], il sofista greco Protagora ci dice che la realtà è giudicata tramite parametri comuni tipici del genere umano. Nel dialogo omonimo di Platone, Protagora ci mette in guardia contro il pericolo di una ragione umana calcolatrice insensibile al giusto nella vita sociale. Egli illustra il suo avvertimento evocando il famoso mito di Prometeo[2], quel titano che ha rubato il fuoco e la tecnica agli dèi per darli all'umanità. Prometeo è considerato il benefattore della specie umana, poiché senza i suoi doni del fuoco e della tecnica gli esseri umani sarebbero incapaci di sopravvivere di fronte ad altri animali e agli elementi

*Professore associato di Filosofia del diritto - Università di Roma Tor Vergata
[1] PLATONE, *Teeteto*, 152 a.
[2] PLATONE, *Protagora*, 320 c8-322 d5.

Contributo sottoposto a referaggio

dirittifondamentali.it

naturali. Prometeo e suo fratello Epimeteo furono incaricati da Zeus, durante la creazione della vita sulla Terra, di distribuire armoniosamente le qualità necessarie agli animali (umani e non umani) per garantire la loro mutua sopravvivenza. Epimeteo si appropria del compito che porta a termine perfettamente per le specie animali non umane[3]. Sfortunatamente, dimentica gli esseri umani, rimasti "nudi" e privi di potenti difese naturali (come artigli o pelliccia che hanno ricevuto altri mammiferi). La natura primordiale dell'umanità è presentata nella sua estrema vulnerabilità biologica che la condanna, a breve termine, all'estinzione. Per aver dimenticato gli esseri umani, Epimeteo è deriso nella tradizione greca come "colui che pensa dopo" (come indica l'etimologia del suo nome). Al contrario, suo fratello Prometeo è lodato per il suo senso della previsione (come indica il suo nome in greco). Di fronte allo sgomento della specie umana minacciata di estinzione appena creata e per rimediare all'imprudenza di suo fratello Epimeteo, l'astuto e previdente Prometeo decide di rubare il fuoco e la tecnica agli dèi per offrirli all'umanità. Con i doni presi dagli dèi, l'essere umano possiede oramai una natura capace di creare il fuoco e la tecnica. Gli esseri umani possono così fabbricare armi, confezionare abiti, coltivare la terra e accendere il fuoco per difendersi o cuocere il cibo. Il 'cotto' diventa il simbolo della cultura umana che lo distacca dal 'crudo' della natura animale[4].

Alla fine, però, ci dice Protagora, l'azione di Prometeo si dimostra non così astuta né così previdente da salvaguardare l'umanità. I suoi due doni divini, il fuoco e la tecnica, si rivelano infatti essere pericoli mortali per gli esseri umani che li utilizzano unicamente per esercitare una predazione bestiale sui beni e sulla vita altrui. L'uso del fuoco e della tecnica accresce smisuratamente la violenza delle incessanti guerre tra gli esseri umani, minacciando anche drasticamente la sopravvivenza delle altre specie animali. L'uso indiscriminato del fuoco e della tecnica ha rotto l'armonia naturale creata da Epimeteo. L'utilizzo del fuoco e della tecnica si rivela infine essere un flagello per l'umanità e per l'ambiente. Prometeo

[3] *Ibid.*, 321 b-c.

[4] C. LEVIS-STRAUSS, *Il crudo e il cotto* (1964), Milano, 2016.

non è quindi il benefattore dell'umanità[5] e deve provare vergogna per sé stesso[6]. Il titano non ha compreso la natura bestiale degli esseri umani, che li spinge ad utilizzare i doni del fuoco e della tecnica per soddisfare bisogni primari di predazione. Nel mito narrato da Protagora, Zeus è quindi costretto a intervenire per evitare che il fuoco e la tecnica distruggano l'umanità e le altre specie animali. Zeus conferisce allora a tutti gli esseri umani la capacità divina di avvertire il giusto nelle loro azioni, il che consente loro di controllare gli eccessi mortali dei doni di Prometeo. La capacità di avvertire il giusto è una saggezza politica (*sophia politikê*) che tempera le pulsioni bestiali degli esseri umani.

2. Avvertire il giusto come il senso del ritegno, della misura e dell'ascolto.

Nel mito di Prometeo di Protagora, la capacità di avvertire il giusto (il *dikaiosyne* in greco) è composta sia dal senso del ritegno (o *aidôs* in greco) che dal senso della misura (o *díkē* in greco). Questi due aspetti della capacità di avvertire il giusto, il ritegno (*aidôs*) e la misura (*díkē*), si rivelano nelle nostre relazioni e assicurano la coesistenza sociale. La traduzione del termine *aidôs* non è semplice. In generale, *aidôs* indica un pudore, un ritegno nel comportamento. Dalla sua etimologia *aidioa*, la parola *aidôs* indica una reazione fisica, quella di arrossire di imbarazzo in una situazione sociale che riduce l'essere umano al solo corpo animale. Per dare alcuni esempi semplici, *aidôs* indica la vergogna provata da colui che non è riuscito a trattenersi nei suoi bisogni biologici e si trova a essere visto, e deriso pubblicamente, mentre defeca, si masturba, vomita, si gratta le parti intime, ecc. Per non arrossire di vergogna, è importante riconoscere i limiti comportamentali imposti dalla società, evitando un irrispettoso difetto di trattenuta nella soddisfazione dei nostri bisogni biologici. L'*aidôs* indica un senso di pudore proprio dell'essere umano che ci consente di superare le nostre pulsioni animali. Le nostre

[5] Contrariamente a quanto pensa la tradizione produttivista moderna marxista e capitalista. Su questo punto, vedi P. SLOTERIJKS, *Il rimorso di Prometeo: Dal dono del fuoco al grande incendio del pianeta*, Venezia, 2024.

[6] G. ANDERS definisce la vergogna di Prometeo come « *il passaggio dell'uomo nel campo dei suoi strumenti* » che minaccia, con il fuoco nucleare, la sopravvivenza del pianeta, in *L'uomo è antiquato. Considerazioni sull'anima nell'epoca della seconda rivoluzione industriale* (1956),Torino, 2007.

azioni in società attestano il nostro *aidôs* e attestano l'onorabilità del nostro comportamento con gli altri. In questo senso, l'*aidôs* partecipa alla nostra umanità nel mondo.

Il testo del Protagora di Platone parla anche della *díkē* che, insieme all'*aidôs*, è costitutiva della capacità di avvertire il giusto. Anche in questo caso, non è facile penetrare il significato autentico della parola greca *díkē*. Qualsiasi traduzione conduce la nostra mente in una struttura linguistica necessariamente estranea al pensiero greco. Tuttavia, si osserva che la parola *díkē* si ritrova nella parola *díkaion*, che a volte viene tradotta come 'diritto'. Tuttavia, è fuorviante tradurre *díkaion* con il termine 'diritto', un termine che oggi si riferisce a un potere personale. *Díkaion* deve infatti essere inteso in modo oggettivo, come la capacità di avvertire il giusto, come una partecipazione alla giustizia, ciò che indica anche il termine *ius* in latino, che richiama la parola *iustitia*, la giustizia. Il *díkaion* non è quindi il diritto di fare o di non fare un'azione, né è una capacità di agire conferita a ciascuno da un testo legale. Il *díkaion* non è nemmeno la legge scritta, il diritto positivo (o *ius positivum*) che non esiste nel mondo antico. L'espressione *ius positivum* viene utilizzata nel XII secolo presso Abelardo. Solo dopo il 1210 viene impiegata dalla scuola di diritto di Bologna. A torto, Tommaso d'Aquino la usa per tradurre il *to díkaion nomikon* del libro V dell'*Etica Nicomachea* di Aristotele. La forte distinzione operata da Tommaso d'Aquino (e in seguito dagli autori moderni) tra diritto positivo e diritto naturale non è così radicale nella dottrina di Aristotele[7]. Il giusto di una relazione sociale, che Aristotele chiama *to díkaion politikòn*, è una misura che permette di comprendere i contorni dei rapporti umani. La legge scritta (o diritto positivo) è sempre incompleta per misurare il giusto di una relazione umana. Nessuno ha l'intelligenza sufficiente per dedurre il giusto di una relazione particolare a partire dalla generalità della legge. La colpa non è della legge, né dei legislatori, ma della natura delle cose umane che è sempre mutevole, ci dice Aristotele[8]. Il giusto rientra

[7] S. BAUZON, *Il mestiere del giurista, o del diritto politico nella prospettiva di Michel Villey*, Milano, 2001.

[8] ARISTOTELE, *Etica Nicomachea*, 1137, b, 17.

nella misura, che è *a priori* indeterminata, aggiunge[9]. Per Aristotele, la capacità di essere giusti nelle nostre relazioni sociali non nasce dal comandamento della legge. È invece il riconoscimento del limite naturale del diritto positivo a dare tutto il valore al giusto. La misura si libera nell'istante dell'azione che particolarizza la nostra moderazione umana in una relazione sociale. Il senso della misura (*díkē*) e del ritegno (*aidôs*) guida la nostra capacità di avvertire il giusto. Essi penetrano in modo ragionevole il sensibile e il singolare per renderci pienamente umani.

La capacità di avvertire il giusto appartiene a tutti gli esseri umani. A differenza della conoscenza delle arti tecniche (come l'architettura, la medicina o l'ingegneria), il giusto non appartiene unicamente agli iniziati dell'arte giuridica. La capacità di avvertire il giusto è presente in ogni essere umano. Tutti sono in grado di cogliere il giusto o l'ingiusto di una relazione sociale, compresi gli *idiotes* (parola greca che indica coloro che sono senza istruzione), come dichiara Zeus nel mito di Prometeo di Protagora. La capacità di avvertire il giusto è un dono divino di Zeus (il Dio supremo della vita[10]) fatto a tutti gli esseri umani per permettere la coesistenza sociale. Nella Bibbia, la capacità di avvertire il giusto è presentata anch'essa come un dono divino. All'inizio dell'Antico Testamento, è un dono divino che fu dato solamente a Salomone, il figlio e l'erede del grande re Davide. In un sogno, Dio invita Salomone a fargli una richiesta. In risposta, Salomone non chiede né fama, né nuovi territori, né oro, né donne. Salomone chiede a Yahweh di dargli un cuore docile[11] che sia in ascolto degli altri per comprendere il giusto. Nel racconto biblico, il re d'Israele esercita poi la sua capacità di essere giusto in un processo che oppone due prostitute per la custodia di un bambino. Salomone afferma così l'accesso di tutti alla giustizia utilizzando il suo dono divino in un conflitto che oppone due donne la cui professione le colloca in fondo alla gerarchia sociale. Con la sua astuta proposta di tagliare in due il neonato conteso da queste due meretrici, comprende nel suo cuore chi è la vera madre: colei che accetta di perderne la custodia pur di salvare il suo bambino. Nel testo ebraico, è scritto che Salomone riceve da Yahweh

[9] *Ibid.*, 1137, b, 29.

[10] Il nome Zeus deriva dalla parola *zoè*, che indica la vita in greco.

[11] "*Concedi al tuo servo un cuore docile perché sappia rendere giustizia al tuo popolo*" , 1*Re* 3,9

un *lev sh'ma*; "*lev*" significando cuore e "*sh'ma*" significando ascoltare, comprendere ma anche obbedire, come si vede anche nel versetto del Deuteronomio: "*sh'ma Israele*", "*Ascolta, o Israele*". Nell'Antico Testamento, il *lev sh'ma* viene poi esteso a tutti gli Ebrei in Geremia. Nel Nuovo Testamento, la capacità di avvertire il giusto è data a tutti gli esseri umani, poiché « *le esigenze della legge sono scritte nel cuore di ciascuno* »[12]. Il *lev sh'ma* è un ascolto degli equilibri sociali che si rifiuta di vedere la difesa di un interesse privato rivendicato ed esasperato dalle emozioni di un solo individuo.

3. Avvertire il giusto nell'Antigone di Sofocle

Il cuore del giusto è in ascolto degli altri. Se la capacità di avvertire il giusto è un grido del cuore, tuttavia il sentimento del giusto impone anche una sorta di ritegno (*aidôs*) o di limite nel comportamento degli uni rispetto agli altri. Sentire il giusto è fin dall'inizio un modo di essere con gli altri, è un comportamento che comanda certe attitudini nei confronti della condizione di esistenza e di perpetuazione dell'ordine della città. A questo proposito, sorge una domanda: sentire il giusto consiste nel gridare il proprio dolore di fronte alla tirannia, come fa ad esempio Antigone? La tragedia di Sofocle è il racconto di un conflitto che oppone l'espressione dei legami affettivi (rappresentati dalla figura di Antigone) alle prerogative dello Stato (rappresentato dalla figura di Creonte). Antigone è una delle opere più incisive del teatro mondiale, ha suscitato numerose interpretazioni in cui si osservano conflitti tra uomo e donna, giovinezza e vecchiaia, mortali e divinità, vivi e defunti, e soprattutto, in modo centrale, tra l'individuo o la famiglia da un lato, e la città o la collettività dall'altro[13]. «*Il tragico dell'azione di Antigone*»[14] si trova nella sua esigente richiesta di seppellire suo fratello Polinice, nonostante egli abbia preso le armi contro la sua stessa città. Contro la sua rivendicazione, Creonte difende la necessità di mantenere l'ordine nella città e vieta la sepoltura al traditore Polinice (uno dei due fratelli di Antigone) in nome della tradizione giuridica

[12] PAOLO, *Romani* 2-15.
[13] J. DE ROMILLY, *La tragédie grecque*, Paris, 1970, p. 84.
[14] P. RICOEUR, *Soi-même comme un autre*, Paris, 1990, pp. 280-290.

ellenica che proibisce di seppellire un nemico della patria[15]. Fin dall'epoca di Aristotele, l'interpretazione comune della tragedia vede in Antigone l'incarnazione della legge naturale (*kata physin*) che deve prevalere sulla legge positiva di Creonte: «*tutti gli esseri umani percepiscono (manteuontai) il giusto e l'ingiusto che esiste per natura ed è comune a tutti gli esseri umani anche se non esiste tra loro nessuna comunità o contratto (sunthèkè); è ovviamente, per esempio, ciò di cui parla Antigone in Sofocle, quando afferma che era giusto infrangere il divieto e seppellire Polinice; perché questo è giusto per natura (physei on touto dikaion). 'Legge che non è né di oggi né di ieri, che è eterna e di cui nessuno conosce l'origine'*»[16]. La tragedia di Sofocle è spesso assimilata alla dicotomia classica tra "diritto positivo" e "diritto naturale", a una lotta tra il "diritto in vigore" (l'editto di Creonte) e il "diritto ideale" (i principi inamovibili di Antigone). In linguaggio giuridico moderno, Creonte commette un'ingiustizia perché attenterebbe al diritto costituzionale non scritto della città greca[17], ed «*è questa usurpazione che fa la differenza tra il despota e il vero re*»[18]. Il decreto di Creonte si legge quindi come una legge ordinaria suscettibile di essere considerata illegittima alla luce di principi di ordine superiore[19] che sono «*le regole non scritte e inamovibili degli dèi. Né di ieri né di oggi, queste regole esistono da sempre e nessuno sa da dove siano apparse*»[20] che invoca Antigone. Queste regole, indicate dalla parola greca *nomina*, giustificano quindi gli atti di ribellione o di disobbedienza civile contro la tirannia della legge positiva. La lettura tradizionale della tragedia di Antigone rimane in un antagonismo binario e conflittuale che richiede una nuova discussione filosofica.

dirittifondamentali.it

[15] E. CANTARELLA, *Contro Antigone o dell'egoismo sociale*, Torino, 2024, p. 43.
[16] ARISTOTELE, *Retorica,* 1373, b, 4-13.
[17] J.-M. NARBONNE, *Démocratie dans l'Antigone de Sophocle ; une relecture philosophique*, Paris, 2024.
[18] D. DE BECHILLON, « Retour sur la nature. Critique d'une idée classique de droit naturel », in *Michel Villey et le droit naturel en question*, sous la dir. de J. NIORT et G. VANNIER, Paris, 1994, p. 66.
[19] J. MARITAIN, *Les droits de l'homme et la loi naturelle*, Fribourg-Paris,1988.
[20] SOFOCLE, *Antigone*, v. 450-457.

L'interpretazione aristotelica del giusto nell'Antigone di Sofocle è in parte messa in discussione da Hegel che, nelle sue *Lezioni di estetica*[21], oppone i sentimenti «*diurni della vita libera e consapevole del popolo e dello Stato*» di Creonte alle emozioni interiori nate dall'«*amore del sangue familiare*» di Antigone. La rivendicazione di Antigone inizia allora a essere percepita come una visione oscura del giusto rivolta verso gli interessi propri e non verso i bisogni degli altri. In questo senso, Antigone è letta come l'incarnazione del "desiderio puro" da Jacques Lacan. Lo psicoanalista vede il suo grido del cuore come l'espressione del desiderio di morte: «*Antigone porta fino al limite il compimento di ciò che si può chiamare il desiderio puro, il puro e semplice desiderio di morte in quanto tale. Questo desiderio, lei lo incarna*»[22]. In questa nuova lettura del personaggio di Antigone, le sue regole (*nomina*) non hanno nulla in comune con la capacità di sentire il giusto (*l'aidôs* e la *dikè*) di cui parla il sofista Protagora. In contrasto con l'interpretazione comune, l'emozione di Antigone può essere analizzata come appartenente ad una natura autonomista che la rende incapace di essere in ascolto dei bisogni della Città. A sostegno di questa diversa lettura della tragedia, è importante notare che il poeta Sofocle fa dire al coro[23] che le ragioni di Antigone sono preda di una vera e propria follia, che è diventata *apolis* a causa di un'audacia eccessiva, insolenza e arroganza (*tolmas kharin*)[24]. Più ancora che il rispetto della legge divina, è l'amore appassionato di una sorella per il fratello che si esprime nella bocca di Antigone. Ne consegue che i gridi di Antigone si rapportano «*ciecamente al nomos in maniera auto-riferente e auto-centrata*»[25]. La figlia di Edipo ha il cuore legato alle sue emozioni personali e il suo cuore resta sordo alle esigenze della sua società, la città di Tebe. Antigone si aggrappa alle sue emozioni la cui dimensione auto-riferente non riconosce più l'alterità e non accetta le limitazioni che comporta tale riconoscimento: Antigone «*si dissocia dalla díkē*»

[21] HEGEL, *Lezioni di estetica (1823),* Roma, 1978, p. 612.
[22] J. LACAN, *Le séminaire. Livre VII. L'éthique de la psychanalyse* 1959-1960, Paris, 1986, p. 328-329.
[23] SOFOCLE, *Antigone*, v. 383.
[24] *Ibid*., v. 370-371.
[25] F. CIARAMELLI, *Pour une relecture de l'Antigone comme tragédie du nomos, in* Metodo. International Studies in Phenomenology and Philosophy, Milano, Vol. 2, n. 1 (2014), p. 210.

scrive Lacan[26]. È persa nella solitudine di un soggetto preda della pulsione di morte dissociata dai principi della legge umana. Per il filosofo del diritto Michel Villey, Antigone non è neanche la rappresentazione del diritto naturale, poiché «*se qualcuno in questa tragedia rappresenta il diritto naturale, sarebbe la dolce Ismene, la quale rimprovera alla sorella di opporsi alla natura, alla natura femminile, volendo sollevarsi da sola contro la forza del destino*»[27]. Anche Ismene testimonia un amore fraterno insuperabile, ma intende rispettare le esigenze delle regole della vita pubblica. Invano, Ismene rimprovera ad Antigone la sua opposizione radicale alle leggi della città di Tebe. Mentre Antigone resta schiava delle sue emozioni, senza riguardo per le necessità della vita pubblica, Ismene esprime la sua compassione per il destino altrui di Antigone integrandovi il suo rispetto per le regole della vita comune dettate da Creonte. Nel dialogo con Ismene, «*il discorso monocorde di Antigone, sempre uguale a se stesso, attesta il suo incredibile egocentrismo*»[28]. Nella sua volontà di sollevarsi da sola contro le esigenze sociali, Antigone manca completamente del senso del ritegno (*aidôs*) e della misura (*dikè*). Le emozioni auto-riferenti di Antigone la rendono incapace di concepire una realtà diversa da quella che serve al suo interesse personale. Solo un'emozione aperta alle emozioni altrui può dirsi giusta.

4. Avvertire il giusto e l'empatia

L'emozione che provo al posto dell'altro è il segno dell'empatia. Questa ci permette di valutare i comportamenti umani. Nel XVIII secolo, filosofi come David Hume o Adam Smith pongono l'empatia come fondamento della socialità. Secondo loro, la compassione per gli altri esprime un'identificazione con l'altro che permette la salvaguardia del legame sociale. L'empatia diventa la tesi principale di Hume per il

[26] J. LACAN, L*e séminaire. Livre VII*, cit., p. 324.
[27] M.VILLEY, *Leçons d'histoire de la philosophie du droit*, Paris, 1962, p. 123.
[28] E. CANTARELLA, *Contro Antigone o dell'egoismo sociale*, cit., p. 72.

quale «*gli spiriti degli uomini sono specchi l'uno per l'altro*»[29]. Nel suo libro *La teoria dei sentimenti morali* (1759), Smith loda l'emozione umana (che chiama 'simpatia') che mi fa entrare in un altro io oltre al mio. La compassione, l'empatia o la simpatia hanno in comune l'indicazione della possibilità cognitiva di condividere le emozioni altrui, il che fa sì che un modo di agire in società appaia conveniente o, al contrario, biasimevole. E' mettendomi nei panni dell'altro e misurando la concordanza o la dissonanza delle emozioni che provo con quelle di un'altra persona che posso entrare in cooperazione sociale con loro. Le emozioni indicano il nostro modo di avvertire il dolore o la gioia altrui e permettono così di creare legami sociali. Tuttavia, non devono essere sopravvalutate. Le emozioni favoriscono la nostra capacità di essere giusti senza però identificarci con essa. Le emozioni rimangono al di sotto della nostra piena umanità.

Anche le grandi scimmie (come lo scimpanzé o il bonobo) sono suscettibili di provare le emozioni altrui e poi di attuare una cooperazione sociale. Da un punto di vista strettamente biologico, gli esseri umani e le grandi scimmie appartengono alla famiglia degli ominidi, che fa parte dell'ordine dei primati. Gli ominidi (umani e non umani), come dimostrano i recenti lavori dei primatologi[30], sono animali gregari che hanno la particolarità biologica di identificare gli stati emozionali dei loro simili. A torto, la possibilità di tenere conto delle emozioni altrui è stata a lungo considerata esclusiva del genere umano. In realtà, anche le grandi scimmie possiedono questa attitudine sociale. Gli ominidi non umani comprendono le emozioni delle altre grandi scimmie per poi aiutarsi all'interno del gruppo sociale. È innegabile che gli ominidi (umani e non umani) condividano l'aver ricevuto "*dall'evoluzione autentiche pulsioni cooperative e inibizioni contro comportamenti suscettibili di nuocere al gruppo di cui facciamo parte*"[31]. La compassione verso gli altri serve gli interessi biologici fondamentali della vita sociale degli ominidi. La condivisione delle emozioni personali tra gli ominidi (umani o non) gioca un ruolo

[29] D. HUME, *Trattato della natura umana (1740)*, libro II.
[30] F. DE WAAL, *Primates and Philosophers- How Morality Evolved*, Princeton, 2006. C. SUEUR, *Les péripéties d'un primatologue*, Paris, 2024.
[31] F. DE WALL, *La scimmia che siamo*, Milano, ,2006, p.242.

decisivo nella valutazione degli effetti di un comportamento. Pur essendo più elaborata rispetto a quella degli ominidi non umani, l'attitudine empatica umana si colloca quindi nella continuità di quella delle grandi scimmie: si tratta di un dato biologico per spiegare la vita in società degli ominidi (umani o non). La possibilità di possedere un'intelligenza emotiva, di essere empatici e di cercare cooperazione sono caratteristiche della socialità degli ominidi. La famosa legge biologica (ispirata al darwinismo) della sopravvivenza dell'individuo più adatto è sicuramente importante nella competizione naturale, ma non costituisce una regola fondamentale per la coesistenza sociale degli ominidi (umani e non) che prediligono una cooperazione sociale basata sull'empatia. La possibilità di essere in sintonia con le emozioni degli altri consente la vita gregaria degli ominidi. L'empatia per la sofferenza o la gioia altrui si rivela fondamentale per la loro coesistenza sociale. Gli ominidi (umani e non umani) stigmatizzano severamente l'individuo che non possiede alcuna emozione per gli altri; la sua mancanza di empatia comporta sistematicamente il suo allontanamento (tramite la morte, l'esilio o la prigione per gli esseri umani) dal gruppo di appartenenza.

La possibilità di avvertire le emozioni altrui per aiutarsi a vicenda (al fine di alleviare la sofferenza degli altri e migliorare il proprio benessere) è costitutiva dell'etica della reciprocità apprezzata da Hume e Smith e presentata in quasi tutte le grandi culture umane con l'adagio «*non fare agli altri ciò che non vorresti fosse fatto a te*». L'etica della reciprocità si propone come un dato naturale della coesistenza che tutti devono imprescindibilmente rispettare. La compassione per gli altri e il bisogno di aiuto reciproco sono il risultato di una socialità biologica che condividiamo con le grandi scimmie. Di conseguenza, violare il principio dell'etica della reciprocità costituisce una involuzione biologica verso uno stato bestiale inferiore a quello delle grandi scimmie. La povertà di un mondo di umani insensibili alle sofferenze e alle gioie altrui (tipica dei criminali) li fa decadere dal rango di ominidi a quello di animale nocivo per il loro gruppo sociale di appartenenza. L'empatia e la cooperazione delle grandi scimmie e degli esseri umani esprimono una medesima esigenza ontica. Certamente, l'etica della

reciprocità si esprime con notevoli differenze tra i vari tipi di ominidi. La vita sociale umana esprime infatti il culmine di ciò che chiamiamo solidarietà rispetto alla vita sociale degli ominidi non umani, che ne è solo un abbozzo. Collegata biologicamente ai comportamenti sociali delle grandi scimmie, l'etica della reciprocità è vitale per garantire la cooperazione sociale degli ominidi (umani o non). Di per sé, l'etica della reciprocità non è quindi una caratteristica esclusiva del genere umano.

5. Avvertire il giusto e l'ontologia

Proprio come la capacità di accendere un fuoco per cucinare alimenti, la capacità di avvertire il giusto è una caratteristica propria dell'umanità. Nessun altro animale possiede tali capacità. Grazie alla sua capacità di avvertire giusto, la vita sociale degli esseri umani è ontologicamente diversa da quella degli altri ominidi. La capacità di moderazione e di misura in una posizione di ascolto degli altri conferisce agli esseri umani una natura sociale che li distingue ontologicamente dai grandi primati. Le emozioni sono ontiche, sono nella creatura, nella biologia del vivente, ma sono incapaci di raggiungere l'essenza della natura umana. Una misura e una trattenuta delle nostre emozioni sono indispensabili per comprendere il significato dell'essere umano. Come principio per la creazione di una piena umanità, la capacità di avvertire il giusto è una questione ontologica. Essa differisce dai bisogni ontici delle emozioni che derivano da una verità semplice, come la sofferenza e il benessere degli individui, e che si riferiscono agli oggetti determinati del mondo sociale. Ascoltando il mondo con ritegno e misura, la capacità strettamente umana di avvertire il giusto esprime la natura della vita umana. Mettendosi al di là e oltre le emozioni dei nostri bisogni biologici animali, la capacità di avvertire il giusto si presenta come un'esplorazione ontologica che tenta di decifrare il significato profondo della vita umana. Non si colloca con il mondo e nel mondo come l'animale, ma di fronte al nostro mondo, cercando di ascoltare l'eccellenza (presentata come un dono divino dai classici) del nostro cuore. La socialità umana raggiunge quindi il suo massimo punto di eccellenza superando i

dirittifondamentali.it

conflitti delle emozioni legate alla competizione biologica tra il Io e il Tu (e tra il Noi e loro). Avvertire il giusto segna il compimento dell'ontologia del Io che sovrasta l'ontico dei bisogni del Mio.

La capacità di avvertire il giusto passa per il ritegno (*aidôs*) e la misura (*Díkē*), qualità proprie della natura umana che richiedono però di essere attualizzate attraverso l'ascolto dell'ontologia umana. Nel mito di Prometeo, Protagora introduce il ritegno e la misura come doni posteriori a quello del fuoco. Questi ultimi doni indicano la caratteristica propria dell'umanità: avvertire il giusto. Ci permettono di superare i nostri bisogni biologici di animali per accedere pienamente al genere umano. La capacità di avvertire il giusto costituisce la nostra umanità, imponendo nella carne di ogni individuo la necessità di assumere le proprie responsabilità verso sé stesso e verso la società. Come capacità di ascolto misurato delle esigenze naturali nella coesistenza comune, il giusto non è un ideale perfetto. Avvertire il giusto non è il risultato di un intelletto puro come quello della matematica, poiché nella «*realtà sensibile, non esiste una sola linea assolutamente dritta, né una curva assolutamente curva*»[32]. Attraverso la sua capacità di avvertire il giusto, l'umanità rende omaggio alla sua parte non animale esercitando la parte divina della natura umana. Avvertire il giusto partecipa alla *theia moira*, al lotto divino dato agli esseri umani. Lontano dall'essere un assoluto, la capacità di avvertire il giusto è una responsabilità condivisa e radicata nell'umanità di ciascuno. Ognuno deve ascoltare il proprio cuore con misura e ritegno per comprendere il giusto; questa è una questione ontologica che incarna l'umanità che fa dire al Figlio dell'uomo: «*perché non giudicate voi stessi ciò che è giusto?*»[33].

[32] Protagora, citato da ARISTOTELE, *Metafisica*, 998 a.
[33] LUCA 12,57.

dirittifondamentali.it

dirittifondamentali.it

Dirittifondamentali.it - Fascicolo 1/2025
Data di pubblicazione – 7 aprile 2025

Lo statuto giuridico del fine vita tra giurisprudenza costituzionale e legislazione regionale

di
Ornella Spataro*

SOMMARIO: 1. Il perdurante silenzio del Parlamento sul tema del fine vita tra giurisprudenza costituzionale e interventi regionali. - 2. L'attuazione con legge regionale dei principi posti dalla giurisprudenza costituzionale - 3. Un'ulteriore conferma del ruolo normativo della Corte costituzionale: la sentenza n. 135 del 2024 tra apparenti conferme e sviluppi possibili. - 4. Quale spazio per la discrezionalità legislativa?

1.Il perdurante silenzio del Parlamento sul tema del fine vita tra giurisprudenza costituzionale e interventi regionali.

Nel perdurante silenzio del legislatore sui temi spinosi del fine vita e del suicidio assistito, è toccato alla Corte costituzionale il compito di intervenire con una sentenza, la n. 135 del 2024, che aggiunge un ulteriore tassello al tormentato percorso già intrapreso a partire dalla storica ordinanza n. 207 del 2018[1]. La Corte costituzionale, superando la polarizzazione che si addensa attorno alle questioni del fine vita, ha elaborato una sintesi possibile tra le visioni contrapposte, sostanzialmente producendo, ancora una volta, il compromesso politico che il Parlamento non è riuscito a trovare. Com'era prevedibile, peraltro, la Corte è tornata a esprimere «il forte auspicio» che il legislatore intervenga con una «diversa disciplina», oppure assicurando «concreta attuazione ai principi fissati». E invero, a distanza di sei anni dalla sentenza n. 242 del 2019, che invitava il legislatore ad

*Professoressa associata di Diritto costituzionale nell'Università di Palermo.

[1] Il riferimento è alla notissima ordinanza n. 207 del 2018, cui ha fatto seguito la sentenza n. 242 del 2019. La letteratura in argomento è vastissima; nell'impossibilità di darne conto, si rimanda ai commenti ospitati in testa alle due pronunce in *ConsultaOnline*. Sui rapporti tra Corte costituzionale e legislatore in materia di fine vita, v., tra gli altri, G. ARCONZO, *Il diritto a una morte dignitosa tra legislatore e Corte costituzionale*, in T. CERRUTI (a cura di), *L'elaborazione di un diritto alla morte dignitosa nell'esperienza europea*, Roma, 2023, 49 ss.

Contributo sottoposto a referaggio

intervenire per colmare gli spazi lasciati scoperti dalla legge n. 219 del 2017, i moniti del giudice delle leggi sono rimasti inascoltati, e le tematiche dei diritti della persona rispetto alla fine della vita continuano a rimanere esposti alle variabili empiriche dei casi singoli, di volta in volta affidati alla tutela giurisdizionale. È comunque da rilevarsi che la strada della discrezionalità politica è sempre più stretta: prescindendo dalla trasposizione legislativa delle decisioni già assunte dalla Consulta, con le integrazioni e i completamenti necessari, una legge di diverso contenuto rischierebbe di porsi in conflitto con la giurisprudenza costituzionale[2]; d'altro canto, come si cercherà di dimostrare, l'alternativa di proseguire nell'atteggiamento di inerzia, lasciando alla Corte costituzionale il ruolo di determinare le possibilità ordinamentali sulle scelte del fine vita, presenta non pochi inconvenienti, ed espone il sistema ad un vuoto pericoloso sul piano dei processi democratici che devono presidiare il rapporto tra l'autodeterminazione e l'esercizio delle potestà pubbliche.

La cronaca continua a presentare casi di drammatica attualità, da cui affiorano i molteplici risvolti che la questione del fine vita presenta, ponendo problemi giuridici di vastissima portata, che richiederebbero soluzioni stabili, adottate in sede normativa. Per altro verso, l'inerzia del legislatore statale ha alimentato iniziative legislative a livello regionale[3], che tentano di aggirare il blocco di potere

[2] Ha suscitato perplessità la presentazione, nella legislatura in corso, del d.d.l. A.S. 1083, che prevede una mera riduzione della pena se chi aiuta al suicidio convive stabilmente con il malato e agisce in stato di grave turbamento determinato dalla sofferenza altrui; il medesimo d.d.l. interviene sulla l. n. 219/2017, negando la possibilità di sospendere l'idratazione e l'alimentazione forzata, e realizzando così una violazione dell'art. 32 Cost., oltre che del giudicato costituzionale.

[3] La proposta di approvare una legge in materia è stata bocciata in Puglia, in Veneto e in Friuli Venezia Giulia. In Sardegna, in Liguria e in Piemonte il testo normativo è stato bloccato all'approvazione di una pregiudiziale di costituzionalità da parte dei relativi Consigli regionali; in Veneto l'approvazione della legge è saltata di misura. Da ultimo, ha fatto molto discutere l'approvazione di una legge regionale toscana, dal titolo «Modalità organizzative per l'attuazione delle sentenze della Corte costituzionale 242/2019 e 135/2024», che disciplina la procedura per accedere al suicidio medialmente assistito, individuando i requisiti di accesso alla pratica, le modalità di verifica delle condizioni, i tempi, i compiti delle Asl, che devono assicurare il farmaco e mettere a disposizione il personale sanitario fatta salva l'obiezione di coscienza, e indica i requisiti professionali dei membri della commissione che con il comitato etico locale valuta l'istanza. L'opposizione consiliare ha presentato ricorso al Collegio di

rappresentato dalla sostanziale abdicazione del Parlamento, dando attuazione a quanto statuito dalle sentenze della Corte costituzionale. Ciò ha suscitato un controverso dibattito a livello politico e dottrinale: la materia in questione verte su titoli competenziali esclusivi dello Stato, contemplati all'art. 117, co. 2, Cost., lett. *m*), per quanto riguarda i livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali; lett. *l*)[4], ovvero l'ordinamento penale, poiché si tratta di incidere sull'ambito di applicazione dell'art. 580 c.p., e l'ordinamento civile[5], per i profili connessi all'art. 5 c.c., che, com'è noto, vieta gli atti di disposizione del proprio corpo[6]. D'altronde, il fatto che il tema della morte dignitosa verta su interessi primari della persona, per i quali non è concepibile un trattamento giuridico frazionato territorialmente, è facilmente intuibile; a prescindere, però, dalle scelte sostanziali, che sono irrimediabilmente precluse alla legislazione regionale, resta la questione del completamento procedurale di quanto statuito dal legislatore, con la legge n. 219 del 2017, e dalla Corte costituzionale. Ciò chiama in causa una molteplicità di profili, che riguardano non solo il rapporto tra le competenze statali esclusive in materia di ordinamento civile e penale e la potestà concorrente in materia di tutela della salute, nella quale va senz'altro ricompresa l'organizzazione sanitaria: si tratta, infatti, di procedere ad una delicata *actio finium regundorum* anche all'interno di quest'ultima, distinguendo tra i principi fondamentali e il restante ambito. Non può essere oggetto di normazione regionale tutto ciò che concerne la relazione tra medico e paziente (riconducibile ai rapporti privati[7], e, dunque, alla materia dell'ordinamento civile), cui pertiene, secondo la Corte costituzionale, la materia della verifica pubblica delle condizioni che rendono lecito

garanzia statutaria della Regione Toscana, richiedendo una valutazione della conformità della legge allo Statuto; il relativo vaglio si è concluso nel senso dell'infondatezza, di qui la promulgazione e la pubblicazione della legge, che è avvenuta il 14 marzo 2025.

[4] Cfr. 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 *Riv. del Gruppo di Pisa*, 1, 2023,105 ss., e G. RAZZANO, *Le proposte di leggi regionali sull'aiuto al suicidio, i rilievi dell'Avvocatura Generale dello Stato, le forzature del Tribunale di Trieste e della commissione nominata dall'azienda sanitaria*, in *Consulta Online*, 1, 2024, 69 ss.

[5] Corte cost., sent. 14 dicembre 2016, n. 262.

[6] Corte cost. sent. 4 luglio 2006, n. 253. In dottrina, C.M. MAZZONI, M. PICCINI, *La persona fisica*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di G. IUDICA, P. ZATTI, Milano, Giuffrè, 2016, 13 ss.

[7] Corte cost., sent. 2 dicembre 2021, n. 228.

il suicidio assistito[8], ai sensi delle leggi n. 24 e 219 del 2017. Lo stesso può dirsi laddove si incidesse sul contratto atipico di spedalità, di diritto privato, che si instaura fra ente sanitario e assistito[9], nel quale potrebbero rientrare le prestazioni complesse di assistenza sanitaria in sede di auto-somministrazione del preparato letale autorizzato; inoltre, la previsione obbligatoria dell'assistenza medico-infermieristica al malato riguarderebbe il rapporto di impiego con l'ente sanitario, anch'esso riservato allo Stato[10] e alla contrattazione collettiva nazionale. Per altro verso, la disciplina degli istituti strumentali all'autodeterminazione terapeutica identifica principi fondamentali nell'ambito della legislazione concorrente sulla tutela della salute; pertanto, il legislatore regionale è tenuto al rispetto di quanto previsto negli artt. 1 e 2 della l. n. 219 del 2017, che, secondo la sentenza n. 242 del 2019, costituisce «preciso punto di riferimento» per ricavare la «procedura medicalizzata» da seguire nei casi in cui sia consentito l'aiuto al suicidio[11].

2. L'attuazione dei principi posti dalla giurisprudenza costituzionale con legge regionale

È evidente, anche alla luce di quanto già esposto, che la molteplicità dei profili implicati rende molto intricata la questione della individuazione delle competenze legislative, e spiega il difetto di una risposta univoca tanto da parte della dottrina, quanto da parte degli organismi di garanzia statutaria che sono stati interpellati[12]. Per risolvere questo complesso coacervo[13] appare utile tuttavia ricondurre il ragionamento ai suoi punti focali, tralasciando le implicazioni possibili ed eventuali e guardando solo ai tratti essenziali della vicenda: per verificare qual spazi rimangano nella disponibilità del legislatore regionale occorre dunque partire

[8] Corte cost., sent. 22 novembre 2019, n. 242, p. 5 *cons. dir.*
[9] E. CONTI, *Contratto di spedalità e regimi di tutela nei confronti dei terzi*, in *Giur. It.*, 2023, 815 ss.
[10] Corte cost., sent. 26 novembre 2020, n. 251.
[11] P. 7.2 *cons. in dir*.
[12] V. la delibera 12/2023 della Consulta di Garanzia statutaria dell'Emilia-Romagna, il parere n. 1/2023 del Collegio regionale delle Garanzie Statutarie dalla Regione Abruzzo, il parere n. 1/2023 della Commissione di Garanzia del Consiglio regionale del Piemonte.
[13] Per una dettagliata disamina, v. F.G. PIZZETTI, *La proposta di legge piemontese in materia di assistenza al suicidio, alla luce della giurisprudenza costituzionale e del riparto di competenze Stato-Regioni*, in *Il Piemonte delle Autonomie*, 1, 2024, spec. par. 3.

da quanto statuito dalla Corte costituzionale. La sentenza n. 242 del 2019 ha introdotto una possibilità ordinamentale di aiuto al suicidio, definendone i principi generali e facendo riferimento alle disposizioni già rinvenibili nell'ordinamento, contenute nella legge n. 219 del 2017. Secondo la suddetta sentenza l'aiuto al suicidio è ammissibile come risvolto dell'autodeterminazione terapeutica di soggetti che siano affetti da patologie irreversibili, tali da provocare gravi sofferenze fisiche o psicologiche, che dipendano da trattamenti di sostegno vitale e abbiano la capacità di prendere decisioni libere e consapevoli: in situazioni di questo tipo, lungi dal configurarsi un vero e proprio diritto al suicidio, la libertà di autodeterminazione del malato nella scelta delle terapie comprende anche quelle finalizzate a liberarlo dalle sofferenze[14]. Nella volontà di assicurare l'effettività dei diritti fondamentali violati dalla norma incostituzionale, la Corte ha dunque proceduto a un'addizione normativa che avrebbe dovuto essere, secondo quanto dichiarato nella medesima sentenza, auto-applicativa, in attesa dell'auspicato intervento del legislatore.

Passando però dalla dimensione teorica a quella attuativa, l'esercizio del diritto così riconosciuto dalla Corte presuppone l'introduzione, in concreto, di una prestazione sanitaria, ottenibile solamente a fronte della sussistenza delle predette condizioni, la cui verifica compete esclusivamente all'amministrazione. La Corte costituzionale non ha riconosciuto, infatti, una libertà di scelta immediatamente azionabile come tale; né ha ammesso l'esercizio di un diritto sociale a ricevere sempre e comunque, da parte del servizio sanitario nazionale, la prestazione dell'ausilio medicalizzato a interrompere la vita; a riprova di ciò la sentenza n. 242 fa riferimento alla possibilità dell'obiezione di coscienza da parte del personale sanitario[15]. Si tratta, dunque, di una prestazione sanitaria che non può ritenersi liberalizzata, poiché ciò arrecherebbe un intollerabile *vulnus* al complesso dei principi costituzionali coinvolti nella vicenda del fine vita e alla stessa

[14] C. TRIPODINA, *La "circoscritta area" di non punibilità dell'aiuto al suicidio. Cronaca e commento di una sentenza annunciata*, in *Corti supreme e salute*, 2, 2019, p. 7.

[15] V. C. CARUSO, *Al servizio dell'unità. Perché le Regioni possono disciplinare (con limiti) l'aiuto al suicido, in Il Piemonte delle autonomie*, 1, 2024.

configurazione dello stato sociale[16]. Il diritto alla prestazione sanitaria è riconosciuto come condizionato alla sussistenza di precisi elementi, che sottendono una disciplina amministrativa dei compiti assegnati agli organi del servizio pubblico[17]: l'assistenza medica al suicidio è riconosciuta come legittima solo in presenza di requisiti necessari, il cui accertamento è affidato a «strutture pubbliche del servizio sanitario nazionale», come peraltro già fatto, ad esempio, in materia di procreazione medicalmente assistita[18]. Inoltre, la sentenza n. 242 evoca la necessità del consenso informato, oltre che del fatto che deve sempre essere garantita al malato la terapia del dolore, e fa riferimento all'intervento di organi terzi (i comitati etici). Tuttavia la prassi operativa ha evidenziato alcune lacune sul piano procedurale, che richiedono di essere colmate ai fini dell'effettività del diritto dei singoli. È accaduto, infatti, che persone che ritenevano di trovarsi nelle condizioni individuate dalla Corte per l'accesso al suicidio medicalmente assistito hanno cominciato a rivolgersi alle Asl competenti per territorio per essere assistite nel percorso di fine vita. Ciò ha fatto affiorare una serie di problemi connessi all'apparato burocratico e all'interpretazione delle norme applicabili, dinanzi alle quali le Asl hanno fatto fatica a dare risposte soddisfacenti e tanto meno univoche; le ricadute pratiche di queste difficoltà si sono evidenziate in termini di disparità di trattamento sul piano delle prestazioni di aiuto al suicidio concretamente erogate, in termini di fornitura del farmaco e di assistenza alla sua assunzione[19].

Pur non configurando una immediata pretesa ad ottenere il farmaco e la relativa somministrazione da parte degli organi del servizio sanitario pubblico, la sentenza

[16] A conferma di ciò la nota del 20 giugno 2022, con cui il Ministro della salute ha invitato le Regioni a farsi carico delle spese delle procedure per suicidio assistito. La nota è richiamata in plurimi documenti, tra cui la determinazione della Regione Emilia-Romagna n. 2956/2024.

[17] Non sarebbe concepibile, infatti, come accennato dalla ord. n. 207/2018, ammettere che «qualsiasi soggetto – anche non esercente una professione sanitaria – possa lecitamente offrire, a casa propria o a domicilio, per spirito filantropico o a pagamento» l'aiuto al suicidio.

[18] Corte cost., sentt. n. 96 e 229 e del 2015, sul divieto di diagnosi genetica preimpianto e sulla non punibilità del medico che effettua la selezione degli embrioni.

[19] In presenza dei presupposti indicati dalla sent. n. 242, alcuni giudici hanno escluso (ad es. Trib. di Ancona, ord. n. 26 marzo 2021), altri, invece, affermato (ad es. Tribunale di Trieste, ord. 4 luglio 2023) il dovere dell'azienda sanitaria di offrire la prestazione di aiuto al suicidio, con la somministrazione di farmaci utili allo scopo, con conseguente grave disparità di trattamento tra pazienti che versavano in condizioni simili.

n. 242 ha reso azionabile la pretesa ad avviare la procedura affinché i competenti organi accertino la sussistenza delle condizioni richieste dalla Corte costituzionale. In particolare, il soggetto interessato può esigere la pretesa ad inoltrare la relativa richiesta, ad ottenerne l'esame da parte di un organo collegiale terzo che abbia le adeguate competenze e che le eserciti in un eventuale contraddittorio; inoltre, il soggetto interessato, secondo quanto statuito dalla Corte costituzionale, non è costretto ad attendere il sopraggiungere della morte per rinuncia alle terapie, ma deve avere la possibilità di rifiutare le cure palliative a favore dell'assunzione di un farmaco letale che renda la morte più rapida, indolore e dignitosa possibile, nonché di acquistare il medicinale, anche con l'aiuto da parte di soggetti terzi non obiettori. Nell'attesa di un intervento legislativo statale che, conformando l'operato delle singole Aziende sanitarie, disciplini le forme e le condizioni di applicabilità di tutto questo, resta dunque da chiarire quali strutture debbano accertare la sussistenza delle condizioni richieste per l'aiuto al suicidio e con quale procedura; quali debbano essere le forme e le condizioni del parere del comitato etico competente per territorio; quali debbano essere le modalità attraverso cui garantire l'obiezione di coscienza del personale sanitario; come debba essere strutturato il rapporto tra la sussistenza della piena ed effettiva garanzia dell'accesso alle cure palliative e il procedimento per l'aiuto al suicidio.

Questi aspetti vertono su profili di tipo organizzativo, per i quali non si può non considerare la competenza concorrente in materia di tutela della salute, che consente alle Regioni di introdurre norme di dettaglio, nel rispetto dei principi generali fissati con legge dello Stato, con finalità attuative di quest'ultima; di qui le iniziative regionali[20]. L'organizzazione sanitaria, invero, è in capo alle Regioni e, all'interno di queste, si suddivide ulteriormente, per quanto normativamente consentito, nell'autonomia delle singole Aziende sanitarie. In tale contesto eventuali difformità territoriali sul piano procedurale, ascrivibili all'introduzione di

[20] Queste difficoltà sono alla base della presentazione in tutte le Regioni italiane, su iniziativa dell'Associazione Luca Coscioni, di proposte di legge regionale di iniziativa popolare (di contenuto sostanzialmente identico) dirette a disciplinare, nell'attesa di un intervento da parte del legislatore statale, le forme e le condizioni di applicabilità di quanto disposto dalla Corte.

discipline regionali di dettaglio, sono fisiologiche, in quanto strutturalmente correlate all'articolazione costituzionale delle competenze in materia di salute; ciò a condizione, ovviamente, che resti intatto il nucleo dell'eguaglianza nell'accesso alla sanità in tutte le parti della Repubblica, che è imprescindibile nella definizione dei livelli essenziali delle prestazioni. Alla luce di tale assunto non paiono fondate le affermazioni di coloro che escludono la possibilità di interventi normativi a livello regionale, sostenendo che ne deriverebbe una insostenibile frammentazione territoriale della disciplina sul fine vita[21]. D'altronde, similmente è accaduto anche nel caso di altre prestazioni sanitarie riguardanti ambiti eticamente sensibili, in cui le leggi statali hanno ricevuto un necessario completamento tramite diposizioni attuative regionali: è il caso delle delibere regionali, di contenuto organizzativo, relative, ad esempio, alle modalità di accesso all'interruzione volontaria di gravidanza, alla riorganizzazione della rete dei consultori familiari, alla procreazione medicalmente assistita[22] o alla rete delle cure palliative[23]. Non appare dunque conferente il precedente costituito dalla sentenza n. 262 del 2016, con cui la Corte costituzionale ha dichiarato illegittima una legge friulana volta a introdurre disposizioni anticipate di trattamento sanitario prima dell'entrata in vigore della legge n. 219 del 2017. La legge regionale, infatti, interveniva in assenza di una cornice normativa, che invece nel contesto attuale è facilmente rintracciabile: il quadro regolatorio cui le Regioni debbono attenersi è infatti stabilito, oltre che dalla legge statale del 2017, dai principi affermati dalla sentenza n. 242 del 2019, che individuano le condizioni per la titolarità e l'esercizio del diritto alla libera autodeterminazione terapeutica tramite suicidio assistito.

---

[21] L. CHIEFFI, *Suicidio assistito in Italia tra aperture giurisprudenziali e persistenti impedimenti nelle concrete prassi*, in *Rivista AIC*, 1, 2024, 385 ss.; P.F. BRESCIANI, *Sull'idea di regionalizzare il fine vita. Uno studio su autonomia regionale e prestazioni sanitarie eticamente sensibili*, in *Corti supreme e salute*, 1, 2024, 4 ss.

[22] Regione Emilia-Romagna, DGR n. 1487/2014, *Recepimento del documento della Conferenza delle Regioni e delle Province autonome 14/109/CR02/C7SAN del 4/9/2014 in materia di fecondazione eterologa*; analogamente Regione Veneto, *DGR n. 1654/2014, Recepimento del "Documento sulle problematiche relative alla fecondazione eterologa a seguito della sentenza della Corte Costituzionale nr. 162/2014" della Conferenza delle Regioni e delle Province Autonome.*

[23] Per esempio, Regione Marche, DGR n. 1238/2021, *Rete di terapia del dolore e cure palliative pediatriche*.

Il punto è, semmai, stabilire il discrimine tra discipline meramente attuative, di tipo procedurale e organizzativo, ontologicamente differenziabili, e il nucleo sostanziale relativo alla possibilità stessa dell'accesso alle prestazioni in questione, che, invece, è consustanziale alla garanzia dei diritti della persona, e, pertanto, è soggetto ad un vincolo ineliminabile di omogeneità; non si può non riconoscere, infatti, che tale distinzione può apparire problematica, poiché non di rado le modalità applicative incidono sulla realizzazione dei diritti, condizionandola in modo anche rilevante[24].

Quel che è certo è che, pur non verificandosi una inammissibile "regionalizzazione"[25] della garanzia di un diritto fondamentale, discipline regionali di contenuto meramente procedurale e organizzativo potrebbero compensare il vuoto legislativo per tutti gli aspetti che non si possono ricondurre alle specifiche prescrizioni contenute nella sentenza Cappato; ciò a condizione che il legislatore regionale non sconfini indebitamente nella connotazione sostanziale delineata dalla Corte costituzionale, oltre che nella definizione del perimetro che circoscrive l'area di non punibilità dell'aiuto al suicidio, e che non imponga l'obbligatorietà delle prestazioni professionali.

Come si è cercato di dimostrare, la scelta di accedere a una procedura medicalizzata presuppone un'intermediazione legislativa, funzionale a scandire tutti i passaggi organizzativi e di controllo idonei a presidiare l'attività degli organi

[24] Si pensi alla scelta della Regione Emilia Romagna di prevedere l'offerta di contraccezione gratuita nei servizi consultoriali per i giovani sino ai 26 anni di età (Regione Emilia-Romagna, DGR n. 1722/2017, *Indicazioni operative alle Aziende sanitarie per la preservazione della fertilità e la promozione della salute sessuale, relazionale e riproduttiva degli adolescenti e dei giovani adulti*).

[25] Di contrario avviso parte della dottrina, che ha sostenuto che la sentenza n. 242 del 2019, lungi dal creare una nuova prestazione sanitaria, si sarebbe mossa solo sul piano del diritto penale, introducendo una causa di esclusione della punibilità del reato di aiuto al suicidio *ex* art. 580 c.p. Ciò precluderebbe qualunque intervento del legislatore regionale, poiché la materia penale spetta in via esclusiva alla legge dello Stato ai sensi dell'art. 117, comma 2, lettera *l)*, Cost. Cfr. M.G. NACCI, *Note critiche sulle iniziative legislative regionali in tema di suicidio medicalmente assistito*, in *Il Piemonte delle autonomie*, 1, 2024; G. RAZZANO, *Nessun diritto di assistenza al suicidio e priorità per le cure palliative, ma la Corte costituzionale crea una deroga all'inviolabilità della vita e chiama «terapia» l'aiuto al suicidio*, in *Dirittifondamentali.it*, 1, 2020, 18 ss. Non pare tuttavia revocabile in dubbio che l'applicazione del meccanismo procedurale prefigurato dalla Corte costituzionale chiami in causa una prestazione sanitaria avente un carattere complesso, poiché caratterizzata da diverse fasi (la verifica delle condizioni che legittimano la richiesta, la predisposizione di quanto il legislatore riterrà necessario, il rispetto e/o la verifica delle modalità di esecuzione).

pubblici coinvolti in questioni così complesse. In assenza di una legge statale non pare preclusa la possibilità che siano i Consigli regionali a colmare il vuoto di disciplina, con l'approvazione di norme cedevoli, da applicare transitoriamente, nell'attesa che il Parlamento eserciti la propria potestà. Si tratterebbe di attuare con legge regionale i principi posti dalla Corte costituzionale, secondo uno schema che, *mutatis mutandis*, sembra pienamente riconducibile alle modalità tipiche di funzionamento della potestà legislativa concorrente, nella già nota variante della cedevolezza "invertita", per cui la disciplina regionale si ritrarrebbe automaticamente dinanzi all'entrata in vigore delle disposizioni statali[26]. In questa prospettiva non sembrano esservi ostacoli al fatto che le Regioni approvino norme procedimentali e organizzative, attuative dei principi posti non dal legislatore nazionale, ma dalla Corte costituzionale: è più che consolidata, infatti, la possibilità che i principi fondamentali possano essere tratti, in assenza di apposite leggi cornice, dalla legislazione vigente, in via interpretativa[27]. Che poi la disciplina vigente sia definita, in misura più o meno consistente, dagli interventi additivi della Corte costituzionale, è un fatto che merita altre considerazioni, di sistema.

Le relative prestazioni potrebbero essere previste come aggiuntive, senza essere inserite nei LEA; peraltro, l'eventuale previsione della prestazione gratuita del farmaco[28] da parte della struttura sanitaria non pare porsi in contrasto con la competenza esclusiva statale in materia di determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni[29]: non risulta costituzionalmente inibito ad una Regione,

[26] Corte cost. sentt. nn. 1/2019, 398/2006. In dottrina R. ROMBOLI, *Corte costituzionale e legislatore: il bilanciamento tra la garanzia dei diritti ed il rispetto del principio di separazione dei poteri*, in *Consulta Online*, 3, 2023, 812 ss.; G. Di Cosimo, *Norme cedevoli: un genere, due specie*, in *Le Regioni*, 2007, 168 ss.

[27] Tale possibilità è stata riconosciuta fin dalla modifica della l. n. 62/1953 (art. 9) volta a consentire l'entrata in funzione delle Regioni, ed è stata confermata dalla legislazione di attuazione della riforma Titolo V (art. 1, c. 3, l. n. 131/2003) e dalla conseguente giurisprudenza costituzionale (per tutte, sent. n. 282/2002).

[28] C. CARUSO, *Al servizio dell'unità*, cit., p. 4.

[29] Cfr. M. LADU, L. SPADACINI, *La nozione costituzionale di livello essenziale delle prestazioni tra potestà normativa e autonomia finanziaria delle Regioni*, in *Italian Papers On Federalism*, 2023, 81 ss. Non può essere invero considerata giuridicamente idonea a individuare un nuovo LEP, ai sensi dell'art. 117, comma 2, lett. *m)* Cost., la nota, indirizzata dal Ministro della Salute ai Presidenti delle Regioni italiane il 20 giugno 2022, in cui si ipotizzano posti a carico del SSN gli oneri

finanziariamente virtuosa[30], di destinare eventuali risparmi di bilancio a copertura di ulteriori servizi di assistenza sanitaria. Più problematica sarebbe un'eventuale clausola d'invarianza finanziaria, che rischierebbe di comportare una sottrazione di risorse destinate al finanziamento integrale dei LEP esistenti, compresi quelli relativi alle cure palliative. Nel rispetto dei suddetti limiti contenutistici le leggi regionali, aggirando la stasi parlamentare, andrebbero ad assicurare gli strumenti per l'esercizio di diritti dei singoli formalmente riconosciuti dalla Corte costituzionale, ma non garantiti pienamente nella pratica ordinamentale. Ciò che si può comunque rilevare è che l'attivismo dei Consigli regionali in materia ha sortito l'effetto virtuoso di scuotere il dibattito parlamentare: per evitare che, in assenza di una normativa nazionale, le Regioni procedano in ordine sparso, il Comitato ristretto della Commissione Affari e Giustizia del Senato ha elaborato un testo su cui avviare la riflessione prima dell'approdo in Commissione. Il testo si segnala per il fatto che alle quattro condizioni poste dalla Corte costituzionale ne viene aggiunta una quinta, che subordina la non punibilità del suicidio assistito al previo inserimento del paziente nel percorso delle cure palliative. Resta da vedere se tale previsione possa costituire un punto di partenza utile a favorire, finalmente, il compromesso parlamentare, superando le perplessità di quanti vi vedono, piuttosto, un passo indietro rispetto agli esiti già tracciati dalla Corte costituzionale. Si tratterebbe, in ogni caso, di una importante possibilità, che consentirebbe al Parlamento di affrancarsi dall'atteggiamento rinunciatario che, finora, ha consegnato la materia alle decisioni giudiziali; ciò eviterebbe ai rappresentanti della nazione di essere surrogati, su scelte di primaria importanza, dai legislatori regionali oltre che dalla Corte costituzionale.

finanziari relativi ai malati che, rientrando nei requisiti stabiliti dalla sentenza n. 242 del 2019 della Corte, richiedano l'assistenza medica al suicidio.

[30] Tale possibilità deve essere esclusa per le Regioni commissariate per disavanzo sanitario, in virtù della costante giurisprudenza costituzionale che priva dette Regioni di qualsiasi autonomia di spesa che possa interferire con i poteri del commissario straordinario e con l'obiettivo del rientro finanziario. V., *ex plurimis*, Corte cost., sentt. nn. 20 e 134/2023. Di diverso avviso P.F. BRESCIANI, *Sull'idea di regionalizzare*, cit., pp. 17-18

dirittifondamentali.it

3. Un'ulteriore conferma del ruolo normativo della Corte costituzionale: la sentenza n. 135 del 2024 tra apparenti conferme e sviluppi possibili.

La sentenza n. 135 del 2024[31] costituisce il più recente tassello della definizione dello statuto giuridico del fine vita da parte della Corte costituzionale. Era, invero, una sentenza molto attesa[32], poiché, ai sensi della relativa questione di legittimità, da essa poteva dipendere l'apertura al suicidio assistito, con il superamento di alcuni dei paletti posti dalla sentenza n. 242 del 2019. Ciò non è accaduto; è da dirsi, tuttavia che, dietro l'apparente conferma di quanto già in precedenza statuito[33], le soluzioni interpretative adottate dalla Corte preludono a significativi sviluppi nel senso dell'estensione concreta dell'area di non punibilità per il reato di cui all'art. 580 c.p.

Il metodo seguito dal giudice delle leggi non è, stavolta, quello dell'addizione normativa diretta, ma, piuttosto, quello dell'interpretazione "autentica" di quanto già affermato in precedenza. Infatti la decisione della Corte costituzionale, che, formalmente, è interpretativa di rigetto[34], si muove lungo una linea di continuità con le precedenti, e, pur essendo, almeno in apparenza, meno dirompente di

[31] Per i primi commenti sulla sentenza v., U. ADAMO, *La Corte costituzionale ritorna ancora sull'aiuto al suicidio, ma non scrive l'ultima parola* (12 settembre 2024), in *lecostituzionaliste.it*; B. LIBERALI, *Ancora sul fine della vita, Commento a Corte Costituzionale n. 135/2024*, in *Giustizia Insieme*, 12 novembre 2024; A. RUGGERI, *La Consulta equilibrista sul filo del fine vita (a prima lettura di Corte cost., n. 135 del 2024)*, in *Consulta Online*, 2, 2024, 931 ss.; G. STEGHER, *Il formante giurisprudenziale nella costruzione di un ipotetico formante legislativo in tema di fine vita*, in *Nomos*, 2, 2024, 12 ss.; P. VERONESI, *A primissima lettura: se cambia, come cambia e se può ulteriormente cambiare il "fine vita" in Italia dopo la sentenza n. 135 del 2024*, in *BioLaw Journal*, 3, 2024, 239 ss.; A.R. VITALE, *La morte assistita e i trattamenti di sostegno vitale come problemi biogiuridici tra il nominalismo della Corte costituzionale e l'ontologia della realtà (giuridica)*, in *Consulta Online*, 3, 2024, 1075 ss.

[32] Come attestato dal gran numero di opinioni scritte depositate dagli *amici curiae* nel corso del giudizio, per lo più tendenti a prospettare rischi e problemi di un'eventuale apertura ulteriore all'aiuto al suicidio. La delicatezza della questione inoltre è testimoniata dalla circostanza che siano stati nominati due giudici nella veste di relatori-redattori.

[33] I profili di interesse che emergono dalla sentenza riguardano anche il versante strettamente processuale, per quanto concerne le motivazioni addotte in ordine alla rilevanza della questione, e, soprattutto l'intervento dei terzi, riguardo al quale la Corte ha allargato notevolmente i margini. Su questi aspetti v. P. VERONESI, *A primissima lettura*, cit.

[34] P. VERONESI, *A primissima lettura*, cit., 239. Di sentenza interpretativa di rigetto mascherata parla U. ADAMO, *La Corte costituzionale ritorna ancora sull'aiuto al suicidio*, cit., 2. Altri Autori, per la mancanza nel dispositivo della formulazione tipica delle sentenze interpretative, hanno parlato di una sentenza di rigetto con interpretazione; v. B. LIBERALI, *Ancora sul fine della vita,* cit., pp. 1 e 13, nota 1.

quanto avrebbe potuto, apre ad un ulteriore grado di discrezionalità giudiziale: operando sul versante dell'interpretazione dei presupposti fattuali individuati nella sentenza Cappato, essa ridefinisce, ampliandolo, lo spazio lasciato all'autodeterminazione dei singoli. Tali presupposti, idonei ad escludere la punibilità dell'aiuto al suicidio (che la persona aiutata sia affetta da una patologia irreversibile; che da tale patologia discendano sofferenze fisiche o psicologiche intollerabili; che sia tenuta in vita a mezzo di trattamenti di sostegno vitale; che sia capace di prendere decisioni libere e consapevoli) vengono ribaditi nella sentenza n. 135, ma, in assenza di una definizione normativa, viene interpretato in senso estensivo il concetto di "trattamenti di sostegno vitale" su cui verteva la questione di costituzionalità sollevata dal Gip di Firenze[35]. Il caso riguardava un paziente che non era tenuto in vita da trattamenti di sostegno vitale, ma si trovava in una condizione di acuta sofferenza, determinata da una patologia irreversibile e aveva formato la propria decisione in modo libero e consapevole: il difetto di una delle quattro condizioni richieste dalla sentenza n. 242 del 2019 escludeva che la fattispecie potesse rientrare nell'area di non punibilità del suicidio assistito, di qui il dubbio di costituzionalità. La questione di legittimità costituzionale verteva sulla disparità di trattamento tra situazioni sostanzialmente identiche: secondo il ragionamento del giudice remittente la condizione di essere sostenuti da una macchina sarebbe frutto di circostanze accidentali, relative al modo in cui la patologia si è sviluppata e al tipo di terapie disponibili. Inoltre, si paventava il rischio di una grave compromissione della libertà di autodeterminazione del malato, il quale avrebbe potuto sentirsi costretto ad accettare trattamenti di

[35] La questione di costituzionalità, infatti, nasce da un procedimento penale contro tre persone che hanno aiutato un paziente affetto da sclerosi multipla di grado avanzato, in stato di quasi totale immobilità, ad accedere al suicidio assistito in una struttura privata svizzera. In particolare, il G.I.P. di Firenze (Ord. 17 gennaio 2024) dubitava della legittimità costituzionale dell'art. 580 c. p., rispetto agli artt. 2, 3, 13, 32 Cost., nonché, in riferimento all'art. 117 Cost., agli artt. 8 e 14 C.E.D.U. Per una analisi della ordinanza di remissione, si veda D. LEOTTA, *L'aiuto al suicidio del malato tenuto in vita da un trattamento di sostegno vitale: l'art. 580 c.p. torna davanti alla Corte costituzionale*, in *Consulta Online*, 2, 2024, 693 ss.; A. MASSARO, L. GROSSI, *La progressiva "destrutturazione giurisprudenziale" del suicidio medicalmente assistito: una nuova questione di legittimità costituzionale sull'art. 580 c.p.*, in *Sistema Penale*, 3, 2024, 5 ss.

sostegno vitale, che altrimenti avrebbe rifiutato, solo per poter accedere al suicidio assistito. La decisione della Corte, dunque, doveva necessariamente passare attraverso la determinazione della nozione di "trattamenti di sostegno vitale", precisata alla luce del senso sistematico della sentenza del 2019; di qui l'affermazione del giudice delle leggi, secondo cui «questa sentenza si basa sul riconoscimento del diritto fondamentale del paziente a rifiutare ogni trattamento sanitario praticato sul proprio corpo, indipendentemente dal suo grado di complessità tecnica e di invasività», comprese quelle «procedure» che «possono essere apprese anche da familiari o "caregivers" che assistono il paziente, sempre che la loro interruzione determini prevedibilmente la morte del paziente in un breve lasso di tempo». Per la Corte costituzionale, sulla base di tale presupposto, «non vi può essere distinzione tra la situazione del paziente già sottoposto a trattamenti di sostegno vitale, di cui può chiedere l'interruzione, e quella del paziente che non vi è ancora sottoposto, ma ha ormai necessità di tali trattamenti per sostenere le sue funzioni vitali». Ne deriva un significativo allargamento della nozione, che prima di tale pronuncia sembrava applicabile solo ai pazienti dipendenti dai macchinari ospedalieri per la sopravvivenza; a tale ampliamento corrisponde l'estensione delle condizioni che escludono la punibilità delle condotte riconducibili alla fattispecie dell'art. 580 c.p., con esiti che, nonostante il rigetto della questione, vanno ben oltre lo *status quo ante*.

La sentenza del 2024 costituisce un'ulteriore conferma del ruolo normativo assunto dalla Corte nella materia del fine vita: stante l'inerzia del legislatore è il giudice delle leggi a definire il perimetro applicativo del reato di cui all'art. 580 c.p., procedendo, anziché all'individuazione di nuove scriminanti, all'interpretazione autentica di una norma da essa stessa precedentemente posta. La Corte costituzionale, invero, ha cura di precisare che il suo ruolo nel sistema costituzionale non è quello di sostituirsi al legislatore, ma, piuttosto, quello di indicare i limiti entro cui il potere parlamentare può esercitare la propria discrezionalità. A tal uopo essa procede, nella medesima sentenza, alla ricostruzione della problematica del rapporto tra diritto alla vita e

autodeterminazione[36], facendo il punto sul diritto vivente in materia, alla luce dei principi costituzionali, dei segmenti legislativi presenti nell'ordinamento e dell'interpretazione giurisprudenziale, anche con riferimento alle Corti sovranazionali; viene così delineato il quadro nel quale dovrebbe finalmente inserirsi, secondo l'auspicio della Corte costituzionale, una disciplina legislativa espressa. In attesa delle decisioni del legislatore, però, la Corte non si limita allo *status quo ante*, ma, tornando in chiave interpretativa su quanto già statuito nel 2019, aggiunge un tassello importante agli esiti precedenti, di fatto svincolando la non punibilità dell'aiuto al suicidio dal requisito della dipendenza da macchinari salvavita, e pervenendo, in tal modo, ad un risultato pratico che si avvicina molto agli effetti che potevano derivare dall'accoglimento della questione di legittimità. Non è secondario, peraltro, rilevare che la scelta della Corte costituzionale è sintonica con le posizioni già emerse nella giurisprudenza ordinaria a partire dal caso Trentini[37]: dinanzi ad una interpretazione suscettibile di consolidarsi in diritto vivente una posizione diversa avrebbe potuto generare conflitti interpretativi con i giudici comuni.

La rimozione *tout court* del requisito del trattamento di sostegno vitale, secondo quanto chiesto dal giudice remittente, avrebbe invero comportato da parte della Corte un vistoso *revirement* rispetto alla sentenza n. 242 del 2019, con l'effetto di impattare immediatamente sulla fattispecie stessa di cui all'art. 580 c.p., di cui

[36] Sul rapporto tra diritto alla vita e all'autodeterminazione, con particolare riferimento alla legge 219 del 2017, sia consentito rinviare a O. SPATARO, *La legge n. 219 del 2017e la disciplina del fine vita tra principi costituzionali e problemi aperti*, in *Bio Law Journal*, 2, 2019, 199 ss. Sulle declinazioni di questo rapporto nella giurisprudenza costituzionale, con riferimento alle differenze di impostazione che possono tracciarsi tra l'ord. 2017/2018 e la sent. n. 242/2019 da una parte, e, dall'altra, la sent. n. 50/2022, v. G. ARCONZO, *Il diritto a una morte dignitosa*, cit.

[37] Corte Ass. Massa, sent. 27-2-2020, n. 1; Corte Ass. App. Genova, sent. 28-4-2021, n. 1, ove la nozione di trattamento di sostegno vitale viene utilizzata per indicare qualunque tipo di trattamento sanitario, sia esso realizzato con terapie farmaceutiche o con l'assistenza di personale medico e paramedico o con l'ausilio di macchinari medici, interrompendo il quale si verificherebbe la morte del malato, anche in maniera non rapida. *Contra,* Corte Ass. App. Catania, sent. 12 luglio 2023, n. 13, che ha condannato il presidente dell'associazione Exit-Italia, per istigazione al suicidio per il ricorso al suicidio assistito in Svizzera nel 2019 di una donna, capace di intendere e di volere, affetta da depressione e da sindrome di Eagle, non tenuta in vita da trattamenti di sostegno vitale. Cfr. U. ADAMO, *La Corte costituzionale ritorna ancora sull'aiuto al suicidio*, cit., 4, che parla di copiosa, ma non granitica, giurisprudenza in questo senso.

sarebbe risultata particolarmente circoscritta la portata. Non a caso, peraltro, il punto era stato considerato nelle eccezioni di inammissibilità, che si erano soffermate sulla violazione del divieto di impugnazione, sotto qualsiasi forma, delle decisioni della Corte costituzionale ex art. 137, co. 3, Cost.; ed è significativo che, nel respingere questa prospettazione, la Corte costituzionale abbia ribadito che oggetto dello scrutinio di costituzionalità può ben essere una norma risultante da una sentenza manipolativa: la sentenza n. 242 del 2019 aveva individuato, accogliendo parzialmente la questione di legittimità, un nucleo limitato di casi sottratti alla punibilità per il reato di cui all'art. 580 c.p., senza che si potesse ritenere che tale individuazione fosse esaustiva, e, dunque, definitiva[38]. Nel non accogliere, dunque, quanto auspicato dal giudice remittente, il giudice delle leggi, pur richiamandosi formalmente al rispetto del ruolo del legislatore, e dichiarando di non poter procedere se non dando sviluppo ai materiali ordinamentali già esistenti, nella sostanza conferma il proprio ruolo normativo: assume ad oggetto del suo scrutinio le norme da essa stessa introdotte in sede di manipolazione del disposto dell'art. 580 c.p., e procede all'interpretazione autentica delle medesime.

La lettura sistematica degli artt. 2, 13, e 32 Cost. induce la Corte a ritenere che il diritto di rifiutare le terapie essenziali sia un diritto fondamentale, espressione della sfera di autodeterminazione di un soggetto; conseguenzialmente anche la richiesta di essere aiutati a morire, essendo una sua propaggine, deve essere qualificata come tale: al ricorrere delle circostanze fattuali che legittimano la relativa pretesa, pertanto, deve corrispondere una causa di non punibilità, che costituisce il risvolto necessario dell'esercizio di un diritto. La nozione di autodeterminazione terapeutica attiene ad una sfera di autonomia nelle decisioni che riguardano il proprio corpo, come aspetto del più generale diritto al libero sviluppo della propria persona; tale nozione va strutturalmente distinta, secondo la Corte, da una scelta di legalizzazione senza limiti di pratiche di suicidio assistito o di eutanasia, che amplierebbe gli spazi riconosciuti all'autonomia personale nel decidere liberamente sulla propria vita, ma, al contempo, genererebbe gravi rischi,

[38] P. 3.2 del *cons. in dir*.

soprattutto per le persone vulnerabili, rischi che l'ordinamento ha il dovere di evitare, in adempimento dell'obbligo di tutela della vita umana (art. 2 Cost.). Nell'esporre queste ragioni di cautela il giudice delle leggi assume una concezione della dignità che non può intendersi esclusivamente in senso soggettivo: una nozione siffatta, in assenza di bilanciamento con altri valori, sfocerebbe in un'autodeterminazione senza limiti, in danno delle situazioni di oggettiva vulnerabilità che l'ordinamento non può lasciare prive di tutela.

Decisioni che si spingessero oltre, sempre secondo il ragionamento seguito dalla Corte, esulerebbero dai limiti propri del giudizio di legittimità costituzionale, ma potrebbero essere oggetto della discrezionalità legislativa, cui spetta di andare alla ricerca del «punto di equilibrio in astratto più appropriato tra il diritto all'autodeterminazione di ciascun individuo sulla propria esistenza e le contrapposte istanze di tutela della vita umana, sua e dei terzi»: dunque ben potrebbe il legislatore compiere quelle scelte che, invece, alla Corte sono precluse «alla luce del quadro legislativo» disponibile[39]. In questa prospettiva il suicidio assistito e l'omicidio del consenziente restano reati non perché la vita sia un bene indisponibile in nome di una sua concezione etica o oggettiva, piegata all'individuazione di un supremo interesse della collettività: la cifra antropocentrica che sta al fondamento della nostra Costituzione, infatti, considera la persona un valore in sé e non un mezzo per soddisfare interessi altrui. Piuttosto, tali reati trovano giustificazione costituzionale perché funzionali allo scopo, di perdurante attualità, di tutelare la vita delle persone vulnerabili, che, a causa di pressioni o interferenze di ogni genere, potrebbero essere indotte a scelte estreme e irreparabili.

[39] A tal uopo la Corte richiama la giurisprudenza della corte Edu, che si è occupata del fine vita applicando l'art. 8 della Convenzione; essa ricorda pertanto che i giudici di Strasburgo hanno sin qui concluso che «spetta ai singoli Stati valutare le vaste implicazioni sociali e i rischi di abuso e di errore che ogni legalizzazione delle procedure di suicidio medicalmente assistito inevitabilmente comporta», così Corte Edu, sent. 13 giugno 2024, *Daniel Karsai c. Ungheria*. La Corte non si è rifatta, invero, ai precedenti della Corte Edu che sembrano aprire alla legalizzazione delle pratiche eutanasiche, come i casi *Haas* e *Mortier*, sui quali v. M.E. BUCALO, G. GIAIMO, *Il caso Mortier c. Belgique. L'eutanasia conseguente a sofferenze psichiche*, in *La nuova giur. civ. comm*., XXXIX(2), 465 ss. V. anche R. BIFULCO, *Esiste un diritto al suicidio assistito nella CEDU?*, in *Quad. cost*., 1, 2003, 166 ss.

4. Quali spazi per la discrezionalità legislativa?

Con la sentenza n. 135 del 2024, come si è visto, la Corte costituzionale ha richiamato il legislatore al compito di bilanciare il dovere di tutelare la vita umana con il diritto all'autodeterminazione terapeutica, guardando a coloro che vogliano scegliere su come porre fine alla propria vita sulla base di una nozione soggettiva, anziché oggettiva, della propria dignità alla quale la Corte significativamente si dice "non affatto insensibile". Un simile bilanciamento imporrebbe al legislatore, che volesse seguire la strada indicata dalla Corte, di rifuggire dall'alternativa dicotomica tra le tesi che pongono il divieto assoluto del suicidio assistito, perché contrario alla vita intesa secondo una concezione religiosa o funzionale ad interessi collettivi; oppure sempre e comunque ammesso, in nome del diritto di ognuno di autodeterminarsi nella propria vita privata. In altri termini, la giurisprudenza costituzionale indirizza la discrezionalità legislativa non già verso una disciplina esaustiva, fatta di scelte categoriche su cui costruire regole imperative, ma, piuttosto, verso una legislazione mite[40] di garanzia, che indichi i principi generali, non negoziabili, eventualmente da integrarsi, di volta in volta, nella forma equitativa delle decisioni giudiziali argomentate caso per caso. Tanto più che nella fattispecie di cui si tratta sono molteplici ed imprevedibili a priori le variabili che possono concretamente presentarsi, sul piano delle situazioni cliniche come su quello dell'evoluzione delle tecniche medicali.

Entrambi questi compiti sono stati finora svolti dalla Corte costituzionale: da un lato essa ha risposto alle sollecitazioni provenienti dalla magistratura ordinaria, e, dunque, ai dilemmi sollevati dai singoli che invocavano margini maggiori di autodeterminazione in frangenti drammatici della loro vita; dall'altro lato, nel fare ciò, è dovuta andare alla ricerca, nel vuoto legislativo, dell'equilibrio costituzionalmente sostenibile tra le istanze di tutela della vita che sono a fondamento dell'art. 580 c.p., e le istanze di garanzia dell'autodeterminazione terapeutica e della dignità della persona. Il giudice delle leggi ha così svolto la sua

[40] Il riferimento è ovviamente a G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Torino, Einaudi, u. ed. 2024.

funzione di garanzia dei diritti dei singoli, e ha costruito al contempo un importante spezzone ordinamentale, supplendo alla stasi del Parlamento e compensandone le difficoltà nell'affrontare problemi eticamente connotati. Situazioni di questo tipo, d'altronde, non costituiscono una novità: la magistratura ordinaria e la Corte costituzionale si sono dovuti pronunciare più volte su problemi sollevati dalle biotecnologie in questioni di inizio e di fine vita, di procreazione medicalmente assistita, di contratti di maternità, elaborando un diritto giurisprudenziale sostitutivo di quello legislativo. Non manca chi ritiene che si tratti di una soluzione preferibile[41], dal momento che la decisione assunta in sede giudiziale è più facilmente plasmabile sulle caratteristiche del caso concreto e rifugge da posizioni precostituite nei toni della definitività, come invece accade qualora la legge operi una scelta tra valori, ideologie, interessi in conflitto, determinando rapporti di prevalenza secondo equilibri fissati in maniera stabile; una simile impostazione chiama però in causa un interrogativo di sistema, ovvero la questione della perdurante validità della riserva al legislatore della funzione di attuazione dei contenuti costituzionali[42]. Non si può non rilevare, tuttavia, che gli interventi giudiziali nei conflitti bioetici, (consenso informato, rifiuto delle cure salvavita, testamento biologico, procreazione medicalmente assistita, sperimentazione sugli embrioni, donazione o commercio degli organi, ecc...) non sono riusciti a confluire in orientamenti certi fintanto che non hanno ricevuto razionalizzazione in sede legislativa. Guardando al sistema, poi, l'atrofia del dibattito politico, con la sostituzione del giudice, anche costituzionale, al legislatore, ha conseguenze non trascurabili, poiché le decisioni giudiziali, avendo una dimensione più analitica che generale, non sono strutturalmente idonee a

[41] V. P. BONINI, *Il giudice e la legge. Contributo sulla funzione "paralegislativa" dei giudici*, Roma, 2022, 371, secondo cui in materia di fine vita ha più efficacia, ai fini della garanzia dei soggetti, il ricorso al meccanismo giurisdizionale rispetto alle farraginose ed incerte lungaggini del processo decisionale politico.

[42] Sui rapporti tra Corte costituzionale e legislatore, v. nella vastissima letteratura, A. MORRONE, *Suprematismo giudiziario. Su sconfinamenti e legittimazione politica della Corte costituzionale*, in *Quad. cost*., 2, 2019, p. 251 ss.; A. SPADARO, *Involuzione – o evoluzione? – del rapporto tra Corte costituzionale e legislatore*, in *Riv. AIC*, 2, 2023, 103 ss.; N. ZANON, *I rapporti tra la Corte costituzionale e il legislatore alla luce di alcune recenti tendenze giurisprudenziali*, in *federalismi.it*, 3, 2021, 86 ss.;

fornire la sintesi del pluralismo; esse si prestano, per altro verso, alle argomentazioni critiche di quanti vedono nell'attivismo giudiziale un'indebita invadenza, con un'eccessiva torsione dell'assetto dei poteri[43], e alimentano letture polarizzate che non risolvono le tensioni sociali su argomenti così divisivi. Difettano, inoltre, la pubblicità e la trasparenza consustanziali al procedimento parlamentare, che sono fondamentali per mettere l'opinione pubblica in grado di seguire i percorsi argomentativi che sorreggono le decisioni normative, in una prospettiva riconducibile al senso democratico della funzione legislativa.

Come viene ricordato nella sentenza n. 135 del 2024, gli interventi additivi della Corte costituzionale, per quanto molto più incisivi che in passato, hanno dei limiti ben precisi. Il ricorso a rime, anziché obbligate, solo possibili[44], non vale infatti a svincolare il giudice delle leggi dal riferimento a segmenti normativi comunque presenti nell'ordinamento, rispetto ai quali l'addizione della Corte richiede che si proceda secondo incastri perfetti, che tengano conto, oltre che delle esigenze di bilanciamento tra valori contrapposti, delle diposizioni già esistenti e del diritto vivente che in relazione ad esse si è formato. La definizione di nuovi significati normativi, in sostanza, non può spingersi fino a compiere scelte di radicale cambiamento rispetto ai materiali già disponibili nell'ordinamento, a maggior ragione in materie di così significativa pregnanza, che si pongono al crocevia tra il rispetto della persona e il progresso della scienza, tra la tutela dei diritti individuali e gli interessi collettivi, tra la dimensione privata della dignità della persona e il rilievo costituzionale di valori connessi alla tutela della vita che non possono essere disconosciuti.

---

[43] M. LUCIANI, *Ogni cosa al suo posto. Restaurare l'ordine costituzionale dei poteri*, Milano, 2023; A. MORRONE, *Suprematismo giudiziario*, cit.

[44] V., nella lettura ormai vastissima, R. PINARDI, *Una pronuncia a rime "possibili", ma anche "parziali". Nota alla sent. n. 40 del 2023 della Corte costituzionale*, in *Oss. cost*., 5, 2023, 119 ss.; M. RUOTOLO, *L'evoluzione delle tecniche decisorie della Corte costituzionale nel giudizio in via incidentale. Per un inquadramento dell'ord. n. 207 del 2018 in un nuovo contesto giurisprudenziale*, in *Rivista Aic*, 2, 2019, 644 ss.; A. SPADARO, *I limiti "strutturali" del sindacato di costituzionalità: le principali cause di inammissibilità della q.l.c.*, in *Rivista Aic*, 4, 2019, 145 ss.; O. SPATARO, *Sindacato di legittimità costituzionale e legalità penale*, Palermo, 2022, spec. 74 ss.; D. TEGA, *La Corte nel contesto. Percorsi di ri-accentramento della giustizia costituzionale in Italia*, Bologna, 2020; N. ZANON, *I rapporti tra la Corte costituzionale e il legislatore*, cit., 89 ss.

Come si è visto, la sentenza additiva del 2019 non è bastata a coprire le variabili della casistica, o ad orientare in modo univoco le decisioni degli operatori, affinché le situazioni concrete trovassero sbocchi riconducibili a margini minimi di prevedibilità e certezza. La necessità di un intervento legislativo in materia[45] emerge proprio dall'esigenza di fornire dei puntelli che sottraggano gli esiti dell'interpretazione giudiziale alla dimensione dei casi singoli; l'irriducibile varietà delle situazioni concrete, infatti, in ambiti così intrisi di dimensioni valutative connesse all'individualità di ciascuno, e che chiamano in causa concetti personalissimi quali quello di sostenibilità del dolore, di qualità della vita o della sua degradazione in forme che ciascuno non ritenga conformi alla propria idea di dignità, fa emergere la difficoltà di dare una proiezione univoca a questioni sostanziali, che riguardano il modo di intendere beni fondamentali della vita. In altri termini, si continua a registrare il difetto di un ambiente di certezza minima dinanzi alle aspettative delle persone coinvolte in casi di assoluta drammaticità, e ciò fa sì che il sistema continui a rimanere esposto alle lacerazioni che, inevitabilmente, conseguono alla polarizzazione del confronto su scelte così impegnative sul piano etico.

Proprio sul piano della dipendenza da trattamenti di sostegno vitale si erano registrate situazioni di grave incertezza, che hanno suscitato particolare clamore nelle cronache: in alcuni casi si è registrato il disaccordo tra il Comitato etico e la Commissione medica competenti, con i prevedibili risvolti giudiziari che ancora attendono conclusione[46]; per altro verso è accaduto che situazioni del tutto

[45] M.E. BUCALO, *Il cammino indicato dalla Corte costituzionale per la disciplina del suicidio medicalmente assistito fra giurisprudenza di merito e perdurante attesa del legislatore*, in *BioLaw Journal*, 3, 2021, 281 ss.

[46] Clamoroso il caso di un'attrice e regista, che, affetta da una patologia grave e incurabile, ha fatto ricorso alla via del c.d. "viaggio in Svizzera": il Comitato etico della Asl Roma 1 aveva ritenuto sussistenti le condizioni richieste dalla sent. n. 242 del 2019 per l'aiuto alla morte volontaria; la Commissione medica, invece, aveva ritenuto che la terapia antalgica di derivazione morfinica non integrasse un trattamento vitale; di qui il diniego del suicidio assistito. Coloro che hanno sostenuto la paziente nel viaggio verso la clinica svizzera hanno poi proceduto ad una formale autodenuncia per il reato di aiuto al suicidio, e, contestualmente, ad una denuncia nei confronti della Asl competente per una serie di reati, tra i quali violenza provata e omissione di atti d'ufficio. In una situazione del tutto analoga, in Veneto e in Friuli Venezia Giulia, due pazienti oncologiche terminali non solo hanno ottenuto il via libera dalla

analoghe siano state decise in modo antitetico dagli organi territorialmente competenti[47], determinandosi così, in ordine a questioni di estrema delicatezza, condizioni diseguali sul territorio nazionale. Ma l'interpretazione della nozione di trattamento vitale identifica solo uno degli aspetti problematici che si frappongono dinanzi alle questioni del fine vita, e la sentenza n. 135 del 2024 ha aggiunto solo un ulteriore tassello, per quanto importante, nella costruzione graduale del relativo statuto giuridico. D'altronde, le decisioni della Corte costituzionale rispondono alla questione sollevata dal giudice remittente, e, dunque, non riescono a spingersi troppo avanti sul piano della generalità ed astrattezza, poiché non possono non risentire dei limiti che derivano dal caso oggetto del giudizio *a quo*. Dunque, occorre una regolamentazione dell'aiuto al suicidio medicalizzato, poiché la giurisprudenza costituzionale non può bastare, da sola, a coprire le aspettative di tutela promananti dalla società: la regolamentazione di un ambito così delicato richiede che i fattori valutativi che orientano la giurisprudenza siano preceduti, o comunque stabilizzati, da disposizioni normative.

Si è già ricordato come l'attivismo delle Regioni, e, in particolare, l'approvazione di una legge sul suicidio assistito da parte del Consiglio regionale della Toscana, abbia posto i prodromi per un nuovo avvio del dibattito parlamentare. Ciò potrebbe, finalmente, innescare un confronto che, prima ancora che nelle sedi istituzionali, deve articolarsi sul piano della discussione pubblica. L'intervento legislativo regionale non può oltrepassare i limiti segnati dall'attuazione procedurale e organizzativa dei principi posti in parte dalla legislazione vigente, e, in parte, dalla giurisprudenza costituzionale. Al contrario, il legislatore statale potrebbe ampliare l'orizzonte normativo, guardando ad una regolamentazione che completi la legge n. 219 del 2017 per gli aspetti che riguardano il rapporto dei singoli con la sofferenza e la malattia, quando questa si presenti nella forma più acuta e irreversibile.

Asl competente, ma la stessa Asl ha provveduto a consegnare il farmaco e la strumentazione per il suicidio assistito. Sulle difficoltà interpretative del suddetto requisito v. F. Piergentili, *Costituzione e suicidio assistito. A proposito della verifica del rispetto del presupposto del "trattamento di sostegno vitale" indicato nella sent. n. 242 del 2019 della Consulta*, in *Consulta OnLine*, 1, 2024, 292 ss.

dirittifondamentali.it

Non può disconoscersi, infatti, che, come saggiamente avvertito dalla Corte costituzionale, tale rapporto interroga alla radice la dignità della persona, che, se da un lato non può avere un rilievo solo personale-soggettivo, dall'altro non può essere assunta ad oggetto di una normazione che si ponga quale strumento impositivo di una visione unilaterale, categorica ed escludente. Resta fermo il perimetro circoscritto dalla Corte entro il quale permane «un significativo spazio alla discrezionalità del legislatore, al quale spetta primariamente il compito di offrire una tutela equilibrata a tutti i diritti di pazienti che versino in situazioni di intensa sofferenza». Si tratta, infatti, di ritagliare, alla luce della Costituzione, uno spazio di libertà, dando corpo e voce alle istanze di autodeterminazione attraverso una cornice normativa adeguata a recepire le capacità inclusive del pluralismo. Come si è visto, la via della discrezionalità legislativa è stata già tracciata, almeno in parte, dalla giurisprudenza costituzionale; restano, tuttavia, importanti margini perché il Parlamento, attivando finalmente un confronto dialogico, che rifugga dagli impulsi emotivi e dalle posizioni troppo marcatamente ideologiche, eserciti il proprio ruolo. Nel frattempo, continueranno, purtroppo, i viaggi in Svizzera dei malati di patologie incurabili che non riescono a ottenere risposte dall'ordinamento italiano, perpetuandosi la discriminazione tra i soggetti che abbiano le relative possibilità economiche e coloro che non le abbiano; inoltre, i giudici ordinari continueranno a rivolgersi, nei casi dubbi, alla Corte costituzionale: nei mesi scorsi è giunta alla Corte costituzionale un'ulteriore ordinanza di rimessione[48], che solleva

[48] Con ordinanza del G.I.P. di Milano del 26 giugno 2024 è stata sollevata questione di legittimità costituzionale dell'art 580 c.p., per violazione degli artt. 2, 3, 13, 32, 117 Cost. in riferimento agli artt. 8 e 14 Cedu, nella parte in cui non esclude la punibilità dell'aiuto al suicidio medicalmente assistito di persona non tenuta in vita a mezzo di trattamenti di sostegno vitale, affetta da una patologia irreversibile fonte di sofferenze fisiche o psicologiche intollerabili, che abbia manifestato la propria decisione, formatasi in modo libero e consapevole, di porre fine alla propria vita. In particolare, la questione riguarda la possibilità del suicidio medicalmente assistito anche nell'ipotesi in cui il paziente non sia tenuto in vita da un trattamento sanitario vitale in quanto il trattamento stesso sia stato rifiutato dal paziente perché futile, o inutile perché espressivo di accanimento terapeutico secondo la scienza medica e non dignitoso secondo la sensibilità e percezione del malato.

una nuova questione di legittimità sull'art. 580 c.p., giustificata, secondo gli intervenienti, da prassi restrittive riguardo al requisito dei trattamenti di sostegno vitale, che si sono registrate pur dopo la sentenza n. 135 del 2024; sarà questa l'occasione per vedere se il giudice delle leggi si limiterà a rinnovare il monito al legislatore o deciderà di spingersi ancora avanti nel cammino già intrapreso.

dirittifondamentali.it