

DIRITTO E SOCIETÀ

*Rivista trimestrale fondata nel 1973
da Giovanni Cassandro, Vezio Crisafulli e Aldo M. Sandulli*

III serie - 2/2013

Comitato di direzione

Maria Alessandra Sandulli

Direttore responsabile

Beniamino Caravita di Toritto

Antonio D'Atena

Massimo Luciani

Franco Modugno

Giuseppe Morbidelli

Marco Ruotolo

Federico Sorrentino

Comitato scientifico

Marino Breganze

Giuseppe Caia

Piero Alberto Capotosti

Paolo Carnevale

Marta Cartabia

Giuseppe de Vergottini

Pietro Giuseppe Grasso

Guido Greco

Natalino Irti

Anne-Marie Le Pourhiet

Stelio Mangiameli

Leopoldo Mazzarolli

Manlio Mazziotti

Fabio Merusi

Jorge Miranda

Giovanni Sartori

Dian Schefold

Franco Gaetano Scoca

Gaetano Silvestri

Aldo Travi

Redazione

Francesco Crisafulli

Daniele Chinni

Tatiana Guarnier

SOMMARIO 2/2013

saggi

- Alessandro Pace, *Libertà e sicurezza. Cinquant'anni dopo* 177
- Gladio Gemma, *Non diritti "insaziabili" ma micro-diritti costituzionali circa l'uso del proprio corpo* 207
- Tatiana Guarnier, *Rinvio pregiudiziale interpretativo e giudizio di legittimità costituzionale. Nuovi scenari e nuove prospettive nel crocevia sopranazionale* 237
- Stefania Mabellini, *La condizione giuridica dello straniero nella prospettiva del costituzionalismo multilivello* 291

attualità

- Simone Scagliarini, *Copertura finanziaria delle leggi e manovre di finanza pubblica ai tempi della prima Presidenza Napolitano* 331

osservatorio

- Giorgio Pino, *Di interpretazione e interpreti della Costituzione. Note a margine a 'Interpretazione e Costituzione' di Aljs Vignudelli* 353

recensioni

- Sebastiano Dondi, *Paolo Passaglia, L'abolition de la peine de mort. Une étude comparée, Mnemosyne, Pisa 2012* 375

Alessandro Pace

LIBERTÀ E SICUREZZA.
CINQUANT'ANNI DOPO*

SOMMARIO: 1. La sicurezza pubblica, cinquant'anni fa. – 2. Il c.d. diritto alla sicurezza pubblica e il suo fondamento in taluni documenti costituzionali. – 3. La discutibile pertinenza dei documenti richiamati al c.d. diritto alla sicurezza. – 4. L'incertezza sulla struttura del c.d. diritto alla sicurezza. – 5. La sicurezza pubblica come valore settoriale. – 6. La sicurezza pubblica e l'ordine pubblico (materiale o ideale) come aspetti soggettivo e oggettivo. – 7. La giurisprudenza costituzionale relativa all'ordine e alla sicurezza pubblica. – 8. L'insicurezza, cinquant'anni dopo.

1. *La sicurezza pubblica, cinquant'anni fa*

È indiscusso che gli avvenimenti dell'11 settembre 2001 abbiano cambiato il modo di vivere almeno nei Paesi occidentali. Per quello che riguarda i temi di questo Convegno e, in particolare, della mia relazione, è cambiata, in molti studiosi, ma non in tutti – ad esempio: in chi vi parla –, la percezione del significato di sicurezza (pubblica) e della sua rilevanza giuridica.

Esattamente cinquant'anni fa, quando scrissi il saggio intitolato «*Il concetto di ordine pubblico nella Costituzione italiana*»¹, su cui avrò modo di ritornare, chiunque avesse affrontato un tema come quello di questa relazione non avrebbe avuto dubbi che col vocabolo “sicurezza”, se contrapposto o anche solo giustapposto al vocabolo “libertà”, si alludeva alla “pubblica sicurezza” ovvero alla “sicurezza collettiva”. Inoltre, cin-

* Relazione al Convegno su “*Costituzione e sicurezza tra diritto e società*” tenuto a Roma, Università degli Studi Roma Tre nei giorni 18 e 19 aprile 2013.

¹ *Il concetto di ordine pubblico nella Costituzione italiana*, in *Archivio giur. F. Serafini*, vol. CLXV, 1963, 111 ss.

quant'anni fa, era scontato che con la locuzione “pubblica sicurezza” si alludeva, nel diritto costituzionale e amministrativo, ad un interesse diffuso implicitamente o addirittura esplicitamente connesso, non solo nel nostro ordinamento, all’ “ordine pubblico”, la cui tutela giuridica si riteneva pacificamente essere di competenza esclusiva delle pubbliche autorità.

Parlare, in quei tempi, di un “diritto alla sicurezza” (non personale bensì) collettiva come di una situazione giuridica soggettiva era quindi inconcepibile (o quanto meno sarebbe stato ritenuto stravagante). Dopo l'11 settembre l'approccio al problema sembra essere cambiato.

2. *Il c.d. diritto alla sicurezza pubblica e il suo fondamento in taluni documenti costituzionali*

Dopo quegli avvenimenti, la sicurezza collettiva (fino ad allora considerata come potenzialmente antitetica all'esercizio dei diritti individuali di libertà) è stata infatti diffusamente avvertita, sia in Italia che altrove, come oggetto di una pretesa, ancorché contraddittoria, da parte dei cittadini². Dico contraddittoria perché pretendere – come fu prospettato anni fa in una questione di legittimità costituzionale sottoposta all'esame della nostra Corte costituzionale – che tra i diritti inviolabili dell'uomo (art. 2 Cost.) ci sarebbe anche il diritto «*a vedere protetta la propria sicurezza dalla commissione di fatti puniti come reato*” mediante interventi

² Nel senso criticato v. P. TORRETTA, “Diritto alla sicurezza” e altri diritti e libertà della persona: un complesso bilanciamento costituzionale, in A. D'ALOIA (cur.), *Diritti e Costituzione. Profili evolutivi e dimensioni inedite*, Milano 2003, 454 ss.; S. RAIMONDI, *Per l'affermazione della sicurezza pubblica come diritto*, in *Dir. amm.*, 2006, 747 ss. i quali sostengono entrambi la configurabilità della sicurezza pubblica come diritto individuale, senza però porsi il problema della struttura di un siffatto diritto, per cui resta irrisolto il problema pratico (e assorbente) della sua operatività. Quanto alla possibilità concettuale di un diritto alla sicurezza, discorso diverso deve farsi per la menzione della sicurezza nell'art. 41 Cost. che non è quella “pubblica”, come negli artt. 13, 14, 16, 17 ecc., ma “privata” (soprattutto dei lavoratori subordinati). In questo senso v. P. TORRETTA, “Diritto alla sicurezza”, cit. 460 e già prima L. PALADIN, voce *Ordine pubblico*, in *Noviss. Dig. it.*, vol. XII, Torino 1965, § 3; A. PACE, *Il concetto di ordine pubblico*, cit., 21 s.

Per la verità sembrerebbe che P. TORRETTA, “Diritto alla sicurezza”, cit., 462 persegua la tesi della soggettivazione della sicurezza pubblica al fine di consentire al giudice costituzionale di effettuare operazioni di bilanciamento. Va tuttavia rilevato che il bilanciamento opera tra valori e non tra situazioni giuridiche, di talché siffatta soggettivazione è del tutto inutile.

dell'autorità giudiziaria limitativa dell'altrui libertà personale», avrebbe implicato, qualora la Corte avesse accolto tale questione, che tutte le specifiche regole poste dalla Costituzione a garanzia della libertà personale sarebbero state conseguentemente pregiudicate³.

Pur senza pervenire esplicitamente a tale conclusione, si è, ciò non-dimeno, sostenuto, da alcuni studiosi⁴, che, per far fronte alla minaccia terroristica, dovrebbe essere rafforzato il percorso argomentativo della c.d. “normalizzazione dell'emergenza” già delineato in dottrina⁵.

Per dare ad esso «solidità e certezza», secondo tali autori, giocherebbe un ruolo positivo

«il riconoscimento tra i diritti fondamentali – secondo un percorso di costituzionalismo già tracciato fin dalla storica Dichiarazione del 1798 – del “diritto alla sicurezza” quale diritto dello Stato nei rapporti internazionali e interni e diritto dei cittadini. È il bisogno di sicurezza, che si impone nella società odierna: sia come attività statale per tutelare il cittadino da rischi e pericoli sociali, sia come diritto fondamentale, quale condizione “per l'esercizio delle libertà e per la riduzione delle disuguaglianze”».

In proposito vengono richiamati l'art. 2 della *Déclarations des droits de l'homme* (1789), l'art. 9 comma 3 della Costituzione spagnola del 1978; l'art. 1 della legge francese del 15 novembre 2001 e la decisione del *Conseil constitutionnel* n. 94 -352 DC del 18 gennaio 1995 nonché la *Rechtssicherheit* di cui nella giurisprudenza e nella dottrina tedesche⁶.

³ Corte cost., ord. n. 187 del 2001, in *Giur. cost.* 2001, 1434 ss. con osservazione di A. PACE, *L'accesso alla categoria “aperta” dei diritti inviolabili incontra solo puntuali dinieghi o anche limiti?*. Contra v. invece S. RAIMONDI, *Per l'affermazione della sicurezza pubblica come diritto*, cit., 754 s. che dà una lettura restrittiva della decisione della Corte.

⁴ Così. T.E. FROSINI, C. BASSU, *La libertà personale nell'emergenza costituzionale*, in A. DI GIOVINE, *Democrazie protette e protezione della democrazia*, Torino 2005, 77 ss. Nello stesso senso v. S. RAIMONDI, *Per l'affermazione della sicurezza pubblica come diritto*, cit., 753 ss.

⁵ G. DE VERGOTTINI, *Guerra e Costituzione, Nuovi conflitti e sfide alla democrazia*, Bologna 2004, 262. Sulla normalizzazione dell'urgenza relativamente alla legislazione contro il terrorismo v. anche K. ROUDIER, *Le contrôle de constitutionnalité de la législation antiterroriste. Étude comparée des expériences espagnole, française et italienne*, Paris 2012, 7 s.

⁶ Già prima, in questo senso, anche per alcuni riferimenti normativi, v. G. DE VERGOTTINI, *La difficile convivenza fra libertà e sicurezza: la risposta delle democrazie al terrorismo. Gli ordinamenti nazionali* (2003), in AIC, *Libertà e sicurezza nelle democrazie contemporanee*, Atti del XVIII Convegno Annuale dell'Associazione, Bari, 17-18 ottobre 2003, Padova 2007, 56 s. Va tuttavia sottolineato che questo a. ne parla in un'ottica in-

Nella stessa linea di pensiero si è successivamente sostenuto, da due altri autorevoli studiosi⁷, che

«La sicurezza non solo non è più affidata ad un potere assoluto, ma diviene anche un diritto del soggetto. Ad esempio la Dichiarazione d'indipendenza americana, che associava "felicità e sicurezza" e attribuiva al popolo il diritto di decidere il modo di perseguire e realizzare questi fini (e ancor prima la Dichiarazione dei diritti della Virginia); o la Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino che affermava che i diritti naturali e imprescrittibili dell'uomo sono la "libertà, la proprietà, la sicurezza e la resistenza all'oppressione". Ed invero il diritto alla sicurezza non può non essere considerato un valore forte del costituzionalismo: tanto che lo ritroviamo come costante in molti documenti costituzionali sia datati (ma comunque sintomatici di una tradizione), sia attuali. Significativo in proposito che l'art. 5 della C.e.d.u. contempli espressamente il diritto alla sicurezza e che in nome della "pubblica sicurezza" la stessa Carta consenta limitazioni ex lege ad alcuni diritti in essa contemplati: al rispetto della vita privata e familiare (art. 8), alla libertà di pensiero, di coscienza e di religione (art. 9), alla libertà di espressione (art. 10) e altro ancora».

Da quest'ultimi studiosi vengono richiamati in tal senso, in una nota⁸, l'art. 2 della Costituzione francese del 1793, l'art. 1 della Costituzione di Bologna del 1796, l'art. 1 della Costituzione cisalpina del 1797 e l'art. 1 della Costituzione della Repubblica romana del 1798 (aventi tutto lo stesso contenuto precettivo dell'art. 2 della *Déclaration*)⁹. Vengono altresì ricordati, sempre in tal senso, l'art. 3 della Costituzione del Portogallo del 1911¹⁰ e l'art. 27 di quella vigente (1976)¹¹ e l'art. 17 della Costituzione spagnola (1978)¹² (che si limitano a ribadire la garanzia della

ternazionalistica, il che giustifica un uso non rigoroso del concetto di diritto come situazione giuridica soggettiva.

⁷ G. CERRINA FERONI, G. MORBIDELLI, *La sicurezza: un valore superprimario*, in *Percorsi costituzionali*, n. 1, 2008, 33.

⁸ G. CERRINA FERONI, G. MORBIDELLI, *La sicurezza: un valore superprimario*, cit., 33 nota 8.

⁹ Dopo aver proclamato che «Lo scopo di ogni associazione politica è la conservazione dei diritti naturali e imprescrittibili dell'uomo», l'art. 2 della *Déclaration* li identificava con «la libertà, l'eguaglianza, la sicurezza e la proprietà».

¹⁰ Art. 3 Cost. port. (1911): «La Costituzione garantisce ai Portoghesi e agli stranieri residenti nel paese l'inviolabilità dei diritti concernenti la libertà, la sicurezza individuale e la proprietà, nei termini seguenti...».

¹¹ Art. 27 Cost. port. (1976) «Tutti hanno diritto alla libertà e alla sicurezza».

¹² Art. 17 comma 1 Cost. sp. (1978): «Tutte le persone hanno diritto alla libertà e alla

libertà e della sicurezza, escludendo quindi l'eguaglianza e la proprietà), nonché l'art. 10 della Costituzione della Repubblica napoletana del 1799, secondo il quale «*Ogni cittadino ha il dritto di essere guarentito dalla pubblica forza in tutti suoi dritti naturali e civili*». Sono infine ricordati anche l'art. 24 della Costituzione della Repubblica napoletana¹³ e l'art. 8 della Costituzione della seconda Repubblica francese del 1848 che però sono *ictu oculi* estranei al tema in discussione¹⁴.

3. *La discutibile pertinenza dei documenti richiamati al c.d. diritto alla sicurezza*

Occorre ora chiedersi se i documenti costituzionali fin qui richiamati siano davvero pertinenti al tema e se la sicurezza “pubblica” – perché di questa si tratta, e non d'altro¹⁵ – possa davvero essere configurata come un diritto del singolo.

Al primo quesito la risposta è negativa. Quanto alla Dichiarazione d'Indipendenza americana deve infatti essere sottolineato che il *Right of the People* (il diritto dei cittadini)¹⁶ di istituire una forma di governo idonea a realizzare «*their Safety and Happiness*», si riferisce alla “*safety*” e non invece alla “*security*”¹⁷ alla quale avrebbe dovuto alludere la Dichiarazione se in essa direttamente o indirettamente si fosse voluto evocare un “diritto alla sicurezza”. Per vero, sembra doversi ritenere che la *safety*

sicurezza. Nessuno può essere privato della propria libertà se non nel rispetto di quanto stabilito in questo articolo e nei casi e nei modi previsti dalla legge».

¹³ Art. 24 Cost. Rep. nap. (1799): «Ogni cittadino deve denunziare alle autorità costituite i tentativi degli scellerati contro la pubblica sicurezza, e proporre le accuse dei delitti commessi innanzi ai magistrati competenti».

¹⁴ Art. 8 Cost. Rep. fr. (1848): «La sicurezza consiste nella protezione accordata dalla società a ciascuno dei suoi membri per la conservazione della sua persona, dei suoi diritti e delle sue proprietà». L'estraneità di tale disposizione al tema trattato consegue da ciò, che in essa si parla del dovere della società di garantire la sicurezza individuale e non già del diritto del cittadino alla sicurezza collettiva. Sul punto v. nel prosieguo del testo.

¹⁵ Lo ammette esplicitamente S. RAIMONDI, *Per l'affermazione della sicurezza pubblica come diritto*, cit., pp. 754 ss.

¹⁶ La Dichiarazione d'Indipendenza parla del *Right of the people*, che deve essere tradotto come diritto dei cittadini (in inglese *people* è sempre plurale) e non come diritto del popolo, come spesso erroneamente vien fatto.

¹⁷ Allude alla “*security*” la stessa Dichiarazione nei seguenti passaggi: «...*That to secure these rights, Governments are instituted among Men ...*», «... *it is their right, it is their duty, to throw off such Government, and to provide new Guards for their future security*». V. il IV em. Cost. US.

individui una situazione statica (“*a steady state*”) avente un contenuto semantico vastissimo che va ben oltre la mera incolumità fisica¹⁸ ma che però, in un documento come la Dichiarazione d’Indipendenza o le Costituzioni delle ex colonie¹⁹, non può non avere un significato giuridico più ristretto. In questo senso potrebbe anzi stabilirsi un paragone della “*safety*” della Dichiarazione con la “*safety of the People*” di cui parla Hobbes nell’*incipit* del cap. XXX del Leviatano (1651), laddove sottolinea che «*Il compito (the office) del sovrano, sia esso monarca o assemblea, consiste nel fine per il quale gli è stato conferito il potere sovrano, e cioè di procurare la sicurezza delle persone (“the safety of the people”) verso le quali è obbligato per legge di natura, e per renderne conto a Dio, autore essa, e a nessun altro fuorché lui*». Il che, nel contesto storico nel quale Hobbes scriveva, fa ritenere che egli alludesse alla «sicurezza dei diritti» quali erano stati enunciati, un ventennio prima, nella *Petition of Rights* del 1628 relativamente alla garanzia contro gli arresti, le espropriazioni, la “messa fuori legge” nonché contro gli esilii arbitrariamente disposti²⁰. E poiché, dopo la *Petition of Rights*, le garanzie individuali aumentarono considerevolmente in Inghilterra grazie allo *Star Chamber Abolition Act* (1641), all’*Habeas Corpus Amendment Act* (1679) e al *Bill of Rights* (1689), è del pari non infondato ritenere che la “*safety*”, richiamata nella Dichiarazione d’Indipendenza, alluda alla sicurezza dei diritti, di quelli preesistenti²¹ come di quelli futuri.

¹⁸ G. COCCO, *Introduzione* in ID. (cur.), *I diversi volti della sicurezza*, Atti del Convegno svolto all’Università Milano-Bicocca il 4 giugno 2009, Milano 2012, VI. L’ampiezza semantica del vocabolo è evidenziata in en.wikipedia.org/wiki/Safety che la identifica nella condizione di essere protetto contro le conseguenze fisiche, sociali, spirituali, finanziarie, politiche, psicologiche, educative di errori, danni, accidenti, pericoli ecc. Diversamente dalla *security* (concetto dinamico) che allude ad un’attività avente tale scopo (v. infatti la nota che precede), la *safety* è un concetto statico.

¹⁹ ...esplicitamente ribadita nella Costituzione di talune ex-colonie. Così la Sez. I della Dichiarazione dei diritti della Cost. Virginia (1776) che parla di “*happiness end safety*”, il Preambolo e l’art. I della Dichiarazione dei diritti della Cost. Pennsylvania (1776), l’art. I della Dichiarazione dei diritti della Cost. Vermont (1777) e l’art. I della Dichiarazione dei diritti della Cost. Massachussets (1780).

²⁰ *Petition of Rights*, art. III: «*And whereas also by the statute called “The Great Charter of the Liberties of England”, it is declared and enacted, that no freeman may be taken or imprisoned or be disseised of his freehold or liberties, or his free custom, or be outlawed or exiled, or in any matter destroyed, but by the lawful judgement of his peers, or by the law of the land...*».

²¹ Nell’art. III della Dichiarazione dei diritti del Maryland (1776): «*That the inhabitants of Maryland are entitled to the common law of England, and the trial by jury, according to the course of that law, and to the benefit of such of the England statutes as existed at*

Per quanto invece riguarda l'art. 2 della *Déclaration* del 1789 e gli altri articoli, sopra citati, che lo riproducono o integralmente o in parte (art. 2 della Costituzione francese del 1793, art. 1 della Costituzione di Bologna del 1796, art. 1 della Costituzione cisalpina del 1797, art. 1 della Costituzione della Repubblica romana del 1798, art. 3 della Costituzione del Portogallo del 1911, art. 27 della Costituzione del Portogallo del 1976, art. 17 della Costituzione spagnola del 1978) deve osservarsi che la sicurezza proclamata nella *Déclaration* del 1789 è la «*sûreté*» che storicamente si identificava in Francia soprattutto con la sicurezza della propria libertà personale²², come di lì a poco (1791) sarebbe stata positivizzata con precisione nel IV emendamento della Costituzione federale degli Stati Uniti («*The right of the people to be secure in their persons, houses, paper, and effects, against unreasonable searches and seizure, shall not be violated*»)²³ con lo stesso significato che si ritrova oggi, con riferimento alla c.d. libertà dagli arresti, nell'art. 13 della nostra Costituzione, nell'art. 27 della Cost. portoghese, nell'art. 17 della Cost. spagnola²⁴ nonché negli artt. 5 C.e.d.u. e 6 C.d.fond. UE di identico contenuto²⁵. Solo successivamente la «*sûreté*» avrebbe assunto un significato più esteso²⁶.

*the time of their first emigration...». Sull'influenza della common law nelle colonie americane v. E.S. CORWIN, *Liberty against Government*, Baton Rouge 1948, 31 ss.*

²² Al quale riguardo MONTESQUIEU, *De l'esprit de lois*, libro XII, cap. 2, affermava che la sicurezza «non è mai posta in pericolo maggiore che nelle accuse pubbliche e private. È dunque dalla bontà delle leggi penali che dipende principalmente la libertà del cittadino».

²³ F. BATTAGLIA, *Le Carte dei diritti*, Firenze 1934, 101, traduce correttamente «*people*» con «cittadini». Tradurlo con «popolo» produrrebbe un risultato alquanto bizzarro.

²⁴ Anche la Costituzione spagnola del 1978, nella disposizione relativa alla libertà personale (art. 17), proclama sia la «*libertad*» che la «*seguridad*», ma con essa, come è evidente, si riferisce alla sicurezza della persona, e cioè alla garanzia contro le interferenze arbitrarie sulla libertà personale (Trib. cost. sp., sent. n. 126 del 1987; J. GARCIA MORILLO, *El derecho a la libertad personal*, Valencia 1995, 82), con notevoli analogie, quindi, con la formula francese della «*sûreté*».

²⁵ «*Ogni persona ha diritto alla libertà e alla sicurezza*».

²⁶ L'art. 2 della *Déclaration* del 1789 («*Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'homme. Ces droits sont la liberté, la propriété, la sûreté et la résistance à l'oppression*») allude bensì alla «*sûreté*», ma nella dottrina francese la «*sûreté personnelle*» tradizionalmente individua – nel collegamento con i successivi artt. 7, 8 e 9 della *Déclaration* – «la garanzia contro gli arresti, le detenzioni e le pene arbitrarie» (G. BURDEAU, *Les libertés publiques*, IV^a ed., Paris 1972, 129 ss.), nonché il divieto delle leggi retroattive concernenti la libertà personale e la presunzione d'innocenza (O. DUHAMEL, *Droit constitutionnel et politique*, Paris 1993, 382 ss.; J. MORANGE, *Droits de l'homme et libertés publiques*, V^a ed., Paris 2000, 166 ss.; J. ROBERT, *Libertés publiques et droits de l'homme*, Montchrestien, IV^a ed., Paris 1988, 198 ss. Invece

In conclusione, ritenere che nelle Dichiarazioni settecentesche fosse previsto un diritto alla sicurezza come diritto fondamentale²⁷, non rinviene alcun riscontro testuale nei documenti costituzionali richiamati, nei quali si allude piuttosto alla sicurezza dei preesistenti diritti²⁸ ovvero alla garanzia dei diritti (art. 16 della *Déclaration* del 1789). Nelle Costituzioni delle ex colonie, dal punto di vista di una tutela dinamica era semmai riconosciuto il diritto dei cittadini di riformare, mutare o abolire il governo che non fosse stato in grado «di produrre il maggior grado di felicità e di sicurezza»²⁹.

Per completezza, va tuttavia rilevato che, in senso contrario a quanto fin qui argomentato, potrebbe essere evocato «*the right of the people to keep and bear Arms*» (II em. Cost. U.S.). Infatti, nell'interpretazione estensiva di tale emendamento avanzata da qualche studioso americano, il diritto di portare armi potrebbe addirittura configurare una manifestazione del diritto alla sicurezza³⁰. È bensì vero che un tale argomento –

J. RIVERO, H. MOUTUCH, *Libertés publiques*, VII ed., tomo I, Paris 2003, sostengono che, più della garanzia contro le restrizioni arbitrarie, la «*sûreté*» garantirebbe «*la sicurezza giuridica dell'individuo nei confronti del potere*». J. ROCHE, *Libertés publiques*, XII ed., Paris 1997, 86 ss., dal canto suo parla di «*sûreté*» ovvero di libertà individuale in senso stretto. Infine, per G. CARCASSONNE, *La Constitution*, IX^a ed., Paris 2009, 425, la «*sûreté*» equivarrebbe alla sicurezza giuridica, e cioè a quello che chiunque, «*in qualsiasi momento e senza contestazioni, sa che ha il diritto di fare o non*» (?!).

²⁷ Nel senso criticato v. T.E. FROSINI, C. BASSU, *La libertà personale nell'emergenza costituzionale*, cit., 77; S. RAIMONDI, *Per l'affermazione della sicurezza pubblica come diritto*, cit., 754 s.; G. CERRINA FERONI, G. MORBIDELLI, *La sicurezza: un valore superprimario*, cit., 749.

²⁸ Così anche M. RUOTOLO, *Sicurezza, dignità e lotta alla povertà*, Napoli 2012, 109.

²⁹ Così la Dichiarazione dei diritti della Virginia (1776), sez. 3. Ma v. anche la Dichiarazione d'Indipendenza (1776), cit.; la Dichiarazione dei diritti della Pennsylvania (1776), art. V; la Dichiarazione dei diritti del Maryland (1776), art. IV (che però sottolinea non trattarsi del diritto di resistenza: «dottrina assurda, bassa e distruttiva del bene e della felicità dell'umanità»); Dichiarazione dei diritti del Vermont (1777), art. VI; Dichiarazione di diritti del Massachussets (1780), art. VII.

³⁰ V. le indicazioni delle varie tesi in L.H. TRIBE, *American Constitutional Law*, III ed., New York 2001, 896 s. In favore della lettura *originalist* del II emendamento v. l'intervista di P. VALENTINO, *Il supergiudice americano Scalia: «Chiudere Guantanamo? Un'ipocrisia»*, ne *il Corriere della Sera*, 27 maggio 2013, 17. Secondo il *Justice* intervistato «il principio generale che i cittadini possano avere armi, incluse armi da guerra, è chiaro nel testo del II emendamento. Se si vuole essere onesti e non si vuole che siano i giudici a scrivere la legge, i cittadini americani hanno il diritto di portare armi, come difesa dai tiranni». Ma non basta. Di fronte al rilievo dell'intervistatore: «Ma è un fatto che sempre più di frequente queste armi sono usate per uccidere persone innocenti ...», Scalia risponde: «Non-sense. Non c'è nessuna prova che le combat arms o le armi di assalto siano la causa di questi episodi. Ogni cacciatore in America ha un fucile automatico». Ma la lettura *originalist* di

mai richiamato nei contributi qui esaminati – sarebbe in linea con la tesi di alcuni degli studiosi qui criticati; tuttavia esso sarebbe impraticabile nel nostro ordinamento positivo perché radicalmente contrario al divieto della ragion fattasi che costituisce una delle premesse della Stato di diritto come affermatosi da centinaia di anni in Europa³¹.

Quanto all'art. 1 della legge francese n. 1995-73 del 21 gennaio 1995, poi confermato dalla legge n. 2001-1062 del 15 novembre 2001 e dal *Code de la sécurité intérieure* (ord. 12 marzo 2012), esso effettivamente proclama che «La sicurezza è un diritto fondamentale e una delle condizioni di esercizio delle libertà individuali e collettive». Tuttavia, a parte le perplessità che l'enunciato solleva in quanto funzionalizza i diritti di libertà alla pubblica sicurezza³² (in quanto la sicurezza e/o l'ordine pubblico divengono il presupposto di legittimità dell'esercizio dei diritti costituzionali)³³ – funzionalizzazione che in Italia la più autorevole dottrina ha sempre rifiutato³⁴ –, va detto che anche in Francia tale disposizione è stata definita come puramente illusoria, non essendo tale diritto consacrato da una norma “superlegislativa” e non presentando i caratteri del diritto soggettivo³⁵.

Né, in favore del preteso diritto alla sicurezza contro il terrorismo, è di una qualche utilità il richiamo all'art. 9, comma 3 Cost. sp.³⁶ che disci-

Scalia si ferma qui e non si spinge fino al punto di identificare l'anno di fabbricazione delle armi d'assalto: il 1791 o il 2013?

³¹ V. *infra* il § 4.

³² In effetti anche T.E. FROSINI, C. BASSU, *La libertà personale nell'emergenza costituzionale*, cit., 77 ss., aderiscono alla tesi della funzionalizzazione dei diritti di libertà allorché sostengono che la sicurezza costituirebbe la «condizione per l'esercizio delle libertà e per la riduzione delle disuguaglianze». Tesi che è intimamente contraddittoria, come ben dimostrato da A. BALDASSARRE, voce *Libertà (problemi generali)*, in *Enc. giur.*, vol. XIX, Roma 1990, 15.

³³ V. *infra* nota 82 e relativo testo.

³⁴ V. ad es. C. ESPOSITO, *La libertà di manifestazione del pensiero nell'ordinamento italiano*, Milano 1957, 37 s.; ID., *La libertà di manifestazione del pensiero e l'ordine pubblico*, in *Giur. cost.*, 1962, 191, in critica a Corte cost., sent. n. 19 del 1962; C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, tomo II, IX^a ed., Padova 1976, 1039; A. BALDASSARRE, voce *Libertà (problemi generali)*, cit., 15; M. MANETTI, in A. PACE, M. MANETTI, *Art. 21. La libertà di manifestazione del proprio pensiero*, in G. BRANCA, A. PIZZORUSSO (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma 2006, 226 ss.

³⁵ M.-A. GRANGER, *Existe-t-il un «droit fondamental à la sécurité»?*, 19. Intervento al VII congresso dell'Association fr. de Droit const., 26 e 27 settembre 2008, www.droitconstitutionnel.org/congresParis/comC8/GrangerTXT.pdf ed ivi ulteriori indicazioni critiche alla tesi.

³⁶ T.E. FROSINI, C. BASSU, *La libertà personale nell'emergenza costituzionale*, 77 ss.

plina il «diritto alla sicurezza giuridica», che va ben oltre la tutela del legittimo affidamento. Alludendo all'«insieme di certezza e legalità, gerarchia e pubblicità normativa, irretroattività delle norme sfavorevoli, divieto dell'arbitrio», l'art. 9, comma 3 cit. si avvicina piuttosto alla *Rechtssicherheit* tedesca – anch'essa richiamata da tali studiosi –, la quale può però essere considerata sotto due aspetti: quello della certezza del diritto e quello della corretta applicazione di esso. Ciò che implica, a sua volta, l'osservanza della gerarchia delle norme e quindi il non-stravolgimento, da parte dello stesso legislatore, del sistema costituzionale delle fonti³⁷.

Ed è pur vero che proprio in Germania si è da tempo sostenuto l'esistenza di un «diritto fondamentale alla sicurezza»³⁸, e il sostenitore di tale tesi è stato puntualmente richiamato dagli studiosi le cui tesi sono qui discusse³⁹. Tuttavia, sempre in Germania, si è tempestivamente avvertito, da uno dei più autorevoli sostenitori della *Rechtssicherheit* nel senso sopra precisato, come «ad una considerazione più attenta risulta evidente che questo [e cioè il diritto fondamentale alla sicurezza] sembra più una procura in bianco affidata allo Stato per ogni possibile intervento sulla libertà che non un autentico "diritto fondamentale"»⁴⁰: un'autorizzazione in

Sulla «*seguridad jurídica*» v. P. DAMIANI, *La certezza del diritto come parametro nei giudizi di costituzionalità. Le esperienze italiana e spagnola a confronto*, in *Giur. cost.* 1999, 2347 ss. V. le sentenze nn. 10 del 1981 e 227 del 1988 del *Tribunal constitucional espanol*, secondo le quali la sicurezza giuridica è «l'insieme di certezza e legalità, gerarchia e pubblicità normativa, irretroattività delle norme sfavorevoli, divieto dell'arbitrio (...); è l'insieme di questi principi equilibrato in maniera tale da consentire di promuovere, nell'ordine giuridico e nella libertà, la giustizia e l'eguaglianza», che tuttavia «non garantisce la necessità di preservare indefinitamente il regime giuridico esistente in un dato momento storico con riferimento a determinati diritti e situazioni».

³⁷ V. ad es. P. BADURA, *Staatsrecht*, II ed., München 1996, 270 s.; E. DENNINGER, *Staatsrecht*, vol. I, Reinbeck bei Hamburg 1973, 107 ss.; ID., «*Rechtsstaat*» oder «*rule of law*» – was ist das heute? in ID., *Recht in globaler Unordnung*, Berlin 2005, 119 s.; ID., *Diritti dell'uomo e Legge fondamentale (Menschenrechte und Grundgesetz*, 1994), trad. it. C. Amirante, Torino 1998, 77. Nella dottrina italiana, in questo senso, v. l'ampio e approfondito svolgimento del tema in M. RUOTOLO, *Sicurezza, dignità e lotta alla povertà*, cit., 85 s. e, se si vuole, A. PACE, *Libertà individuali e qualità della vita*, Napoli 2008, 93 nonché lo spunto che in tal senso si può cogliere dalla sent. n. 171 del 2007 della Corte costituzionale sul quale v. ancora la relazione di M. RUOTOLO, *I limiti della legislazione delegata integrativa e correttiva*, in *La delega legislativa*, Atti del seminario presso la Corte costituzionale il 24 ottobre 2008, Milano, 85 ss. ed ivi il mio intervento, 273 ss.

³⁸ J. ISENSEE, *Das Grundrecht auf Sicherheit. Zu den Schutzpflichten des Freiheitlichen Verfassungsstaates*, Berlin-New York 1983.

³⁹ T.E. FROSINI, C. BASSU, *La libertà personale nell'emergenza costituzionale*, 77 nota 8.

bianco che oscura il rapporto tra lo Stato e il suddito (ora: il cittadino) che da Hobbes in poi ha costituito uno dei fondamenti dello Stato moderno. Privo di quel riferimento, lo Stato di “prevenzione” vivrebbe infatti «tra un sistema autoreferenziale e autolegittimante»⁴¹.

4. *L'incertezza sulla struttura del c.d. diritto alla sicurezza*

Alle perplessità che sollevano i richiami normativi fin qui esaminati deve poi aggiungersi che è evidente l'incertezza degli studiosi citati nell'identificazione della struttura di questo preteso diritto, che per taluni di loro consisterebbe – non diversamente da quanto sostenuto (ma anche criticato) tanto in Francia quanto in Germania – in un valore superprimario, costituente un diritto costituzionale spettante a tutti i cittadini, che «non si presta ad un bilanciamento secondo i canoni tradizionali»⁴².

Di qui, poiché il diritto alla sicurezza non sarebbe una mera formula retorica⁴³ ma costituirebbe anzi, secondo gli studiosi criticati, una situazione giuridica soggettiva giustiziabile, la rilevanza pratica dell'identifica-

⁴⁰ E. DENNINGER, *Diritti dell'uomo e Legge fondamentale*, cit., 38.

⁴¹ Così, ancora E. DENNINGER, *Diritti dell'uomo e Legge fondamentale*, cit., 91 s.

⁴² V. G. CERRINA FERONI, G. MORBIDELLI, *La sicurezza: un valore superprimario*, in *Percorsi costituzionali*, 2008, n. 1, 31 ss., 34, secondo i quali, nei giudizi di legittimità costituzionale nei quali libertà e sicurezza siano in contrasto, dovrebbe essere negata ogni forma di bilanciamento in quanto «la sicurezza non è un fine in sé, ma piuttosto uno strumento per accrescere le libertà». In contrario deve però essere rilevato che se, come si ritiene dai due studiosi, la sicurezza funziona da presupposto per l'esercizio dei diritti (v. *infra* la nota 82), essa li condiziona e quindi non ne accresce affatto le potenzialità.

Deve però aggiungersi che i discorsi sulla possibilità di effettuare bilanciamenti tra libertà e sicurezza, se svolti in astratto, hanno scarso significato pratico sia che si privilegi la sicurezza o la libertà. Ha giustamente osservato in proposito A. BARAK, (già Presidente della Corte Suprema d'Israele), *Democrazia, terrorismo e Corti di giustizia*, in *Giur. cost.* 2002, 3393, che se da un lato «L'efficienza delle misure di sicurezza è una questione che appartiene ad una sfera di competenza di altri settori del governo», dall'altro «La Corte deve insistere per ascoltare in udienza le specifiche considerazioni che hanno determinato le conseguenti azioni governative». Il che per l'appunto dovrebbe avvenire anche (e soprattutto) quando la nostra Corte costituzionale si trovi a giudicare sulla legittimità dell'apposizione di un segreto di Stato. Sulle reticenze della Consulta sul punto v. A. ANZON DEMMIG, *La Corte abbandona definitivamente all'esclusivo dominio dell'autorità politica la gestione del segreto di Stato nel processo penale*, *ivi*, 2012, 536.

⁴³ Così, anche per ulteriori citazioni di dottrina francese, M.-A. GRANGER, *Existe-t-il un «droit fondamental à la sécurité»?», cit.*, 1.

zione della struttura di questo preteso diritto⁴⁴. È però assai discutibile che col diritto alla sicurezza, in quanto situazione soggettiva giustiziabile, si possa alludere ad una sorta di diritto della persona oppure ad «un diritto sociale costituzionalmente garantito che si collega, specificamente, al c.d. ambiente di vita personale e collettiva»⁴⁵.

Nel primo caso si tratterebbe, come già avvertito, del diritto ad esercitare arbitrariamente le proprie ragioni ben oltre i limiti legittimi dell'autodifesa (art. 52 c.p.), vietata dal nostro ordinamento *ex art.* 392 c.p. e da qualsiasi altro ordinamento che si ispiri alle regole fondamentali dello Stato di diritto⁴⁶.

Nel secondo caso l'ipotizzato diritto sociale susciterebbe il non meno grave problema della concreta esigibilità giudiziale delle prestazioni positive da parte dello Stato⁴⁷. Se infatti è vero che la qualificazione di una data situazione giuridica soggettiva come diritto soggettivo deriva da una specifica previsione normativa («*ubi jus ibi remedium*») – e non dalla mera esistenza di un interesse “di fatto” per quanto politicamente o socialmente importante –, è altrettanto vero che questo interesse fattuale, per essere qualificato giuridicamente come diritto, deve

⁴⁴ Per ulteriori critiche alla struttura del diritto alla sicurezza come sostenuto da J. ISENSEE, *op. cit.*, v. P. RIDOLA, *Libertà e diritti nello sviluppo storico del costituzionalismo*, in R. NANIA, P. RIDOLA (a cura di), *I diritti costituzionali*, vol. I, II ed., Torino 2006, 148. Contro la tesi che il c.d. diritto alla sicurezza, come tradizionalmente inteso, possa essere qualificato quale “bisogno umano”, v. M. RUOTOLO, *Sicurezza, dignità e lotta alla povertà*, cit. 23 s.

⁴⁵ G. CERRINA FERONI, G. MORBIDELLI, *La sicurezza: un valore superprimario*, cit., 31 s. Anche E. CASTORINA, *Diritto alla sicurezza, riserva di legge e principio di proporzionalità: le premesse per una «democrazia europea»*, in *Riv. ital. dir. pubbl. comunitario* 2003, 308 ss., parla, sia pure dubitativamente («si potrebbe dire quasi») di un diritto sociale «alla sicurezza», di portata generale, con riferimento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, ancorché correttamente ricordi l'ascendenza montequeviana della «*sûreté*» proclamata nell'art. 2 della Déclaration del 1789. Esplicitamente, nel senso che esisterebbe un diritto implicito alla sicurezza pubblica, v. S. RAIMONDI, *Per l'affermazione della sicurezza pubblica come diritto*, cit., 756.

⁴⁶ È per questa ragione che il diritto di portare armi (II em. Cost. U.S.) al di fuori di una «*well regulated militia*» non potrebbe mai costituire un diritto nel nostro ordinamento. V. *supra* § 3.

⁴⁷ Incerta la posizione concettuale di P. TORRETTA, “Diritto alla sicurezza”, cit., che da un lato parla della natura sociale del diritto alla sicurezza (463) – e quindi giustamente si chiede, partendo (forse) dalla premessa della sua natura di diritto sociale, «*in che misura e con quale garanzie l'obbligo di agire dei pubblici poteri debba e possa esplicarsi per tutelare la sicurezza senza tradursi in esercizio arbitrario delle potestà statali*» (464) –, dall'altro ne parla, quasi nello stesso contesto, come di un diritto di libertà (464) e quindi di un diritto della persona (483).

avere una concreta possibilità di essere giustiziabile («*ubi remedium ibi jus*»)⁴⁸.

Date queste premesse, è di tutta evidenza che il diritto dei cittadini alla sicurezza, in quanto diritto a prestazioni positive da parte dello Stato – e cioè l'immediato apprestamento delle misure di sicurezza da parte dei pubblici poteri, dietro semplice richiesta del privato – renderebbe paradossalmente doveroso (*ad nutum!*) l'intervento, anche preventivo, dell'autorità di polizia, senza quindi che questa possa esercitare la benché minima discrezionalità sui modi e sui tempi degli interventi a tutela della sicurezza collettiva.

Si è però obiettato che la giustiziabilità non sarebbe necessaria allo scopo di qualificare un diritto come fondamentale, dovendosi piuttosto «*guardare al complesso degli strumenti, non solo giurisdizionali, di attuazione e concretizzazione di quel diritto*»⁴⁹. È bensì vero che la giurisdizione non è la sola cartina di tornasole del progresso civile e politico di un Paese (ad esempio, io stesso ho sostenuto che «*la difesa della forma di Stato non passa necessariamente per il tramite delle aule giudiziarie e della Corte costituzionale*»⁵⁰). Tuttavia una cosa è dire questo, altra cosa è predicare l'esistenza di un diritto alla sicurezza sostenendone la soggettivizzazione. In tal caso, poiché si prospetta l'esistenza, a tal riguardo, di una situazione giuridica soggettiva, chi lo fa ha l'onere di dimostrare, ai sensi dell'art. 24 comma 1 Cost., la sua concreta giustiziabilità.

5. La sicurezza pubblica come valore settoriale

Mi chiedo ora se la sicurezza, in contrapposto alla libertà, sia un valore settoriale o generale.

Mi pongo il quesito perché da un autorevole costituzionalista si è di recente sostenuto «*che il volto costituzionale della sicurezza non può che emergere dalla assicurazione di tutti i beni costituzionali*»⁵¹. Non diversa-

⁴⁸ In questi termini v. A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte generale*, III ed., Padova 2003, 174.

⁴⁹ Così A. D'ALOIA, *Introduzione. I diritti come immagini in movimento: tra norma e cultura costituzionale*, in ID., (a cura di), *Diritti e Costituzione*, cit., XXI nota 55, che cita in tal senso G. ROLLA, *Le prospettive dei diritti della persona alla luce delle recenti tendenze costituzionali*, in *Quad. cost.* 1997, 432 s..

⁵⁰ *Potere costituente, rigidità costituzionale, autovincoli legislativi*, II ed., Padova 2002, 145 nota 90 bis.

⁵¹ M. DOGLIANI, *Il volto costituzionale della sicurezza*, in G. COCCO (a cura di), *I di-*

mente, ma da altra angolatura, qualche anno prima, da un altrettanto autorevole studioso, si è rilevato, nel contesto di una rimeditazione dello sviluppo storico del costituzionalismo:

«Se il tema della sicurezza ha assunto nello stato costituzionale contemporaneo una fisionomia in parte nuova, testimoniata dal risalto che ad esso è dato nelle carte internazionali e regionali dei diritti e nell'ordinamento europeo (artt. 2 e 29 TUE; art. 61 TCE: «spazio di libertà, sicurezza e diritto»; art. 5 CEDU; art. 6 Carta dir. fondamentali UE: «ogni persona ha diritto alla libertà e alla sicurezza»), ciò non dipende soltanto dal fatto che le risposte all'emergenza del terrorismo internazionale dopo gli attentati dell'11 settembre 2001 hanno trasformato l'approccio ad esso e profilato un nuovo paradigma del rapporto fra libertà e sicurezza. Più in generale, si avverte da alcuni decenni nelle società contemporanee, a causa dell'emergere di conflitti radicali come anche per effetto dell'invasività delle nuove tecnologie, una dilatazione del bisogno di sicurezza, perché esso investe settori svariati, come, ad esempio, quelli della medicina, dell'economia, dell'ambiente, della protezione della sfera privata. E se peraltro il bisogno di sicurezza richiede sempre più frequentemente risposte che superano i confini della sovranità statale, non sembra dubbio che esso si sia sviluppato parallelamente alla dilatazione degli interessi che trovano riconoscimento nelle costituzioni e nella crescita dei compiti pubblici di prestazione. In breve, la sicurezza pone oggi sempre più di fronte ad alternative di decisione ed alla necessità di operare scelte, le quali debbono trovare direttrici di orientamento nel quadro costituzionale»⁵².

È esatto quanto evidenziato dalla prima tesi, e cioè che l'assicurazione da parte della Costituzione della spettanza di un dato bene determina nel titolare di tale bene una situazione psicologica di sicurezza. È tuttavia da osservare che la Costituzione non mira ad assicurare la situazione psicologica di sicurezza dei singoli cittadini; piuttosto assicura loro la spettanza di dati beni, da cui consegue, come effetto indiretto, una situazione psicologica individuale di sicurezza. Inoltre quando la Costituzione allude esplicitamente o implicitamente alla sicurezza, non prende in considerazione la sicurezza individuale, bensì la “sicurezza pubblica” per la cui tutela essa prevede addirittura la possibilità di interventi pre-

versi volti della sicurezza, Atti del Convegno svolto all'Università Milano-Bicocca il 4 giugno 2009, Milano 2012, 6.

⁵² P. RIDOLA, *Libertà e diritti nello sviluppo storico del costituzionalismo*, cit., 138 ss., spec. 143. A questa ricostruzione accede anche M. RUOTOLO, *Sicurezza, dignità e lotta alla povertà*, cit., 114.

ventivi⁵³ in limitazione di specifici diritti di libertà costituzionalmente garantiti⁵⁴. Pertanto la sicurezza a cui allude la Costituzione negli artt. 13, 14, 15, 16, 17, 18 e 117 comma 2 lett. d) e h) non può essere confusa con altri tipi di sicurezza.

Parzialmente analoghe sono le perplessità che suscita la seconda tesi, a cui può essere obiettato che l'ampliamento del concetto di sicurezza consegue dalla stessa dilatazione dei correlativi bisogni posti nello scritto citato alla base di tale concetto, i quali investono appunto «*settori svariati, come, ad esempio, quelli della medicina, dell'economia, dell'ambiente, della protezione della sfera privata*».

Non discuto che il buon funzionamento di tali settori determini la sicurezza dei cittadini, e che al riguardo si possa addirittura parlare di un «*costituzionalismo dei bisogni*»⁵⁵. Bisogna tuttavia tener fermo che questa sicurezza non ha nulla a che vedere con la sicurezza pubblica, la quale costituisce l'aspetto soggettivo⁵⁶ dell'ordine pubblico, la cui tutela richiede tecniche specifiche.

⁵³ È una caratteristica degli interventi a tutela dell'ordine e della sicurezza pubblica che un tempo era pacifica, ma su cui non si insiste più (un accenno è però in T.G. GIUPPONI, *Le dimensioni costituzionali della sicurezza*, cit., 57). È comunque ovvio che la previsione dell'intervento deve rispettare il principio di legalità sia formale che sostanziale.

⁵⁴ Così è a dire della libertà personale (art. 13 commi 2 e 3), della libertà domiciliare (art. 14 commi 2 e 3), della libertà di circolazione (art. 16 comma 1), della libertà di riunione (art. 17 commi 1 e 3), della libertà di associazione, ma limitatamente alle associazioni segrete, alle associazioni politiche paramilitari e alle associazioni neofasciste (art. 18 comma 2: in questo senso v. A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte speciale*, II ed., Padova 1992, 351). La tutela della sicurezza pubblica (che oltre tutto richiede tecniche di tutela radicalmente diverse da quelle che potrebbero essere richieste dai settori della medicina, dell'economia, dell'ambiente e della protezione della sfera privata) viene in considerazione anche nell'art. 117 comma 2 lett. d) a proposito della potestà legislativa statale in materia di sicurezza dello Stato, di armi, munizioni ed esplosivi e nell'art. 117 comma 2 lett. h) a proposito della potestà legislativa statale in tema di ordine pubblico e sicurezza, nell'esercizio delle quali competenze il legislatore statale ben potrebbe prevedere l'adozione di provvedimenti preventivi a tutela della sicurezza e dell'ordine pubblico.

⁵⁵ Così, significativamente, S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Bari-Roma 2012, 94, definisce la lotta per i nuovi diritti contro le nuove oppressioni.

⁵⁶ Sin dalla sent. n. 2 del 1956 la Corte costituzionale si è così espressa: «*Sicurezza si ha quando il cittadino può svolgere la propria lecita attività senza essere minacciato da offese alla propria personalità fisica e morale; è l'«ordinato vivere civile», che è indubbiamente la meta di uno Stato di diritto, libero e democratico*». Quindi, la sicurezza costituisce sempre uno stato soggettivo, sia che si alluda allo stato soggettivo «individuale» del titolare di un diritto, sia che si alluda alla sicurezza «ipostatizzata» dello Stato o di una comunità minore (ad es. la c.d. sicurezza urbana).

Una cosa infatti è la polizia di sicurezza, altra cosa sono le politiche sanitarie, abitative, scolastiche, ambientali ecc. nei confronti delle quali, diversamente dalla politiche della sicurezza collettiva, è ammissibile la configurazione di situazione giuridiche soggettive giustiziabili: i diritti sociali.

Detto questo, è opportuno però sottolineare che sicurezza pubblica e ordine pubblico costituiscono non già concetti diversi tra loro ma i due lati della stessa medaglia, il primo soggettivo, il secondo oggettivo⁵⁷.

6. *La sicurezza pubblica e l'ordine pubblico (materiale o ideale) come aspetti soggettivo e oggettivo*

Quando, in conseguenza di principi dell'ordinamento limitativi del più ampio pluralismo, la circolarità del potere viene conseguentemente ridotta, l'ordine pubblico non è più identificabile con il mero "ordine materiale" – e cioè con l'assenza di fatti violenti (l'«*ordre dans la rue*» di Marcel Hauriou)⁵⁸ – ma, piuttosto, si identifica con un "ordine ideale"

⁵⁷ Nella sua classica trattazione del problema O. RANELLETTI, *La polizia di sicurezza*, in V.E. ORLANDO (a cura di), *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, Milano 1912, 420 ss. affermava che l'ordine pubblico esprime essenzialmente sicurezza, tranquillità pubblica con ciò sottolineando la stretta connessione dei due vocaboli. Com'è noto, la Costituzione, mentre richiama più volte la sicurezza (pubblica), tace a proposito dell'ordine pubblico, che incontrò la diffidenza di taluni Costituenti (cenni in A. CERRI, voce *Ordine pubblico*, vol. XXV, Roma 1990, 2), ma vi accenna nell'art. 31 dello Statuto della Sicilia e nell'art. 44 dello Statuto della Val d'Aosta. Di qui la tesi da me sostenuta, nel saggio più volte citato, che di tale concetto non si potesse ignorare l'esistenza. In dottrina esso fu da principio autorevolmente osteggiato soprattutto da P. BARILE, *Il soggetto privato nella Costituzione italiana*, Padova 1951, 116 ss.; ID., *La pubblica sicurezza. Relazione generale*, Atti del Congresso celebrativo del centenario delle leggi amministrative di unificazione, Firenze 1965 in ID., (a cura di), *La pubblica sicurezza*, Vicenza 1967, 49. Tuttavia, grazie ai richiami esistenti nella legislazione ordinaria (si pensi soprattutto all'art. 2 t.u.l.p.s.) la giurisprudenza e la p.a. hanno continuato a farne applicazione (v. G. CORSO, *L'ordine pubblico*, Bologna 1979, 117 ss., spec. 133 ss.), finché, con la l. cost. n. 3 del 2001, l'«*ordine pubblico e sicurezza, ad esclusione della polizia amministrativa e locale*» è stato ufficialmente introdotto in Costituzione quale materia di competenza legislativa dello Stato ai sensi dell'art. 117 comma 2, lett. h).

⁵⁸ M. HAURIUO, *Précis élémentaire de droit administratif*, IV^a ed., Paris 1938, 34. L'il-lustre a. non contrapponeva l'ordine materiale all'ordine ideale, ma implicava dal concetto materiale dell'ordine che le autorità amministrative non potessero pregiudicare le libertà pubbliche se non quando il loro esercizio avesse determinato violazioni dell'ordine materiale.

che si assume violato non solo da fatti violenti ma anche da pacifiche manifestazioni di dissenso.

Corrispondentemente, poiché – come già accennato – la sicurezza individua lo stato psicologico di un soggetto («è l'opinione che di essa si abbia»)⁵⁹, la smaterializzazione dell'ordine pubblico determina una corrispondente smaterializzazione della (ipostatizzata) sicurezza pubblica dei detentori del potere, i quali assumerebbero di essere in pericolo anche a fronte di mere manifestazioni di dissenso. Non quindi in conseguenza di comportamenti violenti o di fatti naturali (ad es. un terremoto, un'alluvione)⁶⁰ ovvero in conseguenza di comportamenti che ancorché leciti potrebbero, sulla base di comprovati motivi, causare gravi pregiudizi⁶¹.

Nella vigenza di un ordine pubblico ideale il dissenso è aprioristicamente pericoloso per la sicurezza delle istituzioni. E ciò è vero non solo in un ordinamento che si qualifichi socialdemocratico, socialista, fascista o nazionalsocialista⁶², ma anche in un ordinamento liberaldemocra-

⁵⁹ MONTESQUIEU, *Lo spirito delle leggi*, cap. XII, cap. 1 e 2. Sulla sicurezza come stato psicologico soggettivo v. Corte cost., sent. n. 2 del 1956, cit. seguita da A. PACE, *Il concetto di ordine pubblico*, cit., 120 ss., ID., *La libertà di riunione*, cit., 157 ss. In senso contrario v. T.F. GIUPPONI, *Le dimensioni costituzionali della sicurezza*, cit., 7, secondo il quale esisterebbe un concetto di sicurezza in senso oggettivo equivalente alla *tranquillitas*, che però individua anch'essa, a ben vedere, uno stato soggettivo.

⁶⁰ A. PACE, *Il concetto di ordine pubblico*, cit., 113 ss.; ID., *La libertà di riunione nella Costituzione italiana*, Milano 1967, 152 ss. Questa ricostruzione del concetto di ordine pubblico – che ritiene determinanti a tal fine i principi politici su cui un ordinamento si regge – differisce da quella contemporaneamente sostenuta da L. PALADIN, voce *Ordine pubblico*, cit., §§ 2 e 3, che preferiva sottolineare il rapporto strumentale dell'ordine pubblico c.d. amministrativo rispetto all'ordine pubblico c.d. normativo peraltro restrittivamente individuato, e distingueva l'ordine ideale da quello di polizia, laddove per chi scrive anche l'ordine di polizia potrebbe essere ideale. Invece differisce di meno da quella successivamente sostenuta da C. LAVAGNA, *Il concetto di ordine pubblico alla luce delle norme costituzionali*, in *Dem. dir.* 1967, 367 ss., 372, il quale, pur partendo da una concezione normativa dell'ordine pubblico, giunge alla stessa conclusione della natura essenzialmente materiale del concetto di ordine pubblico nella Costituzione italiana. Precisi riferimenti alla tesi illustrata nel testo negli eccellenti contributi sul tema di A. CERRI, voce *Ordine pubblico*, in *Enc. giur. it.* 1990; ID., voce *Ordine pubblico*, in *Enc. giur. it.*, Aggiornamento, ivi, vol. XXV, Roma 2007.

⁶¹ A. PACE, *Riunioni in luogo pubblico e limitazioni di polizia*, in *Giur. cost.* 1963, 1725; C. LAVAGNA, *Il concetto di ordine pubblico*, cit., 361. In senso critico, v. invece G. AMATO, *Recensione ad A. Pace, La libertà di riunione nella Costituzione italiana*, in *Dem. e dir.* 1967, 304 s.

⁶² Ricordavo nel saggio *Il concetto di ordine pubblico*, cit., 115 nota 14, come fosse significativa in tal senso l'affermazione di W. HAMEL, *Wesen und Rechtsgrundlagen der Polizei im Nationalsozialistischen Staate*, in H. FRANK, *Deutsches Verwaltungsrecht*, Mün-

tico⁶³. Per il solo fatto che tale ordinamento neghi la libertà ai negatori della libertà⁶⁴, esso finisce per rapportarsi ad un concetto ideale di ordine pubblico che, per quanto meno limitativo dagli altri ordinamenti, non si identifica nel mero «*ordre dans la rue*». Non può infatti qualificarsi “liberale”, senza altri aggettivi, l’ordinamento che, ancorché in forme mascherate, non tolleri il dissenso⁶⁵.

chen 1937, 389, secondo cui «*il fondamento giuridico della polizia è (...) l'essenza della sovranità dello Stato così come espressa per il tramite del Führer e Reichskanzler*». Sul punto v. anche A. PACE, *La libertà di riunione*, cit., 152 ss.

⁶³ Ne costituisce la conferma l’art. 18 GG che prevede la decadenza da tutta una serie di diritti fondamentali quando questi siano stati esercitati «per lottare contro l’ordine fondamentale liberal-democratico».

⁶⁴ Sintomatica è la posizione al riguardo di uno studioso di orientamento liberale come A.C. JEMOLO, di cui v. *I problemi pratici della libertà*, Milano 1961, 51 ss. e 124 ss., per l’impostazione teorica e per l’invito a risolvere il problema caso per caso, e la nota *Lo Stato può difendersi*, in *Giur. cost.* 1970, 957 ss. (nella quale l’illustre a. commentò adesivamente la sentenza interpretativa di rigetto n. 65 del 1970 della Corte costituzionale relativa all’art. 414 c.p. in tema di apologia e di istigazione a reato). Favorevole a non irrigidire la tutela della libertà di espressione, ritenendo opportuno «di lasciare al legislatore la possibilità, per situazioni più o meno eccezionali, di introdurre misure di controllo di discorsi infiammatori i quali, a suo giudizio, appaiano pericolosi», e quindi in favore della costituzionalità del reato di apologia ritenendo sufficiente la pericolosità non immediata, v. G. BOGNETTI, *Apologia di delitto e principi costituzionali di libertà d’espressione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1960, 195 ss.; ID., *Apologia di delitto punibile ai sensi della Costituzione e interpretazione della norma dell’art. 414, ultimo comma, cod. pen.*, ivi 1971, 18 ss.; ID., *Il pericolo nell’istigazione all’odio di classe e nei reati contro l’ordine pubblico*, in *Giur. cost.* 1974, 1441 ss. Per critiche sul punto v. M. MANETTI, in A. PACE, M. MANETTI, *Art. 21. La libertà di manifestazione del proprio pensiero*, cit., 241.

⁶⁵ Sul punto v. gli esatti rilievi di M. MANETTI, in A. PACE, M. MANETTI, *Art. 21. La libertà di manifestazione del proprio pensiero*, cit., 227. L’interesse che suscita la trattazione del tema dell’ordine pubblico da parte della Manetti sta nella diversa impostazione del problema. Nell’impostazione da me seguita – e riportata nel testo – io partivo, in via teorica, da un ordinamento ipotetico nel quale l’illimitata circolarità del potere consentisse all’ordine pubblico di mantenere una consistenza meramente materiale, per poi evidenziare i successivi mutamenti, in senso ideale, del contenuto di questo concetto a seguito della più ridotta circolarità del potere conseguente all’avvento di un regime meno liberale (l’esperienza storica che avevo sotto gli occhi era quella della trasformazione del concetto di ordine pubblico nel passaggio dallo Stato italiano liberale – che poi tanto liberale non era! – allo Stato fascista). Per contro, nell’impostazione della studiosa, il percorso è inverso. Ella passa dalla dichiarata neutralità dello Stato liberale (nel quale era però represso il pensiero irrispettoso della morale corrente e della religione) al relativismo politico e morale che ha consentito, ad es. nell’ordinamento statunitense, di limitare «la repressione del pensiero esclusivamente a partire dal “danno” oggettivamente valutabile che esso possa arrecare agli interessi della collettività». Con riferimento al nostro ordinamento costituzionale l’a. giustamente evidenzia come il mantenimento in vita, da parte del legislatore repubblicano, dell’obbedienza alla legge «come stadio preliminare e

Poiché però si deve riconoscere che è contraddittorio sia fondare la libertà sulla negazione del dissenso radicale, sia ammettere il dissenso radicale ma nel contempo reprimerne i comportamenti, sia infine ammettere tali comportamenti pregiudicando così il principio maggioritario⁶⁶, l'unico modo ragionevole per uscire da queste contraddizioni, è di negare bensì il dissenso radicale, ma solo quando l'apologia – che costituisce la cartina di tornasole dei limiti di tollerabilità del dissenso – di comportamenti potenzialmente eversivi dell'ordine costituzionale democratico abbia la concreta capacità di provocare l'immediata esecuzione di delitti.

In questo senso deve essere apprezzato che al filone giurisprudenziale che riteneva sufficiente, ai fini della concretizzazione del reato di cui all'art. 414 comma 3 c.p., «*la formulazione di un giudizio favorevole del fatto delittuoso, trattandosi di una figura di reato con evento di pericolo presunto*»⁶⁷, è subentrato, più di recente, un filone che ritiene sussistere apologia punibile solo quando «*l'azione deve avere la concreta capacità di provocare l'immediata esecuzione di delitti o, quanto meno, la probabilità che essi vengano commessi in un futuro più o meno prossimo*»⁶⁸. Il che è stato sostenuto anche con riferimento al reato di propaganda e apologia sovversiva (prima che fosse abrogato nel 2006), al reato di apologia del genocidio e al reato di apologia del fascismo⁶⁹.

assorbente rispetto alla fedeltà alla Costituzione» è «ciò che da un lato ha consentito di neutralizzare i conflitti ideologici latenti tra maggioranza e minoranze, ma dall'altro ha bloccato l'evoluzione del diritto costituzionale verso un esito autenticamente pluralistico» (op. cit., 233 s.).

⁶⁶ A. CERRI, voce *Ordine pubblico*, cit. (1990), 3.

⁶⁷ Cass., sez. I pen., 20 giugno 1994, *ric. Monopoli*; Id., sez. VI, 11 aprile 1986, *ric. Alloro*; Id. sez. II pen., 13 giugno 1984, *ric. Di Maio*.

⁶⁸ Cass., sez. I pen., 17 novembre 1997, n. 11578; Id., 1 giugno 2001, n. 26907.

⁶⁹ In questo senso dai giudici di merito, con riferimento al reato di propaganda e apologia sovversiva o antinazionale (art. 272 c.p., poi abrogato nel 2006), si è giustamente ritenuto che essa dovesse essere idonea «*a creare una situazione di pericolo circa la concreta adesione alle tesi propagandate sotto forma di azioni violente immediatamente riconducibili alle tesi medesime*» (Uff. Indagini prel. Milano, 25 febbraio 2003, in *Giur. merito*, 2003, 108), laddove, con riferimento al reato di apologia del genocidio (l. 9 ottobre 1967, n. 962), si è ritenuta punibile «*solo quella che, per le modalità e le caratteristiche dei destinatari e per il particolare momento storico-politico in cui si svolge, costituisce comportamento concretamente idoneo a provocare la commissione del fatto esaltato*» (Corte d'Assise di Milano, 14 novembre 2001, imp. Cucullo, in *Giur. it.* 2003, 1921). Infine con riferimento all'apologia del fascismo (art. 1 l. 20 giugno 1952, n. 645), pur ammettendosi che essa configuri un reato di pericolo, si è sottolineato che deve presupporre «*che gli atti e i fatti, in cui si concreta, siano idonei a provocare adesioni favorevoli alla ricostituzione del*

Invece, se ci si limitasse a considerare la risalente giurisprudenza costituzionale in materia di ordine pubblico, che verrà tratteggiata nel successivo paragrafo, si dovrebbe concludere in modo diverso. Nel senso cioè che nel nostro ordinamento, non diversamente da altri ordinamenti di democrazia liberale⁷⁰, persisterebbe – come scrivevo nel 1992, prima quindi dell’anzidetta svolta giurisprudenziale relativa all’apologia⁷¹ – *«un’ambiguità di fondo tra la proclamata ampia garanzia costituzionale della libertà di manifestazione del pensiero e la persistente possibilità (peraltro sporadicamente esercitata e quindi solo latente) di reprimere il dissenso politico o sociale nei casi nei quali esso venga manifestato formulando un giudizio favorevole alla commissione di un dato reato»*.

Tutto ciò non è contraddetto dalla legislazione e dalla giurisprudenza aventi ad oggetto l’incitamento all’odio e alla discriminazione razziale, nelle quali, per effetto di convenzioni internazionali, la repressione penale viene anticipata, ma a tutela della persona umana – *rectius*, «dei diritti spettanti ad individui determinati»⁷² –, non già a tutela dell’ordine pubblico (si prescinde infatti dalla violenza come elemento costitutivo del reato)⁷³.

7. *La giurisprudenza costituzionale relativa all’ordine e alla sicurezza pubblica*

Passando alla giurisprudenza costituzionale in tema di ordine e sicurezza pubblica, da essa si deduce che la Corte costituzionale ha fatto applicazione del limite ideale dell’ordine pubblico nelle decisioni di rigetto delle varie questioni di costituzionalità relative all’apologia, all’istigazione, al divieto di pubblicazione e diffusione di notizie false, esagerate o tendenziose, al divieto di pubblicazione degli atti del dibattito celebrato a porte chiuse, alle grida e delle manifestazioni sediziose ecc. In altre parole: a proposito di questioni di legittimità costituzionale connesse esclusivamente all’esercizio “pericoloso” della libertà di manifesta-

partito fascista» (Trib. Bologna, sez. I pen., 15 aprile 2008, n. 102, in *Guida al diritto* 2008, n. 39, 105).

⁷⁰ E. BARENDT, *Freedom of Speech*, II ed., Oxford-New York 2005, 162 ss. e A. DI GIOVINE, *I confini della libertà di manifestazione del pensiero*, Milano 1988, 21 ss.

⁷¹ Così A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte speciale*, II ed., Padova 1992, 417.

⁷² Così M. MANETTI, *L’incitamento all’odio razziale tra realizzazione dell’eguaglianza e difesa dello Stato*, in *Studi in onore di G. Ferrara*, vol. II, Torino 2005, 539.

zione del pensiero. Diversa invece la giurisprudenza della Consulta quando il pericolo proviene da comportamenti materiali.

Detto questo, occorre fare un passo indietro. Con la prima storica sentenza, la n. 1 del 1956, la Corte costituzionale non soltanto fece giustizia della diatriba “norme programmatiche – norme precettive”; non soltanto risolse drasticamente un problema allora estremamente importante dichiarando l'incostituzionalità dell'art 113 t.u.l.p.s. che richiedeva la previa licenza del questore per le pubbliche affissioni e per la distribuzione di avvisi e stampati, ma introdusse un tema che per anni sarebbe stato il *leit-motiv* della giurisprudenza costituzionale: l'affermazione che il concetto di limite è «insito nel concetto di diritto» e che il riconoscimento di un diritto «non esclude i limiti relativi al suo esercizio».

Affermazioni entrambe discutibili. La prima, perché il fatto che una situazione giuridica soggettiva abbia solo certi limiti non significa che essa debba necessariamente averne anche degli altri; la seconda, parimenti discutibile, in quanto non ha senso distinguere i limiti di esercizio dai limiti di contenuto, se il contenuto di un diritto di libertà sta appunto nel suo esercizio⁷⁴.

A ben vedere, quest'ultima discussione sottintendeva però un altro problema, che verrà posto in evidenza con la successiva sentenza n. 2 del 1956, relativa all'incostituzionalità del rimpatrio per traduzione, e cioè, come appena preavvertito, il problema del limite (implicito) dell'ordine e della sicurezza pubblica, il quale rappresenterà una costante nella giurisprudenza di quegli anni⁷⁵ e che si manifesterà apertamente con l'importante (ma criticata) sent. n. 19 del 1962 – che identificherà l'ordine pubblico con «l'ordine istituzionale del regime vigente»⁷⁶ (e

⁷³ Sul punto v. L. SCAFFARDI, *Oltre i confini della libertà di espressione. L'istigazione all'odio razziale*, Padova 2009, 197.

⁷⁴ A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte generale*, cit., 322 ss.

⁷⁵ Ne accennava anche L. PALADIN, voce *Ordine pubblico*, cit., § 3.

⁷⁶ Si legge, infatti, nella sent. n. 19 del 1962: «L'esigenza dell'ordine pubblico, per quanto altrimenti ispirata rispetto agli ordinamenti autoritari, non è affatto estranea agli ordinamenti democratici e legalitari, né è incompatibile con essi. In particolare, al regime democratico e legalitario, consacrato nella Costituzione vigente, e basato sull'appartenenza della sovranità al popolo (art. 1), sull'eguaglianza dei cittadini (art. 3) e sull'impero della legge (artt. 54, 76-79, 97-98, 101, ecc.), è connaturale un sistema giuridico, in cui gli obbiettivi consentiti ai consociati e alle formazioni sociali non possono esser realizzati se non con gli strumenti e attraverso i procedimenti previsti dalle leggi, e non è dato per contro pretendere di introdurre modificazioni o deroghe attraverso forme di coazione o addirittura di violenza. Tale sistema rappresenta l'ordine istituzionale del regime vigente; e appunto in esso va identificato l'ordine pubblico del regime stesso. Non potendo dubi-

cioè con un ordine normativo-ideale anziché materiale). Pronuncia che sarà seguita dalle sentenze nn. 25 del 1965⁷⁷, 65 del 1970⁷⁸, 168 del

tarsi che, così inteso, l'ordine pubblico è un bene inerente al vigente sistema costituzionale, non può del pari dubitarsi che il mantenimento di esso – nel senso di preservazione delle strutture giuridiche della convivenza sociale, instaurate mediante le leggi, da ogni attentato a modificarle o a renderle inoperanti mediante l'uso o la minaccia illegale della forza – sia *finalità immanente del sistema costituzionale*» (corsivo mio).

Questa sentenza fu severamente criticata dalla dottrina più autorevole sotto almeno due profili (P. BARILE, *La libertà di espressione e le notizie false, esagerate e tendenziose*, in *Foro it.* 1962, I, 855 ss. ora in ID., *Scritti di diritto costituzionale*, Padova 1967, 466 ss.; C. ESPOSITO, *La libertà di manifestazione del pensiero e l'ordine pubblico*, cit., 192.). In primo luogo, la Corte aveva apposto al diritto di libera manifestazione del pensiero un limite, quello della sicurezza, che non è previsto dall'art. 21 Cost., mentre è previsto, come in tutte le democrazie liberali, per la libertà di riunione (e quindi per i pensieri manifestati nelle riunioni in luogo pubblico o aperto pubblico). In secondo luogo, la Corte aveva confuso la tutela dell'«ordine di polizia» – e cioè dell'«*ordre dans la rue*» – con l'«ordine istituzionale», che è un concetto ben più ampio dell'«ordine pubblico penalistico» previsto negli artt. 414 ss. c.p. con riferimento all'istigazione a delinquere, a disobbedire alle leggi ecc., il quale, tutelando valori ideali fatti propri dall'ordinamento giuridico, è in effetti un «ordine normativo».

⁷⁷ Sent. n. 25 del 1965 (rigetto): «Per quanto riguarda le altre ipotesi previste dagli artt. 423 e 425 del Codice di procedura penale, la legittimità del divieto di pubblicazione sancita dall'art. 164, n. 3, dello stesso Codice si rinviene nella tutela di altri interessi costituzionalmente garantiti: la sicurezza dello Stato, riferita alla tutela della esistenza, della integrità, della unità, della indipendenza, della pace e della difesa militare e civile dello Stato; l'ordine pubblico, inteso nel senso di ordine legale, su cui poggia la convivenza sociale (sentenza n. 2 dell'anno 1956); la morale che va collegata al concetto di buon costume, limite espressamente dichiarato dall'art. 21; la tutela dei minori, per i quali la pubblicità dei fatti di causa può apportare conseguenze veramente gravi, sia in relazione allo sviluppo spirituale, sia in relazione alla loro vita materiale. In tutti questi casi, sussistono interessi costituzionalmente garantiti, che appaiono perfettamente idonei a legittimare la limitazione del diritto di manifestare liberamente il proprio pensiero».

⁷⁸ Sent. n. 65 del 1970 (rigetto): «Plaudire a fatti che l'ordinamento giuridico punisce come delitto e glorificarne gli autori è da molti considerata una ipotesi di istigazione indiretta: certo è attacco contro le basi stesse di ogni immaginabile ordinamento apologizzare il delitto come mezzo lodevole per ottenere l'abrogazione della legge che lo prevede come tale. Non sono concepibili, infatti, libertà e democrazia se non sotto forma di obbedienza alle leggi che un popolo libero si dà liberamente e può liberamente mutare.

L'apologia punibile ai sensi dell'art. 414, ultimo comma, del codice penale non è, dunque, la manifestazione di pensiero pura e semplice, ma quella che per le sue modalità integri comportamento concretamente idoneo a provocare la commissione di delitti.

Si vuole ricordare, a chiarimento, che la libertà di manifestazione del pensiero, garantita dall'art. 21, primo comma, della Costituzione, trova i suoi limiti non soltanto nella tutela del buon costume, ma anche nella necessità di proteggere altri beni di rilievo costituzionale e nell'esigenza di prevenire e far cessare turbamenti della sicurezza pubblica, la cui tutela costituisce una finalità immanente del sistema (sentenze n. 19 dell'8 marzo 1962, n. 87 del 6 luglio 1966, n. 84 del 2 aprile 1969)».

1971⁷⁹, 199 del 1972⁸⁰, 15 del 1973⁸¹, 168 del 1971 (nella quale si allude

⁷⁹ Sent. n. 168 del 1971 (rigetto): «Anche diritti primari e fondamentali (come il più alto, forse, quello sancito nell'art. 21 della Costituzione) debbono venir temperati con le esigenze di una tollerabile convivenza: non sarebbe consentito, per esempio, diffondere il proprio libero pensiero al colmo della notte con alto parlanti spinti al massimo del volume e capaci di tenere desta un'intera città, allo stesso modo che per garantire a tutti i singoli, o gruppi, il diritto e la materiale possibilità di espressione e propaganda, sono stabiliti orari e turni per le riunioni e i discorsi nelle piazze pubbliche, come sono proibiti i comizi dopo la mezzanotte del venerdì precedente la domenica elettorale.

È ovvio che la locuzione "ordine pubblico" ricorrente in leggi anteriori al gennaio 1948 debba intendersi come ordine pubblico costituzionale (sentenza n. 19 dell'anno 1962) che deve essere assicurato appunto per consentire a tutti il godimento effettivo dei diritti inviolabili dell'uomo.

Quanto al timore, espresso nell'ordinanza del pretore di Recanati, di possibili arbitrii da parte dell'autorità nel valutare le esigenze dell'ordine pubblico, valgono le ragioni sopra esposte al n. 1: nessuno dei diritti previsti negli artt. 2, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 23 della Costituzione può essere compromesso ove il giudice nell'applicare l'art. 650 del codice penale si attenga all'ermeneutica imposta dalla lettera della norma e all'interpretazione che ne danno la dottrina e la giurisprudenza, assicurandosi che si tratti di un "provvedimento" nell'accezione tecnico-giuridica della parola; che sia stato reso noto nei modi legali; che sia emesso dall'autorità competente per legge; che risponda a ragionevoli motivi di giustizia, sicurezza, ordine pubblico, igiene, previsti con "sufficiente specificazione" da singole leggi dello Stato».

⁸⁰ Sent. n. 199 del 1972 (rigetto): «Un primo gruppo di sette ordinanze solleva la questione di legittimità costituzionale dell'art. 656 del codice penale, nella considerazione che, configurando esso quale reato la pubblicazione o diffusione di notizie false, esagerate o tendenziose atte a turbare l'ordine pubblico, viene a porsi in contrasto con l'art. 21 della Costituzione, che alla manifestazione del pensiero non pone altri limiti che non siano quelli del buon costume e della protezione dalla violenza.

La sentenza n. 19 del 1962 che le ordinanze richiamano ha rigettato le censure di illegittimità costituzionale sollevate in ordine all'art. 656 cod. pen., in quanto ha ritenuto che la tutela costituzionale dei diritti, come quello cui ha riguardo l'art. 21, ha sempre un limite non derogabile nell'esigenza che attraverso il loro esercizio non vengano sacrificati beni anche essi voluti garantire dalla Costituzione, e che tale deve ritenersi non solo la tutela del buon costume, cui l'articolo stesso fa espresso riferimento, ma anche il mantenimento dell'ordine pubblico, che è da intendere come ordine legale su cui poggia la convivenza sociale. Ora non sembra contestabile che anche la diffusione di notizie comunque consapevolmente inventate o alterate, così da non corrispondere alla realtà effettuale, deve ritenersi suscettibile di compromettere l'ordine che si vuole proteggere, allorché, in considerazione del contenuto delle medesime o delle circostanze di tempo e di luogo della diffusione stessa, risultino idonee a determinare un turbamento consistente nell'insorgenza di un completo ed effettivo stato di minaccia dell'ordine stesso.

La Corte ritiene che non sussistono motivi per discostarsi dalla precedente pronuncia, che pertanto deve essere confermata in ogni sua parte. Spetta poi al giudice di merito valutare in concreto la sussistenza dei requisiti prima specificati necessari alla perseguibilità del reato di cui all'art. 656».

⁸¹ Sent. n. 15 del 1973 (rigetto): «La Corte ha già avuto occasione di precisare quale sia il significato da attribuire al termine "sedizioso" allorché la questione di legittimità co-

bensì al concetto di ordine pubblico “costituzionale”, ma al fine di «consentire a tutti il godimento effettivo dei diritti inviolabili dell'uomo», col che la Corte sembrerebbe trasformare l'ordine pubblico da limite dei diritti in un loro presupposto)⁸² e 138 del 1985 (nella quale viene affermato lo stesso principio restrittivo relativamente alla disciplina dei mezzi di espressione durante le campagne elettorali).

A partire dalla sent. n. 9 del 1965 la Corte non ricorrerà più alla tesi che il concetto di limite è insito nel concetto di diritto e che il riconoscimento di un diritto non esclude la disciplina dell'esercizio dello stesso; ricorrerà invece alla tesi, corretta, secondo la quale i limiti alla libertà di manifestazione del pensiero debbono rinvenire il loro fondamento in beni o interessi tutelati in Costituzione (anche se tale fondamento costituzionale sarà non di rado più affermato che dimostrato).

Un cenno particolare merita poi la sent. n. 8 del 1956 (strettamente collegata alla sent. n. 1 del 1956) relativa alla legittimità costituzionale di quel potere d'ordinanza in nome dell'ordine e della misura pubblica (art. 2 t.u.l.p.s.) – la cui paternità è dello stesso Mussolini⁸³ – ripetutamente

stituzionale del solo art. 654 venne sottoposta al suo esame in riferimento all'art. 21 Cost. (sent. 120 del 1957). // È d'uopo comunque richiamare e meglio precisare i concetti allora espressi, i quali, ovviamente, valgono anche per la contravvenzione prevista dall'art. 655 che in questa sede è stato per la prima volta impugnato. // Per l'applicabilità delle due norme incriminatrici è necessario che ricorrano contemporaneamente due essenziali requisiti consistenti in una condotta obbiettivamente sediziosa e nella sua pericolosità per l'ordine pubblico. Ora è evidente che l'oggettiva sediziosità di una condotta va di volta in volta accertata, in relazione a circostanze di tempo, di modo e di luogo, tenendo soprattutto conto del suo specifico contenuto. Il termine “sedizione”, che il legislatore non ha inteso definire, ha pur sempre un suo tradizionale e generale significato. Atteggiamento sedizioso penalmente rilevante è soltanto quello che implica ribellione, ostilità, eccitazione al sovvertimento delle pubbliche istituzioni e che risulti in concreto idoneo a produrre un evento pericoloso per l'ordine pubblico».

⁸² L'affermazione secondo la quale la sicurezza costituirebbe «il prius per l'esercizio di tutte le libertà (personale, economica, di circolazione, religiosa ecc.» (G. CERRINA FERONI, G. MORBIDELLI, *La sicurezza: un valore superprimario*, cit., 34) non è perciò condivisibile nella misura in cui la carenza del presupposto (l'ordine pubblico) diviene comunque ostativa per l'esercizio dei diritti.

⁸³ Fu infatti Benito Mussolini, Ministro dell'interno *ad interim*, ad introdurre nel nuovo art. 2 del t.u.l.p.s. del 1926, l'enunciato che attribuisce tuttora ai prefetti «in caso di urgenza e per grave necessità pubblica», la «facoltà di adottare i provvedimenti indispensabili per la tutela dell'ordine e della sicurezza pubblica». Tutti i prefetti venivano quindi dotati – come si legge nella relazione del Ministro dell'interno – di una competenza, non più di «carattere surrogatorio», ma «funzionale ed organica diretta ad assicurare, con pronta azione il soddisfacimento di pubbliche necessità connesse comunque alla tutela dell'ordine e della sicurezza». Con il che il mantenimento dell'ordine pubblico finiva per identificare

esercitato dai prefetti allo scopo di limitare non solo il diritto di pubblica affissione ma anche la libertà di culto, di riunione e il diritto di sciopero. Com'è noto, nella sent. n. 8 del 1956 la Corte giustamente aveva ritenuto che l'enunciato dell'art. 2 t.u.l.p.s., sistematicamente interpretato, non fosse in contrasto con la Costituzione. L'abuso del potere d'ordinanza era però talmente radicato nella prassi amministrativa e negli indirizzi giurisprudenziali che solo una declaratoria d'incostituzionalità avrebbe potuto eliminarlo in radice. Il che avvenne con la sentenza "interpretativa di accoglimento" n. 26 del 1961.

Sarebbe tuttavia inesatto affermare che tutte le potenzialità eversive dell'utilizzo dell'art. 2 t.u.l.p.s. per la tutela dell'ordine e della sicurezza pubblica siano venute meno con tale sentenza. Infatti, sulla base di illegittime interpretazioni della "norma" dell'art. 2 t.u.l.p.s. così come "residua" da tale decisione, con provvedimenti prefettizi è stata più volte sospesa la libertà di riunione in luogo pubblico per lunghi periodi di tempo sia con riferimento ad un dato partito sia con riferimento ad una data località, e sono state gravemente ristrette le facoltà del diritto di proprietà di enti pubblici autonomi, ancorché non finanziati dallo Stato⁸⁴.

La Corte costituzionale accede quindi ad un concetto ideale di ordine pubblico quando il legislatore vi si collega per limitare l'"esercizio" della libertà di manifestazione del pensiero (secondo la sua discutibile distinzione tra limiti di contenuto e limiti di esercizio). In tutte le altre ipotesi la dimensione dell'ordine pubblico, nella giurisprudenza costituzionale, è quella materiale⁸⁵. E così, in materia di polizia delle miniere, la

un compito che la polizia avrebbe potuto soddisfare «anche al di là delle puntuali previsioni del legislatore» (L. PALADIN, voce *Ordine pubblico*, cit., 2).

⁸⁴ Tra i casi più rilevanti di violazione di quella pronuncia possono essere ricordati i seguenti: la circolare del Ministro dell'interno Cossiga del 29 maggio 1976 che, dopo i fatti delittuosi occorsi a Sezze, invitò i prefetti a considerare l'opportunità di vietare nei giorni successivi, ai sensi dell'art. 2 t.u.l.p.s., lo svolgimento dei comizi elettorali del MSI-DN; le ordinanze ex art. 2 t.u.l.p.s. del Prefetto di Roma del 13 marzo e del 22 aprile 1977, con le quali, a seguito di episodi di guerriglia urbana, vennero sospese, a Roma e provincia, tutte le manifestazioni, riunioni e cortei, a carattere pubblico, indette o comunque eseguite da partiti, associazioni e movimenti politici; le ordinanze ex art. 2 t.u.l.p.s., certamente meno gravi delle precedenti, ma ciò non di meno parimenti illegittime, con le quali si pretese di incidere sulla disponibilità della proprietà di enti pubblici (Cons. Stato, sez. IV, 2 giugno 1994, n. 467, in *Giur. it.* 1994, parte III, sez. I, 691 ss.; Id., 15 maggio 1995, n. 332) e si dispose la requisizione di alloggi di proprietà privata per attribuire al sindaco il potere di darli in locazione a famiglie bisognose (Cons. Stato, sez. IV, 22 giugno 1976, n. 486, in *Foro it.* 1977, parte III, 137 ss.).

⁸⁵ V. in tal senso le sentenze nn. 2 del 1956, 27 del 1959, 173 del 1974, 106 e 113 del 1975, 110 del 1976, 11 del 1979, 210 del 1995 e 222 del 2004.

Corte non ha avuto difficoltà ad affermare (sent. n. 218 del 1988) che l'ordine pubblico tutela l'«*integrità fisica e psichica delle persone, la sicurezza dei possessi e il rispetto o la garanzia di ogni altro bene giuridico di fondamentale importanza per l'esistenza e lo svolgimento dell'ordinamento*»: il che rappresenta appunto il nucleo storico delle funzioni di polizia di pubblica sicurezza esercitate in esclusiva dallo Stato.

Nella stessa linea si è mossa la Corte anche dopo la costituzionalizzazione del sintagma «ordine e sicurezza pubblica» (art. 117 comma 2 lett. h). Nella sent. n. 290 del 2001 (ma v. anche la sent. n. 226 del 2010), la Corte ha infatti ribadito, con riferimento all'art. 159 del d.lgs. n. 112 del 1998, il concetto ristretto delle funzioni e i compiti amministrativi relativi all'ordine pubblico e alla sicurezza pubblica⁸⁶.

Un banco di prova del concetto “costituzionalizzato” di ordine e sicurezza pubblica avrebbero potuto essere i numerosi e delicati problemi⁸⁷ suscitati dalla riforma dei poteri d'ordinanza del sindaco dei Comuni (art. 6 d.l. 23 maggio 2008, n. 92, convertito con la l. 24 luglio 2008, n. 125) in tema di “sicurezza urbana”⁸⁸. Ma la Corte non si è trovata nella necessità di affrontarli.

Mentre con la sent. n. 196 del 2009 la Corte ha soltanto escluso che la disciplina dell'incolumità pubblica e della “sicurezza urbana” potesse spettare alla Provincia di Bolzano, con la sent. n. 115 del 2011 ha risolto a monte i problemi di merito posti dall'art. 6 cit. La Corte ha infatti correttamente riconosciuto che l'attribuzione di siffatti poteri d'ordinanza al Sindaco, in quanto ufficiale del Governo, era stata effettuata dall'art. 6 cit. in carenza dei doverosi limiti previsti dagli artt. 23 e 97 Cost.⁸⁹.

⁸⁶ Si legge infatti nella sentenza citata «*che le funzioni e i compiti amministrativi relativi all'ordine pubblico e alla sicurezza pubblica concernono le misure preventive e repressive dirette al mantenimento dell'ordine pubblico, inteso come il complesso dei beni giuridici fondamentali e degli interessi pubblici primari sui quali si regge l'ordinata e civile convivenza nella comunità nazionale, nonché alla sicurezza delle istituzioni, dei cittadini e dei loro beni. È opportuno chiarire che tale definizione nulla aggiunge alla tradizionale nozione di ordine pubblico e sicurezza pubblica tramandata dalla giurisprudenza di questa Corte, nella quale la riserva allo Stato riguarda le funzioni primariamente dirette a tutelare beni fondamentali, quali l'integrità fisica o psichica delle persone, la sicurezza dei possessi ed ogni altro bene che assume primaria importanza per l'esistenza stessa dell'ordinamento*».

⁸⁷ V. A. CARDONE, *L'incostituzionalità della riforma delle ordinanze sindacali tra «presupposizione legislativa» e «conformità alla previa legge»: un doppio regime della riserva relativa?* in *Giur. cost.* 2011, 2065 ss.

⁸⁸ Per uno sguardo d'insieme, assai critico, nell'immediatezza dell'adozione delle misure v. A. PACE, *Libertà individuali e qualità della vita*, Napoli 2008, 86 ss.

⁸⁹ V. i commenti di V. CERULLI IRELLI, *Sindaco legislatore*, in *Giur. cost.* 2011, 1600

Va comunque osservato che la sicurezza “urbana”, ancorché definita “minore”⁹⁰, presenta tutti i caratteri della sicurezza pubblica “maggiore”, con un aspetto soggettivo ed uno oggettivo: da un lato lo “stato psicologico” dei cittadini che si sentono «sicuri nelle case, nelle strade, nei negozi della città dove vivono», dall’altro lo “stato di ordine materiale”, che è assicurato non soltanto dalle «forze dell’ordine che presidiano le strade», ma da altri non meno importanti fattori: «la conformazione dei quartieri, la conformazione e la struttura degli edifici, i caratteri della rete viaria, l’illuminazione stessa delle strade, la dotazione di telecamere e molte altre cose, grazie alle quali il reato lo si può prima prevenire e poi reprimere grazie alla scoperta dei suoi autori»⁹¹.

Il che conferma quanto rilevato già nel 1937 da uno dei maggiori costituzionalisti e politologi inglesi dell’epoca, e cioè che i problemi del mantenimento dell’ordine pubblico devono essere affrontati «con misure di sicurezza sociale ed altri servizi pubblici»⁹² prima ancora che coi provvedimenti di polizia. Tesi sulla quale oggi si registra un ampio consenso⁹³, che però incontra gravi ostacoli alla sua concreta applicazione nella perdurante crisi finanziaria che colpisce soprattutto i diritti sociali.

8. L’insicurezza, cinquant’anni dopo

Se, come risulta dalle pagine che precedono, non può dirsi cambiato, in questi ultimi cinquant’anni, l’approccio, né dal punto di vista normativo né da quello giurisprudenziale, al problema di fondo della sicurezza pubblica – nel senso cioè che essa costituisce tutt’oggi un “interesse pubblico diffuso” la cui tutela, di competenza esclusiva dello Stato, è discrezionalmente esercitata dall’esecutivo –, ci si deve allora chiedere cosa mai abbia spinto tanti studiosi a parlare di un diritto alla sicurezza.

ss. e di D. MORANA, *La rivincita dell’art. 23 Cost. sulle ordinanze di sicurezza urbana (senza bisogno di invocare un principio supremo dello Stato di diritto)*, ivi, 1606 ss.

⁹⁰ Così A. PAJNO, *La “sicurezza urbana” tra poteri impliciti e inflazione normativa*, in ID. (a cura di), *La sicurezza urbana*, Sant’Arcangelo di Romagna 2010, 33.

⁹¹ Così G. AMATO, *Prefazione* a A. PAJNO (a cura di), *La sicurezza urbana*, cit., 5.

⁹² W.I. JENNINGS, *Public order*, in *Political Quarterly*, vol. 8, 1937, 7 ss.

⁹³ Si sostiene infatti oggi giorno che non è sufficiente pensare «solo in termini di reazione contro concrete ed attuali situazioni di pericolo», dovendosi piuttosto garantire «la continuità nel tempo del godimento di diritti e di aspettative future, attraverso la prevenzione dei bisogni dell’esistenza». Così P. RIDOLA, *Libertà e diritti nello sviluppo storico del costituzionalismo*, cit., 144 s.

La risposta – probabilmente la più esatta – è che negli ultimi cinquant'anni, insieme col mondo che ci circonda, siamo cambiati noi e l'«opinione della nostra sicurezza», come diceva Montesquieu, non solo relativamente al posto di lavoro, ai nostri risparmi, all'assistenza sanitaria, all'ambiente e alla protezione della sfera privata, ma addirittura anche con riferimento alla prevenzione dei reati e quindi alla sicurezza pubblica.

«Durante i “gloriosi trenta”⁹⁴, nell'Europa postbellica la combinazione tra piena occupazione – realizzata o comunque auspicata e programmata –, e la fitta rete di tutele, gestite dallo Stato, contro i capricci del destino individuale produsse un generalizzato senso di stabilità sociale e sicurezza individuale. Alla base di tale sentimento, e con esso della fiducia in un futuro sicuro (fatta salva l'eventualità di un olocausto nucleare), era, come ha osservato recentemente Philippe Robert, un meccanismo di “inibizione dell'insicurezza” [bloquer d'insécurité], che funzionava attraverso l'accesso collettivamente garantito a quasi tutti i comfort (alloggio, mezzi di trasporto, servizi sanitari e istruzione), in coincidenza con l'avvento dei consumi di massa»⁹⁵.

La tesi di Robert, riportata da Bauman, trova precise conferme anche in Italia. Il *boom* economico si esaurisce proprio nel 1963 ma l'andamento favorevole della nostra economia dura fino al 1973, e cioè fino alla lievitazione del prezzo dei carburanti in conseguenza dell'esito della guerra del Kippur cui segue una svalutazione annua della lira superiore alle due unità. Dopo di che le crisi si susseguono ciclicamente fino a quella gravissima dovuta alla c.d. “bolla dei *sub-prime*” (2006-2007) e al conseguente fallimento della Banca Lehman Brothers (2008) con effetti tuttora perduranti sui mercati finanziari non solo in Italia. Significativo, per il tema che ci riguarda, è che la criminalità sulle persone e sul patrimonio aumenta a partire proprio dagli anni '60⁹⁶ mentre la crisi di efficienza della giustizia inizia negli anni '70⁹⁷.

Ciò che, negli anni '60, noi giovani d'allora davamo per scontato – e cioè che non dovessimo direttamente preoccuparci della nostra sicu-

⁹⁴ La fine dei “gloriosi trenta” si collocherebbe a metà degli anni Settanta, secondo Philippe Robert. cit. da Z. BAUMAN, *Dallo stato sociale allo Stato di sicurezza*, Roma – Bari 2006, 109 s.

⁹⁵ Z. BAUMAN, *Dallo stato sociale allo Stato di sicurezza*, cit., 109 s.

⁹⁶ MINISTERO DELL'INTERNO, *Rapporto sulla criminalità in Italia 2006*, Roma 2007.

⁹⁷ SERVIZI DEL SENATO DELLA REPUBBLICA, *Dati statistici relativi all'amministrazione della giustizia in Italia*, maggio 2013, 87.

rezza, questo essendo il compito della polizia e dei magistrati – già negli anni '80 era divenuto discutibile: da un lato con l'improvvisa moltiplicazione delle organizzazioni di *vigilantes*, vestiti con uniformi, posti a tutela di privati e di proprietà private (ciò che anni prima avrebbe suscitato fondate riserve)⁹⁸, dall'altro con il *boom* degli apparati di sicurezza e di "fortificazione" delle abitazioni private (sistemi d'allarme, porte blindate, grate alle finestre ecc.). Una sicurezza vieppiù incrinata dagli ininterrotti flussi migratori irregolari (almeno fino al 2009) e quindi dalla paura del diverso⁹⁹ e da taluni eclatanti delitti commessi da clandestini extracomunitari.

Date queste premesse, l'invocazione di un preteso diritto alla sicurezza si spiega come una manifestazione inconscia di insicurezza che pretenderebbe di ottenere, da parte delle pubbliche istituzioni, una risposta certa in tempi rapidi *come se* si trattasse di un vero e proprio diritto a prestazione. Una insicurezza che trova un parziale ancorché contraddittorio appagamento nella spontanea sottoposizione a controlli elettronici quando questi rilevino sotto la forma di "oneri" condizionanti la possibilità di esercitare diritti della persona¹⁰⁰, ma che si trasforma in una vera e propria "servitù volontaria"¹⁰¹ se, in nome di questo bisogno di sicurezza pubblica, non ci si oppone a che in tutte le strade di una comunità, nessuna eccettuata, siano collocate telecamere per controllare i sia pur minimi fenomeni di devianza¹⁰².

⁹⁸ W.I. JENNINGS, *Public order*, cit., 13 ss.

⁹⁹ Z. BAUMAN, *Dallo stato sociale allo Stato di sicurezza*, cit., 119.

¹⁰⁰ A. PACE, *L'onere e i diritti della persona*, in T. MAZZARESE (a cura di), *Teoria generale del diritto e filosofia analitica. Studi in ricordo di Giacomo Gavazzi*, Torino 2012, 85 ss. dove si affronta il problema della liceità dei controlli sulla propria persona allo scopo di poter effettuare l'imbarco su un aeromobile, per poter entrare in dati uffici pubblici ecc. Problemi diversi, anzi opposti, sono quelli che solleva la "dittatura dell'algoritmo" e il conseguente interesse di quegli utenti che non vorrebbero lasciare tracce di sé nel *web*, laddove i pubblici poteri hanno l'interesse opposto – a fini non solo di sicurezza pubblica – a che quelle tracce non possano essere autonomamente cancellate nel nome del preteso «diritto a rendere silenzioso il chip». Sul punto v. S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, cit., 331, 298 ss.

¹⁰¹ Prendo in prestito il titolo del famoso *pamphlet* di E. DE LA BOÉTIE, *Discorso sulla servitù volontaria* (*Discours sur la servitude volontaire*, 1554), trad. it. F. Ciaramelli, Milano 2011.

¹⁰² J. MELLETTI, *Nel paese con più telecamere d'Italia. La svolta di Vellezzo Bellini in Lombardia*, ne *la Repubblica*, 3 giugno 2013, 18.

NON DIRITTI “INSAZIABILI”,
MA MICRO-DIRITTI COSTITUZIONALI
CIRCA L’USO DEL PROPRIO CORPO

SOMMARIO: 1. Enunciazione della tesi sui diritti relativi al proprio corpo. – 2. Argomentazione addotta contro la configurazione estensiva dei diritti sul proprio corpo. – 3. Rapporti fra diritti costituzionali e micro-diritti: puntualizzazione metodologica. – 4. Liberalismo e costituzionalismo quali fattori fondativi della Costituzione italiana. – 5. La libertà liberale quale valore basilare della nostra Costituzione. – 6. Antitesi fra concezione costituzionale della libertà e paternalismo. – 7. Configurazione di un generale diritto di libertà. – 8. Micro-diritti relativi all’uso del corpo quali componenti del diritto di libertà personale. – 9. Il generale diritto di libertà non è correlato all’egoismo né a concezioni libertarie.

1. *Enunciazione della tesi sui diritti relativi al proprio corpo*

Nella storia del diritto ci sono vicende che si ripetono nel tempo ed alcune di queste riguardano i diritti costituzionali. Più esattamente si verificano due fenomeni di segno contrario. Da un lato si registra una crescente configurazione di diritti costituzionalmente riconosciuti a livello legislativo, giurisprudenziale o dottrinale: si richiamano, senza soffermarsi su di esse, le analisi delle diverse “generazioni di diritti”, che si sono verificate nell’evoluzione del costituzionalismo degli ultimi secoli¹. Dall’altro lato, nella fase sia della genesi che del riconoscimento dei diritti in oggetto, sussiste una contestazione dei medesimi in sede culturale. Per richiamare un test indicativo di tale fenomeno, può ricordarsi la po-

¹ Sulla tematica delle generazioni dei diritti, di libertà, sociali, ecc. si rinvia, a titolo indicativo, all’esposizione sintetica, ma ricca di spunti e riflessioni, di J. RIVERO, *Les libertés publiques*, I, Paris 1978, 74 ss.; A.E. PEREZ LUÑO, *Le generazioni dei diritti umani*, in F. RICCOBONO (a cura di), *Nuovi diritti dell’età tecnologica*, Milano 1991, 139 ss.; N. BOBBIO, *L’età dei diritti*, Torino 1997, soprattutto la introduzione ed i saggi contenuti nella prima parte del testo, 5-85.

lemica condotta da una quanto mai autorevole dottrina (francese) contro la configurazione dei diritti di una recente generazione – il diritto alla pace, il diritto all'ambiente, ecc. – in quanto espressione di una “*inflation des droits*” e denotata da diritti privi di un oggetto preciso e di soggetti verso i quali rivendicarli².

Il dibattito sui diritti di volta in volta emergenti riguarda sia la razionalità o meno del loro contenuto, sia la realizzabilità in concreto di una tutela dei medesimi, con tesi contrapposte degli apologeti e dei critici su questi aspetti problematici. Ebbene, una contrapposizione di opinioni si è verificata anche su un settore specifico di diritti costituzionali, cioè di quei diritti che riguardano l'uso del proprio corpo, ivi ricomprendendosi sia attività attinenti alla vita sessuale – sterilizzazione volontaria, comportamenti sessuali (ritenuti) eterodossi, transessualismo, ecc. – sia l'impiego di sostanze che incidano sull'essere corporeo – il caso più controverso è costituito dall'uso di sostanze stupefacenti³. Questa proliferazione di situazioni giuridiche soggettive non di ampia portata, ma attinenti ad una vasta gamma di comportamenti specifici di individui, è stata denotata, con una formula polemica di indubbia efficacia, “traffico dei diritti insaziabili”⁴. Scopo del presente scritto è cercare di ricostruire i motivi della contestazione di tali diritti, che, si anticipa, consistono nel disconoscimento del loro contenuto, e non di una possibile loro tutelabilità mediante le normali istituzioni di garanzia, e di prospettare un'apologia di tali – anche se non tutti – diritti alla luce di una motivazione teorica e di canoni di logica giuridica che li possano giustificare. L'indagine peraltro non verterà sul complesso delle situazioni giuridiche soggettive di natura costituzionale relative all'uso del corpo, su cui esiste un'ampia letteratura, con ricco materiale giurisprudenziale⁵. Lo scritto mirerà a delineare e cercare di dimostrare il fondamento costituzionale di una serie di micro-diritti – così è opportuno definirli – che si possono configurare circa la sfera corporea dell'individuo, fondamento che, come s'è accennato poc'anzi, è negato da parte della dottrina.

² V. J. RIVERO, *Les libertés*, cit., 130, il quale ha obiettato che molti dei nuovi diritti non hanno un “*objet précis*” e non sono “*opposables à des personnes individualisables*”, apparendo piuttosto come “*voeux pieux*”.

³ L'elenco della casistica non è però esaustivo.

⁴ Queste parole costituiscono il titolo di un volume collettaneo: v. L. ANTONINI (a cura di), *Il traffico dei diritti insaziabili*, Catanzaro 2007.

⁵ A titolo indicativo, con riferimento in particolare alla dottrina e giurisprudenza italiana, v. per tutti P. VERONESI, *Il corpo e la Costituzione: concretezza dei casi e astrattezza della norma*, Milano 2007.

2. Argomentazione addotta contro la configurazione estensiva dei diritti sul proprio corpo

Cercando di ricostruire l'argomentazione addotta, non sempre in modo organico ed approfondito su tutti gli aspetti, contro la configurazione estensiva dei diritti di libertà relativi all'uso del corpo, ci sembra che si possano cogliere due motivi di fondo⁶.

A) V'è una ragione di tecnica giuridica, se ci è consentita tale terminologia. Essa è rappresentata dall'osservazione, secondo la quale sussisterebbe una propensione a considerare "ogni semplice desiderio (contingente, particolare, soggettivo) ... equivalente a un diritto"⁷, cioè a tradurre in diritto fondamentale "ogni pulsione ipersoggettiva, ogni tendenza narcisistica"⁸. Più esattamente, si può configurare una diversità di bisogni umani, con una loro scala di valore, e solo un tipo di bisogni può costituire la *ratio* di diritti fondamentali, del loro particolare riconoscimento e della tutela a livello di proclamazioni costituzionali ed internazionali. Tali diritti debbono essere correlati a "profondi e vitali bisogni"⁹, "tendenzialmente stabili nel tempo e universali nello spazio"¹⁰. I diritti relativi all'uso del corpo non corrisponderebbero, a differenza dei diritti fondamentali consolidati, a bisogni con siffatti requisiti e quindi non potrebbero godere di quel riconoscimento e di quella protezione di cui beneficiano gli altri.

B) L'argomentazione più addotta, nonché enfaticata, è determinata da un'ideologia giuridica, pur variegata, che induce ad una lettura della Costituzione in termini di limitazione della libertà individuale, cioè in chiave antindividualistica. Si tratta di un discorso articolato, non sempre svolto con linearità logica, che ci sembra si muova su due binari diversi, anche se non sempre ben distinti¹¹. Tale argomentazione si muove in una duplice direzione.

⁶ La letteratura nella materia *de qua* è ampia. Ci limitiamo a riesumare in sintesi i principali motivi deducibili dalla citata opera collettanea: L. ANTONINI (a cura di), *Il traffico*, cit.

⁷ Cfr. A. SPADARO, *Dall'indisponibilità (tirannia) alla ragionevolezza (bilanciamento) dei diritti fondamentali. Lo sbocco obbligato: l'individuazione di doveri altrettanto fondamentali*, in L. ANTONINI (a cura di), *Il traffico*, cit., 137-138.

⁸ Cfr. A. SPADARO, *Dall'indisponibilità*, cit., 138, il quale riprende le considerazioni di S. COTTA, *Prolusione. Attualità e ambiguità dei diritti fondamentali*, in *Justitia*, 1977, 11 ss.

⁹ Cfr. A. SPADARO, *Dall'indisponibilità*, cit., 136.

¹⁰ Cfr. A. SPADARO, *Dall'indisponibilità*, cit., 138.

¹¹ Trattandosi di un discorso ampiamente e ripetutamente svolto, soprattutto nel-

Viene prospettata, in primo luogo, una motivazione, costituita dalla collocazione in un ambito sociale dell'individuo. Quest'ultimo non deve essere pensato come un'entità isolata nell'ambiente circostante, ma in "una dimensione comunitaria che lo costringa a fare i conti con l'alterità e con interessi nonostante la propria egoistica ed edonistica individualità"¹². Si è sostenuto contro quella visione soggettivistica per la quale "ci si lega solo attraverso il contratto e la radice del diritto è solo la volontà libera"¹³, visione che sarebbe alla base della configurazione dei diritti in oggetto, che "l'uomo è sì un individuo libero, ma è anche membro di una comunità: la libertà esiste per essere giocata in un sistema di relazioni nelle quali ci si lega gli uni con gli altri e si diventa comunità"¹⁴. Non ci deve essere "assolutizzazione del diritto che è corrispettiva all'assolutizzazione della soggettività umana"¹⁵, ma i diritti sono fondati sulla "appartenenza" a gruppi sociali, alla comunità con conseguente limitazione dei diritti medesimi.

In secondo luogo, viene avanzata una motivazione di natura perfezionistica. Tale motivazione può essere ben sintetizzata da una formula: "visione dignitaria dei diritti"¹⁶. Essa denota quella concezione, particolarmente diffusa nel pensiero cattolico conservatore, secondo la quale i diritti di libertà trovano un limite nella dignità dell'uomo e, si badi, del soggetto stesso che ne è titolare. Se la dignità dell'individuo costituisce un bene, che ben può fungere da limite alla libertà altrui nell'interesse del titolare della medesima, nella vicenda in oggetto tale valore viene invocato per il bene del titolare stesso e quindi contro la sua libertà¹⁷. Se-

l'ambito della cultura cattolica, è chiaro che esso è ben più ricco di quanto risulti dalla schematizzazione operata nel testo. All'impoverimento, che risulta dalla concisione dell'esposizione, il lettore potrà rimediare attraverso la lettura dei testi, che sono richiamati.

¹² Per riprendere le parole di P. GROSSI, *Un recupero per il diritto: oltre il soggettivismo moderno*, in L. ANTONINI (a cura di), *Il traffico*, cit., 39.

¹³ Cfr. R. BUTTIGLIONE, *Virtù e torti del diritto nelle società moderne*, in L. ANTONINI (a cura di), *Il traffico*, cit., 111.

¹⁴ Cfr. R. BUTTIGLIONE, *Virtù*, cit., 113.

¹⁵ Sono sempre parole di R. BUTTIGLIONE, *Virtù*, cit., p. 110.

¹⁶ Questa formula si ritrova nell'intitolazione di un saggio dell'opera citata: v. M.A. GLENDON, *La visione dignitaria dei diritti sotto assalto*, in L. ANTONINI (a cura di), *Il traffico*, cit., 59.

¹⁷ Trattasi di un indirizzo culturale noto. Comunque per una lucida ed articolata prospettazione della configurazione bivalente del bene dignità in rapporto sia ai terzi che al soggetto titolare, si rinvia, a titolo indicativo, a B. JORION, *La dignité de la personne humaine ou la difficile insertion d'une règle morale dans le droit positif*, in *Revue du droit public et de la science politique en France et en l'étranger*, 1999, n. 1, 224 ss.

condo tale concezione c'è un'istanza di moralità che conduce a configurare la dignità come valore superiore alla libertà ed il dovere dell'individuo ad osservare certe regole di condotta ai fini di una "vita buona" (per riprendere una formula in voga in altri paesi). Da ciò la deduzione che la dignità è un vincolo intrinseco ai diritti e la stessa libertà non sarebbe veramente tale se non fosse assoggettata ai vincoli "dignitari"¹⁸.

3. *Rapporti fra diritti costituzionali e micro-diritti: puntualizzazione metodologica*

Prima di passare all'analisi critica dei motivi dianzi esposti ed alla dimostrazione della tesi seguita, premettiamo due considerazioni di fondo.

A) Riteniamo necessario sul piano metodologico verificare se diritti quali quelli in oggetto, cioè di portata circoscritta se confrontati con i diritti costituzionali conosciuti, possano ricondursi o meno ad alcuni od a qualcuno di questi ultimi. Nel diritto privato sussiste una ben precisa distinzione, anche sul piano terminologico, fra situazioni giuridiche di diversa portata. Si distinguono situazioni giuridiche soggettive, quali i diritti, dalle loro componenti, denominate facoltà, esercitabili dai titolari dei primi¹⁹. Nell'ambito costituzionalistico, tale distinzione concettuale non opera negli stessi termini, pur non potendosi escludere una operatività nelle ipotesi di immediata efficacia di norme costituzionali su rapporti giuridici, e quindi si tende ad impiegare una medesima terminologica con riferimento sia a diritti di ampio raggio, sia a situazioni giuridiche soggettive (attive) che ne costituiscano delle componenti, cioè siano riconducibili ad essi.

Tale procedimento logico è usuale, si potrebbe dire naturale, nella ricostruzione giuridica. Come avviene in tutti i rami del diritto, il che è riecheggiato anche dall'art. 12, disp. prel. c.c., nell'individuazione di una disciplina di un oggetto si procede dapprima alla riconduzione della fattispecie in esame a norme specifiche, poi, in caso di esito negativo, si provvede alla eventuale utilizzazione di norme non specifiche (o di prin-

¹⁸ C'è un passaggio significativo nella trattazione della Glendon, allorché dopo aver rilevato, con rammarico, la legittimazione, in qualche caso perfino a livello costituzionale, di divorzio, aborto, rapporti omosessuali, richiama l'"insegnamento di Platone", secondo il quale "un individuo che può dare libero sfogo ai propri appetiti ed alle proprie passioni non è libero" (cfr. M.A. GLENDON, *La visione*, cit., 73).

¹⁹ V., per tutti, G. ALPA, *Manuale di diritto privato*, Padova 2007, 191.

cipî). Anche nel nostro caso ci sembra necessario verificare se i diritti in oggetto siano inquadrabili in qualche diritto – e conseguente norma che lo preveda espressamente – di portata più ampia e solo nell'ipotesi di accertamento negativo, richiamare eventualmente altra disciplina²⁰.

B) Relativamente alla determinazione del contenuto dei diritti costituzionali codificati la ricostruzione deve essere operata, a nostro parere, seguendo due direzioni, di segno contrario, pur se non incompatibili.

Da un lato, condividiamo, di massima, la tendenza dottrinale, nonché giurisprudenziale, volta a configurare estensivamente la portata dei diritti in esame²¹. Senza poterci diffondere sull'argomento, ci limitiamo ad una concisa motivazione.

La proclamazione di diritti costituzionali si sostanzia non in norme-regole, bensì in norme-principio, le quali poi si riconducono a valori. Anche qualora si ritenga che “i valori... di per sé, non esprimono un dover essere giuridico”²², tuttavia essi acquistano “rilevanza giuridica”, in virtù di norme e principî costituzionali, i quali li calano “in fattispecie al cui verificarsi collegano determinate conseguenze giuridiche”²³. Valori e principî, quando operano anche nell'interpretazione delle norme costituzionali, soprattutto in tema di diritti, conducono, di regola, ad una configurazione estensiva della portata di queste ultime, per due motivi.

Anzitutto, in via generale è stato insegnato che “i principî generali... sono caratterizzati da un'eccedenza di contenuto deontologico (o assiologico, che dir si voglia) in confronto con le singole norme, anche rico-

²⁰ Incidentalmente, rimarchiamo che riteniamo fondata la distinzione fra diritti codificati espressamente dal testo ed altri, pur di natura costituzionale: per addurre un esempio, il diritto all'ambiente è ben diverso da diritti, come quello alla salute, che pur possono avere una qualche comunanza di *ratio*, per gli interessi meritevoli di tutela sottostanti gli stessi. In questa ottica riteniamo che l'affermazione secondo la quale “nessuno fra tali «nuovi diritti» risulterebbe privo di una precisa copertura in diritti espressamente codificati in Costituzione” (cfr. A. BALDASSARRE, *Diritti inviolabili*, in ID., *Diritti della persona e valori costituzionali*, Torino 1997, 51, può essere accettabile solo se, non disconoscendo la bipartizione fra diritti codificati o no nel testo costituzionale, voglia significare che i secondi vadano comunque ricostruiti come diritti deducibili dai primi o per un rapporto di presupposizione o di implicazione (il che pare riconosciuto anche da A. BALDASSARRE, *op. cit.*, 60).

²¹ Per limitarci, a titolo puramente indicativo, a qualche scritto di dottrina autorevole, v. A. BALDASSARRE, *Diritti*, cit., 53 ss.; A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali*, II, Padova.

²² Cfr. A. D'ATENA, *Lezioni di diritto costituzionale*, Torino 2006, 21.

²³ Cfr. A. D'ATENA, *Lezioni*, cit., 22.

struite nel loro sistema”²⁴, posto che sussiste un “carattere necessariamente ellittico in ogni linguaggio”²⁵, quindi anche in quello giuridico. A tale teoria va ricollegata l’opinione della dottrina costituzionalistica, bene espressa dall’osservazione, secondo cui la costituzione “si raccoglie attorno ad un complesso di principi generalissimi, i quali... ne rappresentano il nucleo centrale” e che “più direttamente esprimono quei valori politici in cui...la costituzione trova il suo fondamento”, con la conseguenza che “l’interpretazione di una singola norma debba aver riguardo a siffatti principi”²⁶. Secondo il canone dell’interpretazione sistematica, quindi, i principî costituzionali, con la loro *eccedenza di contenuto deontologico*, debbono informare la ricostruzione del significato delle norme costituzionali, soprattutto quelle che stanno alla base dei diritti.

Quanto detto poc’anzi è rafforzato da una seconda considerazione. Secondo un’opinione assolutamente dominante, ben espressa dalle parole di un’autorevole dottrina citata, “se l’interpretazione delle norme giuridiche in generale presenta e non può non presentare carattere evolutivo, evolutiva in modo preminente è l’interpretazione delle regole costituzionali”²⁷. Ciò avviene, e deve avvenire, a tacere di altri motivi, per una ragione di fondo: le costituzioni sono e debbono essere dureture, a differenza delle leggi ordinarie²⁸, e, a differenza di quanto è dato registrare per queste ultime, il legislatore (costituzionale) interviene di rado per una revisione volta all’adeguamento, lasciando alla giurisprudenza lo svolgimento di tale opera di adattamento. Ora, ciò implica che le formule costituzionali, soprattutto quelle relative ai diritti, siano suscettibili di una dilatazione della loro portata, che consenta ad esse di disciplinare fattispecie che siano il frutto o dei nuovi tempi oppure dell’accertamento di esigenze non avvertite nel passato, pur se già presenti. Ci possiamo limitare ad un esempio, uno fra i tanti che sarebbe superfluo passare in rassegna in questa sede: oggidì la libertà religiosa comprende sia la pretesa a praticare il culto – come risulta dalla lettera

²⁴ Cfr. E. BETTI, *L’interpretazione della legge e degli atti giuridici*, Milano 1971, 316 (il corsivo di cui nel testo, è dell’A.).

²⁵ Cfr. E. BETTI, *L’interpretazione*, cit., 317.

²⁶ Cfr. F. PIERANDREI, *L’interpretazione della Costituzione*, in ID., *Scritti di diritto costituzionale*, I, Torino 1965, 181 (il corsivo di cui nel testo è dell’A.).

²⁷ Cfr. F. PIERANDREI, *L’interpretazione*, cit., 193.

²⁸ Per lucide considerazioni su questa dinamica delle costituzioni in rapporto alle vicende delle leggi ordinarie, si rinvia allo scritto di V. ONIDA, *Il “mito” delle riforme costituzionali*, in *Il Mulino*, 2004, n. 1, 25 ss.

dell'art. 19 – sia la pretesa dei fedeli ad avere un luogo nel quale praticare il culto²⁹.

Se le formule costituzionali, *in primis* quelle sui diritti che contengono norme-principio, sono espressioni di valori che, sia pur in via mediata, contribuiscono alla disciplina di fattispecie specifiche, nondimeno è necessario con un procedimento logico di segno contrario a quello seguito in precedenza, operare una delimitazione del significato e della portata dei valori dei principî ad essi correlati.

Dinanzi al richiamo, in termini estensivi ed indeterminati dei valori nell'ambito dell'interpretazione delle norme costituzionali, sono stati rilevati i difetti di tale operazione. Più esattamente, rifacendosi al carattere non solo antinomico, ma anche soggettivo dei valori e quindi ai fattori che entrano in gioco nell'individuazione e nella loro attuazione quali "preferenze personali...scelte politiche...orientamenti ideologici"³⁰, una qualificata dottrina costituzionalistica³¹ ha avanzato il timore di un'arbitrarietà delle soluzioni giuridiche prospettate sulla base degli stessi e della conseguente lesione della certezza del diritto. Senza approfondire l'argomento e senza riprendere e discutere nel merito questa tesi, riteniamo che l'inconveniente lamentato possa sussistere e che necessiti un indirizzo interpretativo che lo prevenga (nei limiti del possibile).

A nostro parere, l'orientamento da seguire non comporta la rinuncia al richiamo di valori e di principî aventi *eccedenza di contenuto assiologico*, bensì l'adozione di questi secondo un certo canone. Per intenderci, ciò che ci sembra non corretto nell'interpretazione delle norme costituzionali (e non solo di queste) non è l'impiego di valori come tali nel procedimento interpretativo, ma piuttosto la utilizzazione di valori ritenuti oggettivi, ma controvertibili e soggettivi in realtà e suscettibili, considerati singolarmente o in un contesto di bilanciamento, di traduzione in significati e soluzioni assai divergenti. La libertà, la dignità, la persona umana, ecc., sono tutti concetti che, senza un aggancio a qualche dato della realtà, dell'esperienza, danno luogo ad una arbitrarietà delle tesi giuridiche fondate sugli stessi. Occorre, a parere dello scrivente, che l'in-

²⁹ Su questo aspetto, diremmo contestato solo da certi membri della Lega Nord (non certo campioni di cultura giuridica), v., per tutti, R. BOTTA, *Manuale di diritto ecclesiastico*, Torino 2008, 238 ss.

³⁰ Queste sono parole di N. BOBBIO, *Sul fondamento dei diritti dell'uomo*, in ID., *L'età dei diritti*, Torino 1990, 9.

³¹ V. S. FOIS, "Ragionevolezza" e "valori": interrogazioni progressive verso le concezioni sulla forma di stato e diritto, in CORTE COSTITUZIONALE, *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, Milano 1994, soprattutto 106 ss.

vocazione dei valori avvenga sulla base di un parametro, che ne consenta la verificabilità, quindi la contestabilità (non usiamo, in questa sede, il concetto popperiano di falsificabilità) e quindi permetta di valutare, in senso favorevole o no, la plausibilità delle soluzioni giuridiche adottate. Non crediamo in valori oggettivi, ma riteniamo possibile individuare valori che, pur essendo soggettivi, hanno il requisito della intersoggettività, cioè possono risultare accettabili ad individui o gruppi sociali che pur professino le più disparate ideologie politiche, fedi religiose, opinioni filosofiche, ecc. Se la Costituzione disegna una “casa comune”, per dirla con le parole di un noto costituente (La Pira), occorre che i valori richiamati non siano quelli che sono necessariamente propri di alcuni inquilini, bensì quelli che risultino accettabili da tutti.

4. *Liberalismo e costituzionalismo quali fattori fondativi della Costituzione italiana*

Per individuare i valori e i principî nei termini prospettati si deve cogliere la *ratio* della Costituzione sulla base dei fattori politico-giuridici che costituiscono le radici della nostra e di tante Costituzioni dei secoli più recenti. Tali fattori, peraltro strettamente compenetrati, sono il costituzionalismo ed il liberalismo.

Che la Costituzione sia una “risultante specifica del costituzionalismo”³² è una convinzione ampiamente diffusa, forse una *communis opinio*³³. Infatti il costituzionalismo denota “un complesso di concezioni politiche, di procedure giuridiche e di valori morali, elaborato nel corso dei secoli con l'intento di garantire i singoli individui dal pericolo di un regime arbitrario, ponendo limiti, controlli e regole all'esercizio del potere politico”³⁴ ed è traducibile nella formula “tecnica della libertà”³⁵. Ora, è ben vero che ci sono state, e ci sono, “costituzioni non improntate ai valori del «costituzionalismo» (ad esempio le odierne costituzioni ispirate

³² Per riprendere la formula di G. FERRARA, *La Costituzione. Dal pensiero politico alla norma giuridica*, Milano 2006, 11.

³³ V., a titolo indicativo, oltre all'opera citata di Ferrara in nota precedente, A. BARBERA, *Le basi filosofiche del costituzionalismo*, in A. BARBERA (a cura di), *Le basi filosofiche del costituzionalismo*, Roma-Bari, 2006, p. 355; M. BARBERIS, *Etica per giuristi*, Bari-Roma 2006, 119 ss.

³⁴ Cfr. N. MATTEUCCI, *Breve storia del costituzionalismo*, Brescia 2010, 23.

³⁵ La formula è di un costituzionalista francese del passato, Mirkine Guetzévitch, ma è ripresa da N. MATTEUCCI, *Breve storia*, cit., 23.

dal fondamentalismo islamico)”³⁶, come, secondo un’opinione diffusa esiste un costituzionalismo “moderno” distinto da quello “antico”³⁷. Nondimeno se prendiamo in considerazione il costituzionalismo, soprattutto quello “moderno”, e le costituzioni improntate a certi valori ed all’istanza di limitazione del potere, quali sono quelle liberali e democratiche, la correlazione fra costituzionalismo e Costituzione, con il primo che costituisce una *ratio* della seconda, sembra incontrovertibile.

Il secondo fondamentale fattore alla base della nostra Costituzione, nonché di tante altre degli ultimi secoli, è il liberalismo. Che cosa sia il liberalismo, quali pensatori e quali esperienze storiche siano riconducibili ad esso, è materia complessa e certo soggetta a valutazioni controverse³⁸. Dovendosi però prospettare una definizione del termine “liberalismo”, che ricomprenda le molteplici vicende culturali e storiche ad esso riconducibili³⁹, può affermarsi, tenendo conto dei motivi ispiratori storici di tale indirizzo filosofico-politico, che esso è “una dottrina che afferma la limitazione dei poteri dello Stato in nome dei diritti naturali individuali, inerenti ad ogni uomo in quanto tale”, esprimendo un “individualismo razionalistico” in virtù del quale “l’uomo in quanto essere razionale è persona, e ha un valore assoluto, prima e indipendentemente dai rapporti coi suoi simili”⁴⁰. Se si voglia assumere una definizione più sintetica, e meno correlata alle radici filosofiche del primo liberalismo, si può ben affermare che “il liberalismo è la dottrina politica che, oltre a privilegiare la libertà sopra altri valori, la concepisce come insieme di diritti individuali opponibili non solo ad altri individui, ma anche alle leggi e allo Stato”⁴¹. Orbene, stanti i connotati del costituzionalismo e del liberali-

³⁶ Le parole sono di A. BARBERA, *Le basi*, cit., 4.

³⁷ V., a titolo indicativo, C.H. MCILWAIN, *Costituzionalismo antico e moderno*, Bologna 1990, 27 ss.; M. BARBERIS, *Etica*, cit., 124 ss.; *contra*, G. FERRARA, *La Costituzione*, cit., 135.

³⁸ Per un quadro sintetico di tale problematica, si rinvia a due ricche voci enciclopediche: v. G. BEDESCHI, *Liberalismo*, in *Enciclopedia delle scienze sociali*, V, Roma 1996, 260 ss.; N. MATTEUCCI, *Liberalismo*, in N. BOBBIO, N. MATTEUCCI, G. PASQUINO (a cura di), *Il Dizionario di Politica*, Torino 2003, 512 ss.

³⁹ Che si debba fornire una definizione del termine “liberalismo” al singolare, e non si possa parlare solo di “liberalismi” è ben motivato da G. BEDESCHI, *Liberalismo*, cit., 261, allorché rileva: a) che, ammesso sia lecito parlare di “liberalismi”, si utilizza “un sostantivo, sia pure al plurale”, che denota “pur sempre qualcosa di comune che ne giustifica l’uso e che dovrebbe essere in ogni caso esplicitato”; b) che “il concetto di liberalismo indica un complesso di valori e di garanzie per noi irrinunciabili”.

⁴⁰ Cfr. G. BEDESCHI, *Liberalismo*, cit., 261, il quale prospetta questa definizione sulle orme di uno scritto di N. BOBBIO.

⁴¹ Cfr. M. BARBERIS, *Etica*, cit., 87.

smo, si può ben condividere, pur con qualche necessaria precisazione, l'affermazione di un autorevole politologo, secondo cui "la politica liberale è il costituzionalismo" essendo questo "la risoluzione del problema della libertà nel contesto della legalità costituzionale"⁴².

Che sussista una correlazione fra costituzioni e liberalismo nello stato liberale è un'ovvietà, che non esige dimostrazione. Va invece dimostrata la permanenza del fattore liberale nelle Costituzioni successive, soprattutto quelle del XX secolo (ed oltre), che sono proprie degli stati democratici, diversi dagli stati liberali del passato. Tale dimostrazione può risultare necessaria, perché esiste una polemica di correnti di matrice cattolica o marxista (in prevalenza) contro il liberalismo, inteso sia come espressione di una classe economica (la borghesia), sia come fonte di libertà ed eguaglianza solo formali, perciò inidoneo a fornire una risposta ai bisogni sociali della società industriale e degli strati meno abbienti⁴³. Onde comprovare la persistenza della *ratio* liberale anche nelle Costituzioni del XX secolo (ed oltre) si può addurre una considerazione.

Si può osservare che, a differenza dei detrattori del liberalismo, che tendono a denotarlo come espressione di interessi economici, di individualismo insensibile alle istanze sociali, la dottrina filosofico-politica in oggetto è stata intesa, da correnti politiche e molti pensatori, in senso più ampio, più inclusiva della versione affermata nel Settecento. Per intenderci, se c'è stato chi ha associato ancora liberalismo e liberismo, con conseguente limitazione dell'intervento pubblico nell'economia⁴⁴, ci sono diffuse voci a favore o di un liberalismo sociale od anche di un liberalsocialismo, che si aggiungono – ma distinguendosi fortemente da questo – al liberalismo dei secoli passati⁴⁵. A ciò va unita la constatazione

⁴² Cfr. G. SARTORI, *Democrazia. Cosa è*, Milano 1993, 160.

⁴³ Trattandosi di fenomeno assai noto ed oggetto di letteratura sterminata si omettono citazioni.

⁴⁴ Per quanto riguarda la cultura italiana del Novecento si ricorda la famosa polemica intercorsa fra Croce ed Einaudi e la tesi sostenuta da quest'ultimo circa il nesso necessario fra il liberalismo ed il liberismo (pur inteso quest'ultimo in termini non troppo rigidi): su questa polemica v. B. CROCE, L. EINAUDI, *Liberismo e liberalismo* (a cura di Solari), Milano-Napoli 1957, ed i molteplici scritti di Einaudi sul tema, *ivi*, 121 ss. Per quanto riguarda la cultura di altri paesi, v. G. BEDESCHI, *Liberalismo*, cit., 275-276.

⁴⁵ Per una concezione filosofica del liberalismo dissociata dal liberismo si devono richiamare gli scritti di Croce, riportati in B. CROCE, L. EINAUDI, *Liberismo*, cit., 3 ss. Per il superamento della visione settecentesca del liberalismo in materia economica da parte di correnti di pensiero, pur liberali, si rinvia, a titolo indicativo, a G. DE RUGGIERO, *Lezioni sulla libertà*, Napoli 2007, soprattutto 156 ss. (nonché alla prefazione a tale testo di F. MANCUSO, *Oltre la libertà negativa: il nuovo liberalismo di Guido G. De Ruggiero*, *ivi*,

dell'“incontro fra liberalismo e democrazia”, che è avvenuta in qualche modo con una configurazione del primo in termini un po' diversi da quelli della dottrina settecentesca⁴⁶.

Sulla base di quanto detto, l'evoluzione costituzionale posteriore all'assolutismo non ha in alcun modo sradicato il liberalismo. Come è stato rilevato diffusamente ed autorevolmente rimarcato, dopo lo stato liberale classico, si è affermata non la democrazia *tout court*, ma “la liberal-democrazia costituisce la forma specifica che la democrazia tende ad assumere”⁴⁷, poiché “la democrazia politica... coincide con il liberalismo, nel senso che rifluisce in questo”⁴⁸ e “lo stato liberale è il presupposto non solo storico, ma giuridico dello stato democratico”⁴⁹. Inoltre se è vero che allo stato liberale borghese anteriore al XX secolo è subentrato lo stato democratico-sociale, con il riconoscimento di diritti sociali e un forte intervento pubblico per la loro attuazione⁵⁰, è opinione corrente che “il nuovo modello” di Stato “mantiene l'idea degli spazi liberi da garantire all'individuo”⁵¹ e che “la forma di Stato sociale non è...un qualcosa di assolutamente nuovo rispetto alla forma dello Stato liberale (di diritto): semmai è un qualcosa di più, è un perfezionamento, una necessaria integrazione della prima”⁵², anche perché la più avveduta dottrina liberale ha messo in luce che, in mancanza di certe condizioni socio-economiche, risultano menomati anche i diritti di libertà⁵³.

La triangolazione: liberalismo – costituzionalismo – costituzione italiana (come tante altre) appare ben fondata.

5 ss.): N. BOBBIO, *Sul liberalsocialismo*, in N. BOBBIO, *Teoria generale della politica*, Torino 1959, 306 ss.

⁴⁶ Su “l'incontro fra liberalismo e democrazia”, v., per tutti, N. BOBBIO, *Liberalismo e democrazia*, Milano 1991, 26 ss. (le parole virgolettate costituiscono il titolo del par. 8 dell'opera).

⁴⁷ Cfr. A. D'ATENA, *Lezioni di diritto costituzionale*, Torino 2012, 43.

⁴⁸ Cfr. G. SARTORI, *La democrazia*, cit., p. 210.

⁴⁹ Cfr. N. BOBBIO, *Il futuro della democrazia*, in N. BOBBIO, *Il futuro della democrazia*, Torino 1984, 6.

⁵⁰ Per i connotati dello stato democratico-sociale nei rapporti con i cittadini, v., fra i tanti, M. VOLPI, *La classificazione delle forme di Stato*, in G. MORBIDELLI, L. PEGORARO, A. REPOSO, M. VOLPI, *Diritto pubblico comparato*, Torino, 2004, 250 ss.; P. RIDOLA, *Diritti fondamentali. Un'introduzione*, Torino 2006, 93 ss.; G. BOGNETTI, *Diritto costituzionale comparato. Approccio metodologico*, Modena 2011, 44 ss.

⁵¹ Cfr. G. BOGNETTI, *Diritto*, cit., 49.

⁵² Per riprendere le parole di G. CERRINA FERRONI, *Le forme di Stato*, in P. CARROZZA, A. DI GIOVINE, G.F. FERRARI (a cura di), *Diritto costituzionale comparato*, 2009, 689.

⁵³ V., a titolo indicativo, G. DE RUGGIERO, *Lezioni*, cit., 173 ss.

5. *La libertà liberale quale valore basilare della nostra Costituzione*

Verificato che il liberalismo è una radice della nostra costituzione, si dovrà individuare il valore proprio di tale dottrina, il quale rileva per la configurazione dei diritti di libertà. A tal fine, seguendo un procedimento logico-empirico, che può consentire una verificabilità (nonché falsificabilità) delle conclusioni raggiunte, riteniamo che si dovrà cogliere l'essenza del liberalismo, in correlazione con il costituzionalismo, quale può evincersi dai più importanti esponenti di tale indirizzo di pensiero e dalle più significative enunciazioni di dichiarazioni dei diritti ad esso ispirate.

Per quanto riguarda i pensatori, ci limitiamo a due citazioni emblematiche (fra le varie che potrebbero effettuarsi) di pensatori di diversi momenti storici. Afferma il grande Kant, in polemica con la teoria politica paternalista, che “nessuno mi può costringere ad essere felice a suo modo... ma ognuno può ricercare la sua felicità per la via che a lui sembra buona, purché non rechi pregiudizio alla libertà degli altri di tendere allo stesso scopo, in guisa che la sua libertà possa coesistere con la libertà di ogni altro secondo una possibile legge universale (cioè non leda questo diritto degli altri)”⁵⁴. Scrive un altro importante esponente del pensiero liberale, J.S. Mill, che l'autorità della società deve valere quando “qualsiasi aspetto della condotta diventa pregiudiziale degli interessi altrui”, ma si arresta allorché “la condotta di un individuo coinvolge soltanto i suoi interessi, o coinvolge quelli di altre persone consenzienti” sottolineando che “in tutti questi casi, vi dovrebbe essere piena libertà, legale e sociale, di compiere l'atto e subirne le conseguenze”⁵⁵. Non indugiamo in altre citazioni del passato remoto e possiamo invece richiamare le riflessioni e la ricostruzione dei valori costituzionali del liberalismo offerti da autorevole dottrina italiana del Novecento.

Nel corso di una nota polemica degli anni '50 intercorsa fra un uomo politico colto, Togliatti, ed un autorevole filosofo del diritto, Bobbio, quest'ultimo, con la lucidità propria del suo pensiero e dei suoi scritti, ha distinto le concezioni di libertà riscontrabili nel pensiero liberale, democratico e socialista. Riferendosi alla prima⁵⁶, il filosofo torinese ha qualificato la libertà liberale quale “facoltà di fare o non fare”, quale “non-im-

⁵⁴ Cfr. E. KANT, *Sopra il detto comune: “questo può essere giusto in teoria, ma non vale per la pratica”*, in E. KANT, *Scritti politici e di filosofia della storia e del diritto*, Torino 1956, 255.

⁵⁵ Cfr. J.S. MILL, *Saggio sulla libertà*, Milano 1999, 87.

⁵⁶ Trascuriamo le altre perché non rilevanti per la nostra trattazione.

pedimento da parte del potere giuridico nei confronti di ciò che mi è permesso di fare o non fare”, quindi “libertà da” con la conseguenza che “ottimo è quell’ordinamento in cui la sfera di liceità sia la più grande possibile”⁵⁷. Tale ricostruzione della libertà di matrice liberale ben corrisponde alle affermazioni dei classici del pensiero liberale e può considerarsi una opinione esatta e quanto mai diffusa fra gli studiosi⁵⁸.

Posta questa configurazione della libertà liberale come godimento “della facoltà di compiere o non compiere certe azioni senza esservi costretti o senza esserne impediti dallo Stato (libertà come non-impedimento)”⁵⁹, sembra opportuno precisare che, seppur trattasi a prima vista, di “libertà negativa”⁶⁰, non è solamente di questa natura. La libertà da “vincoli e obblighi giuridici” è funzionale allo scopo dell’individuo di “promuovere la propria realizzazione personale”⁶¹. Come risulta chiaramente da tante espressioni dei pensatori liberali, la libertà come non-impedimento è stata propugnata per consentire l’autodeterminazione dell’individuo, cioè in stretta correlazione con una libertà positiva, se intendiamo questa come “capacità... di volere uno scopo, di scegliere una condotta”⁶². Riteniamo che il liberalismo, soprattutto nel passato, abbia enfatizzato la libertà come non-impedimento, sia perché questo era l’obiettivo primario contro un assolutismo che poneva divieti e costrizioni alle azioni degli individui, sia perché era dato per scontato che l’assenza di certi vincoli giuridici costituisse per un soggetto “l’opportunità di attuare la propria scelta”⁶³ e quindi fosse funzionale all’esercizio della libertà individuale.

⁵⁷ Cfr. N. BOBBIO, *Libertà e potere*, in N. BOBBIO, *Politica e cultura*, Torino 1955, 273 e 274.

⁵⁸ A titolo indicativo, citiamo due trattazioni sintetiche, ma approfondite, sul tema della libertà: M. BOVERO, *Libertà*, in A. D’ORSI (a cura di), *Alla ricerca della politica. Voci per un dizionario*, Torino 1995, 34 ss. e soprattutto 39 ss.; G. PECORA, *La libertà dei moderni*, Napoli 2011, 18 ss.

⁵⁹ Per riprendere le parole di G. PECORA, *La libertà*, cit., 19.

⁶⁰ Trattasi di formula nota. Su questo v., comunque, a titolo indicativo, M. BOVERO, *Libertà*, cit., 35 ss.

⁶¹ Cfr. G. PECORA, *La libertà*, cit., 19.

⁶² Per riprendere le parole di M. BOVERO, *Libertà*, cit., 42.

⁶³ Le parole sono di M. BOVERO, *Libertà*, cit., 42. L’Autore distingue in modo netto la libertà *da* (negativa) dalla libertà *di* (positiva), intesa quale libertà del volere e del decidere e rileva che potrebbero verificarsi ipotesi in cui sussiste l’una senza l’altra. Sul piano del rigore teorico questo studioso ha ragione. Sul piano storico-politico ci sembra che la rivendicazione della prima libertà abbia senso in quanto si realizzi anche la seconda (ma, del resto, questo non risulta negato da M. BOVERO).

La concezione liberale della libertà si è poi tradotta in dichiarazioni storiche. La più nota ed importante è la Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino, la quale contiene due articoli, che esprimono in termini quanto mai incisivi ed efficaci la dottrina in oggetto. L'art. 4 statuisce che "la libertà consiste nel poter fare tutto ciò che non nuoce ad altri: così l'esercizio dei diritti naturali di ciascun uomo ha come limiti solo quelli che assicurano agli altri membri della società il godimento di questi stessi diritti". L'art. 5 recita: "La legge ha il diritto di vietare solo le azioni nocive alla società". Queste norme sono emblematiche e sembrano il riassunto quanto mai conciso ed anticipatore dell'opera di Mill sulla libertà, che sarà scritta nel secolo successivo. Il principio di fondo del costituzionalismo liberale è costituito dalla libertà di decisione e di azione di ogni individuo nell'ambito dei limiti che possono essere posti solamente ai fini della tutela di interessi pubblici (e poi da definire in termini di compatibilità con la filosofia che ispira l'ordinamento liberaldemocratico) o di interessi di terzi.

6. *Antitesi fra concezione costituzionale della libertà e paternalismo*

Delineato il significato della libertà propria di un ordinamento costituzionale come il nostro, riteniamo però opportuno, prima di trarre le conseguenze sul piano dei diritti di libertà disegnati dalla Costituzione, esporre due ordini di considerazioni a titolo di precisazione ed onde replicare all'argomentazione di fondo addotta a sostegno dell'opinione disattesa in questo scritto.

a) La concezione liberale della libertà esprime già nel suo patrimonio genetico, il rifiuto del paternalismo, vale a dire, per usare le parole di Kant, di un "governo di un padre verso i figli, cioè un governo paternalistico (*imperium paternale*) in cui i sudditi sono considerati come figli minorenni che non possono distinguere ciò che è loro utile o dannoso"⁶⁴. Però, se il paternalismo del passato, pre-liberale (se vogliamo denotarlo sul piano temporale), non è professato, di norma, nelle democrazie non-dimeno non mancano affatto spunti e soluzioni aventi una connotazione

⁶⁴ Cfr. E. KANT, *Sopra il detto comune*, cit., 255. Va pure ricordato che un'opera fondamentale di un altro grande pensatore liberale fu scritta in polemica con un libro che inneggiava al paternalismo: v. J. LOCKE, *Primo trattato*, in J. LOCKE, *Due trattati sul governo*, Torino 1960, 67 ss. (il libro di R. FILMER, *Patriarca o il potere naturale dei re*, si trova nel volume qui citato, 449 ss.).

paternalista, pur se presentati con il tentativo di conciliarli con il costituzionalismo liberal-democratico. Fra questi motivi di sapore paternalistico ve ne è uno, che dev'essere preso seriamente in considerazione anche in una prospettiva liberale e dev'essere confutato con impegno argomentativo, poiché non è sufficiente per la confutazione l'apologia della libertà liberale.

Il motivo in oggetto, se vogliamo esporlo in sintesi, può essere così formulato. Esistono negli ordinamenti liberal-democratici norme che vietano determinati comportamenti nell'interesse degli individui stessi che li possono tenere, vale a dire sussistono divieti di condotte nei confronti di individui giustificati dalla tutela degli stessi (e non di terzi o dello Stato, nonché enti pubblici). Si tratta di norme che contengono... diversi limiti... a tutela della salute o della incolumità individuale", quali l'obbligo di uso del caso protettivo per gli utenti di ciclomotori o delle cinture di sicurezza per passeggeri di altri veicoli a motore, oppure la predisposizione di misure di sicurezza in caso di attività lavorative o sportive, ecc.⁶⁵. A questa constatazione ne va aggiunta un'altra, che dà forza all'argomento: la prefigurazione di tali vincoli incontra un consenso diffuso anche nell'ambito di chi aderisca al liberalismo e rifiuti il paternalismo.

Ciò posto, cerchiamo di dimostrare che il motivo costituito da detti vincoli, pur dotato di spessore, non appare atto a confutare la concezione della libertà liberale.

Anzitutto molte delle norme richiamate, se certo appaiono, in via immediata, volte a tutelare il destinatario delle stesse, in realtà possono trovare giustificazione anche nella protezione di altri interessi pubblici o privati. Come è stato ben osservato "non vi è un confine certo e condiviso tra gli *atti riguardanti se stessi*...e gli *atti riguardanti gli altri*...ovvero tra gli atti che producono un danno soltanto al soggetto agente e gli atti che producono un danno anche o soltanto a individui diversi dal soggetto agente"⁶⁶. La distinzione, pur se non sempre agevole, va mante-

⁶⁵ V., per tutti, le riflessioni e la casistica nella materia *de qua* di V. SCORDAMAGLIA, *La rilevanza penale della sterilizzazione umana*, in *Archivio giuridico*, 2000, 72 ss. Sul punto v. anche E. DICIOTTI, *Preferenze, autonomia e paternalismo*, in *Ragion pratica*, 2005, 99 ss.

⁶⁶ Cfr. E. DICIOTTI, *Preferenze*, cit., 100. L'A. poi precisa che se si intende il danno in un certo modo, si potrebbe sostenere che "quasi tutti, se non tutti, gli atti umani che danneggiano il soggetto agente danneggiano anche gli altri (nessun uomo è un'isola dicono alcuni)" (*ivi*, 100), ma esattamente rileva che tale valutazione finisce per negare una distinzione, che invece dev'essere riconosciuta fra norme che hanno "il solo scopo di im-

nuta, ma con l'avvertenza di verificare attentamente se, al di là delle apparenze, non sussista un interesse di un soggetto diverso dall'agente e in molti casi tale interesse sussiste. Per richiamare la casistica di norme che tutelano la salute o l'integrità fisica, se riteniamo, come sembra corretto ritenere, che la società o certi individui (familiari) abbiano un forte interesse alla preservazione di uno standard minimo di salute od integrità fisica dei consociati, e che sia dovere (anche di natura costituzionale) di questi operare per la realizzazione di detto standard, si può ravvisare l'utilità sociale, oltre quella dei soggetti agenti, legittimante dette norme.

Per concretizzare il discorso, se riteniamo che i genitori abbiano il dovere di allevare ed educare i figli, oppure che i parenti più stretti abbiano il dovere di assistere chi sia in gravi condizioni esistenziali (ad esempio, chi sia affetto da grave invalidità), risulta chiaro che norme, quali quelle richiamate, che impongono comportamenti per evitare eventi sfavorevoli di estrema gravità (con pesanti oneri o conseguenze per chi sia a stretto contatto con gli infortunati), sono ben giustificate dalla tutela di interessi non solo dei soggetti agenti. In quest'ottica molte delle norme richiamate in precedenza trovano giustificazione al di fuori di una filosofia paternalistica, cioè sono pienamente rispettose della libertà liberale ed il connesso dovere di non nuocere agli altri⁶⁷.

In secondo luogo, in presenza di possibili azioni che riguardino solo gli agenti senza interessi meritevoli di tutela di terzi, sono compatibili con la libertà liberale vincoli di natura procedurale atti a garantire la più ampia consapevolezza del soggetto che voglia agire. Si tratta di quella soluzione, che è stata definita "paternalismo procedurale", in virtù della quale è reputata "legittima l'interferenza con la scelta di un individuo

pedire di danneggiare se stessi" ed altre che hanno insieme a questo, anche qualche altro scopo" (cfr. E. DICIOTTI, *op. cit.*, 101, che, a tal fine, richiama la distinzione di dottrina anglosassone, fra paternalismo puro e paternalismo impuro).

⁶⁷ Ovviamente, ma è un tema che non possiamo affrontare in questa sede, la configurazione degli interessi pubblici o privati che limitano l'autodeterminazione individuale non dovrà comprimere troppo la libertà. Per esemplificare, l'interesse (pubblico o privato) alla salute od all'integrità fisica non potrà essere configurato in termini tali da consentire tante misure limitative da dar luogo ad uno stato di polizia... sanitaria. Una cosa è l'imposizione di misure precauzionali (come le cinture di sicurezza, a tacere di quanto detto poc'anzi), ben altro sarebbe l'imposizione di un intervento terapeutico nell'interesse del paziente o la prefigurazione di un potere di controllo nelle abitazioni per accertare se siano rispettate regole dietetiche contro l'obesità! Oppure, sempre per rimanere ad un'esemplificazione indicativa, non sarebbe ammissibile una limitazione della libertà di fare certe scelte di vita, professionali od affettive, per evitare una sofferenza di familiari provocata dalle predette scelte. Ma non proseguiamo oltre su questa tematica.

solo quando esistono ragioni per dubitare che quella scelta sia pienamente libera, informata e consapevole”⁶⁸. Se si tratti di una forma *soft* di paternalismo od invece di una forma *soft* di antipaternalismo non interessa discutere in questa sede, poiché è questione più nominalistica che concettuale⁶⁹. Ci limitiamo ad osservare che vincoli procedurali di questo tipo – come ad esempio la predeterminazione del termine e la consulenza di un medico prima dell’interruzione volontaria della gravidanza – sono pienamente compatibili con la concezione della libertà liberale. Se infatti, come s’è detto in precedenza, nell’ottica liberale va tutelata una libertà come non-impedimento, ma in quanto associata strettamente ad una consapevole libertà di scelta, cioè “capacità di...volere uno scopo” e di “scegliere una condotta”, allora il momentaneo impedimento e la momentanea limitazione della libertà sono funzionali alla più consistente autodeterminazione individuale, quindi alla *ratio* del liberalismo⁷⁰.

In terzo luogo, ci sono ipotesi in cui individui, pur liberi da impedimenti, agiscono in base “a «scelte» completamente involontarie”⁷¹, e fra dette ipotesi, a parte quelle di forza maggiore, ci sono i casi nei quali “per ignoranza, si sceglie qualcosa di diverso da ciò che si intendeva scegliere, per esempio se si scambia la polvere di arsenico sul tavolo per il sale e la si sparge sulle proprie uova strapazzate”⁷². Come già aveva ben rilevato Mill, in simili ipotesi la garanzia della libertà liberale non può precludere un intervento (formalmente) costringitivo su un individuo per salvarlo da un male non voluto⁷³ e tale opinione è ben fondata, poiché, per dirla con

⁶⁸ Cfr. R. CATERINA, *Il rifiuto delle cure tra autodeterminazione e paternalismo giuridico*, in *Inserito di Bioetica*, n. 1, 2008 (a cura di Immacolato), 88.

⁶⁹ Sul punto si rinvia a R. CATERINA, *Il rifiuto*, cit., 88 e, se è consentito, a G. GEMMA, *Mantenimento in vita di pazienti in stato vegetativo permanente: obbligo costituzionale di rispettare la loro volontà*, in *Liber amicorum per Massimo Bione*, Milano 2011, 296 ss.

⁷⁰ Onde rafforzare, sia pur con un incidentale ed effimero richiamo della tesi di un Maestro e giurista liberale del passato, quanto detto nel testo, si può rammentare che, con riferimento alla formazione di opinioni politiche o religiose, Jemolo sosteneva che lo Stato doveva disconoscere “la libertà di non conoscere, di rimettersi ad altri”, che da questo disconoscimento poteva discendere la potestà statuale sia di imporre vincoli all’insegnamento per consentire una consapevole e matura adesione ad ideologie politiche o religiose, sia di privare di diritti, come quello di voto, chi non volesse acquisire quelle informazioni e dati culturali necessari per la sua formazione di un pensiero libero e non ciecamente fideistico: v. C.A. JEMOLO, *In tema di libertà*, in *Archivio giuridico*, 1954, CXLVI, 8, 9 (le parole virgolettate si trovano *ivi*, 9).

⁷¹ Cfr. J. FEINBERG, *Filosofia sociale*, Milano 1996, 87.

⁷² Cfr. J. FEINBERG, *Filosofia*, cit., 86.

⁷³ Seguendo un esempio addotto da Mill, “se un pubblico ufficiale, o chiunque altro, vede una persona che sta per attraversare un ponte...dichiarato pericolante e non ha il

icastiche parole, le “scelte non-volontarie... nella misura in cui non sono volontarie, ... sono estranee” alla “persona come lo sono le scelte di terzi”⁷⁴. Per motivare tale asserzione si deve sottolineare che la libertà come non-impedimento è consustanziale alla capacità di valutazione e decisione e perciò non c'è vera libertà (liberale), se al primo aspetto non si accompagna il secondo. Si tratta di un “paternalismo debole e innocuo”, che legittima il diritto dello Stato “di impedire una condotta dannosa verso di sé solo quando è sostanzialmente involontaria”⁷⁵. Ovviamente, e questa è una puntualizzazione fondamentale, la valutazione di involontarietà della scelta (se proprio vogliamo usare tale termine) o dell'azione dev'essere una *communis opinio* (e non un'arbitraria valutazione di qualche soggetto od anche di parte del corpo sociale, in contrasto con altri punti di vista), cioè deve contenere uno “standard di volontarietà”, cioè costituire “applicazione del principio secondo il quale una persona può essere protetta dalla propria follia”⁷⁶. Inoltre, ci permettiamo di aggiungere, interventi coercitivi non debbono riguardare opzioni o progetti di vita, ma debbono essere istantanei e non pregiudicare la disponibilità di un individuo della propria esistenza.

Per concludere sul tema, solo se intendiamo la libertà liberale in termini estremizzati e formalistici allora dev'essere preclusa ogni interferenza su comportamenti di un soggetto nel suo interesse. Ma come si è cercato di dimostrare, sulle orme di importanti pensatori liberi del passato più o meno recente, la libertà in oggetto si sostanzia nel non impedimento in funzione della libera facoltà di operare scelte e di adottare, nonché attuare, progetti di vita e, pertanto, un'interferenza che sia – eccezionalmente, come s'è visto – funzionale alla libertà del volere può essere giustificata proprio nella prospettiva del liberalismo, inteso in termini sostanziali e razionali.

b) Veniamo al secondo ordine di considerazioni.

La concezione della libertà liberale valorizza l'individuo, con la configurazione di un'ampia possibilità e liceità di scelte e di azioni individuali. Se si vuole, si può qualificarla come individualismo⁷⁷, ma tale qua-

tempo di avvertirla del pericolo, la può afferrare e bloccare, senza perciò violarne realmente la libertà...poiché la persona in questione non vuole cadere nel fiume” (cfr. J.S. MILL, *Saggio*, cit., 111).

⁷⁴ Cfr. J. FEINBERG, *Filosofia*, cit., 87. Si rinvia a quest'opera per una penetrante e lucida trattazione della problematica affrontata nel testo.

⁷⁵ Sono sempre parole di J. FEINBERG, *Filosofia*, cit., 89.

⁷⁶ Per riprendere, ancora una volta, un'espressione di J. FEINBERG, *Filosofia*, cit., 89.

⁷⁷ Per limitarci a pochissime citazioni nella dottrina italiana, parla di “concezione in-

lificazione non deve indurre in equivoco, cioè all'assimilazione di essa all'apologia dell'egoismo. Cerchiamo di motivare tale affermazione.

Anzitutto il concetto di individualismo ha, nella cultura giuridica e filosofica, molteplici significati⁷⁸. Soprattutto, per quanto ci interessa, se esistono accezioni negative del termine individualismo, normalmente impiegate con intento polemico⁷⁹, esiste anche una versione positiva e lodevole di esso. In virtù di detta accezione positiva, può definirsi come insegna un autorevole filosofo, individualismo "ogni dottrina morale o politica che riconosca all'individuo un prevalente valore di fine rispetto alle comunità di cui fa parte"⁸⁰, o, con riferimento più specifico alla sfera politico-statuale, la "concezione individualistica significa che prima viene l'individuo, ... che ha valore per se stesso, e poi viene lo stato e non viceversa"⁸¹. Quindi, in base alla sua accezione nobile e non deteriore, l'individualismo liberale si contrappone non alle istanze sociali, non alla solidarietà od all'altruismo, bensì allo "statalismo assolutista"⁸², alle "concezioni olistiche della società e della storia ... che hanno in comune il disprezzo della democrazia intesa come quella forma di governo in cui tutti sono liberi di prendere le decisioni che li riguardano e hanno il potere di farlo"⁸³.

In secondo luogo, in significative prese di posizione culturali ed in documenti liberali si registrano richiami all'altruismo ed alla solidarietà (sia pur nei termini proprî della cultura dei tempi). Limitiamoci a due test.

In primis, va ricordato che fra i tre valori, o principî, all'insegna dei quali si è dispiegata la rivoluzione francese, accanto alla libertà ed al-

dividualistica", N. BOBBIO, *L'età dei diritti*, in N. BOBBIO, *L'età dei diritti*, Torino 1990, 57 s., mentre c'è chi addirittura ha configurato l'individuo come "l'«assoluto»" del liberalismo: v. G. PECORA, *La libertà*, cit., 61 ss.

⁷⁸ Con riferimento al diritto, v., a titolo indicativo, l'opera famosa di M. WALINE, *L'individualisme et le droit*, Paris 1949, soprattutto 5 ss.; in ambito filosofico, v. lo scritto sintetico di N. ABBAGNANO, *Individualismo*, in *Dizionario di filosofia di N. Abbagnano*, Terza edizione aggiornata e ampliata da G. Fornero, Torino 1998, 577-578.

⁷⁹ Ricorda N. ABBAGNANO, *Individualismo*, cit., 578 che individualismo è stato "contrassegnato e criticato" come "anarchismo", ora come "atomismo", ora come "egoismo".

⁸⁰ Cfr. N. ABBAGNANO, *Individualismo*, cit., 577.

⁸¹ Cfr. N. BOBBIO, *L'età*, cit., 59.

⁸² Cfr. N. ABBAGNANO, *Individualismo*, cit., 578.

⁸³ Cfr. N. BOBBIO, *L'età*, cit., 61.

Si può rilevare che nel ricco volume di M. WALINE, *L'individualisme*, cit., 55 ss., allorché tratta delle dottrine anti-individualistiche, richiama il fascismo ed il nazismo, nonché i loro precursori.

l'eguaglianza, c'era la fraternità. Ma, oltre all'enunciazione di questo principio, come è stato ben dimostrato, accanto ad una visione individualistica, già prima del fatidico 1789, si era delineata una qualche tendenza solidarista, seppur con i limiti della cultura politica del tempo. Come esattamente affermato, sulla base di una meticolosa indagine storica, la "rivoluzione francese è fondata su una concezione profondamente individualista del diritto... tuttavia questa concezione non nega la funzione sociale dello Stato, anzi deduce tale funzione dalle sue stesse premesse: posto che gli uomini sono per natura eguali nei diritti, essi debbono poter partecipare egualmente ai benefici che offre loro la vita associata"⁸⁴.

Riferendoci ad affermazioni in sede culturale, si può riprendere un significativo passo di un importante pensatore liberale. Dopo aver stabilito che, di norma, solo interessi di terzi legittimano interferenze nella sfera degli individui, Mill ha precisato che "sarebbe un grave malinteso supporre che si tratti di una dottrina ispirata a egoistica indifferenza, secondo la quale...gli uomini non devono preoccuparsi del benessere reciproco". Saggiunge, infatti, il Nostro che, "al contrario, gli sforzi disinteressati per il bene altrui non vanno diminuiti, ma grandemente aumentati... Gli uomini hanno il dovere reciproco di aiutarsi a distinguere il bene dal male, ed incoraggiarsi a scegliere il primo"⁸⁵. Vanno quindi insegnate ed alimentate "le virtù verso se stessi", purché sempre sul presupposto che non vengano imposte con misure coercitive.

Per chiudere il discorso su questo punto la libertà liberale significa solo facoltà di scelta e di azione nella sfera dell'individualità, cioè della "sovranità dell'individuo", mentre sussiste una sfera soggetta alla "autorità della società"⁸⁶, nella quale si possono porre vincoli ai singoli. Al che va aggiunto che l'ampiezza di questa seconda sfera non si deduce dalla teoria milliana e può ben variare in base alla concezione di socialità e solidarietà, che vengono ad affermarsi nel tempo.

⁸⁴ Cfr. M. MAZZIOTTI, *Lo spirito del diritto sociale nelle costituzioni e nelle leggi della Francia rivoluzionaria*, in *Archivio giuridico*, CXLVII, 1954, 94. Si rinvia all'accurata indagine dell'Autore per la documentazione degli spunti di diritto sociale nel periodo rivoluzionario, precisando che, a nostro parere, il principio d'eguaglianza, coniugato alla fraternità, ha condotto a questi esiti.

⁸⁵ Cfr. J.S. MILL, *Saggio*, cit., 87.

⁸⁶ Per queste formule, v. J.S. MILL, *Saggio*, cit., 86.

7. Configurazione di un generale diritto di libertà

Tutto il discorso condotto in precedenza ci conduce alla risposta ad un interrogativo, che si è prospettato nella cultura giuridica. Alla domanda se esista un “generale diritto di libertà”, ossia un “diritto di libertà... aperto e strutturato sulle pure e semplici convenienze individuali”⁸⁷, la risposta è affermativa: se tale principio vogliamo denominarlo diritto (non discutiamo qui tale qualificazione), esso è configurabile alla luce della concezione liberale della libertà. Sul punto la risposta è, a prima vista, nettamente divergente dalla tesi della autorevole dottrina che nega detta situazione giuridica soggettiva⁸⁸, anche se, in realtà, sulla base di qualche debita precisazione, il dissenso è assai meno radicale di quanto appaia.

La dottrina menzionata ritiene, per tradurre in poche parole il suo elaborato pensiero, che dalla concezione liberale non si evinca affatto una libertà assoluta, cioè “un’esaltazione assoluta di tutti i bisogni e di tutti i desideri”⁸⁹, ossia la facoltà di agire, secondo qualsiasi ragione di convenienza individuale⁹⁰. La libertà non può essere dissociata dai vincoli di solidarietà, di socialità e, conseguentemente, di responsabilità⁹¹. Dal che si deve dedurre che va negato un “generale diritto di libertà”, che implicherebbe quella libertà assoluta, asociale, che non trova giustificazione nemmeno in una visione liberale (e liberaldemocratica). Ora tale tesi nei termini in cui è enunciata, non può essere condivisa, poiché si fonda su un equivoco: la stretta correlazione fra il “generale diritto di libertà” e una concezione anarco-individualista.

Anzitutto, per un discorso sui diritti di libertà ci sembra impropria l’invocazione di istanze morali o di responsabilità e la polemica contro un interesse egoistico dei titolari degli stessi⁹². I diritti, per definizione, pos-

⁸⁷ La prima espressione si rinviene in A. BARBERA, *Il “fondamento” dei diritti fondamentali, tra crisi e frontiere della democrazia*, in L. ANTONINI (a cura di), *Il traffico*, cit., 119; la seconda è di G. AMATO, *Libertà: involucro del tornaconto o della responsabilità individuale?*, in *Nuove dimensioni nei diritti di libertà (Scritti in onore di P. Barile)*, Padova 1990, 27.

⁸⁸ V., a titolo indicativo, G. AMATO, *Libertà*, cit., 27 ss.; A. BARBERA, *Il “fondamento”*, cit., 118 ss.

⁸⁹ Per riprendere le parole di A. BARBERA, *Il “fondamento”*, cit., 121.

⁹⁰ Dal pensiero liberale non si evince affatto la massima: “fai ciò che ti pare”: cfr. G. AMATO, *Libertà*, cit., 28.

⁹¹ Il richiamo della responsabilità si rinviene già nel titolo dello scritto di G. AMATO, nonché nella sua apologia contro il “radicalismo individualistico-radical”, in A. BARBERA, *Il “fondamento”*, cit., 120.

⁹² Come si registra negli scritti dei costituzionalisti poc’anzi richiamati.

sono essere esercitati anche per perseguire solo interessi meramente individuali e perfino finalità egoistiche: ad esempio, una persona ricca può rifiutarsi di destinare somme di denaro per soccorrere bisognosi o il possessore di una villa può negare ospitalità a persone senza tetto. Sia chiaro! Il discorso morale e la sollecitazione ad un esercizio altruistico dei diritti sono sacrosanti e dovrebbero avere ben più ampio spazio in una società ove scarseggia il senso del dovere e della solidarietà. Ma, si ripete, trattasi di (quanto mai giuste) direttive di natura etica, di per sé inidonee a negare la ricostruzione di diritti sul piano giuridico.

In secondo luogo, e questa ci sembra la motivazione più forte, il “diritto generale di libertà” non deve essere inteso come fattore di negazione dei vincoli sociali, cioè come ragione di compressione di per sé della sfera degli interessi pubblici o di terzi. Le istanze etiche e sociali che stanno alla base della prefigurazione e della tutela di questi ultimi debbono sicuramente valere come limite alla libertà degli individui e, se di responsabilità si vuol parlare in questo contesto, si dovrà configurare una responsabilità giuridica, cioè penale, civile, ecc..

D'altronde, il riconoscimento di una libertà assoluta, incondizionata, condurrebbe a conseguenze assurde. L'ordinamento giuridico deve disegnare e tutelare tante sfere individuali, denotate da interessi non solo attinenti alla libertà ma anche alla fruizione di condizioni di vita funzionali al godimento di quella ed alla dignità umana. Per definizione quindi le sfere di libertà trovano limiti e si esplicano nel rispetto di questi limiti ed un “generale diritto di libertà” non può certo essere configurato in termini di negazione di detti limiti nonché, possiamo dire, delle regole costitutive di qualsiasi comunità politica.

Il diritto generale in oggetto ha il significato dianzi delineato ed ha un presupposto di fondo, cui s'è accennato. Esso significa la facoltà dell'individuo di “fare ciò che gli pare”⁹³, ma solo in quanto la sua condotta non rechi danno ad altri. Tutto ciò, peraltro, nel presupposto che i limiti posti dall'interesse altrui, cioè la configurazione dei danni di altri, non sia tale da comprimere la libertà degli individui quale si è realizzata con l'evoluzione costituzionale degli ultimi secoli⁹⁴ e quindi da

⁹³ Parafrasiamo l'espressione di G. AMATO, *Libertà*, cit., 98.

⁹⁴ *En passant*, sia consentita una puntualizzazione circa un'interrogazione retorica di A. BARBERA, *Il “fondamento”*, cit., 119: “siamo proprio sicuri che il costituzionalismo liberaldemocratico ha oggi tutte le risposte necessarie?” circa i termini dei diritti di libertà nel mondo attuale. Barbera ha ragione se si riferisce alla soluzione specifica dei problemi attuali della libertà, sulla base del costituzionalismo liberale del passato, poiché certa-

costituire un pretesto per l'instaurazione di un regime autoritario ed il-liberale.

Per riepilogare quanto detto poc'anzi, il costituzionalismo liberale conduce alla configurazione di un "generale diritto di libertà", con la facoltà di tenere anche comportamenti egoistici. Ciò però non pone problemi per la tutela degli interessi di soggetti altri (pubblici o privati), poiché in tutte le ipotesi in cui il perseguimento di interessi egoistici leda interessi altrui detto diritto di libertà non preclude assolutamente vincoli, positivi o negativi, all'esercizio del medesimo. Si può fare "quello che pare", ma pur di non danneggiare altri. Per dirla con un intellettuale inglese, il costituzionalismo liberale sancisce la libertà "buona" la quale "non è quella guadagnata a spese altrui, ma la libertà di cui possono godere coloro che vivono insieme" e che "dipende... dalla misura in cui gli uomini sono trattiene dal nuocersi reciprocamente"⁹⁵. Inoltre mantiene piena validità l'istanza etica, che induca alla sollecitazione a tenere comportamenti che, oltre ad essere giuridicamente leciti, siano moralmente meritevoli e generino benefici per i terzi o per la società, cioè costituiscano adempimento di doveri morali riconosciuti⁹⁶.

8. *Micro-diritti relativi all'uso del corpo quali componenti del diritto di libertà personale*

Qui giunti, possiamo trarre le conclusioni sulla tematica relativa ai diritti sul proprio corpo.

Il "generale diritto di libertà" implica, come s'è detto, la piena facoltà di un individuo di agire o di manifestare pensieri nei limiti del rispetto degli interessi altrui, e quindi con il vincolo di non arrecare danni ad altri. Detto diritto generale poi ha una specificazione nei singoli diritti di

mente problemi come quelli circa l'uso e la disponibilità del proprio corpo non erano presenti al pensiero politico e costituzionale dei secoli passati. Ma tale opinione non ci sembra esatta, se ci rifacciamo alla filosofia costituzionale del liberalismo, poiché, come s'è cercato di dimostrare, essa vale anche oggi e ci fornisce la guida per risolvere la problematica della libertà al presente.

⁹⁵ Cfr. L.T. HOBHOUSE, *Liberalismo*, Firenze 1995, 105.

⁹⁶ Per riprendere un'antitesi prospettata da un saggio di un famoso intellettuale francese ed esponente del liberalismo le affermazioni di cui nel testo si ispirano alla filosofia politica e giuridica della "libertà liberale" e non a quella della "libertà libertaria": su ciò v. R. ARON, *Libertà, liberale o libertaria?*, in R. ARON, *Il concetto di libertà*, Roma 1997, soprattutto 80 ss.

libertà – religiosa, personale, di manifestazione del pensiero, di riunione, ecc. – posto che, giustamente i costituenti (compreso il nostro) disciplinano, e con i limiti e mezzi di tutela specifica, le singole libertà ed è con riferimento a queste, se possibile, che si individuano le soluzioni dei problemi particolari. Ma il “generale diritto di libertà” ha una funzione di orientamento nella configurazione delle soluzioni dei problemi attinenti alle specifiche libertà⁹⁷.

Per quanto riguarda l'uso del proprio corpo, esso rientra nella specifica libertà personale, la quale va ricostruita (anche) in base a detto diritto generale. Ciò comporta che questa specifica libertà personale, riconosciuta dalla Costituzione, comprenda poi ancora più dettagliate situazioni giuridiche soggettive, che si possono qualificare come micro-diritti. Non sono di per sé situazioni giuridiche meritevoli di essere qualificate come diritti costituzionali, in quanto questi ultimi sono tali perché ricomprendono un'ampia gamma di situazioni (analogamente, nel diritto privato, le facoltà non hanno il rango di diritti, ma sono una concretizzazione di essi e sono ricomprese negli stessi: il codice civile riconosce le proprietà, ma non sancisce espressamente il diritto di acquistare le suppellettili per il proprio appartamento!). Nondimeno, in quanto componenti di diritti costituzionali, questi micro-diritti si possono ritenere costituzionalmente tutelati. Se si consente una rappresentazione della scala delle diverse situazioni giuridiche soggettive richiamate in precedenza, possiamo delineare questa scala: diritto generale di libertà – singoli diritti di libertà sanciti dalla costituzione – micro-diritti di libertà riconducibili a questi ultimi. Tutte le azioni relative al proprio corpo sono costituzionalmente tutelate se rientrano nella libertà personale quale ricostruita in base al diritto generale di libertà, cioè se non risultano dannose a terzi.

⁹⁷ La tesi sostenuta nel testo è immune, ci sembra, anche da critiche che sono state avanzate circa il pericolo che un generale diritto di libertà, con il far “confluire [le singole libertà] in un unico e generico concetto...ne offuschi e ne confonda i tratti a ciascuna peculiari” (cfr. P. GROSSI, *I diritti di libertà ad uso di lezioni*, I, 1, Torino 1991, 180). Infatti, se si presentasse l'alternativa fra un unico diritto di libertà ed una molteplicità, saremmo d'accordo con la citata dottrina circa la preferibilità del secondo corno del dilemma. Ma ci sembra che tale alternativa possa valere sul terreno dello *jus condendum*, mentre, allorché siano contemplati e disciplinati specifici diritti di libertà, quello generale costituisca razionalmente un principio, che si raccorda con quelli e non si possa paventare il rischio di una caduta nell'indeterminazione e della ricostruzione soggettiva ed arbitraria del regime delle libertà. Quindi condividiamo la fondata preoccupazione di Grossi, ma riteniamo che la soluzione qui prospettata, e nei termini in cui lo è, non dia luogo alle conseguenze temute e quindi al rifiuto di un unico diritto di libertà, in quanto ritenuto fonte di confusione ed offuscamento.

Sulla base di quanto detto, non possiamo accogliere, per ricollegarci al punto di partenza di queste riflessioni, la polemica contro i “diritti insaziabili”, contro quella libera disponibilità del proprio corpo, che fonda tanti micro-diritti – *in primis* quelli attinenti alla sfera sessuale (ma non solo quelli). Nondimeno, proprio al fine di delimitare la materia del contendere e di definire i termini del disaccordo, riteniamo opportuno precisare che, proprio muovendo da una concezione della libertà “liberale” ma non “libertaria”⁹⁸, non tutte le possibili manifestazioni di libertà e di disponibilità del proprio corpo sono riconducibili alla sfera costituzionalmente tutelata. Senza diffonderci in questo ambito, possiamo citare quale esempio significativo la cosiddetta “libertà di drogarsi”.

Il diritto, costituzionalmente configurabile, di assunzione di sostanze stupefacenti è stato sostenuto – talora in concomitanza con l’apologia di soluzioni antiproibizioniste circa la conduzione della politica sulla diffusione e sul consumo di droghe – da vari giuristi⁹⁹. Tale diritto, come è logico, è stato fondato sulla libertà personale intesa nel senso dell’autodeterminazione individuale, che comporta anche la facoltà di scelta di stili di vita¹⁰⁰. Ora, senza approfondire il tema e gli argomenti avanzati circa la “libertà di drogarsi”, si possono avanzare due considerazioni, l’una volta a negare la configurabilità della stessa a livello costituzionale, l’altra in via subordinata, volta a delimitarne al massimo la portata (qualora si voglia configurare detto diritto).

La negazione di un fondamento costituzionale della “libertà di drogarsi” può essere così motivata. L’esercizio di detta facoltà presuppone l’uso di sostanze, pacificamente ritenute nocive (in caso di largo consumo), e quindi il procacciamento delle medesime. Se si trattasse di libertà costituzionale non solo dovrebbe essere ammesso l’uso, ma anche dovrebbero essere tollerate le attività di procacciamento, compreso lo spaccio¹⁰¹. Il riconoscimento di una libertà senza una garanzia di uso dei mezzi necessari per il suo godimento sarebbe un’incongruenza, analoga, per richiamare una similitudine, alla configurazione della libertà di stampa senza alcuna disponibilità di mezzi che consentano la pubblica-

⁹⁸ Per riprendere le parole di R. ARON, *Libertà*, cit.

⁹⁹ Ci limitiamo a citare, a titolo indicativo, due scritti meditati e ricchi di riferimenti culturali: V. VELLACCIO, *Il consumo di droga e la Costituzione italiana. Contributo per una disciplina del consumo di droga più conforme ai principî costituzionali*, in *Politica del diritto*, 1994, 565; R. PERRONE, *Il consumo di sostanze stupefacenti fra libertà individuale e limiti costituzionali*, in *Diritto e società*, 2010, 451 ss.

¹⁰⁰ V. VELLACCIO, *Il consumo*, cit., 566 ss.; R. PERRONE, *Il consumo*, cit., 464 ss.

¹⁰¹ Una osservazione simile è stata avanzata da A. BARBERA, *Il “fondamento”*, cit., 120.

zione di scritti. Ora è ben arduo sostenere che le attività di procacciamento delle sostanze stupefacenti rientrino in una sfera costituzionalmente protetta. Ma se lo Stato può legittimamente impedire lo spaccio e la diffusione della droga, non può ammettersi una “libertà di drogarsi”, che implicherebbe invece proprio la liceità e la tutela costituzionale di dette attività.

Pertanto, pur nell’ottica dell’autodeterminazione individuale, il diritto costituzionale al libero uso di sostanze stupefacenti non può essere riconosciuto perché implicherebbe un divieto per lo Stato di porre in essere norme ed azioni, pur necessarie per evitare danni ai terzi. Va precisato che quanto detto vale sul piano della configurazione o meno di un diritto costituzionale a drogarsi. Rimane perciò impregiudicato il discorso, sul piano della politica legislativa e dell’attività amministrativa, circa l’opportunità o meno della proibizione o della liberalizzazione del consumo di droghe, e non affrontiamo in questa sede tale tema. Ciò che preme osservare è che una eventuale liberalizzazione del consumo di sostanze stupefacenti è una lecita opzione politica, ma non costituisce affatto un obbligo, fondato su una asserita “libertà di drogarsi”.

Venendo alla considerazione in via subordinata, la “libertà di drogarsi” può riconoscersi solo in ipotesi di mancanza di (pericolo di) danni ai terzi. Per intendersi, qualora lo Stato consenta, per ragioni di opportunità politica, un procacciamento di sostanze stupefacenti – e il discorso vale anche in ipotesi in cui è consentito il consumo di sostanze dannose, come di bevande alcoliche – il loro uso può ritenersi costituzionalmente tutelato solo in ipotesi di mancanza di pericolo reale, cioè di minaccia a beni di terzi. Per riprendere le parole di un giovane e promettente costituzionalista, pur nella prospettiva dell’autodeterminazione, si deve operare una “distinzione tra «utilizzo diligente» ed «utilizzo negligente» delle sostanze”¹⁰², cioè la discriminazione fra impiego di sostanze che possono rappresentare un “mero pericolo”, ma con controllo dell’assuntore, ed invece un uso delle medesime nei casi in cui non possono esistere “regole cautelari efficaci, che consentano all’individuo di mantenere il controllo di fattori di rischio ed evitare il verificarsi dell’evento dannoso”¹⁰³. Orbene, sempre in via subordinata, riteniamo che, in caso di lecito procacciamento di sostanze potenzialmente pericolose, possa essere costituzionalmente riconosciuta la facoltà solo di farne un “utilizzo intel-

¹⁰² Cfr. R. PERRONE, *Il consumo*, cit., 489.

¹⁰³ Cfr. R. PERRONE, *Il consumo*, cit., 491.

ligente”, e non può essere ammesso un uso indiscriminato. Per esemplificare, un individuo può legittimamente assumere droghe, se si trovi in situazione di invalidità fisica e non debba compere attività rese pericolose dalla sua alterazione, così come può ubriacarsi nella propria casa con familiari od amici che neutralizzino eventuali sue azioni sconsiderate.

Il diritto fondamentale all'autodeterminazione non può quindi tradursi nel motto: “libera droga in libero stato”.

9. *Il generale diritto di libertà non è correlato all'egoismo né a concezioni libertarie*

Concludiamo il discorso sulla libertà di fare tutto ciò che non rechi danno ad altri con una considerazione già prospettata in altri scritti riguardanti la disponibilità del proprio corpo¹⁰⁴.

Il timore che la configurazione di tale “generale diritto di libertà” e dei micro-diritti, che da esso derivano in via mediata, contribuisca a favorire la diffusione di una cultura “edonistica” e di una mentalità egoistica degli individui non ci sembra per nulla fondato. A tacere dei confini tracciati sul piano giuridico e della conseguente delimitazione delle situazioni giuridiche soggettive costituzionali in oggetto, può avanzarsi una motivazione di ordine pragmatico.

Che il libertarismo estremista, l'apologia del “fare i propri comodi”, siano tendenze deteriori, da contrastare con energia, non ci sembra dubbio. D'altronde trattasi di atteggiamenti, che si riscontrano nel comportamento effettivo, nella prassi degli individui, ma non hanno un fondamento culturale, cioè filosofico-politico ed appartengono, può dirsi, solo ad una patologia sociale che non è legittimata da un forte pensiero. Però l'impegno per la diffusione di uno spirito altruistico e di concezioni solidaristiche non si giova della negazione di spazi di libertà che non sia giustificata dalle ragioni dell'altruismo e del solidarismo.

L'impedimento di svolgere attività che generano piacere è sempre qualcosa di sgradevole per gli individui. È ovvio che attività piacevoli per chi le pone in essere vanno vietate quando esse possono provocare sofferenze altrui e quindi si devono far valere interessi pubblici o di terzi. Ma la propensione ad accettare limiti allo svolgimento di attività che provo-

¹⁰⁴ V., in tal senso, le considerazioni conclusive del nostro scritto, *Ancora su sterilizzazione e diritti costituzionali*, in *Diritto e società*, 2002, 361 ss.

cano piacere può essere forte solo se questi limiti non si estendono oltre la loro *ratio* e rimane una sfera ampia di liceità di comportamenti piacevoli. Una costrizione oltre i limiti della *ratio* giustificatrice, cioè della tutela degli interessi altrui, risulta poco accettata e può indurre, per reazione, a spinte libertarie e quindi all'eccesso opposto. La tendenza all'egoismo ed alla ricerca del piacere senza rispetto del bene altrui può esser contrastata non da concezioni di natura monacale, bensì dal riconoscimento di una ragionevole pretesa a cercare il proprio piacere nel rispetto della soddisfazione delle esigenze altrui.

L'esperienza storica sembra comprovare questa tesi. La compressione della libertà può generare, ed ha generato, per reazione la tendenza alla concezione di una "libertà libertaria", e non liberale. Perciò si tratta di teorizzare e di realizzare una "libertà liberale", che sia ben delimitata da istanze sociali, ma che neutralizzi le sollecitazioni ad un'austerità che comprime oltre il necessario la ricerca e la realizzazione di una vita piacevole da parte degli individui.

RINVIO PREGIUDIZIALE INTERPRETATIVO
E GIUDIZIO DI LEGITTIMITÀ COSTITUZIONALE.
NUOVI SCENARI E NUOVE PROSPETTIVE
NEL CROCEVIA SOPRANAZIONALE

SOMMARIO: 1. Da dove veniamo. Luci ed ombre di una chiusura duratura. – 2. Il prezzo della chiusura alla luce di un esempio: il gioco e le scommesse tra ordinamento interno e ordinamento comunitario. Che fine hanno fatto le questioni di legittimità costituzionale? – 3. Le elusioni della chiusura: se una “sapiente” ordinanza di rimessione è in grado di aggirare l’impostazione della Corte costituzionale. – 4. Prove tecniche di trasmissione. Riflessioni sul primo, timido ed incompiuto, tentativo di apertura. – 5. La tanto attesa, ma inaspettata, apertura. L’ordinanza n. 207 del 2013 della Corte costituzionale ed il rinvio pregiudiziale dalla sede incidentale. – 6. Alcune considerazioni di natura processuale. La necessità di valutare la compatibilità del sindacato costituzionale in via incidentale con il rinvio pregiudiziale. – 6.1. Il requisito della rilevanza della questione di legittimità costituzionale ed il rinvio pregiudiziale interpretativo. – 6.2. Il requisito del sufficiente sforzo interpretativo e la questione pregiudiziale comunitaria. – 7. Osservazioni d’insieme sullo scenario presente e sulle prospettive future. Alcune importanti implicazioni e alcune necessarie cautele.

Come un fulmine a ciel sereno, il 18 luglio 2013 è giunta, in un’atmosfera apparentemente immota, l’ordinanza n. 207 della Corte costituzionale. Ordinanza nella quale, con la medesima fulminea asciuttezza e decisione, appare l’affermazione «questa Corte – nella citata ordinanza n. 103 del 2008 – ha sollevato una questione pregiudiziale di interpretazione in un giudizio in via principale; (...) deve ritenersi che questa Corte abbia la natura di “giurisdizione nazionale” ai sensi dell’art. 267, terzo comma, del Trattato sul funzionamento dell’Unione europea anche nei giudizi in via incidentale».

Si tratta di affermazione densa di significati e di portata tanto innovativa da essere in grado di rinnovare radicalmente moltissime delle prospettive del sindacato di costituzionalità, del rapporto fra ordinamento interno ed ordinamenti sopranazionali, di quello fra Corti apicali nel sistema integrato. Si tratta di poche parole, ma colme di storia, di rifles-

sioni, di dibattiti; poche parole, eredi di un bagaglio di ritrosie e di condivisibili preoccupazioni, ma in grado di schiudere con consapevole prospettiva nuovi scenari dell'integrazione e nuove prospettive nella tutela dei diritti.

Per cogliere i molti piani del discorso racchiusi in queste proposizioni, per intenderne la dirompente portata innovativa, occorre muovere qualche passo indietro, osservare quel che accade intorno e provare a guardare in avanti.

1. *Da dove veniamo. Luci ed ombre di una chiusura duratura*

È a partire dal 1976 che la Corte costituzionale italiana ha escluso la possibilità di un dialogo diretto, privo di intermediari, con la Corte di giustizia, negando la propria legittimazione a sollevare una questione pregiudiziale comunitaria¹. Il ragionamento svolto dalla Corte muoveva dalla asserita mancanza di legittimazione soggettiva, ritenendo essa di non potersi qualificare organo giurisdizionale, sia nell'accezione interna del concetto², sia nella sua accezione comunita-

¹ In questo senso, implicitamente, l'ordinanza n. 206 del 1976. Si vedano, poi, espressamente, le ordd. n. 536 del 1995, con nota di R. BARATTA, *Rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia*, in *Giustizia civile*, 1996, 932 ss.; 319 del 1996; 108 e 109 del 1998; 249 del 2001; 85 del 2002, con nota di F. SORRENTINO, *È veramente inammissibile il doppio rinvio?*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2002, 781 ss.; 62 del 2003; 454 del 2006. In un solo caso, che è però rimasto isolato, la Corte aveva ammesso in via del tutto ipotetica la possibilità di proporre rinvio pregiudiziale interpretativo alla Corte di giustizia (cfr. sent. n. 168 del 1991, con osservazione di F. SORRENTINO, *Delegazione legislativa e direttive comunitarie direttamente applicabili*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1991, 1418 ss.) evitando però di adire la Corte di giustizia, per la «chiara evidenza» del significato delle disposizioni oggetto del suo esame.

² Si v. la storica sentenza 23 marzo 1960, n. 13, con nota di V. ANDRIOLI, *Intorno all'applicabilità della l. 25 marzo 1958, n. 260 ai giudizi avanti la Corte costituzionale*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1960, 125 ss., ove si è affermato «è (...) da respingere l'opinione che la Corte possa essere inclusa fra gli organi giurisdizionali, ordinari o speciali che siano, tante sono, e tanto profonde, le differenze tra il compito affidato alla prima, senza precedenti nell'ordinamento italiano, e quelli ben noti e storicamente consolidati propri degli organi giurisdizionali». Per un *excursus* della giurisprudenza costituzionale in tema di definizione dei criteri che contraddistinguono gli «organi giurisdizionali» all'interno del nostro ordinamento, si v. la ricostruzione operata dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 164 del 2008 e, in dottrina, A. CERRI, *Corso di giustizia costituzionale*, Milano, 2008, 142 ss.; M. RUOTOLO, *Corte, giustizia e politica. Relazione al Convegno «Corte costituzionale e processi di decisione politica»*, Otranto 4-5 giugno 2004, in V. TONDI DELLA MURA, M. CARDUCCI, R.G. RODIO (a cura di), *Corte costituzionale e processi*

ria³, ma non v'è dubbio che in questa decisione abbia inciso in maniera determinante il timore di assoggettarsi alle decisioni della Corte europea e, conseguentemente, di perdere il ruolo di giudice ultimo delle decisioni di rilievo costituzionale⁴.

Si è trattato senz'altro di un timore giustificato poiché l'immagine della Corte costituzionale uscente da un confronto immediato con la Corte europea potrebbe essere per molti versi minata nella sua autorevolezza e poiché il "privilegio" dell'ultima parola è, in sede interpretativa, assolutamente determinante⁵. Queste considerazioni divengono ancora

di decisione politica, Torino 2005, 288 ss. Per avere un quadro globale della questione, ricordiamo che la Corte ha accolto il principio di "relatività" del concetto di giurisdizione, ammettendo così che in capo al medesimo organo possa essere ravvisata l'una o l'altra natura a seconda della funzione che di volta in volta esso è chiamato a svolgere o, di più, a seconda del momento del procedimento in cui lo svolgimento di un determinato compito si verifica. Cfr. G. ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale*, Bologna, 1988, 180.

³ Delineata, fra le altre, da CGE, 14 dicembre 1971, 43/71, *Politi*; Id., 14 maggio 1977, 107/76, *Hoffman-La Roche c. Centrafarm*; Id., 5 marzo 1986, 318/85, *Greis Unterweger*; Id., 12 dicembre 1996, C-74/95 e C-129/95, *Procedimenti penali c. X*; Id., 17 settembre 1997, C-54/96, *Dorsch Consult*; 11 dicembre 1997, C-55/96, *Job Centre*. In dottrina, v. L. DANIELE, *Commento all'art. 234 TCE*, in A. TIZZANO (a cura di), *Trattati dell'Unione Europea e della Comunità europea*, Milano 2004, 1105 ss.

⁴ Così, tra gli altri, M. CARTABIA, *La Corte costituzionale italiana e il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia europea*, in N. ZANON (a cura di), *Le Corti dell'integrazione europea e la Corte costituzionale italiana*, Napoli 2006, 99 ss.; S. AGOSTA, *Il rinvio pregiudiziale ex art. 234 Trattato CE, tra (ingiustificato?) horror obsequii della Corte costituzionale ed irresistibile vocazione espansiva del giudice comunitario*, in P. FALZEA, A. SPADARO, L. VENTURA (a cura di), *La Corte costituzionale e le Corti d'Europa*, Torino 2003, 349 ss.; G. ZAGREBELSKY, *Intervento al Seminario "Corti europee e corti nazionali"*, in <http://www.luiss.it/semcost/europa/zagrebelksky/index.html>.

⁵ Cfr. M. LUCIANI, *Interpretazione costituzionale e testo della Costituzione. Osservazioni liminari*, in G. AZZARITI (a cura di), *Interpretazione costituzionale (Quaderni del dottorato di ricerca in Diritto costituzionale e Diritto pubblico generale. Università degli Studi di Roma "La Sapienza")*, Torino 2007, 44: «nel diritto, il percorso circolare dell'interpretazione si arresta quando una certa soluzione è imposta avvalendosi della forza legittima. Ferma restando, tuttavia, la possibilità che la circolarità riprenda una volta che la soluzione autoritativamente imposta sia contestata con successo sollecitando un'altra soluzione (essa pure da imporre autoritativamente)». In sede di interpretazione costituzionale, poi, questa considerazione si fa ancora più rilevante dal momento che nel ruolo ultimo della Corte costituzionale con riferimento ad essa autorevole dottrina – qui condivisa – ravvisa un elemento (estrinseco) di specificità dell'interpretazione costituzionale (cfr., per tutti, C. MEZZANOTTE, *Le fonti tra legittimazione e legalità*, in *Queste istituzioni*, 1991, 50 ss.; G.U. RESCIGNO, *Interpretazione costituzionale e positivismo giuridico*, in G. AZZARITI (a cura di), *Interpretazione costituzionale*, cit., 20 s.; R. NANIA, P. SAITTA, *Interpretazione costituzionale*, in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da S. CASESE, IV, Milano 2006, 3208; F. MODUGNO, *Appunti dalle lezioni di teoria dell'interpreta-*

più importanti se si pone attenzione al fatto che, ove ammessa la propria legittimazione, la Corte costituzionale non possiede una mera *facoltà* di sollevare il rinvio pregiudiziale interpretativo alla Corte di giustizia, ma diviene soggetta ad un *obbligo* di rinvio, in quanto giudice di ultima ed unica istanza⁶.

Eppure, molte critiche sono state – a nostro parere a ragione – opposte a questo orientamento, poiché molti altri argomenti muovevano in direzione opposta e verso una altrettanto urgente necessità di superare questa chiusura. In particolare, su tutti, primeggiava il rischio che la Corte costituzionale potesse così rimanere esclusa da un circuito interpretativo-integrativo che sempre più andava guadagnando terreno, man mano che procedeva ed assumeva nuove forme l'avanzata comunitaria⁷.

D'altra parte, la Corte costituzionale, con giurisprudenza piuttosto concessiva in termini di spazi di apertura al diritto comunitario, ha esibito altrove un atteggiamento ben più disponibile al riconoscimento delle istanze europee, ed anche di quelle percepibili come lesive dei suoi poteri e della sua autorità. Si pensi, ad esempio, alle pronunce con le quali ha “ceduto” di fronte alle esigenze di speditezza e di automatismo nell'applicazione del diritto comunitario, auto-escludendosi dal sindacato sulle eventuali violazioni, da parte delle norme interne, di norme del diritto comunitario direttamente applicabile⁸. Tale giurisprudenza ha aperto alla possibilità che sia il giudice comune a poter divenire “giudice ultimo” nelle questioni per le quali possa affacciarsi una doppia pregiudizialità (una costituzionale, una comunitaria); ipotesi che, lungi dal riuscire a “trasferire” il vincolo del rispetto della decisione europea al solo

zione, Padova 1998, 84; ID., *Sulla specificità dell'interpretazione costituzionale*, in ID., *Scritti sull'interpretazione costituzionale*, Napoli, 2008, 214 ss.).

⁶ Come previsto dall'art. 267, comma 3, TFUE e pacificamente ammesso dalla stessa Corte costituzionale nelle ordinanze nn. 103 del 2008 e 207 del 2013. Sull'importanza di questo elemento, v. T. GROPPi, *La Corte costituzionale come giudice del rinvio ai sensi dell'art. 177 del Trattato CE*, in P. CIARLO, G. PITRUZZELLA, R. TARCHI (a cura di), *Giudici e giurisdizione nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, Torino 1997, 171 ss.

⁷ Cfr., fra gli altri, M. CARTABIA, *Considerazioni sulla posizione del giudice comune di fronte a casi di «doppia pregiudizialità», comunitaria e costituzionale*, in *Foro italiano*, 1997, V, 222 ss.; F. SALMONI, *La Corte costituzionale e la Corte di giustizia delle Comunità europee*, in *Diritto pubblico*, 2002, 508 ss.; F. SEMENTILLI, *Brevi note sul rapporto tra la Corte costituzionale italiana e la Corte di giustizia delle Comunità europee*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2004, 4783; A. BARBERA, *Corte costituzionale e giudici di fronte ai «vincoli comunitari»: una ridefinizione dei confini?*, in *Quaderni costituzionali*, 2007, 337 s.

⁸ Così, la storica sent. n. 170 del 1984.

giudice comune, rischia invece di produrre in capo alla Corte costituzionale un vincolo doppio: non solo nel merito, ma anche nell'*an*.

Nell'*an* perché la possibilità che la questione doppiamente pregiudiziale pervenga al cospetto della Corte costituzionale dipende dalla soluzione interpretativa europea e dalla circostanza che essa non precostituisca gli elementi per cui il giudice comune debba ravvisare un contrasto della normativa interna con quella europea; nel merito perché la peculiare capacità espansiva delle decisioni europee – declinata dalla stessa Corte costituzionale nelle forme dell'autoritatività *erga omnes* – implica una soggezione a quel *decisum, pro futuro*⁹.

Scaturiva, insomma, dalla combinazione di questi diversi orientamenti costituzionali un atteggiamento “dissociato”: di chiusura, da un lato, di estrema apertura, dall'altro; di esclusione del dialogo, da un lato, di ammissione di grandi “interferenze”, dall'altro.

Per comprendere quanto importante possa essere l'“interferenza”, anche indiretta, della Corte di giustizia sulle questioni doppiamente pregiudiziali, può guardarsi ad esempio alla nota vicenda *Filipiak*¹⁰ in cui la Corte del Lussemburgo si è pronunciata su due questioni relative alla compatibilità con il diritto comunitario di alcune disposizioni polacche relative ad imposte e contributi sulle quali si era già espressa la Corte costituzionale statale, sancendone l'incompatibilità con alcuni principi costituzionali, ma differendo la produzione degli effetti della pronuncia di incostituzionalità ad una data successiva a quella della sentenza. La Corte di giustizia, interpellata da un Tribunale amministrativo provinciale, accertata l'incompatibilità della disciplina oggetto della questione pregiudiziale anche con i principi di cui agli artt. 43 e 49 TCE, ha ritenuto che il giudice del rinvio avrebbe dovuto disapplicare la normativa in questione anche prima del termine stabilito dalla Corte costituzionale per la produzione degli effetti dell'annullamento.

Dinnanzi a pronunce di tale portata ci pare piuttosto difficile dubitare ancora che il dialogo diretto con un giudice comune, e solo indiretto con la Corte costituzionale, sia in grado di proteggere l'autorevolezza di quest'ultima.

⁹ È questo, peraltro, un ulteriore elemento sul quale la Corte ha concesso spazi ampissimi, ed, anzi, addirittura più ampi di quelli ammessi dalla giurisprudenza della Corte di giustizia, ove non si arriva ad affermare con altrettanta perentorietà l'efficacia *erga omnes* delle pronunce interpretative pregiudiziali. Sul punto dovremo dunque tornare a riflettere *infra*, al par. 7.

¹⁰ Sentenza del 19 novembre 2009, in causa C-314/08.

Occorre allora, a nostro modo di vedere, riponderare i *pro* ed i *contra* dell'apertura al rinvio pregiudiziale interpretativo alla luce di questi dati. E, sempre alla luce di questi, verificare se il vantaggio (di "immagine") che la Corte costituzionale potrebbe lucrare dall'esclusione dal confronto diretto con la Corte di giustizia valga il costo di tale esclusione, tenendo a mente che si tratta di un prezzo piuttosto elevato. Si pensi solo alla totale preclusione dalla possibilità per il Giudice interno di esprimersi nel merito di una serie di questioni (quelle sui diritti o sul bilanciamento fra contrapposti diritti, interessi, principi, ad esempio) ove sempre più importante è che questi possa "presentare" alla Corte di giustizia la sensibilità costituzionale dell'ordinamento, per consentirle di tenerla in considerazione o – se non altro – costringerla a motivare l'eventuale decisione difforme: quanto più saranno numerose le Corti che dialogheranno con la Corte del Lussemburgo, tanto più quest'ultima dovrà tenere conto dei loro orientamenti, sia nel metodo che nel merito, ponderando tanto le istanze interne quanto le ipotesi ricostruttive delle istanze comunitarie e della combinazione di esse con il diritto statale (secondo un *metodo*, in poche parole, *davvero* circolare ed integrativo)¹¹.

2. *Il prezzo della chiusura alla luce di un esempio: il gioco e le scommesse tra ordinamento interno e ordinamento comunitario. Che fine hanno fatto le questioni di legittimità costituzionale?*

Il 30 marzo 2001 il Tribunale di Ascoli Piceno¹² adiva contestualmente la Corte costituzionale e la Corte di giustizia. Il Pubblico ministero ed il Giudice per le indagini preliminari di Fermo avevano infatti individuato un'organizzazione di agenzie italiane di gioco e scommesse collegate via internet con un *bookmaker* inglese, con compiti di ricezione e trasmissione delle scommesse effettuate in Italia entro un sistema informatico e bancario inglese. Siffatta condotta integrava il reato di cui all'art. 4, legge n. 401/1989 (e successive modificazioni), per violazione del regime di monopolio Coni sulle scommesse sportive, procurando un danno per lo Stato ed ingiusti profitti. Gli avvocati difensori formulavano allora eccezioni di incompatibilità di tale fattispecie di reato con la

¹¹ Per questo orientamento, v. J.H.H. WEILER, *L'Unione e gli Stati membri: competenze e sovranità*, in *Quaderni costituzionali*, 2000, 5 ss.; F. SEMENTILLI, *Brevi note*, cit., 4787 ss.

¹² Ordinanza n. 600 del 2001, in *Gazz. Uff.*, *Prima Serie speciale*, n. 33 del 2001.

libertà di stabilimento e prestazione di servizi (garantite dal diritto comunitario) e con la libertà di iniziativa economica (di cui all'art. 41 della nostra Costituzione). La disposizione poneva altresì dubbi di ragionevolezza, specie a seguito dell'integrazione operata dal legislatore del 2000, il quale estendeva la fattispecie incriminatrice di cui all'art. 4¹³ a chiunque svolga in Italia attività organizzata al fine di accettare o raccogliere o comunque favorire l'accettazione o la raccolta, anche per via telefonica o telematica, di scommesse di qualsiasi genere, da chiunque accettate in Italia o all'estero. Si dubitava, in particolare, che tale disposizione fosse coerente con l'interesse che la norma incriminatrice era tesa tutelare, ossia la prevenzione dei fenomeni distorsivi e criminosi spesso collegati al mondo del gioco e delle scommesse, apparendo piuttosto volta al fine di garantire un monopolio statale sui relativi guadagni. Inoltre, la liceità dell'attività di raccolta e di trasmissione delle scommesse su eventi sportivi esteri, ricavabile dall'originaria formulazione dell'art. 4, aveva determinato lo svilupparsi di una rete di operatori che avevano investito capitali e mezzi nel settore e che vedevano improvvisamente pregiudicata la regolarità e liceità della loro posizione.

Sulla base di tali rilievi si paventava, contestualmente, una violazione delle libertà comunitarie sopra menzionate, dell'art. 3 della Costituzione per mancata giustificazione delle limitazioni in funzione della salvaguardia di introiti fiscali; dell'art. 41 della Costituzione, per la limitazione all'iniziativa economica privata su attività non assoggettate ad introito fiscale da parte dello Stato italiano (scommesse su eventi sportivi esteri o su eventi non sportivi); dell'art. 10 della Costituzione, perché il trattamento degli operatori stranieri all'interno dello Stato italiano non appariva conforme alle norme ed ai trattati internazionali.

Per tali ragioni, il giudice rimettente sceglieva di interpellare contemporaneamente la Corte di giustizia, perché esaminasse i profili di "comunitarietà" della norma interna, e la Corte costituzionale, perché potesse verificare la sua compatibilità con la Costituzione, tanto con riferimento ai parametri interni, quanto con riferimento ai parametri comunitari che, norme di principio, non potevano ritenersi autoapplicativi e dunque potevano fungere da norma interposta nel sindacato costituzionale per la verifica della violazione indiretta dell'art. 11 Cost.

¹³ Punizione con la reclusione da sei mesi a tre anni per chiunque eserciti abusivamente l'organizzazione di scommesse che la legge riserva allo Stato o altro ente concessionario o su attività sportive gestite dal Coni dalle organizzazioni da esso indipendenti o dall'Unione italiana per l'incremento delle razze equine (UNIRE).

Il punto di equilibrio fra le esigenze della libera prestazione di servizi, da un lato, e la prevenzione da frode e rischi di criminalità, dall'altro, nella disciplina del gioco e delle scommesse erano oramai da tempo oggetto dell'attenzione della Corte di giustizia, la quale si è pronunciata per la prima volta sul punto con la sentenza *Schindler*¹⁴ e, con riferimento al sistema italiano, su richiesta del Consiglio di Stato, con la sentenza *Zenatti*¹⁵. In queste occasioni la Corte dell'Unione europea, dopo aver precisato che attività di questo genere possono essere qualificate come attività di prestazione di servizi, ha avuto modo di affermare che le disposizioni del trattato relative alla libertà di prestazione di servizi non ostano ad una normativa statale che limiti tale libertà in relazione a talune attività, per perseguire fini di tutela dei consumatori, prevenzione della criminalità, tutela della moralità pubblica e limitazione della domanda di giochi d'azzardo¹⁶. La verifica se la normativa statale sia effettivamente giustificata da obiettivi di politica sociale tendenti a limitare gli effetti nocivi di tali attività e se le restrizioni da essa imposte non siano sproporzionate rispetto a tali obiettivi non può essere peraltro svolta dalla Corte di giustizia, ma spetta ai giudici nazionali.

Dunque, in una prima fase della giurisprudenza europea in punto di equilibrio fra i due elementi in bilanciamento nella disciplina del gioco e delle scommesse, la Corte di giustizia faceva un passo indietro, esercitando un *self restraint* in favore di valutazioni (come quella sulla congruità della norma e sulla sua proporzionalità rispetto ai fini da perseguire) che meglio avrebbero potuto essere compiute da giudici appartenenti all'ordinamento interno.

È in questo quadro che occorre collocare la summenzionata ordinanza di rimessione del Tribunale di Ascoli Piceno; giudice che mostra di conoscere la giurisprudenza europea, ad essa più volte richiamandosi,

¹⁴ Sentenza del 24 marzo 1994, causa C-275/92.

¹⁵ Sentenza del 21 ottobre 1999, causa C-67/98.

¹⁶ Nel senso che tali ragioni costituiscano legittimi limiti alla libertà di prestazione di servizi, v. già le sentenze *Van Wesemael*, 18 gennaio 1979, cause riunite 110/78 e 111/78, § 28; *Commissione/Francia*, 4 dicembre 1986, causa 220/83, punto 20; *Société générale alsacienne de banque*, 24 ottobre 1978, causa 15/78, con la precisazione che gli ostacoli alla libera prestazione dei servizi derivanti da misure nazionali indistintamente applicabili possono essere ammessi solo se tali misure sono giustificate da esigenze imperative connesse all'interesse generale, se sono atte a garantire il conseguimento dello scopo con esse perseguito e se non eccedono quanto necessario a tal fine. In questo senso, *Collectieve Antennevoorziening Gouda*, sentenza 25 luglio 1991, causa C-288/89, §§ 13 ss.; conf., CGE, 21 settembre 1999, *Laara*, causa C-124/97; Id., 11 settembre 2003, *Anomar*, causa C-6/01.

ma che ritiene di non poter da solo svolgere le dovute considerazioni poiché, da un lato, la parziale differenza della fattispecie oggetto del suo giudizio rispetto a quelle precedentemente prese in considerazione dalla Corte del Lussemburgo imponevano di rivolgersi nuovamente a quest'ultima per verificare l'estendibilità di quelle considerazioni al caso *de quo* e, dall'altro lato, si ponevano in parte autonomi, in parte sovrapposti, profili di dubbio di conformità a Costituzione, che richiedevano di interrogare la Corte costituzionale.

Ebbene, mentre in risposta al quesito del rimettente la Corte costituzionale si asteneva dal pronunciarsi nel merito poiché la verifica dell'applicabilità della norma oggetto dipendeva dalla risposta della Corte di giustizia¹⁷, quest'ultima rinnovava il proprio orientamento in materia – pur con qualche prima differenza che a breve verremo a dire – esercitando un *self restraint* nei confronti delle valutazioni giudiziali in punto di proporzionalità e congruità della limitazione alle libertà di stabilimento e prestazione di servizi¹⁸. L'esito finale della doppia richiesta è stato insomma quello di un ritorno delle questioni insolute nelle mani del giudice *a quo*, chiamato dalla Corte di giustizia a verificare da sé l'esistenza dei margini di "ragionevolezza" che consentono l'applicabilità dell'articolo in questione e, in funzione di questa scelta, la necessità di risolvere la questione di legittimità costituzionale.

¹⁷ Cfr. Corte cost., sent. n. 85 del 2002.

¹⁸ Cfr. CGE, sent. *Gambelli e altri c. Italia*, 6 novembre 2003, causa C-243/01: «Una normativa nazionale che, in mancanza di concessione o autorizzazione rilasciata da uno Stato membro interessato, contenga divieti – penalmente sanzionati – di svolgere attività di raccolta, accettazione, prenotazione e trasmissione di proposte di scommessa, relative, in particolare, a eventi sportivi, costituisce una restrizione alla libertà di stabilimento e alla libera prestazione dei servizi previste, rispettivamente, agli artt. 43 CE e 49 CE che, per essere giustificata, deve fondarsi su motivi imperativi di interesse generale, essere idonea a garantire il conseguimento dello scopo perseguito, non andare oltre quanto necessario per il raggiungimento di tale scopo ed essere applicata in modo non discriminatorio. In proposito, spetta ai giudici nazionali verificare se tale normativa, alla luce delle sue concrete modalità di applicazione, risponda realmente ad obiettivi tali da giustificarla e se le restrizioni che essa impone non risultino sproporzionate rispetto agli obiettivi. In particolare, laddove le autorità di uno Stato membro inducano ed incoraggino i consumatori a partecipare alle lotterie, ai giochi d'azzardo o alle scommesse affinché il pubblico erario ne benefici sul piano finanziario, le autorità di tale Stato non possono invocare l'ordine pubblico sociale con riguardo alla necessità di ridurre le occasioni di giuoco per giustificare provvedimenti come quelli oggetto della causa principale. Inoltre, se una sanzione penale è irrogata a chiunque effettui scommesse dal proprio domicilio in tale Stato membro via Internet, con un *bookmaker* situato in un altro Stato membro, i giudici nazionali devono esaminare se ciò non costituisca una sanzione sproporzionata».

Unica differenza, rispetto al marzo del 2001, è quella del decorso – infruttuoso – di due anni e otto mesi.

Per la verità, come accennavamo, la sentenza *Gambelli* ha iniziato però a tracciare un nuovo percorso, pur in apparente continuità con il precedente riserbo europeo: nell'assenza delle indicazioni giudiziali interne più volte sollecitate e, anzi, nel reiterato ricorso al rinvio pregiudiziale, pur disincentivato a Lussemburgo, la Corte di giustizia ha iniziato infatti a tracciare alcune linee, parametri e criteri per la verifica della proporzionalità della normativa interna. Mentre, insomma, nelle prime decisioni non si diceva nulla circa i *test* di verifica della compatibilità con la normativa comunitaria, in occasione della pronuncia del 2003 la Corte ha precisato invece che l'introduzione di limitazioni alle libertà di stabilimento e di prestazione dei servizi deve rispondere ad alcuni requisiti essenziali: la coerenza e sistematicità (cosicché, qualora uno Stato persegua, per esigenze finanziarie, una politica di forte espansione delle scommesse, non è poi legittimato ad invocare l'ordine pubblico sociale con riguardo alla necessità di ridurre le occasioni di gioco); di non discriminazione (nel senso che i limiti posti dalla legge interna devono applicarsi con omogeneità a tutti gli operatori comunitari, evitando posizioni di vantaggio per quelli nazionali); di proporzionalità fra gli obiettivi perseguiti e la consistenza dei limiti posti alla libertà di stabilimento e alla libera prestazione dei servizi.

È stata, insomma, la scelta di non decidere dei giudici statali – scelta condivisa dai giudici comuni e dalla Corte costituzionale – ad aprire le porte – o forse, di più, a richiedere – che fosse la Corte di giustizia a fissare i paletti della disciplina.

A seguito della sentenza *Gambelli* le Sezioni Unite della Corte di Cassazione sono intervenute, confermando che l'articolo in questione non si poneva in contrasto con i principi comunitari della libertà di stabilimento e della libera prestazione dei servizi all'interno dell'Unione europea, in quanto funzionali alla tutela dell'ordine pubblico¹⁹.

¹⁹ Cass. SS.UU., 26/04/2004, nn. 23271, 23272 e 23273. Nello stesso senso, v. già Cass., Sez. III, 28 aprile 2000, n. 7764; Id., 13 gennaio 2000, n. 124, nonché, di particolare interesse per i nostri studi, sent. 11 luglio 2001, n. 36206, che dichiara la manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale proposta con riferimento ai principi di libera iniziativa contenuti nel Trattato CE ed agli artt. 3, 41, 10 e 11 Cost., sotto il profilo della possibilità di ricomprendere nella fattispecie incriminatrice anche l'ipotesi in cui ad operare senza autorizzazione sia una ditta collegata telematicamente con una società di *bookmakers* situata in territorio estero. A seguito delle pronunce delle

Ciò nonostante, alcuni giudici di merito hanno continuato a dubitare della compatibilità della normativa interna con quella europea, specie a seguito della cosiddetta “liberalizzazione” del settore²⁰, e sollevato ulteriori questioni pregiudiziali, sollecitando ancora l'intervento della Corte di giustizia. In occasione della sentenza *Placanica*²¹, dunque, la Corte del Lussemburgo ha rotto ogni indugio e sciolto i dubbi che la giurisprudenza italiana continuava a manifestare circa l'interpretazione del diritto interno e la sua compatibilità con quello comunitario, esercitando direttamente quel vaglio che nelle altre occasioni era stato demandato al giudice nazionale²². In particolare, il Giudice del Lussemburgo ha ritenuto che il regime autorizzatorio italiano, limitatamente alla parte in cui nega la concessione all'esercizio dell'attività di gioco e scommesse solo in considerazione delle caratteristiche dell'azionariato senza prevedere una diversa misura di controllo sostitutiva, non sia proporzionato all'obiettivo d'ordine pubblico perseguito, andando oltre quanto è necessario per assicurare che i soggetti che operano nel settore dei giochi d'azzardo non siano implicati in attività criminali o fraudolente.

Il gioco dei punti di equilibrio, a seconda delle fattispecie concrete di volta in volta oggetto di giudizio è stato a questo punto svolto tutto fra la Corte di Cassazione e la Corte di giustizia²³, finché non è stata la Cassa-

Sezioni Unite, cfr. conformi Cass., Sez. I, 10 novembre 2005, n. 41728; Cass., Sez. III, 04 maggio 2004, n. 26849.

²⁰ Cfr. d.l. 4 luglio 2006, n. 223, convertito in l. 4 agosto 2006, n. 248, che subordina l'esercizio di tali attività all'ottenimento di una concessione, previa pubblica gara, e di un'autorizzazione di polizia. Il sistema delle concessioni resta collegato da un lato, a norma dell'articolo 88 T.U.L.P.S., ad una serie di controlli di pubblica sicurezza, per cui la relativa licenza può essere concessa unicamente a soggetti concessionari o autorizzati da parte di ministeri o altri enti ai quali la legge riserva la facoltà di organizzare o gestire scommesse (C.O.N.I., U.N.I.R.E., A.A.M.S.) e dall'altro al sistema sanzionatorio di cui all'art. 4 più volte menzionato. Si è pertanto dubitato del rispetto da parte di tale disciplina dei principi comunitari, per via della creazione di ostacoli all'ingresso nel mercato nazionale di operatori stranieri che non rispondano ai requisiti occorrenti per l'ottenimento della concessione o della licenza di pubblica sicurezza, nonché il conseguente divieto di prestazione di servizi – anche per via telematica – sul territorio nazionale da parte di professionisti stranieri, abilitati all'attività secondo le regole dello Stato membro ove ha luogo la sede (lo stabilimento) dell'impresa.

²¹ CGE, 6 marzo 2007, *Placanica ed altri*, cause riunite C-338/04, C-359/04 e C-360/04.

²² In questi termini, cfr. Cass. pen., sent. 21 giugno 2012, n. 24656.

²³ Dopo la sentenza *Placanica*, ad esempio, la Corte di Cassazione ha ribadito che non integra il reato di cui all'art. 4, l. 401/89, l'attività organizzata per l'accettazione e raccolta di scommesse operata, per conto di società quotate aventi sede in altro Stato mem-

zione stessa a sollevare questione pregiudiziale interpretativa²⁴. Nella sentenza *Costa e Cifone*²⁵, di risposta al quesito della Cassazione, la Corte di giustizia ha dunque, infine, elencato i motivi imperativi di interesse generale che consentono le limitazioni interne alla libertà di stabilimento e prestazione di servizi nel settore del gioco e delle scommesse (gli obiettivi di tutela dei consumatori, di prevenzione delle frodi e dell'incitamento dei cittadini ad una spesa eccessiva legata al gioco, di prevenzione di turbative dell'ordine sociale in generale) e precisato che l'autorità concedente è tenuta ad un obbligo di trasparenza (quale corollario del principio di eguaglianza), consistente in particolare nel garantire ad ogni potenziale offerente un livello di pubblicità adeguato, tale da consentire

bro, da soggetti esclusi dal rilascio delle autorizzazioni, di cui all'articolo 88 T.U.L.P.S., per il solo fatto che la raccolta viene effettuata per conto di società con azionariato anonimo, e che non hanno potuto partecipare per tale ragione alle gare per l'attribuzione delle licenze, sebbene in possesso delle necessarie autorizzazioni per la gestione organizzata di scommesse in altro Stato membro, in quanto tale disposizione si pone in contrasto con i principi comunitari di libertà di stabilimento e di prestazione di servizi e non appare giustificata da finalità di controllo per motivi di ordine pubblico (Cass., Sez. III, 28 marzo 2007, nn. 16968 e 16969; Id., 22 ottobre 2008, n. 2417/09); ha affermato il principio secondo cui l'esercizio in Italia, da parte di un soggetto titolare di un centro di trasmissione dati privo di licenza di P.S., dell'attività di raccolta di scommesse per conto di un allibratore straniero, già titolare di concessione rilasciata dall'A.A.M.S. e successivamente decaduta per rinuncia del medesimo gestore estero, integra il reato, dovendosi escludere in una simile ipotesi qualsiasi contrasto con la libertà di stabilimento contemplata dall'articolo 49 del Trattato CE (Cass., Sez. III, 10 novembre 2009, n. 5914/2010); che la raccolta in proprio di scommesse da effettuare con diverse società, sia italiane che straniere, svolta in difetto dell'autorizzazione richiesta dall'articolo 88 T.U.L.P.S. da parte del gestore di un *internet point* costituisce il reato di esercizio abusivo di attività organizzata per l'accettazione e la raccolta di scommesse sportive (Cass., Sez. III, 8 giugno 2011, n. 29523).

²⁴ Cass., Sez. III, 10 novembre 2009, nn. 2993/10 e 2994/10, formulando il seguente quesito: «quale sia l'interpretazione degli articoli 43 CE e 49 CE con riferimento alle libertà di stabilimento e di prestazione dei servizi nel settore delle scommesse su eventi sportivi, al fine di stabilire se le citate disposizioni del Trattato consentano o meno una disciplina nazionale che stabilisca un regime di monopolio in favore dello Stato ed un sistema di concessioni e di autorizzazioni che, all'interno di un numero determinato di concessioni, preveda: a) l'esistenza di un indirizzo generale di tutela dei titolari di concessioni rilasciate in epoca anteriore sulla base di una procedura che illegittimamente ha escluso una parte degli operatori; b) la presenza di disposizioni che garantiscono di fatto il mantenimento delle posizioni commerciali acquisite sulla base di una procedura che illegittimamente ha escluso una parte degli operatori (come l'obbligo per i nuovi concessionari di collocare i loro sportelli a una distanza minima da quelli già esistenti); c) la fissazione di ipotesi di decadenza della concessione e di incameramento di cauzioni di entità molto elevata, tra le quali l'ipotesi che il concessionario gestisca direttamente o indirettamente attività transfrontaliere di gioco assimilabili a quelle oggetto della concessione».

²⁵ CGE, 16 febbraio 2012, cause C-72/10 e C-77/10.

l'apertura della concessione alla concorrenza nonché il controllo sull'imparzialità delle procedure di attribuzione²⁶.

Insomma, alla luce di questo complesso giurisprudenziale, un dato risulta chiaramente ed è stato di recente ribadito dalla Corte di Cassazione²⁷: la norma incriminatrice interna sopravvive al contrasto con il diritto comunitario ed è *applicabile* entro i limiti dettati da un punto di equilibrio i cui criteri e test sono fissati attualmente dalla giurisprudenza congiunta della Corte di Cassazione e della Corte di giustizia, ma la cui verifica finale spetta al giudice comune, caso per caso²⁸.

All'esito di questo estenuante percorso giurisprudenziale, a nostro parere, è compito del costituzionalista domandarsi: che fine hanno fatto le questioni di legittimità costituzionale? Che fine ha fatto la Corte costituzionale?

La questione dalla quale aveva preso le mosse la nostra analisi era infatti una questione *doppiamente* pregiudiziale ed i profili di dubbio circa la legittimità della norma oggetto investivano anche una serie di disposizioni costituzionali. Eppure la Corte costituzionale, dietro il manto della priorità processuale della questione comunitaria non ha mai affrontato le questioni interne, pur a fronte di una più volte chiarita persistente applicabilità dell'art. 4 e di un atteggiamento – non a caso progressivamente decrescente – di *self restraint* della Corte di giustizia. L'occasione di esprimersi sul punto, peraltro, le era stata offerta anche in altre circostanze, ma la scelta è sempre stata quella di astenersi in virtù di un'affermata impossibilità di pronunciarsi su questioni “manifestamente inammissibili”, per priorità logica e giuridica della questione comunitaria e pur a fronte di giudici rimettenti che profilavano solo questioni di legittimità costituzionale (alla luce del *self restraint* europeo)²⁹ o lamentavano espressamente l'implausibilità dell'orientamento interpretativo della Corte di Cassazione (assurto a “diritto vivente”) che risolveva nel senso dell'applicabilità il complesso di disposizioni interne afferente al regime di concessioni e sanzioni in materia di gioco e scommesse³⁰.

²⁶ Cfr. in questo senso già CGE, sentt. *Sporting Exchange*, 3 giugno 2010, causa C-203/08; Id., *Engelmann*, 9 settembre 2010, causa C-64/08, nonché, sul principio di trasparenza come corollario di quello di uguaglianza, Id., *Commissione/CAS Succhi di Frutta*, 29 aprile 2004, causa C-496/99 P; Id., *United Pan-Europe Communications Belgium e a.*, 13 dicembre 2007, causa C-250/06.

²⁷ Cass., sent. n. 24656 del 2012.

²⁸ Cfr. ad esempio, T.A.R. Abruzzo, Pescara, sent. 18 giugno 2012, nn. 279, 280 e 281.

²⁹ Cfr. sent. n. 454 del 2006.

³⁰ Sentenza n. 284 del 2007.

Il dato che emerge dal complesso giurisprudenziale esaminato è dunque quello di un pericoloso “assorbimento” delle questioni di legittimità costituzionale nella risoluzione delle questioni comunitarie³¹. Quali che siano le ragioni (se la necessità di evitare un ulteriore e molto probabilmente inutile, allungamento del processo o quella di una avvertita inutilità di rivolgersi alla Corte costituzionale ove siano presenti anche dubbi di compatibilità con il diritto comunitario) quel che ai nostri occhi appare chiaro è che da un siffatto indirizzo l'autorevolezza della Corte costituzionale risulta essere per nulla tutelata, profilandosi all'opposto un grande rischio per la possibilità stessa di verificare la legittimità costituzionale delle norme interne.

Dinnanzi all'espansione del diritto comunitario, poi, tale rischio appare di crescente consistenza non solo perché la legislazione e la giurisprudenza comunitaria appaiono oggi assolutamente onnipervasive, ma anche perché tali aree investono profili di primaria importanza costituzionale³².

3. *Le elusioni della chiusura: se una “sapiente” ordinanza di rimessione è in grado di aggirare l'impostazione della Corte costituzionale*

Un'ulteriore – rapidissima – considerazione merita di essere svolta prima di giungere all'esame delle prime aperture della Corte costituzionale al rinvio pregiudiziale interpretativo: l'esito della sollevazione di una questione doppiamente pregiudiziale al giudice costituzionale dipende in larghissima parte dalla maniera nella quale è formulata l'ordinanza di rimessione del giudice *a quo*. Una formulazione *ad hoc*, costruita al fine di

³¹ Cfr., significativamente, T.A.R. Puglia, Lecce, sentenza 23 febbraio 2012, n. 358, che, dopo avere nel dettaglio esaminato le questioni comunitarie, alla luce della giurisprudenza europea e della Corte di Cassazione, da quelle motivazioni desume: «da quanto esposto consegue che l'assoggettamento al disposto dell'art. 88 T.U.L.P.S. di chi voglia, anche come intermediario, raccogliere scommesse non lede alcuno dei diritti che la nostra Costituzione tutela e che sono pertanto manifestamente infondate le questioni sollevate». Si v. anche T.A.R. Lombardia, sezione I, sentenza 31 gennaio 2013, n. 296, che pur tenendo in considerazione la sentenza n. 300 del 2011 della Corte cost. (ove si è affermata la competenza della Provincia autonoma di Bolzano ad intervenire nella disciplina del gioco per fini di tutela dei “soggetti ritenuti maggiormente vulnerabili, o per la giovane età o perché bisognosi di cure di tipo sanitario o socio assistenziale” e per “prevenire forme di gioco cosiddetto compulsivo”) inquadra le problematiche giuridiche tutte alla luce della giurisprudenza della Corte di giustizia.

³² Si veda, per qualche ulteriore riflessione sul punto, *infra*, par. 7.

escludere la rilevanza della questione comunitaria per il caso *de quo*, oppure una formulazione ove non si faccia cenno alla possibile esistenza di una parallela questione comunitaria, può portare verso una pronuncia sulla legittimità costituzionale della normativa interna – se non vi siano altre parti che sollecitino l'attenzione della Corte sul punto – pur nell'esistenza di possibili rilievi di comunitarietà³³. A tal proposito ci sembra utile ricordare un episodio che a quanto ci consta è rimasto isolato, ma che a nostro parere rimane tuttavia molto significativo.

Nel 2008 il Tribunale di Milano, chiamato pronunciarsi in merito alla richiesta di una rendita da decesso per infortunio sul lavoro, negata dall'INAIL alla convivente *more uxorio* del *decuius*, dubitava della normativa interna sia con riferimento alla sua compatibilità con la Costituzione italiana, sia con riferimento alla sua conformità ai trattati comunitari. Il giudice rimettente, onde evitare di imbattersi nella scura della Corte costituzionale presentando un'ordinanza congiunta dalla quale emergesse questa duplice pregiudizialità, sceglieva allora di sollevare contestualmente, ma separatamente, due questioni: una pregiudiziale interpretativa alla Corte di giustizia dell'Unione europea (riferita alla compatibilità con il principio di non discriminazione di cui all'art. 13 TUE delle disposizioni del testo unico sugli infortuni sul lavoro e le malattie professionali, nella parte in cui prevedono una tutela differenziata della posizione del coniuge rispetto a quella del convivente *more uxorio*); una costituzionale (per l'assunta violazione degli articoli 2, 3, 10, 11, 30, 31, 38 e 117 Cost.), senza però dar conto ad entrambe le Corti della contemporanea pendenza di un giudizio pregiudiziale presso l'altra. L'esito è consistito in due indipendenti pronunce³⁴ rese in tempi sostanzialmente coincidenti³⁵ e, fortuitamente, compatibili nei contenuti. Mentre la Corte costituzionale, infatti, dichiarava che le questioni riferite agli artt. 11 e 117, primo comma, non erano ammissibili poiché insufficientemente motivate, la

³³ A. CERRI, *Corso di giustizia costituzionale*, cit., 187, acutamente osserva che «le pregiudiziali comunitarie precedono in genere quella costituzionale tendenzialmente solo in quanto effettivamente sollevate»: dal momento che il giudice comune attualmente possiede il monopolio della rilevabilità di tali questioni, gli unici casi in cui il Giudice delle leggi potrebbe intervenire, rinviando al giudice *a quo* una questione che questi abbia sollevato senza accorgersi della possibilità di un contrasto con una norma comunitaria di dubbio significato, sarebbero casi limite, di contrasto «evidente».

³⁴ La sent. n. 86 del 2009 della Corte costituzionale e l'ord. 17 marzo 2009 della Corte di giustizia europea.

³⁵ La pronuncia della Corte costituzionale è giunta il 27 marzo 2009 e quella della Corte di giustizia il 17 marzo 2009.

Corte di giustizia offriva una soluzione interpretativa non incompatibile con la normativa italiana³⁶. L'eventualità di due pronunce difformi avrebbe però aperto ad uno scenario inedito e tutt'ora possibile: il componimento dei risultati delle due decisioni sarebbe stato affidato al giudice comune.

L'episodio, a nostro modo di vedere, dimostra senza necessità di ulteriori parole l'inadeguatezza delle scelte costituzionali di chiusura al rinvio pregiudiziale al perseguimento del fine di evitare il contatto con la Corte di giustizia e, soprattutto, del fine di mantenere il dominio della situazione in capo alla Corte costituzionale; palesa invece, all'opposto, la conseguente integrale dipendenza dei meccanismi integrativi dal concreto atteggiarsi di ogni giudice comune nei confronti delle questioni comunitarie.

4. *Prove tecniche di trasmissione. Riflessioni sul primo, timido ed incompiuto, tentativo di apertura*

È alla luce di tutte queste considerazioni, e con la mente volta anche al quadro d'insieme, che a nostro parere occorre guardare a quella che, per cinque anni, è stata la peculiarissima soluzione italiana al problema del confronto con il giudice europeo: a partire dall'ordinanza n. 103 del 2008, infatti, la Corte costituzionale ha ammesso di poter sollevare il rinvio pregiudiziale interpretativo nel corso di un giudizio di legittimità costituzionale, limitando però tale apertura alla sola sede di ricorso principale³⁷. Le argomentazioni addotte per giustificare questo solo parziale

³⁶ Cfr. i commenti di A. ROVAGNATI, *Nuove scelte giurisprudenziali in tema di doppia pregiudizialità (comunitaria e costituzionale)?*, in *Quaderni costituzionali*, 2009, 717 s.; L. CAPPUCIO, *La convivenza «more uxorio» tra Corte costituzionale e Corte di giustizia: uno strano caso di doppia pregiudiziale*, in *Foro italiano*, 2010, 3, 1, 804 ss.; B. NASCIBENE, *Unioni di fatto e matrimonio fra omosessuali. Orientamenti del giudice costituzionale e della Corte di giustizia*, in *Corriere giuridico*, 2010, 95 ss.

³⁷ Il caso in oggetto riguardava un ricorso del Presidente del Consiglio avverso una legge regionale sarda istitutiva di un'imposta regionale sugli aeromobili e le unità da diporto che facessero scalo nella Regione. Il ricorrente sollevava la questione di legittimità costituzionale dell'art. 2 della legge regionale n. 4 del 2006, che assoggettava all'imposta tutti i non residenti, compresi i cittadini comunitari, ritenendo che violasse l'art. 12 TCE (ora 18 TFUE); quanto all'art. 4 della medesima legge della Regione Sardegna, se ne asseriva il contrasto con l'art. 49 del Trattato CE (ora art. 56 TFUE), nella misura in cui introduceva una restrizione alla libera prestazione dei servizi nel mercato sardo dei servizi nautici ed aerei che, costituendo una parte rilevante del mercato europeo, si riteneva sog-

overruling non erano però esenti da contraddizioni e presentavano qualche debolezza argomentativa, come la dottrina non ha mancato di evidenziare³⁸.

Una via che forse ci può consentire di comprendere le talora contraddittorie affermazioni contenute nelle pronunce nn. 102 e 103 del 2008 è quella di tenere in considerazione, contestualmente, il doppio intento che sembra esservi sotteso. Da una parte, infatti, la Corte costituzionale sembra aver voluto rielaborare alcune sue asserzioni in ordine ai rapporti tra ordinamento interno ed ordinamento comunitario al fine di adattare alle sempre più pressanti esigenze di flessibilità nei rapporti tra sistemi e, dall'altra, sembra aver voluto inventare un *escamotage* per entrare nel circuito del dialogo, senza però contraddire nettamente le posizioni precedentemente assunte. A tale scopo, i cardini sui quali si muovevano le argomentazioni erano sostanzialmente due: quello del valore del nuovo art. 117, primo comma, della Costituzione e quello della differenza tra la via incidentale e quella principale di proposizione delle questioni di legittimità. L'impostazione di fondo del ragionamento, però, rimaneva quella consueta: l'ingresso del diritto comunitario all'interno del nostro ordinamento avviene per il tramite dell'art. 11 della Costituzione e delle limitazioni di sovranità cui esso acconsente in favore delle organizzazioni internazionali che, in condizione di parità con gli altri Stati, assicurino la pace e la giustizia tra le Nazioni. La parte «tradizionale» del ragionamento è

getto alla disciplina comunitaria; si ravvisava, infine la violazione dell'art. 81 (ora 101 TFUE), coordinato con l'art. 3, lett g) e 10 del Trattato, per la distorsione al gioco della concorrenza che l'imposta regionale avrebbe potuto comportare, e dell'art. 87 (ora 107 TFUE), per l'aiuto alle imprese della Regione cui la previsione impositiva avrebbe potuto dar luogo. Considerato complessivamente il combinato delle disposizioni oggetto della questione di legittimità, il ricorrente ne affermava il contrasto con il fondamentale principio comunitario della libertà di prestazione di servizi all'interno dell'Unione, così come inteso nella giurisprudenza comunitaria.

³⁸ Per alcuni commenti alla decisione, si v. S. BARTOLE, *Pregiudiziale comunitaria ed "integrazione" di ordinamenti*, in *Le Regioni*, 2008, 4-5, 898 ss., disponibile online in www.forumcostituzionale.it; M. CARTABIA, *La Corte costituzionale e la Corte di giustizia: atto primo*, *ibidem*, 1312 ss.; T. GIOVANNETTI, *L'ultimo passo del "cammino comunitario" conduce la Corte a Lussemburgo*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it; L. PESOLE, *La Corte Costituzionale ricorre per la prima volta al rinvio pregiudiziale. Spunti di riflessione sull'ordinanza n. 103 del 2008*, in www.federalismi.it; I. SPIGNO, *La Corte Costituzionale e la vexata questio del rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia*, in www.osservatoriosuldefonti.it. Per alcune nostre riflessioni critiche sia consentito rinviare a *La Corte costituzionale: organo giurisdizionale dinanzi al suo primo rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia europea. Contraddizione, apertura o "dissociazione"?*, in *Giurisprudenza italiana*, 2009, 47 ss.

costituita dunque dalle fondamenta sulle quali viene edificato il discorso: il quadro ordinamentale e l'impostazione dei rapporti tra diritto interno e diritto comunitario rispondono ancora ad una visione quasi-dualistica in ragione della quale l'ordinamento comunitario viene trattato come un ordinamento giuridico «autonomo, integrato e coordinato» con quello interno, il cui recepimento è “costituzionalizzato” in virtù dell'art. 11 Cost.³⁹.

In questo discorso si innesta l'arricchimento del primo comma dell'art. 117, che, da una parte, ha ribadito un'impostazione già desumibile dal testo costituzionale previgente ma, dall'altra, ha aperto la porta ad una differenziazione nella risoluzione delle antinomie tra norme interne e norme comunitarie in ragione dei casi, dei tipi di norme interne coinvolte, del giudice e del giudizio nel corso del quale l'antinomia deve essere verificata. E da questa – arricchita – piattaforma la Corte parte per modulare il vincolo al rispetto del diritto comunitario in maniera differenziata: ove il giudizio penda di fronte al giudice comune, questi deve disapplicare la norma interna (statale o regionale) incompatibile con le norme comunitarie aventi efficacia diretta e, qualora il vaglio di tale incompatibilità richieda la soluzione di un dubbio interpretativo, avvalersi del rinvio pregiudiziale alla CGE; nell'evenienza in cui, invece, il giudizio penda di fronte alla Corte costituzionale, diviene necessario distinguere a seconda che la questione sia pervenuta in via incidentale od in via principale. Nel primo caso, provenendo la questione da un giudice ed essendo questi a dover verificare preventivamente la sussistenza di “questioni comunitarie”, la pervenuta ordinanza è inammissibile poiché la questione di legittimità costituzionale può essere utilmente promossa solo ove, interrogata la Corte di giustizia in via pregiudiziale, essa abbia fornito una risposta alla questione comunitaria tale da non comportare problemi di compatibilità della normativa interna con quella europea (ossia una in-applicazione della norma interna), essendo altrimenti la questione irrilevante⁴⁰.

³⁹ Per la giurisprudenza, oramai costante in tal senso, si vedano tra le tante Corte cost., 8 giugno 1984, n. 170, cit.; Id., 22 febbraio 1985, n. 47; Id., 22 febbraio 1985, n. 48; Id., 20 marzo 1985, n. 81; Id., 19 novembre 1987, n. 403; Id., 16 marzo 1990, n. 132; Id., 6 dicembre 2001, n. 390; Id., 14 giugno 2002, n. 238.

⁴⁰ Vi sono stati, inoltre, casi in cui la Corte costituzionale ha prescelto la via della restituzione degli atti al giudice rimettente poiché, dopo che la questione era stata sollevata, la Corte di giustizia si era pronunciata sulla questione pregiudiziale sollevata dallo stesso giudice in analogo procedimento (cfr. ord. n. 125 del 2004) o la via del rinvio a nuovo ruolo di questione sostanzialmente coincidente con altra pendente dinanzi alla Corte di giustizia (ord. n. 165 del 2004).

Se il giudizio di legittimità costituzionale è stato promosso in via principale, invece, non essendo un giudice a sollevare la questione comunitaria, tale problema non sussiste. In tal caso, dice la Corte, le norme comunitarie «fungono da norme interposte atte ad integrare il parametro per la valutazione di conformità della normativa regionale all'art. 117, primo comma, Cost. (...) o, *più precisamente*, rendono concretamente operativo il parametro costituito dall'art. 117, primo comma, Cost. (come chiarito, in generale, dalla sentenza n. 348 del 2007), con conseguente declaratoria di illegittimità costituzionale delle norme regionali che siano giudicate incompatibili con il diritto comunitario» (corsivo aggiunto).

Posto questo *novum* in punto di impostazione teorico-positiva dei rapporti fra ordinamenti, la Corte avrebbe potuto però escludere comunque, a rigor di logica, la possibilità di svolgere in sede principale il rinvio pregiudiziale interpretativo, fondandosi quest'ultima sulla distinta questione della possibilità di rinvenire in capo ad essa la legittimazione soggettiva. E su quest'ultimo punto la pregressa giurisprudenza era pressoché monoliticamente negativa. Ciò, però, avrebbe comportato l'ammissione dell'esistenza di un'area del controllo della compatibilità fra norme interne e norme comunitarie (quella della via principale) dalla quale la Corte di giustizia sarebbe stata del tutto esclusa.

È quest'ultima circostanza, allora, ad aver fornito alla Corte l'espediente argomentativo per rivedere parzialmente le proprie posizioni, sottoarticolandole in due filoni: quando la Corte opera come giudice di unica istanza occorre tenere presente che l'adempimento dei vincoli comunitari è possibile solo per il suo tramite⁴¹; ai fini del rinvio pregiudiziale, la nozione di «giurisdizione nazionale» deve essere desunta dall'ordinamento comunitario.

Si tratta di affermazioni entrambe condivisibili, mentre meno condivisibile, a nostro parere, appariva l'*iter* logico nel quale venivano propo-

⁴¹ Pone l'accento su questo aspetto S. BARTOLE, *Pregiudiziale comunitaria ed "integrazione" di ordinamenti*, in *Le Regioni*, 2008, 808 ss., che ravvisa nella scelta delle argomentazioni da parte della Corte l'indice che essa è «motivata da preoccupazioni di ordine comunitario». Da tempo la dottrina faceva presente il problema della compatibilità del diniego della nostra Corte costituzionale a rivolgersi alla CGE con i casi in cui è giudice di unica istanza. In proposito si vedano, ad esempio, R. CHIEPPA, *Nuove prospettive per il controllo di compatibilità comunitaria da parte della Corte costituzionale*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 2007, 3, 493 ss.; S.M. CARBONE, *Corte costituzionale, pregiudiziale comunitaria e uniforme applicazione del diritto comunitario*, *ibid.*, 715 ss.; E. CANNIZZARO, *La Corte costituzionale come giurisdizione nazionale ai sensi dell'art. 177 del Trattato CE*, in *Rivista di diritto internazionale*, 1996, 452 ss.

ste, che faceva dipendere la seconda dalla prima. Se, infatti, poche perplessità destava l'affermazione che la sfera di legittimazione attiva a rivolgersi ad un giudice debba rispondere ai criteri dell'ordinamento cui quel giudice appartiene, meno solida era invece la circoscrizione dell'affermazione alla sola via principale, determinata dalla ragione (di opportunità) che si trattava dell'unica soluzione per garantire il rispetto degli obblighi comunitari. Detto in altri termini: perché, se la nozione di giurisdizione nazionale deve essere desunta dall'ordinamento comunitario, ciò non vale quando la Corte opera in sede incidentale?

Non sembra sostenibile l'idea che la distinzione potesse costituire uno sviluppo di quella giurisprudenza consapevole ed elaborata che tende a promuovere la peculiarità dei giudizi in via principale in rapporto al sindacato di conformità delle disposizioni interne a norme comunitarie, nell'ottica che le modalità di accesso al giudizio di costituzionalità influenzano, in maniera determinante, le caratteristiche sostanziali e processuali dello stesso⁴². La Corte costituzionale non ha voluto, nel-

⁴² Cfr., Corte cost., 10 novembre 1994, n. 384, con note di F. SORRENTINO, *Una svolta apparente nel «cammino comunitario» della Corte: l'impugnativa statale delle leggi regionali per contrasto con il diritto comunitario*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1994, 3456 ss.; F. BIENTINESI, *Regolamenti comunitari e controllo preventivo delle leggi regionali*, *ibid.*, 3458 ss.; F. DONATI, *I rapporti tra diritto interno e diritto comunitario: problemi e prospettive alla luce di una recente sentenza della Corte costituzionale*, *ibid.*, 3467 ss.; E. GIANFRANCESCO, *Giudizio in via di azione su leggi regionali ed obblighi comunitari*, *ibid.*, 3477 ss.; P. GIANCASPERO, *Note sull'utilizzazione del diritto comunitario immediatamente applicabile nel giudizio di legittimità costituzionale in via principale*, *ibid.*, 3482 ss.; P.F. LOTITO, *Nota a Corte costituzionale, sentenza 10 novembre 1994, n. 384*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 1995, 153 ss.; Corte cost., 31 marzo 1995, n. 94, con osservazioni di G. GUZZETTA, *Spunti ed interrogativi in tema di processo costituzionale e di certezza del diritto in una recente sentenza della Corte in materia comunitaria*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1995, 2137 ss. In proposito, si veda anche R. BIN, *All'ombra della "La Pergola"*, in <http://www.robertobin.it/ARTICOLI/95-94.htm>. Le motivazioni che si adducevano (allora come ora) erano sia di natura sostanziale, sia di natura processuale: da una parte, si sottolineava che una pronuncia della Corte costituzionale è maggiormente in grado di soddisfare l'esigenza di certezza del diritto poiché dotata di efficacia *erga omnes*; dall'altra, che l'inesistenza nel giudizio in via principale di un giudice *a quo* tenuto a disapplicare la norma interna, comporta che le questioni di legittimità sollevate non soffrano della «irrilevanza necessaria» che impone alla Corte di astenersi dal sindacato delle questioni comunitarie quando adita in via incidentale. La dottrina non ha mancato di evidenziare, però, come il problema non potesse ridursi a quello della rilevanza della questione: adottare una decisione che implichi l'illegittimità costituzionale di una norma in contrasto con il diritto comunitario *self executing*, infatti, significa implicitamente ammettere che il contrasto con disposizioni di un altro ordinamento possa determinare l'insorgere di un vizio in capo a quella interna, minando dalle fondamenta l'im-

l'ordinanza n. 103 del 2008, incardinare su questo punto la motivazione della differente valutazione circa la legittimazione a proporre ricorso pregiudiziale interpretativo. Le riflessioni svolte in quell'occasione, anzi, non lo sfiorano affatto, ponendo come fulcro della decisione l'applicazione della nozione comunitaria – anziché quella nazionale – di giurisdizione, senza motivare in ordine alle ragioni per le quali nell'un caso si potesse applicare la prima e nell'altro la seconda.

È questa inspiegata deroga, nella via incidentale, al principio generale per cui l'esercizio di una funzione all'interno di un ordinamento debba essere regolato dalle norme di quell'ordinamento, per come interpretate dai suoi organi, ad essere oggi sanata dall'ord. n. 207 del 2013. Prima di addentrarci nell'analisi di quest'ultima pronuncia, merita dunque svolgere qualche brevissima considerazione circa le problematiche che a nostro parere sollevava la distinzione e l'argomentare dell'ordinanza n. 103, per poter intendere appieno il passo oggi compiuto dalla giurisprudenza costituzionale. In particolare, vorremmo soffermare la nostra attenzione sull'ultimo tassello del ragionamento ivi svolto e sulla trattazione congiunta di questioni che invece, a nostro parere, devono essere considerate del tutto indipendenti (quella della qualifica della giurisdizionalità dell'organo e quella della verifica se esso operi come giudice di ultima istanza).

Si tratta, infatti, di due condizioni da cui derivano due conseguenze giuridiche differenti.

La prima – logicamente preliminare – è che l'organo in questione sia un giudice: ad essa si collega la conseguenza giuridica della legittimazione a sollevare il rinvio pregiudiziale interpretativo; la seconda è che il giudice sia di ultima istanza: ad essa si collega la conseguenza giuridica della nascita di un *obbligo* a sollevare la questione interpretativa, volto al fine di tutelare l'interesse all'interpretazione uniforme del diritto comunitario all'interno di tutti gli Stati membri. Si tratta, è vero, di questioni logicamente consequenziali, ma nella direzione inversa rispetto a quella tracciata dalla Corte nell'ordinanza n. 103: la verifica se un giudice sia di

piano teorico per cui il rapporto fra ordinamento interno e ordinamento comunitario debba essere ricostruito in termini dualistici. In questo senso, E. GIANFRANCESCO, *Giudizio in via di azione*, cit., 3478 ss., che, commentando la prima pronuncia della Corte costituzionale in tal senso, vi rinveniva una «prima crepa arrecata dall'esterno all'edificio degli «ordinamenti distinti e coordinati». Il richiamo al preciso dovere di eliminazione delle norme interne incompatibili sembra, infatti, rimettere in discussione il postulato dell'indifferenza reciproca tra i due sistemi, che trova nella disapplicazione della norma interna il suo suggello pratico».

ultima istanza dipende dalla previa verifica che l'organo in considerazione sia un giudice; non è logicamente sostenibile l'opposto, secondo cui l'attribuzione della qualifica di organo giurisdizionale possa dipendere dalla ultimità decisoria dell'organo.

Nell'impostazione adottata dalla Corte con le decisioni nn. 102 e 103 del 2008, invece, i problemi si confondevano e venivano mescolate le condizioni con le conseguenze giuridiche che se ne dovevano ricavare: la mancanza di altri soggetti che potessero rivolgersi alla CGE a tutela dell'uniforme interpretazione del diritto comunitario – ossia l'unicità ed ultimità della Corte costituzionale in sede principale – veniva addotta come argomento decisivo per sostenere il riconoscimento in capo a quest'ultima della legittimazione (e, dunque, della qualifica di giudice), mentre si trattava di caratteristica che avrebbe potuto incidere sulla sola valutazione del se incombesse in capo ad essa un obbligo di sollevare il rinvio pregiudiziale interpretativo (*dopo e se* si fosse ritenuta sostenibile la sua natura di organo giurisdizionale; argomentata sulla base dei requisiti richiesti dal giudice e dall'ordinamento di riferimento).

Si confondeva così il rapporto fra premesse e conseguenze giuridiche sia in un senso – quello dell'attribuzione della qualifica di organo giurisdizionale in funzione del suo carattere ultimale – sia nell'altro – quello dell'attribuzione di un obbligo ad un giudice non di ultima istanza, quale è, nei casi che vedremo, il giudice comune che solleva la questione di legittimità costituzionale in via incidentale⁴³.

Ulteriori contraddizioni sistemiche dell'approccio differenziato in ragione della via di accesso al sindacato di legittimità erano, poi, una contraddizione interna ed una esterna.

La prima si sostanziava nella sperequazione fra leggi regionali e leggi statali in contrasto con il diritto comunitario: ammettendo la possibilità di rinvio pregiudiziale solo in via principale si ammetteva – in via di fatto – la possibilità per la Corte costituzionale di intervenire solo in caso di contrasto delle leggi regionali con il diritto comunitario, mentre le regioni non avrebbero avuto verosimilmente molte possibilità di sollevare analoga questione su legge statale, se non nelle limitate ipotesi in cui l'an-

⁴³ Simili sovrapposizioni ci sembrano ravvisabili anche nella sentenza n. 168 del 1991 nella quale la Corte, nel concedere che all'occorrenza avrebbe potuto sfruttare la facoltà di rinvio al giudice comunitario, affermava che non si sarebbe trattato però di un obbligo, bensì di una mera facoltà. Sul punto la dottrina aveva già avanzato numerose critiche (cfr. F. SORRENTINO, *Rivisitando l'art. 177 del Trattato di Roma*, in *Lo Stato delle istituzioni italiane. Problemi e prospettive*, Milano 1994, 646 ss.; M. CARTABIA, *Principi inviolabili e integrazione europea*, Milano 1995, 245 s.).

tinomia avrebbe potuto comportare una lesione delle proprie sfere di competenza⁴⁴. Per di più, secondo tale impostazione, il medesimo vizio avrebbe trovato componimenti differenti (incostituzionalità e annullamento, in un caso; disapplicazione, nell'altro) in ragione dell'ente che ha emanato l'atto, in contrasto con l'approccio teorico (quello, sì, unico) riferito al rapporto fra ordinamento interno ed ordinamento comunitario ed in contrasto con l'anima ispiratrice della riforma costituzionale del 2001, che ha voluto sostanzialmente equiparare la fonte legislativa regionale a quella statale. Insomma, dal dislivello fra Stato e Regioni circa la rilevabilità dei vizi di legittimità, combinata con questo orientamento, sarebbe derivata anche un'opinabile differenza in ordine alle conseguenze che la violazione del diritto comunitario è in grado di comportare sulla disposizione interna difforme.

La contraddizione esterna si sostanziava invece nei termini della differente apertura verso la giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea rispetto a quella, ben più ampia, concessa alla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, avviata con le pronunce nn. 348 e 349 del 2007 e poi costantemente ribadita⁴⁵: mentre il dialogo con la Corte di Strasburgo ed il recepimento della giurisprudenza Cedu oggi conoscono il filtro e la collaborazione della Corte costituzionale, nei termini del bilanciamento fra istanze interne ed istanze convenzionali, alla ricerca del maggior *standard* di protezione dei diritti, quello con la giurisprudenza della Corte di giustizia europea non avrebbe potuto conoscere analoghe possibilità.

⁴⁴ Cfr. R. BIN, *Gli effetti del diritto dell'Unione nell'ordinamento italiano e il principio di entropia*, in *Studi in onore di Franco Modugno*, Napoli 2010, 363 s.: «strane asimmetrie del sistema! Le regioni non possono concorrere ad impedire che norme in contrasto con il diritto europeo si consolidino (e obblighino le stesse regioni ad infrangere le direttive), ma per assicurare l'effetto utile del diritto europeo bisogna attendere che sia un privato a reagire davanti ad un giudice comune e denunciare tale contrasto in via incidentale: il che, come si sa, non sempre può avvenire. Il "cammino comunitario" della Corte non incrocia il suo "cammino regionalistico", che attualmente sembra non procedere, ma regredire. Le regioni sono state le principali "vittime" dell'applicazione dei vincoli comunitari da parte della Corte costituzionale». Occorre precisare però che in dottrina sono state evidenziate talune recenti tendenze ad ammettere che il ricorso regionale possa sollevare questioni afferenti anche a *soliti* parametri differenti da quelli relativi alla competenza, attenuando così la sperequazione qui paventata. Ci si riferisce, ad esempio, alla sentenza n. 52 del 2010, con commento di D. CHINNI, *La Corte, i presupposti del decreto-legge e le tortuose vie per il sindacato. Riflessioni a margine della sentenza n. 52 del 2010*, in *Giurisprudenza italiana*, 2010, 280 ss.

⁴⁵ Fra le altre, Corte cost., 39 e 129 del 2008; 311 e 317 del 2009; 93, 138, 187 e 196 del 2010; 1, 80, 113, 236 e 257 del 2011 e, di recente, la fortissima sent. n. 210 del 2013.

Se poi si considera che tutto questo avveniva in nome della difesa dell'autorevolezza della Corte costituzionale – autorevolezza che, come si è tentato di dimostrare sopra, non poteva essere per tale via garantita⁴⁶ – e che il costo dell'autoesclusione della Corte dal circuito del dialogo interpretativo si fa crescente, appare ancora più encomiabile l'odierna considerazione da parte del Giudice costituzionale di alcune rigidità.

5. *La tanto attesa, ma inaspettata, apertura. L'ordinanza n. 207 del 2013 della Corte costituzionale ed il rinvio pregiudiziale dalla sede incidentale*

Come dicevamo in apertura, infatti, nell'aria immota e nel silenzio che per cinque anni ha seguito l'ordinanza n. 103 del 2008, è giunto il fulmine dell'ordinanza n. 207 del 2013 con la quale la Corte costituzionale ha per la prima volta riconosciuto la propria qualifica di organo giurisprudenziale – nell'accezione comunitaria – e sollevato un rinvio pregiudiziale interpretativo alla Corte di giustizia dell'Unione europea nel corso di un giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale.

E, come dicevamo, le argomentazioni del *revirement* sono spesso allusive (se non talvolta elusive) e richiedono al lettore di andare oltre l'asciuttezza del tono, indagando la storia giurisprudenziale che si nasconde fra le righe della motivazione e le numerose problematiche processuali⁴⁷ che si intravedono nelle valutazioni della Corte.

La vicenda sorge da una problematica scottante, che più volte e in diverse sedi ha toccato giudici statali e giurisdizioni sopranazionali: l'abuso della contrattazione di lavoro a tempo determinato nella pubblica istruzione⁴⁸. In estrema sintesi, la questione si pone nei seguenti termini.

La direttiva europea 28 giugno 1999, n. 1999/70/CE del Consiglio (Direttiva del Consiglio relativa all'accordo quadro CES, UNICE e CEEP sul lavoro a tempo determinato, ad essa allegato) si è occupata di prevedere alcuni limiti all'uso del contratto di lavoro a termine ed alcuni rimedi avverso il suo abuso da parte dei datori di lavoro. La direttiva è

⁴⁶ L'ordinanza n. 103 del 2008 aveva, anzi, alimentato alcune problematiche, rendendo possibile che la Corte costituzionale potesse essere vincolata, in sede incidentale, al rispetto di decisioni interpretative europee pronunciate su suo stesso ricorso, sollevato dalla via principale.

⁴⁷ Alle quali dedicheremo il prossimo paragrafo.

⁴⁸ La questione è oggetto di una vertenza condotta da diverse sigle sindacali presso le amministrazioni scolastiche di tutta Italia e conta più di ventimila ricorsi pendenti.

stata recepita in Italia con d.lgs. 6 settembre 2001, n. 368, il quale, conformemente ad essa, fissa a trentasei mesi il periodo massimo nel quale un lavoratore può essere impiegato con successivi contratti a termine, pena la conversione del contratto in uno a tempo indeterminato ed il risarcimento del danno sofferto dal lavoratore. L'idea sottesa a tale disciplina è che il reimpiego continuato di un lavoratore a tempo determinato maschera, dietro l'utilizzo di una forma contrattuale "flessibile", un'esigenza lavorativa di natura invece duratura e costante e che ciò costituisca un abuso meritevole di sanzione, a tutela della più debole posizione contrattuale del lavoratore dipendente.

Tanto vale sia nella contrattazione fra privati che per i contratti stipulati dal lavoratore con la pubblica amministrazione⁴⁹, con la differenza che in quest'ultimo caso la disciplina sanzionatoria è parzialmente differente, ostando alla conversione del contratto di lavoro in forma indeterminata, fra le altre cose, il principio del pubblico concorso e della necessaria copertura legislativa della spesa pubblica. Nella contrattazione pubblica, dunque, la sanzione prevista in caso di abuso della contrattazione a termine consiste nel solo risarcimento del danno⁵⁰.

⁴⁹ Cfr. CGE, 4 luglio 2006, C-212/04, *Adeneler*, §§ 54 ss.; Id., 7 settembre 2006, causa C-53/04, *Marrosu e Sardino*, § 39; Id., 7 settembre 2006, causa C-180/04, *Vassallo*, in tutto analogo.

⁵⁰ La compatibilità di questa disciplina sanzionatoria speciale con la normativa comunitaria è stata oggetto di controversie tuttora non del tutto placate, ma che interessano solo in maniera tangenziale le presenti indagini. Per un approfondimento di queste facciamo rinvio alla giurisprudenza in cui la Corte di giustizia ha affermato che la differenza nella sanzione non collide, in sé, con la disciplina comunitaria, a condizione, però, che il regime sanzionatorio sia in grado di garantire determinate caratteristiche: deve trattarsi di «misure che devono rivestire un carattere non soltanto proporzionato, ma altresì sufficientemente effettivo e dissuasivo per garantire la piena efficacia delle norme adottate in attuazione dell'accordo quadro. (...) esse non devono essere meno favorevoli di quelle che disciplinano situazioni analoghe di natura interna (principio di equivalenza), né rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico comunitario (principio di effettività). Ne consegue che, quando si sia verificato un ricorso abusivo a una successione di contratti di lavoro a tempo determinato, si deve poter applicare una misura che presenti garanzie effettive ed equivalenti di tutela dei lavoratori al fine di sanzionare debitamente tale abuso ed eliminare le conseguenze della violazione del diritto comunitario. Infatti, secondo i termini stessi dell'art. 2, primo comma, della direttiva 1999/70, gli Stati membri devono "prendere tutte le disposizioni necessarie per essere sempre in grado di garantire i risultati prescritti dalla [detta] direttiva"» (cfr. in tal senso CGE, *Adeneler*, cit., §§ 94 ss.; Id., 14 dicembre 1995, causa C-312/93, *Peterbroeck*, § 12 (ed ivi ulteriori richiami giurisprudenziali); Id., *Marrosu e Sardino*, cit., §§ 51 ss.; ord. 1° ottobre 2010, *Affatato*, in causa C-3/10). Per la conforme giurisprudenza interna si v. Corte cost., 89 del 2003, ove si è so-

Regime ulteriormente derogatorio è, poi, quello riferito al reclutamento del personale scolastico, ove è possibile (in certi casi doveroso) per le autorità scolastiche assumere un medesimo lavoratore da un anno all'altro con contratti a tempo determinato, anche ripetuti nel tempo, al fine di coprire i posti vacanti e dunque garantire la continuità dell'insegnamento. L'art. 70, comma 8, del d. lgs. n. 165 del 2001 prevede che: «sono fatte salve le procedure di reclutamento del personale della scuola di cui al decreto legislativo 16 aprile 1994, n. 297 e successive modificazioni e integrazioni» e l'art. 4 della legge n. 124 del 1999 prevede che possono essere stipulati, tra l'amministrazione e i docenti, diverse tipologie di contratti a tempo determinato⁵¹. Fra queste, oggetto della questione sono in special modo le cd. "supplenze annuali", mediante le quali l'art. 4, commi 1 e 11, ammette la copertura di posti vacanti e disponibili entro la data del 31 dicembre e che prevedibilmente rimangano tali per l'intero anno scolastico, qualora non sia possibile provvedere con il personale docente di ruolo delle dotazioni organiche provinciali o mediante l'utilizzazione del personale in soprannumero.

Sulla compatibilità di tali disposizioni con la direttiva comunitaria menzionata e l'accordo ad essa allegato sussistono divergenti orientamenti giurisprudenziali. Moltissimi giudici di merito hanno sostenuto l'illegittimità dell'apposizione del termine oltre trentasei mesi di contratti continuativi, rinvenendovi una violazione della normativa comunitaria e del principio di non discriminazione – dei cd. "precari della scuola" rispetto agli altri "precari"; dei lavoratori a tempo determinato rispetto a quelli a tempo indeterminato – condannando il Ministero e la pubblica amministrazione al risarcimento del danno⁵²; altri hanno ri-

stenuta la compatibilità della normativa con gli articoli 3 e 97 Cost.; Corte cass., sent. n. 4417 del 2012: «deve ritenersi conforme ai principi comunitari, oltre che alla Carta costituzionale, il divieto di conversione dei contratti a tempo determinato sottoscritti dalla pubblica amministrazione in modo illecito, in quanto riproposti senza soluzione di continuità, dovendosi infatti ritenere il risarcimento del danno previsto dall'ordinamento italiano rimedio sufficiente a prevenire e sanzionare eventuali abusi da parte degli enti pubblici». I giudici di merito sembrano essersi adeguati a questo orientamento.

⁵¹ Supplenze annuali su organico "di diritto", riguardanti posti disponibili e vacanti con scadenza al termine dell'anno scolastico (31 agosto); supplenze temporanee su organico "di fatto", relative a posti non vacanti ma comunque disponibili, con scadenza al termine delle attività didattiche (30 giugno) e supplenze temporanee, brevi, per le ipotesi residuali, destinate a durare fino alla cessazione delle esigenze per le quali sono state disposte, senza previsione di tetti massimi di durata o di reiterazione dei relativi contratti.

⁵² V., fra le altre, Trib. Sassari, sent. 2 maggio 2008; Trib. Bologna, sez. lav., 7 dicembre 2010; Trib. Treviso, 16.11.2011; Trib. Alba, sez. lav., sent. n. 84 del 2012; Trib. Trani, sent. n. 2701 del 2012; Trib. Trapani, 15 e 22 febbraio 2013.

tenuto insussistenti tali violazioni, ritenendo l'apposizione del termine sostenuta dalle «ragioni obiettive» che lo stesso diritto comunitario ammette quali possibili giustificazioni alla deroga alla disciplina generale⁵³.

Mentre, dunque, alcune delle sentenze che accordavano il risarcimento del danno passavano in giudicato, altre proseguivano il loro percorso nei successivi gradi del giudizio, sino a giungere alla Corte di cassazione, sez. lav., che, con sent. n. 10127 del 20 giugno 2012, ha contrastato l'orientamento maggiormente diffuso fra i giudici comuni, ritenendo legittime e compatibili con la normativa comunitaria le reiteratezioni dei contratti a termine, senza ritenere necessario interpellare la Corte di giustizia.

Quanto al merito della questione, la Corte di cassazione sosteneva fosse un principio di “diritto vivente” quello per cui nel pubblico impiego sono praticabili il contratto a termine ed altre forme negoziali flessibili, ferma la previsione di uno specifico regime sanzionatorio da parte del d. lgs. n. 165 del 2001, consistente nel risarcimento del danno per violazione di norme imperative⁵⁴. Il Giudice della nomofilachia sosteneva la compatibilità della disciplina delle assunzioni nella scuola (in sintesi, del sistema delle graduatorie a progressiva ascesa mediante lo svolgimento di supplenze a termine) con il principio di ragionevolezza, con il principio del pubblico concorso e con la tutela dell'insegnamento, nonché con le esigenze di carattere economico che richiedono, a detta della Cassazione, flessibilità in entrata anche nel mondo del lavoro pubblico. Quanto alla compatibilità con la disciplina comunitaria, la Cassazione richiamava poi la giurisprudenza del Lussemburgo ove si ammette l'apposizione del termine in presenza di ragioni obiettive⁵⁵ e – ritenuto l'accordo, nello specifico la clausola 5, punto 1, lett. a), non autoapplicativo⁵⁶ – quella che richiede da parte del giudice l'interpretazione della normativa interna in senso conforme alle direttive comunitarie inattuate⁵⁷; ciò che

⁵³ Cfr. Trib. Roma, 18.09.2012; Corte app. Milano, sent. n. 708 del 2012, che però ammetteva l'illegittimità del mancato riconoscimento degli scatti di anzianità (per quest'ultimo punto v. anche, conf. Corte app. Torino, n. 205, 14 febbraio 2013).

⁵⁴ Cass., 20 marzo 2012, n. 4417; Id., 31 gennaio 2012, n. 392; Id., 15 giugno 2010, n. 14350; Id., 7 maggio 2008, n. 11161.

⁵⁵ CGE, *Affatato*, cit.

⁵⁶ CGE, *Adeneler*, cit., §§ 94 ss.; Id., 15 aprile 2008, causa C-268/06, *Impact*, §§ 71, 78 e 79; Id., 23 aprile 2009, causa C-378/380/07, *Angelidaki*, § 196.

⁵⁷ Cfr., fra le altre, 5 ottobre 2004, cause riunite da C-397/01 a C-403/01, *Pfeiffer*; Id., *Adeneler*, cit.; Id., 13 novembre 1990, causa C-106/89, *Marleasing*.

legittimerebbe gli Stati a prevedere norme specifiche e dettagliate a tal uopo⁵⁸.

Quanto alla necessità di interpellare la Corte di giustizia, la Corte di cassazione riteneva invece di non aver bisogno di un sussidio interpretativo, rinvenendo nella giurisprudenza europea richiamata sufficienti ed esaurienti lumi⁵⁹.

Diversa l'opinione di altri giudici comuni e della Corte costituzionale, i quali hanno dato una differente interpretazione della giurispru-

⁵⁸ Sulla scorta di CGE, 7 settembre 2006, causa C-53/04, *Marrosu e Sordino*; Id., *Adeneler*, cit.; Id., *Angelidaki*; Id., 26 gennaio 2012, causa C-586/2010, *Küçük*.

⁵⁹ La Corte riconduce tale asserzione alla dottrina dell'*acte clair*. Teniamo invece a precisare che non tanto ad essa avrebbe dovuto far riferimento, quanto alla dottrina dell'*acte éclairé*. Troppo spesso, infatti, si confonde la dottrina dell'atto "*chiarito*" (che implica la possibilità di riferirsi a precedenti giurisprudenziali della Corte di giustizia) con la dottrina dell'atto "*chiaro*" (che, se posta in termini semplicistici, sembrerebbe rievocare quell'opinabile idea per cui *in claris* [non sarebbe necessaria] *interpretatio*). Il problema dell'atto chiaro si è posto infatti all'attenzione della Corte di giustizia in termini piuttosto complessi e con riferimento alla possibilità per il giudice nazionale di non sollevare una questione interpretativa comunitaria sollevatagli dalle parti qualora ritenga non vi sia ragionevole dubbio in merito alla sua soluzione (una sorta di vaglio di "non manifesta infondatezza", verrebbe da dire). A tal proposito la Corte europea ha ammesso (nella sentenza *Cilfit*, 6 ottobre 1982) tale possibilità, ma predisponendo una serie di cautele che ci pare dimostrino le ragioni di economia e di politica processuale ad essa sottese. Riporta bene i termini della soluzione P. PESCATORE, *Il rinvio pregiudiziale di cui al 177 del trattato CEE e la cooperazione tra la corte ed i giudici nazionali*, in *Foro italiano*, 1986, V, 36, quando afferma che la Corte «ha riconosciuto che possono esistere situazioni in cui una questione di diritto comunitario posta ad un giudice nazionale non dia luogo ad un dubbio ragionevole e che, in una tale situazione, il giudice può assumersi esso stesso la responsabilità di darvi una soluzione senza servirsi del rinvio pregiudiziale» (corsivi nostri). Che ciò non si traduca in una affermazione della "chiarezza" assoluta del testo appare dimostrato dal fatto che, immediatamente dopo, la Corte richiede al giudice di essere cosciente della relatività del suo modo di guardare alla disposizione comunitaria; dell'angolo prospettico offertogli dal caso, dal problema e dal suo ordinamento nazionale; di porsi anche nell'ottica di altri ordinamenti giuridici, di altre lingue coinvolte; della differenza fra ordinamento comunitario ed ordinamento statale. Per utilizzare ancora le parole di P. PESCATORE, *loc. cit.*, il giudice, per avvalersi della dottrina dell'atto chiaro, deve dimostrare di essere cosciente della «responsabilità comunitaria» che si assume con tale decisione e «della relatività del suo modo di pensare. Esso non può quindi ritenere *a priori* che ciò che sembra chiaro alle sue proprie coordinate lo sia anche in base a quelle degli altri Stati membri e a quelle della Comunità».

Per la dottrina dell'*acte éclairé*, che a nostro parere sarebbe stata più propriamente richiamata dalla Corte di Cassazione, v. invece CGE, 27 marzo 1963, 28-30/62, *Da Costa en Schaake*; Id., 6 ottobre 1982, C-283/81, *Cilfit*, 13; Id., III sez., 11 settembre 2008, C-279/06, *CESPA Estaciones de Servicio*, 33-34, nonché, per Corti differenti da quella del Lussemburgo, cfr. Cedu, 20 settembre 2011, *Ullens de Schooten e Rezaabek*; Cass., 26 marzo 2012, n. 4776.

denza europea richiamata e ritenuto non altrettanto “chiari” i relativi enunciati ai fini dell’esame della questione di rilievo nei casi di specie. E così, mentre alcuni giudici ritenevano di doversi rivolgere direttamente alla Corte di giustizia in via pregiudiziale interpretativa⁶⁰, altri ritenevano ancora di poter disapplicare la normativa interna perché in contrasto con la normativa comunitaria, per come precisata dalla Corte di giustizia⁶¹, altri ancora decidevano di sollevare questione di legittimità alla Corte costituzionale perché, ritenuta la normativa comunitaria rilevante non autoapplicativa, traducevano la questione di comunitarietà in una questione di costituzionalità, per violazione degli articoli 11 e 117, primo comma, Cost.

Così il Tribunale di Roma e quello di Lamezia Terme che, nelle ordinanze nn. 143-144 del 2 maggio 2012 e 248-249 del 30 maggio 2012, proponevano una ben differente lettura della giurisprudenza europea, ricavando ad esempio dalla pronuncia *Adeneler* («senza equivoci») l’applicabilità della direttiva europea a tutti i lavoratori indistintamente (pubblici o privati), nonché un concetto molto restrittivo delle ragioni obiettive che possono giustificare deroghe alla reiterazione dei contratti a termine⁶². Su quest’ultimo aspetto, in particolare, si appunta l’attenzione dei giudici rimettenti, i quali ritengono incompatibili con le «ragioni obiettive», per come intese a Lussemburgo, le ragioni addotte a giustificazione della reiterazione strutturale dei contratti a termine nella pubblica istruzione: la vacanza di organico e la contestuale esigenza di garantire il servizio pubblico di insegnamento, le esigenze di contenimento del costo dell’istruzione e di risparmio pubblico non sono di per sé riconducibili ad una finalità di politica sociale (come sostenuto da parte minoritaria dei giudici di primo grado, dall’Avvocatura dello Stato e dalla Corte di cassazione). Tale ricostruzione, addotta a giustificazione della legislazione oggetto, aveva la pretesa di strutturarsi infatti in un’alternativa secamente binaria: date le esigenze di contenimento della spesa pubblica, o si garantisce la continuità del pubblico insegnamento, legittimando la protrazione *ad libitum* della contrattazione a termine nel rapporto di impiego degli insegnanti; o si garantiscono agli insegnanti diritti equivalenti

⁶⁰ Trib. Napoli, ord. 31 luglio 2012, causa C-361/2012, *Carratù c. Poste Italiane SpA*; Id., 17 gennaio 2013, causa C-22/2013, *Mascolo c. Ministero dell’Istruzione, dell’Università e della Ricerca*.

⁶¹ Trib. Trapani, n. 90 del 2013, scaricabile dal sito <http://www.ilsole24ore.com/art/norme-e-tributi/2013-02-27/maxirisarcimento-precario-scuola-191444.shtml?uuid=AbVZ7yYH>.

⁶² Il Tribunale di Roma richiamava le pronunce *Adeneler* e *Angelidaki*.

a quelli dei lavoratori privati e dei lavoratori in altre pubbliche amministrazioni, senza però garantire la completezza e l'omogeneità dell'offerta pubblica di insegnamento; *tertium non datur*.

Si può esserne certi? Non esiste possibilità alcuna di garantire contestualmente la pubblica istruzione ed il pari trattamento degli insegnanti pubblici?

La domanda non si limita ad essere questione politica (uno dei mille rivoli della più nevralgica delle questioni di politica economica e sociale odierne), ma è, in questo quadro, anche una relevantissima questione giuridica; più precisamente: è una questione attinente alla ragionevolezza del *bilanciamento* fra diritti ed interessi svolto dal legislatore. Bilanciamento che deve oggi essere valutato alla luce non solo dei parametri costituzionali di riferimento, ma *anche* alla luce della normativa comunitaria che *integra e rende operativi* alcuni di quei parametri costituzionali di riferimento⁶³.

Se infatti, come a chi scrive sembra evidente, *tertium datur*, allora con riferimento alla disciplina comunitaria si pone la specifica questione che l'"obiettività" delle ragioni poste a sostegno della legislazione speciale per la pubblica istruzione può essere messa in discussione. La compatibilità di quelle ragioni con la normativa europea dipende dunque da una questione interpretativa del "parametro comunitario", ossia dall'estensione che si voglia riconoscere al termine «obiettive». Quest'ultimo è precisamente il punto dove permangono orientamenti discordi e dove altrettanto discordi sono le interpretazioni delle decisioni europee adottate a sostegno dell'una o dell'altra interpretazione della clausola.

La giurisprudenza comunitaria che si occupa della delimitazione e/o della estensione di quest'ultima, infatti, è oramai abbastanza consistente⁶⁴ e, secondo la Corte di cassazione, è "chiara" in un senso; secondo al-

⁶³ Ex art. 117, primo comma, insieme all'art. 11 Cost., come ha precisato la Corte costituzionale già nella pronuncia n. 103 del 2008 e nel "Premesso" dell'ordinanza n. 207 del 2013.

⁶⁴ Cfr. CGE, sent. *Adeneler e a.*, cit., §§ 69 ss.: «la nozione di "ragioni obiettive" ai sensi della clausola 5, punto 1, lett. a), dell'accordo quadro deve essere intesa nel senso che si riferisce a circostanze precise e concrete caratterizzanti una determinata attività e, pertanto, tali da giustificare in questo particolare contesto l'utilizzazione di contratti di lavoro a tempo determinato successivi. Tali circostanze possono risultare segnatamente dalla particolare natura delle mansioni per l'espletamento delle quali siffatti contratti sono stati conclusi e dalle caratteristiche inerenti a queste ultime o, eventualmente, dal perseguimento di una legittima finalità di politica sociale di uno Stato membro. Per contro, una disposizione nazionale che si limiti ad autorizzare, in modo generale e astratto attraverso una norma legislativa o regolamentare, il ricorso a contratti di lavoro a tempo

cuni giudici comuni è “chiara” in altro senso; secondo altri ancora non è affatto chiara e richiede ulteriori precisazioni, nell’ottica della risoluzione del caso di specie. Fra questi ultimi si è collocata la Corte costituzionale.

Data la confusione e la consistente eterogeneità di orientamenti presenti fra i giudici comuni, correttamente ci pare allora che il Giudice costituzionale abbia scelto di riconoscere a sé la competenza ad occuparsi della questione, sostenendo trattarsi di questione di costituzionalità (dal momento che la normativa comunitaria interessata non è autoapplicativa). Ciò le ha consentito di presentare alla Corte di giustizia l’entità delle problematiche del bilanciamento dal punto di vista interno e la propria visione circa la compatibilità di questo con l’assetto costituzionale e con quello comunitario.

Si tratta, infatti, di una visione in parte differente da quella prospettata dai giudici rimettenti e che, proprio per questo, mostra con chiarezza l’utilità *per la Corte* di sollevare da sé il rinvio pregiudiziale: se avesse demandato il compito ai giudici rimettenti – come da costante giurisprudenza pregressa⁶⁵ – difficilmente il tono dell’ordinanza di rinvio sarebbe stato il medesimo.

Nell’ordinanza si svolgono una serie di *distinguo* che non erano emersi dalla giurisprudenza di merito e che portano la Corte a sostenere parte delle scelte legislative di bilanciamento, la loro compatibilità sia con l’assetto di interessi e diritti contemplati dalla Costituzione⁶⁶, sia con

determinato successivi non soddisferebbe i requisiti precisati nei due punti precedenti. Infatti, una siffatta disposizione, di natura meramente formale e che non giustifica in modo specifico l’utilizzazione di contratti di lavoro a tempo determinato successivi con l’esistenza di fattori oggettivi relativi alle caratteristiche dell’attività interessata e alle condizioni del suo esercizio, comporta un rischio concreto di determinare un ricorso abusivo a tale tipo di contratti e non è pertanto compatibile con lo scopo e l’effettività dell’accordo quadro. Quindi, il fatto di ammettere che una disposizione nazionale possa, di diritto e senza ulteriore precisazione, giustificare contratti di lavoro a tempo determinato successivi equivarrebbe a ignorare la finalità dell’accordo quadro, che consiste nel proteggere i lavoratori dall’instabilità dell’impiego, e a svuotare di contenuto il principio secondo il quale contratti a tempo indeterminato costituiscono la forma generale dei rapporti di lavoro. Più in particolare, il ricorso a contratti di lavoro a tempo determinato sulla sola base di una disposizione legislativa o regolamentare di carattere generale, senza relazione con il contenuto concreto dell’attività considerata, non consente di stabilire criteri oggettivi e trasparenti al fine di verificare se il rinnovo di siffatti contratti risponda effettivamente ad un’esigenza reale e sia atto a raggiungere lo scopo perseguito e necessario a tale effetto»; conformi CGE, 13 settembre 2007, causa C-307/05, *Del Cerro Alonso*; Id., ord. *Vassilakis e a.*, cit., punti 88 e 89); Id., *Angelidaki*, par. 96 s.

⁶⁵ E qui vale il richiamo alla ricordata vicenda della disciplina sul gioco e le scommesse.

⁶⁶ La Corte individua alcune «esigenze peculiari ed insopprimibili» del settore sco-

la clausola comunitaria delle «ragioni obiettive», ravvisate proprio in questo “ragionevole” bilanciamento legislativo⁶⁷. In particolare, il sistema delle graduatorie permanenti del personale a tempo determinato, affiancato a quello del pubblico concorso, è in grado secondo la Corte di garantire «sia che l’assunzione del personale scolastico a tempo determinato avvenga con criteri oggettivi – cioè senza abusi né disparità – sia di consentire a detto personale di avere una ragionevole probabilità, nel tempo, di diventare titolare di un posto di ruolo, con un contratto a tempo indeterminato». Il problema risiederebbe dunque non tanto nella disciplina normativa, quanto nella prassi⁶⁸; non tanto nella parte in cui la normativa ammette il conferimento di supplenze annuali, quanto nella parte in cui prevede che il conferimento delle supplenze annuali su posti effettivamente vacanti e disponibili entro la data del 31 dicembre abbia luogo «in attesa dell’espletamento delle procedure concorsuali per l’assunzione di personale docente non di ruolo»; previsione che potrebbe configurare la possibilità di un rinnovo dei contratti a tempo determinato senza che a detta possibilità si accompagni la previsione di tempi

lastico, di rilievo costituzionale, che comportano la «necessità» di procedere alla stipula di contratti a tempi determinato per le supplenze non solo “temporanee” ma anche “annuali”. Fra queste gli artt. 33 e 34 della Costituzione, che affermano il diritto fondamentale allo studio, «il quale impone allo Stato l’organizzazione del servizio in modo da poterlo adattare anche ai costanti cambiamenti numerici della popolazione scolastica». In particolare, «non si potrebbe stabilire che all’attribuzione di tutte le supplenze annuali (su posti vacanti e disponibili) si provveda con i contratti a tempo indeterminato, perché in questo modo la Pubblica Amministrazione si esporrebbe alla concreta possibilità di avere un numero di docenti superiori al necessario, ipotesi, quest’ultima, da evitare in linea generale e, in particolare, nel periodo attuale nel quale sussistono gravi necessità di contenimento della spesa pubblica, anche in base ad impegni derivanti da vincoli posti dall’Unione europea».

⁶⁷ Così uno stralcio dell’ordinanza: «in conformità alla giurisprudenza della Corte di giustizia, la clausola 5, punto 1, dell’accordo quadro deve essere interpretata nel senso che essa osta all’utilizzazione di contratti di lavoro a tempo determinato successivi, giustificata dalla sola circostanza di essere prevista da una disposizione legislativa o regolamentare generale di uno Stato membro; e che, viceversa, l’esigenza temporanea di personale sostitutivo, prevista da una normativa nazionale, può, in linea di principio, costituire una ragione obiettiva ai sensi di detta clausola (sentenza 26 gennaio 2012, in causa C-586/10, *Kucuk*, punti 30-31)».

⁶⁸ La Corte è infatti “costretta” ad ammettere che, a partire dal 1999 – data di entrata in vigore della legge – i concorsi per l’assunzione a tempo indeterminato hanno subito un arresto e sembra voler “giustificare” il sistema italiano di fronte alla Corte di giustizia quando afferma che il ricorso a contratti a tempo determinato è in netta diminuzione e che le procedure concorsuali sono in fase di riavvio, a partire dal concorso del 2012, e tuttora in corso di svolgimento.

certi per lo svolgimento dei concorsi. È «questa condizione – unitamente al fatto che non vi sono disposizioni che riconoscano, per i lavoratori della scuola, il diritto al risarcimento del danno in favore di chi è stato assoggettato ad un'indebita ripetizione di contratti di lavoro a tempo determinato – [che] potrebbe porsi in conflitto con la citata clausola 5, punto 1, della direttiva n. 1999/70/CE».

A modesto avviso di chi scrive, d'altro canto, le ragioni obiettive elencate per sostenere l'uso della contrattazione a termine⁶⁹ sono, sì, fisiologiche ragioni di flessibilità del sistema scolastico, ma non sono queste le fattispecie delle quali si occupa la direttiva comunitaria, che non osta all'assegnazione di contratti a termine per esigenze temporanee, ma si premura di rimediare a quelle situazioni in cui una *ripetizione* (oltre i trentasei mesi) di contratti a termine maschera esigenze di copertura di posto di lavoro in realtà durature. Ipotesi che può verificarsi a prescindere dalla circostanza che la normativa preveda espressamente o meno la possibilità di rinnovo.

Poco conta però che la nostra opinione circa la costituzionalità/comunitarietà della normativa censurata si discosti parzialmente da quella sostenuta dalla Corte costituzionale nell'ordinanza di rinvio; quel che conta, al fine delle presenti indagini, è che gli scenari che si aprono a partire da questa ordinanza sono di assoluto interesse, poiché per la prima volta la Corte costituzionale ha voluto presentare il *proprio* punto di vista e le problematiche di rilievo costituzionale che, *a suo modo di vedere*, si porrebbero qualora fosse sostenuta in sede europea una differente soluzione.

Se le riflessioni sin qui svolte portano dunque a dire che è maggiormente opportuna – e coerente con l'approccio integrativo sostenuto dalla Corte costituzionale – l'apertura al rinvio pregiudiziale interpretativo, occorre però svolgere qualche considerazione in ordine alla presenza di alcuni ostacoli processuali che, nella sede incidentale, possono impedire alla Corte costituzionale di rivolgersi al Giudice europeo anche una volta ammessa la sua legittimazione attiva o che, quantomeno, richie-

⁶⁹ Personale docente il larga parte femminile, che apre alla necessità di sostituzione in caso di congedi di maternità; costante e per certi versi imprevedibile mutamento locale della popolazione scolastica (fenomeni di immigrazione, flussi migratori interni da regione a regione, scelta di indirizzi scolastici da parte delle famiglie, trasferimenti di personale docente di ruolo, presenza di sedi disagiate e assegnazioni provvisorie, soprattutto nelle isole e zone di montagna); scelte governative (frequenti accorpamenti di istituti; diverse modalità di programmazione delle classi; unificazione di indirizzi scolastici congedi di maternità).

dono lo svolgimento di una serie di controlli e dimostrazioni preliminari. Si tratta di profili che, infatti, possono puntualmente riscontrarsi nell'ordinanza n. 207 del 2013.

6. *Alcune considerazioni di natura processuale. La necessità di valutare i limiti di compatibilità del sindacato costituzionale in via incidentale con il rinvio pregiudiziale*

Dall'ordinanza di rinvio emerge che, affinché la questione comunitaria sia correttamente posta dal giudice rimettente e consenta alla Corte di affrontarla – eventualmente rivolgendosi alla Corte di giustizia – è necessario che il diritto comunitario sia non autoapplicativo⁷⁰ e che il ravvisato contrasto non sia risolubile dal giudice in sede ermeneutica⁷¹. Ciò costruisce un “ordine” dei controlli che il giudice comune è chiamato a svolgere prima della sollevazione della questione di costituzionalità perché l'ordinanza di rimessione sia adeguatamente motivata; ordine direttamente discendente dalle peculiarità processuali del giudizio di legittimità costituzionale nel nostro ordinamento.

Alla luce del nuovo scenario di possibilità di dialogo con la Corte di giustizia merita dunque di svolgere alcune considerazioni sui limiti processuali di questo strumento; limiti dei quali la Corte costituzionale si mostra assolutamente consapevole.

⁷⁰ La motivazione dell'ordinanza si diffonde sul punto, utilizzando a sostegno di tale asserzione la giurisprudenza europea che ha sostenuto la discrezionalità degli Stati membri nell'attuazione e nell'applicazione della clausola delle «ragioni obiettive» e, di conseguenza, il carattere non autoapplicativo della clausola.

⁷¹ Così i giudici rimettenti, che pur riconoscendo il proprio onere di tentare il perseguimento di un'interpretazione orientata della normativa interna alla normativa comunitaria (sulla scorta delle pronunce *Von Colson e Kamann*; *Marleasing*; *Faccini Dori*, *BMW e Pfeiffer*) affermano che «l'obbligo per il giudice nazionale di fare riferimento al contenuto di una direttiva nell'interpretazione e nell'applicazione delle norme pertinenti del suo diritto nazionale trova i suoi limiti nei principi generali del diritto, in particolare in quelli di certezza del diritto e di non retroattività, e non può servire da fondamento ad un'interpretazione *contra legem* del diritto nazionale» (sulla scorta di CGE, 8 ottobre 1987, causa C-80/86, *Kolpinghuis Nijmegen*; Id., 16 giugno 2005, causa C-105/03, *Pupino, Adeneler, Impact*). Nella specie, peraltro, il tribunale di Roma sosteneva l'impossibilità di rimediare al contrasto in via ermeneutica «stante il carattere chiuso e in sé esauritivo della normativa di settore da cui origina, e l'inequivoca volontà legislativa – da ultimo ribadita con l'art. 9 d.l. 70/11, conv. in L. 106/11 – di mettere siffatta normativa al riparo da ogni contaminazione con regole e principi di genesi o derivazione europea.

6.1. Il requisito della rilevanza della questione di legittimità costituzionale ed il rinvio pregiudiziale interpretativo

Un primo limite del modello di controllo incidentale di costituzionalità italiano discende, com'è stato a più riprese sottolineato dalla stessa Corte costituzionale, dal requisito della rilevanza; più precisamente, dalla maniera in cui quest'ultimo è stato inteso dalla Corte nel corso degli anni. È noto, infatti, che la Corte costituzionale ha fatto proprio un concetto "forte" di rilevanza, al fine di promuovere la funzione di filtro delle questioni affidata ai giudici comuni⁷². Esplicazione di questo indirizzo è, tra le altre, quella per cui la questione di legittimità avente ad oggetto una disposizione in capo alla quale penda un dubbio di conformità al diritto comunitario risulta viziata da insufficiente motivazione sulla rilevanza poiché il giudice *a quo* non potrebbe applicare la norma oggetto ove il

⁷² A tal proposito, nel dubbio se il controllo sulla rilevanza attenesse alla verifica della mera applicabilità della disposizione oggetto della questione al processo *a quo*, ovvero di una effettiva influenza e necessarietà della stessa ai fini della definizione del procedimento principale, è stata scelta la seconda opzione. Per una disamina di queste problematiche, cfr. in dottrina, fra i molti, A. PIZZORUSSO, *Ancora sulla valutazione della rilevanza e sui controlli ad essa relativi*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1968, 1478 ss.; D. NOCILLA, *Riflessioni sulla giurisprudenza della Corte costituzionale in tema di controllo della rilevanza*, *ivi*, 1970, 631 ss.; F. PIZZETTI, G. ZAGREBELSKY, «Non manifesta infondatezza» e «rilevanza» nell'instaurazione incidentale del giudizio sulle leggi, Milano 1972; V. CRISAFULLI, *In tema di instaurazione dei giudizi incidentali di costituzionalità delle leggi*, in *Diritto e società*, 1973, 79 ss.; F. SPATOLISANO, *Il requisito della rilevanza e l'autonomia del giudizio costituzionale: alcune riflessioni sulla più recente giurisprudenza della Corte costituzionale (1977-1982)*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1982, 1469 ss.; P. CARNEVALE, «Irrilevanza di fatto e sopravvenuta» e valutazione giudiziale della rilevanza delle questioni di legittimità costituzionale, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1984, 2387 ss.; M. LUCIANI, *Le decisioni processuali e la logica del giudizio incidentale*, Padova 1984; L. CARLASSARE, *L'influenza della Corte costituzionale, come giudice delle leggi, sull'ordinamento italiano*, in *Associazione per gli studi e le ricerche parlamentari*, 2000, 85; A. DI BLASI, *La «rilevanza» come applicabilità della legge o come influenza sulle sorti del giudizio principale: la riproposizione di una questione inammissibile*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2004, 871 ss.; L. AZZENA, *La rilevanza*, in R. ROMBOLI (a cura di), *L'accesso alla giustizia costituzionale: caratteri, limiti, prospettive di un modello*, Napoli 2006, 601 ss.; A. RUGGERI, A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Torino, 2009, 189 ss., spec. 192. In giurisprudenza si veda la sentenza n. 344 del 1990: «la rilevanza di una determinata questione va valutata, non già in relazione agli ipotetici vantaggi di cui potrebbero beneficiare le parti in causa, ma, piuttosto, in relazione alla semplice applicabilità nel giudizio *a quo* della legge di cui si contesta la legittimità costituzionale e, quindi, alla influenza che sotto tale profilo il giudizio di costituzionalità può esercitare su quello dal quale proviene la questione». L'indirizzo è poi stato confermato (*ex plurimis*) con le pronunce nn. 415 del 1991; 117 del 1996 e 184 del 2006 della Corte costituzionale.

dubbio si trasformasse in certezza, a seguito dell'esperimento del rinvio pregiudiziale interpretativo alla Corte di giustizia. La necessità di disapplicazione si traduce, insomma, in una ininfluenza della soluzione della questione di costituzionalità per la definizione del processo *a quo*⁷³. Sono e rimarranno dunque – senza dubbio – erroneamente motivate in punto di rilevanza le questioni sollevate dal giudice comune nelle quali si ammette espressamente l'eventualità che sussista un contrasto con norma comunitaria autoapplicativa o le questioni ove il contrasto con il diritto comunitario autoapplicativo sia prospettato come un'incostituzionalità (per violazione degli articoli 11 e 117, primo comma).

Esistono però diverse ipotesi in cui la proposizione della questione di legittimità costituzionale su una disposizione di dubbia conformità al diritto comunitario non è “necessariamente” irrilevante. Ciò accade, innanzitutto, quando la questione di costituzionalità si intreccia con una questione di comunitarietà nella quale la disposizione comunitaria interessata non sia autoapplicativa. Ed è, infatti, il caso verificatosi nell'ordinanza n. 207 del 2013. In secondo luogo, pur quando venga in questione diritto comunitario direttamente applicabile, permane un'area – quella dei controllimiti – la verifica del cui rispetto spetta esclusivamente alla Corte costituzionale. In questa ipotesi l'ammissione che la Corte costituzionale stessa possa sollevare la questione comunitaria, secondo il proprio convincimento, potrebbe consentire non solo di chiarire alla Corte di giustizia i termini del suo dubbio, ma anche di presentare al Giudice europeo l'eventuale problematica dell'interpretazione della normativa comunitaria o dell'interpretazione della norma interna “obbligata” dalla sua conformità ad un'area intangibile della Costituzione, mettendo il Giudice europeo in contatto con le sensibilità costituzionali statali⁷⁴.

Fra questi due estremi esistono poi molteplici fattispecie possibili, ove un'adeguata motivazione sulla rilevanza è differentemente prospettabile.

Si pensi, ad esempio, all'ipotesi in cui un giudice sollevi questione di legittimità costituzionale dopo aver escluso che sussista un contrasto con il diritto comunitario. In questi casi, può ben accadere che la Corte costituzionale, nell'esercizio delle proprie discrezionali valutazioni, sia di

⁷³ Ciò costituisce la naturale conseguenza della cd. “dottrina *Simmenthal*” (CGE, 9 marzo 1978, causa C- 106/77) pienamente riconosciuta dalla nostra Corte costituzionale a partire dalla sentenza *Granital* (Corte cost., 8 giugno 1984, n. 170).

⁷⁴ Cfr., per una ricostruzione delle varie ipotesi possibili in tale ambito, M. CARTABIA, *Principi inviolabili e integrazione europea*, cit., 245 s.

diverso avviso. Può accadere, ad esempio, che nell'esercizio dell'attività interpretativa riferita all'una o all'altra disposizione o alle combinazioni dei risultati interpretativi, il giudice comune pervenga ad un risultato e la Corte costituzionale ad un altro; può accadere che nell'individuazione delle norme applicabili al caso di specie, il giudice e la Corte costituzionale pervengano a valutazioni differenti o che il giudice comune non ritenga necessario interrogare la Corte di giustizia in merito al significato della disposizione comunitaria, ritenendo chiara o sufficientemente esplicativa la giurisprudenza comunitaria precedentemente intervenuta a chiarirne il senso⁷⁵.

In queste evenienze, ove la Corte costituzionale sia di diverso avviso, necessiterebbe di un chiarimento da parte della Corte di giustizia. E sarebbe precisamente la Corte – non il giudice comune – a poter proficuamente far uso della questione pregiudiziale comunitaria, poiché la risoluzione del dubbio interpretativo servirebbe a dipanare il filo del *suo* ragionamento: il giudice rimettente, infatti, avendo già ritenuto insussistente la questione comunitaria, se non avesse avuto anche dubbi di costituzionalità *avrebbe applicato* la norma interna al caso oggetto del suo giudizio; considerazione che ci pare dimostrare, se non la rilevanza della questione di legittimità, quantomeno l'adequata motivazione in punto di rilevanza dell'ordinanza di rimessione⁷⁶.

⁷⁵ Avvalendosi dunque delle dottrine dell'*acte clair* e dell'*acte éclairé*.

⁷⁶ Per quanto attiene al “merito” della delibazione sulla rilevanza, può non essere superfluo ricordare che l’“onere della prova” da parte del giudice *a quo*, seppur connesso ad un intendimento della rilevanza nel suo senso più pregnante, deve ritenersi limitato – secondo elaborazione giurisprudenziale e dottrinale oramai consolidata – alla dimostrazione di una «ragionevole probabilità» che la norma della cui costituzionalità si dubita sia indispensabile per la risoluzione del giudizio *a quo*. Allora, correlativamente, l’“onere della verifica” in capo alla Corte costituzionale non può andare oltre l'accertamento della «non implausibilità» della motivazione resa in ordine a tale ragionevole probabilità (così, a partire già dalle sentenze nn. 48 e 108 del 1957, su cui v. V. CRISAFULLI, *Sulla sindacabilità da parte della Corte costituzionale della «rilevanza» della questione di legittimità costituzionale*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1957, 608 ss.). Il punto è importante poiché definisce il campo dei dati e delle argomentazioni richieste e, soprattutto, il campo di competenza dell'uno e dell'altro giudice in merito a tale controllo: ove la Corte costituzionale andasse oltre la verifica dell’“esistenza”, della “non manifesta arbitrarietà” o della “non manifesta implausibilità” della motivazione del giudice *a quo*, essa invaderebbe la sfera di competenza a questi riservata «perché valutare *funditus* la rilevanza significa stabilire quale norma è effettivamente applicabile al caso e ciò implica giudizi sulla ricostruzione del fatto (...) che sono riservati, appunto, al giudice della fattispecie controversa» (in questi termini A. CERRI, *Corso di giustizia costituzionale*, cit., 144). Sul rapporto fra giudizio principale e giudizio di costituzionalità v., fra le altre, Corte cost., sent. n. 227 del 1998.

Sinora, invece, in maniera molto simile a quanto accade in caso di “sanzione” dell’attività interpretativa giudiziale contenuta nelle ordinanze interpretative di inammissibilità, la Corte costituzionale ha “sostituito” le proprie valutazioni a quelle del giudice comune, domandandogli di risolvere il dubbio interpretativo che ritiene “pregiudiziale” alla sollevazione della questione di legittimità. A differenza, però, dal caso delle decisioni interpretative, la Corte non sollecita per tale via una diretta applicazione della Costituzione mediante interpretazione conforme a Costituzione (cosa che appartiene all’area del compito che l’ordinamento le affida), ma una disapplicazione della normativa interna in favore di quella comunitaria. L’interrogativo circa il vincolo che sono in grado di produrre ordinanze di tal fatta sul giudice *a quo* (e, ancor più, sugli altri giudici dell’ordinamento) o circa l’autorevolezza che esse possano tentare di avere nel confronto giurisprudenziale è in questi casi, a nostro parere, ineludibile per valutare “a tutto tondo” la scelta circa i meccanismi del dialogo interpretativo che meglio possano garantire la valutazione delle esigenze costituzionali nel percorso integrativo. Se, infatti, le sentenze e le ordinanze interpretative riescono ad affermare il loro ruolo nel “sistema” per via della particolare autorevolezza in punto di interpretazione costituzionale e conforme a Costituzione assegnata alla Corte⁷⁷, altrettanta efficacia non si replica inalterata con riguardo a decisioni in cui la Corte ed il giudice siano in disaccordo sull’interpretazione del diritto comunitario e del suo rapporto con la normativa interna.

Ove vi sia una divergenza in ordine al significato della disposizione interna, all’esistenza del contrasto con la disposizione comunitaria, alla necessità di un chiarimento interpretativo della disposizione comunitaria, la Corte costituzionale non sembra possedere insomma armi adeguate per costringere il giudice rimettente a sollevare una questione pregiudiziale comunitaria relativamente ad un dubbio che egli non ha⁷⁸. È

⁷⁷ Sarebbe impossibile ripercorrere qui la dottrina che si è occupata del tema e la varietà di posizioni sul punto. Ci sia consentito pertanto fare riferimento, anche per ulteriori approfondimenti dottrinali e per le dovute dimostrazioni empiriche, a E. LAMARQUE, *Una sentenza «interpretativa di inammissibilità»?*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1996, 3096 ss.; Id., *Gli effetti della pronuncia interpretativa di rigetto della Corte costituzionale nel giudizio a quo. (Un’indagine sul «seguito» delle pronunce costituzionali)*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2000, 685 ss.; Id., *Relazione illustrativa a Il seguito delle decisioni interpretative e additive di principio della Corte costituzionale presso le autorità giurisdizionali – anni 2000-2005*, in <http://www.cortecostituzionale.it/studiRicerche.do>, dicembre 2007.

⁷⁸ Il concetto è ben chiarito da L. DANIELE, *Corte costituzionale e pregiudiziale comunitaria: alcune questioni aperte*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2010, 3551 ss., spec. 3563.

ragionevole supporre, anzi, che un giudice convinto della compatibilità della normativa interna con quella comunitaria autoapplicativa possa essere in tale maniera indotto a trascurare il problema di compatibilità con la Costituzione (che invece ritiene esistente) ove la Corte decida di non decidere la questione di costituzionalità interna. Insomma, esito finale del “rinvio” al giudice *a quo*, perché sollevi la questione pregiudiziale, potrebbe essere quello di lasciare piuttosto il giudice “solo” nella scelta se applicare una norma della cui costituzionalità (e non della cui “comunitarietà”) dubita, aprendo alla possibilità che scelga di agire sulla disposizione tentando un’interpretazione adeguatrice che risolva il suo dubbio (di costituzionalità) o che vada alla ricerca di altra norma con la quale risolvere il caso, “disapplicando” quella di dubbia costituzionalità (in uno sconfinamento della disapplicazione legislativa, operata non più in ragione di una difformità dal diritto comunitario autoapplicativo, ma dalla Costituzione), o che decida di risollevare la questione senza aver interrogato la Corte di giustizia, poiché continua a ritenerlo non necessario.

Tutto ciò, in nome di una irrilevanza che non appare poi così “necessaria” e di una diretta ed uniforme applicazione del diritto comunitario che potrebbe in tal caso essere molto meglio assicurata dalla Corte costituzionale (dal momento che non è affatto scontato l’esito finale disapplicativo, ove il giudice rimettente non ritiene il diritto comunitario rilevante per la soluzione del suo caso o non rinviene un contrasto con le norme interne da applicare al caso concreto).

Occorre inoltre considerare un ulteriore elemento cui a nostro parere occorre riconoscere una primaria importanza: la scelta del meccanismo della disapplicazione (*rectius*, non-applicazione) ammette la sopravvivenza della norma interna nell’ordinamento, seppure la sua applicabilità rimanga “sospesa” finché non intervenga un mutamento nell’ordinamento interno che, al fine di recuperare la certezza del diritto, comporti l’abrogazione della disposizione difforme od un mutamento nell’ordinamento comunitario tale da eliminare l’antinomia precedentemente riscontrata. La dottrina ha evidenziato come tale ricostruzione e soluzione dell’antinomia sia compatibile con la constatazione che in questo caso non vi è un vero e proprio “vizio” in capo alla norma non conforme al diritto comunitario (prospettiva che invece avrebbe imposto e coerentemente giustificato la scelta per una soluzione di annullamento⁷⁹). E pe-

⁷⁹ In questo senso, cfr. la pronuncia n. 389 del 1989 della Corte costituzionale, in cui è stato espressamente statuito che «l’eventuale conflitto fra il diritto comunitario direttamente applicabile e quello interno (...) non dà luogo a ipotesi di abrogazione o di deroga,

raltro tale meccanismo di risoluzione dell'antinomia tutela efficacemente gli interessi (di "efficienza comunitaria") che l'hanno determinata, relativi al rispetto dell'obbligo di immediata applicazione del diritto comunitario nell'ordinamento statale e del principio di leale collaborazione.

Dall'altra parte, però, la circostanza che all'accertamento di una incompatibilità con la disposizione comunitaria autoapplicativa non consegua alcun intervento di tipo caducatorio sulla disposizione interna è un effetto che merita di non essere sottovalutato. I regolamenti comunitari, le direttive comunitarie *self executing*, infatti, pur se trattati come fonti di rango paracostituzionale in virtù del recepimento *ex art. 11 Cost.* e dell'integrazione del parametro di cui all'art. 117, primo comma, non possiedono caratteri analoghi alle fonti costituzionali; in particolare, non possiedono la stessa vocazione a fungere da pilastro fondativo dell'ordinamento, a contenere principi guida cui l'ordinamento deve uniformarsi esprimendone la connotazione e caratterizzazione; non possiedono una vocazione a durare nel tempo. Viceversa, per certi versi paradossalmente, queste caratteristiche sembrano essere maggiormente riscontrabili in disposizioni comunitarie non autoapplicative (quelle dei trattati o, talvolta, i *considerando* delle direttive).

Le disposizioni del diritto comunitario autoapplicativo si comportano invece in maniera in tutto analoga alle fonti di rango primario o secondario degli ordinamenti statali: sono atti contenenti disposizioni di più o meno agevole modificabilità ed adattabilità alle esigenze che richiedono di essere nel corso del tempo disciplinate, secondo l'avvicinarsi delle valutazioni politico-sociali. È, allora, dirimente la scelta tra un'im-

né a forme di caducazione o annullamento per invalidità della norma interna incompatibile, ma produce un effetto di disapplicazione di quest'ultima, seppure nei limiti di tempo e nell'ambito materiale entro cui le competenze comunitarie sono legittimate a svolgersi». Chiarificatore è anche l'intervento in proposito contenuto nella sentenza n. 168 del 1991: l'effetto della diretta applicazione «non è quindi la caducazione della norma interna incompatibile, bensì la mancata applicazione di quest'ultima da parte del giudice nazionale al caso di specie, oggetto della sua cognizione, per cui tale effetto può essere qualificato in termini di "non applicazione" della legge nazionale (piuttosto che di "disapplicazione" che evoca *vizi della norma in realtà non sussistenti* in ragione proprio dell'autonomia dei due ordinamenti)» (corsivo aggiunto). In dottrina, v. A. CELOTTO, *Legittimità costituzionale e legittimità comunitaria (prime considerazioni sul controllo di costituzionalità in Italia come sistema "misto")*, in ID., *Scritti sul processo costituyente europeo*, Napoli 2009, 97 ss. Sul problema della coerenza tra impostazione dichiaratamente dualista e disapplicazione, v. M. BELLOCCI, *Gli «effetti diretti» degli atti comunitari nell'ordinamento interno: profili teorici ed applicativi*, in *Rivista di diritto amministrativo*, 1990, 1017 ss.

postazione che comporti l'annullamento della disposizione interna ed una che invece comporti la mera inapplicabilità della norma "sino a nuova disposizione", interna o comunitaria, poiché l'eventualità di una riespansione dell'efficacia della norma interna in tutta la sua portata, per via del mutamento *medio tempore* intervenuto del regolamento o della direttiva comunitaria con cui la norma interna risultava contrastare, non è remota.

Allora, le ragioni di speditezza che hanno spinto la nostra Corte verso la scelta del meccanismo della disapplicazione meritano di essere bilanciate, nei casi in cui vi sia anche un dubbio di legittimità costituzionale "puro", con l'esigenza dell'ordinamento interno di garantire che una disposizione potenzialmente incostituzionale non permanga al suo interno, potendo un giorno tornare ad essere applicabile⁸⁰.

Come tenere, però, conto di questa esigenza, se la questione di legittimità costituzionale risulta irrilevante, ove la norma è disapplicabile per contrasto con il diritto comunitario?

A nostro parere esistono due vie: una parlamentare, l'altra più specificamente afferente alla questione della compatibilità del nostro modello di controllo di costituzionalità incidentale con la proposizione del rinvio interpretativo alla Corte di giustizia. La prima via, che è poi quella più volte sollecitata dalla Corte costituzionale stessa, richiederebbe che il Parlamento assumesse con maggiore consapevolezza e responsabilità il compito di intervenire sulla normativa interna disapplicata, per ripristinare la certezza del diritto, e che lo facesse con speciale attenzione nei casi di doppia pregiudizialità, tenendo in considerazione che la norma la cui efficacia è "sospesa" si presta altresì a dubbi di costituzionalità⁸¹. La seconda via, invece, segue il nuovo percorso avviato dalla Corte costituzionale, che ammette una modulazione del proprio modo di rapportarsi alle questioni doppiamente pregiudiziali in ragione dei differenti casi che si possono prospettare.

⁸⁰ D'altra parte, l'"argomento dell'efficienza" posto a sostegno della sentenza *Simmenthal* non possiede i caratteri dell'assolutezza neppure nella giurisprudenza europea, ove si sono talvolta privilegiate le ragioni della certezza del diritto. Cfr. le sentt. *Foto-Frost*, C-314/85; *Gaston Schul Douane-expediteur B.V. v. Minister van Landbouw*, 2005, C-461/03; *Zuckerfabrik Süderdithmarschen AG v. Hauptzollamt Itzehoe*, C-143/88; *Zuckerfabrik Soest GmbH v. Hauptzollamt Paderborn*, 1991, C-92/89.

⁸¹ Rimodulando dunque in chiave anche interna un onere che sinora è stato ricavato principalmente dagli obblighi assunti nei confronti dell'Unione: in particolare, quello di "depurare" l'ordinamento da norme incompatibili con quelle comunitarie (così come di prevenirne la promulgazione) in ossequio al principio di leale collaborazione (costituzionalizzato in virtù dell'art. 11 Cost.).

A sostegno di questo orientamento giungono, di recente, anche alcune decisioni della Corte di giustizia dell'Unione europea, la quale, interrogata circa la compatibilità con l'art. 267 TFUE di una normativa interna che imponga, in caso di doppia pregiudizialità, di rivolgersi in via preliminare al Giudice costituzionale interno, ha affermato: «la Corte ha dichiarato che l'art. 234 CE [ora 267 TFUE] osta ad una normativa di uno Stato membro che instauri un procedimento incidentale di controllo della legittimità costituzionale delle leggi nazionali, nei limiti in cui il carattere prioritario di siffatto procedimento abbia l'effetto di impedire – tanto prima della trasmissione di una questione di legittimità costituzionale all'organo giurisdizionale nazionale incaricato di esercitare il controllo di costituzionalità delle leggi quanto, eventualmente, dopo la decisione di tale organo giurisdizionale su detta questione – a tutti gli altri organi giurisdizionali nazionali di esercitare la loro facoltà o di adempiere il loro obbligo di sottoporre questioni pregiudiziali alla Corte»⁸².

Ad un confronto fra la giurisprudenza delle due Corti coinvolte risulta dunque un'inspiegabile maggiore rigidità della Corte costituzionale nella configurazione dei vincoli processuali necessari per garantire l'adempimento degli obblighi comunitari rispetto a quelli promossi dalla stessa Corte di giustizia UE. È qui che, dunque, possono rinvenirsi ulteriori margini per una rimodulazione della giurisprudenza interna riferita alla soluzione delle questioni doppiamente pregiudiziali.

6.2. *Il requisito del sufficiente sforzo interpretativo e la questione pregiudiziale comunitaria*

Una seconda questione di compatibilità del rinvio pregiudiziale interpretativo con il sindacato di legittimità costituzionale in via incidentale potrebbe porsi, poi, in relazione al cosiddetto “terzo requisito” di ammissibilità delle questioni di legittimità costituzionale: quello relativo al “sufficiente sforzo interpretativo” nell'esperimento del tentativo di interpretazione conforme a Costituzione.

⁸² CGE, sent. 22 giugno 2010, *Melki e Abdeli*, cause riunite C-188/10 e C-189/10; ord. 1° marzo 2011, *Chartry*, cit., sulle quali v. A. ROVAGNATI, *Quale ruolo per le Corti costituzionali negli Stati membri dell'Unione europea? Brevi considerazioni a margine di una recente, complessa, vicenda giudiziaria francese*, in *www.rivistaaic*; V. SCARABBA, *La “manutenzione” della giustizia costituzionale in Italia e in Europa: spunti dalla Francia e dal Lussemburgo (caso Melki)*, in C. DECARO, N. LUPO, G. RIVOCCHI, *La «manutenzione» della giustizia costituzionale. Il giudizio sulle leggi in Italia, Spagna e Francia*, Torino 2012, 117 ss.

Non occorre ripercorrere l'oramai notissima giurisprudenza della Corte costituzionale nella quale è emerso l'indirizzo per cui l'esperimento di tale tentativo costituisce un *prius* logico ed un limite procedurale nella valutazione dell'ammissibilità della questione di legittimità⁸³. Secondo questo indirizzo, se il giudice *a quo* non ha vagliato la possibilità di interpretare la disposizione in modo da individuarne un significato conforme al dettato costituzionale, non ha adeguatamente adempiuto al suo dovere di interprete – mancando di applicare un criterio ermeneutico di fondamentale importanza sistematica – ed ha delegato alla Corte una funzione che egli stesso avrebbe dovuto svolgere.

Ebbene, il connubio di questo requisito con l'impostazione assunta dalla Corte costituzionale in punto di recepimento del diritto comunitario, insieme alle reiterate decisioni della Corte di giustizia che impongono al giudice nazionale di interpretare in maniera conforme al diritto comunitario le norme interne, pone in essere ulteriori impedimenti processuali a che il giudice costituzionale possa sollevare una questione pregiudiziale interpretativa alla Corte di giustizia dell'Unione europea.

Vediamo perché.

L'obbligo di interpretazione conforme al diritto comunitario è sorto nella giurisprudenza europea con riferimento al diritto comunitario non autoapplicativo, ma si è evoluto nel corso del tempo sino a riferirsi a tutto il diritto dell'Unione. Le prime affermazioni della necessità per il giudice nazionale di procedere all'interpretazione del diritto interno privilegiando il criterio della conformità a direttive comunitarie inattuuate si sono avute con le sentenze *Von Colson* e *Kamann*⁸⁴, in occasione delle

⁸³ Tale orientamento è stato inaugurato dalla sentenza 27 luglio 1989, n. 459 ed è rimasto isolato sino al 1994, quando è stato ripreso senza essere più abbandonato. Per citare solo i primi casi, si vedano le pronunce della Corte cost., 31 marzo 1994, n. 121; 21 aprile 1994, n. 149; 23 giugno 1994, n. 255; 28 novembre 1994, n. 410; 23 dicembre 1994, n. 443; 23 dicembre 1994, n. 451; 11 dicembre 1995, n. 499. Storica è la sentenza n. 356 del 1996, nella quale è stata coniata la formula che spesso accompagna questo tipo di decisioni costituzionali, per cui «le leggi non si dichiarano costituzionalmente illegittime perché è possibile darne interpretazioni incostituzionali (e qualche giudice ritenga di darne), ma perché è impossibile darne interpretazioni costituzionali».

⁸⁴ Sentenza 10 aprile 1984: «a norma dell'art. 189, 3° comma, la direttiva vincola lo Stato membro cui è rivolta per quanto riguarda il risultato da raggiungere, salva restando la competenza degli organi nazionali in merito alla forma e ai mezzi. Benché questa disposizione lasci agli Stati membri la libertà di scegliere il modo ed i mezzi destinati a garantire l'attuazione della direttiva, questa libertà nulla toglie all'obbligo, per ciascuno degli Stati destinatari, di adottare, nell'ambito del proprio ordinamento giuridico, tutti i provvedimenti necessari per garantire la piena efficacia della direttiva, conformemente allo scopo che essa persegue». Per qualche cenno, però, si vedano già le sentt. *Haaga* 12

quali la Corte di giustizia è intervenuta a tentare di attenuare le conseguenze problematiche, evidenziate dalla dottrina, derivanti dalla distinzione tra effetti verticali ed effetti orizzontali delle direttive comunitarie. Con la sentenza *Marleasing* del 13 novembre 1990, poi, l'obbligo viene meglio definito assumendo, peraltro, che l'onere di interpretazione conforme valga tanto con riferimento alle disposizioni interne anteriori che a quelle posteriori alla direttiva, riconoscendo così in capo alla direttiva comunitaria inattuata una vera e propria natura di parametro ermeneutico del diritto interno⁸⁵. Si tratta di una speciale relazione ermeneutica, che la Corte di giustizia ha affermato stringersi nel caso in cui uno stato membro abbia ritenuto che le disposizioni preesistenti del suo diritto nazionale soddisfacessero le prescrizioni della direttiva senza necessità di ulteriori interventi normativi di adattamento⁸⁶, ma che incontra il limite dell'impossibilità per il giudice di opporre al singolo un obbligo previsto da una direttiva non trasposta o di determinare o di aggravare, sulla base della direttiva e in assenza di una legge emanata per la sua attuazione, la responsabilità penale di coloro che ne trasgrediscono le disposizioni⁸⁷. Con la sentenza *Pupino* del 16 giugno 2005, infine, si è esteso l'obbligo di interpretazione conforme anche al diritto comunitario derivante da decisioni quadro in materia penale e, dunque, in materie allora regolate non dal metodo "comunitario", bensì dal metodo "intergovernativo"⁸⁸.

novembre 1974, in causa C-32/74; 26 febbraio 1975, *Bonsignore*, in causa C-67/74; 20 maggio 1976, *Mazzalai*, in causa C-111/75; *Sagulo*, 14 luglio 1977, C-8/77, in cui la Corte ha rilevato che «qualora uno Stato membro non abbia adattato la propria legislazione alle esigenze derivanti in materia dal diritto comunitario, il giudice nazionale dovrà far uso della libertà di valutazione riservatagli, al fine di pervenire all'applicazione di una pena adeguata alla natura ed allo scopo delle norme comunitarie di cui si vuole reprimere l'infrazione» (corsivo aggiunto); 15 luglio 1982, *Rickmers*, in causa C-270/81.

⁸⁵ Cfr. CGE, sent. 13 novembre 1990, *Marleasing*, in causa C-106/89: «nell'applicare il diritto nazionale, a prescindere dal fatto che si tratti di norme precedenti o successive alla direttiva, il giudice nazionale deve interpretare il proprio diritto nazionale alla luce della lettera e dello scopo della direttiva onde conseguire il risultato perseguito da quest'ultima e conformarsi pertanto all'art. 189, terzo comma, del Trattato» (corsivo aggiunto). Conformi, le sentt. *Faccini Dori*, 26 settembre 1996, in causa C-168/95; *Arcaro*, 11 luglio 2002, causa C-62/00, *Marks & Spencer*; *Hermès*; *Parfums Christian Dior*. Per una recente conferma dell'obbligo di interpretazione conforme a diritto comunitario del diritto interno al fine di "prevenire" il contrasto fra i due livelli normativi, v. CGE, IV sez., 24 maggio 2012, *Amia Spa*, in causa C-97/11.

⁸⁶ Cfr. CGE, sent. 16 dicembre 1993, *Wagner Miret*, in causa C-334/92.

⁸⁷ Cfr. sentenza *Arcaro*, cit., punto 42.

⁸⁸ Tale orientamento è stato poi confermato con riferimento alla decisione quadro sul mandato d'arresto europeo (cfr. CGE, 3 maggio 2007, C-303/05, *Advocaten voor de We-*

La dottrina, analizzando questa giurisprudenza, ha parlato di introduzione di un obbligo di risultato, coincidente con la tutela della situazione giuridica soggettiva comunitaria, gravante sul giudice nazionale⁸⁹.

Dinnanzi a questa giurisprudenza europea, è divenuto allora sempre più importante domandarsi cosa accada nell'eventualità che i due obblighi incombenti in capo al giudice comune (di interpretazione conforme a Costituzione e di interpretazione conforme a diritto comunitario) coesistano od entrino in collisione. Il rango para-costituzionale riconosciuto alle fonti comunitarie ed il vincolo posto al legislatore nazionale di rispettare il diritto comunitario paiono, infatti, deporre nel senso che il giudice comune sia tenuto a dimostrare di avere esperito il tentativo – anche – di interpretazione conforme al diritto comunitario, prima di sollevare la questione di legittimità costituzionale: solo nel caso in cui non abbia ravvisato neanche una interpretazione “comunitariamente conforme” egli potrà adire la Corte costituzionale perché verifichi la sussistenza dell'incostituzionalità⁹⁰. Occorre allora comprendere se l'esperimento del rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia costituisca un elemento di quello «sforzo interpretativo sufficiente» che è richiesto al giudice comune di compiere.

Tale problematica si può presentare, in termini differenti, nel caso in cui sia coinvolto il diritto comunitario direttamente applicabile ed in

reld) oltre che esplicitamente riconosciuto dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 227 del 2010.

⁸⁹ Così S. FOÀ, *Giustizia amministrativa e pregiudizialità costituzionale, comunitaria e internazionale. I confini dell'interpretazione conforme*, Napoli, 2011, 196 ss., ma v. anche le ivi ricordate conclusioni dell'Avvocato generale P. LÉGER, presentate l'8 aprile 2003 nella causa C-224/01, *Gerhard Kobler c. Repubblica d'Austria*, ove si affermava che la Corte di giustizia ha attribuito al giudice nazionale un compito «efficace ed operativo, che lo avvicina a un giudice dei provvedimenti urgenti». In dottrina, v. G. GAJA, *L'esigenza di interpretare le norme nazionali in conformità con il diritto comunitario*, in S. PANNUNZIO, E. SCISO (a cura di), *Le riforme istituzionali e la partecipazione dell'Italia all'Unione europea*, Milano 2003, 134; M.P. IADICICCO, *Integrazione europea e ruolo del giudice nazionale*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2011, 431 ss.; D.U. GALETTA, *Rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia UE e obbligo di interpretazione conforme del diritto nazionale: una rilettura nell'ottica del rapporto di cooperazione (leale) fra giudici*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2012, 431 ss.; V. PICCONE, *L'interpretazione conforme nell'ordinamento integrato*, in R. COSIO, R. FOGLIA (a cura di), *Il diritto europeo nel dialogo delle Corti*, Milano 2013, 284 ss.

⁹⁰ Nella sentenza n. 170 del 1984 della Corte costituzionale si legge che «fra le possibili interpretazioni del testo normativo prodotto dagli organi nazionali va prescelta quella conforme alle prescrizioni della Comunità, e per ciò stesso al disposto costituzionale, che garantisce l'osservanza del Trattato di Roma e del diritto da esso derivato».

quello in cui sia coinvolto il diritto comunitario non autoapplicativo: nel primo caso, la verifica della rilevanza potrebbe infatti dipendere da un problema interpretativo e l'eventualità di un contrasto fra norma interna e comunitaria potrebbe essere "prevenuta" mediante una composizione interpretativa⁹¹; nel secondo caso, invece, la questione doppiamente pregiudiziale potrebbe dipendere dalla eventuale priorità accordata all'una o all'altra "interpretazione conforme a".

Prima di venire a spiegare meglio quest'ultimo profilo, vorremmo sottolineare però che in questa seconda eventualità, non sussistendo un obbligo di dare diretta applicazione al diritto comunitario, la possibilità di sollevare la questione pregiudiziale interpretativa in sede incidentale da parte della Corte costituzionale non incontra più gli ostacoli di "necessaria irrilevanza" che abbiamo dovuto affrontare nel precedente paragrafo, ma dipende interamente dalla questione interpretativa.

Ciò detto, occorre verificare se ed in quali ipotesi può verificarsi l'eventualità che la Corte costituzionale sia posta nella condizione di adire la Corte di giustizia nella sede incidentale, per verificare la compatibilità delle norme interne con diritto comunitario non *self executing*.

Un primo caso può verificarsi quando il giudice rimettente ravvisi un possibile contrasto fra norma interna e direttiva comunitaria, principi comunitari o norme dei trattati istitutivi non autoapplicative, prospettando alla Corte costituzionale la questione comunitaria come una questione di costituzionalità, ossia in qualità di possibile violazione degli articoli 11 e 117, primo comma, Cost., utilizzando il diritto comunitario non direttamente applicabile come norma interposta nel sindacato di legittimità⁹². In questo caso il problema interpretativo "comunitario" viene integralmente ricondotto ad un problema interpretativo "costituzionale" e l'insufficiente sforzo interpretativo potrebbe essere sanzionato con l'oramai usuale strumento dell'ordinanza interpretativa di inammissibilità. Così posta la questione, allora, non pare differire di molto da quelle analoghe affrontate dalla dottrina statale in ordine al rapporto tra giudice costituzionale e giudice comune nello svolgimento dell'interpretazione con-

⁹¹ Sono diverse, oramai, le sentenze della Corte di giustizia in cui si dichiara la preferibilità dell'interpretazione conforme alla disapplicazione: CGE, 7 gennaio 2004, X, causa C-60/02; Id., 19 gennaio 2010, *Kucukdeveci*, causa C-555/07; Id., 24 gennaio 2012, *Dominguez*, causa C-282/10, la quale insiste molto nell'affermare che rientra fra gli obblighi del giudice nazionale, quando agisce come giudice dell'Unione europea, quello di interpretazione conforme della legge interna e che tale obbligo ha la precedenza rispetto a quello alla disapplicazione.

⁹² È il caso dell'ord. n. 207 del 2013 della Corte costituzionale.

forme a Costituzione; rapporto in cui la Corte costituzionale è dotata di un potere decisionale “ultimale” che, però, non deve travalicare il confine del libero convincimento del giudice *a quo*. La differenza fra l'utilizzo di queste pronunce al fine di dirimere una questione interpretativa costituzionale ed una comunitaria risiede però nella circostanza che, in quest'ultimo caso, la Corte costituzionale *non decide* sull'interpretazione “orientata” che avrebbe dovuto essere prescelta dal giudice *a quo*, ma si limita a segnalare la necessità di un ulteriore passaggio, presso la Corte di giustizia, per indagare il significato della normativa comunitaria.

Se così è, si sente di poter ribadire quanto affermato al paragrafo precedente circa la necessità di contemplare risposte differentemente modulate a seconda dei casi: fermo il ruolo fondamentale affidato al giudice nazionale nel tentativo di composizione ermeneutica dell'eventuale dissidio fra norma interna e norma comunitaria e ferma la possibilità per la Corte di sanzionare la mancanza di motivazione in merito, possono però verificarsi diverse ipotesi in cui rimane un margine per la Corte costituzionale per sollevare la pregiudiziale interpretativa europea. Innanzitutto il caso in cui giudice rimettente e Corte siano s'accordo circa l'impossibilità di “prevenire” il contrasto in sede ermeneutica; in secondo luogo l'ipotesi di un differente convincimento dei due giudici in ordine alla possibilità di fornire un'interpretazione adeguatrice della disposizione interna, in ordine all'oscurità del significato di quella comunitaria ovvero in ordine alla necessità di rivolgersi alla Corte di giustizia europea o, ancora, in ordine alla sussistenza stessa del contrasto. In queste evenienze ci sembra che nulla osti, e che anzi sia auspicabile, che sia la stessa Corte costituzionale a rivolgersi direttamente a quella europea, per porre il *suo* dubbio pregiudiziale. Tanto più che in questi casi non vi sarebbero problemi di “efficienza” o di “leale collaborazione”, non potendo il giudice *a quo* disapplicare la norma interna⁹³.

⁹³ La Corte costituzionale ha in una recente occasione ribadito la propria competenza a pronunciarsi in ordine al contrasto tra diritto interno e diritto comunitario non autoapplicativo, in termini che parevano prefigurare questa soluzione possibilità. Ci si riferisce alla sentenza n. 28 del 2010 nella quale la Corte, dopo aver individuato una incompatibilità tra una norma interna ed una direttiva comunitaria inattuata, ha affermato che non si può addivenire alla «naturale conclusione dell'inammissibilità della questione di legittimità costituzionale, per non avere il giudice rimettente valutato la possibilità di una interpretazione della disposizione censurata conforme al parametro di costituzionalità, che, nel caso di specie, è rappresentato dalle direttive in tema di rifiuti, per il tramite degli artt. 11 e 117, primo comma, Cost.». Sulla pronuncia, si veda A. CELOTTO, *Venisti tandem! La Corte finalmente, ammette che le norme comunitarie sono «cogenti e sovraordinate»*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2010, 384. Un primo accostamento delle due

Un'ulteriore – e ben più problematica – ipotesi può venire a verificarsi, poi, quando sia proprio l'interpretazione conforme a diritto comunitario a porre problemi di costituzionalità. In questa evenienza, infatti, occorrerebbe scegliere fra l'una e l'altra interpretazione orientata, ossia fra una violazione della Costituzione generata da un'interpretazione conforme a diritto comunitario ed una violazione del diritto comunitario generata da un'interpretazione conforme a Costituzione. La necessità di considerare e trattare differentemente tutti i casi sopra evidenziati si manifesta qui nel suo più elevato punto di opportunità: proprio qui emerge nella sua massima utilità, ci pare, la prefigurazione della possibilità che sia la Corte costituzionale a prospettare alla Corte europea la questione interpretativa comunitaria, tentando di proporre un bilanciamento fra le esigenze comunitarie e quelle interne compatibile con l'assetto costituzionale. D'altra parte non si vede perché si dovrebbe demandare al giudice comune il rinvio in una così delicata fattispecie, ove si fronteggiano, da un lato, la possibilità di un'interpretazione difforme dalla Costituzione e, dall'altro, l'assenza di possibilità disapplicative.

Una tale prospettazione consentirebbe, inoltre, di ottenere l'ulteriore vantaggio di non pregiudicare il sindacato di conformità a Costituzione nel caso in cui l'interpretazione della disposizione comunitaria resa dalla CGE sia tale per cui non si verifichi alcun contrasto con quella interna e

operazioni ermeneutiche si era già avuto nella sentenza n. 190 del 2000, interpretativa di rigetto, nella quale la Corte ha ritenuto che il giudice *a quo* avesse omissso di considerare «significativi rilievi esegetici», non tenendo conto del «canone preferenziale dell'interpretazione conforme a Costituzione, in questo caso rinforzato dal *concorrente canone* dell'interpretazione non contrastante con la normativa comunitaria vincolante per l'ordinamento giuridico italiano» (corsivi aggiunti). Non mancano, però, nella giurisprudenza costituzionale, pronunce dalle quali emerge una pregiudizialità logica della verifica della legittimità costituzionale sulla verifica della legittimità comunitaria (cfr. Corte cost., n. 368 del 2008 e n. 18 del 2009). Nella pronuncia n. 28 del 2010, poi, la Corte costituzionale prosegue osservando che la circostanza che non si tratti di diritto comunitario direttamente applicabile impedisce di ritenere che il giudice *a quo* fosse tenuto a disapplicare la normativa interna e in questi casi, dice la Corte, la verifica della conformità del diritto interno al diritto comunitario è di sua competenza (così il brano: «l'impossibilità di non applicare la legge interna in contrasto con una direttiva comunitaria non munita di efficacia diretta non significa tuttavia che la prima sia immune dal controllo di conformità al diritto comunitario, che spetta a questa Corte, davanti alla quale il giudice può sollevare questione di legittimità costituzionale, per asserita violazione dell'art. 11 ed oggi anche dell'art. 117, primo comma, Cost.»). D'altra parte, questa affermazione si combina con quella per cui «dall'interpretazione della normativa comunitaria fornita dalla Corte di giustizia (...) consegue la declaratoria di illegittimità costituzionale della disposizione censurata».

di non inficiare la ragionevole durata del processo, duplicando passaggi che potrebbero essere svolti direttamente dalla Corte. Una tale prospettiva restituirebbe inoltre, finalmente, al giudice comune – nei limiti dettati dal nostro modello di controllo di costituzionalità – la *facoltà* di sollevare la questione pregiudiziale alla Corte di Giustizia, nel caso in cui lo ritenga necessario, evitando prevaricazioni del giudice costituzionale sul suo libero convincimento.

7. *Osservazioni d'insieme sullo scenario presente e sulle prospettive future. Alcune importanti implicazioni e alcune necessarie cautele*

In chiusura di queste indagini sull'opportunità e sulla sostenibilità – processuale e sistemica – del rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia è il caso infine di svolgere qualche considerazione d'insieme. Una volta verificata la sussistenza di tutti gli elementi di compatibilità processuale – legittimazione soggettiva attiva, rilevanza, sufficiente sforzo interpretativo – seppur entro i sopra delineati limiti, possiamo finalmente valutare a tutto tondo quali siano i *pro* ed i *contra* dell'apertura della Corte costituzionale al rinvio pregiudiziale interpretativo.

Ritornando alle ragioni che ci avevano spinto a sostenere la preferibilità dell'apertura⁹⁴, due erano gli argomenti, a nostro parere, principali: il primo, che il rinvio pregiudiziale avrebbe consentito alla Corte di prendere parte ad un circuito interpretativo che si fa di crescente importanza, anche in aree di pertinenza costituzionale; il secondo, che l'autorevolezza della Corte non avrebbe potuto essere salvaguardata tramite l'esclusione dall'interlocuzione diretta.

La validità del primo argomento ci sembra supportata dall'esame del caso di specie che ha visto la Corte costituzionale sollevare per la prima volta un rinvio interpretativo dalla sede incidentale⁹⁵: la sollevazione diretta – e non demandata ai giudici rimettenti – ha consentito infatti alla Corte costituzionale di prendere posizione nel dibattito ermeneutico giurisprudenziale circa i numerosi profili interpretativi problematici della vicenda. Più precisamente, le ha consentito di assumere una posizione differente da quella dei giudici rimettenti, sia quanto alla compatibilità della disciplina legislativa vigente con l'assetto costituzionale di equilibri e bilanciamenti, sia – conseguentemente – quanto alla inscrivibilità di

⁹⁴ Su cui *supra*, par. 1.

⁹⁵ *Supra*, par. 5.

tale disciplina entro quelle «ragioni obiettive» che il diritto comunitario lascia alla discrezionalità delle valutazioni statali.

Ciò ha consentito dunque di far pervenire alla Corte di giustizia la questione interpretativa delimitata ed elaborata dalla Corte costituzionale, in una posizione senz'altro maggiormente autorevole rispetto a quella che i giudici comuni possono occupare al suo cospetto, se non altro perché si tratta del Giudice chiamato a garantire il rispetto del disposto costituzionale all'interno dell'ordinamento e che, solo, potrebbe far uso della minacciata arma dei controlli, qualora la risposta della Corte di giustizia non sia compatibile con punti di ritenuta intangibilità costituzionale.

Non è certo questo il caso, dal momento che, anzi, la risposta discorde della Corte di giustizia non farebbe che ampliare la tutela dei diritti dei lavoratori precari della pubblica istruzione e dei fruitori del servizio pubblico di insegnamento, intaccando semmai l'altro polo degli interessi confliggenti: quello del contenimento della spesa pubblica. Interessante sottolineare, peraltro, che non appare affatto remota la possibilità di una differente prospettiva europea, dal momento che la Corte di giustizia ha già assunto posizioni non del tutto conciliabili con quella prospettata dalla Corte costituzionale. Ci riferiamo, in particolare, all'affermazione, svolta a partire dalla sentenza *Adeneler*, che la clausola delle «ragioni obiettive» deve essere interpretata alla luce dello scopo della direttiva e dell'accordo quadro⁹⁶; scopo che consiste nella delimitazione del ripetuto ricorso a rapporti di lavoro a tempo determinato, «considerato come potenziale fonte di abuso a danno dei lavoratori» e nella previsione

⁹⁶ CGE, *Adeneler*, cit., § 60: «Tenuto conto del fatto che tale nozione di “ragioni obiettive” non è definita dall'accordo quadro, il suo senso e la sua portata devono essere determinati considerando lo scopo perseguito da quest'ultimo nonché il contesto in cui la detta clausola 5, punto 1, lett. a), si inserisce (v. in tal senso, in particolare, sentenze 7 giugno 2005, causa C-17/03, *VEMW* e a., Racc. pag. I-4983, punto 41, e giurisprudenza ivi citata, nonché 9 marzo 2006, causa C-323/03, *Commissione/Spagna*, Racc. pag. I-2161, punto 23)». Questa affermazione si inserisce, d'altronde, all'interno di un consolidatissimo filone nel quale la Corte europea ha costantemente sostenuto la priorità del criterio teleologico fra i criteri ermeneutici da applicare in sede di interpretazione del diritto comunitario, specie ove sia in gioco normativa priva di efficacia diretta. Sul punto, v. P. PESCATORE, *Les objectifs de la Communauté européenne comme principes d'interprétation dans la jurisprudence de la Cour de justice*, in *Miscellanea W.J. Ganshof van der Meersch*, II, Bruxelles-Paris, 1972, 328, il quale ricorda che all'uso del criterio teleologico deve essere sempre accordata preminenza in sede di interpretazione delle disposizioni comunitarie anche perché il diritto comunitario *nel suo complesso* è da intendersi come un ordinamento che pone scopi e risultati da raggiungere da parte degli Stati membri.

di un certo numero di disposizioni di tutela *minima* «volte ad evitare la precarizzazione della situazione dei lavoratori dipendenti»⁹⁷. Tale affermazione ha condotto la Corte europea a ribadire più volte che non è sufficiente una clausola nazionale di natura generica per derogare all'impianto di tutela – lo si ripete, minimo – predisposto in sede comunitaria avverso l'abuso della contrattazione a termine, ma che sono necessarie disposizioni puntali e specifiche, che motivino circa le ragioni particolari, legate alla natura dell'attività lavorativa considerata, o circa le precise, elencate e verificabili esigenze di politica sociale da essa coinvolte.

Occorre dunque verificare, alla luce di questa possibile divergenza, la sostenibilità del secondo degli argomenti a favore dell'apertura al rinvio: posto che, in caso di risposta differente della Corte di giustizia, l'autorevolezza della Corte costituzionale risulterebbe in parte, evidentemente, minata, la chiusura avrebbe potuto costituire un argine valido?

A nostro parere, proprio il caso di specie rinforza l'idea che la risposta a questa domanda debba considerarsi negativa: se si considera che una causa in tutto simile era già pendente presso la Corte di giustizia, su ricorso del giudice del lavoro di Napoli, si sarebbe potuto in ogni caso addivenire ad una decisione divergente, dotata della medesima capacità vincolante, senza che però la Corte Costituzionale fosse entrata nel circuito del dibattito e avesse potuto fornirle una propria visione del problema interpretativo e le implicazioni della sua soluzione per il nostro ordinamento e per il nostro impianto costituzionale.

Non è tanto, allora, nella chiusura al rinvio pregiudiziale che possono essere individuate congrue cautele per tutelare l'autorevolezza di giudizio della Corte costituzionale ed il mantenimento di spazi di libertà per quest'ultima quanto, a nostro parere, in una più accorta e consapevole giurisprudenza circa gli effetti da ascrivere alle pronunce della Corte di giustizia. Occorre un'affermazione più netta dei limiti della forza di quelle pronunce e della loro capacità espansiva⁹⁸; occorre non perdere di

⁹⁷ Così, CGE, *Adeneler*, § 63.

⁹⁸ Rivedendo ad esempio quella giurisprudenza che riconosce effetti *erga omnes* alle pronunce interpretative della Corte di giustizia (a partire da Corte cost., sent. n. 389 del 1989), mentre anche in sede europea non si osa altrettanto. La Corte di giustizia si limita infatti ad affermare la vincolatività della sua pronuncia per il giudice ricorrente, ammettendo peraltro una certa interlocuzione con quest'ultimo (cfr. CGE, 24 giugno 1969, causa 29/68, *Milch, Fett, und Eierkontor GmbH contro Hauptzollamt Saabruecken*, § 3; Id., ord. 5 marzo 1986, C-69/85, *Wünsche Handelsgesellschaft*, §§ 13 s.). La dottrina maggioritaria – qui sposata – riconosce peraltro la capacità di quelle pronunce di produrre un'efficacia *ultra partes* in virtù della speciale competenza attribuita alla CGE con finalità

vista quanto la Corte di giustizia stessa ha costantemente riconosciuto – pur se nei fatti non del tutto rispettato –, ossia che quelle pronunce investono uno solo degli elementi di giudizio da tenere in considerazione in sede di valutazione degli equilibri fra normativa interna ed europea (l'interpretazione del diritto comunitario che *integra e rende operativo* il parametro costituzionale)⁹⁹.

Ciò consentirebbe alla Corte costituzionale di recuperare la “disponibilità” di tutti i termini del giudizio: l'oggetto, il parametro costituzionale ed il parametro “interposto” comunitario (pur nella “cornice” di senso delimitata dalla giurisprudenza europea). Una volta tornata la questione nelle mani della Corte costituzionale, all'esito della pronuncia interpretativa della Corte di giustizia, insomma, la risposta finale della Corte in sede di composizione di diversi principi, interessi e diritti coinvolti non sarebbe *una sola* e non sarebbe *necessariamente obbligata* dalla soluzione europea: il Giudice costituzionale avrebbe invece a disposizione *tutte* le soluzioni di bilanciamento fra i diversi parametri da valutare (dei quali solo uno – quello comunitario – è stato chiarito dal giudice competente)¹⁰⁰.

uniformanti (così P. PESCATORE, *Il rinvio pregiudiziale di cui al 177 del trattato CEE e la cooperazione tra la corte ed i giudici nazionali*, in *Foro italiano*, 1986, V, 42; A. BRIGUGLIO, *Pregiudizialità comunitaria*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, XXIII, Roma 1997, 1 ss., E. CALZOLAIO, *Il valore di precedente delle sentenze della Corte di giustizia*, in *Rivista critica di diritto privato*, 2009, 41 ss.).

⁹⁹ V. *ex multis*, CGE, 8 giugno 1971, *Deutsche Grammophon*, in causa 78/80; Id., 15 dicembre 1993, *Hünernmund*, in causa 292/92; per l'affermazione che «non spetta certamente alla Corte pronunciarsi sull'interpretazione del diritto nazionale o sulla compatibilità delle disposizioni di diritto nazionale con il diritto comunitario» v. CGE, 19 marzo 1964, causa 75/63, *Unger*; Id., 18 giugno 1991, *Piageme*, causa C-369/89, § 7: «secondo giurisprudenza costante, benché non spetti alla Corte, nell'ambito dell'art. 177 del Trattato, pronunciarsi sulla compatibilità di una normativa comunitaria con il diritto comunitario, essa è però competente a fornire al giudice nazionale tutti gli elementi d'interpretazione del diritto comunitario che possano consentirgli di valutare tale compatibilità ai fini della soluzione della causa della quale è investito»; Id., 27 ottobre 1993, *Steenhorst-Neerings*, causa C-338/918; Id. settembre 2005, causa C-40/04, *Yonemoto*; Id., 7 settembre 2006, causa C-53/04, *Marrosu e Sardino*, § 31. Ma v. anche CGE, 21 febbraio 2006, causa C-255/02, *Halifax e a.*, §§ 76 ss. e *Marrosu*, cit., §54: «Tuttavia la Corte, nel pronunciarsi su un rinvio pregiudiziale, può fornire, ove necessario, precisazioni dirette a guidare il giudice nazionale nella sua interpretazione». È larghissimamente condivisa, d'altra parte, la constatazione che, nella prassi, la Corte di giustizia opera diversamente, rispondendo a domande pregiudiziali interpretative finalizzate alla verifica della compatibilità fra diritto interno e diritto comunitario (e dunque “applicando” il diritto comunitario oltre che “interpretandolo”).

¹⁰⁰ «E, come sempre accade nel giudizio di bilanciamento, alla Corte è chiesto di prospettare soluzioni che salvino, se possibile, tutti i valori in giuoco» (così, con riferimento

Una tale visione del rapporto fra le due Corti apicali – oltre a sembrarci l'unica sinceramente rispettosa della prospettiva integrativa che si dice sostenere il rapporto fra Stati membri e Unione europea – ci sembra possa proficuamente guidare anche le prospettive future del rapporto fra quelle Corti: prospettive che investono sempre di più, a partire dal 2009 e dal riconoscimento del valore pienamente giuridico della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, l'area dei diritti e del bilanciamento fra diritti, interessi e principi contrapposti; prospettive che muovono verso la delicatissima area dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia, pienamente comunitarizzato, ed il cui impatto su elementi di identità costituzionale comincia ad entrare nell'ordine del giorno delle questioni europee¹⁰¹.

È la possibilità stessa di intendere i controlimiti in senso non necessariamente rigido ed ostativo, ma in senso dialogante e costruttivo¹⁰², a schiudersi in uno scenario dell'integrazione europea oggi per molti versi radicalmente mutato.

a questa visione dell'integrazione europea come «uno dei valori costituzionali affidato alle cure della Corte, da ponderare adeguatamente nel bilanciamento con gli altri principi supremi», M. CARTABIA, *Principi inviolabili e integrazione europea*, cit., 249 s.).

¹⁰¹ Si v., per fare un solo significativo esempio, il già famosissimo caso *Melloni* (CGE, 26 febbraio 2013, causa C-399/11).

¹⁰² Cfr. per questa visione dei controlimiti, fra gli altri, M. CARTABIA, *Principi inviolabili e integrazione europea*, cit., 242 s.: «resta aperta anche la possibilità per la Corte costituzionale di impiegare quegli strumenti persuasivi ed interpretativi che, senza giungere alla dichiarazione di incostituzionalità delle norme comunitarie, permettano di rendere presenti a livello europeo (e alla Corte di giustizia innanzitutto) le esigenze del sistema costituzionale italiano e dei suoi elementi fondanti. Questo è precisamente ciò che intendo, quando dico che la competenza della Corte costituzionale in materia di “controlimiti” deve essere principalmente la sede in cui si esprime la voce dell'ordinamento costituzionale italiano»; A. RUGGERI, “Tradizioni costituzionali comuni” e “controlimiti”, *tra teoria delle fonti e teoria dell'interpretazione*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2003, 110.

Stefania Mabellini

LA CONDIZIONE GIURIDICA DELLO STRANIERO NELLA PROSPETTIVA DEL COSTITUZIONALISMO MULTILIVELLO*

SOMMARIO: 1. La condizione giuridica dello straniero nella Costituzione... – 2. ... e nella giurisprudenza costituzionale – 3. Lo “straniero” nel costituzionalismo multilivello – 4. L’ “integrazione delle tutele”, in relazione al trattamento dello straniero – 5. L’emersione delle “ragioni della solidarietà umana” nella giurisprudenza costituzionale.

1. *La condizione giuridica dello straniero nella Costituzione...*

Come è noto, quello sulla condizione giuridica degli stranieri non è tra i dibattiti che più abbiano animato i lavori dell’Assemblea costituente. Non c’è da stupirsi, pertanto, che le coordinate offerte, al riguardo, dal testo costituzionale, risultino piuttosto scarse.

Ciò non toglie, tuttavia, che, proprio in ordine alla disciplina giuridica dello straniero, come, forse, in nessun’altra materia, la Costituzione italiana abbia espresso una autentica vocazione internazionalistica¹.

Quand’anche, infatti, in linea con la prassi e la giurisprudenza costituzionale, non si voglia riconoscere, alla disposizione contenuta nel comma 1 dell’art. 10 Cost., l’effetto di determinare, per la generalità dei trattati, un adattamento automatico², non pare, quanto meno, dubitabile

* Il presente studio è destinato alla Raccolta di Scritti in onore del Prof. Antonio D’Atena.

¹ Rileva l’apertura internazionalistica della Costituzione italiana, V. ONIDA, *La Costituzione del 1948, ieri e oggi*, relazione al Convegno “La Costituzione ieri e oggi”, Roma, 9-10 gennaio 2008, in *www.lincedi.it*.

² Sulla possibilità di argomentare, attraverso l’art. 10, comma 1, Cost., l’adattamento automatico dell’ordinamento giuridico italiano al diritto pattizio, v., R. QUADRI, *Diritto internazionale pubblico*, Napoli 1968, 63 ss.; A. D’ATENA, *Adattamento del diritto interno al diritto internazionale*, in *Enc. giur.*, I, Roma 1988, 5 ss.; ID., *L’adattamento dell’ordina-*

che il successivo comma 2 – dotando di immediata rilevanza, nell'ordinamento interno, le norme pattizie, oltre che quelle consuetudinarie, a cui la legge sulla condizione giuridica dello straniero è tenuta a *conformarsi* – abbia conferito una posizione privilegiata ad una particolare categoria di trattati, o, per meglio dire, alle norme di adattamento a quei trattati. Le quali sembrerebbero abilitate a porsi come parametro di legittimità della disciplina legislativa sugli stranieri³.

È di tutta evidenza che la novella costituzionale del 2001, sancendo l'estensione, alle leggi statali, di un limite fino a quel momento contemplato a carico delle sole leggi regionali, il limite del rispetto degli obblighi internazionali (art. 117, comma 1, Cost.)⁴, abbia messo fine allo “*status* formalmente privilegiato” di quelli, tra i trattati internazionali, che abbiano ad oggetto la disciplina giuridica degli stranieri.

mento interno al diritto internazionale, in ID., *Lezioni di diritto costituzionale*, III ed., Torino 2012, 187 ss.

³ Cfr., in questo senso, G. GUZZETTA, F.S. MARINI, *Diritto pubblico italiano ed europeo*, Torino, 2011, 101 s. Nel contempo, sulla sottoposizione delle leggi disciplinanti il trattamento degli stranieri al controllo di costituzionalità, v., la sent. n. 54 del 1979, punto 5 del *Cons. in dir.*, nella quale la Corte costituzionale precisa che «è vero che la condizione giuridica dello straniero – secondo il capoverso dell'art. 10 Cost. – “è regolata dalla legge in conformità delle norme e dei trattati internazionali”; ma ciò non significa che si debba presumere la legittimità costituzionale di tutte le leggi ordinarie emanate in esecuzione dei trattati stessi (...). Anche in questo campo invece, qualora non vengano in considerazione “norme del diritto internazionale generalmente riconosciute”, s'impone la comune esigenza di verificare la conformità delle leggi e delle fonti equiparate rispetto ad ogni norma o principio costituzionale». V., in argomento, A. D'ATENA, *Problemi relativi al controllo di costituzionalità delle norme di adattamento ai trattati internazionali*, in *Giur. cost.*, 1967, 608 ss.; M. LUCIANI, *Cittadini e stranieri come titolari dei diritti fondamentali. L'esperienza italiana*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1992, 230 ss.; P. STANCATI, *Lo statuto costituzionale del non cittadino: le libertà civili*, relazione al convegno dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti “Lo statuto costituzionale del non cittadino”, Cagliari 16-17 ottobre 2009, in *www.astrid-online.it*, 25 ss.

⁴ In argomento, limitandosi ai primi commenti successivi alla novella costituzionale, v., B. CARAVITA, *La Costituzione dopo la riforma del titolo V*, Torino 2002, 116; A. D'ATENA, *La nuova disciplina costituzionale dei rapporti internazionali e con l'Unione Europea*, in *Rass. parl.*, 2002, 922 ss.; G.F. FERRARI, *Il primo comma dell'art. 117 della Costituzione e la tutela internazionale dei diritti*, in *DPCE*, 2002, 1849 ss.; G. GEMMA, *Rispetto dei trattati internazionali: un nuovo obbligo del legislatore statale*, in *Quad cost.*, 2002, 605 ss.; P. CARETTI, *Il limite degli obblighi internazionali e comunitari per la legge dello Stato e delle Regioni*, in ID. (a cura di), *Osservatorio sulle fonti* 2002, Torino 2003, 2 ss.; nonché, G. SERGES, *Art. 117, 1° co, Cost.*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione. Banca dati ipertestuale*, Torino 2008.

2. ... e nella giurisprudenza costituzionale

Eppure, questa assimilazione sul piano formale segue, anziché precedere, quella di fatto già realizzata dalla giurisprudenza costituzionale.

Superata, infatti, ad eccezione di alcune prerogative⁵, la tradizionale differenza tra diritti riconosciuti a tutti gli uomini e diritti riservati ai soli cittadini⁶, la Corte costituzionale tende, nella prospettiva dell'internazionalizzazione dei diritti umani, a «leggere» la Costituzione alla luce degli accordi internazionali⁷, assumendo che l'una e gli altri possano integrarsi e completarsi reciprocamente nella interpretazione⁸, ed altresì ammettendo – o meglio non escludendo – dalla “portata” della Carta costituzionale, categorie testualmente non ricomprese tra i soggetti destinatari delle norme attributive di diritti.

Per inciso, tale operazione interpretativa è stata agevolata dalla constatazione che, nella Costituzione, solo in rare occasioni è dato riscon-

⁵ Il riferimento è ovviamente ai diritti di partecipazione politica, su cui, cfr., E. GROSSO, *Cittadini per amore, cittadini per forza: la titolarità soggettiva del diritto di voto nelle Costituzioni europee*, in DPCE, 2000, 505 ss.; G.U. RESCIGNO, *Note sulla cittadinanza*, in Dir. pubbl., 2000, 751 ss.; G. BASCHERINI, *Immigrazione e diritti fondamentali. L'esperienza italiana tra storia costituzionale e prospettive europee*, Napoli 2007, 373 ss.

⁶ V., A. D'ATENA, *Costituzionalismo e tutela dei diritti fondamentali*, in ID., *Lezioni di diritto costituzionale*, cit., 11 ss.; M. LUCIANI, *Cittadini e stranieri come titolari dei diritti fondamentali. L'esperienza italiana*, cit., 203 ss., il quale osserva (p. 208) che «i diritti del cittadino [...] vengono sempre più frequentemente (e magari inconsapevolmente) pensati come se fossero *diritti dell'uomo*: per questa impostazione culturale la differenza tra cittadini e stranieri tende dunque, dal punto di vista dei diritti fondamentali, ad essere sempre più recessiva».

⁷ Così, A. D'ATENA, *Costituzionalismo e tutela dei diritti fondamentali*, cit., 12. Cfr., sul punto, M. RUOTOLO, *La “funzione ermeneutica” delle Convenzioni internazionali sui diritti umani nei confronti delle disposizioni costituzionali*, in Dir. soc., 2000, 291 ss., il quale (pag. 302) rileva la «tendenza, oramai fortemente radicata nella giurisprudenza costituzionale italiana, ad esaltare la funzione di “unificazione” e “attuazione” dei principi che ispirano le Costituzioni degli Stati democratici esercitata proprio dalle convenzioni internazionali in materia di diritti umani».

⁸ ... per riprendere le parole della sent. Corte cost. n. 388 del 1999, punto 2.1 del Cons. in dir. Cfr., G. D'ORAZIO, *Lo straniero nella Costituzione italiana*, Padova 1992, 211 s., il quale osserva che «non è infrequente che la giurisprudenza (oltre che la dottrina) riscontri tra fattispecie normative poste dalle due fonti [interne e internazionale] una “so-stanziale identità” o un “allineamento” della Conv. alla Costituzione, o una coincidenza o “armonia” di principi e di norme contenute nella Costituzione con altri “universalmente accolti”».

trare una indicazione nel senso della limitazione della titolarità soggettiva dei diritti (e dei doveri) da essa contemplati ai soli cittadini. Ed anche in tali ipotesi, di queste norme costituzionali, è prevalsa, con l'avallo della giurisprudenza costituzionale⁹, una lettura "accomodante" – svalutativa, in definitiva, del dato testuale¹⁰ –, alla luce della quale le relative formulazioni sarebbero da intendersi non come radicalmente preclusive dell'estensione al non cittadino delle rispettive posizioni giuridiche, ma, più "modestamente", come dirette ad apprestare nei confronti del cittadino specifiche tutele positive¹¹.

Si tratta, come noto, di un indirizzo interpretativo che può farsi risalire alla sent. n. 120 del 1967¹², con cui la Corte costituzionale ebbe a riconoscere l'estensione agli stranieri, «quando trattasi di rispettare quei diritti fondamentali», del principio di eguaglianza, garantito dall'art. 3 Cost., non "isolatamente considerato", ma "letto" in connessione con

⁹ Basti ricordare la nota sent. n. 172 del 1999, nella quale, dichiarando non fondata la questione di costituzionalità della norma che imponeva agli apolidi residenti in Italia l'adempimento degli obblighi di leva (artt. 1, comma 1, lett. c), del d.P.R. 14 febbraio 1964, n. 237, Leva e reclutamento obbligatorio nell'Esercito, nella Marina e nell'Aeronautica, e 16, comma 1, della legge 5 febbraio 1992, n. 91, Nuove norme sulla cittadinanza), affermava che «l'art. 52 della Costituzione, proclamando il "sacro dovere" di difesa della Patria e l'obbligatorietà del servizio militare, nei limiti e nei modi stabiliti dalla legge, si riferisce ai cittadini italiani (...)», aggiungendo, peraltro, che «l'anzidetta determinazione dell'ambito personale di validità dell'obbligo costituzionale di prestazione del servizio militare non esclude l'eventualità che la legge, in determinati casi, ne stabilisca (...) l'estensione. La portata normativa della disposizione costituzionale è infatti, palesemente, quella di *stabilire in positivo, non già di circoscrivere in negativo*, i limiti soggettivi del dovere costituzionale. In breve: il silenzio della norma costituzionale non comporta divieto» (Punto 2.1. *Cons. in dir.* Corsivo non testuale).

¹⁰ Si veda, M. LUCIANI, *Cittadini e stranieri come titolari dei diritti fondamentali. L'esperienza italiana*, cit., 226, il quale rileva che «il solo dato certo che emerge dalla giurisprudenza [...] è che il giudice costituzionale ritiene irrilevante il dato testuale».

¹¹ In questo senso, E. GROSSO, *Cittadini per amore, cittadini per forza: la titolarità soggettiva del diritto di voto nelle Costituzioni europee*, cit., 529 ss. Cfr., sulla possibilità di estensione dei diritti costituzionali ai non cittadini, M. LUCIANI, *Cittadini e stranieri come titolari dei diritti fondamentali. L'esperienza italiana*, cit., 230 ss.; ID., *La Costituzione italiana e gli ostacoli all'integrazione europea*, in *Pol. dir.*, 1992, 562 ss.; A. CIANCIO, *Lavoratori senza frontiere: la condizione giuridica dello straniero residente e la tutela dei diritti costituzionali*, in *Rass. parl.*, 1999, 566 ss.; G.U. RESCIGNO, *Note sulla cittadinanza*, in *Dir. pubbl.*, 2000, 751 ss.

¹² V., A. D'ATENA, *Costituzionalismo e tutela dei diritti fondamentali*, cit., 12; M. LUCIANI, *Cittadini e stranieri come titolari dei diritti fondamentali. L'esperienza italiana*, cit., 213 ss.; V. ONIDA, *Lo statuto costituzionale del non cittadino*, Relazione introduttiva svolta al Convegno di Cagliari dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti, dedicato allo stesso tema, il 16 ottobre 2009, in www.associazionedeicostituzionalisti.it, 5.

l'art. 2 Cost. e appunto con le norme di diritto internazionale, richiamate dall'art. 10, comma 2, Cost.¹³.

Ciò nonostante, secondo l'interpretazione accolta in quella, ed in analoghe pronunce, dall'affermata titolarità soggettiva, in capo agli stranieri, del principio di eguaglianza, non discenderebbe l'illegittimità della disciplina diseguale. Deve, infatti, constatarsi che, in un primo momento, sotto il cappello del principio di eguaglianza, si porge principalmente alla giurisprudenza costituzionale il titolo giustificativo del diverso trattamento riservato allo straniero rispetto al cittadino, conseguenza della diversa "situazione di fatto" in cui verserebbe il primo rispetto al secondo¹⁴.

Mentre è solo in tempi più recenti – e, come attentamente rilevato in dottrina, sull'onda degli interventi normativi in materia¹⁵ – che la Corte

¹³ V., ancora, M. LUCIANI, *Cittadini e stranieri come titolari dei diritti fondamentali. L'esperienza italiana*, cit., 213 ss.

¹⁴ Si veda, sul punto, la sent. n. 104 del 1969, in cui si legge: «la riconosciuta eguaglianza di situazioni soggettive nel campo della titolarità dei diritti di libertà non esclude affatto che, nelle situazioni concrete, non possano presentarsi, fra soggetti uguali, differenze di fatto che il legislatore può apprezzare e regolare nella sua discrezionalità, la quale non trova altro limite se non nella razionalità del suo apprezzamento. Ora, nel caso, non può escludersi che, tra cittadino e straniero, benché uguali nella titolarità di certi diritti di libertà, esistano differenze di fatto che possano giustificare un loro diverso trattamento nel godimento di quegli stessi diritti»; e inoltre: «questa differenza di situazioni di fatto e di connesse valutazioni giuridiche, la cui elencazione é superfluo continuare, sono rilevabili in ogni ordinamento e si fondano tutte sulla basilare differenza esistente tra il cittadino e lo straniero, consistente nella circostanza che, mentre il primo ha con lo Stato un rapporto di solito originario e comunque permanente, il secondo ne ha uno acquisito e generalmente temporaneo» (punto 4 *Cons. in dir.*). In questo senso, v., anche le sentt. nn. 144 del 1970 e 244 del 1974. In quest'ultima, in particolare, si ribadisce che «la Corte ha riconosciuto che non può escludersi che tra cittadino e straniero, benché uguali nella titolarità di certi diritti di libertà, esistano differenze di fatto e di posizioni giuridiche tali da razionalmente giustificare un diverso trattamento nel godimento di tali diritti» (punto 2, *Cons. in dir.*). In senso critico, si può però rilevare, con le parole di M. CUNIBERTI, *L'illegittimità costituzionale dell'esclusione dello straniero dalle prestazioni sociali previste dalla legislazione regionale*, in *Le Regioni*, 2006, 518, che la cittadinanza «non è una "situazione di fatto" ... ma una qualità del soggetto che è il risultato di una valutazione circa la sua appartenenza alla comunità nazionale»; già, in questo senso, G.U. RESCIGNO, *Note sulla cittadinanza*, cit., 751 ss.

¹⁵ In questo senso, si veda, A. PACE, *Dai diritti del cittadino ai diritti fondamentali dell'uomo*, relazione al Convegno internazionale di diritto comparato sul tema "Are Human Rights Universal and Binding?", Washington D.C., USA, 25 luglio – 1° agosto 2010, in *Rass. parl.*, 2010, 651 ss., il quale sottolinea (pp. 671 s.) che, dopo l'intervento della legge 6 marzo 1998, n. 40 (c.d. legge Turco-Napolitano) e del d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286 ("Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla

costituzionale si avvia a declinare il principio di eguaglianza nella sua potenzialità più fortemente espansiva. Così, attraverso la chiave offerta dal principio di non discriminazione, viene esteso agli stranieri il godimento, dapprima, di diritti ritenuti – non senza il rischio di artificiosità – “fondamentali”¹⁶, quale il diritto alla salute¹⁷ o ad un alloggio¹⁸. E, in un secondo momento, analoga operazione si realizza in relazione a situazioni giuridiche ulteriori, “facoltative”¹⁹, le quali, pur mancando di quella asserita fundamentalità, vedono ampliato il novero di destinatari attraverso il varco offerto dal sindacato di ragionevolezza²⁰.

condizione dello straniero”), con cui si «demanda al giudice – sia esso la Corte costituzionale o il giudice comune – l’accertamento, con riferimento alla singola fattispecie, della spettanza allo straniero dei “*diritti fondamentali* della persona umana”, la Corte costituzionale non ha più avuto remore ad applicare agli stranieri extracomunitari le norme costituzionali della Parte prima della Costituzione, e lo ha fatto non di rado invocando esplicitamente, a supporto della decisione, proprio il t.u. n. 286 del 1998». V., inoltre, sul punto, R. CHERCHI, *Lo straniero e la Costituzione. Ingresso, soggiorno, allontanamento*, Napoli 2012, 21 ss.

¹⁶ Per una critica di questa ricostruzione dei diritti fondata sulla pretesa distinzione tra ciò che è fondamentale e ciò che non lo è, v., ancora, M. CUNIBERTI, *La cittadinanza. Libertà dell'uomo e libertà del cittadino nella Costituzione italiana*, Padova 1997, 159 ss.; ID., *L'illegittimità costituzionale dell'esclusione dello straniero dalle prestazioni sociali previste dalla legislazione regionale*, cit., 510 ss. In dottrina, propongono una diversa interpretazione della nozione di “fondamentalità”, P. GROSSI, *Il diritto costituzionale tra principi di libertà e istituzioni*, Padova 2008, 2 ss.; G. GUZZETTA, F.S. MARINI, *Diritto pubblico italiano ed europeo*, cit., 616 s.

¹⁷ Sentt. nn. 376 del 2000; 252 del 2001; 269 del 2010.

¹⁸ Così, la sent. n. 61 del 2011.

¹⁹ Così si esprime la sent. n. 432 del 2005, in relazione alle norme di una legge regionale lombarda con cui si attribuiva a determinate categorie di soggetti un diritto alla circolazione gratuita o di fruire di tariffe agevolate: «la circostanza che la Regione abbia nella specie introdotto un regime di favore senz'altro eccedente i limiti dell'“essenziale”, sia sul versante del diritto alla salute, sia su quello delle prestazioni concernenti “i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale”, non esclude affatto che le scelte connesse alla individuazione delle categorie dei beneficiari – necessariamente da circoscrivere in ragione della limitatezza delle risorse finanziarie – debbano essere operate, sempre e comunque, in ossequio al principio di ragionevolezza; al legislatore (statale o regionale che sia) è consentito, infatti, introdurre regimi differenziati, circa il trattamento da riservare ai singoli consociati, soltanto in presenza di una “causa” normativa non palesemente irrazionale o, peggio, arbitraria». Cfr., F. RIMOLI, *Cittadinanza, eguaglianza e diritti sociali: qui passa lo straniero*, in *Giur. cost.*, 2005, 4675 ss.; M. GNES, *Il diritto degli stranieri extracomunitari alla non irragionevole discriminazione in materia di agevolazioni sociali*, *Giur. cost.*, 2005, 4681 ss.; M. GORLANI, *Accesso al welfare state e libertà di circolazione: quanto pesa la residenza regionale?*, in *Le Regioni*, 2006, 345 ss.; P. STANCATI, *Lo statuto costituzionale del non cittadino: le libertà civili*, cit., 33 ss.

²⁰ Emblematiche, in questo senso, la già citata sent. n. 432, e la n. 306 del 2008. Cfr.,

Non può dirsi, tuttavia, superato, dalla Corte, l'argomento della "differenza fattuale" tra cittadino e non²¹. Piuttosto, più stretto ed avvolgente si è fatto il suo scrutinio sulla "ragionevolezza" di tale discriminazione rispetto alla «portata teleologica»²² della norma di volta in volta sotto esame²³.

Così che il riconoscimento della titolarità delle diverse posizioni soggettive rappresenta, normalmente, il risultato di un'operazione di bilanciamento effettuata caso per caso dalla Corte costituzionale, con esiti non sempre pronosticabili²⁴, ma che vede progressivamente polarizzarsi l'in-

V. ONIDA, *Lo statuto costituzionale del non cittadino*, cit., 3 ss.; M.C. LOCCHI, *Facta sunt servanda: per un diritto di realtà in tema di uguaglianza degli stranieri*, in *Quad. cost.*, 2010, 571 ss. Ancora di recente, in senso confermativo, v., le sentt. nn. 2 e 4 del 2013. Nella prima, la Corte dichiara fondata la questione di costituzionalità di una legge della Provincia di Bolzano nella quale si prevede, come requisito per l'accesso dei cittadini di Stati non appartenenti all'Unione europea alle prestazioni di assistenza sociale aventi "natura economica" un periodo minimo di cinque anni di ininterrotta residenza nella provincia di Bolzano, sulla base della considerazione che la previsione di un simile requisito non risulterebbe rispettoso dei principi di ragionevolezza e di uguaglianza, in quanto non sarebbe «possibile presumere, in termini assoluti, che gli stranieri immigrati nella Provincia da meno di cinque anni, ma pur sempre ivi stabilmente residenti o dimoranti, versino in stato di bisogno minore rispetto a chi vi risiede o dimora da più anni». Nella sent. n. 4 del 2013, la Corte, nell'accogliere la questione di costituzionalità di una legge della Regione Calabria, nella parte in cui limita ai cittadini extracomunitari, in possesso di "regolare carta di soggiorno", il godimento dei benefici previsti dalla medesima legge, ribadisce che «al legislatore, sia statale che regionale, è consentito (...) attuare una disciplina differenziata per l'accesso a prestazioni eccedenti i limiti dell'essenziale, al fine di conciliare la massima fruibilità dei benefici previsti con la limitatezza delle risorse economiche da destinare al maggior onere conseguente. La legittimità, in linea di principio, di tale finalità non esclude, tuttavia, che i canoni selettivi adottati debbano rispondere al principio di ragionevolezza».

²¹ V., M.C. LOCCHI, *Facta sunt servanda: per un diritto di realtà in tema di uguaglianza degli stranieri*, cit., 571 ss.

²² ... per riprendere le parole della sent. n. 61 del 2011 (punto 2.1. *Cons. in dir.*).

²³ Del resto, già A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte generale. Introduzione allo studio dei diritti costituzionali*, Padova, 2003, 318, premesso che «la titolarità dei diritti costituzionali [spetterebbe] ai soli cittadini», rileva che «la disciplina legislativa della condizione giuridica dello straniero extracomunitario incontra bensì il limite posto dal principio di razionalità/ragionevolezza ma non quello di eguaglianza». Cfr., per una ricostruzione della giurisprudenza costituzionale, G. D'ORAZIO, *Lo straniero nella Costituzione italiana*, cit., 221 ss.

²⁴ Si consideri l'ord. n. 32 del 2008 con cui la Corte costituzionale, in relazione al problematico requisito della residenza continuativa per l'accesso a prestazioni sociali, dichiara manifestamente inammissibili o infondati i dubbi sollevati dal TAR Lombardia in relazione alla legge regionale lombarda con cui si riserva l'accesso all'edilizia residenziale pubblica a soggetti che risiedano o lavorino nella Regione da almeno cinque anni. Che il

dice della “differenziazione ammissibile” non più sul requisito della cittadinanza, ma – in opposizione ad una legislazione, invece, progressivamente più restrittiva²⁵ – sull’elemento della regolare residenza dello straniero²⁶.

Assai più limitate sono, invece, le situazioni giuridiche che – radicalmente esenti, per la Corte, da ogni operazione di bilanciamento²⁷ – vengono garantite agli stranieri, «qualunque sia la loro posizione rispetto alle norme che regolano l’ingresso ed il soggiorno nello Stato»²⁸. Tale è, ad

requisito della residenza “duratura”, a differenza di quella “istantanea”, si presti a realizzare l’esclusione discriminatoria di determinati soggetti dal godimento di un diritto sociale, è sottolineato da F. CORVAJA, *Libera circolazione dei cittadini e requisito di residenza regionale per l’accesso all’edilizia residenziale pubblica*, in *Le Regioni*, 2008, 630, il quale ricorda che è la stessa Corte di Giustizia, ad esempio nella sent. 6 gennaio 2003, *Commissione c. Italia*, causa C-388/01, a sospettare che il requisito della residenza per l’accesso a prestazioni sociali celi il rischio di introdurre una discriminazione indiretta. Si vedano, sul punto, anche G. BRUNELLI, *Welfare e immigrazione: le declinazioni dell’eguaglianza*, in *Ist. fed.*, 2008, 542 ss.; A. GUAZZAROTTI, *Lo straniero, i diritti, l’uguaglianza*, in *Quest. giust.*, 2009, 95 ss., il quale osserva (pag. 97) che «una volta messa fuori gioco la discriminazione “scoperta” (il requisito della cittadinanza), emerge e si ramifica quella più coperta (il requisito della residenza) ... apparentemente neutra e “razionale”».

²⁵ Cfr., A. RUGGERI, C. SALAZAR, “*Ombre e nebbia*” nel riparto delle competenze tra Stato e Regioni in materia di emigrazione/immigrazione dopo la riforma del titolo V, in *Quad. reg.*, 2004, 68 ss.; B. PEZZINI, *Lo statuto costituzionale del non cittadino: i diritti sociali*, relazione presentata al Convegno dell’Associazione Italiana dei Costituzionalisti, “Lo statuto costituzionale del non cittadino”, Cagliari 16-17 ottobre 2009, in *www.associazionedeicostituzionalisti.it*, 16 ss.; A. ALGOSTINO, *La condizione degli stranieri in Italia fra diritti universali e difesa della fortezza*, in DPCE, 2003, 630 ss.; A. PATRONI GRIFFI, *Stranieri non per la Costituzione*, Relazione al Convegno organizzato dall’Associazione E. de Nicola su “Immigrazione nell’equilibrio tra esigenze di sicurezza e di integrazione sociale”, Torre del Greco (Na), 16 maggio 2009, nel *Forum di Quaderni costituzionali*.

²⁶ Ammettono gli stranieri legalmente residenti nel territorio italiano al godimento di alcune prestazioni sociali, oltre alla sent. n. 432 del 2005, le sentt. nn. 306 del 2008 e 11 del 2009. In senso critico sul requisito della residenza, v., M.C. LOCCHI, *Facta sunt servanda: per un diritto di realtà in tema di uguaglianza degli stranieri*, cit., 583 ss.

²⁷ Cfr., in argomento, B. PEZZINI, *Lo statuto costituzionale del non cittadino: i diritti sociali*, cit., 32, la quale sottolinea che «vi è un’area di diritti rispetto ai quali il titolo di ingresso e soggiorno non rileva, né la sua durata; la presenza è sufficiente a costruire il rapporto. Le ragioni che sostengono il “disancoramento” di determinate prestazioni dalla condizione della regolarità possono rintracciarsi nella immediata inerenza del bene tutelato alla persona e nell’apprezzamento di una peculiare qualità sociale garantita dal suo godimento. Si potrebbe parlare di diritti sociali personalissimi, in cui viene in gioco l’esistenza stessa della persona, perché il bene oggetto del diritto coincide con la vita o con una sua qualità essenziale: si tratta del nucleo essenziale della salute per la persona adulta e di tutti i diritti dei minori»; A. ALGOSTINO, *La condizione degli stranieri in Italia fra diritti universali e difesa della fortezza*, cit., 625 ss.

²⁸ Sent. 252 del 2001, punto 2 del *Cons. in dir.*, nonché le precedenti nn. 267 del 1998, 309 del 1999, 509 del 2000.

esempio, il “nucleo irriducibile” di tutela del diritto alla salute²⁹, il diritto ad accedere ad una, anche temporanea, sistemazione abitativa³⁰, il diritto di contrarre matrimonio³¹, diritti, tutti, da considerarsi spettanti «ai singoli non in quanto partecipi di una determinata comunità politica, ma in quanto esseri umani»³².

Sottratto, infine, ad ogni operazione di bilanciamento è il trattamento giuridico dello straniero minore, la cui condizione di irregolarità non sembra potersi mai elevare a legittima differenza fattuale. Tanto che lo stesso diritto all'unità familiare – che la Corte, a ben guardare, sembrerebbe ritenere, in questi termini, *non* fondamentale – rileva non come oggetto di tutela in sé³³, ma, piuttosto, in quanto funzionale alla garanzia del preminente interesse del minore a ricevere la massima espressione della funzione genitoriale³⁴.

²⁹ V., nuovamente, la già citata sent. n. 252 seguita, più recentemente, seppur con diversa impostazione, dalla sent. n. 269 del 2010, su cui cfr., D. MORANA, *Titolari di diritti anche se irregolari: politiche regionali di integrazione sociale e diritto alla salute degli immigrati*, in *Giur. cost.*, 2010, 3238 ss. V., inoltre, A. DEFFENU, *La condizione giuridica dello straniero nel “dialogo” tra Corte costituzionale e giudice amministrativo*, in G. CAMPANELLI, M. CARDUCCI, N. GRASSO, V. TONDI DELLA MURA (a cura di), *Diritto costituzionale e diritto amministrativo: un confronto giurisprudenziale*, Torino 2010, 112.

³⁰ Sent. 61 del 2001, su cui v., F. BIONDI DAL MONTE, *Regioni, immigrazione e diritti fondamentali*, nel *Forum dei Quaderni Costituzionali*; A. RANDAZZO, *La salute degli stranieri irregolari: un diritto fondamentale “dimezzato”?*, in *www.giurcost.org*, nella *Sezione Studi*, 2012. Inoltre, sia consentito il rinvio a S. MABELLINI, *La dimensione sociale dello straniero tra uniformità (sovranaazionale) e differenziazione (regionale)*, in *Giur. cost.*, 2011, 804 ss.

³¹ Sent. n. 245 del 2011.

³² Sent. n. 105 del 2001, ripresa dalla n. 249 del 2010.

³³ È in questa prospettiva, che, in relazione alla disciplina che limita l'applicazione del divieto di espulsione ai soli stranieri conviventi con il coniuge di nazionalità italiana, la Corte costituzionale distingue, in base ad una asserita eterogeneità fattuale, «la situazione dello straniero coniugato con altro straniero – sia pur munito di permesso di soggiorno – e quella dello straniero coniugato con un cittadino italiano» (ord. n. 158 del 2006). Del resto, in senso analogo, già l'ord. n. 232 del 2001 affermava che: «quanto alla ritenuta violazione dell'art. 3 Cost., non può effettuarsi alcun giudizio di comparazione tra lo straniero coniugato con altro straniero – sia pur munito di permesso di soggiorno – e quella dello straniero coniugato con un cittadino italiano (...) trattandosi di situazioni del tutto eterogenee fra loro, non potendosi paragonare la situazione di chi ha vincoli familiari con un cittadino con quella di colui che è coniugato con altro straniero». Così, ancora, in relazione al ricongiungimento familiare tra figli maggiorenni e genitori, la Corte afferma che «il legislatore ben può bilanciare “l'interesse all'affetto” con altri interessi meritevoli di tutela» (in questi termini l'ord. n. 335 del 2007. Nella stessa linea si collocano la sent. n. 224 del 2005 e le ord. nn. 232 del 2001, 464 del 2005, 368 del 2006).

³⁴ Qualora, infatti, venga in rilievo l'interesse di un minore, tutti gli altri valori in

Se, dunque, può, con la Corte, dirsi esistente uno «spazio vuoto di diritto costituzionale nel quale il legislatore può far uso del proprio potere discrezionale nell'apprezzare ragioni che inducano a estendere la cerchia»³⁵ dei destinatari, non può, tuttavia, tacersi che il legislatore, nell'opera di riempimento di quello «spazio vuoto», abbia decisamente perduto rilevanti margini di discrezionalità.

gioco ne escono ridimensionati, poiché «il diritto e il dovere di mantenere, istruire ed educare i figli, e perciò di tenerli con sé, e il diritto dei genitori e dei figli minori ad una vita comune nel segno dell'unità della famiglia, sono (...) diritti fondamentali della persona che perciò spettano in via di principio anche agli stranieri» (sent. n. 28 del 1995, richiamata anche dalle nn. 203 del 1997 e 376 del 2000); così che ne risulta parificata «la posizione del marito convivente con donna incinta, o che ha partorito da non oltre sei mesi, con quella della stessa» ed esteso «anche a tale soggetto il divieto di espulsione» (sent. n. 376 del 2000); oppure viene riconosciuto il diritto al ricongiungimento familiare anche agli stranieri «che, pur non essendo coniugati, siano titolari dei diritti-doveri derivanti dalla loro condizione di genitori» (così la sent. n. 203 del 1997). Sulla scia della citata giurisprudenza costituzionale, nella giurisdizione di merito si è sviluppato un orientamento (Corte di cassazione – Sezioni Unite civili – Sentenza 6 luglio-25 ottobre 2010 n. 21799, su cui cfr., M. CASTELLANETA, *I gravi motivi che giustificano la permanenza non sono limitati alle situazioni eccezionali*, in *Guida al diritto*, 11/2010, n. 45, 37 ss.; nonché sentt. Cass. nn. 22080/2009 e 823/2010) – tuttavia, non ancora consolidato – in base al quale, in applicazione dell'art. 31 del d.lgs. 286 del 1998, qualora ricorressero gravi motivi legati allo sviluppo psicofisico del minore, potrebbero essere temporaneamente autorizzati l'ingresso o la permanenza in Italia del genitore. In senso contrario, si vedano le successive sentenze nn. 5856 e 5857 del 2010, che, evocando il rischio di «strumentalizzazione dell'infanzia» da parte degli stranieri irregolari, appaiono fortemente critiche nei confronti delle precenti. Cfr., L. MIAZZI, *Una sentenza sui minori stranieri che ignora i minori (e anche la Costituzione)*, in *Questione giustizia*, 2010, 133 ss. Sul punto, d'altra parte, si considerino anche il Testo unico sull'immigrazione (d. lgs. n. 286 del 1998), i cui artt. 19 e 28 prevedono, rispettivamente, il divieto di espulsione dei minori stranieri (comma 2, lett. a) e l'obbligo, secondo quanto sancito dalla Convenzione sui diritti del fanciullo del 1989, di prendere in considerazione con carattere di priorità, in tutti i procedimenti amministrativi e giurisdizionali finalizzati a dare attuazione al diritto all'unità familiare, il superiore interesse del fanciullo (comma 3), nonché la normativa europea, che, intervenuta con la Direttiva 2008/115/CE in materia di procedure comuni da applicare negli Stati membri per il rimpatrio di cittadini di paesi terzi, con riguardo al rimpatrio obbligatorio dello straniero irregolare ha raccomandato agli Stati membri di tenere nella debita considerazione l'interesse superiore del bambino e la vita familiare (art. 5). La direttiva è stata attuata in Italia con il decreto-legge 23 giugno 2011, n. 89, convertito, con modificazioni, in l. 2 agosto 2011, n. 129, recante «disposizioni urgenti per il completamento dell'attuazione della direttiva 2004/38/CE sulla libera circolazione dei cittadini comunitari e per il recepimento della direttiva 2008/115/CE sul rimpatrio dei cittadini di Paesi terzi irregolari», la quale, dei diritti dei minori, si occupa, in particolare, all'art. 3. V., F. SCUTO, *I diritti fondamentali della persona quale limite al contrasto dell'immigrazione irregolare*, Milano 2012, 165 ss.

³⁵ Così, la sent. n. 172 del 1999, punto 2.1. del *Cons. in dir.*

3. Lo “straniero” nel costituzionalismo multilivello

Ebbene, non può ignorarsi il ruolo giocato, per lo sviluppo di questa giurisprudenza, dagli orientamenti emersi sul piano internazionale e sovranazionale³⁶.

Quanto al primo, ruota tuttora principalmente – in attesa, cioè, che l'Italia, unitamente a numerosi Stati firmatari, proceda a ratificare il Protocollo n. 12 alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, il quale sancisce un generale divieto di discriminazione in relazione ad *ogni* diritto previsto dagli ordinamenti nazionali³⁷ – sull'art. 14 CEDU, che garantisce, ad ogni persona sottoposta alla giurisdizione degli Stati contraenti (art. 1) – indipendentemente, cioè, dai fattori della nazionalità e della cittadinanza – il godimento, senza discriminazione alcuna, dei diritti e delle libertà riconosciuti *nella* Convenzione³⁸. È noto, altresì, che, in aggiunta a questi – pur in assenza di espresse previsioni da parte della Convenzione e con la sola “leva” fornita dal riconoscimento del diritto di proprietà, sancito dall'art. 1 del Protocollo 1³⁹ –, la Corte di Strasburgo, abbia tratto, dal divieto di discriminazione tra cittadini e stranieri, l'estensione ai secondi di misure di tipo economico e sociale, approntate,

³⁶ V., E. GIANFRANCESCO, *Incroci pericolosi: Cedu, Carta dei diritti fondamentali e Costituzione italiana tra Corte costituzionale, Corte di giustizia e Corte di Strasburgo*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it, il quale rileva che «soltanto la valorizzazione del vincolo esterno ha consentito di rimuovere disposizioni che la raffinata intelaiatura di protezione della Carta costituzionale italiana non era riuscita ad espungere dal nostro ordinamento».

³⁷ Così dispone l'art. 1, comma 1: «Il godimento di ogni diritto previsto dalla legge deve essere assicurato, senza discriminazione alcuna, fondata in particolare sul sesso, la razza, il colore, la lingua, la religione, le opinioni politiche o di altro genere, l'origine nazionale o sociale, l'appartenenza a una minoranza nazionale, la ricchezza, la nascita od ogni altra condizione». V., S. PANUNZIO, *I diritti fondamentali e le Corti in Europa*, in ID. (a cura di), *I diritti fondamentali e le Corti in Europa*, Napoli 2005, 32 ss.; O. POLLICINO, V. SCARABBA, *La Corte europea dei diritti dell'uomo e la Corte di giustizia nella prospettiva della giustizia costituzionale*, nel *Forum di Quaderni costituzionali*, 28 ss.

³⁸ Art. 14: «Il godimento dei diritti e delle libertà riconosciuti nella presente Convenzione deve essere assicurato senza nessuna discriminazione, in particolare quelle fondate sul sesso, la razza, il colore, la lingua, la religione, le opinioni politiche o quelle di altro genere, l'origine nazionale o sociale, l'appartenenza a una minoranza nazionale, la ricchezza, la nascita od ogni altra condizione».

³⁹ Già nel risalente caso *Airey c. Irlanda*, sent. del 9 ottobre 1979 (n. 6289/73), il Giudice di Strasburgo ebbe a rilevare (punto 26) che, nonostante la Convenzione abbia riguardo a diritti civili e politici, molti di questi presentano implicazioni di natura economica o sociale, né, d'altra parte, tra gli uni e gli altri può dirsi esistente una «water-tight division».

dalla legislazione degli Stati contraenti, esclusivamente in favore dei primi⁴⁰.

È appena il caso di sottolineare, per inciso, che la Corte di Strasburgo esclude che, dalla Convenzione, derivi alcun obbligo, a carico degli Stati membri, di realizzare un sistema di protezione sociale o di garantire un livello determinato di prestazioni assistenziali, potendosi, tutt'al più, evocare il principio di non discriminazione, solo una volta che le prestazioni siano state istituite⁴¹. Stando a questa lettura, dato il carattere relativo ed inautonomo che di esso è proprio⁴², il principio di non discriminazione parrebbe, bensì, favorire l'estensione, agli stranieri – peraltro, limitatamente a quelli che siano regolarmente soggiornanti⁴³ –, di quelle posi-

⁴⁰ Così, la Corte di Strasburgo ha dichiarato la violazione dell'art. 1 Prot. n. 1, in combinato disposto con l'art. 14 CEDU, nel caso *Gaygusuz c. Austria*, sentenza del 16 settembre 1996 (ric. n. 39/1995/545/631). Analogamente, nelle pronunce *Koua Poirrez c. Francia*, del 30 settembre 2003 (ric. n. 40892/98); *Stec e a. c. Regno Unito* [GC], del 12 aprile 2006 (nn. 65731/01 e 65900/01); *Lucsak c. Polonia*, del 27 novembre 2007 (ric. n. 77782/01) e *Andrejeva c. Lettonia* [GC], 18 febbraio 2009 (n. 55707/00).

⁴¹ In tal senso, v., tra le altre, sentt. 19 settembre 1996, *Gaygusuz c. Austria*; 30 settembre 2003, causa 40892/98, *Koua Poirrez c. Francia*; 18 febbraio 2009, GC, causa 55707/00, *Andrejeva c. Lettonia*.

⁴² ... storicamente affermato (sent. del 23 novembre 1983, *Van der Mussele c. Belgio*), e più recentemente ribadito, ad esempio, nella decisione del 13 aprile 2006, causa 55170/00, *Kosteski c. l'ex-Repubblica Iugoslava di Macedonia*: «Article 14 of the Convention complements the other substantive provisions of the Convention and the Protocols. It may be applied in an autonomous manner as a breach of Article 14 does not presuppose a breach of those other provisions although, since it has no independent existence, it can only come into play where the alleged discrimination falls within the scope of the rights and freedoms safeguarded by the other substantive provisions» (punto 44); *Oršuš ed altri contro Croazia*, sentenza del 16 marzo 2010. L'aspetto è ripreso dalla giurisprudenza costituzionale italiana, ad esempio nella decisione n. 183 del 2010.

⁴³ È, infatti, solo alla luce dell'art. 3 della Convenzione, che sancisce il divieto di tortura e di trattamenti disumani e degradanti, che la Corte EDU fonda, per gli stranieri irregolari, il diritto alla tutela della salute. Emblematica, in questo senso, la sent. *D. c. Regno Unito*, 2 maggio 1997 § 44, in cui il Giudice di Strasburgo afferma che «l'articolo 3 non impone agli Stati contraenti l'obbligo di alleviare le disparità [esistenti tra Stati ricchi e stati poveri, in materia di assistenza sanitaria] garantendo cure gratuite e illimitate a tutti gli stranieri irregolari presenti nel proprio territorio. Affermare il contrario farebbe gravare sugli Stati contraenti un fardello troppo grande». Più recentemente, nel caso *M.S.S. c. Belgio e Grecia*, GC, 21 gennaio 2011, § 249 ss., la Corte ha riconosciuto la violazione dell'art. 3 da parte della Grecia nei confronti di un richiedente asilo, rilevando come i rapporti del Commissario sui Diritti dell'Uomo del Consiglio d'Europa e dell'Alto Commissariato sui Rifugiati delle Nazioni Unite accertino la notorietà della condizione di precarietà e vulnerabilità dei richiedenti asilo in Grecia. Cfr., A. GUAZZAROTTI, *Giurisprudenza CEDU e giurisprudenza costituzionale sui diritti sociali a confronto*, in *www*.

zioni giuridiche soggettive che siano *già* riconosciute, ai cittadini, negli ordinamenti nazionali⁴⁴; ma nulla potrebbe rispetto a quei diritti che, nei singoli ordinamenti, non risultino attuati o che, una volta attuati, si vedano in seguito sottoposti ad una “generalizzata” contrazione⁴⁵.

Quanto al versante sovranazionale, non si può fare a meno di registrare un significativo salto di qualità, propiziato, anche in questo caso, dapprima, da un’elaborazione giurisprudenziale piuttosto “generosa” ri-

gruppodipisa.it; F. BIONDI DAL MONTE, *Lo stato sociale di fronte alle migrazioni. Diritti sociali, appartenenza e dignità della persona*, ivi, 52 ss.; A. SCERBO, *Criminalizzazione degli immigrati vs. diritti fondamentali. La recente evoluzione del diritto dell’Unione europea nella prospettiva di adesione alla Convenzione europea*, in S. GAMBINO, G. D’IGNAZIO (a cura di), *Immigrazione e diritti fondamentali fra Costituzioni nazionali, Unione europea e diritto internazionale*, Milano, 2010, 336 ss.; R. CHERCHI, *Lo straniero e la Costituzione. Ingresso, soggiorno, allontanamento*, cit., 50; F. SCUTO, *I diritti fondamentali della persona quale limite al contrasto dell’immigrazione irregolare*, cit., 153 ss.

⁴⁴ Sul punto, cfr., la sent. Corte cost. n. 187 del 2010, in cui si ricorda che «la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo ha, in varie occasioni, avuto modo di sottolineare come la Convenzione non sancisca un obbligo per gli Stati membri di realizzare un sistema di protezione sociale o di assicurare un determinato livello delle prestazioni assistenziali; tuttavia, una volta che tali prestazioni siano state istituite e concesse, la relativa disciplina non potrà sottrarsi al giudizio di compatibilità con le norme della Convenzione e, in particolare, con l’art. 14 che vieta la previsione di trattamenti discriminatori» (punto 2. del *Cons. in dir.*).

⁴⁵ Rileva S. GIUBBONI, *I diritti sociali nell’Unione europea dopo il Trattato di Lisbona. Paradossi, rischi e opportunità*, relazione al convegno “Diritto civile e principi costituzionali europei e italiani”, svoltosi a Perugia il 25 e 26 marzo 2011, in <http://principiue.unipg.it>, 11 s., che «il modello di riferimento rimane, nel giudizio della Corte [...] quello dell’“access justice” e non della giustizia sociale sostanziale. Un modello sociale che, in quanto basato essenzialmente sul principio di non discriminazione, se assicura il libero accesso transnazionale al mercato dei servizi, anche sociali, e finanche alla sfera più “interna” delle prestazioni assistenziali, non si misura con i risultati distributivi, in termini appunto di “giustizia sostanziale”, che l’apertura laterale di tali spazi di solidarietà viene a determinare. Una siffatta logica, che prefigura “un ordine normativo sociale di diritti senza doveri corrispondenti”, rischia tuttavia di alterare i delicati equilibri distributivi realizzati dai legislatori nazionali». V., anche F. W. SCHARPF, *Legitimacy in the Multi-level European Polity*, MPIfG Working Paper 09/1, in www.mpifg.de, 27, che rileva: «by replacing the reciprocal link between entitlements and contributions with the assertion of unilateral individual rights, the Court may seem generous. But its generosity ignores the club-good character of most of the benefits and services provided by the solidaristic nation state. Allowing the easy exit of contributors and the easy entry of non-contributors is bound to undermine the viability of these clubs. If the logic of these decisions will shape national responses, the most likely outcome will not be universal generosity but private insurance, private education and gated communities for those who can afford them, and eroding public benefits, public services and public infrastructure for those who cannot pay for private solutions (including the no-longer discriminated migrant students, workers and their families)».

spetto ai titoli di intervento europei⁴⁶, a cui, solo successivamente, si è affiancato il riconoscimento, da parte del diritto primario, di specifiche competenze sovranazionali in materia di trattamento dello straniero⁴⁷.

In questo contesto, l'Unione europea, dapprima, mette a segno l'adozione della direttiva 2000/43/CE, che – ampliato il raggio d'azione comunitario, da quello, che ne segna l'esordio, della parità di genere⁴⁸ a quello della non discriminazione a motivo della razza e dell'origine etnica⁴⁹ – ha trovato applicazione, da parte della stessa Corte di Giustizia, nonostante la diversa indicazione contenuta a riguardo nella direttiva⁵⁰,

⁴⁶ Sulla giurisprudenza sovranazionale in tema di applicazione del principio di non discriminazione, cfr., F. SORRENTINO, *L'eguaglianza nella giurisprudenza della Corte costituzionale e della Corte di giustizia delle Comunità europee*, in *Pol. dir.*, 2001, 179 ss.; F. GHERA, *Il principio di eguaglianza nella Costituzione italiana e nel diritto comunitario*, Milano, 2003, 85 ss.

⁴⁷ ... a seguito degli emendamenti apportati, come noto, dai Trattati di Amsterdam e di Nizza. Cfr., A. LANG, *La politica comunitaria in materia di immigrazione*, in DPCE, 2003, 698 ss.; M. MISTÒ, L. PALATUCCI, F. ROSA, V. TAMBURRINI, *La disciplina dell'immigrazione nell'Unione europea: la normativa, la giurisprudenza e la dottrina*, in DPCE, 2003, 823 ss.; L. TOMASI, *Flussi migratori e risorse umane*, in DPCE, 2004, 206 ss.; L. TUFANO, *L'integrazione degli stranieri legalmente residenti nell'Unione europea*, in DPCE, 2005, 744 ss.; M. CONDINANZI, A. LANG, B. NASCIBENE, *Cittadinanza dell'Unione e libera circolazione delle persone*, Milano 2006, 249 ss.

⁴⁸ Si consideri la direttiva 76/207/CEE del Consiglio, del 9 febbraio 1976, relativa all'attuazione del principio della parità di trattamento fra gli uomini e le donne per quanto riguarda l'accesso al lavoro, alla formazione e alla promozione professionali e le condizioni di lavoro, recentemente modificata dalla Direttiva 2002/73/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 settembre 2002. Sul punto, sia consentito rinviare a S. MABELLINI, *Parità dei sessi e "azioni positive" tra ordinamento comunitario e diritto interno*, in A. D'ATENA, P. GROSSI (a cura di), *Tutela dei diritti fondamentali e costituzionalismo multilivello. Tra Europa e Stati nazionali*, Milano 2004, 169 ss.

⁴⁹ Direttiva 2000/43/CE del Consiglio, del 29 giugno 2000, che attua il principio della parità di trattamento fra le persone indipendentemente dalla razza e dall'origine etnica; direttiva 2000/78/CE del Consiglio, del 27 novembre 2000, che stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro, attuate in Italia rispettivamente con i decreti legislativi nn. 215 e 216 del 2003. Cfr., L. MELICA, *La problematica delle discriminazioni e l'istituzione dell'UNAR*, in *Dir. imm. citt.*, 2005, 35 ss.; D. GOTTARDI, *Le discriminazioni basate sulla razza e sull'origine etnica*, cit., 1 ss.; L. CALAFÀ, *Le azioni positive di inclusione sociale degli stranieri e il modello regolativo nazionale*, in *Dir. imm. citt.*, 2009, 29 ss. Sulle diverse modalità con cui opera il principio di eguaglianza negli ordinamenti nazionali ed in quello europeo, conseguenza del carattere generale degli uni, particolare e settoriale dell'altro, v., F. SORRENTINO, *L'eguaglianza nella giurisprudenza della Corte costituzionale e della Corte di Giustizia delle Comunità europee*, in AA.VV., *Corte costituzionale e principio di eguaglianza*, Atti del Convegno in ricordo di Livio Paladin, Padova 2 aprile 2001, Padova 2002, 123 ss.

⁵⁰ Art. 3, comma 2: «La presente direttiva non riguarda le differenze di trattamento

anche a discriminazioni fondate sulla condizione di straniero⁵¹; poi, perviene, più recentemente – sulla scorta, ancora una volta, della consolidata interpretazione estensiva, offerta dalla Corte di Giustizia, del principio di libera circolazione dei lavoratori⁵² –, al diretto riconosci-

basate sulla nazionalità e non pregiudica le disposizioni e le condizioni relative all'ingresso e alla residenza di cittadini di paesi terzi e di apolidi nel territorio degli Stati membri, né qualsiasi trattamento derivante dalla condizione giuridica dei cittadini dei paesi terzi o degli apolidi interessati». È, peraltro, stato osservato che tale disposto non sembrerebbe pienamente coerente con l'art. 18 TUE (ex art. 12 TCE), che, come noto, sancisce, nel campo di applicazione dei trattati, il divieto di ogni discriminazione effettuata in base alla nazionalità, cfr., D. GOTTARDI, *Le discriminazioni basate sulla razza e sull'origine etnica*, cit., 10 ss. È appena il caso di rilevare, ad ogni modo, che, per un verso, la nazionalità potrebbe pur sempre fondare una discriminazione di tipo indiretto (in questo senso, A. RIZZO, *La funzione "sociale" del principio di uguaglianza e del divieto di discriminazioni nel diritto dell'Unione europea*, in P. GARGIULO (a cura di), *Politica e diritti sociali nell'Unione europea. quale modello sociale europeo?*, Napoli 2011, 57 ss.), per l'altro, che la giurisprudenza sovranazionale già da tempo (si veda, ad esempio, la sent. 14 luglio 1976, *Gaetano Donà c. Mario Mantero*, C-13/76), ha riconosciuto, ai divieti di discriminazione a motivo della nazionalità, sanciti nei Trattati istitutivi, efficacia immediata negli ordinamenti giuridici degli Stati membri, con ciò ammettendo che i singoli possano invocarli davanti alle giurisdizioni nazionali. Non può, infine, dimenticarsi che il Testo unico sull'immigrazione accoglie una definizione più inclusiva, comprendendo, tra i fattori di discriminazione vietati, «l'origine nazionale o etnica» (art. 43, comma 1).

⁵¹ Sent. CGCE, del 10 luglio 2008, C-54/07, caso *Feryn* (ma, in senso diverso, si veda la più recente decisione della Corte di Giustizia del 24.4.2012, caso 571/10, *Kamberaj*, punti 47-50). V., B. PEZZINI, *Lo statuto costituzionale del non cittadino: i diritti sociali*, relazione al Convegno "Lo statuto costituzionale del non cittadino", Associazione Italiana dei Costituzionalisti, Cagliari 16-17 ottobre 2009, in <http://archivio.rivistaaic.it/materiali/convegni>, 31 ss.; A. GUZZAROTTI, *Eguaglianza e pari dignità*, in D. TEGA (a cura di), *Le discriminazioni razziali ed etniche. Profili giuridici di tutela*, Roma 2011, 196 ss.

⁵² Si consideri la sentenza della Corte di Giustizia del 26 febbraio 1991, *The Queen c. Immigration Appeal Tribunal, ex parte Gustaff Desiderius Antonissen*, causa C-292/89, in cui si rileva che «secondo la costante giurisprudenza della Corte, la libera circolazione dei lavoratori fa parte dei fondamenti della Comunità e, pertanto, le disposizioni che sanciscono questa libertà devono essere interpretate estensivamente», ma già, v., sent. del 3 giugno 1986, *R. H. Kempf contro Staatssecretaris Van Justitie*, causa 139/85. In argomento, cfr., V. LIPPOLIS, *La cittadinanza europea*, Bologna 1994, 111 ss.; S. GIUBBONI, *Confini della solidarietà. I modelli sociali nazionali nello spazio giuridico europeo*, in *Pol. dir.*, 2011, 406 s., il quale rileva che «la Corte [...] non ha (ancora) varcato la soglia – simbolica e costituzionale – oltre la quale la cittadinanza dell'Unione assumerebbe davvero valenza di *status* fondamentale della persona nello spazio giuridico europeo, conferendo, per ciò stesso, anche ai cittadini "statici" che non abbiano (ancora) esercitato la libertà di circolazione loro attribuita dal Trattato, un autonomo patrimonio di diritti fondamentali, radicato sulla parità di trattamento e sostanziato, oggi, in primo luogo, dalle previsioni della Carta di Nizza». Lo stesso A. (*Diritti e solidarietà in Europa. I modelli sociali nazio-*

mento⁵³, in capo al cittadino non comunitario proveniente da altro Stato membro dell'U.E.⁵⁴, nonché ai residenti di lungo periodo, di diritti, anche economici, di sicurezza sociale⁵⁵.

Né può sottovalutarsi la rilevanza della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, la quale – ormai rivestita, a mente dell'art. 6, comma 1, TUE, dello stesso valore giuridico dei Trattati e, conseguentemente, invocabile davanti alla giurisdizione sovranazionale per l'annulla-

nali nello spazio giuridico europeo, Bologna 2012, 139, non manca, del resto, di rilevare che «esiste una tensione originaria, costitutiva (...) tra la libertà di circolazione all'interno dell'Unione europea e il principio di solidarietà sociale, quale che sia la definizione che se ne assuma». Sul riconoscimento di diritti collegati allo *status* di cittadini dell'Unione a prescindere dall'esercizio della libertà di circolazione, si veda la decisione della Corte di giustizia, 3 marzo 2011, causa C-41/09, *Zambrano*. Cfr., C.M. CANTORE, *La sentenza Zambrano della CGUE: Una "rivoluzione copernicana"?*, in *www.diritticomparati.it*; C. SALAZAR, *A Lisbon story: la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea da un tormentato passato... a un incerto presente?*, Relazione al Convegno su "I diritti sociali dopo Lisbona. Il ruolo delle Corti. Il caso italiano. Il diritto del lavoro fra riforme delle regole e vincoli di sistema" (Facoltà di Giurisprudenza, Università "Mediterranea" di Reggio Calabria, 5 Novembre 2011), in *www.gruppodipisa.it*, per la quale, nella pronuncia, «il "legame originario" tra la cittadinanza europea e la libertà di circolazione viene rescisso» e la cittadinanza europea «si scioglie dalla originaria matrice economicistica». Tale *status*, infatti, «opera per il solo fatto di essere previsto dall'art. 20 TFUE, comportando il riconoscimento di un nucleo essenziale di diritti fondamentali a chi ne sia titolare [...] e pretendendo anche la predisposizione delle condizioni che rendano effettivi tali diritti, pur se gli interventi necessari a tale scopo ricadano in ambiti rientranti nella competenza "esclusiva" degli Stati».

⁵³ Cfr., G. BASCHERINI, *Europa, cittadinanza, immigrazione*, in *Dir. pubbl.*, 2000, 767 ss.; M.L. TUFANO, *L'integrazione degli stranieri legalmente residenti nell'Unione europea*, cit., 744 ss.; M. CONDINANZI, A. LANG, B. NASCIMBENE, *Cittadinanza dell'Unione e libera circolazione delle persone*, cit., 249 ss.; G. CAGGIANO, *L'integrazione europea "a due velocità" in materia di immigrazione legale e illegale*, in DPCE, 2008, 1098 ss.; T. LOBELLO, *La politica dell'immigrazione*, in S. MANGIAMELI (a cura di), *L'ordinamento europeo. Le politiche dell'Unione*, Milano 2008, 1009 ss.; M. SPATTI, *I limiti all'esclusione degli stranieri dal territorio dell'Unione europea*, Torino 2010, 97 ss.

⁵⁴ Reg. CE n. 2003/859. Sull'applicazione, v., F. BIONDI DAL MONTE, *Immigrazione e welfare: condizioni di accesso e principio di non discriminazione*, in *Le Regioni*, 2008, nt. 15.

⁵⁵ Art. 11, direttiva 2003/109/CE, applicata in Italia con d. lgs. n. 3 del 2007, a cui vanno, comunque, ad aggiungersi alcuni Accordi di Associazione. Cfr., P. CARROZZA, *Noi e gli altri. Per una cittadinanza fondata sulla residenza e sull'adesione ai doveri costituzionali*, in E. ROSSI, F. BIONDI DAL MONTE, M. VRENNI (a cura di), *La governance dell'immigrazione. Diritti, politiche e competenze*, Bologna 2013, 27 ss.; A. IANNIELLO-SALICETI, *Le politiche dell'Unione europea per gli immigrati nella dimensione regionale e locale*, *ivi*, 169 ss.

mento di normative europee⁵⁶⁻⁵⁷ – non solo si trova a ribadire il principio di non discriminazione, tra l'altro, in base alla nazionalità (art. 21, comma 2), ma prevede, vieppiù – ad ulteriore conferma della tendenza in atto a legarne il riconoscimento alla *regolare* residenza, più che alla cittadinanza⁵⁸ –, che l'accesso alle prestazioni di sicurezza sociale sia diritto

⁵⁶ Al riguardo si veda la sent. Corte di Giustizia dell'1 marzo 2011, *Association belge des Consommateurs Test-Achats ASBL c. Consiglio dei ministri*, (C-236/09), (su cui cfr., I. CIOLLI, *I diritti sociali al tempo della crisi economica*, in www.costituzionalismo.it, 3/2012), nella quale, in ogni caso, il giudice europeo pone a fondamento della sua decisione non solo le norme in materia di parità di trattamento tra uomini e donne contenute nella Carta dei diritti (artt. 21 e 23), ma anche (e soprattutto) diverse disposizioni contenute nel TFUE. Altrettanto rilevava, in occasione della sent. 19 gennaio 2010, C-555/07, *Kücükdeveci*, C. SALAZAR, *A Lisbon story: la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea da un tormentato passato... a un incerto presente?*, cit., per la quale, «la prima decisione della Corte di giustizia in cui la Carta esordisce nella “nuova” veste, infatti, sembra volersi limitare a registrare rapidamente l'acquisizione “ufficiale” del legal value, conferendo tale debutto in uno snodo marginale della motivazione – quasi un *obiter dictum* – tanto che se pure il richiamo al testo di Nizza-Strasburgo fosse mancato del tutto, il dispositivo non sarebbe stato diverso»; analogamente, M. PACINI, *Il principio generale europeo di non discriminazione*, in *Giorn. dir. amm.*, 2010, 785 ss.

⁵⁷ Il punto non è di poco conto, considerando che finora, come rileva M. CARTABIA, *I diritti fondamentali in Europa dopo Lisbona: verso nuovi equilibri?*, in *Giorn. dir. amm.*, 2010, 223, «rarissimi sono i casi in cui la Corte di Giustizia ha effettivamente annullato una misura europea per violazione dei diritti fondamentali»; S. PANUNZIO, *I diritti fondamentali e le Corti in Europa*, cit., 12 ss. Al riguardo, si veda la sent. Corte di Giustizia CE, 3 settembre 2008, *Kadi e Al Barakaat International Foundation c. Consiglio*, in cause C-402/05 P e C-415/05 P. V., A. SCHILLACI, *Tutela dei diritti e cooperazione tra ordinamenti in due recenti pronunce del giudice comunitario*, in *Giur. cost.*, 2009, 1255 ss.; G. DE BÚRCA, *The European Court of Justice and the International Legal Order after Kadi*, Jean Monnet Working Paper 01/09, in <http://centers.law.nyu.edu/jeanmonnet/papers/09/090101.pdf>, 27 «It should be noted here that the category of “general principles of EC law,” including fundamental rights, is not a small one but is an extensive and growing body of legal principles whose content – although inspired by national constitutional traditions, international human rights agreements, and especially by the ECHR – is determined almost entirely by the ECJ. In *Kadi*, the ECJ did not expressly distinguish between certain core principles of EC law which take precedence over international law, including the U.N. Charter, but appeared to treat all EC recognized “fundamental rights” as belonging to the normatively superior category».

⁵⁸ Cfr., A.O. COZZI, *Un piccolo puzzle: stranieri e principio di eguaglianza nel godimento delle prestazioni socio-assistenziali*, cit., 558 ss. Sulle limitazioni nell'accesso alle prestazioni sociali per gli stranieri irregolari, v. C. AMIRANTE, *La condizione post-coloniale dei “cladestini” nell'Unione europea: una persistente violazione della dignità umana*, in S. GAMBINO, G. D'IGNAZIO (a cura di), *Immigrazione e diritti fondamentali fra Costituzioni nazionali, Unione europea e diritto internazionale*, cit., 87 ss.; A. SCERBO, *Criminalizzazione degli immigrati vs. diritti fondamentali. La recente evoluzione del diritto dell'Unione europea nella prospettiva di adesione alla Convenzione europea*, in S. GAMBINO, G.

di ogni di ogni individuo legalmente residente all'interno dell'UE (art. 34, comma 2).

Elementi, questi, che testimoniano della «emersione di una vera e propria dimensione sociale»⁵⁹ sovranazionale e, in definitiva, di una crescente «propensione costituzionale» dell'ordinamento europeo⁶⁰.

Ciononostante, non può trascurarsi che la, pur significativa, espansione sovranazionale in questi ambiti⁶¹ trovi normalmente fondamento in titoli di intervento, i quali – non orientati a fini sociali – appaiono solo *di riflesso* idonei a rivestire, di un contenuto sociale, talune specifiche azioni comunitarie, strutturalmente dirette a conseguire interessi di carattere

D'IGNAZIO (a cura di), *Immigrazione e diritti fondamentali fra Costituzioni nazionali, Unione europea e diritto internazionale*, cit., 317 ss., per la quale le istituzioni dell'Unione europea avrebbero favorito «la creazione e l'istituzionalizzazione della categoria di “immigrato illegale” o “clandestino” da cui far discendere la legittimità di una serie di misure di criminalizzazione c.dd. dirette ed indirette» (pag. 325). Sul rispetto dei diritti fondamentali anche in caso di azioni di contrasto dell'immigrazione illegale, si veda la direttiva 2008/115/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 dicembre 2008, recante norme e procedure comuni applicabili negli Stati membri al rimpatrio di cittadini di paesi terzi il cui soggiorno è irregolare. Cfr., G. CAGGIANO, *L'integrazione europea “a due velocità” in materia di immigrazione legale e illegale*, in DPCE, 2008, 1098 ss.; R. CHERCHI, *Lo straniero e la Costituzione. Ingresso, soggiorno, allontanamento*, cit., 145 ss.; F. SCUTO, *I diritti fondamentali della persona quale limite al contrasto dell'immigrazione irregolare*, cit., 71 ss. Sostiene la possibile applicazione del divieto di discriminazione indipendentemente dalla situazione di illegalità, D. GOTTARDI, *Le discriminazioni basate sulla razza e sull'origine etnica*, in M. BARBERA (a cura di), *Il nuovo diritto antidiscriminatorio. Il quadro comunitario e nazionale*, Milano 2007, 38 s.

⁵⁹ Così, O. POLLICINO, V. SCARABBA, *I servizi sociali tra sussidiarietà verticale e sussidiarietà orizzontale in prospettiva comparata*, in DPCE, 2007, 991.

⁶⁰ Cfr., A. D'ATENA, *Una costituzione senza costituzione per l'Europa*, in *Dir. soc.*, 2009, 202 ss.

⁶¹ Si veda, S. PANUNZIO, *I diritti fondamentali e le Corti in Europa*, cit., 12 ss.; M. CARTABIA, *L'universalità dei diritti umani nell'età dei «nuovi diritti»*, in *Quad. cost.*, 2009, 544 ss. Si veda la sent. Corte di Giustizia del 24.4.2012, caso 571/10, sul caso *Kamberaj*, in cui si il Giudice europeo afferma che gli Stati membri devono assicurare, per il conseguimento di prestazioni assistenziali, il rispetto del principio di parità di trattamento dei titolari del permesso CE nei confronti dei cittadini nazionali e i principi contenuti nella Carta, tra cui, in particolare, il par. 3 dell'art. 34, che così dispone: «Al fine di lottare contro l'esclusione sociale e la povertà, l'Unione riconosce e rispetta il diritto all'assistenza sociale e all'assistenza abitativa volte a garantire un'esistenza dignitosa a tutti coloro che non dispongano di risorse sufficienti, secondo le modalità stabilite dal diritto dell'Unione e le legislazioni e prassi nazionali» (punti 76-81). Osserva, tuttavia, al riguardo, C. SALAZAR, *A Lisbon story: la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea da un tormentato passato... a un incerto presente?*, cit., che, nella (già citata) sentenza *Zambrano* della Corte di Giustizia emerge che «i diritti universali si impongono anche a prescindere dal loro espresso riconoscimento nel diritto positivo».

prevalentemente economico⁶², al cui compimento restano, in definitiva, funzionali. Così che, a fronte della concreta interferenza, operata dalla normativa sovranazionale, nella dimensione sociale, l'interesse europeo in materia sembrerebbe conservare, tuttora, carattere recessivo rispetto ad altri obiettivi, ritenuti, alla luce dei Trattati, meritevoli di un prevalente apprezzamento: dal contenimento del disavanzo (art. 126 TFUE *ex* 104 TCE) alla «competitività dell'economia dell'Unione» (art. 151 TFUE)⁶³.

⁶² In questo senso, osserva M. LUCIANI, *Diritti sociali e integrazione europea*, in *Pol. dir.*, 2000, 378, riferendosi all'art. 42 del TCE (ora art. 48 TFUE), che «la previsione del Trattato [...] inquadra il diritto all'ottenimento delle prestazioni di sicurezza sociale nel contesto della libertà di circolazione, visto che le misure da adottarsi sono appunto quelle ritenute "necessarie per l'instaurazione della libera circolazione dei lavoratori". I diritti che ne scaturiscono sono dunque meri accessori di tale libertà (il vero super-diritto presente nei Trattati) e vengono garantiti solo in quanto funzionali al suo pieno godimento». Di segno diverso – perchè più autenticamente «a vocazione sociale» – appare, però, la recente Risoluzione del Parlamento europeo del 20 ottobre 2010 sul ruolo del reddito minimo nella lotta contro la povertà e la promozione di una società inclusiva in Europa (2010/2039(INI)) (2012/C 70 E/02), su cui cfr. G. BRONZINI, *La risoluzione del Parlamento europeo sul reddito minimo: ultima tappa verso l'adozione di una direttiva quadro*. *Dalle politiche sull'occupazione alle politiche di cittadinanza*, in *www.european-rights.eu*.

⁶³ V., M. LUCIANI, *Diritti sociali e integrazione europea*, cit., 372, per il quale «obiettivo dell'azione della Comunità e degli Stati sono alcuni interessi sociali oggettivi: occupazione; protezione sociale adeguata; dialogo sociale, etc. Non, appunto, la protezione dei diritti sociali come situazioni soggettive individuali». Sì, veda, ancora, al riguardo, il già citato «Rapporto Simitis» in cui si conclude che «se i riferimenti generali ad altre convenzioni suggeriscono l'equivalenza dei diritti fondamentali, indipendentemente dal documento in cui essi figurano, le principali fonti dei diritti sociali fondamentali, vale a dire, la Carta sociale europea e la Carta comunitaria, sono considerate, in realtà, solo come una base per le politiche comunitarie. L'impressione che se ne ricava è, inevitabilmente, quella di un *approccio selettivo* nei confronti dei diritti fondamentali, nonché di una *valutazione selettiva dell'importanza* di questi ultimi. Taluni diritti beneficiano del massimo livello di protezione, in parte per la possibilità di difenderli per via giudiziaria. Altri, invece, quali i diritti sociali, rischiano di vedersi relegati allo stato di *semplici aspirazioni* delle istituzioni dell'Unione europea e dei suoi Stati membri». Sulla giurisprudenza della Corte di Giustizia, nel complesso «propensa a favorire l'integrazione economica europea su basi neoliberiste» v. M. CARTABIA, *I diritti fondamentali in Europa dopo Lisbona: verso nuovi equilibri?*, cit., 225. Analogamente, mette l'accento sul ruolo della Corte di Giustizia in qualità di garante dei diritti di carattere economico, a prevalenza di quelli civili e di quelli più schiettamente sociali F. SORRENTINO, *I diritti fondamentali in Europa dopo Lisbona (considerazioni preliminari)*, in *Corr. giur.*, 2/2010, 146. Sugli elementi di innovazione riconducibili al Trattato di Lisbona, v., A. SPADARO, *I diritti sociali di fronte alla crisi (necessità di un nuovo "modello sociale europeo": più sobrio, solidale e sostenibile)*, Relazione al convegno su *I diritti sociali dopo Lisbona. Il ruolo delle Corti. Il caso italiano, Il diritto del lavoro fra riforme delle regole e vincoli di sistema*, Reggio Ca-

Obiettivi, quelli economici, a cui non è sfuggito, d'altra parte, neanche l'accoglimento, all'interno dei Trattati istitutivi, del principio di non discriminazione, la cui originaria vocazione funzionale era, pertanto, alquanto distante dall'esigenza di tutela dei diritti⁶⁴.

labria, 5 novembre 2011, in *www.rivistaaic.it*, 4/2011; S. GIUBBONI, *I diritti sociali nell'Unione europea dopo il Trattato di Lisbona. Paradossi, rischi e opportunità*, cit.; S. GAMBINO, *I diritti sociali fra costituzioni nazionali e costituzionalismo europeo*, in *www.federalismi.it*, 24/2012, 8 ss.

⁶⁴ V., F. SORRENTINO, *L'eguaglianza nella giurisprudenza della Corte costituzionale e della Corte di Giustizia delle Comunità europee*, in AA.VV., *Corte costituzionale e principio di eguaglianza*, Atti del Convegno in ricordo di Livio Paladin, Padova 2 aprile 2001, Padova 2002, 123 ss.; ID., *L'eguaglianza nella giurisprudenza della Corte costituzionale e della Corte di giustizia delle Comunità europee*, cit., 184 ss.; E. DI SALVATORE, *Principio di non discriminazione, diritto comunitario e Carta dei diritti fondamentali dell'UE*, in A. D'ATENA, P. GROSSI (a cura di), *Diritto, diritti e autonomie. Tra Unione europea e riforme costituzionali*, Milano 2003, 131 ss.; F. GHERA, *Il principio di eguaglianza nella Costituzione italiana e nel diritto comunitario*, cit., 210 ss. Cfr., M. LUCIANI, *Diritti sociali e integrazione europea*, cit., 376, il quale, in relazione al principio di non discriminazione tra i sessi, sottolinea che «non appartiene al patrimonio di principi "sociali" in senso proprio, ma costituisce semplicemente una manifestazione del comune principio di eguaglianza formale. Il fatto che esso intenda mettere fine a pratiche sociali consolidate ha dato origine all'equivoco, ma la differenza concettuale è chiarissima: il tema dei diritti sociali e della politica sociale si connette, sin dall'origine, ai rapporti tra *classi sociali*, e cioè ai rapporti tra gruppi differenziati per la collocazione nel processo produttivo e per le condizioni economiche, secondo parametri di classificazione ben diversi da quello del sesso (anche se, ovviamente, la caratterizzazione di genere può incidere sulle condizioni sociali o economiche)». Sul ruolo giocato dalla giurisprudenza sovranazionale, anche nel campo dei diritti sociali, attraverso l'applicazione del principio di non discriminazione, si vedano, però, le note sentt. 19 gennaio 2010, C-555/07, *Küçükdeveci*, e la precedente 22 novembre 2005, C-144/04, *Mangold*. Cfr., C. SALAZAR, *A Lisbon story: la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea da un tormentato passato... a un incerto presente?*, cit.; A. ALLAMPRESE, G. BRONZINI, *Cittadini stranieri e discriminazione nell'accesso a prestazioni sociali a carattere essenziale: la Corte di Giustizia valorizza la Carta di Nizza*, in *www.europeanrights.eu*; L. RONCHETTI, *Del caso Küçükdeveci ovvero dell'efficacia travolgente del diritto comunitario. Solo di quello antidiscriminatorio?*, in *Giur. cost.*, 2010, 2737 ss.; S. GIUBBONI, *Diritti e solidarietà in Europa. I modelli sociali nazionali nello spazio giuridico europeo*, cit., 163, il quale evidenzia come «la giurisprudenza della Corte abbia radicato nel diritto sopranazionale un incisivo principio di eguaglianza sostanziale "tra stranieri", operante sulla base della mera condivisione dello *status* di cittadinanza europea». Il ruolo della giurisprudenza sovranazionale per l'affermazione di un dovere di solidarietà in favore dei cittadini europei in possesso di determinati requisiti è sottolineato anche da P. CARROZZA, *Noi e gli altri. Per una cittadinanza fondata sulla residenza e sull'adesione ai doveri costituzionali*, cit., 45 s.

4. *L' "integrazione delle tutele", in relazione al trattamento dello straniero*

Premesso, dunque, che la questione della condizione giuridica degli stranieri appare tutt'altro che ignorata in sede internazionale ed europea, l'interrogativo che si pone è quanto "pesino" – "riversandosi" nell'ordinamento – tali sollecitazioni esterne.

È noto, al riguardo, che la Corte costituzionale è giunta a sostenere, in una recente occasione⁶⁵, che, al principio di non discriminazione, dovrebbe riconoscersi la qualifica di norma consuetudinaria internazionale⁶⁶, con la conseguenza di ammetterlo ad entrare nell'ordinamento dalla porta principale dell'art. 10, comma 1, Cost.⁶⁷ e a derogare, se del caso, anche a norme costituzionali⁶⁸. Ne discenderebbe, peraltro, il risultato, non trascurabile, di ancorare saldamente il sindacato sulle eventuali violazioni nelle mani dello stesso Giudice costituzionale.

Poiché, però, la Corte si astiene dall'argomentare il fondamento di

⁶⁵ Il riferimento è alla sent. n. 306 del 2008 in cui si legge «tra le norme del diritto internazionale generalmente riconosciute rientrano quelle che, nel garantire i diritti fondamentali della persona indipendentemente dall'appartenenza a determinate entità politiche, vietano discriminazioni nei confronti degli stranieri, legittimamente soggiornanti nel territorio dello Stato». Cfr., sul punto, A. GUAZZAROTTI, *Lo straniero, i diritti, l'uguaglianza*, cit., 87 ss.

⁶⁶ Sulla formazione e rilevazione delle norme internazionali generali, v., ad esempio, A. CASSESE, P. GAETA (a cura di), *Diritto internazionale*, Bologna, 2006, 220 s.; B. CONFORTI, *Diritto internazionale*, Napoli 2010, 35 ss.; G. ZICCARDI CAPALDO, *Diritto globale. Il nuovo diritto internazionale*, Milano 2010, 56 ss.

⁶⁷ Afferma, infatti, la Corte, nella sent. n. 311 del 2009, che il giudice è tenuto a sollevare la questione di costituzionalità, con riferimento all'art. 10, primo comma, Cost., ove si tratti di una norma convenzionale ricognitiva di una norma del diritto internazionale generalmente riconosciuta. Cfr., O. POLLICINO, *Margine di apprezzamento, art 10, c.1, Cost. e bilanciamento "bidirezionale": evoluzione o svolta nei rapporti tra diritto interno e diritto convenzionale nelle due decisioni nn. 311 e 317 del 2009 della Corte costituzionale*, nel *Forum di Quaderni costituzionali*; G. TESAURO, *Costituzione e norme esterne*, in *Dir. Un. Eur.*, 2009, 195 ss. Analoga affermazione è ribadita nella più recente sent. n. 264 del 2012. In una recente occasione, peraltro, la Corte ha dichiarato non fondata la questione di legittimità di un norma del c.p.p. (dell'art. 630 comma 1, lett. a), per erronea individuazione del parametro, rinvenuto, appunto, dal giudice *a quo*, nell'art. 10, comma 1, Cost. (sent. n. 129 del 2008).

⁶⁸ Cfr., A. D'ATENA, *Adattamento del diritto interno al diritto internazionale*, cit., 6; ID., *L'adattamento dell'ordinamento interno al diritto internazionale*, cit., 190 ss. In senso diverso, M. LUCIANI, *Cittadini e stranieri come titolari dei diritti fondamentali. L'esperienza italiana*, cit., 230 ss.; ID., *La Costituzione italiana e gli ostacoli all'integrazione europea*, in *Pol. dir.*, 1992, 562 ss.

tale conclusione e, d'altra parte, è dato riscontrare, nel panorama comparato, un'applicazione giurisdizionale tutt'altro che univoca del principio di non discriminazione⁶⁹ – ora esteso a comprendere gli stranieri tutti⁷⁰; ora, invece, limitato agli immigrati “titolati” a permanere legittimamente sul territorio dello Stato ospitante⁷¹; ora, infine, circoscritto ai soli lavoratori immigrati⁷² – si può ritenere che la sua operatività sia tuttora riconducibile principalmente a fonti convenzionali.

Questa constatazione accresce, però, anziché ridurle, le problematiche.

La Convenzione europea dei diritti dell'uomo, che, come accennato, attraverso il principio di non discriminazione, gioca un ruolo di primo piano in materia, è, difatti, *una* – ma non l'unica – fonte internazionale pattizia, dotata di implicazioni di carattere sociale ed economico a vantaggio degli stranieri.

Vero è che la giurisprudenza costituzionale, a partire dalle storiche sentenze del 2007, sembra aver riservato, alla CEDU, più che alle altre fonti pattizie internazionali, uno speciale “riguardo”. Tuttavia, la Convenzione europea non pare destinata ad occupare in solitudine la posizione privilegiata di parametro interposto di costituzionalità *ex art.* 117, comma 1, Cost.

Infatti, esprimendosi *expressis verbis* solo di recente, la Corte – superando precedenti pronunce in cui sembravano evocati, per lo più, come argomenti *ad abundantiam*⁷³, senza determinare, cioè, una davvero per-

⁶⁹ V., A. GUAZZAROTTI, *Lo straniero, i diritti, l'uguaglianza*, cit., 90 ss.

⁷⁰ *Opinión Consultiva*, sollecitata dal Messico, OC-18/03 del 17 settembre 2003, della Corte Interamericana De Derechos Humanos, reperibile in www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_18_esp.pdf. Su cui v., F. BIONDI DAL MONTE, *Immigrazione e welfare: condizioni di accesso e principio di non discriminazione*, cit., 1116.

⁷¹ È l'interpretazione offerta dalla Corte, nella sent. n. 306 citata.

⁷² Il riferimento è al parere reso dall'UNAR all'INPS ed al Ministero del Lavoro (prot. n. 1019-1020/UNAR del 10 ottobre 2007, reperibili nel sito www.stranieriinitalia.it), su cui v., F. BIONDI DAL MONTE, *Immigrazione e welfare: condizioni di accesso e principio di non discriminazione*, cit., 1117.

⁷³ Si consideri la sent. n. 80 del 2010 (e, nella stessa prospettiva, la n. 329 del 2011) in cui la Corte, all'interno dell'ampio quadro normativo internazionale evocato dal remittente, in riferimento alla sospettata incostituzionalità di alcuni articoli della legge 24 dicembre 2007, n. 244 (Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato – legge finanziaria 2008), si limita a richiamare (punto 4. del *Cons. in dir.*) «la recente Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità, adottata dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite il 13 dicembre 2006, entrata in vigore sul piano internazionale il 3 maggio 2008 e ratificata e resa esecutiva dall'Italia con legge 3 marzo 2009, n. 18, il cui art. 24 statuisce che gli Stati Parti «riconoscono il diritto delle

cepibile soluzione di continuità rispetto agli orientamenti pregressi⁷⁴ – ha riconosciuto un ruolo analogo, a quello finora rivestito dalla CEDU, ad altri obblighi internazionali, resi esecutivi con legge⁷⁵.

persone con disabilità all'istruzione». Analogamente, si veda la di poco successiva n. 93, in cui, al punto 7 del *Cons. in dir.*, si dichiara fondata per violazione dell'art. 117, primo comma, Cost., la censura di costituzionalità dell'art. 4 della legge 27 dicembre 1956, n. 1423 (Misure di prevenzione nei confronti delle persone pericolose per la sicurezza e per la pubblica moralità) e dell'art. 2-ter della legge 31 maggio 1965, n. 575 (Disposizioni contro la mafia), ritenuti contrastanti con l'art. 6, paragrafo 1, della CEDU, così come interpretato dalla Corte europea, il quale, a sua volta, esprimerebbe un principio, quello di pubblicità delle udienze giudiziarie, «consacrato *anche* in altri strumenti internazionali, quale, in particolare, il Patto internazionale di New York relativo ai diritti civili e politici, adottato il 16 dicembre 1966 e reso esecutivo con legge 25 ottobre 1977, n. 881 (art. 14)», nonché oggi ulteriormente confermato dall'«art. 47, paragrafo 2, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (cosiddetta Carta di Nizza), recepita dall'art. 6, paragrafo 1, del Trattato sull'Unione europea, nella versione consolidata derivante dalle modifiche ad esso apportate dal Trattato di Lisbona del 13 dicembre 2007 ed entrata in vigore il 1° dicembre 2009» (corsivo nostro).

⁷⁴ Si veda la sent. n. 393 del 2006 in cui, al punto 6.1., il Giudice costituzionale osserva che, in relazione al Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici adottato a New York il 16 dicembre 1966, ratificato e reso esecutivo con legge 25 ottobre 1977, n. 881, «va ricordata la forza giuridica che questa Corte ha più volte riconosciuto alle norme internazionali relative ai diritti fondamentali della persona (...) In particolare, a proposito del Patto di New York, con la sentenza n. 15 del 1996 si è affermato che le sue norme non possono essere assunte «in quanto tali come parametri nel giudizio di costituzionalità delle leggi» (cosicché «una loro eventuale contraddizione da parte di norme legislative interne non determinerebbe di per sé – cioè indipendentemente dalla mediazione di una norma della Costituzione – un vizio d'incostituzionalità»), ma che ciò «non impedisce di attribuire a quelle norme grande importanza nella stessa interpretazione delle corrispondenti, ma non sempre coincidenti, norme contenute nella Costituzione».

⁷⁵ Sent. n. 7 del 2013, in cui, accogliendo la questione di costituzionalità di una norma del codice penale (art. 569), la Corte rileva che «la questione risulta fondata anche sul versante della necessaria conformazione del quadro normativo agli impegni internazionali assunti dal nostro Paese sul versante specifico della protezione dei minori. (...) vengono qui in discorso, *quali norme interposte* rispetto al principio sancito dall'art. 117, primo comma, Cost., *una serie di importanti – e per quel che qui rileva, del tutto univoci – strumenti di carattere pattizio*. La disciplina oggetto di impugnativa, infatti, viene a porsi in evidente ed insanabile frizione, anzitutto con la Convenzione sui diritti del fanciullo, fatta a New York il 20 novembre 1989, ratificata e resa esecutiva in Italia con legge 27 maggio 1991, n. 176 (Ratifica ed esecuzione della convenzione sui diritti del fanciullo, fatta a New York il 20 novembre 1989), posto che l'art. 3, primo comma, di tale Convenzione stabilisce che «In tutte le decisioni relative ai fanciulli di competenza sia delle istituzioni pubbliche o private di assistenza sociale, dei tribunali, delle autorità amministrative o degli organi legislativi, l'interesse superiore del fanciullo deve essere una considerazione preminente». Del pari viene in discorso anche la Convenzione europea sull'esercizio dei diritti dei fanciulli, adottata dal Consiglio d'Europa a Strasburgo il 25 gennaio 1996, ratificata e resa esecutiva con legge 20 marzo 2003, n. 77 (Ratifica ed ese-

È da chiedersi se, tra questi – nonostante il diverso orientamento incidentalmente manifestato, in una occasione, dalla Corte costituzionale⁷⁶ –, possa essere annoverata anche la Carta sociale europea⁷⁷, alla quale, per un verso, non è abbinata, a livello internazionale, una autentica tutela giurisdizionale⁷⁸, per l'altro, la stessa Unione europea – pur avendo pro-

duzione della Convenzione europea sull'esercizio dei diritti dei fanciulli, fatta a Strasburgo il 25 gennaio 1996), la quale, nel disciplinare il processo decisionale nei procedimenti riguardanti un minore, detta, all'art. 6, le modalità cui l'autorità giudiziaria deve conformarsi "prima di adottare qualsiasi decisione", stabilendo che l'autorità stessa deve "esaminare se dispone di informazioni sufficienti in vista di prendere una decisione nell'interesse superiore del fanciullo"» (corsivo nostro). Si veda, V. MANES, *La Corte costituzionale ribadisce l'irragionevolezza dell'art. 569 c.p. ed aggiorna la "dottrina" del "parametro interposto"* (art. 117, comma primo, Cost.), in *www.penalecontemporaneo.it*, 4 ss. V., sugli effetti riconducibili alla previsione contenuta nel comma 1 dell'art. 117 Cost., A. D'ATENA, *La nuova disciplina costituzionale dei rapporti internazionali e con l'Unione Europea*, in *Rass. parl.*, 2002, 922 ss.; ID., *Lezioni di diritto costituzionale*, Torino, 2012, 188 ss.; G. TESAURO, *Costituzione e norme esterne*, in *Dir. Un. Eur.*, 2009, 195 ss. Rileva il rischio di «appiattire l'universo dei trattati internazionali collocandoli tutti, nella gerarchia normativa italiana, sullo stesso gradino altissimo», L. CONDORELLI, *La Corte costituzionale e l'adattamento dell'ordinamento italiano alla CEDU o a qualsiasi obbligo internazionale?*, in *Dir. um. e dir. internaz.*, 2008, 306.

⁷⁶ Nell'ord. n. 434 del 2005 ritiene, infatti, il Giudice costituzionale «che le disposizioni della Carta sociale europea non [integrino] «obblighi internazionali» previsti dall'art. 117, primo comma, Cost., ma [costituiscano] «impegni di carattere generalissimo, obiettivi da perseguire nell'ambito delle relazioni internazionali, come tali non direttamente applicabili ai singoli rapporti».

⁷⁷ Fatta a Strasburgo il 3 maggio 1996, ratificata e resa esecutiva in virtù della legge 9 febbraio 1999, n. 30 (Ratifica ed esecuzione della Carta sociale europea, riveduta, con annesso, fatta a Strasburgo il 3 maggio 1996), entrata in vigore il 1° settembre 1999 (a seguito dello scambio degli strumenti di ratifica avvenuto il 6 luglio 1999). Ad essa, va ad aggiungersi la Carta comunitaria dei diritti sociali fondamentali dei lavoratori, adottata nel corso del Consiglio europeo di Strasburgo nel 1989, a cui, comunque, non si riconoscono effetti giuridici. Per un panoramica sulle convenzioni a tutela dei diritti umani, rilevanti anche per il trattamento degli stranieri, cfr., B. NASCIMBENE-C. FAVILLI, *Straniero (tutela internazionale)*, in S. CASSESE (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, VI, Milano 2006, 5799 ss.; R. CHERCHI, *Lo straniero e la Costituzione. Ingresso, soggiorno, allontanamento*, cit., 39 ss.

⁷⁸ Cfr., G. GUIGLIA, *Le prospettive della Carta sociale europea*, nel *Forum di Quaderni costituzionali*, 2, nt. 6; E. STRAZIUSO, *La Carta sociale del Consiglio d'Europa e l'organo di controllo: il Comitato europeo dei diritti sociali. Nuovi sviluppi e prospettive di tutela*, comunicazione al Convegno annuale dell'Associazione "Gruppo di Pisa", "I diritti sociali: dal riconoscimento alla garanzia. Il ruolo della giurisprudenza", Trapani, 8-9 giugno 2012, in *www.gruppodipisa.it*, 9 ss.; A. SPADARO, *I diritti sociali di fronte alla crisi (necessità di un nuovo "modello sociale europeo": più sobrio, solido e sostenibile)*, cit., 10 ss.; S. GAMBINO, *Les droits sociaux dans le constitutionnalisme contemporain et dans le droit de l'Union Européenne*, in *www.federalismi.it*, 2011/21, 12 ss.

clamato il proprio «attaccamento»⁷⁹ – non ha, ad oggi, aperto la strada al formale accoglimento nell'interno dei Trattati⁸⁰.

Pur con le limitazioni soggettive in essa contemplate nei confronti di immigrati irregolari e di cittadini di Paesi non contraenti⁸¹, non potrebbe ignorarsi l'impatto di questa fonte per l'attribuzione, agli stranieri, di diritti a contenuto sociale ed economico⁸².

Impatto che non sarebbe smentito neanche dal prevalente carattere *non-self executing* delle clausole pattizie⁸³, potendo, esse, comunque, sia

⁷⁹ Si veda il Preambolo al Trattato sull'Unione europea (modificato, appunto, dal Trattato di Amsterdam), nonché l'art. 151 TFUE (ex art. 136 TCE) «L'Unione e gli Stati membri, tenuti presenti i diritti sociali fondamentali, quali quelli definiti nella Carta sociale europea firmata a Torino il 18 ottobre 1961 e nella Carta comunitaria dei diritti sociali fondamentali dei lavoratori del 1989, hanno come obiettivi la promozione dell'occupazione, il miglioramento delle condizioni di vita e di lavoro, che consenta la loro parificazione nel progresso, una protezione sociale adeguata, il dialogo sociale, lo sviluppo delle risorse umane atto a consentire un livello occupazionale elevato e duraturo e la lotta contro l'emarginazione. A tal fine, l'Unione e gli Stati membri mettono in atto misure che tengono conto della diversità delle prassi nazionali, in particolare nelle relazioni contrattuali, e della necessità di mantenere la competitività dell'economia dell'Unione. Essi ritengono che una tale evoluzione risulterà sia dal funzionamento del mercato interno, che favorirà l'armonizzarsi dei sistemi sociali, sia dalle procedure previste dai trattati e dal ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative». V., M. LUCIANI, *Diritti sociali e integrazione europea*, cit., 367 ss.; M. RUOTOLO, *La "funzione ermeneutica" delle Convenzioni internazionali sui diritti umani nei confronti delle disposizioni costituzionali*, cit., 313 ss.; A. RIZZO, *La funzione "sociale" del principio di uguaglianza e del divieto di discriminazioni nel diritto dell'Unione europea*, cit., 46 s. Rileva A. SPADARO, *I diritti sociali di fronte alla crisi (necessità di un nuovo "modello sociale europeo": più sobrio, solidale e sostenibile)*, cit., 13 s., che «stranamente viene sottovalutata l'importanza, non teorica ma pratica, di tale fonte internazionale opportunamente revisionata nel 1996, forse per una maggiore esposizione pubblica delle fonti comunitarie».

⁸⁰ Cfr., M. LUCIANI, *Diritti sociali e integrazione europea*, cit., 367 ss.; G. BRONZINI, *Tutela dei disoccupati, lotta alla povertà e contrasto dell'esclusione sociale nell'Europa del "dopo Lisbona"*, Relazione rivista per il Convegno organizzato dal Consiglio nazionale forense su «La salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali», Celebrazione dei LX anni della firma della Convenzione Europea, Roma, 17-19 Giugno 2010, in www.europeanrights.eu.

⁸¹ Si consideri l'Annesso alla Carta sociale europea (riveduta) «Portata della Carta sociale europea (riveduta) per quanto concerne le persone protette». Più recentemente, comunque, tali prescrizioni sembrerebbero sottoposte ad interpretazioni «espansive», secondo quanto osservato da G. GUIGLIA, *Le prospettive della Carta sociale europea*, cit.; O. DE SCHUTTER, *La contribution de la Charte sociale européenne à l'intégration des Roms d'Europe*, in <http://leuropedeslibertes.u-strasbg.fr>.

⁸² Rileva, comunque, che tra i giudici comuni permane uno «scarso interesse per la Carta, anche dopo l'entrata in vigore del novellato primo comma dell'art. 117 Cost.», G. GUIGLIA, *Le prospettive della Carta sociale europea*, cit., 22.

⁸³ Sul riconoscimento dell'immediata precettività delle norme della Convenzione eu-

riversare, nell'ordinamento, il loro contenuto programmatico⁸⁴, con l'effetto immediato – non difformemente da quanto affermato per i disposti costituzionali di analogo tenore⁸⁵ – di incidere sui principi generali del diritto e di provocare l'illegittimità delle norme, anche di rango primario, con esse contrastanti.

Analogo interrogativo potrebbe porsi, del resto, in relazione alle Convenzioni O.I.L. in tema di sicurezza sociale dei lavoratori migranti⁸⁶.

ropea dei diritti dell'uomo da parte della giurisprudenza di legittimità, cfr., sent. Cass. pen., Sez. I, 32678/06, *Somogyi*. V., già, sent. SS.UU., 23 novembre 1988 n. 15, dep. 8 maggio 1989, *Polo Castro*, in cui si afferma che «le norme della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, salvo quelle il cui contenuto sia da considerarsi così generico da non delineare specie sufficientemente puntualizzate, sono di immediata applicazione nel nostro paese e vanno concretamente valutate nella loro incidenza sul più ampio complesso normativo che si è venuto a determinare in conseguenza del loro inserimento nell'ordinamento italiano; la "precettività" in Italia delle norme della convenzione consegue dal principio di adattamento del diritto italiano al diritto internazionale convenzionale per cui ove l'atto o il fatto normativo internazionale contenga il modello di un atto interno completo nei suoi elementi essenziali, tale cioè da poter senz'altro creare obblighi e diritti, l'adozione interna del modello di origine internazionale è automatica (adattamento automatico), ove invece l'atto internazionale non contenga detto modello le situazioni giuridiche interne da esso imposte abbisognano, per realizzarsi, di una specifica attività normativa dello Stato». V., inoltre, in sede penale, Cass., Sez. 1^a, 12 maggio 1993 n. 2194, *Medrano*; nonché, in sede civile, Cass., SS.UU., 10 luglio 1991 n. 7662. Sulla capacità di resistenza delle norme di adattamento alla CEDU, all'abrogazione ad opera di successive leggi ordinarie, è il caso di rilevare che la sent. Corte cost. n. 10 del 1993, nonostante non sia stata confermata da successive pronunce, risultava, comunque, frequentemente invocata dalla giurisprudenza comune. V. sul punto, A. GUAZZAROTTI, *La CEDU e l'ordinamento nazionale: tendenze giurisprudenziali e nuove esigenze teoriche*, in *Quad. cost.*, 2006, 498, nt. 28.

⁸⁴ Si tratta, peraltro, degli effetti ascrivibili all'ordine di esecuzione riferito a clausole pattizie *non-self executing*. V., A. D'ATENA, *L'adattamento dell'ordinamento interno al diritto internazionale*, cit., 181 s.

⁸⁵ Cfr., V. CRISAFULLI, *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, in ID., *Stato, popolo, governo, Illusioni e delusioni costituzionali*, Milano 1985, 53 ss.; A. D'ATENA, *I principi ed i valori costituzionali*, in ID., *Lezioni di diritto costituzionale*, cit., 26 ss. Sulle conseguenze dell'inattuazione dei disposti costituzionali, cfr., S. BARTOLE, *Principi del diritto (dir. cost.)*, in *Enc. dir.*, XXXV, Milano 1986, 514 ss.; P. GROSSI, *Attuazione ed inattuazione della Costituzione*, Milano 2002, 15 ss.; C. COLAPIETRO, *La giurisprudenza costituzionale nella crisi dello Stato sociale*, Padova 1996, 327 ss.; M. AINIS, *Soggetti deboli nella giurisprudenza costituzionale*, in *Pol. dir.*, 1999, 33 ss.; V. ONIDA, *Eguaglianza e diritti sociali*, in AA.VV., *Corte costituzionale e principio di eguaglianza*, Atti del Convegno in ricordo di Livio Paladin, Padova 2 aprile 2001, Padova 2002, 104 ss.; B. PEZZINI, *La decisione sui diritti sociali. Indagine sulla struttura costituzionale dei diritti sociali*, Milano 2001, 189 ss.; D. MORANA, *La salute nella Costituzione italiana. Profili sistematici*, Milano 2002, 88 ss.

⁸⁶ Si considerino le Convenzioni nn. 97 del 1949, 102 del 1952, 118 del 1962, 143 del 1975.

Resta il fatto, condivisibilmente rilevato in dottrina, che, alla astratta «moltiplicazione dei diritti» possa corrispondere – più che la «massima espansione delle garanzie», evocata e, in seguito, ribadita, dalla giurisprudenza costituzionale, nelle sentt. nn. 317 del 2009 e 264 del 2012⁸⁷ – un concreto effetto di «limitazione reciproca»⁸⁸ e che, dalla proliferazione delle fonti (non più *solo* costituzionali) dei diritti⁸⁹, possa conseguire un allentamento del sindacato accentrato⁹⁰.

Esito, quest'ultimo, che potrebbe, del resto, ritenersi favorito dalla circostanza che le norme di adattamento al diritto internazionale pattizio, quand'anche elevate a parametro di legittimità, presentino, pur sem-

⁸⁷ In quest'ultima in particolare si legge (punto 5.4. del *Cons. in dir.*) che la Corte costituzionale, «a differenza della Corte EDU», «opera una valutazione sistemica, e non isolata, dei valori coinvolti dalla norma di volta in volta scrutinata, ed è, quindi, tenuta a quel bilanciamento, solo ad essa spettante, che, nella specie, dà appunto luogo alla soluzione indicata». Già nella sent. n. 348 del 2007, comunque, al punto 7 del *Cons. in dir.*, si evocava il ricorso al ragionevole bilanciamento. V., E. LAMARQUE, *Gli effetti delle sentenze della Corte di Strasburgo secondo la Corte costituzionale italiana*, in *Corr. giur.*, 2010, 961 ss.; G. UBERTIS, *Sistema multilivello dei diritti fondamentali e prospettiva abolizionista del processo contumaciale*, in *Giur. cost.*, 2009, 4765 ss.; F. BILANCIA, *Con l'obiettivo di assicurare l'effettività degli strumenti di garanzia la Corte costituzionale italiana funzionalizza il «margine di apprezzamento» statale, di cui alla giurisprudenza CEDU, alla garanzia degli stessi diritti fondamentali*, *ivi*, 4772 ss.; D. BUTTURINI, *La partecipazione paritaria della Costituzione e della norma sovranazionale all'elaborazione del contenuto indefettibile del diritto fondamentale. Osservazioni a margine di Corte cost. n. 317 del 2009*, in *Giur. cost.*, 2010, 1816 ss.

⁸⁸ Così, E. GIANFRANCESCO, *Incroci pericolosi: Cedu, Carta dei diritti fondamentali e Costituzione italiana tra Corte costituzionale, Corte di giustizia e Corte di Strasburgo*, cit., 3. Sul punto, si veda, già, M. LUCIANI, *Costituzionalismo irenico e costituzionalismo polemico*, in *Giur. cost.*, 2006, 1658 ss.; ID., *Le funzioni sistemiche della Corte costituzionale, oggi, e l'interpretazione "conforme a"*, in *www.federalismi.it*, 12 ss.

⁸⁹ Sulla «sovraabbondanza di fonti di riferimento per la tutela dei diritti», v. M. CARTABIA, *I diritti fondamentali in Europa dopo Lisbona: verso nuovi equilibri?*, cit., 223, la quale osserva che «l'eccesso di documenti e carte in tema di diritti potrebbe anche trasformarsi in un fattore non secondario di indebolimento della posizione del cittadino europeo».

⁹⁰ Cfr., M. LUCIANI, *Le funzioni sistemiche della Corte costituzionale, oggi, e l'interpretazione "conforme a"*, in *www.federalismi.it*, 13; M. CARTABIA, *L'universalità dei diritti umani nell'età dei «nuovi diritti»*, cit., 560 ss.; E. GIANFRANCESCO, *Incroci pericolosi: Cedu, Carta dei diritti fondamentali e Costituzione italiana tra Corte costituzionale, Corte di giustizia e Corte di Strasburgo*, cit., 2 ss. Sulla delicatezza del ruolo del giudice, che «si trova sulla sua scrivania una folla di materiali normativi da gestire in modo accorto attraverso un'opera interpretativa [...] volta ad estrarre dai documenti che ha di fronte il massimo livello di tutela» v. A. RANDAZZO, *Alla ricerca della tutela più intensa dei diritti fondamentali, attraverso il "dialogo" tra le Corti*, Atti relativi al Convegno del Gruppo di Pisa su *Corte costituzionale e sistema istituzionale*, Pisa 4 e 5 giugno 2010 in *www.giurcost.org/studi*.

pre, natura *non costituzionale*, dovendosi, così, ritenere superato il principale ostacolo all'estensione dei modelli interpretativi già invalsi per il diritto sovranazionale⁹¹.

Tuttavia, poiché la normativa internazionale pattizia ha, come non inconsueto terreno di intervento, la materia dei diritti umani, è inevitabile che, più di quella sovranazionale⁹², si trovi a “reagire” in modo *sistematico* con i disposti costituzionali, spianando, così, la strada, in sede di applicazione, a qualche perplessità. Il rischio è che sia, in definitiva, la giurisdizione ordinaria a farsi carico di effettuare delicate operazioni di bilanciamento tra diritti ed interessi costituzionali⁹³, finendo, così, in via di fatto, per esercitare un giudizio di costituzionalità a carattere diffuso⁹⁴.

⁹¹ Cfr., sul punto, A. D'ATENA, *Interpretazioni adeguatrici, diritto vivente e sentenze interpretative della Corte costituzionale*, in AA.VV., *Corte costituzionale, giudici comuni e interpretazioni adeguatrici*, Atti del seminario svoltosi in Roma, Palazzo della Consulta, 6 novembre 2009, Milano 2010, 339 s., il quale problematicamente ipotizza la percorribilità del sindacato diffuso, nel caso in cui il parametro sia rappresentato da norme di adattamento al diritto internazionale pattizio. Queste ultime, infatti, offrono un parametro costituito da norme non contenute nella Costituzione, per le quali «non sussisterebbero ostacoli all'impiego del modello interpretativo usato per il diritto comunitario». Al riguardo, cfr., anche G. TESAURO, *Costituzione e norme esterne*, in *Dir. Un. Eur.*, 2009, 195 ss.; M. LUCIANI, *Alcuni interrogativi sul nuovo corso della giurisprudenza costituzionale in ordine ai rapporti fra diritto italiano e diritto internazionale*, in *Corr. giur.*, 2008, 201 ss. il quale a sua volta mette in luce la presenza di presupposti «largamente comuni» per il diritto convenzionale e quello comunitario che non giustificerebbero pienamente la diversità di condizione (p. 205). Ad ogni modo, secondo quanto osservato da E. LAMARQUE, *Il vincolo alle leggi statali e regionali derivante dagli obblighi internazionali nella giurisprudenza comune*, Relazione presentata al Seminario dal titolo “Corte costituzionale, giudici comuni e interpretazioni adeguatrici”, Roma, Palazzo della Consulta, 6 novembre 2009, in *www.cortecostituzionale.it*, «i giudici, pur senza contravvenire formalmente ad alcuno dei comandamenti formulati dal giudice delle leggi, di fatto si ritagliano, in modo più o meno ortodosso, gli spazi di discrezionalità interpretativa che consentono loro di far prevalere la disciplina internazionale senza passare attraverso il giudizio di costituzionalità».

⁹² Del resto, è proprio rispetto alle eventuali incursioni della normativa europea nel campo dei diritti che si è affermata, anche nella giurisprudenza italiana, la dottrina dei controlimiti. V., M. CARTABIA, *“Unità nella diversità”: il rapporto tra la Costituzione europea e le Costituzioni nazionali*, in *Dir. Un. Eur.*, 2005, 582 ss.; ID., *I diritti fondamentali in Europa dopo Lisbona: verso nuovi equilibri?*, cit., 224 s.; S. PANUNZIO, *I diritti fondamentali e le Corti in Europa*, cit., 12 ss.

⁹³ Sull'approccio per valori, utilizzato dalle giurisdizioni costituzionali per risolvere i conflitti assiologici, v., A. D'ATENA, *Costituzionalismo e tutela dei diritti fondamentali*, in ID., *Lezioni di diritto costituzionale*, cit., 10 s.

⁹⁴ Che l'avvento dell'ordinamento sovranazionale abbia determinato una deroga ai principi processuali relativi al sindacato di costituzionalità è affermato da G. GUZZETTA, F.S. MARINI, *Diritto pubblico italiano ed europeo*, cit., 559 s. Cfr., P. RIDOLA, *Relazione*, in E. SCISO (a cura di), *Il rango interno della Convenzione europea dei diritti dell'uomo se-*

(con efficacia, ovviamente, circoscritta alle parti) ed estromettendo dal sindacato sui diritti proprio il Giudice costituzionale. Rischio tanto più aggravato in considerazione del fatto che il diritto convenzionale, individuando obiettivi eterogenei e, dunque, reciprocamente in tensione, si presterebbe *naturalmente* a favorire, in sede giudiziale, pericolose composizioni, rimesse, in definitiva, alle soggettive preferenze assiologiche dei giudici ordinari⁹⁵.

Né, d'altra parte, tali inconvenienti potrebbero dirsi superati – ma, al più, solo ridimensionati – dal canone della mera interpretazione conforme, trattandosi, pur sempre, come attentamente evidenziato, di una forma di sindacato diffuso⁹⁶.

In ogni caso, fino a questo momento, il riconoscimento, operato dalla giurisprudenza costituzionale, del carattere di norma “interposta” – soggetta, a sua volta, ad «una verifica di compatibilità con le norme della Costituzione»⁹⁷ – delle prescrizioni internazionali pattizie, ha consentito alla Corte di ritagliarsi un ruolo – come esplicitamente affermato, e varie volte ribadito, in riferimento alla Convenzione EDU⁹⁸ –, tanto in sede di

condo la più recente giurisprudenza costituzionale, Roma 2008, 38, il quale osserva che «il giudice che disapplica la legge nazionale è visto con sospetto, in quanto possibile canale di trasmissione – appunto – di un sistema “costituzionale” europeo dei diritti che potenzialmente insidia, o forse più estamente relativizza la normatività della Costituzione statale, collocandola nel più ampio scenario di un *gemeineuropaisches Verfassungsrecht* dei diritti fondamentali».

⁹⁵ V., G. ROLLA, *L'influenza delle carte sovranazionali sulla configurazione legale dei diritti e i lineamenti del sistema di giustizia costituzionale*, in *Pol. dir.*, 2012, 181 ss.

⁹⁶ V., A. D'ATENA, *Interpretazioni adeguate, diritto vivente e sentenze interpretative della Corte costituzionale*, Relazione conclusiva al Seminario “Corte Costituzionale, giudici comuni, interpretazioni adeguate”, Corte costituzionale, Palazzo della Consulta, Roma, 6 novembre 2009, in *www.cortecostituzionale.it*, per il quale «l'interpretazione adeguatrice è uno dei canali attraverso cui dosi di sindacato diffuso s'immettono in un sistema a sindacato accentrato». Cfr., M. RUOTOLO, *La “funzione ermeneutica” delle Convenzioni internazionali sui diritti umani nei confronti delle disposizioni costituzionali*, cit., 291 ss., il quale rileva che «da una pur sommaria analisi della giurisprudenza costituzionale sembra emergere un orientamento pressoché costante nel senso di attribuire alle norme interne anche di rango costituzionale un significato conforme, se non proprio attuativo, non solo delle previgenti norme internazionali pattizie, ma anche delle dichiarazioni o convenzioni successive».

⁹⁷ Sent. n. 349 del 2007, punto 6.2. del *Cons. in dir.*

⁹⁸ Tra le prime, v., le sentt. nn. 348 e 349 del 2007, 39 del 2008, 317 del 2009. Sull'adesione ritenuta «molto buona, e a tratti entusiastica», da parte della giurisprudenza comune, «ai comandamenti della Corte», v., E. LAMARQUE, *Il vincolo alle leggi statali e regionali derivante dagli obblighi internazionali nella giurisprudenza comune*, Relazione presentata al Seminario dal titolo “Corte costituzionale, giudici comuni e interpretazioni adeguate”, Roma, Palazzo della Consulta, 6 novembre 2009. Per una analisi della giu-

sindacato di costituzionalità delle norme convenzionali, quanto di “convenzionalità” delle norme nazionali.

Tuttavia, è proprio in relazione a tale fonte internazionale, che il mantenimento del percorso prescelto dalla Corte costituzionale sembra destinato a diventare progressivamente più insidioso.

Come noto, già all’indomani dell’entrata in vigore del Trattato di Lisbona, infatti, si sono registrati, nella giurisdizione di merito, casi di disapplicazione della normativa nazionale contrastante con le disposizioni della Convenzione europea, ritenute, in ultima analisi, “comunitarizzate”⁹⁹, in forza del disposto del TUE che consente all’Unione europea di aderire alla CEDU (art. 6, comma 2), con il risultato di favorire – proprio sulla scorta della giurisprudenza della Corte di Strasburgo, per la quale, come accennato, al principio di non discriminazione vanno ricondotte anche le prestazioni sociali di tipo non contributivo¹⁰⁰ – l’estensione agli stranieri, in via giudiziale, dell’applicazione di norme inerenti alla sicurezza sociale¹⁰¹.

È vero che, ad ora, i casi applicazione diretta della Convenzione, per quanto autorevolmente sostenuti, sono rimasti complessivamente isolati¹⁰².

risprudenza comune, cfr., inoltre, I. CARLOTTO, *I giudici comuni e gli obblighi internazionali dopo le sentenze n. 348 e n. 349 del 2007 della Corte costituzionale: un’analisi sul seguito giurisprudenziale*, in <http://archivio.rivistaic.it>, 28 ss.

⁹⁹ ... posizione anche autorevolmente sostenuta dal Consiglio di Stato, sezione IV, 2 marzo 2010, n. 1220. Cfr., G. COLAVITTI, C. PAGOTTO, *Il Consiglio di Stato applica direttamente le norme CEDU grazie al Trattato di Lisbona: l’inizio di un nuovo percorso? Nota a Consiglio di Stato*, sent. 2 marzo 2010, n. 1220, in www.associazionedeicostituzionalisti.it, n. 00 del 02.07.2010.

¹⁰⁰ Sulla base dell’art. 14 e l’art. 1 del Protocollo addizionale. La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo già da tempo afferma (si veda, ad esempio, la sentenza del 16 settembre 1996, *Gaygusuz c. Austria*, ric. n. 17371/90) il diritto di usufruire della distribuzione di benefici pubblici aventi rilievo anche economico senza subire discriminazioni. V., F. BIONDI DAL MONTE, *Immigrazione e welfare: condizioni di accesso e principio di non discriminazione*, cit., 1109 ss.; B. PEZZINI, *Lo statuto costituzionale del non cittadino: i diritti sociali*, cit., 17, nt. 15; A.O. COZZI, *Un piccolo puzzle: stranieri e principio di eguaglianza nel godimento delle prestazioni socio-assistenziali*, cit., 551 ss.

¹⁰¹ Per una analisi di alcune pronunce con cui si è effettuata direttamente la disapplicazione del diritto interno per contrasto con l’art. 14 CEDU e l’art. 1 Prot. n. 1 CEDU, cfr., F. BIONDI DAL MONTE, *Immigrazione e welfare: condizioni di accesso e principio di non discriminazione*, cit., 1109 ss.; I. CARLOTTO, *I giudici comuni e gli obblighi internazionali dopo le sentenze n. 348 e n. 349 del 2007 della Corte costituzionale: un’analisi sul seguito giurisprudenziale (parte I)*, in *Pol. dir.* 2010, 76 ss., che ravvisa (pag. 80) alcuni casi «di vera e propria ribellione del giudice comune».

¹⁰² Cfr., A. GUAZZAROTTI, *La CEDU e l’ordinamento nazionale: tendenze giurisprudenziali e nuove esigenze teoriche*, in *Quad. cost.*, 2006, 498 ss.

È, però, prevedibile che la futura adesione dell'UE alla Convenzione europea – attualmente oggetto di negoziati¹⁰³ – non resti senza conseguenze, come, del resto, la Corte costituzionale ha lasciato intendere in una recente occasione¹⁰⁴.

Ma non è tutto. Non si può, infatti, ragionevolmente escludere che, ad analoghe applicazioni dirette del principio di non discriminazione – fin da ora – si possa pervenire – nonostante la Corte costituzionale l'abbia finora fatta oggetto di richiami in forme non dissimili da quelle sperimentate per la CEDU, assorbendo, in definitiva, il regime giuridico di quella in questa e non viceversa¹⁰⁵ – attraverso la

¹⁰³ Sui negoziati relativi all'adesione dell'UE alla CEDU, in corso tra la Commissione europea ed il Consiglio d'Europa, si veda, A. TIZZANO, *Les Cours européennes et l'adhésion de l'Union à la CEDH*, in *Dir. Un. Eur.*, 2011, 29 ss. V., inoltre, la sent. Corte cost. n. 80 del 2011, punto 5.3 del *Cons. in dir.*, in cui si rileva che, non essendo ancora avvenuta tale adesione, «la statuizione del paragrafo 2 del nuovo art. 6 del Trattato resta [...] allo stato, ancora improduttiva di effetti. La puntuale identificazione di essi dipenderà ovviamente dalle specifiche modalità con cui l'adesione stessa verrà realizzata». Al riguardo, si è espressa anche la Corte di Giustizia (Grande Sezione), con decisione del 24 aprile 2012, caso *Kamberaj*, causa C-571/10, la quale afferma (punti 62-63) che «l'articolo 6, paragrafo 3, TUE non disciplina il rapporto tra la CEDU e gli ordinamenti giuridici degli Stati membri e nemmeno determina le conseguenze che un giudice nazionale deve trarre nell'ipotesi di conflitto tra i diritti garantiti da tale convenzione ed una norma di diritto nazionale. Si deve pertanto rispondere [...] che il rinvio operato dall'articolo 6, paragrafo 3, TUE alla CEDU non impone al giudice nazionale, in caso di conflitto tra una norma di diritto nazionale e detta convenzione, di applicare direttamente le disposizioni di quest'ultima, disapplicando la norma di diritto nazionale in contrasto con essa». Cfr., G. TESAURO, *Costituzione e norme esterne*, in *Dir. Un. Eur.*, 2009, 195 ss.; A. RUGGERI, *La Corte di giustizia marca la distanza tra il diritto dell'Unione e la CEDU e offre un puntello alla giurisprudenza costituzionale in tema di (non) applicazione diretta della Convenzione (a margine di Corte giust., Grande Sez., 24 aprile 2012)*, in *www.giurcost.org*.

¹⁰⁴ Sui possibili effetti dell'adesione dell'UE alla CEDU (e ad altre Convenzioni), è utile richiamare la recente sent. Corte cost. n. 236 del 2012, in cui si afferma (punto 4.3. del *Cons. in dir.*) che il principio di uguaglianza, garantito dall'art. 3 Cost. «trova, in riferimento alle persone disabili, ulteriore riconoscimento nella citata Convenzione internazionale delle Nazioni Unite sulle persone con disabilità, cui ha aderito anche l'Unione europea (Decisione del Consiglio n. 2010/48/CE, del 26 novembre 2009, relativa alla conclusione, da parte della Comunità europea, della convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità), e che pertanto vincola l'ordinamento italiano con le caratteristiche proprie del diritto dell'Unione europea, limitatamente agli ambiti di competenza dell'Unione medesima, mentre al di fuori di tali competenze costituisce un obbligo internazionale, ai sensi dell'art. 117, primo comma, Cost.» (corsivo nostro).

¹⁰⁵ Si veda la sent. n. 28 del 2010, in cui, in materia di effetti retroattivi della legge più mite, si afferma che «il principio del *favor rei*, [...] caratterizza l'ordinamento italiano e [...] oggi trova conferma e copertura europea nell'art. 49 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (cosiddetta Carta di Nizza), recepita dal Trattato di

nuova e più robusta legittimazione offerta dalla Carta dei diritti¹⁰⁶⁻¹⁰⁷.

Né – data la progressiva espansione sovranazionale in questi ambiti¹⁰⁸ – gioverebbe eccepirne – sull'onda delle disposizioni di “contenimento” degli effetti della Carta¹⁰⁹ – l'applicazione limitata alle materie di spet-

Lisbona, modificativo del Trattato sull'Unione europea e del Trattato che istituisce la Comunità europea, entrato in vigore il 1° dicembre 2009» (punto 7 del *Cons. in dir.*). Ancora, nella sent. 138 del 2010, con riferimento alla Carta di Nizza, si afferma che non occorre affrontare i problemi che l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona pone nell'ambito dell'ordinamento dell'Unione e degli ordinamenti nazionali, e che, nel caso di specie, può essere sufficiente «rilevare che l'art. 9 della Carta (come, del resto, l'art. 12 della CEDU), nell'affermare il diritto di sposarsi rinvia alle leggi nazionali che ne disciplinano l'esercizio». Analoga “reticenza” si riscontra nella giurisprudenza sovranazionale. V., in argomento, C. SALAZAR, *A Lisbon story: la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea da un tormentato passato... a un incerto presente?*, cit., che rileva che «sul fronte delle questioni pregiudiziali relative alle normative nazionali, la Carta fa fatica a conquistare analoga “visibilità”» e che, anzi, «questa giurisprudenza sembra voler dire che la Carta Ue – seppure non ignorata – non costituisce la chiave di volta del sistema di tutela dei diritti fondamentali operante nell'Unione: pertanto, è naturale che le pronunce della Corte di giustizia non tributino ad esso un rilievo preminente, preferendo dare spazio alle altre “matrici” dei diritti fondamentali». Inoltre, l'A. rileva (pag. 23), in relazione al recente (e sopra citato) caso *Zambrano*, che «non è il primo in cui la Corte europea si sia lasciata sfuggire un'occasione d'oro per sottolineare *apertis verbis* l'efficacia vincolante del catalogo di Nizza-Strasburgo, pur tuttavia raggiungendo, [...] un risultato sostanzialmente analogo a quello cui avrebbe condotto la valorizzazione di tale novità».

¹⁰⁶ V., O. POLLICINO, V. SCIARABBA, *La Corte europea dei diritti dell'uomo e la Corte di giustizia nella prospettiva della giustizia costituzionale*, cit., che giudicano «non inverosimile» l'«eventualità che si sviluppi – in virtù, per così dire, del “corto circuito” tra il già operante principio di immediata prevalenza del diritto comunitario (con conseguente obbligo di non applicazione del diritto interno contrastante) e la peculiarità dei contenuti del testo di Nizza (assimilabili a grandi linee a quelli della prima parte della nostra Costituzione) – una sorta di “sindacato diffuso”, in riferimento alla Carta, che andrebbe in ipotesi ad affiancare, e di fatto in molti casi a sostituire, il sindacato accentrato svolto, in riferimento alle Costituzioni, dalle Corti nazionali».

¹⁰⁷ ... che, tra l'altro comprende un Titolo IV (Solidarietà), il quale raccoglie un catalogo di diritti sociali. L'osservazione che il riconoscimento del carattere fondamentale di questi diritti possa mutarne il regime giuridico, e che ne possa derivare un obbligo di “non regressione”, è formulata da O. DE SCHUTTER, *L'adhesion de l'Union européenne à la Charte sociale européenne révisée*, EUI Working paper Law, 2004/11, in <http://cadmus.eui.eu/dspace/bitstream/1814/2826/1/law04-11.pdf>. Sul punto, si veda, già, M. LUCIANI, *Diritti sociali e integrazione europea*, cit., 367 ss., in relazione alle modifiche approvate dal Trattato di Amsterdam.

¹⁰⁸ V., *supra*.

¹⁰⁹ Si considerino la Dichiarazione n. 1 allegata al Trattato di Lisbona e l'art. 6, par. 1 del TUE nonché lo stesso art. 51 par. 2 della Carta. V., sul punto, M. CARTABIA, *I diritti fondamentali in Europa dopo Lisbona: verso nuovi equilibri?*, cit., 221 s.; A. RIZZO, *La funzione “sociale” del principio di uguaglianza e del divieto di discriminazioni nel diritto dell'Unione europea*, cit., 57 ss. Sulla lettura “minimale” della Carta affacciata nel dibattito

tanza dell'Unione europea¹¹⁰, che resta un ente dotato di competenze di attribuzione, tra le quali non sarebbe dato annoverare il *welfare*¹¹¹, formalmente ancorato al livello nazionale¹¹².

scientifico a ridosso della sua prima “proclamazione solenne”, cfr., anche C. SALAZAR, *A Lisbon story: la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea da un tormentato passato... a un incerto presente?*, cit.

¹¹⁰ Sul punto, si veda anche la sent. Corte cost. n. 80 del 2011, in cui, al punto 5.5. del *Cons. in dir.*, si rileva come «in sede di modifica del Trattato si sia inteso evitare nel modo più netto che l'attribuzione alla Carta di Nizza dello “stesso valore giuridico dei trattati” abbia effetti sul riparto delle competenze fra Stati membri e istituzioni dell'Unione. L'art. 6, paragrafo 1, primo alinea, del Trattato stabilisce, infatti, che “le disposizioni della Carta non estendono in alcun modo le competenze dell'Unione definite nei trattati”. A tale previsione fa eco la Dichiarazione n. 1 allegata al Trattato di Lisbona, ove si ribadisce che “la Carta non estende l'ambito di applicazione del diritto dell'Unione al di là delle competenze dell'Unione, né introduce competenze nuove o compiti nuovi dell'Unione, né modifica le competenze e i compiti definiti dai trattati”. I medesimi principi risultano, peraltro, già espressamente accolti dalla stessa Carta dei diritti, la quale, all'art. 51 (anch'esso compreso nel richiamato titolo VII), stabilisce, al paragrafo 1, che “le disposizioni della presente Carta si applicano alle istituzioni, organi e organismi dell'Unione nel rispetto del principio di sussidiarietà, come pure agli Stati membri esclusivamente nell'attuazione del diritto dell'Unione”; recando, altresì, al paragrafo 2, una statuizione identica a quella della ricordata Dichiarazione n. 1. Ciò esclude, con ogni evidenza, che la Carta costituisca uno strumento di tutela dei diritti fondamentali oltre le competenze dell'Unione europea, come, del resto, ha reiteratamente affermato la Corte di giustizia, sia prima (tra le più recenti, ordinanza 17 marzo 2009, C-217/08, *Mariano*) che dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona (sentenza 5 ottobre 2010, C-400/10 *PPU, McB*; ordinanza 12 novembre 2010, C-399/10, *Krasimir e altri*). Presupposto di applicabilità della Carta di Nizza è, dunque, che la fattispecie sottoposta all'esame del giudice sia disciplinata dal diritto europeo – in quanto inerente ad atti dell'Unione, ad atti e comportamenti nazionali che danno attuazione al diritto dell'Unione, ovvero alle giustificazioni addotte da uno Stato membro per una misura nazionale altrimenti incompatibile con il diritto dell'Unione – e non già da sole norme nazionali prive di ogni legame con tale diritto». Cfr., A. RUGGERI, *La Corte fa il punto sul rilievo interno della CEDU e della Carta di Nizza-Strasburgo (a prima lettura di Corte cost. n. 80 del 2011)*, nel *Forum di Quaderni costituzionali*, 5 ss.

¹¹¹ V., sul punto, P. CARROZZA, *Noi e gli altri. Per una cittadinanza fondata sulla residenza e sull'adesione ai doveri costituzionali*, cit., 49 s., per il quale, sebbene la parità di trattamento nell'accesso del cittadino europeo al *welfare* del paese ospitante si dovrebbe realizzare nelle materie di competenza dell'Unione europea, è agevole constatare «come l'eguaglianza sia un formidabile strumento per attrarre nella giurisdizione della Corte, scaturita da questioni di cittadinanza (e nel patrimonio costituzionale di qualsiasi cittadino europeo) anche benefici e prestazioni che assai poco hanno a che fare, in “natura”, con le competenze dell'Unione europea».

¹¹² Cfr., M. LUCIANI, *Diritti sociali e integrazione europea*, cit., 372. Si veda, in argomento, il c.d. “Rapporto Simitis”, redatto, nel febbraio 1999, da un gruppo di esperti incaricati, dalla Commissione Europea, di esaminare lo stato dei diritti sociali, nel quale si

5. *L'emersione delle "ragioni della solidarietà umana" nella giurisprudenza costituzionale*

Non può trascurarsi che, in questo scenario, la Corte costituzionale, per operare l'estensione agli stranieri di diritti soggettivi, sperimenti talvolta percorsi "interni", come avvenuto in occasione del riconoscimento, ai non cittadini, di talune prestazioni sociali, a dispetto, come accennato, del riferimento letterale al "cittadino inabile al lavoro e sprovvisto di mezzi", contenuto nell'art. 38 Cost., che il diritto a quelle prestazioni riconosce¹¹³.

La via costituzionale offre, difatti, il "valore aggiunto" dell'argomento dell'incomprimibilità dei diritti sociali, ovvero sia l'esigenza, sviluppata nella giurisprudenza costituzionale, di salvaguardare un nucleo

rileva che «l'Unione europea è nell'impossibilità di intervenire di propria iniziativa per garantire una migliore protezione dei diritti che rientrano tradizionalmente nei diritti sociali fondamentali e che, a più riprese, sono stati affermati sia dalle legislazioni nazionali che dai trattati internazionali. L'inclusione dei diritti sociali fra i principi cui si ispirano le politiche e le attività dell'Unione europea, benchè apparentemente generale, risulta quindi in concreto soltanto parziale». Cfr., S. GIUBBONI, *Diritti e solidarietà in Europa. I modelli sociali nazionali nello spazio giuridico europeo*, cit., 181, il quale rileva che la giurisprudenza sovranazionale «appare percorsa da una tendenza a varcare gli stessi confini dell'attuale assetto normativo dell'Unione europea, in una dialettica che mette in crescente tensione il ruolo della Corte di giustizia e quello del legislatore sia europeo che nazionale», tanto che non raramente (come in occasione dell'adozione della direttiva 2004/38/CE, relativa al diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri) è il legislatore comunitario a dover compiere (pag. 214) «uno sforzo di adeguamento alla giurisprudenza della Corte». Sulle limitazioni apportate dai Governi alla direttiva 2004/38, e, più in generale, sulla debolezza delle direttive in materia (la 2003/86/CE, relativa al diritto al ricongiungimento familiare nonché la 2003/109 relativa allo *status* dei cittadini di paesi terzi che siano soggiornanti di lungo periodo), le quali risultano «spesso di contrastata applicazione in alcuni stati membri, meno disponibili a dividere il loro *welfare* con i cittadini dei paesi terzi», v., P. CARROZZA, *Noi e gli altri. Per una cittadinanza fondata sulla residenza e sull'adesione ai doveri costituzionali*, cit., 43 ss.

¹¹³ Così, ad esempio, per la sent. n. 11 del 2009, in relazione alle norme con cui si esclude che la pensione di inabilità possa essere attribuita agli stranieri extracomunitari perché non in possesso di determinati requisiti di reddito. V., G. BRUNELLI, *Welfare e immigrazione: le declinazioni dell'eguaglianza*, cit., 542 ss.; A.O. COZZI, *Un piccolo puzzle: stranieri e principio di eguaglianza nel godimento delle prestazioni socio-assistenziali*, cit., 551 ss. Che il modello di riconoscimento sovranazionale dei diritti sociali sia ben diverso da quello proprio della Costituzione italiana è osservato da M. LUCIANI, *Diritti sociali e integrazione europea*, cit., 378 ss. Del resto, sono fondate su parametri diversi dall'art. 117, comma 1, Cost., le (già citate) sentt. nn. 269 del 2010, 40 e 61 del 2011, 2 del 2013, relative ai diritti degli stranieri.

intangibile del diritto, sottratto alla disponibilità (e alla ritrattabilità) dello stesso legislatore¹¹⁴.

Come accennato, infatti, a dispetto della potenziale espansione soggettiva dei destinatari¹¹⁵ – e al di là dell'eguaglianza formale nel godimento dei diritti – è nella recessività del contenuto, rispetto alle scelte discrezionali assunte dai legislatori, sovranazionale e nazionali, il punto di maggiore debolezza delle prescrizioni internazionali (e sovranazionali) di tutela dei diritti sociali¹¹⁶. Che la questione non sia di poco conto è com-

¹¹⁴ Sulla possibilità di ricostruire le leggi di attuazione delle norme costituzionali a carattere programmatico come parametro di legittimità (*sub specie* di norme interposte) della successiva disciplina in materia, v., G. GUZZETTA-F.S. MARINI, *Diritto pubblico italiano ed europeo*, Torino, 2011, 521. V., le sentt. nn. 36, 42 e 49 del 2000 in cui la Corte costituzionale ha ritenuto inammissibile la mera abrogazione referendaria di determinati istituti di sicurezza sociale, invocando l'indefettibilità della tutela legislativa approntata ai corrispondenti diritti sociali M. LUCIANI, *Sui diritti sociali*, cit., p. 576. Cfr. anche B. PEZZINI, *La decisione sui diritti sociali. Indagine sulla struttura costituzionale dei diritti sociali*, Milano, 2001, 197, per la quale «l'attuazione legislativa di misure di protezione definisce in via privilegiata il contenuto del diritto sociale ma, nello stesso tempo, viene posta sotto una sorta di protezione privilegiata da parte della costituzione [dei diritti sociali] proprio in quanto attuazione realizzata»; A. GUAZZAROTTI, *Giurisprudenza Cedu e giurisprudenza costituzionale sui diritti sociali a confronto*, in www.gruppodipisa.it; A. DEFFENU, *La condizione giuridica dello straniero nel "dialogo" tra Corte costituzionale e giudice amministrativo*, cit., 140 ss. Manifesta, invece, un atteggiamento critico verso la più recente giurisprudenza costituzionale, A. RUGGERI, *La Consulta rimette abilmente a punto la strategia dei suoi rapporti con la Corte EDU e, indossando la maschera della consonanza, cela il volto di un sostanziale, perdurante dissenso nei riguardi della giurisprudenza convenzionale ("a prima lettura" di Corte cost. n. 264 del 2012)*, in www.giurcost.org, il quale osserva che «il fondamento dei diritti fondamentali non sta oggi tanto nella Costituzione o in altre Carte, che pure ne danno l'astratto riconoscimento, bensì nel contesto: un contesto, di certo, al presente non benigno per i diritti stessi (specie per alcuni diritti e di alcuni soggetti), obbligati a forti riduzioni di senso ed a pressoché sistematico sacrificio davanti al pressante e prioritario bisogno di far salvi i vincoli di ordine economico-finanziario imposti dall'Unione (e – come si diceva – ora anche dall'art. 81 Cost.)» e che la Corte sembra, piuttosto, «preoccupata di anteporre le esigenze dell'erario ad ogni cosa, persino appunto ai diritti fondamentali (e, in ultima istanza, alla dignità della persona umana)».

¹¹⁵ Cfr., in argomento, ancora, S. GIUBBONI, *Confini della solidarietà. I modelli sociali nazionali nello spazio giuridico europeo*, cit., 399, il quale osserva che «benché innervata dal valore universalistico e inclusivo dell'eguaglianza sostanziale, la solidarietà sociale – in quanto retta da vincoli di reciprocità e condivisione – è sempre connotata da una dimensione particolaristica, storicamente sostanziata, in Europa, nella delimitazione della sfera di operatività delle istituzioni del *welfare* entro i confini nazionali».

¹¹⁶ Sull'ampio margine di apprezzamento di cui, ad avviso del Giudice di Strasburgo, godono i singoli Stati in materia di prestazioni sociali, v., recentemente, la pronuncia del 16 marzo 2010, *Carson ed altri contro Regno Unito*. Cfr., in argomento, F. SORRENTINO, *I diritti fondamentali in Europa dopo Lisbona (considerazioni preliminari)*, in *Corr. giur.*,

provato dalla circostanza che proprio su questo aspetto si gioca, all'interno dei confini nazionali – tanto più negli ordinamenti a base decentrata¹¹⁷ – la effettiva “tenuta” del sistema politico¹¹⁸, e che sia la previ-

2010, 146, il quale mette in luce il ruolo svolto dalle costituzioni rigide dell'Europa continentale nel bilanciamento reciproco tra diritti individuali e tra questi e gli interessi pubblici, a differenza di quanto avvenuto nell'area comunitaria in cui la creazione dei diritti va ascritta essenzialmente alla giurisprudenza.

¹¹⁷ Questione, quella della recessività del contenuto dei diritti sociali, ben nota, del resto, agli ordinamenti a base decentrata, data la stretta connessione con il delicato tema della tensione tra uniformità e differenziazione, o, in altre parole, del «tasso di disuguaglianza accettabile». Così, G. ROSSI, A. BENEDETTI, *La competenza legislativa statale esclusiva in materia di livelli essenziali delle prestazioni concernenti io diritti civili e sociali*, cit., 22 ss. Sul tema v., B. CARAVITA, *La Costituzione dopo la riforma del titolo V*, cit., 74; A. D'ATENA, *Il principio unitario nel sistema dei rapporti tra Stato e Regioni*, in ID., *Le Regioni dopo il Big bang. Il viaggio continua*, Milano, 2005, 67 ss. Non sembra da condividere, nella sua assolutezza, l'affermazione (così G.U. RESCIGNO, *La riforma da riformare*, cit., 5), in base alla quale uno dei maggiori punti di critica della riforma del titolo V Cost. dovrebbe consistere nel fatto che, attraverso di essa, venga «favorita e garantita la creazione di regole disuguali tra i cittadini, che avranno diritti e tutele diversi secondo la Regione di residenza», tanto più se ad essa si accompagna l'auspicio secondo cui la legge nazionale dovrebbe «ritornare ad essere il perno dell'intero sistema normativo nazionale». Infatti, come osserva G. FALCON, *Modello e transizione*, cit., 258, «proprio in quanto potestà regionale [...] essa istituzionalmente crea *disuguaglianza*»; analogamente, F. PIZZETTI, *La riforma del titolo V tra resistenza al cambiamento e incompiutezza delle scelte*, cit., 543, il quale afferma che «fermo restando l'obbligo di applicare il principio di eguaglianza all'interno della propria comunità e delle proprie decisioni, ciascun decisore può adottare scelte e politiche diverse, il che può certamente determinare oggettive disparità di trattamento tra cittadini dell'uno e dell'altro ente fra loro comparabili. [...] Opporsi a questa lettura della riforma significa, molto semplicemente, negare la riforma stessa. Significa, cioè, collocarsi in pieno dentro una logica che accetta la riforma solo a condizione che la si possa contemporaneamente snaturare e sostanzialmente rigettare e respingere nei fatti». Sul punto, v., già, A. D'ATENA, *L'autonomia legislativa delle Regioni*, Roma, 1974, *passim*, spec. 15 ss. e 155 ss.; ID., *Regioni, eguaglianza e coerenza dell'ordinamento (alla ricerca di principi generali in materia di indicizzazione delle retribuzioni)*, in *Giur. cost.*, 1977, 1281 ss., ora in ID., *Costituzione e Regioni. Studi*, Milano 1991, 175 ss.

¹¹⁸ Sulla necessità di assicurare, negli ordinamenti statali, una «omogeneità sociale di base», v., J.L. CARRO FERNANDEZ-VALMAYOR, *Pluralismo territorial y estado social en la perspectiva nacional y comunitaria*, relazione al convegno “Le garanzie di effettività dei diritti nei sistemi policentrici”, Roma 9 giugno 2003, *paper*, 3. Il presupposto è che «non si [possa] rinunciare ad un minimo di uguaglianza di prestazioni senza rinunciare contemporaneamente all'unità politica» (così, J.J. GONZÁLEZ ENCINAR, *Lo Stato federale “asimetrico”: il caso spagnolo*, in A. PACE (a cura di), *Quale dei tanti federalismi?*, Padova 1997, 74 ss.). Sul tema, v., inoltre, V. M.Á. CABELLOS ESPÍERREZ, *Distribución competencial, derechos de los ciudadanos e incidencia del derecho comunitario*, Madrid 2001, 55 ss.; S. GAMBINO, *Regioni e diritti fondamentali. La riforma costituzionale italiana nell'ottica comparatistica*, in ID. (a cura di), *Il “nuovo” ordinamento regionale. Competenze e diritti*, Milano, 2003, 24 ss., partic. 28, ove si sottolinea che «il diritto alla differenziazione, che

sione dei diritti sociali, a conferire, alle Costituzioni contemporanee, l'impronta assiologica che di esse è propria¹¹⁹.

Sebbene, infatti, ad avviso del Giudice costituzionale, non possa ritenersi preclusa, al legislatore, la scelta di ridurre, per una inderogabile esigenza di contenimento della spesa pubblica, un trattamento prima spettante in base alla legge¹²⁰, rientrando, pur sempre, tale scelta, nella sfera della discrezionalità, ciò non toglie che, per la Corte, «detto potere discrezionale non [abbia] carattere assoluto» e trovi un limite nel «rispetto di un nucleo indefettibile di garanzie per gli interessati» (sent. n. 80 del 2010)¹²¹.

È sviluppando questo argomento, d'altra parte, che la giurisprudenza costituzionale è pervenuta, come accennato, al riconoscimento, per gli stranieri, «qualunque sia la loro posizione rispetto alle norme che regolano l'ingresso ed il soggiorno nello Stato»¹²², di un "nucleo irriducibile" di tutela del diritto alla salute o ad una sistemazione alloggiativa¹²³.

Né può ritenersi estranea, a tale "garanzia di ultima istanza", una lo-

è proprio del modello di distribuzione territoriale dei poteri [...] non può estendersi all'ambito dei diritti *in ciò che degli stessi è sostanziale*» (corsivo nostro); L. M. DíEZ-PICAZO, *Diritti sociali e federalismo*, in *Pol. dir.*, 1999, 21 ss.; G. RUIZ-RICO RUIZ, *La dimensione territoriale del principio di uguaglianza come limite al principio di autonomia*, in M. SCUDIERO (a cura di), *Il diritto costituzionale comune europeo. Principi e diritti fondamentali, vol. II (contributi sui temi della ricerca), tomo I*, Napoli 2002, 97, che, al riguardo, cita una sentenza del Tribunale costituzionale spagnolo (la n. 61 del 1997), in cui si sostiene che l'intervento dello Stato deve essere finalizzato ad evitare un'eccessiva disparità normativa in materia di diritti costituzionali, realizzando (non la piena identità delle situazioni giuridiche dei cittadini, ma) la «determinazione di un minimo comun denominatore».

¹¹⁹ Così, A. D'ATENA, *I principi ed i valori costituzionali*, in ID., *Lezioni di diritto costituzionale*, cit., 24 ss.

¹²⁰ *Ex plurimis*, sentt. nn. 361 del 1996 e 316 del 2010. V. ONIDA, *Eguaglianza e diritti sociali*, in AA.VV., *Corte costituzionale e principio di uguaglianza*, Atti del Convegno in ricordo di Livio Paladin, Padova 2 aprile 2001, Padova 2002, 117 ss., il quale tra l'altro osserva (pag. 119) che «quanto possa essere consentito "tornare indietro" non è semplice stabilirlo».

¹²¹ In materia di tutela diritti disabili. Analogamente, nella medesima materia, si veda già la sent. n. 106 del 1992, in cui la Corte accoglie la questione di legittimità costituzionale di una norma soppressiva del diritto all'assegno di accompagnamento, rilevando «il *vulnus* nascente dalla negazione di un diritto in precedenza riconosciuto in attuazione del programma solidaristico di cui all'art. 38 della Costituzione». V., inoltre, le sentt. nn. 226 del 2000 e 251 del 2008.

¹²² Sent. 252 del 2001, punto 2 del *Cons. in dir.*, nonché le precedenti nn. 267 del 1998, 309 del 1999, 509 del 2000.

¹²³ Si veda la sent. n. 61 del 2011, su cui, v., *supra*.

gica di solidarietà sociale¹²⁴, nella quale, del resto, si ravvisa, condivisibilmente, l'autentico *quid pluris* della cittadinanza nazionale rispetto a quella europea¹²⁵.

¹²⁴ La già citata sent. n. 404 del 1988, ad esempio, nell'enunciarlo come diritto sociale, considera quello all'abitazione il risultato di un «dovere di solidarietà sociale, che ha per contenuto l'impedire che taluno resti privo di abitazione». Del resto, anche la più recente sent. n. 432 del 2005 giustifica l'estensione di una misura sociale (non fondamentale) agli stranieri in forza dei valori di solidarietà sociale. Cfr., C. COLAPIETRO, *La giurisprudenza costituzionale nella crisi dello Stato sociale*, cit., 398, il quale mette in rilievo il ruolo della Corte nell'«offrire certezze solidaristiche all'interno di un sistema normativo sempre più caotico»; M. RUOTOLO, *La lotta alla povertà come dovere dei pubblici poteri. Alla ricerca dei fondamenti costituzionali del diritto a un'esistenza dignitosa*, in *Dir. pubbl.*, 2011, 402, «il 'diritto a un'esistenza degna' pare trovare autonomo fondamento proprio negli artt. 2 e 3, ossia nelle prescrizioni sull'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale e della pari dignità sociale».

¹²⁵ Osserva che «la cittadinanza dell'Unione viene ad essere carente proprio di quei diritti e di quei doveri che normalmente vengono contemplati nel nucleo essenziale delle situazioni soggettive rientranti nello status di cittadini», potendosene concludere che «la cittadinanza dell'Unione consacrata nel trattato di Maastricht, si propone principalmente di contribuire alla piena realizzazione della libertà di circolazione e alla affermazione del principio di eguaglianza, o meglio, del principio di non discriminazione sulla base della nazionalità» M. CARTABIA, *Cittadinanza europea*, in *Enc. giur.*, 1995, 3 s.; G. AZZARITI, *La cittadinanza appartenenza, partecipazione, diritti delle persone*, in *Dir. pubbl.*, 2011, 440 ss. Cfr., G. GUZZETTA, F.S. MARINI, *Diritto pubblico italiano ed europeo*, cit., 659 ss. In argomento, v., S. GIUBBONI, *Confini della solidarietà. I modelli sociali nazionali nello spazio giuridico europeo*, cit., 408 s., per il quale «la solidarietà acquisitiva [...] conquistata dal cittadino europeo mobile è dotata, così, della stessa forza di integrazione negativa sui sistemi nazionali di welfare, che è propria delle libertà economiche del mercato, poiché, al pari di quelle, spezza il legame di reciprocità tra diritti e doveri di contribuzione che è, e deve restare, alla base delle prestazioni sociali garantite dagli Stati membri. Un paternalismo sociale compassionevole del caso singolo, sistematicamente sbilanciato a favore dell'individuo mobile ed a sfavore delle esigenze di controllo territoriale della spesa assistenziale degli Stati membri, indebolirebbe pertanto i sistemi di welfare nazionali, incentivando la tendenza (peraltro rafforzata dai nuovi vincoli del Patto di stabilità e crescita riformato), a ridurre il livello generale delle prestazioni sociali. E tutto ciò, evidentemente, senza fondarsi – in alcun modo – su un autentico principio di solidarietà sociale, che sia, cioè, politicamente determinato e legittimato»; M. RUOTOLO, *La lotta alla povertà come dovere dei pubblici poteri. Alla ricerca dei fondamenti costituzionali del diritto a un'esistenza dignitosa*, cit., 409 «a leggere le formule dei Trattati (da ultimo quello di Lisbona) e ad analizzare la 'forma' data agli specifici interventi comunitari, non sembra proprio che a livello europeo il principio di eguaglianza sia declinato in senso sostanziale»; C. SALAZAR, *A Lisbon story: la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea da un tormentato passato... a un incerto presente?*, cit., «dal Trattato di Lisbona, insomma, si ricava che non sono tuttora pensabili "politiche generali di solidarietà" dell'Ue avvicinabili a quelle praticate a livello nazionale, per la predisposizione delle quali occorrerebbe una più salda legittimazione politica e una profonda trasformazione degli apparati dell'Unione nonché un notevole incremento del budget», S. GIUBBONI, *I diritti sociali nel-*

Tale «prioritaria» presa in considerazione delle «ragioni della solidarietà umana»¹²⁶ emerge nella recente sent. n. 187 del 2010, in cui, in relazione alla fruizione dell'assegno sociale, la Corte costituzionale ne rico-

l'Unione europea dopo il Trattato di Lisbona. Paradossi, rischi e opportunità, cit., 6, che rileva la «distanza tra il "picco" della costituzionalizzazione orientata ai valori sociali, quale emerge dal nuovo assetto del diritto primario dell'Unione europea, e l'arcigna applicazione delle libertà economiche fondamentali». Tuttavia, alcuni cambiamenti vengono ravvisati nella più recente giurisprudenza della Corte di Giustizia in materia di previdenza e assistenza (casi *Martinez Sala* e *Zambrano*), sembrando, essa, «ispirata ad autentica solidarietà sociale» (così, S. GIUBBONI, *I diritti sociali nell'Unione europea dopo il Trattato di Lisbona. Paradossi, rischi e opportunità*, cit., 11; negli stessi termini, A. SPADARO, *I diritti sociali di fronte alla crisi (necessità di un nuovo "modello sociale europeo": più sobrio, solidale e sostenibile*, cit.). Dall'analisi di questa giurisprudenza sovranazionale sembrerebbe potersi cogliere (S. GIUBBONI, *Diritti e solidarietà in Europa. I modelli sociali nazionali nello spazio giuridico europeo*, cit., 180 s.), «l'emersione di un nuovo paradigma di solidarietà sociale, finalmente proiettato su scala paneuropea, con la necessaria ridefinizione dei confini dei sistemi nazionali di *welfare* e dei criteri di appartenenza alle comunità di redistribuzione cui essi danno vita». Ciò non toglie che, come osserva l'A. (pag. 226), «il limite più evidente di questa proiezione inclusiva e solidaristica della cittadinanza europea si accompagna ad una simmetrica chiusura verso coloro che sono esclusi dalla *membership*». V., inoltre, S. GAMBINO, *Les droits sociaux dans le constitutionnalisme contemporain et dans le droit de l'Union Européenne*, in *www.federalismi.it*, 21/2011, 17 ss.; ID., *Constitutionnalismes nationaux et constitutionnalisme européen: les droits fondamentaux sociaux, la Charte des droits de l'Union européenne et l'identité constitutionnelle nationale*, in *www.federalismi.it*, 6/2012; C. PINELLI, *Il discorso sui diritti sociali fra costituzione e diritto europeo*, in *Europa e dir. priv.*, 2011, 401 ss.

¹²⁶ ... per riprendere le parole espresse nell'ord. n. 192 del 2006, in cui comunque, dichiarandosi non fondata la questione di legittimità di una norma del Testo Unico Immigrazione (art. 19, comma 2, lettera d), del decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286), la Corte afferma che le «ragioni della solidarietà umana non sono di per sé in contrasto con le regole in materia di immigrazione previste in funzione di un ordinato flusso migratorio e di un'adeguata accoglienza ed integrazione degli stranieri». In senso diverso, si esprimeva, invero, la Corte con la pronuncia n. 353 del 1997, in cui, dichiarando non fondata la questione di legittimità della disposizione con cui si prevedeva l'espulsione dal territorio nazionale degli stranieri che violassero le disposizioni in materia di ingresso e soggiorno (art. 7, comma 2, del d.l. 30 dicembre 1989, n. 416 "Norme urgenti in materia di asilo politico, di ingresso e soggiorno dei cittadini extracomunitari e di regolarizzazione dei cittadini extracomunitari ed apolidi già presenti nel territorio dello Stato", convertito, con modificazioni, dalla l. 28 febbraio 1990, n. 39), si sottolineava che «le ragioni della solidarietà umana non possono essere affermate al di fuori di un corretto bilanciamento dei valori in gioco, di cui si è fatto carico il legislatore. Lo Stato non può infatti abdicare al compito, ineludibile, di presidiare le proprie frontiere: le regole stabilite in funzione d'un ordinato flusso migratorio e di un'adeguata accoglienza vanno dunque rispettate, e non eluse, o anche soltanto derogate di volta in volta con valutazioni di carattere sostanzialmente discrezionale, essendo poste a difesa della collettività nazionale e, insieme, a tutela di coloro che le hanno osservate e che potrebbero ricevere danno dalla tolleranza di situazioni illegali».

nosce la «funzione sociale che è chiamato a svolgere nel sistema», in quanto «rimedio destinato a consentire il concreto soddisfacimento dei “bisogni primari” inerenti alla stessa sfera di tutela della persona umana, che è compito della Repubblica promuovere e salvaguardare; rimedio costituente, dunque, un diritto fondamentale perché garanzia per la stessa sopravvivenza del soggetto». Ma è nella successiva n. 329 del 2011 che la Corte, chiamata a risolvere una questione analoga in ordine alla titolarità della cosiddetta indennità di frequenza, ancora più nettamente ne ribadisce il carattere di erogazione destinata «a fornire alla persona un minimo di sostentamento: in linea, evidentemente, con i principi di inderogabile solidarietà sociale, assunti quale valore fondante degli stessi diritti inalienabili dell'individuo, che non ammettono distinzioni di sorta in dipendenza di qualsiasi tipo di qualità o posizione soggettiva e, dunque, anche in ragione del diverso *status* di cittadino o di straniero»¹²⁷.

¹²⁷ Si veda, inoltre, recentemente, la sent. n. 264 del 2012, in cui si ribadisce (punto 5.3. del *Cons. in dir.*) che i principi di uguaglianza e di solidarietà, «per il loro carattere fondante, occupano una posizione privilegiata nel bilanciamento con gli altri valori costituzionali». Cfr., A. RUGGERI, *La Consulta rimette abilmente a punto la strategia dei suoi rapporti con la Corte EDU e, indossando la maschera della consonanza, cela il volto di un sostanziale, perdurante dissenso nei riguardi della giurisprudenza convenzionale (“a prima lettura” di Corte cost. n. 264 del 2012)*, cit.

ATTUALITÀ

*Copertura finanziaria delle leggi e manovre di finanza pubblica ai tempi della prima Presidenza Napolitano**

Simone Scagliarini

SOMMARIO: 1. Una singolarità della (prima) Presidenza Napolitano: l'assenza di rinvii *ex art.* 81 Cost. – 2. La prassi del Presidente – 2.1. Il Capo dello Stato e la copertura finanziaria – 2.2. Il Capo dello Stato e le manovre di finanza pubblica – 3. *Moral suasion vs.* rinvio delle leggi? – 3.1. La legittimità e l'opportunità del ricorso alla *moral suasion* – 3.2. L'inopportunità del mancato esercizio del potere di rinvio – 3.3. Presidente della Repubblica e Corte dei conti: dialogo o monologo?

1. *Una singolarità della (prima) Presidenza Napolitano: l'assenza di rinvii ex art. 81 Cost.* – Uno dei tratti caratteristici della prima Presidenza Napolitano, indubbiamente *sui generis* sotto molti aspetti, risiede nell'assenza di rinvii di una legge alle Camere per violazione dell'art. 81 Cost. sotto il profilo della mancata od inadeguata copertura finanziaria. Eccezion fatta per il Presidente Saragat, che non effettuò alcun rinvio, si tratta, infatti, dell'unico caso fino ad ora verificatosi, in quanto ciascun predecessore aveva utilizzato questo strumento proprio e soprattutto per la difesa degli equilibri finanziari¹, sebbene sia già stato rilevato in dottrina come, dall'ultimo biennio della Presidenza Cossiga in poi, il rinvio abbia vieppiù acquisito rilevanza per la difesa anche di altri interessi costituzionali e non più quasi esclusivamente per la finalità *de qua*, che è invece an-

¹ Sono infatti ben 37 su un totale di 60 rinvii avvenuti sino ad oggi quelli aventi a parametro l'art. 81 Cost. Cfr., *ex plurimis*, anche per la individuazione delle motivazioni alla base di questa prassi, perlopiù indicate nella difficile giustiziabilità del parametro davanti alla Consulta e nella tecnicità ed assenza di discrezionalità rispetto a simili rilievi, S. GALEOTTI, B. PEZZINI, *Presidente della Repubblica nella Costituzione italiana*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, vol. XI, Torino 1996, spec. 464; A. RUGGERI, *Rinvio presidenziale delle leggi e autorizzazione alla presentazione dei disegni di legge tra aperture del modello e delusioni della prassi*, e R. ROMBOLI, *Presidente della Repubblica e Corte costituzionale*, entrambi in M. LUCIANI, M. VOLPI (a cura di), *Il Presidente della Repubblica*, Bologna 1997, rispettivamente 208 ss. e 294 ss.; P. FALZEA, *Il rinvio delle leggi nel sistema degli atti presidenziali*, Milano 2000, 327 ss.; C. DE FIORES, *Il rinvio delle leggi tra principio maggioritario e unità nazionale*, in *Riv. dir. cost.* 2002, spec. 187 ss.; G. SALVEMINI, *Ruolo della Presidenza della Repubblica*, in *Id.* (a cura di), *I guardiani del bilancio*, Venezia 2003, 85 ss.; nonché, volendo, S. SCAGLIARINI, *La quantificazione degli oneri finanziari delle leggi tra Governo, Parlamento e Corte costituzionale*, Milano 2006, 161 ss.

data scemando di importanza². Ancor di più, poi, la situazione appare paradossale se si considera che il mancato rinvio *ex art.* 81 Cost. coincide con il mandato presidenziale durante il quale è scoppiata – ed ancora non è conclusa – una crisi finanziaria di particolare intensità e durata³.

Che questo possa imputarsi al raggiungimento, durante il settennato, di un livello di totale adeguatezza nella copertura finanziaria delle leggi può ragionevolmente escludersi. Lo testimoniano, a tacer d'altro, le Relazioni trimestrali sulla tipologia delle coperture e sulle tecniche di quantificazione degli oneri approvate dalla Corte dei conti, da cui emergono ripetuti – e ricorrenti – rilievi critici tanto sulle tecniche di quantificazione quanto sulle modalità di copertura, rilievi peraltro che sembrano addirittura farsi più incisivi, contrariamente a quanto ci si potrebbe attendere da un governo tecnico, nei confronti dell'Esecutivo presieduto dal sen. Monti nell'ultima fase della XVI legislatura⁴.

Parimenti da escludersi, con tutta evidenza, è che al Presidente Napolitano possa imputarsi una scarsa attenzione alla copertura finanziaria delle leggi ed alle procedure di finanza pubblica in genere, ben essendo, semmai, a tutti manifesto come il Capo dello Stato abbia attribuito grande rilievo a siffatte tematiche, monitorando con estrema attenzione i provvedimenti economico-finanziari, in particolare a partire dal Governo Berlusconi IV, a seguito della eccezionale crisi economica che colpiva l'Europa⁵. Non a caso, del resto, se, già nei primi discorsi successivi all'insediamento – e quindi in periodi precedenti lo scoppio della crisi – la riforma delle procedure di contabilità ricopriva per il Presidente un ruolo certo non secondario⁶, è ancor più significativo che, nel tracciare un bi-

² Per tutti, si vedano in tema le puntuali osservazioni di M. GORLANI, *Libertà di esternazione e sovraesposizione funzionale del Capo dello Stato*, Milano 2012, 34 ss.; nonché di I. PELLIZZONE, *Contributo allo studio sul rinvio presidenziale delle leggi*, Milano 2011, spec. 237 ss., la quale ricava dai dati relativi all'uso del potere di cui all'art. 74 Cost. la conclusione che dal ruolo preponderante dei rinvii fondati sulla violazione dell'art. 81, comma 4, Cost., questa norma è andata assumendo, già con la Presidenza Ciampi, un ruolo piuttosto marginale.

³ Cfr. G. PICCIRILLI, *Il Presidente della Repubblica*, in F. ANGELINI, M. BENVENUTI (a cura di), *Il diritto costituzionale alla prova della crisi economica. Atti del convegno di Roma, 26-27 aprile 2012*, Napoli 2012, 295 ss., che evidenzia il paradosso di tale evenienza, la quale peraltro non riguarda solo il mancato esercizio del potere di rinvio, ma anche di altri poteri formali intestati al Presidente, che, pur essendo quelli più collegati alla crisi, controintuitivamente registrano invece una scarsa applicazione a vantaggio di attività informali.

⁴ Si veda, per esempio, la *Relazione sulla tipologia delle coperture adottate e sulle tecniche di quantificazione degli oneri relative alle leggi pubblicate nel quadrimestre gennaio-aprile 2012*, 5, ove si riferisce di un notevole peggioramento dei processi deliberativi in materia finanziaria, caratterizzato dall'approvazione di provvedimenti la cui relazione tecnica *ex art.* 17 della legge n. 196 del 2009 era stata verificata negativamente dal Ministero dell'Economia. La Relazione, come le successive cui si farà riferimento, è reperibile sul sito istituzionale della Corte, <http://www.corteconti.it>.

⁵ In tal senso N. MACCABIANI, *Il Capo dello Stato di fronte alle difficoltà economico-finanziarie e politiche del Paese*, in *Rivista AIC*, n. 1/2012, 4 ss., cui rinviamo anche per una più analitica ricostruzione degli eventi, che sarebbe ultronea in questa sede.

⁶ Lo si ricava, per esempio, dal Discorso per le Alte Magistrature dello Stato del 20 dicembre

lancio della XVI legislatura, egli abbia voluto sottolineare come questo non debba qualificarsi in termini del tutto negativi, essendo caratterizzato da alcuni risultati di indubbio pregio, tra i quali il Capo dello Stato richiama proprio (e soltanto) la riforma della contabilità dello Stato e l'adozione della legge costituzionale n. 1 del 2012 per l'introduzione del principio di pareggio di bilancio⁷.

Non è neppure del tutto appagante imputare la totale assenza di rinvii sulla mancata copertura ad un naturale compimento di quel generale *trend*, cui si è fatto cenno, che ha portato alla marginalizzazione di questo parametro. *Trend*, come è stato rilevato in dottrina, originato dal fatto che, in un periodo in cui il Parlamento tendeva a raggiungere accordi consociativi, l'intervento del Presidente era finalizzato alla tutela di «interessi permanenti della Nazione» pretermessi nel processo decisionale legislativo, come appunto il contenimento del debito pubblico, mentre oggi il Capo dello Stato si trova a valutare leggi più direttamente collegate ad un preciso indirizzo governativo, non di rado oggetto di accessi dibattiti sia nell'opinione pubblica che nelle aule parlamentari, dove vengono in rilievo anche, se non soprattutto, parametri costituzionali diversi, rispetto ai quali il sindacato presidenziale rischia di essere letto come adesione alle ragioni di uno degli schieramenti in campo⁸. Ebbene, pur nella innegabile corrispondenza al vero di detta analisi, a nostro avviso ciò potrebbe giustificare, semmai, una ridotta incidenza percentuale dei rinvii *ex art.* 81 Cost., ma non già il loro azzeramento.

Piuttosto, allora, riteniamo si possa più semplicemente osservare che l'attenzione del Capo dello Stato alle tematiche in questione ha portato all'esercizio non già del potere di rinvio, bensì di una serie di strumenti di *moral suasion*. I quali, se in generale tendono ad aumentare in corrispondenza del mutamento dell'oggetto e del parametro nei rinvii testé descritto⁹, per la loro frequenza e ri-

2006. Gli interventi, le note ed i comunicati, compresi quelli che saranno citati nel prosieguo, possono reperirsi nel sito della Presidenza della Repubblica, <http://www.quirinale.it>.

⁷ Cfr. l'intervento alla Cerimonia per lo scambio degli auguri con le Alte Cariche dello Stato del 17 dicembre 2012.

⁸ Argomenta in tal senso G. SCACCIA, *La funzione presidenziale di controllo sulle leggi e sugli atti equiparati*, in *Rivista AIC*, n. 1/2011, 7 ss. Analogamente, R. ROMBOLI, *Il rinvio delle leggi*, in M. D'AMICO, B. RANDAZZO (a cura di), *Alle frontiere del diritto costituzionale. Scritti in onore di Valerio Onida*, Milano 2011, 1670 ss., che mette in correlazione il mutamento del parametro utilizzato con quello dell'oggetto della legge rinviata, che da «assolutamente casuale e per niente incidente nelle scelte del Presidente se operare o meno il rinvio», come appunto nei rinvii per mancata copertura finanziaria, oggi è più spesso costituito da importanti riforme espressione di un preciso indirizzo politico. Sennonché, come osserva correttamente A. RUGGERI, *Evoluzione del sistema politico-istituzionale e ruolo del Presidente della Repubblica: notazioni introduttive*, in ID. (a cura di), *Evoluzione del sistema politico-istituzionale e ruolo del Presidente della Repubblica*, Torino 2011, 26 spec. nt. 45, in realtà anche la decisione di rinvio fondata sull'art. 81 ha pur sempre scontato un margine di discrezionalità, come è facilmente dimostrabile se solo si considerano i non pochi casi marcatamente privi di copertura in cui non vi è stato esercizio di tale facoltà.

⁹ Così G. SCACCIA, *La funzione*, loc. cit., secondo cui la maggiore esposizione spingerebbe i Pre-

levanza finiscono tuttavia per rappresentare un tratto peculiare della Presidenza Napolitano, sia sotto un profilo generale¹⁰ sia, in specie, rispetto a quello della copertura finanziaria. Insomma, anche gli equilibri e le procedure di bilancio sono stati investiti da interventi presidenziali fondati non già su atti tipici, espressione di poteri codificati dal testo costituzionale, quanto piuttosto consistenti in forme di persuasione non codificate e pertanto meno vincolanti.

Scopo delle presenti note, in questo contesto, è di ricostruire i principali filoni in cui si è articolata questa prassi del Presidente della Repubblica e gli strumenti utilizzati a tal fine, pur nella consapevolezza che l'analisi non potrà che essere parziale, in quanto necessariamente limitata ai materiali che vengono resi noti e che naturalmente non sono che una parte (verosimilmente nemmeno la principale) di quanto avviene¹¹. Cercheremo quindi, conclusivamente, di trarre qualche considerazione sintetica sulla efficacia che ad essi può imputarsi e sulla opportunità, in tema di finanza pubblica, di un siffatto *modus procedendi*.

2. *La prassi del Presidente*. – Al fine di ricostruire l'attività del Capo dello Stato secondo il disegno che ci siamo proposti, riteniamo opportuno trattare distintamente ciò che attiene al controllo sulla copertura finanziaria delle leggi in senso proprio rispetto agli interventi più in generale incidenti sulle procedure di bilancio latamente intese.

2.1. *Il Capo dello Stato e la copertura finanziaria*. – Per quanto attiene alla verifica della copertura finanziaria, la semplice mancanza di rinvii, pur in presenza di coperture certo non perfettamente rispondenti, anche *ictu oculi*, al dettame costituzionale, non significa, come si è anticipato, che tali profili non siano stati oggetto di attenzione da parte del Capo dello Stato.

A tal proposito, possono ricordarsi tanto (a) alcuni interventi presidenziali da cui è possibile ricavare come sugli atti normativi sottoposti al Presidente sia

sidenti a cercare forme di legittimazione autonoma attraverso un diretto canale di comunicazione con l'opinione pubblica, espresso attraverso le molteplici occasioni di esternazione e gli interventi informali. Nella stessa linea già D. CHINNI, *Sulle esternazioni del Presidente della Repubblica al tempo dei new media. Spunti a partire dalla prassi del Presidente Napolitano*, in *Giur. cost.* 2010, spec. 1936 ss., il quale individua, per esempio, nelle esternazioni "in risposta" e negli spazi dedicati alla trasparenza del bilancio del Quirinale strumenti espressamente volti a ricercare un dialogo diretto con i cittadini.

¹⁰ La bibliografia sul punto comincia ormai ad essere copiosa. Per tutti, si possono vedere, a titolo indicativo, quanto meno R. BIN, *Il Presidente Napolitano e la topologia della forma di governo*, in *Quad. cost.* 2013, 10 ss.; I. PELLIZZONE, *Contributo*, cit., 279 ss.; I. NICOTRA, *Il Quirinale e l'inedita declinazione del principio di leale collaborazione istituzionale: l'Italia verso un semipresidenzialismo mite*, in F. GIUFFRÈ, I. NICOTRA (a cura di), *Il Presidente della Repubblica. Frammenti di un settennato*, Torino 2012, spec. 23 ss.; nonché D. GALLIANI, *I sette anni di Napolitano*, Milano 2012, spec. 107 ss.

¹¹ Secondo quanto condivisibilmente osserva A. RUGGERI, *Evoluzione*, cit., 27.

stata svolta direttamente un'attività di controllo in senso proprio sulla copertura, quanto (b) interventi di carattere più generale che, sia pure indirettamente, involgono profili rilevanti anche in tema di copertura finanziaria.

(a) A dimostrazione dell'attenzione prestata dal Capo dello Stato al rispetto dell'art. 81 Cost., si può richiamare, per esempio, la nota del 17 aprile 2009, in cui si precisa che, nel promulgare la legge di conversione del d.l. n. 5 del 2009, il Capo dello Stato, con una lettera inviata ai Presidenti delle due Camere, al Presidente del Consiglio ed al Ministro dell'Economia, ha lamentato che il testo, ampiamente emendato nel corso dei lavori parlamentari rispetto all'originario decreto governativo, gli è stato trasmesso in ritardo, non consentendogli così il «pieno esercizio dei poteri di garanzia», tra l'altro, sulla correttezza delle coperture delle nuove o maggiori spese.

Parimenti, potrebbe nello stesso senso ricordarsi la nota del 18 giugno del medesimo anno, in cui il Presidente precisa di avere promulgato la legge solo in seguito ai «chiarimenti forniti dal Ministero dell'economia e delle finanze sulle modalità di copertura del finanziamento del programma banda larga».

Le esternazioni citate sembrano dunque dimostrare che la verifica sull'adeguatezza della copertura è stata effettivamente svolta e che talora ciò ha portato a sollecitare chiarimenti ed integrazioni da parte del Governo, di cui alcuni interventi presidenziali, quali gli esempi richiamati, danno pubblicamente conto. Del resto, non stupisce che ciò si verifichi, dato che già il Presidente Ciampi, fin dal 1999, aveva istituito presso il Quirinale una Unità di valutazione finanziaria degli atti normativi, tuttora operante, la cui attività, che ha portato nel corso della legislatura all'analisi di oltre mille atti normativi, ha reso verosimilmente meno frequente il ricorso al rinvio, essendo eventuali rilievi risolti direttamente nel corso del procedimento¹².

(b) Più in generale, per i riflessi che possono avere sulla problematica della copertura finanziaria, vanno rammentati anche gli interventi del Capo dello Stato in tema di decretazione d'urgenza ed in particolare quelli volti a denunciare la illegittimità di decreti (e di leggi di conversione) eterogenei, su cui, come ben noto, è intervenuta negli ultimi anni anche la Corte costituzionale¹³.

¹² Sulla istituzione di questa Unità come una alternativa al rinvio delle leggi, in presenza di vincoli sovranazionali che renderebbero più difficile il suo esercizio sulla complessa legislazione finanziaria, cfr. già le considerazioni di C. DE FIORES, *Il rinvio*, cit., 205. Per una disamina della prima attività di questa Unità si rinvia alle considerazioni di G. SALVEMINI, *Ruolo della Presidenza*, cit., 89 ss., nonché, volendo, di S. SCAGLIARINI, *La quantificazione*, cit., 105 ss. e 165 ss.

¹³ Il riferimento è ovviamente alle sentenze nn. 171 del 2007 e 128 del 2008, per quanto concerne i requisiti di necessità e urgenza e di omogeneità dei decreti legge, ed alle pronunce nn. 355 del 2010 e soprattutto 22 del 2012 sulla estensione di tali requisiti anche alle disposizioni introdotte in sede di conversione. Peraltro, non essendo qui possibile dare conto in modo esaustivo dell'ampio dibattito dottrinario generato da dette decisioni, ci limitiamo a rinviare, per tutti, ad A. SPERTI, *Il decreto-legge tra Corte costituzionale e Presidente della Repubblica dopo la "seconda svolta"*, in M. CARTABIA, E. LAMARQUE, P. TANZARELLA (a cura di), *Gli atti normativi del Governo tra Corte costituzio-*

Sul punto, si registra una pluralità di note, lettere e comunicati del Presidente della Repubblica¹⁴, il quale, invero, formula più che altro rilievi vuoi, inizialmente, sul rispetto dei requisiti costituzionali di necessità ed urgenza, vuoi, soprattutto, in un momento successivo, sulla emendabilità dei decreti in sede di conversione e sulla omogeneità tanto del testo originario quanto della legge di conversione.

Certo, va ammesso che nei citati interventi presidenziali non vi è alcun accenno alle conseguenze che la eterogeneità dei decreti legge può dispiegare sugli equilibri di bilancio, epperò i richiami del Capo dello Stato indirettamente rilevano anche al fine di assicurare una migliore copertura finanziaria. Ciò in quanto, come a più riprese evidenziato dalla Corte dei conti nelle sue relazioni quadrimestrali, la legislazione di spesa si concentra per la quasi totalità nelle leggi di conversione¹⁵ ed è proprio la eterogeneità di queste ad incidere pesantemente sugli effetti finanziari complessivi. Infatti, le norme aggiunte in sede parlamentare non solo recano la maggior parte degli oneri, ma soprattutto presentano spesso relazioni tecniche inadeguate, anche solo per la necessaria rapidità con cui vengono formulate stanti i tempi ristretti, tanto più quando l'esame è di fatto limitato ad un solo ramo del Parlamento e si caratterizza per la posizione della questione di fiducia su un maxiemendamento, che rende impossibile qualunque efficace intervento a salvaguardia degli equilibri di bilancio¹⁶.

nale e giudici, Torino 2011, 3 ss. anche per ulteriori riferimenti bibliografici. La successiva pronuncia del 2012 è stata oggetto di numerosi commenti tra cui segnaliamo quelli pubblicati da *Giur. cost.* 2012, 283 ss. (R. Zaccaria, M. Manetti ed E. Rossi), da *Giur. it.* 2012, 2487 ss. (S. M. Cicconetti, A. Celotto, G. Serges e D. Chinni) e da *Quad. cost.* 2012, 395 ss. (A. Sperti, C. Domenicali e D. Galliani).

¹⁴ Tra cui vanno almeno richiamati la nota del 18 maggio 2007, la lettera ai Presidenti delle Camere, al Presidente del Consiglio e al Ministro dell'Economia di cui si dà notizia nella già citata nota del 17 aprile 2009, la lettera del 22 maggio 2010 (su cui, per quanto qui rileva, cfr. R. ROMBOLI, *La legge sugli incentivi (l. n. 73 del 2010): una promulgazione con monito*, in *Foro it.* 2010, V, 190 ss.), la lettera ai Presidenti dei due rami del Parlamento e del Consiglio del 22 febbraio 2011 (circa la quale si possono leggere le notazioni di P. CARNEVALE, D. CHINNI, *C'è posta per tre. Prime osservazioni a margine della lettera del Presidente Napolitano inviata ai Presidenti delle Camere e al Presidente del Consiglio in ordine alla conversione del c.d. decreto milleproroghe*, in *Rivista AIC*, n. 2/2011), la missiva, agli stessi destinatari, del 23 febbraio 2012, pochi giorni dopo il deposito della sentenza n. 22 del 2012 della Consulta (su cui D. GALLIANI, *La sentenza n. 22 del 2012: il Capo dello Stato parla ai Presidenti delle Camere*, in *Quad. cost.* 2012, 401 ss.), nonché gli accenni, invero più sui requisiti di necessità e urgenza che sulla omogeneità, nel comunicato del 29 marzo 2012 relativo all'incontro con i capigruppo di due partiti di opposizione che paventavano appunto dubbi sull'abuso decretazione d'urgenza.

¹⁵ Il rilievo è piuttosto frequente, a partire già dalla *Relazione sulla tipologia delle coperture adottate e sulle tecniche di quantificazione degli oneri relative alle leggi pubblicate nel quadrimestre gennaio-aprile 2007*, 6.

¹⁶ Così già la *Relazione sulla tipologia delle coperture adottate e sulle tecniche di quantificazione degli oneri relative alle leggi pubblicate nel quadrimestre maggio-agosto 2006*, 6 ss. che rappresenta la prima pronuncia della Corte dei conti relativa al periodo del mandato del Presidente Napolitano. Il rilievo, peraltro, ricorre in tutte le Relazioni del settennato finora adottate.

Può allora osservarsi come gli interventi del Capo dello Stato, pur volti a censurare profili critici generali della decretazione d'urgenza, giungono a spiegare utili effetti anche rispetto al tema della copertura finanziaria, offrendo ulteriori argomenti al giudice contabile nella sua funzione di controllo, il quale, per l'appunto, non esita a citare espressamente i messaggi presidenziali nei propri atti¹⁷.

2.2. *Il Capo dello Stato e le manovre di finanza pubblica.* – Se dalla copertura finanziaria delle leggi di spesa passiamo a considerare più in generale la posizione assunta dal Presidente in tema di procedure di bilancio, è possibile indicare una pluralità di interventi, talora particolarmente incisivi talaltra, almeno apparentemente, più modesti, che tuttavia danno l'idea di una fitta ed attenta attività di sollecitazione e di controllo *in subiecta materia*.

(a) Un primo elemento che suscita interesse è rappresentato da alcune «esternazioni silenti»¹⁸ che si leggono sul sito del Quirinale, ove si dà atto che il Presidente ha ricevuto il Ministro dell'economia e delle finanze per la illustrazione, nelle sue linee generali, del disegno di legge di stabilità¹⁹. Una mera informazione, dunque, da cui tuttavia traspare chiaramente la costante attenzione e un probabile esercizio di *moral suasion* da parte del Capo dello Stato prima ancora dell'inizio dell'*iter* parlamentare di uno dei più rilevanti atti che caratterizzano la procedura di finanza pubblica. Ed è proprio la pubblicità data a questi contatti informali, di per sé non anomali, a voler probabilmente raggiungere l'obiettivo, specie nel periodo di maggiore crisi dell'Italia su scala internazionale, di rassicurare in special modo i mercati e gli Stati membri dell'Unione circa il controllo anche del Presidente sul rispetto degli impegni assunti e sulla serietà delle manovre finanziarie poste in essere²⁰.

(b) Ulteriore elemento di riflessione è costituito dalle esternazioni in cui il Capo dello Stato insiste con forza sul ruolo imprescindibile della legge finanziaria, prima, e di stabilità, poi, tale da indurlo a sollecitarne l'approvazione da

¹⁷ Si vedano la *Relazione sulla tipologia delle coperture adottate e sulle tecniche di quantificazione degli oneri relative alle leggi pubblicate nel quadrimestre settembre-dicembre 2010*, 19, che riporta ampi stralci del messaggio di rinvio della legge n. 183 del 2010, nonché la *Relazione sulla tipologia delle coperture adottate e sulle tecniche di quantificazione degli oneri relative alle leggi pubblicate nel quadrimestre settembre-dicembre 2011*, 5, che richiama in generale il contenuto di diversi interventi presidenziali.

¹⁸ Per usare la felice espressione coniata da D. CHINNI, *Sulle esternazioni*, cit., spec. 1939 ss.

¹⁹ Salvo errori ed omissioni, si possono richiamare le note del 21 settembre 2009, del 9 novembre 2011 (sugli emendamenti alla legge di stabilità) e, da ultimo, del 9 ottobre 2012.

²⁰ Con il che, ci pare, si hanno casi ulteriori in cui si trasporta «dal piano degli impegni riservati e informali, a quello pubblico, l'attenta e fattiva attività di mediazione svolta dall'organo presidenziale» (in questo senso M. C. GRISOLIA, *Le esternazioni*, in A. RUGGERI (a cura di), *Evoluzione*, cit., 202, la quale invero si esprime in riferimento ad altra fattispecie). La stessa A., peraltro, riferisce (107 ss.) di come, in generale, siano estremamente frequenti le note con cui si dà conto dei rapporti intercorsi tra Capo dello Stato ed altri organi costituzionali.

parte del Parlamento anche in presenza di una crisi politica, procrastinando la definizione di essa ad un momento successivo.

Possono al riguardo ricordarsi almeno i comunicati dell'8 e 13 novembre 2010 (si noti l'insistenza sul punto in tempi ravvicinati), in cui l'approvazione della legge di stabilità è qualificata in termini di «impegno inderogabile per il Paese»²¹ nonché la Dichiarazione rilasciata il 9 novembre 2011, in cui il Presidente, a fronte di un preoccupante aumento dello *spread*, dà conto di come le dimissioni del Presidente del Consiglio debbano ritenersi certe, ancorché non ancora formalmente rassegnate, proprio in quanto destinate a divenire «operativ[e] con l'approvazione in Parlamento della legge di stabilità per il 2012»²².

Allo stesso modo, la rilevanza della legge finanziaria è ulteriormente ribadita dal Capo dello Stato allorché egli, pur di non dovere rinviare detta legge come avrebbe richiesto l'inserimento in essa di una norma sulla decorrenza di un termine di prescrizione che finiva per costituire «un'amnistia mascherata»²³, attende dal Governo l'adozione di un decreto legge abrogativo della disposizione in questione per poi procedere a promulgare la legge finanziaria e la legge di bilancio contestualmente alla emanazione di detto decreto, così da evitare l'entrata in vigore della norma²⁴.

(c) La centralità della legge finanziaria nel sistema delle fonti si evince, inoltre, nella prassi della prima Presidenza Napolitano, anche da una pluralità di interventi concernenti la qualità della tecnica redazionale utilizzata e dei suoi risvolti tanto in termini istituzionali quanto per la conoscibilità e comprensibilità della stessa da parte dei cittadini.

In tal senso, emblematico e in qualche modo persino programmatico può dirsi il già citato Discorso alle Alte Magistrature dello Stato del 20 dicembre 2006, in cui il Presidente, nel rilevare come la legge finanziaria fosse in corso di

²¹ Lo ricorda, tra gli altri, N. MACCABIANI, *La rappresentanza dell'unità nazionale nell'intermediazione politico-istituzionale del Presidente Napolitano*, in *Forum di quaderni costituzionali* 2013, 13 ss., evidenziando come il richiamo del Capo dello Stato avesse sortito l'effetto voluto, ottenendo il consenso di tutte le componenti della maggioranza in conflitto sulla necessità di dare priorità alla manovra finanziaria. Osserva peraltro sul punto G. PICCIRILLI, *Il Presidente*, cit., 301, che nel richiamo operato dal Presidente Napolitano ad un precedente del Presidente Scalfaro può leggersi un malcelato scherno per la maggioranza, dato che, in quella occasione, il Governo finì poi per rassegnare le dimissioni.

²² Sulla vicenda, tra i tanti, G. GALIPÒ, *Dal Quirinale all'Eliseo? Annotazioni sull'interventismo istituzionale del Presidente Napolitano*, in F. GIUFFRÈ, I. NICOTRA (a cura di), *Il Presidente*, cit., 87 ss., che vi legge una manifestazione dell'interventismo presidenziale, dato che in essa di fatto si ipotizza il comportamento del Presidente del Consiglio, nonostante questi non avesse ricevuto alcun voto di sfiducia. Si veda anche G. PICCIRILLI, *Il Presidente*, cit., 305, che evidenzia come l'assertività del comunicato ed il suo *incipit* in cui si sottolinea che Napolitano parla come Capo dello Stato, dimostrano che egli si sta rivolgendo agli altri Paesi dell'eurozona ed ai mercati finanziari internazionali.

²³ Come la definisce I. PELLIZZONE, *Contributo*, cit., 280, che dà conto della vicenda.

²⁴ Ed è lo stesso comunicato del 27 dicembre 2006, tempestivamente pubblicato lo stesso giorno della duplice promulgazione, a precisarlo in modo esplicito.

approvazione con il voto di fiducia su un unico articolo di migliaia di commi, si cura di marcare la necessità di rispetto delle prerogative parlamentari nella definizione delle manovre finanziarie e sottolinea al contempo la conseguenza negativa di siffatta tecnica redazionale in termini di comprensibilità per l'opinione pubblica e, per conseguenza, in termini di inevitabile ulteriore distacco tra cittadini e politica. Peraltro, la nota presidenziale si distingue anche per il fatto che in essa traspare una (nemmeno troppo velata) minaccia di un futuro rinvio per contrarietà con l'art. 72 Cost. di ulteriori leggi che seguissero una prassi legislativa che ha «ormai toccato il limite estremo». Benché tale minaccia non abbia poi avuto seguito ed il Capo dello Stato non abbia ripreso ulteriormente tale aspetto, le problematiche sollevate da Napolitano sono ribadite con la successiva nota del 1° ottobre 2007 e, di nuovo, nel Discorso all'incontro con le Alte Magistrature della Repubblica del 20 dicembre successivo, nella nota del 1° agosto 2008 e, in misura meno marcata, nel Discorso alle Alte Magistrature della Repubblica del 21 dicembre 2009, in cui si legge, sì, la soddisfazione per il recepimento di alcuni rilievi (come la diminuzione del numero di disposizioni della legge finanziaria e l'anticipazione di parte della manovra in decreti legge *ad hoc*), non disgiunta, tuttavia, tanto da una reiterata severa stigmatizzazione, proprio in riferimento alla legge finanziaria, della prassi dei maxi-emendamenti accompagnati dalla questione di fiducia, in quanto meccanismo di dubbia compatibilità con la Costituzione, atto a nullificare la partecipazione alla funzione di indirizzo politico-economico dell'istituzione parlamentare²⁵, quanto da un reiterato auspicio di una riforma della legge di contabilità.

Peraltro, non mancano casi in cui il Capo dello Stato, pur ribadendo tali ammonizioni, giunge ad un esito opposto. Così è per la legge di conversione del d.l. n. 40 del 2010, promulgata «con motivazione contraria»²⁶ espressa in una lettera nella quale Napolitano, pur lamentando l'eterogeneità del decreto e ribadendo

²⁵ Il tema è stato naturalmente oggetto anche di analisi dottrinarie, che sarebbe qui ultroneo ricostruire in dettaglio. Per tutti, ci limitiamo pertanto a richiamare le trattazioni di G. PICCIRILLI, *L'emendamento nel processo di decisione parlamentare*, Padova 2008, spec. 259 ss.; nonché N. LUPO (a cura di), *Maxi-emendamenti, questioni di fiducia, nozione costituzionale di articolo*, Padova 2010, *passim*.

²⁶ Secondo la ormai invalsa denominazione introdotta da A. RUGGERI, *Verso una prassi di leggi promulgate con "motivazione" ... contraria?*, in *Forum Quad. Cost.* 2002, per designare l'accompagnamento della promulgazione di una legge o l'emanazione di un atto con forza di legge con un messaggio, spesso sotto forma di lettera indirizzata alle massime cariche dello Stato, volto a sollevare rilievi critici in relazione all'atto appena promulgato, senza tuttavia che questi assurgano a fondamento di un effettivo esercizio del potere di rinvio. Lo stesso A. afferma poi (in *Evoluzione*, cit. 24 ss.) che tali ipotesi possono verificarsi all'esito di un bilanciamento tra ragioni a favore e ragioni contro la promulgazione in casi in cui il rinvio possa apparire inopportuno e magari sproporzionato rispetto ai rilievi sollevabili. Per una recente rassegna critica di casistiche riconducibili ad ipotesi di questo tipo, cfr. I. PELLIZZONE, *Contributo*, cit., 122 ss. e spec. 125, ove l'A. sottolinea come la prassi sia risalente, ma solo dalla Presidenza Ciampi si sia iniziato a darvi pubblicità, secondo quella che è poi divenuta la norma con la Presidenza Napolitano.

il proprio biasimo per la formulazione di un maxiemendamento accompagnato dalla questione di fiducia, afferma di essere comunque stato indotto alla promulgazione stante la necessità di porre al più presto in essere gli strumenti in essa contenuti per il reperimento urgente di nuove risorse finanziarie. *Salus rei publicae* (sotto il profilo finanziario) *suprema lex*: l'esigenza di risanare i conti pubblici gioca, insomma, nel bilanciamento operato dal Capo dello Stato, un ruolo preponderante, tale da far sopersedere anche rispetto ad una buona qualità redazionale del testo ed alla salvaguardia delle prerogative parlamentari, entrambe svilite dalla prassi dei maxiemendamenti.

(d) Ancora in tema di manovre di finanza pubblica, vanno segnalati alcuni interventi del Capo dello Stato con cui egli non solo testimonia di monitorare con attenzione i provvedimenti finanziari del Governo, ma sollecita altresì l'adozione di misure finanziarie attraverso manovre in corso d'anno al di fuori della sessione di bilancio ed anticipa persino (parte de)i contenuti delle stesse.

In questa direzione, merita per esempio di essere ricordata la già richiamata Nota del Quirinale del 1° agosto 2008, in cui il Capo dello Stato dichiara di avere acconsentito all'anticipazione della manovra in corso d'anno e di essersi successivamente opposto all'anticipazione di una legge finanziaria limitata alla definizione dei saldi e delle tabelle solo per lo stretto legame sostanziale tra tale atto normativo ed il disegno di legge di bilancio, che ne impone una presentazione ed una trattazione congiunta. Del resto, già il 25 giugno dello stesso anno, nell'emanare il decreto legge n. 112 del 2008, il quale pure anticipava buona parte dei contenuti della manovra finanziaria, il Capo dello Stato aveva inviato una lettera ai Presidenti dei due rami del Parlamento ed al Presidente del Consiglio, evidenziando come la scelta del decreto legge riducesse molto gli spazi ed i tempi per un effettivo intervento del Parlamento, non concludendo, però, come in altre occasioni²⁷, con un biasimo rispetto a tale scelta governativa, ma limitandosi a richiedere alle istituzioni destinatarie di fare il possibile per intensificare i lavori in modo da non menomare le prerogative parlamentari.

Analoga la vicenda del d.l. n. 98 del 2011, recante "Disposizioni urgenti per la stabilizzazione finanziaria", la cui emanazione è stata accompagnata dalla Nota del 6 luglio 2011 con cui il Capo dello Stato, nel precisare di avervi provveduto solo dopo che i contenuti erano stati ristretti alla sola manovra finanziaria²⁸, insi-

²⁷ Si veda infatti quanto si è osservato in generale in tema di decretazione d'urgenza *supra*, par. 2.1, lett. (b).

²⁸ In tema G. GALIPÒ, *Dal Quirinale*, cit., 82, il quale, proprio in riferimento a questo passaggio, configura addirittura tale nota come «un vero e proprio manifesto dell'approccio presidenziale alla risoluzione della crisi» che dimostrerebbe il penetrante esame di merito cui il Presidente sottopone gli atti normativi. Senonché, riteniamo si possa replicare che la pretesa eliminazione delle parti del decreto non rilevanti ai fini della necessità economico-finanziaria non discende da un giudizio di merito, ma riflette un'esigenza di omogeneità che si riverbera in presupposto di legittimità costituzionale. V. infatti quanto già osservato *supra*, al par. 2.1, lett. (b).

ste a più riprese, pur nella brevità del comunicato, sul contributo che esso può dare all'improcrastinabile raggiungimento del pareggio di bilancio per il 2014²⁹, che necessiterà comunque, a giudizio del Presidente, di essere completato «con gli ordinari strumenti di bilancio per il triennio 2012-2014 e i relativi disegni di legge collegati». E l'attenzione del Presidente su questo atto normativo e sulla necessità di una manovra finanziaria in corso d'anno è ulteriormente confermata dalla successiva Nota dell'11 luglio, in cui viene espressa soddisfazione per la scelta dell'opposizione di ridurre al minimo gli emendamenti, ed infine dal Comunicato del 15 luglio, contestuale alla promulgazione della legge di conversione, in cui si dà atto del senso di responsabilità dimostrato dal Parlamento e si ribadisce l'imprescindibile obiettivo del pareggio di bilancio per il 2014.

Quando poi, poco tempo dopo, emerge l'insufficienza delle misure poste in essere per sedare i mercati, è di nuovo lo stesso Presidente, con l'intervento del 3 settembre 2011, a precisare che si renderà necessario raggiungere il pareggio di bilancio già dal 2013, anticipando ancora una volta una nuova manovra finanziaria, in cui, con successiva Dichiarazione del 5 settembre, viene sollecitato l'inserimento, nel testo in discussione al Senato, di alcune modifiche, richiamando nuovamente le parti politiche al senso di responsabilità³⁰.

Peraltro, è interessante rilevare come la prassi di anticipare la manovra finanziaria in tempi più ravvicinati rispetto all'adozione del DPEF (o del DFP dopo la legge n. 196 del 2009, e del DEF dopo la novella di questa attuata con la legge n. 39 del 2011), nata anche per effetto delle sollecitazioni presidenziali, sia stata poi successivamente valutata più volte con favore dalla Corte dei conti, che ne evidenzia i potenziali effetti positivi sia per il fatto che la programmazione triennale viene così maggiormente vincolata a concrete modalità di attuazione, sia soprattutto perché il Parlamento potrebbe guadagnarne una maggiore quantità di tempo da dedicare alle riforme di carattere ordinamentale che già con le modifiche alla legge di contabilità del 1999 si era tentato di svincolare dalla contestualità con la manovra di bilancio³¹. Ancorché, va detto, nella contingenza della crisi economica e finanziaria, tali possibili benefici siano stati più volte vanificati³².

²⁹ Sottolinea N. MACCABIANI, *Il Capo dello Stato*, cit., 5, come la manovra in questione fosse stata anticipata dallo stesso Presidente fin dal 30 aprile e sollecitata con una nota del successivo 3 luglio. Sulla vicenda anche M. GORLANI, *Libertà*, cit., 275 ss., che puntualizza come quest'ultima nota sia volta a dissociare la responsabilità del Capo dello Stato da quella del Governo rispetto al ritardo nell'adozione dell'atto.

³⁰ Per una ricostruzione dettagliata del caso cfr. ancora M. GORLANI, *Libertà*, cit., 277 ss., che richiama anche l'intervento del 9 settembre e la dichiarazione del 20 settembre come ulteriori indicazioni di metodo sul percorso da seguire che il Presidente Napolitano indirizza al Governo.

³¹ Per la prima occasione in cui si può leggere un tale orientamento, si veda la *Relazione sulla tipologia delle coperture adottate e sulle tecniche di quantificazione degli oneri relative alle leggi pubblicate nel quadrimestre maggio-settembre 2008*, 4 ss., in riferimento al d.l. 112 del 2008, a cui abbiamo fatto cenno nel testo.

³² Cfr. le considerazioni espresse nella *Relazione sulla tipologia delle coperture adottate e sulle*

Infine, merita di essere ricordato il caso della emanazione del d.l. n. 78 del 2010, contenente una manovra di riduzione del deficit e misure di rilancio dell'economia. Ebbene, detta emanazione è accompagnata da uno stringato quanto significativo comunicato con cui il Quirinale, nel dare conto del fatto che il decreto è stato sottoscritto dal Capo dello Stato «nel testo definitivo trasmesso ieri sera dalla Presidenza del Consiglio» lascia chiaramente trapelare il travagliato *iter* intercorso tra l'approvazione in Consiglio dei Ministri di sei giorni prima ed i rilievi evidentemente sollevati dal Quirinale, che hanno portato alla definizione di un testo diverso di cui il Presidente ha poi senza indugi provveduto all'emanazione³³.

(e) Da ultimo, non certo per ordine di importanza, la vicenda che ha originato il percorso culminato con le dimissioni del Governo Berlusconi IV testimonia ulteriormente l'attenzione posta alle procedure di bilancio³⁴ ed in particolare porta al centro delle riflessioni del Presidente la questione delle conseguenze giuridiche e politiche del rigetto in sede parlamentare del rendiconto consuntivo.

In questo frangente, infatti, il Capo dello Stato, dopo aver espresso la sua preoccupazione per la mancata approvazione dell'art. 1 del disegno di legge *de quo* in una dichiarazione del 12 ottobre 2011, interviene due giorni dopo rendendo pubblica la lettera di risposta ai capigruppo di PdL, Lega Nord e Popolo e Territorio, nella quale, oltre a ribadire la propria preoccupazione per la gravità della crisi politica, egli prende esplicitamente posizione sul valore del rendiconto³⁵. Così, per un verso, il Presidente nega la sussistenza di un obbligo di dimissioni, anche attraverso l'esplicito richiamo della dottrina costituzionalistica³⁶,

tecniche di quantificazione degli oneri relative alle leggi pubblicate nel quadrimestre settembre-dicembre 2008, 9 ss., ove il giudice contabile evidenzia anche però, per converso, che la frammentarietà delle disposizioni di spesa in troppe leggi distinte porta con sé una perdita di trasparenza.

³³ Sulla vicenda, cfr. M. C. GRISOLIA, *Le esternazioni*, cit., 203.

³⁴ Tanto più che, come rileva G. PICCIRILLI, *Il Presidente*, cit., 298, è proprio questa la vicenda in cui l'esercizio delle funzioni del Presidente della Repubblica entra maggiormente a contatto con l'evoluzione della crisi economico-finanziaria.

³⁵ Posizione, peraltro, giudicata in dottrina troppo morbida e passiva, espressione di una lettura alquanto formalistica, da parte di G. PICCIRILLI, *Il Presidente*, cit., 302 ss.

³⁶ Come si legge testualmente nella lettera «passando ora a considerazioni più generali di carattere costituzionale, non ho ritenuto, confortato del resto dalla dottrina – espressasi anche nell'articolo del Presidente Onida, da me vivamente apprezzato – che vi fosse un obbligo giuridico di dimissioni a seguito della reiezione del rendiconto, ma che – anche in base ai precedenti verificatisi in casi analoghi di votazioni su provvedimenti di particolare rilievo nell'ambito della politica generale del Governo – fosse necessaria una verifica parlamentare della persistenza del rapporto di fiducia». Il riferimento del Capo dello Stato è all'intervista a Valerio Onida di E. BRUNO, «*Il no sul bilancio è una sfiducia politica*», ne *Il Sole 24 Ore*, 13 ottobre 2011, 6. Altri costituzionalisti si erano peraltro espressi in tal senso: cfr. anche, almeno, M.A. CALABRÒ, *Capotosti: dimissioni? Nessun obbligo, ma il fatto resta grave*, in *Corriere della Sera*, 12 ottobre 2011, 2; A. PACE, *La bocciatura che è una sfiducia*, ne *La Repubblica*, 12 ottobre 2011, 35; A. BARBERA, *Ci fosse lo Statuto albertino...*, ne *Il Riformista*, 15 ottobre 2011, 1; M. AINIS, *Chirurgia plastica*, in *Corriere della Sera*, 13 ottobre 2011, 1; nonché

mentre, per altro verso, afferma di concordare con (parte di) essa circa la impossibilità giuridica di presentare un disegno di legge modificato (e quindi diverso) rispetto al rendiconto rigettato, stante la sua natura di legge formale³⁷. E, come noto, il rendiconto sarà poi in effetti riapprovato dal Parlamento, ma solo grazie alla presenza in aula dei gruppi di opposizione per garantire il *quorum* strutturale, certificandosi per tale via, proprio sulla approvazione di questo atto, la dissoluzione della maggioranza, che porterà, di lì a pochi giorni, il Presidente del Consiglio a rassegnare le proprie dimissioni.

3. Moral suasion vs. *rinvio delle leggi*? – Il quadro che emerge dalla, pur necessariamente sintetica, rassegna che abbiamo compiuto porta anzitutto ad una considerazione generale sulla centralità che i documenti di finanza pubblica hanno rivestito in molti degli interventi che hanno contraddistinto la prima Presidenza Napolitano. Complice indubbiamente anche la particolarità della fase burrascosa sul piano economico e finanziario della seconda metà di essa, il significato giuridico e politico della legge di bilancio, della legge di stabilità ed anche del rendiconto consuntivo hanno trovato una chiara affermazione e difesa in numerosi interventi del Presidente della Repubblica. La particolarità della situazione, ed a maggior ragione la rielezione del Capo dello Stato, rendono a questo punto opportuno cercare di trarre qualche considerazione di sintesi, anche in relazione alla efficacia degli strumenti di intervento elaborati nella prassi presidenziale, che, stante il perdurare della crisi, è probabile possa trovare continuità nel secondo mandato del Presidente Napolitano.

3.1. *La legittimità e l'opportunità del ricorso alla moral suasion*. – Anzitutto, deve rammentarsi che, come noto, l'attivismo del Presidente della Repubblica, in dottrina, è stato al centro di diversi recenti studi, volti a vagliarne la compatibilità con il ruolo che la Costituzione assegna ad esso, anche al fine di saggiarne l'incidenza sulla forma di governo vivente e la sua più recente evoluzione.

Ora, limitandoci al tema che ha costituito oggetto delle presenti note, vi è certamente una parte di questa attività che sotto tale profilo di analisi non crea problema alcuno. Ribadire, infatti, in dichiarazioni, discorsi e comunicati la necessità di avere conti pubblici in equilibrio e richiamare il Parlamento alle responsabilità che l'art. 81 Cost. (sia nella versione precedente che successiva alla

G. AZZARITI (intervistato da F. Sebastiani), «Sul rendiconto c'è stata crisi costituzionale», in *Libera-
zione*, 13 ottobre 2011, 5.

³⁷ Così, ancora, testualmente, la lettera del Capo dello Stato, che sul punto dimostra come la natura formale dell'atto, sottolineata dal Presidente del Consiglio, non ne sminuisca affatto ma semmai ne evidenzia il valore politico come atto di controllo del Parlamento sul Governo. Per una disamina delle diverse posizioni assunte in dottrina, si rinvia a M. FRAU, *Dalla mancata approvazione del rendiconto all'annuncio delle dimissioni del Presidente del Consiglio*, in *Rivista AIC*, n. 1/2012, 25 ss.

legge cost. n. 1 del 2012) gli attribuisce, facendo della manovra finanziaria uno dei principali strumenti di indirizzo e controllo sull'operato del Governo, altro non significa che assicurare nella materia finanziaria il rispetto della legalità costituzionale, senza alcuna interferenza in prerogative di altri organi costituzionali.

La stessa cosa può dirsi in riferimento al richiamo alla necessità di avere leggi finanziarie comprensibili per il cittadino e che non mortifichino il ruolo del Parlamento, come invece l'introduzione di un maxiemendamento abbinato alla questione di fiducia finisce per compiere³⁸.

Nemmeno possono suscitare dubbi i chiarimenti richiesti al Ministero dell'economia sulla copertura finanziaria prima della promulgazione, in quanto ciò non interferisce minimamente con l'esercizio della funzione legislativa, essendosi comunque perfezionato il procedimento, mentre l'acquisizione di elementi conoscitivi ulteriori denota semmai un esercizio scrupoloso della funzione di controllo in forme corrispondenti al testo costituzionale.

Insomma, buona parte degli strumenti di *moral suasion* in ambito di finanza pubblica sembrano riconducibili a quelle «manifestazioni non formalizzate dei poteri di garanzia istituzionale»³⁹ che, pur non previsti dal testo dell'art. 87 Cost., possono però ritenersi impliciti nella generale funzione di garanzia, tradizionalmente intestata al Capo dello Stato, secondo peraltro la lettura che ha fatto propria, di recente, la stessa Corte costituzionale⁴⁰.

Maggiori perplessità, invece, potrebbero ingenerare quei casi in cui il Presidente della Repubblica ha svolto un'attività di *moral suasion* senza attendere la conclusione del procedimento legislativo, ma già *lege in itinere* o prima della adozione dell'atto con forza di legge da parte del Consiglio dei ministri, intervenendo per correggerne già in fase embrionale profili specifici. Laddove, invece, secondo quanto si argomenta, il Presidente dovrebbe astenersi da intervenire in simili contesti, in quanto ciò equivarrebbe ad una sorta di compartecipazione alla funzione normativa con il rischio di una sovraesposizione politica del Capo

³⁸ A tal riguardo, di «una indecorosa e spudorata frode alla Costituzione» parlava già G. U. RESIGNO, *L'atto normativo*, Bologna 1998, 141.

³⁹ Così G. SCACCIA, *La funzione*, cit., 10.

⁴⁰ Il riferimento è ovviamente alla sentenza n. 1 del 2013, nella quale il giudice delle leggi afferma essere addirittura indispensabile «che il Presidente affianchi continuamente ai propri poteri formali, che si estrinsecano nell'emanazione di atti determinati e puntuali, espressamente previsti dalla Costituzione, ... il "potere di persuasione", essenzialmente composto di attività informali che possono precedere o seguire l'adozione, da parte propria o di altri organi costituzionali, di specifici provvedimenti al fine sia di valutare, in via preventiva, la loro opportunità istituzionale, sia per saggiarne, in via successiva, l'impatto sul sistema delle relazioni tra i poteri dello Stato». Non solo, ma secondo la Consulta questa attività «informale di stimolo, moderazione e persuasione ... costituisce il cuore del ruolo presidenziale nella forma di governo italiana» (*Considerato in diritto*, punto 8.3). Con il che, secondo O. CHESSA, *Le trasformazioni della funzione presidenziale di garanzia. Il caso della sentenza n. 1 del 2013*, in *Quad. cost.* 2013, 28 ss., la Corte non fa invece che suggellare il processo trasformativo della funzione presidenziale verso un'attività di compartecipazione sostanziale.

dello Stato e di una difficoltà di distinguere in modo netto le sfere di responsabilità politica dell'atto⁴¹. E di simili casi non mancano certo esempi nella materia al nostro esame: la pubblicizzazione che ricevono i contatti preventivi tra il Presidente e il Governo per la previa illustrazione dei contenuti delle manovre, le anticipazioni sui contenuti che lo stesso Presidente ha compiuto quasi dettando all'Esecutivo la sostanza del successivo provvedimento, le trattative preventive sui testi presentati per la emanazione di cui le dichiarazioni del Presidente danno pubblica testimonianza sono evidentemente tutte ipotesi che inducono a riflettere sul punto.

Ebbene, pur comprendendo le perplessità manifestate in generale dalla dottrina poc'anzi citata e pur condividendo l'appello alla prudenza nell'utilizzo di strumenti informali così penetranti e rischiosi, a noi pare che il periodo del tutto singolare, di inaudita crisi economico-finanziaria, sul piano internazionale⁴², ma non meno di crisi istituzionale, sul piano interno⁴³, in cui il Presidente Napolitano

⁴¹ In questo senso, tra i tanti, cfr. O. CHESSA, *Le trasformazioni*, cit., 30 ss., che parla del rinvio come di un atto vieppiù di compartecipazione politica; nonché I. PELLIZZONE, *Contributo*, cit., 203 ss., la quale imputa ad un eccesso di collaborazione tra Presidente e Governo anche l'effetto di contribuire ad aumentare la marginalizzazione del Parlamento. Parla analogamente di un "semipresidenzialismo mite", che si manifesterebbe con particolare eloquenza proprio negli interventi del Capo dello Stato durante la crisi economica, G. GALIPÒ, *Dal Quirinale*, cit., 81 ss., secondo cui Napolitano avrebbe «fatto leva ... sulla preminenza istituzionale per ottenere una gestione condivisa dell'indirizzo politico sulla crisi ... trasformando la propria *moral suasion* in azione politica». Peraltro, nella dottrina più recente la individuazione di un ruolo meramente di garanzia per il Presidente della Repubblica è posta in discussione fino ad essere qualificata come illusoria: cfr., ad esempio, M. LUCIANI, *Governo (forme di)*, in *Enc. Dir., Annali 2010*, Milano 2010, 569 ss.; A. D'ANDREA, *Questioni metodologiche e qualche rilievo a caldo sulla "Presidenza Napolitano"*, in *Quad. cost.* 2013, 37 ss.; e C. FUSARO, *Il Presidente della Repubblica fra mito del garante e forma di governo parlamentare a tendenza presidenziale*, ivi, 52 ss. *Contra*, tra coloro che ammettono interventi del Capo dello Stato anche nel corso dell'*iter legis*, M. C. GRISOLIA, *Le esternazioni*, cit., 208 ss., la quale però segnala il rischio che una legittimazione diretta del Capo dello Stato da parte dell'opinione pubblica possa, al mutare della personalità del titolare della carica, trasformare una «benefica attività di mediazione» in una frattura tra Presidente della Repubblica ed altri organi costituzionali; nonché C. DE FIORES, *Il rinvio*, cit., 214 ss., per il quale sarebbero pienamente giustificabili interventi di *moral suasion* rispetto a profili di possibile incostituzionalità durante l'*iter legislativo* per evitare il ben più traumatico uso del potere di rinvio a valle, mentre questi stessi interventi dovrebbero invece ritenersi preclusi dopo l'approvazione definitiva del disegno di legge, in tal sede non essendovi che l'alternativa tra promulgazione e rinvio.

⁴² In questo senso già M. GORLANI, *Libertà*, cit., 274 ss., il quale ritiene innegabile che sia la grave crisi sul piano finanziario del Paese ad indurre il Presidente della Repubblica «ad un controllo particolarmente penetrante, se non ad una vera e propria fattiva collaborazione, sui provvedimenti finanziari del Governo e sull'adozione di misure di risanamento dei conti pubblici».

⁴³ La cui gravità era tale da far affermare ad A. BALDASSARRE, *Il Presidente della Repubblica nell'evoluzione della forma di governo*, in *Rivista AIC*, n. 1/2011, 21, che «la conflittualità politica è ai più alti livelli concepibili e rischia quotidianamente di trasformarsi in un'irrecuperabile crisi istituzionale o di sistema». Di modo che può ben condividersi quanto sostiene A. RUGGERI, *Evoluzione*, cit., 36, che la ricerca da parte dei Presidenti «di una "sponda" all'esterno del circuito in cui si svolgono le relazioni tra gli organi della forma di governo» è indicativo «di una distanza che sempre più si allunga ... tra Costituzione e politica». Di modo che – come ha scritto efficacemente M. DO-

si è trovato ad operare⁴⁴ integri gli estremi di uno stato di necessità che giustifica la, pur talora spasmodica, ricerca di canali preventivi attraverso i quali, da un lato, ottenere i risultati attesi e necessari in generale, per una migliore copertura finanziaria dei provvedimenti⁴⁵ e – in special modo nel frangente della eccezionale crisi economica – per lo stesso salvataggio del Paese in tempi rapidi, e, d'altro lato, evitare l'inasprirsi di un clima politico già alquanto instabile e teso attraverso l'uso di più incisivi poteri formali. Insomma, pienamente condivisibile ci sembra la tesi che «negli stati di crisi ... che possano mettere in forse la sopravvivenza stessa dell'ordinamento o, comunque, determinarne profonde, radicali trasformazioni ... “saltano” le usuali categorie, buone unicamente a dare la descrizione e sistemazione degli istituti costituzionali negli stati di quiete» di modo che «a fronte della acclarata inadeguatezza delle forze politiche a far fronte alla crisi... tocca specificamente al Capo dello Stato portare sulle proprie spalle la croce che conduce alla salvezza»⁴⁶. Del resto, solo laddove non vi è un regime democratico l'invocazione dello stato di necessità per giustificare un ampliamento di poteri è inaccettabile, mentre laddove gli organi costituzionali traggano la loro

GLIANI, *Procedimenti, controlli costituzionali e conflitti nell'attività di governo*, in AA.VV., *Decisione conflitti controlli. Procedure costituzionali e sistema politico. Atti del XXV Convegno annuale. Parma 29-30 ottobre 2010*, Napoli 2012, 58 – il Capo dello Stato finisce per oltrepassare la stretta funzione di controllo e affermare principi costituzionali i quali non attengono alle regole del gioco ma costituiscono un quadro generale di riferimento, che dovrebbe essere indiscusso e che invece non trova elaborazione politica nella sede sua propria. In tema, anche M. MANETTI, *Procedimenti, controlli costituzionali e conflitti nella formazione degli atti legislativi*, *ivi*, 37 ss., che evidenzia come non sia stata una volontà di partecipazione quanto piuttosto l'esigenza di non vedere frustrata la propria funzione di controllo in un procedimento legislativo ormai impostato sul modello dei maxi emendamenti e della decretazione d'urgenza come standard per legiferare, ad avere spinto gli ultimi Presidenti a fare ampio uso della *moral suasion* in luogo del rinvio che, pur restando lo strumento preferibile, sconta talora il rischio di essere più dannoso per l'interesse generale della promulgazione.

⁴⁴ Rileva R. ROMBOLI, *Il rinvio*, cit., 1684 che se perplessità possono esservi sulla pubblicizzazione dell'attività di mediazione posta in essere dal Presidente della Repubblica, queste possono comunque valere esclusivamente in periodi “normali” e non già di crisi eccezionale come nell'attuale frangente. *Contra*, M. GORLANI, *Libertà*, cit., 370, per il quale la prassi delle esternazioni degli ultimi venti anni avrebbe tracciato ormai un solco incolmabile nella forma di governo vivente.

⁴⁵ Tanto che in dottrina già da tempo è stato proposto (per esempio da G. SALVEMINI, *Ruolo della Presidenza*, cit., 94) un potenziamento del flusso informativo dal Quirinale al Governo, attraverso una maggiore collaborazione tra gli uffici, proprio per rilevare, già in sede di autorizzazione alla presentazione dei disegni di legge, eventuali difetti di copertura su cui poi successivamente svolgere un più penetrante sindacato in sede di promulgazione. *Contra*, I. PELLIZZONE, *Il peso specifico della prassi nella configurazione delle attribuzioni presidenziali*, in *Quad. cost.* 2013, 81 ss., la quale ritiene che andrebbe limitato il ruolo degli uffici del Quirinale, per il peso essenziale che essi hanno avuto nell'ampliamento del ruolo presidenziale.

⁴⁶ A. RUGGERI, *Art. 94 della Costituzione vivente: “il Governo deve avere la fiducia dei mercati” (nota minima a commento della nascita del Governo Monti)*, in *Federalismi.it*, n. 23/2011, 2 ss. In tema anche G. PICCIRILLI, *Il Presidente*, cit., 307, che, avanzando semmai dubbi sulla intempestività dell'intervento presidenziale nel contesto della risoluzione della crisi che ha portato alla nascita del governo Monti, ritiene giustificabile il ruolo determinante assunto dal Capo dello Stato alla luce del contesto della situazione finanziaria del Paese e dell'andamento dei mercati, che rendevano indispensabile una soluzione rapida dell'impasse.

legittimazione, sia pure indirettamente, nel caso del Capo dello Stato, dalla volontà popolare, la difesa delle istituzioni, a fronte di una «crisi di sistema»⁴⁷, può (e, in certe circostanze, deve) anche passare attraverso il ricorso estensivo a prerogative di un organo, giustificato dallo stato di necessità⁴⁸, sebbene al di fuori dello stretto figurino costituzionale⁴⁹. Ed è questo eccezionale, e per quanto si è detto per certi versi inevitabile, protagonismo a fare del Presidente Napolitano, specialmente nel momento di massimo acuirsi della crisi quali i giorni della transizione dal Governo Berlusconi all'Esecutivo guidato da Mario Monti e nella fase successiva all'avvio, quanto meno incerto, della XVII legislatura⁵⁰, non solo il perno del funzionamento del sistema costituzionale, ma anche «l'unico garante e referente internazionale del nostro Paese»⁵¹, con la conseguente necessità di porre in essere l'attività di intervento di cui abbiamo riferito, anche in forma di dialogo con gli altri Paesi, e specialmente quelli che, in Europa, seguivano attentamente in quei giorni le sorti dell'Italia⁵². Certamente, il fatto che la figura del Capo dello Stato sia divenuta l'«unico responsabile del funzionamento dei meccanismi istituzionali»⁵³ non rappresenta un modello ideale né è auspicabile che si tratti di una situazione stabile e duratura, alla luce del problema di trasparenza dei processi decisionali e di assunzione di responsabilità politica che essa solleva

⁴⁷ Nell'accezione accolta da G.U. RESCIGNO, *Il Presidente della Repubblica e le crisi del sistema*, in A. BALDASSARRE, G. SCACCIA (a cura di), *Il Presidente della Repubblica nell'evoluzione della forma di governo*, Roma 2011, 85 ss., in termini di «situazione complessa sul piano politico, economico, sociale, costituzionale, che fa temere un collasso dell'intero sistema politico-costituzionale».

⁴⁸ Cfr. G. CAMUS, *L'état de nécessité en démocratie*, Paris 1965, 250 ss., ove l'A. precisa che la minaccia allo Stato che legittima il ricorso a strumenti di necessità può derivare anche da fattori economici se questi interessano la collettività e si presentano di una certa gravità.

⁴⁹ In questo senso anche A. D'ANDREA, *Questioni*, cit., 39 ss., ammette, nel caso si verifichi un non preventivabile stato di necessità, la possibilità del potenziamento delle funzioni costituzionali di un organo come rappresentante dell'unità nazionale, purché sia fatto salvo il dovere di chiarire politicamente l'uso di questo *surplus* di discrezionalità.

⁵⁰ Non a caso il Presidente della Commissione Europea ha ritenuto, in data 5 marzo 2013, come informa un comunicato in pari data del Quirinale, di dover riferire direttamente al Capo dello Stato «sui seguiti del recente Consiglio europeo in materia di bilancio e del futuro quadro finanziario multiennale dell'Unione».

⁵¹ In tal senso ancora M. GORLANI, *Libertà*, cit., 282; e G. SCACCIA, *Il «settennato» Napolitano fra intermediazione e direzione politica attiva*, in *Quad. cost.* 2013, 95, che ricorda l'appellativo di *King George* coniato dal *New York Times*. Ma il prestigio e la considerazione di cui gode all'estero il Presidente Napolitano sono dimostrati, a tacer d'altro, dai commenti apparsi in occasione della sua rielezione: v., per tutti, l'articolo di fondo apparso sul *Financial Times* del 22 aprile 2013, dall'eloquente titolo «a giant among Rome's dwarfs».

⁵² Sul punto, si veda la ricostruzione di G. PICCIRILLI, *Il Presidente*, cit., 320, il quale ricorda i frequenti incontri e contatti con i Capi di Stato e di governo stranieri, tali da sollevare il dubbio di un ruolo di supplenza nei confronti del Governo, i comunicati del Quirinale destinati ad interloquire oltre i confini nazionali e le numerose interviste su testate straniere, in cui il tema ricorrente sembra essere non caso rappresentato dalle esigenze derivanti dalla crisi economica.

⁵³ In termini, A. D'ANDREA, *Questioni*, cit., 44, il quale rileva criticamente come così facendo il Capo dello Stato finisce per diventare garante di se stesso.

inevitabilmente⁵⁴. Tuttavia, nella misura in cui essa sia, anche temporalmente, contenuta, crediamo che questa rappresenti l'unica – e decisamente preferibile – alternativa rispetto alla totale mancanza di garanzie di funzionamento che, in un momento di così grave crisi, potrebbero portare ad effetti deleteri per la continuità delle istituzioni stesse e per la possibilità dello Stato di non naufragare nel gorgo creato dai mercati finanziari.

3.2. *L'inopportunità del mancato esercizio del potere di rinvio.* – In questa situazione, semmai, ciò che desta qualche perplessità è, a nostro modo di vedere, la scelta del Capo dello Stato di ricorrere *solo* a strumenti di *moral suasion*, essendo evidente che essi, privi chiaramente di effetti giuridici⁵⁵, sul piano della efficacia non sono riusciti ad ottenere (o almeno di certo non pienamente) i risultati voluti, come dimostra prima di tutto la stessa necessità di continui richiami del medesimo tenore da parte del Capo dello Stato⁵⁶.

Così è, per esempio, in tema di omogeneità delle manovre di finanza pubblica, sempre adottate con decreto legge, e del ricorso alla biasimevole prassi dei maxiemendamenti sulle relative leggi di conversione. Se, infatti, il Presidente Napolitano aveva iniziato il mandato con forti moniti che sembravano indirizzati a riprendere e portare alle sue estreme conseguenze un precedente del Presidente Ciampi⁵⁷, egli non faceva tuttavia mai seguire alcun rinvio fondato sulla eterogeneità ed incomprensibilità di una normativa, così indebolendo e rendendo evidentemente meno credibili i moniti stessi, fino al punto di giustificare più o meno apertamente, con la già citata lettera ai Presidenti delle Camere e del Consiglio del 22 maggio 2010, un caso plateale di abuso della decretazione, in ragione della eccezionalità della crisi e della necessità di reperire risorse finanziarie, attraverso la emanazione del decreto con motivazione (fortemente) contraria⁵⁸.

⁵⁴ Insiste sul punto C. FUSARO, *Il Presidente*, cit., 56, auspicando *de jure condendo* un adeguamento della forma di governo attraverso il riconoscimento del concorso del Capo dello Stato all'esercizio della funzione esecutiva, secondo quanto già in via interpretativa e di prassi avviene.

⁵⁵ Come scrive ancora, tra gli altri, R. ROMBOLI, *Il rinvio*, cit., 1685, riportando l'efficace espressione di Massimo Luciani per cui la loro incidenza dipende esclusivamente dall'*auctoritas* e non già dall'*imperium* del Capo dello Stato.

⁵⁶ In questo senso, pertanto, non ci pare di poter condividere l'idea di A. RUGGERI, *Evoluzione*, cit., 33, che le esternazioni, oltre che lo strumento più duttile, siano anche il più efficace, persino dove non producano effetti giuridici.

⁵⁷ Ci riferiamo al messaggio di rinvio della legge di riforma dell'ordinamento giudiziario del 16 dicembre 2004, ove l'allora Capo dello Stato, nella parte conclusiva del messaggio, dopo avere elencato i profili di illegittimità costituzionale, aggiungeva che la prassi di comporre articoli composti da un numero elevatissimo (anche migliaia) di commi, come molto spesso accade proprio per la presentazione di un maxiemendamento sostitutivo, costituisce «un modo di legiferare – invalso da tempo – che non appare coerente con la *ratio* delle norme costituzionali che disciplinano il procedimento legislativo e, segnatamente, con l'articolo 72 della Costituzione».

⁵⁸ La lettera esplicitava infatti diversi argomenti che, a giudizio del Capo dello Stato, avrebbero giustificato l'esercizio del potere di rinvio, dichiaratamente non utilizzato, come abbiamo ricordato

Allo stesso modo, rispetto alla copertura finanziaria in senso stretto, il costante ed esclusivo ricorso alla *moral suasion*, che di per sé non costituisce una novità, essendo prassi ampiamente praticata dai predecessori⁵⁹ e persino dall'unico Capo dello Stato che non ha effettuato alcun rinvio⁶⁰, non appare maggiormente efficace ed è lo stesso giudice contabile, come si è detto, a darne riprova quando denuncia l'adozione di normative su cui consta il parere contrario della Ragioneria generale e lo scarso approfondimento dei profili finanziari causato dalla eterogeneità della normativa di spesa.

In questo contesto, ci pare che, pur nella indubbia difficoltà del momento, un qualche rinvio "dimostrativo"⁶¹ avrebbe potuto creare certamente qualche difficoltà iniziale, ma forse avrebbe ottenuto l'effetto pedagogico di costringere il Parlamento, e indirettamente il Governo, a migliorare la qualità redazionale (che cela però anche un valore sostanziale di correttezza nell'assetto dei rapporti tra i due organi) della normativa finanziaria⁶² o di meglio garantire, con coper-

supra, par. 2.2, punto (c), solo per la utilità delle misure nella contingenza economica e stante la sicura decadenza cui il decreto, in caso di rinvio della legge di conversione, sarebbe andato incontro. Il che dimostra che è corretto quanto osserva I. NICOTRA, *Il Quirinale*, cit., 31, allorché segnala che, alla luce della prassi del coinvolgimento del Quirinale già nella fase di predisposizione degli atti normativi al fine di escludere un successivo insorgere del contenzioso, la promulgazione con motivazione contraria è l'*extrema ratio* della *moral suasion*, ovvero la più grave "sanzione" irrogabile, in questo contesto, dal Presidente.

⁵⁹ Secondo quanto, a ragione, ricordato dallo stesso Napolitano nel Discorso in occasione della cerimonia del Ventaglio del 20 luglio 2009, ove il Capo dello Stato rivendica in generale la piena legittimità di una promulgazione accompagnata da espressione di valutazioni critiche. Rammenta al riguardo R. ROMBOLI, *Il rinvio*, cit., 1680 ss., che in particolare il Presidente Segni era solito promulgare la legge accompagnando l'atto con una lettera rivolta al Governo in cui si segnalava la mancanza di copertura finanziaria, invitandolo a provvedervi.

⁶⁰ Una ricognizione dei casi in cui i Presidenti hanno fatto ricorso alla *moral suasion* in ambito finanziario può leggersi in I. PELLIZZONE, *Contributo*, cit., 242 ss. che ricorda in particolare diverse iniziative informali, talora a legge perfetta talaltra durante la fase integrativa dell'efficacia e più raramente *lege in itinere*, volte ad evidenziare problematiche coperture finanziarie durante le presidenze Gronchi, Segni, Saragat (cui appunto è riconducibile solo un intervento sollecitatorio nei confronti del Governo per provvedere a dare copertura ad una legge appena promulgata) e Pertini. Cfr. anche M. GORLANI, *Libertà*, cit., 162, che riporta alcuni episodi verificatisi durante la Presidenza Scalfaro relativi all'esercizio di un controllo, attraverso *moral suasion*, sui contenuti e sulla omogeneità della legge finanziaria operati in sede di autorizzazione alla presentazione del disegno di legge.

⁶¹ Come avevamo già a suo tempo auspicato dopo il citato rinvio del Presidente Ciampi. Sia consentito sul punto rinviare a S. SCAGLIARINI, *Il Presidente e la tecnica legislativa*, in *Dir. pubbl.* 2005, spec. 280 ss.

⁶² Per una critica analoga, ma formulata in termini più generali, cfr. R. BIN, *Il Presidente*, cit., 16, per il quale l'assunzione di un ruolo di persuasione non può significare rinuncia totale ad esercitare la funzione di controllo con gli strumenti all'uopo apprestati dal testo costituzionale, pena il «far venir meno i presidi che la Costituzione ha progettato a sua stessa difesa». Analogamente A. D'ANDREA, *La deformazione del sistema di governo parlamentare italiano. Qualche suggerimento su ciò che sarebbe utile fare, seguendo le nitide tracce di Valerio Onida*, in M. D'AMICO, B. RANDAZZO (a cura di), *Alle frontiere*, cit., 680 ss., secondo cui un eccessivo ricorso alla *moral suasion* preventiva sul Governo «costituisce una sostanziale rinuncia a esercitare, a tempo debito e con i mezzi di cui il Presidente può disporre... il potere di controllo», laddove «l'esercizio dei suoi poteri formali con-

ture ben analizzate, la salvaguardia di quegli stessi equilibri finanziari che il Presidente ha più volte cercato di difendere. Inoltre, il ricorso occasionale al potere di rinvio avrebbe avuto un ulteriore valore pedagogico nel senso di evitare che, come invece è finito per accadere attraverso il ricorso alla sola *moral suasion*, si creassero isolati precedenti guidati da una logica del caso che porta, per un verso, a perdere il senso complessivo delle tendenze evolutive del sistema delle fonti, anche in ambito finanziario, e, per altro verso, a rendere imprevedibile l'applicabilità della soluzione a casi futuri⁶³.

Non solo, ma l'esercizio di questo potere presidenziale avrebbe comunque rafforzato l'efficacia *pro futuro* degli strumenti di *moral suasion*, che invece, laddove siano usati esclusivamente come alternativa ai poteri formali di cui dispone il Capo dello Stato, finiscono per indebolire la funzione di garanzia e controllo ad esso tradizionalmente intestata e per dare davvero l'impressione, che, in altri contesti futuri, potrebbe divenire anche un'immagine della realtà, dell'esercizio di una ben diversa compartecipazione alla determinazione delle scelte politiche⁶⁴.

Le ragioni del ricorso alla sola *moral suasion* da parte del Presidente Napolitano possono verosimilmente rintracciarsi nell'intenzione, per un verso, di impedire che, col proprio rinvio, potessero prodursi ulteriori problemi, anche finanziari, nel breve termine in un momento di costante pressione e di attento e preoccupato monitoraggio sul nostro Paese da parte degli Stati europei e dei mercati internazionali, e, per altro verso, di evitare di esasperare un quadro politico già caratterizzato da un'aspra conflittualità. Complice, peraltro, l'impossibilità di esercitare il potere di rinvio su di una parte soltanto del testo⁶⁵, non a caso richiamata dal Capo dello Stato con rammarico accompagnato da una sollecitazione verso una revisione costituzionale in tal senso⁶⁶, giacché è questa la ragione che ha costretto verosimilmente in più occasioni il Presidente a non rin-

sentirebbe al Capo dello Stato di essere certamente meno coinvolto in scelte governative che in realtà gli vengono anticipate per timore di un controllo successivo sfavorevole all'Esecutivo». Del resto, la possibilità di esercitare il potere di rinvio, sia pure con estrema prudenza, è ammesso in dottrina anche in relazione alla legislazione finanziaria (per esempio da P. FALZEA, *Il rinvio*, cit., 359 ss., che non lo esclude neppure sulla stessa legge di bilancio).

⁶³ In questo senso G. PICCIRILLI, *Il Presidente*, cit., 316 e 324.

⁶⁴ Cfr. M. GORLANI, *Libertà*, cit., 345 ss., che sottolinea come nella crisi di legittimazione degli organi politici gli interventi del Presidente si siano andati trasformando, almeno nella percezione dell'opinione pubblica, da esercizio di un controllo esterno di legittimità ad una concertazione del loro contenuto. In tema, C. FUSARO, *Il Presidente*, cit., 54, sottolinea che solo l'onestà intellettuale del Presidente Napolitano lo ha portato in molti casi a motivare i propri atti, determinando l'assunzione di responsabilità e consentendo un certo controllo sugli stessi.

⁶⁵ Secondo l'opinione largamente diffusa in dottrina. Per una ricostruzione del dibattito dottrinario sul punto, si veda I. PELLIZZONE, *Contributo*, cit., 111 ss.; e R. ROMBOLI, *Il rinvio*, cit., 1686 ss.

⁶⁶ Si veda infatti ancora una volta la lettera al Presidente del Consiglio e ai Presidenti di Camera e Senato del 22 maggio 2010, che, come abbiamo evidenziato in precedenza, accompagna una promulgazione, con motivazione fortemente contraria, di una legge di conversione di un decreto legge contenente disposizioni eterogenee.

viare proprio per non produrre gli effetti negativi richiamati poc'anzi (oltre che – inutile nasconderselo – per bloccare, in qualche caso, disposizioni particolarmente gradite al – e sollecitate dal – Quirinale contenute nel testo). Laddove, invece, la possibilità di eliminare le sole disposizioni di spesa prive di copertura o eterogenee rispetto al decreto in corso di conversione (categorie, peraltro, come si è detto spesso coincidenti) avrebbe consentito alle restanti disposizioni della delibera legislativa di entrare in vigore, limitando così i problemi derivanti dall'esercizio di questa prerogativa presidenziale. Fatto sta però che, optando per il ricorso alla sola *moral suasion*, il Capo dello Stato ha forse reso più difficile risolvere i problemi nel medio-lungo periodo, finendo per consentire un certo lassismo, per usare un eufemismo, da parte del Governo nell'ottemperanza all'obbligo di copertura e nell'adozione di manovre finanziarie nel rispetto delle prerogative parlamentari.

3.3. *Presidente della Repubblica e Corte dei conti: dialogo o monologo?* – Un'ultima considerazione merita di essere spesa. È infatti interessante rilevare come alcuni interventi del Presidente Napolitano (in tema di decretazione d'urgenza e di anticipazione delle manovre finanziarie) abbiano dato vita, sia pure in modo indiretto, ad una forma di dialogo con la Corte dei conti, che non ha esitato a richiamarli nelle proprie Relazioni quadrimestrali, originando così una sorta di circolo virtuoso tra due dei soggetti coinvolti, con funzioni di garanzia e di controllo, nel ciclo della quantificazione degli oneri finanziari. Si è trattato, però, sinora, di un dialogo a senso unico, mentre a nostro avviso non sarebbe inopportuno, né ci sembrerebbe sminuire l'autorità del Capo dello Stato, il fatto che anche rilievi della Corte dei conti potessero entrare nelle valutazioni da questi espresse in messaggi (auspicabilmente) di rinvio od anche in esternazioni informali relativamente ad inadeguate forme di copertura finanziaria. Anzi, a nostro avviso, il richiamo del soggetto costituzionalmente preposto alla garanzia ed alla salvaguardia dei conti pubblici⁶⁷ altro non farebbe che ulteriormente certificare l'esercizio di una funzione di garanzia da parte del Presidente, al di là di ogni ingerenza nel merito dei provvedimenti.

⁶⁷ Ricordiamo che da tempo in dottrina, sulla base della legittimazione attribuita dal giudice delle leggi alla Corte dei conti a sollevare questioni di legittimità costituzionale aventi a parametro l'art. 81 Cost., si deduce che la Consulta legge «la collocazione della Corte dei conti non più nella isolata chiave dell'art. 100 comma 2 ma in correlazione con l'architettura generale della Costituzione, ricavandone un ruolo ... nella direzione di vero e proprio monitoraggio degli equilibri di finanza pubblica», così che «già al termine degli anni Ottanta, l'identikit costituzionale» della Corte dei conti può ritenersi configurato, oltre che dagli artt. 100, comma 2, e 103 Cost., anche dalle disposizioni di cui agli artt. 119 e, appunto, 81, comma 4 (in tal senso G. CARBONE, voce *Corte dei conti*, in *Enc. Dir., Aggiornamento IV*, Milano 2000, 482 ss.). Per la individuazione della generale salvaguardia delle condizioni di equilibrio finanziario come la vera attribuzione assegnata dalla Costituzione alla Corte dei conti, cfr. già V. ONIDA, *Legittimazione della Corte dei conti limitata "per parametro" o conflitto di attribuzioni?*, in *Giur. cost.* 1991, 4168 ss.

Giorgio Pino

DI INTERPRETAZIONE E INTERPRETI DELLA COSTITUZIONE.

NOTE A MARGINE A 'INTERPRETAZIONE
E COSTITUZIONE' DI ALJS VIGNUDELLI

SOMMARIO: 1. Premessa: *l'ubi consistam* dell'interpretazione costituzionale. – 2. Sulla teoria dell'interpretazione (in generale). 2.1. Scientificità dell'interpretazione giuridica?. – 2.2. I soggetti dell'interpretazione. – 3. Sull'interpretazione costituzionale. – 4. Lo spazio della giustizia costituzionale nello Stato costituzionale contemporaneo

1. *Premessa: l'ubi consistam dell'interpretazione costituzionale*

L'interpretazione costituzionale è al centro, ormai da vari decenni, sia del dibattito teorico-giuridico, sia dei discorsi interni alle varie discipline giuridico-positive. I motivi sono numerosi, e tutti assai noti: lo sforzo di riqualificazione imposto ai giuristi, nei confronti di molte categorie dogmatiche e concettuali, dalla presenza del testo costituzionale nel panorama delle fonti del diritto, e dalla sua progressiva penetrazione nei più svariati settori dell'ordinamento (si pensi solo, a titolo di esempio, alla distinzione tra norme precettive e norme programmatiche, come risposta iniziale della cultura giuridica italiana ad un testo giuridico fraseggiato in gran parte tramite formulazioni di principio); il delicato rapporto tra la giurisdizione costituzionale e la sfera politico-legislativa, per un verso¹, e tra la giurisdizione costituzionale e la magistratura ordinaria, per altro verso²; il peculiare contenuto assiologico del testo costituzio-

¹ Cfr., per restare alla sola letteratura italiana, V. CRISAFULLI, *Corte costituzionale e potere legislativo*, in *Aspetti e tendenze del diritto costituzionale. Scritti in onore di Costantino Mortati*, Milano 1977, Vol. 4, 129-147; A. PINTORE, *I diritti della democrazia*, Roma-Bari 2003.

² Su quest'ultimo aspetto si veda E. LAMARQUE, *Corte costituzionale e giudici nell'Italia repubblicana*, Roma-Bari 2012; alcuni recenti episodi di mancata adesione, da parte dei giudici ordinari, alle prescrizioni della Corte costituzionale sono indicati da S. CAS-

nale (un elenco – peraltro progressivamente rielaborato dagli interpreti – di principi e valori etico-politici non sempre perfettamente armonizzabili tra loro³).

C'è però, all'interno del generale dibattito sull'interpretazione costituzionale, un problema specifico che spesso resta relativamente in ombra, ed è – paradossalmente – il seguente: come è strutturata *l'attività in sé* di interpretazione del testo costituzionale?

Il senso – e l'aspetto paradossale – di questa domanda emergono più precisamente se si pone mente alla circostanza che, sotto il nome di interpretazione giuridica, sono spesso ricondotte attività affatto eterogenee, che includono (a titolo esemplificativo): l'attribuzione di significato ad enunciati delle fonti; l'individuazione di tali enunciati; l'ascrizione (o, per converso, la negazione) di valore normativo ad uno o più enunciati delle fonti, o anche ad un intero documento; la qualificazione di una norma (cioè, del contenuto precettivo di un enunciato delle fonti) come “regola” o come “principio” o come “norma programmatica”; la soluzione di antinomie e lacune; l'elaborazione di principi inespressi (come il principio della separazione dei poteri, il principio della certezza del diritto, il principio di conservazione degli atti normativi, o il principio “iura novit curia”); il bilanciamento tra principi, il test di proporzionalità, il criterio di ragionevolezza; la creazione di gerarchie tra norme; il ragionamento o l'argomentazione volto a giustificare tutte le operazioni appena elencate; l'elaborazione di concetti dogmatici (come il concetto di “negozio giuridico”); la ricognizione o la previsione di altrui attività di attribuzione di significato ad enunciati delle fonti. Ebbene, in teoria dell'interpretazione (quantomeno in quella di marca analitica⁴) si suole qualificare come interpretazione *in senso stretto* solo la prima delle attività sopra indicate, cioè l'ascrizione di significato (o *l'individuazione* del significato, se l'espressione precedente sembri evocare un ruolo troppo

SESE, *La giustizia costituzionale in Italia: lo stato presente*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2012, 3, 603-624 (spec. 608-610).

³ Parla dello stato costituzionale come di “un laboratorio per l'etica normativa” M. BARBERIS, *Stato costituzionale*, Modena 2012, 51-72. Sulla conflittualità tra principi costituzionali, v. anche G. PINO, *Diritti e interpretazione. Il ragionamento giuridico nello Stato costituzionale*, Bologna 2010, cap. VI.

⁴ Che ha tra i propri principali esponenti Giovanni Tarello, Riccardo Guastini, Vittorio Villa, Mauro Barberis, Pierluigi Chiassoni. Alle correnti analitiche in teoria dell'interpretazione (spesso associate alla condivisione di un approccio giuspositivistico allo studio del diritto in generale) si contrappongono le correnti ermeneutiche, in Italia rappresentate specialmente da Baldo Pastore, Francesco Viola, Giuseppe Zaccaria.

creativo per l'interprete) ad enunciati contenuti in un documento normativo. Di contro, tutte le altre operazioni, pur massicciamente svolte dagli interpreti, non sono normalmente qualificate come strettamente interpretative, ma sono piuttosto riconducibili di volta in volta alla "integrazione" del diritto, alla "costruzione giuridica", al "ragionamento giuridico" o alla "argomentazione", e in generale possono essere definite come interpretazione (solo) in senso ampio⁵.

Ora, a fronte di questa distinzione concettuale tra interpretazione in senso stretto e interpretazione in senso ampio⁶, le ricerche che hanno ad oggetto l'interpretazione costituzionale sembrano concentrarsi pressoché esclusivamente sul secondo tipo di attività interpretativa, mentre trascurano abbondantemente la prima. Esistono in verità vari scaffali di biblioteche giuridiche dedicati a tecniche interpretative-argomentative come il bilanciamento tra principi costituzionali, il test di ragionevolezza e di proporzionalità, la costruzione e l'uso di principi supremi dell'ordinamento costituzionale, e così via, mentre la discussione sull'interpretazione *testuale* della costituzione (le sue tecniche, i suoi problemi) è relativamente limitata. Di questa carenza intende farsi carico il poderoso studio di Aljs Vignudelli⁷, un volume le cui dimensioni tutt'altro che trascurabili, che ad una prima occhiata potrebbero terrorizzare anche il lettore più bulimico, in verità non intralciano lo svolgimento – lineare e appassionato – dell'argomentazione, a sua volta sostenuta da una scrittura brillante e colta e corroborata da una documentazione impeccabile sulla letteratura rilevante⁸.

In estrema sintesi, le principali tesi difese nel volume di Vignudelli a proposito dell'interpretazione costituzionale sono le seguenti: *a*) l'interpretazione è una attività che ha ad oggetto un testo; *b*) tale attività ha carattere scientifico-conoscitivo (l'accertamento del significato, o dei significati, del testo), e può essere svolta da chiunque: non esistono interpreti

⁵ Per questa distinzione, R. GUASTINI, *Interpretare e argomentare*, Milano 2011, 32 ss.; M. BARBERIS, *Manuale di filosofia del diritto*, Torino 2011, 218 (interpretazione "in senso specifico" e "in senso generico"); più sfumata la distinzione in P. CHIASSONI, *Tecnica dell'interpretazione giuridica*, Bologna 2007, 60-64, che parla rispettivamente di interpretazione "testuale" e "meta-testuale".

⁶ Distinzione che non è del tutto esente da pecche, come più avanti dirò.

⁷ A. VIGNUDELLI, *Interpretazione e costituzione. Miti, mode e luoghi comuni del pensiero giuridico*, Torino 2011.

⁸ In effetti, l'apparato delle note a piè di pagina rappresenta quasi un libro nel libro: una miniera di informazioni e di citazioni testuali, ma a volte anche l'occasione per l'Autore di approfondire percorsi paralleli rispetto all'argomento principale svolto nel testo.

privilegiati, meno che mai monopolistici, dei testi normativi; c) quando si parla, generalmente, di interpretazione costituzionale si fa in realtà riferimento ad una congerie di attività diverse rispetto all'interpretazione testuale, e queste diverse attività non hanno in alcun modo la natura conoscitiva cui può aspirare la sola interpretazione testuale (tale usurpazione del *nomen* di interpretazione non è affatto, secondo Vignudelli, innocente: mira piuttosto ad occultare, dietro il nobile schermo dell'interpretazione, l'elevato grado di discrezionalità che caratterizza tali diverse attività); d) l'interpretazione costituzionale, come attività genuinamente scientifica e conoscitiva, può e deve essere condotta secondo i criteri metodologici prescritti dall'art. 12 delle Preleggi.

Queste tesi, a cavallo tra (alta) dogmatica e teoria generale dell'interpretazione, fanno da sfondo ad una posizione più schiettamente politico-normativa (di politica del diritto, beninteso), volta a contrastare una duplice tendenza presente nei discorsi degli interpreti della costituzione negli ultimi due-tre decenni: per un verso, la tendenza alla autoreferenzialità dell'interpretazione costituzionale, come attività svolta da un solo soggetto epistemicamente privilegiato, la Corte costituzionale, che utilizza tecniche di argomentazione specificamente adatte al solo testo costituzionale. Per altro verso, la tendenza (che è l'altra faccia della precedente) ad assicurare alla Corte costituzionale, tramite il ricorso a tecniche quali il controllo di ragionevolezza, margini di discrezionalità valutativa in grado di sfuggire a qualunque speranza di controllo razionale, e che vanno specularmente a comprimere lo spazio di libertà politica del legislatore⁹. Secondo Vignudelli, tutto ciò potrebbe dunque essere scongiurato, o ridotto, anche partendo da un'opera di pulizia concettuale: su cosa è e cosa non è "interpretazione", e su come si fa "buona interpretazione" (anche alla luce delle regole sull'interpretazione direttamente o indirettamente desumibili dallo stesso diritto positivo)¹⁰.

Per parte mia, dunque, in queste brevi note di commento, intendo sollevare alcuni dubbi sia sul concetto generale di interpretazione utilizzato da Vignudelli (§ 2), sia sulla sua teoria dell'interpretazione costituzionale (§ 3). Da tutto ciò trarrò poi lo spunto per formulare qualche bre-

⁹ A. VIGNUDELLI, *Interpretazione e costituzione*, cit., 1246.

¹⁰ Ad onor del vero, peraltro, il libro di Vignudelli contiene anche tante altre cose: tra le quali, una ricca e assai dettagliata discussione del concetto di pluralismo, che Vignudelli seziona in ragione della sua centralità nei discorsi attuali sulle caratteristiche salienti della costituzione (cfr. A. VIGNUDELLI, *Interpretazione e costituzione*, cit., 625-1166). Ma le tesi che ho appena isolato mi sembrano essere la struttura portante, dal punto di vista teorico, dell'argomento generale del volume.

vissima riflessione conclusiva sul posto della giustizia costituzionale nello Stato costituzionale contemporaneo (§ 4). Il fatto che in questo commento indirizzerò delle osservazioni per lo più critiche ad alcuni aspetti dell'argomento sviluppato nel volume di Vignudelli non intende affatto sminuirne le qualità scientifiche, e il rigore non solo dottrinario ma anche teorico-giuridico della riflessione ivi contenuta: tutt'al contrario le tesi, ampiamente esposte in *Interpretazione e costituzione*, meritano di essere discusse¹¹, e a questa discussione intendo qui partecipare¹², condividendo io con l'Autore sia l'interesse "teorico" per il tema dell'interpretazione in generale e dell'interpretazione costituzionale in specie, sia l'interesse "civile" per il funzionamento effettivo della separazione dei poteri del nostro stato costituzionale.

2. Sulla teoria dell'interpretazione (in generale)

Come ho anticipato, Vignudelli definisce l'interpretazione giuridica come una attività scientifica e avalutativa. Questa attività, inoltre, ha ad oggetto l'accertamento del significato (o, eventualmente, dei significati) presente in un testo normativo: è una attività che attiene alla conoscenza del diritto, non alla sua valutazione, integrazione o (co-)produzione¹³. Tale attività conoscitiva è retta da regole (sia metodologiche, sia specificamente giuridiche), e ha successo – dà luogo ad una interpretazione *vera* – quando tali regole sono rispettate¹⁴. Peraltro, si dà il caso che le regole metodologiche in fondo coincidano con le regole giuridiche dell'interpretazione, le une e le altre essendo riassumibili nelle prescrizioni compendiate all'art. 12, comma 1, delle Preleggi. Infine, l'interpretazione è una attività che può essere svolta da chiunque: non esistono interpreti privilegiati nel diritto: Vignudelli considera l'insistenza sulla figura del giudice, come interprete privilegiato del diritto, alla stregua di una arti-

¹¹ Sia perché tali tesi sono contrassegnate da quella serietà scientifica e rigore intellettuale che, di per sé, stimolano una discussione; e sia perché, come vedremo, sono in effetti discutibili.

¹² Il volume è già stato oggetto di una fitta e interessante discussione tra l'Autore e Mauro Barberis, avviata prima su *Costituzionalismo.it* (1, 2012), quindi approdata su *Diritto & Questioni Pubbliche* (12/2012), ed infine raccolta (con modifiche e integrazioni rispetto agli scambi precedenti) nel volume M. BARBERIS, A. VIGNUDELLI, "Nuovi" dialoghi sull'interpretazione, Modena 2013.

¹³ A. VIGNUDELLI, *Interpretazione e costituzione*, cit., 9, 83-84.

¹⁴ A. VIGNUDELLI, *Interpretazione e costituzione*, cit., 14-15.

ficiosa e non innocua delimitazione, uno stratagemma funzionale a (o che comunque ha l'effetto di) escludere o limitare l'utilizzo, nell'interpretazione giuridica, delle tecniche interpretative in uso nella comunicazione ordinaria¹⁵.

Questa è, molto in breve, la teoria *generale* dell'interpretazione sottoscritta da Vignudelli, che funge da sfondo e da premessa per la teoria dell'interpretazione *costituzionale*.

Orbene, e sempre che la mia sintesi sia fedele al pensiero dell'Autore, questo quadro teorico mi sembra suscettibile di due principali ordini di critiche: un ordine di critiche relativo al concetto di interpretazione, e uno relativo alla questione dei soggetti dell'interpretazione giuridica.

2.1. *Scientificità dell'interpretazione giuridica?*

Per quanto riguarda il concetto di interpretazione, ho seri dubbi sulla possibilità di qualificare l'attività interpretativa come una attività scientifica, valutativa e conoscitiva. In realtà, credo che sia irrealistico attribuire all'interpretazione giuridica tali proprietà, e non perché *di fatto* i giuristi non riescono o non vogliono comportarsi da scienziati mossi da fini conoscitivi, ma perché l'oggetto dell'attività interpretativa (il diritto) è tale da rendere inattingibili le qualità di scientificità, valutatività e conoscitività che Vignudelli vorrebbe per l'interpretazione giuridica.

La premessa indispensabile per suffragare questa tesi è che il diritto (moderno) è un fenomeno linguistico: la comunicazione giuridica, come Vignudelli mostra bene in questo libro, avviene tramite l'emissione di enunciati linguistici, solitamente (ma non necessariamente) scritti¹⁶. Ora, la comunicazione giuridica presenta quantomeno le seguenti caratteristiche, rilevanti al fine di revocare in dubbio l'idea che negli enunciati giuridici vi sia un significato che attende di essere scoperto, con un'operazione di carattere conoscitivo, dagli interpreti giuridici (farò riferimento alle forme di comunicazione giuridica che avvengono in via generale e astratta, come tipicamente avviene con la legislazione). Innanzitutto, si tratta di una forma di comunicazione che non avviene in tempo reale, faccia a faccia: il contesto di emissione e quello di ricezione del messag-

¹⁵ A. VIGNUDELLI, *Interpretazione e costituzione*, cit., 75-76.

¹⁶ Su questa caratteristica della comunicazione giuridica moderna e le sue implicazioni, v. ulteriori riflessioni in G. PINO, *Norma giuridica*, in G. PINO, A. SCHIAVELLO, V. VILLA, *Filosofia del diritto. Introduzione critica al pensiero giuridico e al diritto positivo*, Torino 2013, 144-183.

gio giuridico non coincidono, e tali due contesti possono essere separati da una sfasatura temporale di anni o anche di decenni; questo comporterà la possibilità di un cambiamento negli usi linguistici rilevanti, o di un mutamento nell'ambiente fattuale (la realtà sociale, economica, tecnologica, cui il precetto giuridico dovrà applicarsi) o normativo (l'evoluzione dell'ordinamento giuridico) tra i due contesti. L'emittente peraltro non è un individuo, ma un organo collegiale, del quale non è chiaramente individuabile una unica intenzione. Inoltre, essendo la comunicazione giuridica una forma di comunicazione solitamente generale e astratta, essa utilizzerà talvolta termini generali (che si riferiscono in maniera indifferenziata a tutti gli enti appartenenti ad una certa classe), e talvolta termini generici, vaghi e indeterminati.

Ora, su questo sfondo generale relativo alla comunicazione giuridica, si inseriscono tutta una serie di fattori che rendono pressoché inevitabile l'insorgere di dubbi interpretativi. Mi limiterò ad elencare le seguenti occasioni di dubbi interpretativi (e di conseguenti scelte in capo all'interprete), che sono probabilmente quelle più evidenti:

- Sovra-inclusività dei termini (e degli enunciati) generali e astratti: la classe dei soggetti e delle situazioni "fotografata" dall'uso di una terminologia generale e astratta può spesso risultare troppo ampia rispetto agli scopi perseguiti dalla norma¹⁷.
- Incertezza nel significato dei termini (e degli enunciati) impiegati nella comunicazione giuridica, a causa della loro vaghezza, genericità o indeterminatezza¹⁸.
- Verificarsi di casi non previsti al momento di redazione della disposizione normativa: la c.d. *open texture*, o "struttura aperta", del diritto (ai fini dell'applicazione di un divieto di fumo, le sigarette elettroniche sono sigarette? Ai fini dell'applicazione di un divieto di circolazione, il monopattino è un veicolo?)¹⁹.
- Formulazione della fattispecie normativa tramite elencazioni: sono da considerarsi tassative oppure esemplificative? L'interprete può

¹⁷ Per la nozione di sovra-inclusività, v. F. SCHAUER, *Le regole del gioco. Un'analisi filosofica delle decisioni prese secondo regole nel diritto e nella vita quotidiana* (1991), Bologna, 2000.

¹⁸ Su queste potenziali caratteristiche della comunicazione giuridica, e per le relative distinzioni tra vaghezza, genericità, indeterminatezza, ed altri fenomeni analoghi, v. C. LUZZATI, *La vaghezza delle norme. Un'analisi del linguaggio giuridico*, Milano, 1990; T. ENDICOTT, *Vagueness in Law*, Oxford 2000.

¹⁹ Per la nozione di *open texture*, v. H.L.A. HART, *The Concept of Law*, Oxford 1961, 1994², cap. VII.

integrarle? E se sì, in base a cosa (principi, analogie, considerazioni teleologiche, considerazioni consequenzialiste)?

- Disponibilità, in una cultura giuridica appena minimamente complessa, di una molteplicità di differenti tecniche interpretative e argomentative, ciascuna delle quali può potenzialmente suffragare conclusioni interpretative diverse.
- Verificarsi di lacune e di antinomie.
- Non chiarezza degli scopi perseguiti dall'autorità normativa; loro possibile obsolescenza²⁰.
- Divergenza tra il linguaggio comune (ivi inclusi anche altri linguaggi settoriali extragiuridici, come il linguaggio di una certa disciplina scientifica, di una certa professione, di uno sport, ecc.) e il linguaggio tecnico-giuridico.
- Tecnicizzazioni non univoche (la possibilità che un vocabolo abbia o sembri avere un certo significato in una disposizione normativa, ed un altro significato in un'altra disposizione normativa, o in settori disciplinari diversi, o in relazione ad istituti diversi entro lo stesso settore disciplinare)²¹.
- Necessità di evitare applicazioni irragionevoli o assurde di una norma.
- Carattere alluvionale della produzione giuridica contemporanea, e – allo stesso tempo – sua aspirazione sistematica: si tratta evidentemente di due spinte divergenti, entrambe collegate al fatto che gli enunciati giuridici non si leggono mai in isolamento, ma in connessione con plurime altre istanze di comunicazione giuridica (il c.d. co-testo²²). Ebbene, questi due caratteri della comunicazione giuridica comportano che, per un verso, un enunciato delle fonti potrà essere letto in connessione con altri enunciati delle fonti (il postulato delle coerenza del legislatore, la natura sistematica del

²⁰ Sugli usi del brocardo *cessante ratione legis cessat ipsa lex*, W. TWINING, D. MEYERS, *Come far cose con regole* (1982²), Milano, 1990, 266-272.

²¹ Su questo fenomeno, v. G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, Milano 1980, 112-113.

²² Si noti peraltro che il co-testo di un enunciato da sottoporre ad interpretazione è verosimilmente composto non solo da altri enunciati delle fonti, ma anche da altri discorsi interpretativi: le interpretazioni di un certo enunciato delle fonti che circolano nella cultura giuridica, e che fatalmente condizionano le successive interpretazioni (sarebbe possibile – sensato – leggere oggi l'art. 2043 c.c. senza tenerne presenti almeno le principali interpretazioni rese dalla Cassazione?). Per ulteriori riflessioni in proposito, G. PINO, *Norme e gerarchie normative*, in *Analisi e diritto*, 2008, 263-299 (spec. 265-266, sul concetto di “disposizione in senso ampio”, o disposizione spuria).

diritto); e che per altro verso sarà anche possibile, entro certi limiti, leggere un enunciato isolatamente da vari altri enunciati (la divisione dell'universo dei discorsi giuridici in sotto-sistemi, e in sotto-sotto-sistemi, ciascuno con diversi linguaggi settoriali, diversi scopi e principi ispiratori – il *favor rei*, il principio di stretta legalità in materia penale, il *favor debitoris*, il *favor lavoratoris*, ecc.).

- Presenza di molteplici livelli di legalità (infra-legislativa, legislativa, costituzionale, dell'unione europea, della convenzione europea dei diritti dell'uomo, del diritto dei privati): da ciò, la possibile tensione tra le logiche, le concettuologie, e i fini interni a ciascuno di tali livelli di legalità, da una parte, e la necessità o opportunità di intraprendere qualche forma di interpretazione adeguatrice, dall'altra.
- Molteplicità di attori giuridici (giudici, avvocati, cittadini, pubblici funzionari), tipicamente dotati di interessi divergenti, e con ideologie delle fonti del diritto non del tutto coincidenti²³, da cui discende una diversa gerarchizzazione degli argomenti e delle tecniche interpretative disponibili per ciascuno di tali soggetti.

Ora, vero è che talvolta – come è di fatto il caso nell'ordinamento italiano – esistono norme giuridiche sull'interpretazione, che possono servire a selezionare il novero delle interpretazioni giuridicamente ammissibili. Tuttavia, è noto che i criteri indicati dall'art. 12 Preleggi non hanno resistito al vaglio delle analisi più accurate²⁴: non è possibile trarne una metodologia interpretativa *univoca*²⁵, né (conseguentemente) un unico risultato interpretativo; può semmai servire ad individuare una cornice di plurimi significati possibili.

²³ Sul concetto di ideologia delle fonti del diritto, v. G. PINO, *L'applicabilità delle norme giuridiche*, in *Diritto & Questioni Pubbliche*, 11/2011, 797-871.

²⁴ Tra le analisi più attente, che hanno mostrato l'insufficienza (e la contraddittorietà) dei criteri indicati dall'art. 12 a fungere da guida per l'interpretazione, L. LOMBARDI VALLAURI, *Corso di filosofia del diritto*, Padova 1981, 83 ss.; P. CHIASSONI, *La giurisprudenza civile. Metodi d'interpretazione e tecniche argomentative*, Milano 1999, 496 ss.

²⁵ Si veda, a titolo di esempio, il modo in cui i criteri indicati dall'art. 12 sono rielaborati da Pierandrei, al fine di propugnarne l'applicabilità al campo dell'interpretazione costituzionale (una strategia, come abbiamo visto, alquanto in sintonia con quella perseguita da Vignudelli): in tale rielaborazione, infatti, l'art. 12 arriva a fungere da fondamento per l'utilizzo di pressoché tutte le tecniche interpretative conosciute, inclusa l'interpretazione sistematica e quella teleologica: cfr. F. PIERANDREI, *L'interpretazione della costituzione*, in AA.VV., *Studi di diritto costituzionale in memoria di Luigi Rossi*, Milano 1952, 457-524.

Di fronte a tutte queste circostanze, risulta pressoché fantascientifico ipotizzare che l'attività interpretativa possa mettere capo ad un unico significato *atingibile in via esclusivamente scientifica*, cioè senza che il giurista-interprete abbia messo in atto scelte sostanziali tra più alternative possibili. Piuttosto, quell'unico significato sarà raggiunto solo grazie a scelte e valutazioni; alcune di queste scelte potranno essere (o apparire) del tutto ovvie, altre saldamente radicate nella cultura giuridica, altre ancora fantasiose ed elaborate ma sempre di scelte si tratta.

Tutto ciò non toglie che in alcuni casi vi possano essere significati (interpretazioni) consolidate, o pacifiche, di modo che l'interprete sembri non aver alcuna scelta, per così dire. Ma, anche a fronte di tali interpretazioni consolidate, niente impedisce che l'enunciato del discorso delle fonti sia non irragionevolmente interpretabile anche in un altro modo, ad esempio di fronte ad un caso inedito, non previsto dagli interpreti (per riprendere un esempio già introdotto poco sopra, il divieto di fumo si applica anche alle sigarette elettroniche? Ecco che l'interpretazione dell'enunciato "vietato fumare", e la correlata nozione di "sigaretta", prima pacifiche, diventano incerte ed è necessario fare scelte interpretative per decidere dove sta la sigaretta elettronica rispetto al divieto). E, di conseguenza, il fatto che l'interprete si attesti su una interpretazione consolidata o pacifica non può che essere una scelta, e non un mero atto di conoscenza.

È del tutto ovvio, peraltro, che non è necessario che le diverse interpretazioni *possibili* siano anche necessariamente *equivalenti*: alcune possono essere più ragionevoli e altre meno, alcune possono essere più opportune e altre meno, alcune possono ricevere maggiore sostegno dal diritto positivo e altre meno. Ma si noti comunque che: 1) osservare che le varie scelte interpretative non sono equivalenti significa, di fatto, ribadire che ciascuna scelta interpretativa chiama in causa elementi valutativi (nel nostro esempio: valutazioni di ragionevolezza, di opportunità, di congruenza con il sistema)²⁶; e 2) è possibile argomentare l'eventuale preferibilità di una interpretazione su un'altra solo dall'interno di una certa ideologia delle fonti del diritto: il giurista non si pone davanti al diritto con "uno sguardo da nessun luogo", e dunque l'eventuale "oggettività" del giurista (cioè, in ipotesi, l'uso corretto di determinati criteri interpretativi) presuppone a monte una scelta, che – se consapevole – non può

²⁶ «Value-free adjudication is not an option», nella icastica, ma corretta, espressione di J. WALDRON, *How Judges Should Judge*, in *The New York Review of Books*, 10, 2006 (August), 54-59, § 4.

che essere di carattere politico-ideologico, una scelta a favore di una certa ideologia delle fonti del diritto²⁷.

La conclusione di quanto detto fin qui è scontata: l'interpretazione giuridica è una attività prettamente decisoria, non conoscitiva; essa mira, tipicamente, ad accreditare una interpretazione come migliore di altre²⁸, e la valutazione di una certa interpretazione (di una certa decisione interpretativa) come "vera", "giusta", "corretta" – o come più giusta, più corretta – dipende non da adiafori ideali di oggettività scientifica, ma da opzioni di fondo di carattere politico-ideologico: ad esempio, opzioni di volta in volta in favore della certezza del diritto, o della supremazia della costituzione, o del primato del legislatore democratico, o della *primauté* del diritto comunitario, o del valore dell'efficienza, ecc.²⁹

Per essere corretti verso l'argomento sviluppato da Vignudelli, comunque, occorre pur sempre tenere presente per un verso che quella proposta da Vignudelli è, dichiaratamente, una stipulazione. E per altro verso che Vignudelli ovviamente non intende affatto ignorare che i giuristi facciano, oltre all'interpretazione testuale, anche tante altre attività (come quelle che ho sommariamente provato ad elencare *supra*, § 1), né intende sostenere che tali ulteriori attività siano illegittime o necessariamente inopportune³⁰: solo, è meglio, secondo Vignudelli, non chiamarle "interpretazione", nome questo da riservare alla sola conoscenza scientifica del significato delle norme giuridiche; le attività diverse ed ulteriori rispetto all'interpretazione in senso proprio, avendo carattere discrezio-

²⁷ G. PINO, *L'applicabilità delle norme giuridiche*, cit.; e più in generale, sulla dimensione politica dell'attività del giurista (presente anche nell'approccio "scientifico" predicato dal positivismo giuridico), U. SCARPELLI, *Cos'è il positivismo giuridico*, Milano 1965.

²⁸ Cfr. P. CHIASSONI, *Tecnica dell'interpretazione giuridica*, cit., p. 50.

²⁹ Mi sembra evidente che l'opzione politico-ideologica sottesa alla teoria (o dottrina) dell'interpretazione costituzionale di Vignudelli rimandi ad una concezione forte della separazione dei poteri, al primato (o monopolio) del legislatore democratico nella produzione del diritto oggettivo, e ad una funzione della Costituzione come puro *limite* alla legislazione, anziché come *fondamento* di tutto il diritto oggettivo. Una posizione analoga è stata recentemente espressa anche da L. FERRAJOLI, *Costituzionalismo principialista e costituzionalismo garantista*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2010, 3, 2771 ss. (e, per una critica della posizione di Ferrajoli, v. G. PINO, *Principi, ponderazione, e la separazione tra diritto e morale. Sul neocostituzionalismo e i suoi critici*, ivi, 2011, 1, 965-997). Per la distinzione tra costituzione "come limite" e costituzione "come fondamento", v. G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, cit., 335-337; G. PINO, *Diritti e interpretazione*, cit., cap. V.

³⁰ A. VIGNUDELLI, *Interpretazione e costituzione*, cit., 1246.

³¹ Un punto di vista analogo è espresso da R. GUASTINI, *Interpretazione e dintorni*.

nale ed in ultima analisi politico (perché contribuiscono alla produzione del sistema normativo, non alla sua conoscenza), devono dunque essere chiamate con il loro nome, senza che si facciano schermo – già a livello nominalistico – del carattere scientifico che caratterizza (secondo Vignudelli) l'interpretazione in senso proprio: questo sia per ragioni di chiarezza analitica e onestà intellettuale, sia perché ciò facilita quella assunzione di responsabilità del giurista che è il necessario contraltare allo svolgimento di attività in qualche senso politiche³¹. Tre brevi osservazioni su questi due punti.

In primo luogo, è vero che una stipulazione non ha valori di verità: non può essere confutata in quanto falsa, proprio perché non mira a descrivere la realtà. Tuttavia, una definizione stipulativa può comunque essere valutata sotto il profilo della sua maggiore o minore utilità, adeguatezza a fini teorico-esplicativi, e così via. E ad una stipulazione se ne può sempre contrapporre un'altra, se quest'ultima può rivelarsi più utile, più adeguata a fini teorico-esplicativi, e così via. Ora, se è vero quanto detto poco sopra sulle caratteristiche della comunicazione giuridica, non è forse maggiormente adeguata a fini teorico-esplicativi (cioè, al fine di capire cosa fanno realmente i giuristi quando fanno il loro lavoro, o comunque cosa fa chiunque quando intenda capire come comportarsi sulla base di norme giuridiche) una definizione di interpretazione che metta debitamente in luce l'aspetto della scelta, delle valutazioni sempre presenti in un atto di interpretazione giuridica? Certo, è vero che i giuristi talvolta sembrano di fatto impegnarsi in una attività di apparentemente adiafora ricognizione di significati (anziché apparentemente di scelta di un significato) ascrivibili ad un enunciato delle fonti. E questa sembrerebbe essere un'attività scientifica, puramente conoscitiva. Tuttavia, come ormai sappiamo le variabili da prendere in considerazione in questa ricognizione sono tante e tali (molteplicità di criteri interpretativi, molteplicità di interpretazioni di fatto rese dagli operatori giuridici, ecc.), che a ben vedere questa non potrà essere un'impresa "oggettiva", "avalutativa": sarà invece un'impresa selettiva dei significati più rilevanti, più ragionevoli, più accreditati (dagli operatori giuridici), alla luce dunque di criteri *sostanziali* di selezione delle ipotesi interpretative³²; e questo vale anche

Esercizi di nominalismo esasperato e positivismo desueto, in *Studi in onore di Franco Modugno*, a cura di M. RUOTOLO, Napoli 2011, vol. II, 1797-1807 (si noti però che Guastini definisce il contenuto dell'interpretazione in senso stretto in termini assai più ampi di come non faccia Vignudelli, cioè come non limitato ai soli criteri dell'art. 12).

³² Ho argomentato più distesamente a favore di questa conclusione in G. PINO, *In-*

se i criteri di selezione dei significati sono limitati a quelli indicati dall'art. 12 – come Vignudelli auspica – a causa dell'indeterminatezza dei criteri stessi indicati da questo articolo. Detto in estrema sintesi: una interpretazione ricognitiva è ben possibile, e spesso anche utile e financo necessaria³³, ma non si può trattare di una attività scevra da scelte e valutazioni. Se è così, e se non vogliamo rinunciare ad utilizzare del tutto il termine "interpretazione", così radicato nel linguaggio dei giuristi, allora è forse preferibile distinguere tra una interpretazione *ricognitiva* o *ricostruttiva*, da una parte, e una interpretazione *decisoria* (o interpretazione *tout court*) dall'altra. Tanto più se la linea di demarcazione tra l'interpretazione testuale (secondo Vignudelli: potenzialmente conoscitiva e scientifica) e le attività integrative (secondo Vignudelli: discrezionali e di co-produzione giuridica) non è affatto chiara, come vedremo subito.

In secondo luogo, infatti, in molti casi, la linea di demarcazione tra interpretazione e integrazione del diritto non è netta: l'esempio più chiaro al riguardo è la (probabilmente impossibile) distinzione tra interpretazione estensiva e analogia. Un altro esempio è il rapporto tra l'interpretazione delle disposizioni costituzionali che esprimono diritti fondamentali, e il bilanciamento tra diritti fondamentali in conflitto; talvolta si è sostenuto che solo la prima attività sarebbe interpretazione in senso stretto, mentre la seconda attività interverrebbe (ad interpretazione già avvenuta) a dirimere quel particolare tipo di antinomia che è il conflitto tra diritti fondamentali³⁴; tuttavia, a ben vedere, il bilanciamento potrebbe ben essere qualificato anche come una attività strumentale all'attribuzione di significato alle disposizioni costituzionali che esprimono diritti fondamentali: ad esempio, nel processo di attribuzione di significato all'art. 21 cost. (che all'apparenza è formulato in termini tendenzialmente assoluti, con la sola eccezione del buon costume), l'interprete si potrebbe rendere conto che alcune forme di manifestazione del pensiero

interpretazione cognitiva, interpretazione decisoria, interpretazione creativa, in *Rivista di Filosofia del diritto*, 2013, 1, 77-102. Peraltro, che la ricerca scientifica non sia un'impresa avalutativa è ormai un luogo comune in filosofia della scienza; v. in proposito V. VILLA, *Teorie della scienza giuridica e teorie delle scienze naturali*, Milano 1984; ID., *Costruttivismo e teorie del diritto*, Torino 1999.

³³ Che l'interpretazione cognitiva (ricognizione dei significati possibili) sia un necessario presupposto di quella decisoria (scelta di un significato) è affermato da R. GUASTINI, *Componenti cognitive e componenti nomopoietiche nella scienza giuridica*, in *Diritto pubblico*, 2004, 3, 927-938.

³⁴ Questa posizione è difesa ad esempio da R. GUASTINI, *Ancora sull'interpretazione costituzionale*, in *Diritto pubblico*, 2, 2005, 457-465 (spec. 462).

confliggono con la libertà religiosa, altre con l'integrità sessuale dei minori, altre ancora con l'ordine pubblico e con il divieto di discriminazione su base etnica e razziale, e così, *bilanciando* la libertà di manifestazione del pensiero con questi altri diritti e beni costituzionali, perverrà ad una ricostruzione del significato dell'art. 21 che – in ipotesi – escluderà dalla sfera protetta dal diritto la blasfemia, la pedopornografia, e la propaganda razzista³⁵. E altri esempi ancora si potrebbero fare. Se tutto questo è vero, allora si può dubitare della possibilità di fare affidamento, a livello teorico-giuridico, su una rigida distinzione tra le attività di interpretazione in senso stretto e quelle di integrazione del diritto³⁶.

In terzo luogo, se il fine della stipulazione proposta da Vignudelli è quello di favorire una maggiore assunzione di responsabilità politica da parte degli interpreti per le loro scelte (scelte presenti, in ipotesi, solo nelle attività diverse da quelle strettamente interpretative), allora non è forse meglio riconoscere la politicità di *tutte* le attività interpretative? Oltre ad aderire meglio alla realtà dell'interpretazione giuridica come attività necessariamente valutativa, credo che questa ammissione sarebbe anche più coerente con questa parte del progetto culturale di Vignudelli.

2.2. *I soggetti dell'interpretazione*

Un punto su cui Vignudelli insiste riguarda la critica ad un modo di vedere diffuso, secondo cui il caso paradigmatico di interpretazione giuridica è rappresentato dall'interpretazione giudiziale. Da ciò, secondo Vignudelli, derivano varie distorsioni nella comprensione del fenomeno interpretativo, tra le quali il postulare che l'interpretazione sia sempre rivolta a casi, che l'interpretazione sia sempre decisoria, il confondere l'interpretazione e l'applicazione del diritto, e il sottovalutare la circostanza che i soggetti dell'interpretazione giuridica sono potenzialmente tutti i consociati³⁷. Di contro, riconoscere che l'interpretazione giuridica è un discorso che coinvolge tutti i consociati è essenziale per confutare l'idea che il diritto sia un affare per pochi iniziati, avvolti in (e protetti da) un linguaggio tecnico inaccessibile ai più. A maggior ragione, questo, se il

³⁵ G. PINO, *Conflitto e bilanciamento tra diritti fondamentali. Una mappa dei problemi*, in *Ragion pratica*, 28, 2007, 219-273; R. BIN, *La costituzione tra testo e applicazione*, in *Ars interpretandi*, 14, 2009, 111-129.

³⁶ G. PINO, *Interpretazione cognitiva, interpretazione decisoria, interpretazione creativa*, cit. (anche per ulteriori esempi al riguardo).

³⁷ A. VIGNUDELLI, *Interpretazione e costituzione*, cit., 66 ss.

discorso riguarda specificamente l'interpretazione costituzionale: infatti, parafrasando il titolo di un bel libro recente di Sergio Bartole, la Costituzione è di tutti³⁸, e non di pochi addetti ai lavori. L'idea è allettante, il sottostante progetto politico-pedagogico commendevole. Ma ci sono alcune complicazioni che è opportuno tenere a mente.

Che il diritto sia un fenomeno sostanzialmente precettivo, normativo, volto ad influire sulla condotta dei suoi destinatari, è una ovvietà. Come tale deve (poter) essere compreso dai suoi destinatari, e dunque è naturale pensare che i consociati, in quanto destinatari delle norme giuridiche, siano gli interpreti "naturali" dei precetti giuridici. Tutto questo è vero, ma è solo una parte della storia.

Il diritto, infatti, non è solo un fenomeno normativo: è anche un fenomeno *istituzionale*. In altre parole, il diritto non si limita a prescrivere, vietare, o permettere comportamenti, ma istituisce altresì un apparato, talvolta straordinariamente complesso, volto alla creazione e al mutamento delle norme giuridiche, e alla loro applicazione; e questo aspetto istituzionale differenzia nettamente il diritto da altri fenomeni normativi come la morale, o le varie forme di pressione sociale non istituzionalizzate (l'etichetta, la moda, ecc.)³⁹. Ora, è del tutto evidente che, essendo il diritto un fenomeno istituzionalizzato, all'interno di esso vi saranno certamente interpreti *privilegiati* delle direttive giuridiche, e che questi interpreti privilegiati sono gli organi dell'applicazione (tipicamente i giudici): non nel senso che i soggetti che svolgono il ruolo di organi dell'applicazione sono più bravi, più saggi, o più abili a conoscere il diritto rispetto ad altri attori giuridici (come la dottrina, gli avvocati, o i privati cittadini), ma nel senso che le loro decisioni hanno un *peso* maggiore rispetto a quelle degli altri attori all'interno del gioco del diritto: solo le interpretazioni degli organi dell'applicazione sono destinate a trasformarsi in presupposto per l'uso legittimo della coazione giuridica⁴⁰. E peraltro, risulta difficile immaginare che il cittadino sia interessato ad una conoscenza puramente scientifica del diritto: il cittadino, verosimilmente, vuole sapere cosa deve o non deve, cosa può o non può fare alla luce del

³⁸ S. BARTOLE, *La Costituzione è di tutti*, Bologna 2012.

³⁹ N. BOBBIO, *Teoria della norma giuridica* (1958), in ID., *Teoria generale del diritto*, Torino 1993, 3-155 (spec. cap. V); H.L.A. HART, *The Concept of Law*, cit., cap. V (il diritto come unione di norme primarie e secondarie); J. RAZ, *Il concetto di sistema giuridico* (1970), Bologna 1977.

⁴⁰ Per la distinzione tra definitività e infallibilità della sentenza v. ancora H.L.A. HART, *The Concept of Law*, cit., 141 ss.

diritto vigente (da ciò deriva, ulteriormente, che anche la conoscenza giuridica “comune”, così come quella giurisprudenziale, è orientata primariamente a *casi*, e non a *testi*). Parimenti, risulta difficile immaginare che il cittadino, quando si accosta ad una disposizione normativa per sapere cosa il diritto richiede in un certo caso, non si ponga (o non ponga al suo consulente legale) il problema di come quella disposizione sia di fatto interpretata in giurisprudenza.

Inoltre, gli organi dell'applicazione sono tipicamente strutturati su vari livelli o su vari ambiti di competenza (anche se non si tratta propriamente di una strutturazione gerarchica); è altrettanto naturale pensare, dunque, che vi possano essere – anche tra gli organi dell'applicazione – interpreti diversi le cui interpretazioni hanno un peso diverso all'interno della pratica giuridica. Pur essendo ogni interpretazione perfettamente soggetta alla critica razionale, giuridica ed etico-politica da parte di chiunque (dottrina giuridica, opinione pubblica, ecc.), è innegabile che all'interno della pratica giuridica, in quanto pratica istituzionalizzata, le interpretazioni di *alcuni* organi dell'applicazione sono destinate a pesare più di altre.

Tutto ciò può essere convenientemente espresso evidenziando che il linguaggio giuridico ha un carattere di “linguaggio amministrato”⁴¹: nel linguaggio giuridico, a differenza che nel linguaggio comune, vi sono soggetti che possono decidere, e che di fatto decidono, in maniera autoritativa sul significato dei termini impiegati in quel linguaggio.

Quindi, sono del tutto d'accordo con Vignudelli sulla necessità di differenziare attentamente le posizioni e le attività dei diversi attori giuridici, a fini di chiarezza teorica nella spiegazione del fenomeno giuridico⁴². Ma è alquanto difficile accettare l'idea che, essendo il diritto un fenomeno istituzionale (ed essendo il linguaggio giuridico un linguaggio amministrato), le interpretazioni degli organi dell'applicazione stiano *sullo stesso piano* di quelle di tutti gli altri soggetti interessati dalla comunicazione giuridica (in breve: i cittadini). Chiunque può interpretare il

⁴¹ La fortunata espressione è di M. JORI, *Definizioni giuridiche e pragmatica*, in *Analisi e diritto*, 1995, 109 ss.; ID., *Linguaggio giuridico*, in G. PINO, A. SCHIAVELLO, V. VILLA (a cura di), *Filosofia del diritto. Introduzione critica al pensiero giuridico e al diritto positivo*, Torino 2013.

⁴² Sulla varietà di interpreti nel diritto, v. G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, cit., 49 ss.; sulla varietà di “giochi interpretativi” nel diritto, P. CHIASSONI, *L'interpretazione della legge: normativismo semiotico, scetticismo, giochi interpretativi*, in AA.VV., *Studi in memoria di Giovanni Tarello. Vol. II, Saggi teorico-giuridici*, Milano 1990, 121-161.

diritto in generale, o la Costituzione in particolare, ma quando vogliamo sapere cosa di fatto significa la Costituzione in un certo momento storico, non è possibile tralasciare le interpretazioni degli organi dell'applicazione e, in questo caso, specialmente della Corte costituzionale.

3. *Sull'interpretazione costituzionale*

La proposta di Vignudelli sul piano più specifico dell'interpretazione costituzionale si articola in un versante positivo ed in uno negativo. In positivo Vignudelli propone, che abbiamo visto, di applicare all'interpretazione costituzionale le tecniche indicate dall'art. 12 Preleggi. In negativo, Vignudelli respinge recisamente il ricorso a metodologie interpretative opache come quelle dell'interpretazione costituzionale "per valori", con la loro programmatica svalutazione del testo costituzionale e l'utilizzo potenzialmente (e forse tendenzialmente) incontrollabile al principio di ragionevolezza da parte della Corte costituzionale.

La critica alle teorie dell'interpretazione costituzionale "per valori" mi trova sostanzialmente d'accordo⁴³, anche se non credo che il loro rifiuto debba necessariamente precludere l'utilizzo del canone di ragionevolezza. Contro l'interpretazione costituzionale "per valori", concordo con Vignudelli che il testo della costituzione debba essere preso sul serio. Ma il mio accordo con Vignudelli finisce più o meno qui: non ritengo infatti che l'interpretazione costituzionale possa essere condotta sulla base di criteri dell'art. 12 delle Preleggi, e ciò per ragioni sia giuridiche che metodologiche.

Da un punto di vista giuridico, l'art. 12 è ovviamente collocato su un piano sub-costituzionale nella gerarchia delle fonti, e dunque utilizzarlo per interpretare la costituzione consiste in una sovversione della gerarchia delle fonti (infatti, i principali tentativi di applicare l'art. 12 all'interpretazione costituzionale passano solitamente per una sua previa "costituzionalizzazione": siccome la materia dell'interpretazione e applicazione del diritto è materia costituzionale, si dice, allora l'art. 12 è equiordinato alle disposizioni costituzionali la cui interpretazione dovrebbe governare)⁴⁴. Né vale osservare, come fa Vignudelli, che l'art. 12 si riferisce all'interpretazione della legge, e che anche la costituzione è

⁴³ Cfr. G. PINO, *Diritti e interpretazione*, cit., 147-149.

⁴⁴ Per questa linea di argomentazione si veda ad es. F. PIERANDREI, *L'interpretazione della costituzione*, cit.

una legge. L'argomento prova troppo (all'interno del testo costituzionale, ad esempio, il termine "legge" ricorre con un senso specifico: v. gli articoli sulla "formazione delle leggi", o le numerose riserve di legge contenute in costituzione⁴⁵), e finisce per essere controproducente per l'argomento generale di Vignudelli, visto che legittimerebbe il più ampio uso giudiziale del testo costituzionale in base al precetto dell'art. 101 (i giudici sono soggetti solo alla legge).

Da un punto di vista metodologico, i criteri indicati dall'art. 12 si rivelano, per l'interpretazione costituzionale, ampiamente inservibili. Si ricordi che le costituzioni contemporanee, e di certo la costituzione italiana, sono formulate con una terminologia indeterminata, generica, e connotata valutativamente: specialmente le parti della costituzione che contengono diritti e principi fondamentali ricorrono a termini quali "dignità", "libertà", "eguaglianza", e a numerosi altri termini che rimandano a concetti etico-politici⁴⁶. Ora, il problema con questo tipo di terminologia è che non può essere compresa semplicemente sfogliando un dizionario⁴⁷: essendo tali concetti vaghi, indeterminati e controversi, il significato letterale, o ordinario, o comune, di questi termini è esattamente il problema che l'interprete deve risolvere, non la sua soluzione.

Parimenti inappropriato pare, nell'interpretazione costituzionale, il ricorso all'intenzione dei costituenti, e per varie ragioni: innanzitutto per la difficoltà di ricondurre ad unità le informazioni rilevanti (quali erano le intenzioni dei costituenti; quali conoscenze di sfondo potevano avere al momento della redazione del documento normativo); poi perché i problemi principali di interpretazione di queste disposizioni hanno a che fare esattamente *con casi che i costituenti non avevano previsto*: e in questi casi, o si conclude che l'argomento dell'intenzione del costituente non ha nulla da dire (e questa mi sembra essere la posizione di Vignudelli), o ci

⁴⁵ E si veda anche l'uso disgiunto di "Costituzione" e di "legge" all'art. 54 cost.

⁴⁶ Alcuni esempi: "diritti inviolabili", "personalità", "solidarietà politica, economica e sociale" (art. 2); "pari dignità sociale", "opinioni politiche", "condizioni personali e sociali", "libertà", "eguaglianza", "ostacoli di ordine economico e sociale", "pieno sviluppo della persona umana" (art. 3), "ragioni politiche" (art. 16), "pacificamente" (art. 17), "fedeltà religiosa" (art. 19), "buon costume" (artt. 19 e 21), "manifestare liberamente il proprio pensiero" (art. 21), "trattamenti contrari al senso di umanità" (art. 27), "società naturale", "eguaglianza morale" (art. 29), "salute", "rispetto della persona umana" (art. 32), "esistenza libera e dignitosa" (art. 36), "essenziale funzione familiare" (art. 37), "utilità sociale", "sicurezza", "libertà", "dignità umana" (art. 41).

⁴⁷ Cfr. C. SUNSTEIN, *Legal Reasoning and Political Conflict*, Oxford 1996, p. 86: «in such cases, we need an argument rather than a language lesson».

si imbarca in un esercizio di speculazione, altrettanto discrezionale di qualsiasi altro (come ad esempio le speculazioni sulla *ratio legis*).

Infine, Vignudelli impiega l'argomento dell'intenzione del legislatore a fini di "fissazione del significato" al momento della produzione del testo normativo⁴⁸. È possibile che questo approccio sia legittimo e opportuno in alcuni campi del diritto, specialmente quelli limitativi degli spazi di libertà (ad es. il diritto penale e il diritto tributario). Per parte mia, però, tenderei ad escluderne l'opportunità nel campo specifico dell'interpretazione costituzionale: la costituzione (per come è intesa nel costituzionalismo contemporaneo) è infatti un documento che ha varie caratteristiche tipiche, tra cui: *a*) è frutto di compromessi tra forze politiche diverse ed esprime visioni diverse della società; *b*) assume il pluralismo (la diversità delle concezioni del bene, della libertà, dei rapporti umani e sociali) non solo come un dato di fatto ma anche come un valore da preservare, e forse l'unico (meta-)valore più importante di tutti gli altri; *c*) deve applicarsi, potenzialmente, a tutta la società: una costituzione è, quasi alla lettera, un progetto organico di fondazione di un ordine sociale; *d*) è pensata per durare a lungo; *e*) è difficilmente emendabile. Ora, alcune di queste caratteristiche, e specialmente la *c*), la *d*) e la *e*), rendono inevitabile che la costituzione debba evolversi soprattutto in sede interpretativa. La costituzione è (anche) un progetto che guarda al futuro, e questo progetto sarebbe falsato se lo si interpretasse con gli occhi rivolti solo al passato⁴⁹.

4. *Lo spazio della giustizia costituzionale nello Stato costituzionale contemporaneo*

Concludo questa breve nota di commento ad un libro straordinariamente ricco, stimolante, e provocatorio, con alcune sintetiche osservazioni sull'immagine di fondo che Vignudelli sembra disegnare per la giustizia costituzionale.

Se non lo fraintendo (e probabilmente non si tratterebbe nemmeno dell'unico fraintendimento contenuto in queste poche pagine), Vignu-

⁴⁸ A. VIGNUDELLI, *Interpretazione e costituzione*, cit., 189.

⁴⁹ Sui tempi della costituzione, v. L. GIANFORMAGGIO, *Tempo della costituzione, tempo della consolidazione*, in *Politica del diritto*, 4, 1997, 527-551; M.R. FERRARESE, *L'intertemporalità e i tempi vari del mondo giuridico globale*, in G. ALPA, V. ROPPO (a cura di), *La vocazione civile del giurista. Saggi dedicati a Stefano Rodotà*, Roma-Bari 2013, 332-347.

delli presuppone – e caldeggia – un'immagine kelseniana della giustizia costituzionale: il giudice costituzionale come legislatore puramente negativo, che interviene in veste esclusivamente difensiva a sanzionare gli scantonamenti del legislatore rispetto al perimetro rigidamente disegnato dalle norme costituzionali. Correlativamente, in questo quadro la costituzione assume il ruolo di puro limite: una cassaforte in cui sono riposti certi beni fondamentali della comunità, al sicuro da possibili episodi di devianza della politica.

Questa immagine della costituzione e della giustizia costituzionale è legittima e sensata, ma non è l'unica possibile in uno stato costituzionale contemporaneo. Anche a respingere gli eccessi della teoria della costituzione per valori, cosa su cui concordo con Vignudelli, è comunque possibile argomentare a favore di un diverso modello⁵⁰ di costituzione e di giustizia costituzionale, un modello che qui non posso che limitarmi a delineare nei suoi contorni più generali.

Molto brevemente, il modello che ho in mente concepisce la costituzione non solo come *limite* al potere politico, ma anche come *fondamento* di un ordine sociale⁵¹. Concepire la costituzione come fondamento di un ordine sociale vuol dire almeno due cose: la costituzione è per un verso fondamento della validità materiale di tutte le altre norme appartenenti all'intero ordinamento giuridico; e per altro verso è fondamento della legittimità sia del potere politico, sia del potere giudiziario, l'uno e l'altro chiamati, seppure in modi e forme diverse, ad attuare la costituzione stessa. In questo quadro, di conseguenza, la giustizia costituzionale (e in qualche misura l'intero ordine giudiziario) si pone come contropotere e come interlocutore della politica⁵².

⁵⁰ Si tratta, evidentemente, di un argomento che si colloca innanzitutto su un piano normativo, filosofico-politico, e non meramente descrittivo dell'esistente. Ma non è da escludere che tale diverso modello risulti, qui e ora, preferibile anche rispetto alla sua maggiore capacità esplicativa del posto della costituzione e della giustizia costituzionale in una democrazia costituzionale contemporanea.

⁵¹ Ho già introdotto questa contrapposizione *supra*, nt. 29.

⁵² Questo modello si accompagna, in effetti, ad una rivisitazione del rapporto tra interpretazione giuridica e separazione dei poteri. La separazione dei poteri infatti non deve essere necessariamente intesa come una distinzione specializzata tra poteri statali, ciascuno dei quali esercita una attribuzione pubblica in maniera monopolistica: è possibile invece che le funzioni pubbliche siano distribuite ed esercitate in maniera non specializzata tra poteri statali, che dunque si trovano ad esercitarle in maniera al contempo cooperativa e conflittuale. Montesquieu verosimilmente concepiva proprio in questo modo il rapporto tra potere legislativo e (ciò che noi oggi chiamiamo) potere esecutivo; ma le moderne teorie dell'interpretazione, avendo decretato l'impossibilità del formali-

La giustizia costituzionale è allora uno dei luoghi in cui si costruisce l'ordinamento prefigurato dalla costituzione, e dove lo si può costruire anche in positivo, per addizione e non solo per sottrazione (come invece avverrebbe, nella pratica costituzionale italiana, con le sole pronunce di accoglimento): la giustizia costituzionale è uno dei luoghi in cui si mantiene aperta la discussione pubblica sui principi fondamentali sottoscritti dalla comunità politica, in cui si chiede al potere politico di giustificare le scelte compiute, di fornire ragioni, e in cui si può esercitare una forma di controllo democratico del potere politico⁵³.

smo interpretativo, portano a concepire in questo modo anche il rapporto tra potere legislativo e potere giudiziario: il "diritto oggettivo" è prodotto in modi complessi – parzialmente cooperativi e parzialmente conflittuali – sia dal legislatore sia dagli interpreti. L'interpretazione giuridica non prende atto di un diritto preesistente, ma contribuisce a costruirlo. Per ulteriori riflessioni in tal senso, si veda M. BARBERIS, *Separazione dei poteri e teoria giusrealista dell'interpretazione*, in *Analisi e diritto*, 2004, 1-21.

⁵³ Alcuni spunti su questo modo di integrare la giustizia costituzionale (e l'interpretazione costituzionale in genere, anche se svolta da giudici comuni) e la democrazia si possono individuare in G. POSTEMA, *In Defense of 'French Nonsense'. Fundamental Rights in Constitutional Jurisprudence*, in N. MACCORMICK, Z. BANKOWSKI (eds.), *Enlightenment, Rights and Revolution. Essays in Legal and Social Philosophy*, Aberdeen 1989, 107-133; P. PETTIT, *Democracy, Electoral and Contestatory*, in I. SHAPIRO, S. MACEDO (eds.), *Designing Democratic Institutions*, Nomos XLII, New York 2000, 105-144; M. KUMM, *The Idea of Socratic Contestation and the Right to Justification: The Point of Rights-Based Proportionality Review*, in *Law & Ethics of Human Rights*, vol. 4, 2010, 2, 140-175.

RECENSIONI

Paolo Passaglia

L'ABOLITION DE LA PEINE DE MORT.
UNE ÉTUDE COMPARÉE
Mnemosyne, Pisa 2012

Sebastiano Dondi

Il tema della pena di morte è fra quelli che, tristemente, anche all'alba del terzo millennio, non hanno cessato di rivestire un posto importante nell'attualità politica e sociale del mondo intero. Per questa ragione ogni contributo che, in dottrina e da una prospettiva più o meno orientata, se ne occupi, è sicuramente degno di grande considerazione nonché fonte di riflessione, non solo dal punto di vista strettamente giuridico¹.

Il libro di Passaglia ci apre una prospettiva molto ampia sul tema, che potremmo definire quella della "fenomenologia" dell'abolizione della pena di morte. Scritto in un francese esemplare, il libro affronta il tema d'indagine in modo ideologicamente neutro e coglie con giusta ambizione il bisogno di ricostruire su scala mondiale la manifestazione del fenomeno abolizionista adottando una serie di variabili innovative che aiutano a scomporre il tema nella sua complessità, uscendo così dallo schema manicheo *réten-*

tionnisme-abolitionnisme. L'interesse suscitato dal libro è, quindi, innanzitutto legato all'accurata anamnesi dell'abolizionismo, articolata in tutti quei profili che possono contribuire a ricostruirne il manifestarsi e che si succedono secondo una struttura accuratamente lineare. In particolare risulta interessante seguire l'emergere del fenomeno abolizionista nella prospettiva temporale costantemente intrecciata a quella spaziale, che permette di leggere le dinamiche che conducono i singoli Paesi considerati ad approdare, o meno, ad una scelta di civiltà di tale portata.

Interessante interrogarsi, come fa l'autore, sulla genesi dell'abolizione che, secondo l'esperienza comparata, può risultare da una serie di circostanze molto diverse fra loro. La *summa divisio* in questo senso è da tracciarsi tra il divieto della pena capitale che emerge da un cambiamento politico ed istituzionale epocale, paragonabile alla fine di un regime dittatoriale –

come tipicamente nei casi italiano e spagnolo –, o all'acquisizione dell'indipendenza nazionale, oppure ancora da un processo di riforma determinato da una (spesso quasi altrettanto epocale) alternanza politica, come è avvenuto in Francia. A quest'ultima categoria di "famiglie giuridiche" sarebbero in parte da ricondurre quelle fattispecie nelle quali la scelta abolizionista deriva dall'adeguamento dell'ordinamento nazionale ad uno sovranazionale, attraverso lo strumento della ratifica di obblighi internazionali assunti dal singolo Stato, i quali non sempre giungono tuttavia nel momento in cui la consapevolezza sulla scelta abolizionista (essenzialmente eteronoma) è giunta a completa maturazione, con il rischio corrispondente della sua reversibilità. Soprattutto in questi casi si ha l'impressione che l'esclusione della pena di morte, non sia mai, come nota Passaglia, del tutto al sicuro da eventuali ripensamenti. Al di là dei casi (prevalentemente americani) in cui si può parlare di una vera propria involuzione in tal senso, anche nei Paesi in cui il rifiuto della pena di morte è ufficiale e condiviso non mancano, tuttavia, episodici rigurgiti di giacobinismo "retenzionista" propensi a riconsiderare il problema. Da qui nasce la perenne attualità del tema, che necessita senza dubbio, considerando quelli che Passaglia recensisce come casi di "abolizioni provvisorie", la necessità di mantenere

un atteggiamento vigile sulle ragioni che fondano la scelta dell'abolizionismo.

A tale proposito emerge anche *au grand jour* un profilo solo accennato nel volume ma che rivela immediatamente tutta la sua importanza, ovvero quello del rapporto tra democrazia ed abolizionismo. A parere di chi scrive non è possibile negare la natura di equazione a questo connubio, ciò che viene fatto normalmente citando l'esempio degli Stati Uniti. Non pare sia possibile definire drasticamente un ordinamento come democrazia o non democrazia così come del resto non sarebbe possibile semplificare la realtà parlando antitetivamente di abolizione o non abolizione. Come esistono diversi gradi di democrazia così esistono anche diversi stadi che portano all'abolizione della pena capitale. Non si potrà, quindi, negare che, anche dal punto di vista empirico del comparatista, ad un maggior grado di democrazia corrispondano normalmente regimi abolizionisti. Di più: la stessa scelta abolizionista è generalmente considerata, stante le sue ricadute fattuali e le sue premesse di principio, quale pietra d'angolo della costruzione democratica, come dimostrano le più famose Costituzioni del secondo dopoguerra. Così dobbiamo sperare per l'America² quello Victor Hugo, il più illustre degli abolizionisti, profetizzò per il nostro Paese all'alba del nuovo Regno: "*L'Italie a été la mère des*

*grandes hommes et elle est la mère des exemples. Elle va, je n'en doute pas, abroger la peine de mort*³. Secondo il grande poeta il nesso tra Repubblica democratica e abolizionismo era strettissimo e indubbio: il popolo che aveva rovesciato il trono, diceva, non poteva arretrare davanti alla sfida di rovesciare il patibolo.

La complessità multiforme del tema che, come detto, l'Autore sottrae alla sua dimensione ordinariamente bidimensionale, emerge nitidamente se si considerano non solo quelle che Passaglia definisce come le "abolizioni-rivoluzioni" e le "abolizioni-ratificazioni" ma anche le abolizioni giurisprudenziali determinate o indotte dall'opera del giudice costituzionali nei diversi ordinamenti. È stato proprio ancorandosi ad essenziali principi di civiltà giuridica quali il diritto alla vita e il rispetto della dignità umana (riaffermando quindi il legame tra abolizionismo e democrazia costituzionale) che la giustizia costituzionale, nelle esperienze di alcuni Paesi, è giunta a sancire positivamente la soluzione abolizionista, oltrepassando l'inerzia del legislatore (guidandolo quindi ad affermare il divieto della pena capitale in modo più o meno obbligato) o, addirittura, superando la scelta contraria compiuta da quest'ultimo. Il caso più interessante riportato da Passaglia è senza dubbio quello del Massachusetts, Stato nel quale dal 1975 la *Supreme*

Judicial Court ha ingaggiato un decennale braccio di ferro con il potere legislativo per determinare, sulla base del divieto costituzionale di trattamenti crudeli e inumani, l'espunzione della pena di morte dal codice penale⁴. L'episodio merita di essere brevemente ripercorso, non foss'altro per rendere merito alla determinazione e alla benefica intransigenza del giudice americano. A seguito di ben due censure da parte della Corte Suprema il legislatore non aveva esitato a mettere in atto la procedura referendaria per la revisione costituzionale al fine di sancire definitivamente l'intangibilità della pena capitale. Il nuovo testo dell'art. 26 Const. stabiliva che "*no provision of the Constitution (...) shall be construed as prohibiting the imposition of the punishment of death*". Tuttavia anche la nuova legge ordinaria sulla pena capitale, che seguì la modifica costituzionale, venne folgorata dalla Corte sulla base di un astuto espediente, non rimettendo (direttamente) in discussione la natura della pena ma le sue modalità applicative previste dalla legge. Il cambio di maggioranza parlamentare impedì in seguito che la decisione del giudice delle leggi venisse nuovamente rovesciata. Da questo punto di vista Passaglia identifica di fatto come "autore" dell'abolizione la fonte che nei diversi ordinamenti consacra il rigetto della pena di morte, la quale può essere legislativa (ordinaria o

costituzionale) o giurisprudenziale. Si può tuttavia intravedere, come sottesa all'intero libro, l'importanza della dimensione metagiuridica del problema. La fonte del diritto che sancisce l'abolizionismo è l'esito di un lungo processo che nei vari Paesi ha radici e motivazioni diverse che ad un sociologo offrirebbero un interessante spunto d'indagine. Sono spesso le motivazioni profonde che determinano una scelta tanto fondamentale che aiutano a capire perché si sia adottata una fonte precisa per veicolarla. Così la "portata" dell'abolizione si salda con l'identificazione del suo "autore" che, al di là dello strumento normativo, si incarna sempre abbastanza nettamente in un uomo, o in un partito politico o ancora, nel silenzio del legislatore, in una giurisdizione.

Come opportunamente annota l'Autore, anche nel caso in cui l'abolizione non sia giurisprudenziale ma politica non si può mai escludere un'eventuale reintroduzione della pena. Non si tratta solo di quei casi, ben identificati nel volume, in cui l'abolizione è determinata da una legge ordinaria, ma anche nell'ipotesi in cui sia dovuta ad una norma costituzionale. Il ragionamento di Passaglia è rotondo e s'inserisce pienamente nel dibattito in merito alla recente definitiva sanzione costituzionale dell'abolizionismo nella Costituzione italiana: benché realisticamente e giuridicamente improbabile⁵ la riemersione

della scelta retenzionista potrebbe, per assurdo, fondarsi proprio sulla dissociazione tra diritto assoluto alla vita e divieto della pena di morte. Sancendo positivamente quest'ultima la si sottrae di fatto all'"ombrello" del primo, configurandola come una più debole *lex specialis*⁶. Da qui la necessità di ribadire ogni giorno le ragioni della scelta abolizionista, non solo a beneficio della collettività nazionale ma, a maggior ragione, di tutta la comunità internazionale, perché il principio che essa sottende sia costante oggetto di preoccupazione delle organizzazioni sovranazionali per una sua sempre più capillare diffusione globale.

Come l'Autore sottolinea, anche il retenzionismo è una categoria fluida che conosce una pluralità di manifestazioni, a partire dalla limitazione più o meno ampia della pena capitale per determinate categorie di reati fino a quella situazione che Passaglia definisce l'"*abolizionismo di fatto*": un limbo incerto che spesso prelude al divieto giuridico ma che può configurarsi come una debole scelta quotidianamente reversibile.

La scelta di eliminare la pena di morte dall'ordinamento è normalmente considerata una di quelle *political questions* nelle quali spesso si dubita che un contropotere come quello del giudice costituzionale possa ingerirsi. Eppure è impossibile limitarsi a vedere la politicità di una soluzione simile e non scorgere

la rilevanza della stessa sotto un profilo eminentemente giuridico e, specificamente, costituzionale⁷. Anzi, come nota lo stesso Passaglia⁸, il divieto della pena di morte si potrebbe situare in quell'empireo della *supra-constitutionnalité* di norme indefettibili in qualsiasi democrazia costituzionale, già evocato anche dalla Corte costituzionale italiana nella sua più famosa giurisprudenza (per tutte si ricordi la sentenza n. 1146/1988 CC). Tale conclusione non pare priva di interesse se si vuole ricostruire un solido regime giuridico della pena di morte. La si può derivare dalla stessa giurisprudenza costituzionale italiana citata dall'Autore a proposito di un tema di estremo interesse – al quale sono dedicate alcune delle pagine più attuali del libro – sul rapporto tra pena di morte ed estradizione. Ricordando la sentenza 223/1996, Paolo Passaglia sottolinea come la Corte italiana sia venuta a sancire da quasi vent'anni un tipo di protezione assoluta per l'imputato che, in un paese straniero, rischia di incorrere nella condanna alla pena capitale. Superando le garanzie già ampie stabilite dalla teoria delle "sufficienti assicurazioni" della CEDU nell'*arrêt Soering* del 1989 la Corte italiana giunse infatti, nel noto *affaire Venezia*, a consacrare la protezione costituzionalmente assoluta del diritto alla vita, mettendolo in sicurezza *expressis verbis* da una "*politica flessibile*", dagli "*adat-*

tamenti" e dalle "*considerazioni di politica criminale*" che potrebbero sottoporre l'incolumità del singolo all'ambiguità della ragion di Stato.

L'ultimo capitolo del libro non poteva che essere dedicato al rifiuto dell'abolizione della pena di morte, ancora opposto su scala mondiale da alcuni fra i paesi più importanti e influenti dello scacchiere internazionale. Le due principali ragioni che, nella lettura di Passaglia, motivano questa posizione sono essenzialmente religiose o politiche. Dal primo punto di vista i regimi teocratici se ne avvalgono in modo quasi paradossale, oggi quegli islamici⁹, ieri quello dello Stato pontificio, "*In nome del papa re*", come nell'icastico titolo cinematografico di Luigi Magni. Dall'altro il rifiuto politico, è ancorato o ad una dimensione totalitaria dell'ordinamento o, come tipico dell'esperienza statunitense, ad una vana pretesa di deterrenza della pena capitale, palesemente smentita dai fatti e dagli studi di politica criminale¹⁰. In questo senso, per la sua irrazionalità primitiva e l'intrinseca demagogia che la pervade come risposta all'odio sociale, non raramente venato di razzismo, la pena di morte è davvero "la più politica delle pene" nella ricostruzione di Galliani¹¹. Benché l'evoluzione verso un abolizionismo di scala mondiale appaia inarrestabile, i tempi rimangono imprevedibili. Ciò a maggior ragione se consideriamo l'eziologia dell'abolizione

individuata da Passaglia in fatti o avvenimenti storico-politici di portata inusitata che renderebbe realisticamente improbabile una scelta abolizionista di “ordinaria amministrazione” in paesi come l’America o la Cina, i cui modelli politici ed economici sono improntati ad una stabilità uniche al mondo e per i quali ritornare sulla scelta reazionista significherebbe, di fatto, ammettere una sconfitta agli occhi del mondo. In questa incertezza è tuttavia necessario che anche la dottri-

na faccia la sua parte, riaffermando non solo l’interesse nei confronti della pena di morte ma anche le profonde ragioni civili e giuridiche che ad essa si oppongono.

Come ricordava Robert Badinter, uno dei più grandi uomini del nostro tempo, Madame du Barry sul patibolo si rivolse al boia chiedendogli di concederle ancora un istante: “*On dirait que nos gouvernants ont repris le propos. Mais ce n'est pas de la vie, c'est de la mort dont il ne peuvent se départir*”¹².

NOTE

¹ Si vedano recentemente i contributi più significativi sul tema nei volumi curati da P. COSTA, *Il diritto di uccidere. L'enigma della pena di morte*, Milano 2010 e da F. CORLEONE, A. PUGIOTTO, *Il delitto della pena. Pena di morte ed ergastolo, vittime del reato e del carcere*, Roma 2012, 35-75.

² Per una documentata ricostruzione del sistema americano si veda F. E. ZIMRING, *La pena di morte. Le contraddizioni del sistema penale americano*, Bologna 2009 e il recentissimo volume di D. GARLAND, *La pena di morte in America. Un'anomalia nell'era dell'abolizionismo*, Milano, 2013.

³ V. HUGO, *Écrits de Victor Hugo sur la peine de mort*, Arles 1979, 186.

⁴ Si veda P. PASSAGLIA, *L'abolition de la peine de mort. Une étude comparée*, Pisa 2012, 113 e ss.

⁵ Come sottolinea opportunamente A. PUGIOTTO, *L'abolizione costituzionale della pena di morte e le sue conseguenze ordinamentali*, in *Quad. cost.*, 2011, 578 e ss.

⁶ Così criticamente P. PASSAGLIA, *Op. cit.*, 90.

⁷ «*La Cour ne doit pas renoncer à son rôle dans une démocratie en raison du simple fait qu'elle n'est pas à l'aise ou craint des tensions avec les autres pouvoirs de l'État. Non seulement ces tensions ne suffisent pas pour justifier le rejet d'un recours, elles sont même parfois souhaitables. C'est grâce à cette tension que la liberté individuelle est assurée*». Così A. BARACK, *L'exercice de la fonction juridictionnelle vu par un juge : le rôle de la Cour suprême dans une démocratie*, in *Revue française de droit constitutionnel*, 2006, 274.

⁸ P. PASSAGLIA, *Op. cit.*, 88.

⁹ La definizione del rapporto tra Islam e pena di morte passa attraverso una complessa operazione di interpretazione di una realtà complessa e difficile da ricostruire per chi possiede parametri tradizionalmente “occidentali”. Per un’attenta e competente ricostruzione si veda A.A. AN-NA’IM, *La pena di morte nel mondo musulmano*, in P. COSTA, *Op. cit.*, 137 e ss.

¹⁰ Su tale punto i due casi più eclatanti su scala mondiale sono sicuramente quelli degli Stati Uniti e della Cina. Il secondo è decisamente meno conosciuto in Europa e merita senza dubbio di essere approfondito. Sulle più recenti evoluzioni della legislazione e del dibattito dottrinario in Cina si veda LU JIAPING, *La riforma della pena di morte in Cina*, in P. COSTA, *Op. cit.*, 223 e ss.

¹¹ D. GALLIANI, *La più politica delle pene. La pena di morte*, Assisi 2012.

¹² R. BADINTER, *Contre la peine de mort. Écrits 1970-2006*, Parigi 2006, 126-127.

ABSTRACT

Alessandro Pace, *Libertà e sicurezza. Cinquant'anni dopo*

L'autore ritiene che oggi, come cinquant'anni fa, il concetto di sicurezza pubblica alluda ad un "interesse diffuso" la cui tutela spetta allo Stato. L'opposta tesi, giuridicamente infondata, che considera la sicurezza come un diritto dei cittadini si spiega come una pretesa paradossalmente derivante dalla diffusa insicurezza dovuta alle condizioni sociali e politiche, radicalmente diverse da quelle di cinquant'anni fa.

Freedom and Public Safety. Fifty Years Later

According to the author's view, the concept of public safety, nowadays as well fifty years ago, refers to a duty of the State and not to an individual right. The widespread claim of public safety as an individual right can be paradoxically explained as a subconscious expression of the nowadays individual insecurity due to social and economic conditions.

Glaudio Gemma, *Non diritti "insaziabili", ma micro-diritti costituzionali circa l'uso del proprio corpo*

Il saggio affronta il tema dei diritti all'uso del proprio corpo, ricostruendone il fondamento costituzionale. Muovendo dai valori del liberalismo e del costituzionalismo, fattori fondativi della Costituzione italiana, l'autore assume un approccio incentrato sulla priorità del valore della libertà dell'individuo per come consacrata dalla nostra carta costituzionale, passando in rassegna le varie accezioni di liberalismo, paternalismo ed individualismo. Arriva così a concludere che i micro-diritti in esame sono da ricondursi alla libertà personale, rilevando però che non ogni manifestazione di libertà e di disponibilità del proprio corpo è riconducibile alla sfera costituzionalmente tutelata.

Not "Insatiable" Rights, but Constitutional Micro-rights Regarding the Use of One's Own Body

The essay addresses the issue of the rights to the use of one's own body, reconstructing their constitutional foundation. Building on the values of liberalism and constitutionalism, founding factors of the Italian Constitution, the author assumes an approach that focuses on the priority of the value of individual freedom as provided for by our Constitution, reviewing the various meanings of

liberalism, paternalism and individualism. Therefore, he comes to the conclusion that the micro-rights in question are linked to personal freedom, noting, however, that not every manifestation of freedom and disposition of one's body is constitutionally protected.

Tatiana Guarnier, *Rinvio pregiudiziale interpretativo e giudizio di legittimità costituzionale. Nuovi scenari e nuove prospettive nel crocevia sopranazionale*

Il saggio ripercorre l'evoluzione della giurisprudenza costituzionale italiana relativa alla sollevazione del rinvio pregiudiziale interpretativo da parte della Corte costituzionale. Dopo aver studiato le ragioni che possono aver suggerito a lungo un approccio di chiusura e valutato, alla luce di esempi e casi concreti, i *pro* ed i *contra* di tale chiusura, l'autrice propone alcune riflessioni a seguito delle due ordinanze con le quali la Corte ha progressivamente aperto al riconoscimento della sua legittimazione a sollevare il rinvio pregiudiziale interpretativo (dal giudizio di legittimità costituzionale in via principale, prima, e dalla via incidentale, in seguito). Una particolare attenzione è dedicata alle conseguenti differenti possibilità di relazione con la Corte di giustizia dell'Unione europea nei casi di doppia pregiudizialità, valutandone rischi ed opportunità, ed ai persistenti problemi di natura processuale, con particolare riferimento ai limiti dettati dai requisiti della rilevanza e del sufficiente sforzo interpretativo.

The Reference for a Preliminary Ruling of Interpretation and Constitutional Judicial Review. New Scenarios and New Perspectives in Supranational Crossroads

The essay traces the evolution of the Italian constitutional case-law on the reference for a preliminary ruling by the Constitutional Court. After having studied the reasons that may have long suggested a closing approach and after having evaluated *pro* and *cons* of this closure in the light of examples and case studies, the author proposes some reflections on the two decisions by which the Court has gradually opened to the recognition of its legitimacy to raise the preliminary ruling of interpretation. A particular attention is devoted to the consequent different possibilities of relation with the European Union Court of Justice in cases of double prejudicial issues, assessing risks and opportunities, and to the enduring procedural problems, with particular reference to the limits dictated by the requirements of relevance of the question of constitutionality and of the sufficient effort of interpretation.

Stafania Mabellini, *La condizione giuridica dello straniero nella prospettiva del costituzionalismo multilivello*

Il contributo intende analizzare il ruolo svolto, per lo sviluppo della giuri-

sprudenza costituzionale italiana sulla condizione giuridica dello straniero, dagli orientamenti emersi sul piano internazionale e sovranazionale, i quali, facendo leva sul principio di non discriminazione tra cittadini e stranieri, promuovono l'estensione ai secondi di misure di tipo economico e sociale, approntate, dalla legislazione degli Stati nazionali, esclusivamente in favore dei primi.

Si rileva, tuttavia, nel contributo, che non mancano casi nei quali la Corte costituzionale, per operare l'estensione agli stranieri di diritti soggettivi, privilegia percorsi "interni", poiché la via costituzionale sembra offrire il "valore aggiunto" dell'argomento dell'incomprimibilità dei diritti sociali.

The Legal Status of Foreigners in the Perspective of Multilvel Constitutionalism

The article aims to analyse the role played, in the development of the Italian case-law concerning the legal status of foreigners, by the tendencies that grew on the international and supranational levels. Those, taking advantage of the principle of non-discrimination between citizens and foreigners, support the extension to the second ones of economic and social measures provided, by the legislation of the States, only for the first ones.

It should be noted, however, that there are times in which the Constitutional Court prefers "indoor" paths to carry out the extension to foreigners of subjective rights, because the constitutional path might offer the "added value" of the reason of the incompressibility of social rights.

Simone Scagliarini, *Copertura finanziaria delle leggi e manovre di finanza pubblica ai tempi della prima Presidenza Napolitano*

Lo scritto rileva che la prima Presidenza di Giorgio Napolitano si contraddistingue per essere finora l'unica nella quale non è stata mai rinviata una legge per mancanza di copertura finanziaria. Vengono tuttavia analizzati diversi strumenti alternativi, perlopiù di *moral suasion*, che il Capo dello Stato ha posto in essere dimostrando grande attenzione ai temi della finanza pubblica. Il ricorso alla *moral suasion* viene quindi inquadrato dall'Autore in un contesto di crisi economica internazionale e politica interna che lo giustificano ampiamente, ancorché venga criticato l'uso esclusivo di questi strumenti e la totale assenza di qualche rinvio dimostrativo, che avrebbe potuto rendere più efficaci *pro futuro* anche questi mezzi alternativi di difesa degli equilibri finanziari.

Financial Coverage of Laws and Rigging of Public Finance at the Time of the First Napolitano Presidency

The article argues that the first presidency of Giorgio Napolitano is distinguished by being the only one in which no law has been deferred because of the lack of financial coverage. Different alternative financial instruments used

by the Head of the State are analyzed. Most of them are of a moral suasion and demonstrate a great interest towards public finance. In the author's opinion, even if international economic crises and internal policy fully justify the recourse to moral suasion, the exclusive use of these instruments and the total absence of any demonstrative delegation which could make more efficient in future the use of these alternative means of defence of financial balances is criticized.

Giorgio Pino, *Di interpretazione e interpreti della Costituzione. Note a margine a 'Interpretazione e Costituzione' di Aljs Vignudelli*

Lo scritto discute di alcune problematiche relative all'interpretazione costituzionale, a partire dalle idee contenute nel recente, importante lavoro di Aljs Vignudelli, 'Interpretazione e Costituzione'. Il volume di Vignudelli, tra le altre cose, difende due importanti posizioni filosofico-giuridiche: la possibilità di individuare le condizioni per l'oggettività dell'interpretazione giuridica, e la sostanziale identità tra interpretazione giuridica in generale e interpretazione della costituzione – l'interpretazione della costituzione non richiede alcun canone interpretativo diverso e ulteriore rispetto a quelli utilizzabili in generale per la corretta interpretazione della legge (il significato proprio delle parole e l'intenzione del legislatore). Il lavoro mette in discussione entrambe queste posizioni filosofico-giuridiche, nonché la concezione della costituzione (la costituzione come mero limite "negativo" al potere politico) ad esse sottesa.

Interpretation and Interpreters of the Constitution. Reflections on Aljs Vignudelli's 'Interpretazione e Costituzione'

The writing discusses some issues concerning constitutional interpretation, moving from the positions expressed in Aljs Vignudelli's important work 'Interpretazione e Costituzione'. Vignudelli's book is, among many other things, a defence of two noteworthy jurisprudential stances: the possibility of achieving some kind of objectivity in legal interpretation, and the substantial identity between the interpretation of the constitution on the one hand, and the interpretation of any legal instrument (typically, statutes) on the other. As a consequence, according to Vignudelli, the interpretation of the constitution requires resorting to plain meaning and legislator's intention – just as much as statutory interpretation does. The essay questions both these jurisprudential stances, as well as the conception of the constitution that backs them – i.e. the idea of the constitution as a mere 'negative' limitation to political power

NOTIZIE SUGLI AUTORI

ALESSANDRO PACE, Professore emerito di Diritto costituzionale, “Sapienza”
Università di Roma

GLADIO GEMMA, già Professore ordinario di Giustizia costituzionale, Università
di Modena e Reggio Emilia

TATIANA GUARNIER, Ricercatrice di Diritto costituzionale, Università di Camerino

STEFANIA MABELLINI, Ricercatrice di Istituzioni di diritto pubblico, Università di
Roma “Tor Vergata”

SIMONE SCAGLIARINI, Ricercatore di Istituzioni di diritto pubblico, Università di
Modena e Reggio Emilia

GIORGIO PINO, Professore associato di Filosofia del diritto, Università di Palermo

SEBASTIANO DONDI, Dottore di ricerca in Diritto costituzionale, Università di
Ferrara e Paris Nanterre La Défense

Il sommario e gli *abstracts* dei contributi pubblicati in ciascun fascicolo sono reperibili anche in **www.editorialescientifica.com**, nella apposita pagina web dedicata a «Diritto e società».

La direzione e la redazione di «Diritto e società» hanno sede in Roma, presso Maria Alessandra Sandulli, corso Vittorio Emanuele, 349.

La Rivista “Diritto e Società” – fondata da Giovanni Cassandro, Vezio Crisafulli e Aldo M. Sandulli – giunge alla terza serie, curata dalla Editoriale Scientifica di Napoli, dopo essere stata edita da Sansoni e da Cedam.

La Rivista è dotata di un Comitato di direzione che ha il compito di curarne la gestione, con specifico riguardo al programma editoriale. A tale fine la direzione si avvale della collaborazione del Comitato scientifico.

I lavori proposti per la pubblicazione sulla Rivista sono vagliati dal Comitato di direzione e successivamente sottoposti ad almeno due esperti esterni al predetto Comitato. I contributi sono inviati ai *referees* in forma anonima e dopo aver eliminato anche i riferimenti, non solo bibliografici, che possano determinarne la riconoscibilità. Allo stesso modo, rimangono anonimi per l'autore del contributo gli esperti esterni che procedono alla valutazione.

I *referees* cui sottoporre i contributi sono scelti dal Comitato di direzione da un elenco approvato e periodicamente aggiornato dal predetto Comitato. Tale elenco è composto da professori ordinari di università italiane sia in servizio che in pensione, da docenti stranieri con qualifica equivalente e da altri studiosi di indiscusso prestigio e rilevante produzione scientifica, in numero non inferiore a quindici.

Il parere degli esperti, che deve attenersi ai criteri definiti in via generale dal Comitato di direzione, è comunicato in via riservata al predetto Comitato. In caso di parere non unanime dei *referees*, il Comitato di direzione decide a maggioranza sulla pubblicazione.

In casi particolari, quali ad esempio la pubblicazione di relazioni svolte a Convegni, il Comitato di direzione può decidere di non sottoporre il lavoro alla valutazione di esperti esterni alla Rivista. Ad ogni modo, a detta valutazione sono soggetti almeno il 60% dei lavori pubblicati in ciascun fascicolo.

Per questo fascicolo sono stati sottoposti a valutazione di esperti esterni alla Rivista i contributi di Gemma, Guarnier, Mabellini, Scagliarini, Pino.

Amministrazione

Editoriale Scientifica srl

80138 Napoli via San Biagio dei Librai, 39 tel./fax 081 5800459

info@editorialescientifica.com

www.editorialescientifica.com

Direttore responsabile

Maria Alessandra Sandulli

Abbonamenti

All'amministrazione devono essere indirizzate le richieste di abbonamento, le rimesse in denaro, le comunicazioni per cambiamento di indirizzo e i reclami per mancato ricevimento dei fascicoli.

Abbonamento 2012: Italia euro 120,00, estero euro 250,00

Registrazione

Tribunale di Roma n. 165 del 24 maggio 2012

Finito di stampare nel mese di ottobre 2013
dalle *Arti Grafiche Solimene* - Napoli