

DIRITTO E SOCIETÀ

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

III serie - 3/2015

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

Paolo Carnevale

Marta Cartabia

Giuseppe de Vergottini

Pietro Giuseppe Grasso

Guido Greco

Natalino Irti

Anne-Marie Le Pourhiet

Stelio Mangiameli

Leopoldo Mazzaroli

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 3/2015

saggi

Franco Modugno, *Al fondo della teoria dell'“interpretazione conforme alla Costituzione”* 461

Alessio Rauti, *La persona umana fra totalitarismo e Stato costituzionale. Prime riflessioni* 503

osservatorio

Marta Caredda, *Una responsabilizzazione sociale per l'Europa* 529

Maria De Benedetto, *Povert , mobilit  sociale e regole del gioco* 551

Roberta Lugar , *Dall'umanizzazione del diritto penale alla penalizzazione dei diritti umani. Vittima e obblighi di tutela penale nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo* 565

attualit 

Patrizio Ivo D'Andrea, *Dispensazione di farmaci off-label e contenimento della spesa farmaceutica (appunti a margine del caso Avastin-Lucentis)* 613

recensioni

Simone Scagliarini, *Privacy: un diritto inesistente? Riflessioni a margine di Michele Bocchiola, Privacy. Filosofia e politica di un concetto inesistente, Roma 2014* 639

AL FONDO DELLA TEORIA DELL'“INTERPRETAZIONE CONFORME ALLA COSTITUZIONE”*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Il potere di interpretazione “adeguatrice” delle leggi alla Costituzione non spetta soltanto alla Corte costituzionale. – 3. “Superiorità” e “condizionalità” della Costituzione rispetto alla legislazione e giustificazione della “richiesta” di interpretazione conforme a Costituzione. – 4. L'interpretazione conforme come interpretazione sistematica. – 5. Il problema dei limiti dell'interpretazione conforme. – 5.1. Sul c.d. limite testuale (in generale). – 5.2. Sulle “ragioni” a favore del c.d. limite testuale. – 5.3. Il superamento del limite della interpretazione conforme. – 6. Interpretazione conforme e analogia; 6.1. Sulla vicenda delle “presunzioni assolute di adeguatezza della custodia cautelare in carcere per taluni delitti di particolare allarme sociale”. – 6.2. Su altre vicende giurisprudenziali in cui la interpretazione conforme è stata sollecitata (pretesa) dalla Corte costituzionale. – 7. La c.d. disapplicazione giudiziaria delle leggi sulla base della dichiarazione d'incostituzionalità di un principio legislativo. – 8. Automatismi legislativi e interpretazione conforme. – 9. Sulla tendenza a configurare l'ordinanza di remissione in termini di “positivo convincimento” dell'incostituzionalità della legge. – 10. Interpretazione conforme e “diritto vivente”. Invito e non obbligo per il giudice.

1. *Premessa*

È sufficientemente pacifico che l'opera di *costruzione* dei “principi costituzionali” a partire dai valori evocati dalle (impliciti nelle) disposizioni della Costituzione, nonché di ponderazione e di bilanciamento fra di essi, è istituzionalmente affidata, in primo luogo, alla Corte costituzionale nell'ambito della attività di interpretazione della Costituzione.

Se codesti principi assorgono, al pari di tutte le (altre) norme costituzionali, a parametro di costituzionalità delle leggi, le disposizioni legisla-

* Il presente contributo costituisce una versione ampliata dello scritto destinato agli Studi in onore di Gustavo Zagrebelsky.

tive debbono conformarsi (anche) ad essi, pena la illegittimità di queste ultime dichiarabile dalla Corte costituzionale.

Poiché, in particolare, la portata dei principi costituzionali non dipende affatto dal contenuto delle norme legislative, in quanto è invece la portata di queste ad essere determinata sulla base dei principi, è ben possibile però che la disformità delle norme dai principi (come pure dalle norme costituzionali in genere) sia solo eventuale e non conduca necessariamente alla loro invalidità. Occorre precisare che, in realtà, le norme o regole legislative sono il frutto della interpretazione degli enunciati o disposizioni contenuti nelle leggi o negli atti normativi, ossia sono desunte da (o proposte per) essi, e solo a seguito di quest'opera ermeneutica, potrà eventualmente ragionarsi di un *contrasto* o *conflitto* tra norme o regole legislative e norme e principi costituzionali suscettibile di tradursi in invalidità. In altri termini è possibile evitare il conflitto, rendendo conformi le norme legislative alle norme e ai principi costituzionali.

È ovvio che l'interpretazione degli enunciati legislativi in modo da renderli conformi ai principi e alle norme costituzionali spetti, in primo luogo, alla Corte costituzionale, in un sistema di controllo "accentrato" di costituzionalità delle leggi, nel quale le leggi possono essere dichiarate illegittime solo da essa. Avendo la Corte, come ogni giudice, il potere di interpretare la legge, è possibile – come è accaduto sempre nel corso della nostra esperienza – che sia la Corte stessa a compiere l'interpretazione "adeguatrice" della legge alla Costituzione, emettendo decisioni "interpretative" di rigetto della proposta *quaestio legitimitatis*, desumendo cioè dalla disposizione legislativa un significato (una norma) non incostituzionale.

2. *Il potere di interpretazione "adeguatrice" delle leggi alla Costituzione non spetta soltanto alla Corte costituzionale*

Ma il potere di interpretazione "adeguatrice" (o "conforme") alla Costituzione spetta soltanto alla (è esclusiva della) Corte o Tribunale costituzionale nei sistemi di controllo di costituzionalità "accentrato", nei quali *solo la Corte* può dichiarare *la incostituzionalità* delle leggi? In questi sistemi – a differenza dei sistemi di controllo "diffuso" – i giudici comuni non hanno il potere di disapplicare direttamente, in base alla propria autorità, le leggi che ritengono incostituzionali. In questi sistemi è

possibile (se non, addirittura, necessario) che il giudice sollevi davanti alla Corte la (pregiudiziale) questione di costituzionalità della legge (c.d. controllo “accentrato” e “incidentale” di costituzionalità) dopo aver individuato la norma che ritenga incostituzionale (o di dubbia costituzionalità), ossia dopo aver interpretato l'enunciato legislativo. Ora, in questa necessaria attività interpretativa può rientrare *anche* la interpretazione “adeguatrice” o “conforme” a Costituzione che eviti di sollevare, con riferimento alla norma individuata, la questione di costituzionalità e di applicare quindi in giudizio la norma medesima?

La risposta positiva a tale quesito discende da due principali ragioni: dalla libertà interpretativa di ogni giudice (artt. 101 cpv. e 54 al. Cost.); e dal fatto incontestabile che la “superiorità” o “condizionalità” della Costituzione rispetto alla legislazione *implica*, di per sé, anche la interpretazione sistematica della seconda alla luce della prima.

3. “Superiorità” e “condizionalità” della Costituzione rispetto alla legislazione e giustificazione della “richiesta” di interpretazione conforme a Costituzione

La “superiorità” e “condizionalità” della Costituzione rispetto alla legislazione *non si risolve esclusivamente in una relazione di validità-invalidità*, proprio perché le disposizioni normative prodotte dalle fonti diventano norme solo a seguito della interpretazione degli enunciati linguistici prodotti dal legislatore. *Se non c'è ancora la norma non si può discutere di validità-invalidità*. È la norma, non la disposizione legislativa *ut sic*, che può essere valida o invalida (conforme o disforme dalla norma costituzionale). *L'interpretazione precede logicamente la (compiuta) formazione della norma*. E la giurisprudenza costituzionale ha inverato questo assunto con l'adozione di sentenze “interpretative” (di rigetto o di accoglimento della questione di costituzionalità) che (rispettivamente) salvano o colpiscono le norme, anche indipendentemente dalle disposizioni.

Esemplare è la sentenza n. 84 del 1996 della Corte costituzionale per la rappresentazione del fenomeno: la disposizione «costituisce il necessario veicolo di accesso della norma al giudizio della Corte, che *si svolge sulla norma* quale oggetto del raffronto con il contenuto precettivo del parametro costituzionale e rappresenta poi parimenti il tramite di trasferimento nell'ordinamento della valutazione così operata, a seguito di tale raffronto, dalla Corte medesima, la quale quindi *giudica su norme*,

ma *pronuncia su disposizioni*». Se la disposizione è *obiectum affectum* (da *afficere*) del giudizio, la norma ne è l'*obiectum effectum* (da *efficere*).

La precedenza logica della interpretazione rispetto alla (compiuta) formazione della norma e quindi rispetto all'applicazione di quest'ultima (che pur, a sua volta, la condiziona), è nitidamente colta da chi, giustificando la prassi della interpretazione della legge in senso conforme a Costituzione, esclude che in tal modo il giudice-interprete invada il ruolo del Tribunale costituzionale: «l'interpretazione è momento distinto (anche se condizionato) da quello dell'applicazione, ponendosi come logicamente prioritario», tant'è che «l'interpretazione (...) può prevenire l'insorgenza dell'antinomia [tra enunciato normativo e la norma superiore o condizionante], che dunque si avrebbe sempre, propriamente, tra norme (tra significati) e non già tra disposizioni (tra testi)»¹. Così che l'interpretazione conforme a Costituzione non può «confondersi con la disapplicazione, fenomeno quest'ultimo che presuppone appunto l'insorgenza di un'antinomia tra norme». Ne discende pianamente la giustificazione del fatto che «le Corti si rifiutano di dichiarare l'incostituzionalità di testi normativi che sono suscettibili di interpretazioni conformi a Costituzione, chiedendo anzi che siano direttamente i giudici a ricercare siffatte soluzioni ermeneutiche»². Icasticamente è stato ben detto che «l'*incostituzionalità* è il fallimento dell'interpretazione e la *dichiarazione* d'incostituzionalità è in funzione del successo dell'interpretazione»³, nel preciso senso che «il "fallimento dell'interpretazione" si ha quando non è possibile trovare nell'ordinamento, così com'è, una norma idonea a rispondere alle aspettative costituzionali di regolazione del caso»⁴. Poiché l'onere di interpretazione conforme è «di tipo procedurale», «nel caso di fallimento del tentativo di interpretazione conforme, *esiste sempre un altro strumento, una diversa misura*, per rimediare alla sovrapposizione dei due piani normativi eterogenei che ormai si sono dimostrati inconciliabili»⁵: appunto, la dichiarazione d'incostituzionalità.

¹ M. RUOTOLO, *La Cassazione penale e l'interpretazione delle disposizioni sulla custodia cautelare in carcere alla luce del principio del minore sacrificio della libertà personale*, 2013, ora in *Interpretare. Nel segno della Costituzione*, Napoli 2014, 123.

² *Ibidem*. E già G. ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia*, Bologna 2008, 259-260.

³ G. ZAGREBELSKY, *La legge*, cit., 258.

⁴ *Ibidem*, 257-258.

⁵ E. LAMARQUE, *I giudici italiani e l'interpretazione conforme al diritto dell'Unione europea e alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in AA.VV., *Dove va il sistema italiano accentrato di controllo di costituzionalità?* (a cura di L. Cappuccio, E. Lamarque), Napoli 2013, 255-256, (corsivi miei).

In sintesi, se la ragion d'essere del modello accentrato (e incidentale) di controllo di costituzionalità delle leggi sta nella maggior certezza del diritto conseguibile a traverso la generalità (effetti *erga omnes* della dichiarazione d'incostituzionalità) e incisività (inapplicabilità in giudizio delle norme dichiarate incostituzionali), non vi è alcuna incompatibilità tra il su detto modello e l'interpretazione conforme a Costituzione praticata (e sollecitata da parte della stessa Corte costituzionale) dai giudici al fine di riuscire ad ottenere una normativa applicabile in giudizio che sia conforme a Costituzione, ovvero di fallire in questo tentativo di richiedere al giudice costituzionale di saggiare la validità-invalidità (conformità-disformità) della normativa applicabile al caso. Come è stato pure ben detto, «la dottrina dell'interpretazione conforme non invade la sfera di competenza della Corte costituzionale: il giudice ordinario che sceglie una determinata interpretazione della legge, al fine di assicurare la sua conformità con la Costituzione, non disapplica né dichiara invalida nessuna legge. Si limita a interpretarla; cosa che ha sempre potuto fare. La dichiarazione di incostituzionalità, che incombe esclusivamente alla Corte costituzionale, si produce solo se il giudice non riesce nel tentativo di interpretazione conforme, che è un passo precedente al giudizio di validità»⁶.

4. *L'interpretazione conforme come interpretazione sistematica*

L'interpretazione conforme non comporta, di per sé, la disapplicazione della legge, poiché, in quanto rivolta alla determinazione e individuazione della norma, spettante ad ogni giudice, è logicamente anteriore alla possibile antinomia tra norma legislativa e principio o norma costituzionale, antinomia risolvibile dalla sola Corte costituzionale.

Ora, se, come è generalmente riconosciuto, «il principio dell'interpretazione conforme a Costituzione si radica in due esigenze fondamentali dello Stato costituzionale di diritto: *a*) far penetrare la Costituzione in profondità nell'ordinamento; *b*) armonizzare due distinte sfere della legalità (quella legale e quella costituzionale) che si sono sviluppate intrecciandosi e non risolvendosi compiutamente l'una nell'altra, a causa del passaggio dello Stato di diritto (fondato sul primato della legge) allo Stato costituzionale di diritto (fondato sul primato della Costituzione ri-

⁶ V. FERRERES COMELLA, *Commento*, in AA.Vv., *Dove va il sistema*, cit., 316.

gida assistito dal sindacato di costituzionalità sulle leggi)»⁷, esigenze di certo non eludibili, che giustificano pienamente il principio, si pone però il problema di stabilire se l'interpretazione conforme sia una (naturale) manifestazione dell'interpretazione sistematica o se non presenti caratteristiche tali da farla assorgere ad una «modalità speciale»⁸.

La “specialità” della interpretazione conforme sarebbe dovuta sia alla «discutibilità» (nel senso di “indeterminatezza”) della Costituzione, sia alla sua «rigidità» (che comporterebbe una notevole difficoltà di modifica). Conseguentemente, poiché al giudice non è dato di «ricostruire» le leggi, per riparare i difetti costituzionali nei casi in cui la non applicazione pura e semplice di una legge incostituzionale comporti un'inaccettabile lacuna», cosa che è possibile soltanto alla Corte, si avanza «una proposta *de lege ferenda* (o, meglio, *de constitutione ferenda*», tale da modificare «in parte il modello centralizzato di giustizia costituzionale, nel senso di consentire al giudice non solo 'interpretare', ma anche di 'disapplicare' e (se del caso) 'ricostruire' la legge, in quei casi (eccezionali), in cui è evidente, alla luce della giurisprudenza della Corte costituzionale, quali sono i criteri che derivano dalla Costituzione».

Non si può negare che si tratti di una proposta interessante – pur restando da vedere se essa possa essere accettata in via pretoria dalla stessa Corte costituzionale o se richieda l'intervento del legislatore costituzionale – ma non vi è dubbio che essa incontri l'obiezione secondo la quale non sempre è evidente, ed è anzi difficile sapere, quando una giurisprudenza costituzionale in una determinata materia sia chiara e indiscutibile. È l'obiezione che muove la teoria, secondo la quale l'interpretazione conforme non presenta alcuna speciale caratteristica che la distingue dall'interpretazione sistematica, sul presupposto, difficilmente discutibile, che Costituzione e legislazione costituiscono un unico, indivisibile, sistema. Se «le disposizioni legislative devono essere interpretate, nel loro complesso, e mai isolatamente, nella loro portata testuale o letterale», e se

⁷ M. LUCIANI, *Funzioni e responsabilità della giurisdizione. Una vicenda italiana (e non solo)*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 5, 2012, 3833. Si noti però che proprio l'esigenza di armonizzare le “due distinte sfere di legalità” conduce a ritenere «non (...) più sostenibile la dottrina, avanzata in un primo tempo, anche alla luce degli intendimenti espressi dal legislatore costituente, che separava nettamente i campi: da un lato, la legge e la giurisdizione comune, con al vertice i poteri interpretativi della Corte di Cassazione; dall'altro, la Costituzione e la giurisdizione costituzionale» (G. ZAGREBELSKY, *La legge*, cit., 259-260).

⁸ V. FERRERES COMELLA, *Commento*, cit., 316 e ss.

«tra i vari significati possibili, l'interprete deve preferire quello che meglio si concili con il sistema, con il contesto normativo nel quale si inserisce»⁹, al fine di rendere «coerente» l'ordinamento, allora «l'interpretazione della legge in senso conforme a Costituzione (specie ove quest'ultima abbia i caratteri della rigidità) ha proprio questo obiettivo: assicurare la coerenza dell'ordinamento, la quale (...) «deve essere ormai cercata sul piano costituzionale»»¹⁰. In questo modo la Costituzione stessa, «la Costituzione repubblicana» si erge a «fondamento di una «nuova teoria dell'interpretazione» dei testi normativi»¹¹. In particolare, «l'argomento della conformità a Costituzione si accompagna ormai a quello letterale e logico-sistematico, di cui peraltro potrebbe essere considerato una variante, concorrendo con essi nell'opera di determinazione del significato da attribuire alla disposizione legislativa»¹². E, «se si considera l'argomento della conformità a Costituzione come un aspetto di quello logico-sistematico, si dovrà comunque concludere che «la legislazione ordinaria non fa sistema in sé medesima, bensì con la normativa costituzionale»»¹³. Poiché la regola della interpretazione adeguatrice deriva «direttamente dalla struttura dell'ordinamento vigente»¹⁴, non è consentito fare interpretazione adeguatrice interpretando la Costituzione in modo conforme alla legge, bensì viceversa¹⁵.

5. Il problema dei limiti dell'interpretazione conforme

Secondo la teoria che riconduce l'interpretazione conforme a Costituzione nell'ambito dell'interpretazione sistematica, il problema che si pone riguarda però i limiti che incontra (deve incontrare) questo tipo di

⁹ M. RUOTOLO, *La Cassazione penale*, cit., 121.

¹⁰ *Ibidem*, 122, e ivi citato, per quest'ultima espressione, L. PALADIN, *Le fonti del diritto italiano*, Bologna 1996, 109 s.

¹¹ M. RUOTOLO, *L'incidenza della Costituzione repubblicana sulla lettura dell'art. 12 delle preleggi*, 2012, ora in *Interpretare*, cit., 25, che ne sviluppa riccamente a seguire le implicazioni: 25-36.

¹² *Ibidem*, 122, e ivi citato F. MODUGNO, *Metodi ermeneutici e diritto costituzionale*, 2006, ora in *Scritti sull'interpretazione costituzionale*, Napoli 2008, 68, 79.

¹³ M. RUOTOLO, *L'incidenza*, cit., 32, e ivi citato F. MODUGNO, *Metodi*, cit., 68.

¹⁴ G. ZAGREBELSKY, *Manuale di diritto costituzionale*, I, *Il sistema delle fonti del diritto*, rist. agg., Torino 1991, 75.

¹⁵ Cfr. E. DICIOTTI, *Interpretazione della legge e discorso razionale*, Torino 1998, 429, 450.

interpretazione, dal momento che «l'opera di attribuzione di significato» deve pur sempre «essere compatibile con l'orizzonte di senso che il testo è in grado di esprimere (il cavallo non può diventare albero!)»¹⁶. E si tratta di «un problema generale – non specifico dell'interpretazione conforme a Costituzione – che attiene ai limiti dell'utilizzo dell'argomento sistematico e anche analogico»¹⁷.

Il limite, in generale, della interpretazione conforme s'identificherebbe, insomma, «con l'orizzonte di senso che il testo è in grado di esprimere»¹⁸: una formula felice, ma non certo priva di problematicità, dal momento che il sintagma «non presenta la rigidità che usualmente si intende conferirgli», poiché – si riconosce – «la stessa valutazione sulle “possibili” interpretazioni del testo normativo è (...) condizionata da una serie di considerazioni (contesto normativo e sociale, in alcuni casi incidenza del progresso scientifico, tecnologico, ecc.) tra le quali, forse prioritariamente, l'esistenza di pregresse pronunce, specie costituzionali, che siano in grado di orientare la scelta per la soluzione ermeneutica da preferire»¹⁹. In altri termini, nell'interpretazione sistematico-conforme concorrono gli argomenti della c.d. interpretazione teleologico-evolutiva²⁰ e della c.d. interpretazione autoritativa.

¹⁶ M. RUOTOLO, *La Cassazione penale*, cit., 123-124. Da parte sua, M. LUCIANI, *Funzioni*, cit., 3833 s. denuncia «l'anomala applicazione del principio dell'interpretazione conforme» e in particolare la sua applicazione «in forma via via più rigida» al punto che «la Corte costituzionale ha addirittura dichiarato l'inammissibilità (manifesta!) delle *quaestiones de legitimitate* che il giudice remittente aveva sollevato senza esperire sino in fondo la possibilità di una lettura delle disposizioni censurate tale da postularne l'armonia con le norme costituzionali», con la conseguenza che «i giudici comuni, per evitare il rischio dello “schiaffo” della declaratoria di inammissibilità, sono stati indotti a leggere nelle disposizioni da applicare anche quel che non c'era, purché la Costituzione avesse voluto che vi fosse» (corsivo mio).

¹⁷ M. RUOTOLO, *La Cassazione penale*, cit., 124.

¹⁸ *Ibidem*, 123.

¹⁹ *Ibidem*, 125.

²⁰ Si noti che «l'uso del metodo sistematico e del metodo teleologico, nella misura in cui i due metodi sfumano l'uno nell'altro, tende a sganciare la legge dalla sua componente meramente testuale, rendendola un sistema tendenzialmente, ma mai perfettamente, armonico di regole e principi» (E. DICIOTTI, *Interpretazione*, cit., 449), e che «un sistema di questo genere dipende in una certa misura dai giudizi di valore di colui che lo elabora; per questa ragione vari sistemi alternativi di questo genere possono essere elaborati sulla base di giudizi di valore differenti, venendo a costituire la base per differenti decisioni giudiziali relative a casi concreti» (*Ibidem*, 450).

5.1. Sul c.d. limite testuale (in generale)

Ora, sul significato da attribuire al c.d. limite testuale, troppo spesso invocato dalla dottrina e, talora, dalla stessa giurisprudenza costituzionale, occorre cercare di fare chiarezza.

Il limite testuale, se inteso nel senso di giustificare la sola interpretazione c.d. dichiarativa o letterale, escluderebbe ogni altro argomento ermeneutico, ossia una qualsiasi interpretazione c.d. correttiva o integrativa del testo; ciò che però, in via generale, è escluso dallo stesso art. 12 disp. prel. che affianca e, in ogni senso, contrappone, in via alternativa, al criterio della interpretazione letterale ogni argomento ispirato alla c.d. intenzione del legislatore (e quindi alla *ratio legis*). Si noti poi che la stessa interpretazione sistematica è variamente modulabile: è (già) sistematica sia l'interpretazione endo-testuale (praticabile all'interno dello stesso testo, come prescrive l'art. 12 al. disp. prel.: «senso (...) fatto palese dal significato proprio delle parole secondo la connessione di esse»), sia l'interpretazione inter-testuale (tra diversi testi normativi) richiesta dalla unità-coerenza del c.d. diritto oggettivo, sia l'interpretazione condizionata dalla superiorità (condizionalità) di altro testo (per es. il testo della Costituzione), indipendentemente dalle tesi che riconducono questo terzo tipo al precedente.

L'interpretazione conforme a Costituzione – in quanto tale – appartiene a quest'ultima categoria ed è, per ciò stesso, un'interpretazione inter-testuale, in cui i testi da confrontare ed eventualmente da adeguare sono costituiti da disposizioni condizionanti e da disposizioni condizionate²¹. Ne discende – pianamente – che la disposizione condizionata, quanto alla validità, dalla condizionante è altresì, prima ancora, condizionata, quanto all'interpretazione, dalla medesima, così che *la norma risulta dalla necessaria interpretazione congiunta di ambe le disposizioni. Post interpretationem*; dopo l'interpretazione conforme, da due (o più) disposizioni risulta insomma una sola norma (o normativa, che dir si voglia). La norma giuridica è sempre quella che risulta *post interpretationem*; e quindi anche *dopo aver praticato l'interpretazione conforme*: la

²¹ Sul diverso fondamento dell'argomento della conformità ai principi del diritto, secondo che si tratti di principi costituzionali e di principi non costituzionali, v. E. DI CIOTTI, *Interpretazione*, cit., 318 s.; e sulla differenza tra principi generali e principi tratti direttamente da (alcune) disposizioni poste da un potere costitutivamente superiore al potere legislativo, *ibidem*, 450.

norma legislativa è quella che risulta dalla disposizione interpretata alla luce della disposizione (o del principio) costituzionale.

Non ha perciò alcun senso sostenere che l'interpretazione conforme sia, in generale, limitata dalla c.d. interpretazione letterale: tanto varrebbe negare, in teoria del diritto e dell'interpretazione, ogni interpretazione dissociativa, restrittiva, estensiva o correttiva delle disposizioni legislative. E non si comprende perché mai ciò che non può valere per la normale interpretazione dei testi legislativi debba valere invece per l'interpretazione conforme a Costituzione.

Tra i limiti dell'interpretazione conforme non potrà mai – in linea di principio – essere invocato il limite testuale, perché l'interpretazione letterale o testuale, se è (dev'essere) interpretazione *prima facie*, non esaurisce le possibilità ermeneutiche, ovverosia l'interpretazione *tutto considerato*; e in questo “tutto” ovviamente non può non ricomprendersi la norma (o il principio) costituzionale. Del resto, «al criterio letterale ci si appiglia solo quando il risultato dell'interpretazione letterale, per altri motivi, è *già risultato* convincente»²².

Di qui non si esce. La norma giuridica applicabile al caso concreto è quella che risulta dalla *duplex interpretatio* della disposizione legislativa e della disposizione costituzionale, e *solo successivamente* potrà eventualmente, in caso di irresolubile antinomia, essere sottoposta al controllo di conformità del tribunale costituzionale. Se l'interpretazione conforme riesce, allora non si avranno più due norme in conflitto, ma una sola norma.

5.2. Sulle “ragioni” a favore del c.d. limite testuale

Notevole parte della dottrina²³ è tuttavia convinta che l'argomento

²² G. ZAGREBELSKY, *La legge*, cit., 239; e sulla «lettera ingannatrice» v. *ibidem*, 240 ss.

²³ V. per es. G. SORRENTI, *L'interpretazione conforme a Costituzione*, Milano 2006, 118, 172 s., 286 e *passim*; ID., *La Costituzione “sottintesa”*, in AA.VV., *Corte costituzionale, giudici comuni e interpretazioni adeguatrici*, Milano 2010, 88; R. ROMBOLI, *Qualcosa di nuovo... anzi d'antico: la contesa sull'interpretazione conforme della legge*, 2006, ora in AA.VV., *La giustizia costituzionale fra memoria e prospettiva. A cinquant'anni dalla prima sentenza della Corte costituzionale*, (a cura di P. Carnevale, C. Colapietro), Torino 2008, 121 ss.; M. LUCIANI, *Le funzioni sistemiche della Corte costituzionale, oggi, e l'interpretazione “conforme”*, in *www.federalismi.it*, V, 6.8.2007, § 5.1., ed ivi l'osservazione che «per quanto i significati normativi di una disposizione di legge possano essere “adeguati” alla Costituzione, l'opera di “adeguamento” non può essere condotta sino al punto di leggere

dell'interpretazione conforme a Costituzione incontri il limite invalicabile del tenore testuale della disposizione legislativa, della *littera legis*. E questo sostanzialmente perché «anche oggi, dopo tanti anni durante i quali il canone ha trovato costante applicazione», può sorgere «il dubbio che questo tipo di interpretazione rappresenti talvolta una sostituzione *de facto* della norma tratta dalla legge con una norma escogitata dal giudice»²⁴.

Una ingegnosa ricostruzione è stata in proposito avanzata, basata sul parallelo fra il limite della interpretazione autentica resa dal legislatore e il limite della interpretazione conforme del giudice. Nell'esercizio dell'attività ermeneutica «giudice e legislatore (...) incontrano i medesimi limiti. Anzi. Se il legislatore, nell'interpretare "se stesso" deve limitarsi a cogliere il senso della disposizione interpretanda, senza poter irragionevolmente oltrepassare il limite testuale, *a fortiori*, il giudice, nell'interpretare la disposizione del legislatore deve necessariamente rispettare *i rigidi confini della cornice testuale*»²⁵. Se non che, l'ingegnoso parallelo non chiarisce in qual senso deve intendersi il c.d. limite testuale. Fondandosi sulla dottrina enunciata dalla giurisprudenza costituzionale (a partire dalla sent. n. 155 del 1990), secondo la quale le disposizioni contenute nella legge interpretativa, per essere effettivamente interpretativa, debbono essere «obiettivamente dirette a chiarire il senso di norme preesistenti ovvero a escludere o a enucleare uno dei sensi fra quelli ragionevolmente ascrivibili alla norma interpretata» in modo «tale che il sopravvenire della norma [*rectius*: disposizione] interpretata non fa venir meno la norma [*rectius*: la disposizione] interpretata, ma l'una e l'altra *si saldano* fra loro dando luogo ad un precetto normativo unitario» (sent. n. 132 del 2008; corsivo mio; e precedentemente sentt. n. 155 del 1990, n. 455 del 1992, n. 424 del 1993, n. 94 e n. 311 del 1995), il segno della interpretatività della operazione è colto nella *coesistenza* della disposizione oggetto di interpretazione e della disposizione interpretativa. Ciò che si verifica anche in qualsiasi interpretazione giudiziale che renda conforme l'una all'altra disposizione, in cui cioè l'enunciato interpretativo si ag-

nella disposizione quel che non c'è, anche quando la Costituzione vorrebbe che ci fosse». V. anche *supra* nota 16.

²⁴ R. BIN, *A discrezione del giudice. Ordine e disordine, una prospettiva "quantistica"*, Milano 2013, 51 e ivi citato L. KUHLEN, *Die verfassungskonforme Auslegung von Strafgesetzen*, Heidelberg 2006, 11.

²⁵ G. PISTORIO, *I "limiti" all'interpretazione conforme: cenni su un problema aperto*, in *Rivista AIC*, 2, 2011 (corsivo mio).

giunge al (coesiste col) testo normativo interpretato e, certo, non lo sostituisce o lo cancella.

Piuttosto, è stato di recente rilevato che «oggi, la stessa giurisprudenza costituzionale pare ferma nell'affermare il vincolo al testo come limite al canone stesso»²⁶. Ma è proprio così? Vi sono effettivamente sentenze costituzionali che sembrano deporre in tal senso. Già la sentenza n. 341 del 2006 rileva che «la disposizione impugnata non consente interpretazioni conformi a Costituzione per la perentoria chiarezza della sua formulazione»; così pure la sent. n. 219 del 2008 parla di «lettera della disposizione *sub iudice*» e, analogamente, la sent. n. 110 del 2012 parla di «lettera della norma impugnata, il cui significato non può essere validato neppure per mezzo dell'interpretazione costituzionalmente conforme», la quale «non consente in via interpretativa di conseguire l'effetto che solo una pronuncia di illegittimità costituzionale può produrre». E, ancora, la sent. n. 28 del 2010 asserisce che «l'interpretazione conforme proposta non è però plausibile, in quanto contraddice ciò che chiaramente emerge dal testo della disposizione censurata». Più significativa, nella sua esplicita affermazione, sembra la sent. n. 26 del 2010, secondo la quale «l'univoco tenore della norma [*rectius*: della disposizione] segna il confine in presenza del quale il tentativo di interpretazione deve cedere il passo al sindacato di legittimità costituzionale» (parentesi mia): appunto, *l'univoco tenore*, ossia la concordanza degli interpreti sul significato della disposizione, *univocità che è frutto e non presupposto dell'interpretazione*. E se tale «univocità» è raggiunta, *post interpretationem*, è ovvio – anzi è doveroso da parte del giudice – affidarsi al sindacato di costituzionalità.

D'altra parte non mancano decisioni costituzionali (per es. sentt. n. 394 del 1995; n. 343 del 2006) nelle quali, come è stato esattamente rilevato²⁷, «la Corte sembra suggerire al giudice un'interpretazione spesso poco conciliabile con la lettera della legge, anche in ipotesi in cui questo si sia espressamente pronunciato nel senso dell'impraticabilità di tale lettura, proprio in quanto non consentita dal tenore letterale della disposizione impugnata», sull'evidente presupposto che l'univocità dell'interpretazione è un fatto oggettivo (da verificare) e non soggettivo (da cui muovere). E più direttamente, a fronte della impossibilità, «per insupe-

²⁶ G. SORRENTI, *La Corte di Cassazione e l'adeguamento delle norme del c.p.c. alla ragionevole durata del processo*, 2013, in AA.Vv., *Dove va il sistema*, cit., 70.

²⁷ Da R. ROMBOLI, citato da G. PISTORIO, *I "limiti"*, cit., 11, nota 63.

rabili barriere testuali», di «individuare una interpretazione conforme» (sent. n. 356 del 1996), la Corte ha avuto modo di precisare che «la conformità a Costituzione dell'interpretazione giudiziale *non* può peraltro *limitarsi ad una comparazione testuale e meramente letterale* tra la disposizione legislativa da interpretare e la norma costituzionale di riferimento» (corsivo mio), perché «la Costituzione è fatta soprattutto di principi e questi ultimi sono in stretto collegamento tra loro, bilanciandosi vicendevolmente, di modo che la valutazione di conformità alla Costituzione stessa deve essere operata con riferimento al sistema, e non a singole norme isolatamente considerate» (sent. n. 1 del 2013), arrivando ad affermare, forse con qualche esagerazione, che «l'interpretazione meramente letterale delle disposizioni normative, *metodo primitivo sempre*, lo è ancor di più se oggetto della ricostruzione ermeneutica sono le disposizioni costituzionali, che contengono norme basate su principi fondamentali indispensabili per il regolare funzionamento delle istituzioni» (n. 10; corsivo mio). Analogamente, nella ordinanza n. 191 del 2013, la Corte afferma che «la “vivenza” della norma» è «una vicenda per definizione aperta, ancor più quando si tratti di adeguare il significato a precetti costituzionali», sicché «ad una adeguata operazione ermeneutica non è estranea, fra l'altro, l'evoluzione dell'ordinamento giuridico. La norma, infatti, non rimane cristallizzata ma partecipa delle complesse dinamiche che nel tempo investono le fonti del diritto a livello nazionale e sovranazionale, che l'interprete deve necessariamente prendere in esame, al fine di preservare attualità ed effettività delle tutele, in particolare sotto il profilo del corretto bilanciamento degli interessi presi in considerazione» (sent. n. 51 del 2014)²⁸.

Ora, data l'ondivaga tendenza della giurisprudenza costituzionale, non si riesce a cogliere, in quelle decisioni che pur indicano il limite testuale all'interpretazione conforme, una vera e propria controtendenza, ma soltanto la convinzione che esista (e non possa non esistere) all'interno del modello centralizzato del controllo di costituzionalità una

²⁸ La sentenza ha concluso per l'infondatezza della *quaestio* per mancato esperimento dell'interpretazione conforme da parte del giudice *a quo*, affermando che, in considerazione dell'attuale stato del sistema disciplinare, con «riferimento al caso di improcedibilità dell'azione in forza di estinzione del reato per prescrizione, sussiste l'esigenza che il *dies a quo* per l'amministrazione decorra dalla conoscenza effettiva» e non dalla «pubblicazione» o dalla «notificazione», di cui alla disposizione di legge, ai quali termini il giudice *a quo* avrebbe dovuto sostituire il sintagma «effettiva conoscenza», valicando manifestamente la *littera legis*.

«linea di confine che separa la mera ‘interpretazione’ della legge dalla sua ‘disapplicazione’ e (se del caso) ‘sostituzione’ con un’altra compatibile con la Costituzione»²⁹.

Se l’interpretazione conforme risulta possibile, ossia se dal confronto tra la disposizione legislativa e quella costituzionale risulta una sola normativa applicabile al caso concreto, a parere del giudice, si spiega perfettamente l’indirizzo della giurisprudenza costituzionale volto a sollecitare il giudice comune all’opera di collaborazione interpretativa³⁰, adoprando tutti i possibili argomenti ermeneutici, prima di sollevare la questione di costituzionalità.

5.3. *Il superamento del limite della interpretazione conforme*

Se non è il limite letterale, quale limite circoscrive o si oppone all’interpretazione conforme a Costituzione? In altri termini, quando può dirsi che l’interpretazione conforme abbia superato il suo limite “naturale”, dato che l’interpretazione non è libera e incondizionata creazione di diritto?

La risposta è agevole: quando, nel suo libero convincimento, il giudice *non* reputi *possibile* desumere da (o proporre per) un testo legislativo una norma conforme a Costituzione e, *al tempo stesso*, ometta di *sollevare* davanti alla Corte la questione di costituzionalità. In altri termini: quando si applica una norma di dubbia (improbabile) costituzionalità e non quando si riesce a desumere da (o proporre per) un testo legislativo in combinazione con le norme (o con i principi) costituzionali una norma (o una normativa) che, per ciò stesso, si reputa costituzionalmente adeguata³¹. Vero è che l’interpretazione conforme assicura giustizia solo per il caso singolo, mentre soltanto la dichiarazione d’incostituzionalità po-

²⁹ V. FERRERES COMELLA, *Commento*, cit., 319.

³⁰ Parla, con felice formula, di «sindacato di costituzionalità accentrato-collaborativo» E. LAMARQUE, *Prove generali di sindacato di costituzionalità accentrato-collaborativo*, in *Studi in onore di Franco Modugno*, Napoli 2011, III; ID., *Corte costituzionale e giudici nell’Italia repubblicana*, Roma-Bari 2012.

³¹ In base a questo assunto la migliore dottrina ha sostenuto che «ove ad essere in gioco è un diritto costituzionalmente garantito (...) obiettivo della critica (...) debba essere, prioritariamente, non già l’interpretazione conforme a Costituzione ma *la mancata interpretazione conforme non accompagnata da sollevazione di questione di costituzionalità*», poiché, «se (...) il giudice non ritiene possibile l’interpretazione conforme e non solleva la questione di costituzionalità, la tutela del diritto in generale e nel caso specifico sarà sacrificata» (M. RUOTOLO, *La Cassazione*, cit., 128-129).

trebbe assicurare la c.d. “certezza del diritto”. Tuttavia non può negarsi il vantaggio reso dalla immediatezza della tutela del diritto (e dall'esigenza della ragionevole durata del processo costituzionalmente garantita: art. 111 cpv. Cost.), soprattutto «in quei casi in cui l'atteso esito del giudizio di costituzionalità debba ritenersi scontato alla luce dei precedenti giurisprudenziali»³². All'osservazione, ricorrente, che «il giudice abbia l'obbligo di sollevare la questione non quando è convinto della incostituzionalità della norma, ma quando dubita della sua costituzionalità (ed anzi (...) quando ritiene ragionevole il dubbio espresso dalla parte che ha sollevato la questione)»³³, non è difficile replicare che, per ritenere irragionevole, «per escludere il dubbio, per dichiarare cioè la manifesta infondatezza della questione, è pur necessario un qualche accertamento interpretativo che, comunque sia, va compiuto; e che l'aver esperito tutti i mezzi interpretativi per “adeguare” il disposto legislativo alla norma costituzionale può sortire proprio l'effetto di “correggere” l'interpretazione dell'enunciato legislativo direttamente e senza indugio e incertezza proprio nel *sensu* auspicato dalla parte che ha sollevato nel giudizio c.d. principale la *quaestio legitimitatis*»³⁴.

Nel nostro sistema di giustizia costituzionale non si offrono alternative: o il giudice comune riesce nell'opera di interpretazione conforme, e allora la normativa di legge è immediatamente applicabile; o non riesce, e allora è possibile che solo la Corte la dichiari incostituzionale. Non si può tralasciare di ricordare che il nostro ordinamento – a differenza di altri – è ispirato ad un *principio di presunzione di legittimità costituzionale della legislazione*³⁵ e non offre la possibilità di un ricorso diretto dei cittadini alla Corte costituzionale³⁶. La mediazione del giudice comune è,

³² M. RUOTOLO, *La Cassazione*, cit., 130.

³³ G.U. RESCIGNO, *Interpretazione costituzionale e positivismo giuridico*, 2005, ora in AA.VV., *Interpretazione costituzionale* (a cura di G. Azzariti), Torino 2007, 21.

³⁴ F. MODUGNO, *Sulla specificità dell'interpretazione costituzionale*, 2008, in ID., *Scritti sull'interpretazione costituzionale*, Napoli 2008, 258.

³⁵ Su cui v. M. RUOTOLO, *Alcuni eccessi nell'uso della “interpretazione conforme a...”*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2007, 1222, secondo il quale la preferenza per l'interpretazione “adeguatrice” si basa sul principio della presunzione di legittimità costituzionale delle leggi, e proprio di quelle leggi che consentono di essere “interpretate” in senso costituzionalmente conforme, anche superando il significato che sembra immediatamente ricavabile dalla “lettera” che, in sé, in quanto tale, è sempre suscettibile di ambiguità, sempre aperta a diverse interpretazioni.

³⁶ Secondo R. CAPONI, “*Ciò che non fa la legge, lo fa il giudice, se capace*”: l'impatto costituzionale della giurisprudenza della Corte di Cassazione italiana, in *Annuario di diritto*

pertanto, non solo giuridicamente obbligatoria e imprescindibile, ma, proprio per questo, in essa è ricompresa – *naturaliter* – la possibilità di interpretare la legge da applicare in modo costituzionalmente adeguato.

Nessun limite materiale, dunque, all'interpretazione conforme a Costituzione purché si tratti di vera e propria interpretazione conforme (estensiva o restrittiva che sia, o, anche, teleologico-evolutiva). Il problema però sorge se l'estensione del dettato legislativo avvenga applicando il principio generale di analogia (p.g.a.). È possibile cioè estendere per analogia la disciplina legislativa di fattispecie ad altre fattispecie (non disciplinate) per renderla conforme a Costituzione?

6. Interpretazione conforme e analogia

Se le altre fattispecie non sono disciplinate da alcuna norma, si potrebbe applicare l'*argumentum e contrario* (in senso produttivo) e ritenerele, pertanto, "negativamente" disciplinate (ossia disciplinate in modo contrario) o invece sarebbe corretto, applicando il procedimento analogico, ritenerle comprese nella disciplina vigente per renderla conforme a Costituzione? La risposta positiva in questa seconda ipotesi renderebbe il procedimento analogico praticabile (e anzi dovuto) da parte del giudice comune indipendentemente da una qualsiasi pronuncia in merito della Corte costituzionale. Si avrebbe, cioè, non tanto interpretazione conforme, bensì, per così dire, *integrazione analogica conforme a Costituzione*, in quanto si estenda ad altre fattispecie simili a quella regolata una disciplina espressa che verte limitatamente su determinate fattispecie.

Quid, se invece le altre fattispecie sono puntualmente disciplinate da altrettante disposizioni legislative? Sarebbe ancor possibile che il giudice comune (indipendentemente da eventuali dichiarazioni di incostituzionalità) disapplichi la disciplina per esse vigente, in quanto incompatibile con norme e principi costituzionali? La risposta negativa, in linea di principio, sembra imporsi. Se le altre fattispecie sono espressamente disciplinate da altrettante disposizioni legislative (non dichiarate illegittime dalla Corte costituzionale) non si avrebbe neppure propriamente estensione analogica, perché il p.g.a. che, secondo la migliore dottrina³⁷, è norma

comparato e di studi legislativi, Napoli 2011, 226 s., il controllo accentratore di costituzionalità in Italia è segnato da questo «difetto».

³⁷ G. CARCATERRA, *Analogia (teoria generale)*, in *Enciclopedia giuridica*, 1988, 2.4.,

costitutiva integrativa, presuppone che la fattispecie non sia disciplinata (o che la Corte costituzionale, dichiarando incostituzionale la disciplina, non abbia creato essa stessa la lacuna); e si avrebbe pertanto, inammissibilmente, disapplicazione della disposizione legislativa vigente³⁸.

6.1. *Sulla vicenda delle “presunzioni assolute di adeguatezza della custodia cautelare in carcere per taluni delitti di particolare allarme sociale”*

Il principio che presiede alla materia è quello «secondo il quale il sistema cautelare deve informarsi al criterio del “minor sacrificio necessario”, che (...) porta a considerare la carcerazione preventiva come soluzione estrema, da praticare soltanto quando le “altre opzioni disponibili si rivelino insufficienti”»³⁹. Le deroghe al suddetto principio sono rappresentate dalle c.d. presunzioni assolute di adeguatezza della sola custodia cautelare in carcere (c.d. automatismo della misura) previste dall'art. 275, comma 3, secondo e terzo periodo, del cod. proc. pen., con riferimento alla sussistenza di «gravi indizi di colpevolezza» in ordine ad una serie di delitti. La Corte costituzionale ha riaffermato il principio del minor sacrificio necessario dichiarando incostituzionale la disposizione codicistica con riferimento ad una serie specifica di delitti (tra i quali la

3.6. Secondo un'altra acuta dottrina però «l'analogia non “colma una lacuna”, a meno che non si chiami “lacuna” il difetto di certezza; né può essere confusa, in linea di logica, con la cosiddetta interpretazione estensiva, perché questa non fa che rivelare l'identità imperfettamente espressa nel testo della legge; nell'ammettere come nell'escludere l'applicazione per analogia si cerca, non sempre consapevolmente, di correggere l'ingiustizia o l'iniquità della legge accettandone implicitamente il formalismo, con quella riserva che si è chiamata “presunzione di ragionevolezza” del *legis lator*. L'ermeneutica, con il suo “tecnicismo”, non disdegna affatto di porsi al servizio della giustizia e dell'equità, due aspirazioni a cui il senso comune non può restare sordo, non foss'altro perché emergenti sul suo stesso terreno» (A.E. CAMMARATA, *Formalismo giuridico*, in *Enciclopedia del diritto*, XVII, 1968, 1018: «Il problema che l'analogia è diretta a risolvere non consiste in una “lacuna” da “colmare”, quanto nel dubbio sulla prevalenza dell'identità o della differenza tra gli “estremi” di un “caso” che si assume già “regolato” e quelli del “caso” da regolare»).

³⁸ In questo senso, decisamente, M. RUOTOLO, *La Cassazione*, cit., 149; ed ivi citato L. CAIANI, *Analogia (teoria generale)*, in *Enciclopedia del diritto*, II, 1958, 349, secondo il quale la prima condizione necessaria perché si possa ricorrere all'analogia è «che manchi una norma positiva e vigente atta a qualificare direttamente un caso su cui il giudice sia chiamato a decidere». *Quid*, però, se la “lacuna” è creata da una dichiarazione d'incostituzionalità ed eventualmente “colmata” dalla Corte costituzionale con una sentenza additiva o sostitutiva?

³⁹ M. RUOTOLO, *La Cassazione*, cit., 142.

violenza sessuale e gli atti sessuali con minorenni) «nella parte in cui – nel prevedere che, quando sussistono gravi indizi di colpevolezza (...) è applicata la custodia cautelare in carcere, salvo che siano acquisiti elementi dai quali risultino che non sussistano esigenze cautelari – *non fa salva*, altresì, *l'ipotesi in cui siano acquisiti elementi specifici, in relazione al caso concreto, dai quali risulti che le esigenze cautelari possono essere soddisfatte con altre misure*» (sent. n. 265 del 2010; corsivo mio), secondo una formula ripetuta anche in decisioni relative ad altri delitti (sentt. n. 164 e 231 del 2011; n. 110 del 2012; n. 57 del 2013). La *ratio decidendi* è manifestamente la seguente: «la disciplina delle misure cautelari deve essere ispirata al criterio del “minore sacrificio necessario”; la compressione della libertà personale va contenuta, cioè, entro i limiti minimi indispensabili a soddisfare le esigenze cautelari del caso concreto»⁴⁰, sulla base dei principi di inviolabilità della libertà personale (art. 13 al. Cost.) e della presunzione di non colpevolezza (art. 27 cpv. Cost.).

Secondo un'acuta ricostruzione, «ferma restando la struttura additiva delle richiamate decisioni, queste producono un effetto “sostitutivo”, essendo le disposizioni [*rectius*: i diversi combinati disposti] dichiarate incostituzionali in quanto prevedono una presunzione “assoluta” di adeguatezza della custodia cautelare in carcere *anziché* una presunzione “relativa”, tale da implicare l'obbligo in capo al giudice di valutare, quando sussistano gravi indizi di colpevolezza, se siano stati acquisiti elementi specifici dai quali risulti che le esigenze cautelari possono essere soddisfatte con altre misure»⁴¹. Ora, poiché altre fattispecie di reato richiamate dall'art. 275, comma 3, cod. proc. pen. (tra le quali la violenza sessuale di gruppo) non sono state scrutinate dalla Corte, «potrebbero i giudici», indipendentemente da eventuali, probabili, successive dichiarazioni di incostituzionalità, «direttamente interpretare la disciplina vigente sul senso dell'esclusione dell'operatività della presunzione assoluta?»⁴².

Qui, è difficile negare che la giurisprudenza costituzionale sia sufficientemente *chiara e univoca*. Difatti la Corte di Cassazione, 3^a sez. penale (sent. n. 4377 del 2012) si è pronunciata a favore di questa possibilità, con riferimento alla violenza sessuale di gruppo, poiché dalla sentenza n. 265 del 2010 (relativa, tra l'altro, ai reati *simili* di violenza sessuale e di

⁴⁰ *Ibidem*, 144.

⁴¹ *Ibidem*, 145-146, (parentesi mia).

⁴² *Ibidem*, 146.

atti sessuali con minorenni) emerge «l'esistenza di *principi interpretativi direttamente applicabili* all'art. 275, terzo comma, cod. proc. pen. nella parte in cui disciplina il regime cautelare applicabile a persone raggiunte da gravi indizi di reato *ex art. 609-octies* cod. pen.», il quale presenta «caratteristiche essenziali non difformi» da quelle individuate per i reati di cui agli artt. 609-*bis* e 609-*quater* cod. pen. (rispettivamente: violenza sessuale e atti sessuali con minorenni). La conclusione, secondo la Cassazione, è nel senso che «nel caso in esame *l'unica interpretazione compatibile coi principi fissati dalla sentenza n. 265 del 2010 (...)* è quella che *estende* la possibilità per il giudice di applicare misure diverse dalla custodia carceraria anche agli indagati sottoposti a misura cautelare per il reato previsto dall'art. 609-*octies* cod. pen.» (corsivi miei).

La soluzione, indipendentemente dalle diverse e contrapposte “letture” della decisione della Cassazione, alcune giustificative sulla base dell'applicazione analogica⁴³ o dell'interpretazione sistematica⁴⁴, altre critiche soprattutto per ragioni di metodo⁴⁵, è stata sottoposta ad un sottile ragionamento critico per asserire che «la Corte di Cassazione ha qui oltrepassato i confini dell'interpretazione conforme a Costituzione»⁴⁶. Ma non già «in quanto non potesse in astratto estendere il principio enunciato dalla Corte costituzionale con riferimento a fattispecie non regolate, ma perché nella specie mancava quest'ultimo presupposto, ossia l'assenza di una “norma giuridica positiva e vigente atta a qualificare direttamente un caso su cui il giudice sia chiamato a decidere”. Quella norma c'è ed impone una presunzione “assoluta” senza contemplare l'eccezione relativa all'ipotesi in cui siano “acquisiti elementi specifici, in relazione al caso concreto, dai quali risulti che le esigenze cautelari possono essere soddisfatte con altre misure”»⁴⁷. Tutto ciò – lo si avverte – a meno di «ritenere, ovviamente, che la lacuna “creata” dalla Corte [costituzio-

⁴³ M. DOGLIANI, *Le norme prodotte dalle sentenze-legge possono essere applicate per analogia dal giudice ordinario?*, in *Rivista AIC*, n. 1/2012.

⁴⁴ P. GAETA, *Una legittima estensione dei principi della Consulta che ha provocato uno sgradevole sciocco mediatico*, in *Guida al diritto*, n. 11, 2012, 58 ss.

⁴⁵ M. CHIAVARIO, *Merito e metodo: a proposito di una recente sentenza pro libertate*, in *Rivista AIC*, n. 2/2012; G. SORRENTI, *La Corte di cassazione penale e l'illegittimità consequenziale delle leggi nella “seconda modernità”*, *ivi*, n. 4/2012.

⁴⁶ M. RUOTOLO, *La Cassazione*, cit., 149; ed *ivi* citato *Id.*, *Oltre i confini dell'interpretazione costituzionalmente conforme? A proposito della pronuncia della Cassazione sulla presunzione di adeguatezza della custodia cautelare in carcere per il delitto di violenza sessuale di gruppo*, in *Rivista AIC*, n. 2/2012.

⁴⁷ M. RUOTOLO, *La Cassazione*, cit., 149.

nale] trascenda lo specifico caso e si presti ad essere trattata alla stregua di una lacuna presente *ab origine* nel sistema. Ma si tratterebbe, a quel punto, di estendere in via analogica, ancor prima che l'addizione aperta della Corte, la stessa lacuna da quest'ultimo "creata"!>⁴⁸. È davvero impossibile?

Anzitutto, a parte il fatto che non è indiscutibile che l'analogia presupponga una lacuna (per giunta: originaria) da colmare⁴⁹, non bisogna dimenticare che l'interpretazione conforme è (una specie di) interpretazione sistematica e, nella specie, bensì dissociativa (le fattispecie comprese nelle decisioni costituzionali dalle fattispecie non ricomprese) ma che accomuna le une alle altre in quanto legate da somiglianza rilevante e quindi ricadenti sotto la medesima *ratio*, che la Corte ha dichiarato incostituzionale, una volta per tutte; e che l'interpretazione sistematica (nella specie rivolta ad adeguare la disposizione legislativa vigente al principio costituzionale, anche oltre il c.d. limite letterale dell'enunciato legislativo, ossia a determinare il significato preferibile dell'enunciato, cioè la norma applicabile al caso) si muove in una dimensione c.d. preanaloga⁵⁰, la quale, nella sua portata estensiva o restrittiva non presuppone affatto alcuna lacuna, ma consiste proprio nell'attribuzione di senso alla disposizione vigente (alla luce della sua *ratio*, anche conformemente ad un principio costituzionale). Si pensi, *per incidens*, all'uso che la giurisprudenza di gran lunga prevalente fa della interpretazione estensiva (distinguendola dall'analogia) proprio per "superare" (aggirare) il divieto di estensione analogica delle disposizioni penali. Con riguardo alla vicenda *de qua*, perfettamente cogliendo la portata della interpretazione sistematica, è stato detto che «l'ampliamento in *bonam partem*» operata dalla Cassazione penale non è che il frutto di «una generalizzazione ampiamente consentita, sotto un profilo logico, dal diverso contesto legislativo risultato dalle pronunce della Corte, che ampiamente confortavano una diversa lettura sistematica della norma stessa»⁵¹.

In secondo luogo, proprio perché le sentenze di accoglimento sostitutivo, come esattamente avverte la dottrina in esame⁵², «equivalgono sempre ad un accoglimento parziale accompagnato da addizione», esse producono anzitutto l'incostituzionalità della singola disposizione, ma,

⁴⁸ *Ibidem*, 150.

⁴⁹ Lo nega ad es. A.E. CAMMARATA, *Formalismo*, cit., 1018 (v. *supra*, nota 36).

⁵⁰ G. CARCATERRA, *Analogia*, cit., 2.3., 2.4.

⁵¹ P. GAETA, *Una legittima estensione*, cit., 62 s.

⁵² M. RUOTOLO, *La Cassazione*, cit., 150.

nella specie, per violazione di un principio costituzionale, tal che la norma da essa desumibile non c'è più, proprio perché retta da una *ratio* ormai espunta dall'ordinamento, ed è sostituita da una *ratio* differente, rispondente al principio costituzionale. È possibile leggere cioè le varie sentenze additive prima ricordate come altrettante *aggiuntive di principio* (ma sarebbe stata sufficiente anche una sola!) secondo le quali il principio (la *ratio*) delle c.d. presunzioni assolute è ormai espunto dall'ordinamento e sostituito dal principio (o corollario) delle c.d. presunzioni relative che richiede sempre, in tutti i casi, l'acquisizione di «elementi specifici, in relazione al caso concreto, dai quali risulti che le esigenze cautelari possono essere soddisfatte con altre misure».

Infine, se il nuovo principio costituzionale è quello affermato dalla Corte nella *ratio decidendi*, la disposizione dell'art. 275, comma 3, cod. proc. pen. va interpretata, in ogni sua articolazione e combinazione con (le) altre disposizioni (del codice penale) in modo coerente con il principio medesimo, prima ancora e indipendentemente da eventuali, successive e, *pour cause*, dotate di alto grado di probabilità, decisioni costituzionali aggiuntive con specifico riferimento alle altre disposizioni penali vertenti su fattispecie criminose ivi disciplinate e ancora non scrutinate.

Va riconosciuto peraltro che, a fini di certezza e di efficacia generale, la Corte costituzionale possa espressamente limitare l'utilizzo della interpretazione conforme, com'è precisamente accaduto nella vicenda con la sentenza n. 110 del 2012 (successiva a quella della Cassazione sulla violenza sessuale di gruppo). Ma non è affatto scontato poi che i giudici comuni (e principalmente la Cassazione) seguano l'indirizzo della Corte costituzionale (come ha fatto il Tribunale di Salerno che ha ritenuto non più possibile una interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 275 c.p.p.). Per le stesse ragioni per le quali la Corte costituzionale non poteva (e non può) imporre al giudice comune (e alla Cassazione in particolare) la propria interpretazione di una disposizione legislativa come interpretazione obbligata [ed è nota la tormentata vicenda relativa alla «questione del calcolo della durata massima dei termini di fase di custodia cautelare», culminata alla fine con la dichiarazione di incostituzionalità dell'art. 303, comma 2, cod. proc. pen. (sent. n. 299 del 2005), come voleva sin dall'inizio la Cassazione, disattendendo la interpretazione ripetutamente proposta e sostenuta dalla Corte costituzionale], per le stesse ragioni la Corte costituzionale non può impedire che il giudice comune possa praticare come che sia (anche perché lo richiede, in via generale, la stessa Corte costituzionale) l'interpretazione conforme. La

Corte costituzionale, non essendo una giurisdizione d'interpretazione (come è invece, ad es., la Corte di giustizia dell'Unione Europea), non può neppure svolgere una funzione nomofilattica o, ancor meno, dettare un indirizzo *sulla* interpretazione.

6.2. *Su altre vicende giurisprudenziali in cui la interpretazione conforme è stata sollecitata (pretesa) dalla Corte costituzionale*

Tutto ciò non toglie che sia sempre la Corte costituzionale (ma esclusivamente in sede di giudizio di costituzionalità che si concluda con una dichiarazione d'incostituzionalità, "secca", interpretativa, aggiuntiva o sostitutiva) a pronunciare *l'ultima parola*. Come nella appena ricordata vicenda del conflitto con la Cassazione sulla questione del calcolo della durata massima dei termini di custodia cautelare la partita si è chiusa con una pronuncia d'incostituzionalità additiva, in luogo della possibile (e ripetutamente auspicata dalla Corte costituzionale) interpretazione conforme non praticata dal giudice comune, così nella vicenda delle c.d. presunzioni assolute di adeguatezza della custodia cautelare in carcere l'affermazione del principio delle c.d. presunzioni relative si potrà stabilizzare definitivamente e a tutto campo con probabilissime pronunce additive, indipendentemente dall'uso giudiziario dell'interpretazione conforme. Ciò significa che quest'ultima rappresenta un *primo passo* verso *l'applicazione* (diretta) *di norme e principi costituzionali*, ma non una *preclusione all'intervento della Corte costituzionale* in sede di controllo sulla validità-invalidità della legge. L'interpretazione conforme, insomma, non esclude una successiva dichiarazione di incostituzionalità di quelle stesse disposizioni che pure siano già state da qualche giudice interpretativamente "conformate" a Costituzione. Tutto ruota, in definitiva, intorno alla precedente valutazione della Corte medesima circa il "preteso" obbligo per il giudice comune di praticare l'interpretazione conforme e i relativi "presunti" limiti.

A quest'ultimo proposito non si può non rilevare l'ambiguità di una giurisprudenza costituzionale persistentemente ondivaga tra l'affermazione delle conseguenze estreme tratte dall'inadempimento dell'obbligo di interpretazione giudiziale conforme (inammissibilità, talora addirittura manifesta, della sollevata questione di costituzionalità) e l'imposizione di limiti insuperabili per la medesima (come il c.d. limite letterale della disposizione legislativa in questione).

Vi sono infatti vicende in cui la Corte costituzionale ha *preteso* che il

giudice comune praticasse la interpretazione conforme anche superando il presunto limite della lettera della legge.

A parte il già ricordato recente esempio della sentenza n. 51 del 2014⁵³, si deve menzionare la pronuncia di inammissibilità della questione di costituzionalità relativa all'art. 219 cod. pen. (*Assegnazione a una casa di cura e di custodia*), «nella parte in cui non consente al giudice, nei casi ivi previsti, di adottare, in luogo del ricovero in casa di cura e custodia, una diversa misura di sicurezza, prevista dalla legge, idonea ad assicurare adeguate cure all'infermo di mente ed a far fronte alla sua pericolosità» (sent. n. 208 del 2009). L'inammissibilità è dovuta al fatto che, a seguito delle sentenze n. 253 del 2003 e n. 367 del 2004, «è presente nelle discipline sulle misure di sicurezza il principio secondo il quale si deve escludere l'automatismo che impone al giudice di disporre comunque la misura detentiva, anche quando una misura meno drastica si riveli capace, in concreto, di soddisfare contemporaneamente le esigenze di cura e tutela della persona interessata e di controllo della sua pericolosità sociale» (corsivo mio), misura quale potrebbe essere la libertà vigilata. Il superamento della lettera della legge è (anche qui) inevitabile: ai sintagmi «ricovero in ospedale psichiatrico giudiziale» (artt. 206 e 222 c.p.), «ricovero in casa di cura e custodia» (art. 219 c.p.) va sostituito il sintagma una «diversa misura di sicurezza, prevista dalla legge» (sentt. n. 253 del 2003 e n. 208 del 2009), ovvero «una misura di sicurezza non detentiva, prevista dalla legge» (sent. n. 367 del 2004).

Indipendentemente dalle posizioni dottrinarie favorevoli o contrarie all'uso della interpretazione conforme, con riferimento a questa vi-

⁵³ Su cui v. A. TURTURRO, *Su di un anacronismo legislativo accertato ma non dichiarato (e superato tramite una interpretazione conforme contra litteram legis)*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2014, 2, 1215 ss., il quale non solo dimostra che il limite rappresentato dal testo della legge «è stato valicato» dalla decisione costituzionale (1218), ma che, nella specie, «appare chiaro che l'interpretazione sistematica non può valere a confutare il significato attribuibile in prima battuta alla disposizione *de qua*» (1219). S'intende però che qui dell'interpretazione sistematica si prescelga una visione angusta (propria della sola interpretazione endosistematica), ossia che interpretazione sistematica sia soltanto quella riferita alla disposizione legislativa, in cui il sintagma «pubblicazione della sentenza» è inserito, e al decreto legislativo di cui la disposizione fa parte (disciplina del procedimento disciplinare nei confronti dei dipendenti pubblici), e non già con riferimento anche alle disposizioni costituzionali invocate (artt. 3 e 97 Cost.). E infatti la sentenza costituzionale lamenta esattamente che il giudice *a quo* «ritiene senz'altro la disposizione lesiva dei richiamati parametri costituzionali, e segnatamente del buon andamento della pubblica amministrazione, senza però utilizzare quegli stessi parametri per pervenire ad una diversa interpretazione del caso in questione».

cenda⁵⁴ è stato riassuntivamente detto «ciò che è certo è che si è ormai lontani dalla netta affermazione per cui l'autorità giurisdizionale (e, in specie, la Corte di cassazione) non può operare *reductiones ad legitimitatem* disapplicando la legge ritenuta incostituzionale, in quanto "l'efficacia della legge sta proprio nell'obbligo del giudice di applicarla al caso concreto che gli è sottoposto"»⁵⁵: la competenza della sola Corte costituzionale a dichiarare l'incostituzionalità delle leggi con efficacia *erga omnes* «si combina con il riconoscimento in capo al giudice comune di confermare le regole introdotte con sentenze costituzionali "manipolative", pure estendendole direttamente a disposizioni che riguardino fattispecie simili attraverso interpretazioni delle stesse orientate proprio dalla precedente pronuncia del giudice delle leggi (o meglio dalla relativa *ratio decidendi*)»⁵⁶. In altri termini la Corte costituzionale, «una volta enucleato un principio e dichiarata incostituzionale la disposizione impugnata, nel pronunciarsi su disposizioni analoghe rifiuta di procedere con una sentenza di accoglimento manipolativo-fotocopia, e invita invece i giudici a raggiungere il medesimo risultato con altri mezzi»⁵⁷.

Non sembra dunque che neppure dalla (ondivaga) giurisprudenza costituzionale sia possibile cogliere un senso preciso in cui può (o deve)

⁵⁴ V. rispettivamente F. MODUGNO, *Inammissibilità della quaestio legitimitatis per omessa interpretazione costituzionalmente conforme e bilanciamento in concreto di diverse esigenze costituzionali*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2009, 2412 ss.; G.U. RESCIGNO, *Del preteso principio secondo cui spetta ai giudici ricavare principi dalle sentenze della Corte e manipolare essi stessi direttamente le disposizioni di legge per renderle conformi a tali principi*, *ivi*, 2416 ss.

⁵⁵ M. RUOTOLO, *Oltre i confini*, cit., 2.3., richiamando Corte cost., sent. n. 285 del 1990.

⁵⁶ *Ibidem*.

⁵⁷ E. LAMARQUE, *Prove generali*, cit., 1862, la quale (1865 s.) richiama la vicenda relativa alla dichiarazione di incostituzionalità di disposizioni che prevedevano rigidi automatismi nella concessione di benefici penitenziari, escludendone la possibilità con riferimento a certe fattispecie senza consentire una valutazione individualizzata, caso per caso (sentt. n. 436 del 1999; n. 255 e n. 257 del 2006; n. 79 del 2007). Infine, nella sent. n. 189 del 2010, la Corte dichiara inammissibile la *quaestio* relativa all'art. 58-*quater* dell'ordinamento penitenziario nella parte in cui prevede un rigido divieto di concessione dei benefici ai condannati per il reato di evasione, invitando il giudice a superare l'interpretazione letterale. Ancora, nella sent. n. 28 del 2004, la Corte costituzionale, enucleando il principio secondo il quale la notificazione degli atti processuali si perfeziona nei confronti del notificante al momento della consegna dell'atto all'ufficiale giudiziario, stabilisce che le diverse disposizioni del codice di procedura civile in materia debbono essere interpretate in modo conforme al principio «senza necessità di ulteriori interventi da parte del giudice delle leggi».

oggettivamente intendersi il c.d. limite testuale, a fronte del quale dovrebbe arrestarsi l'interpretazione conforme.

In un interessante e ingegnoso tentativo di analisi e di ricostruzione (razionalizzazione) della giurisprudenza costituzionale sul punto, sono state esaminate e confrontate tre vicende, già ricordate, relative, rispettivamente, alla c.d. pregiudiziale penale in relazione all'azione disciplinare (sent. n. 51 del 2014); al c.d. principio di proporzionalità nell'applicazione delle misure cautelari (dalla sent. n. 265 del 2010 fino alla sent. n. 232 del 2013); all'applicazione delle misure di sicurezza nei confronti degli infermi di mente e dei parzialmente capaci di intendere e di volere (sent. n. 208 del 2009, a seguito delle sentenze n. 253 del 2003 e n. 367 del 2004), pervenendosi alla seguente conclusione: «il limite della *littera legis* viene ricostruito ogni volta in senso diverso. Nel primo caso il dato letterale viene agevolmente superato attraverso un monito all'interpretazione conforme: evidentemente la Corte non considera il mutamento di una parola – che muti l'ambito di applicazione (in questo caso mutando il termine del *dies a quo*) ma non il modo deontico – come limite all'attività ermeneutica. Nel caso delle misure di sicurezza il vincolo della lettera (che in questo caso consiste nell'incidere sul modo deontico) viene superato solo a valle di una modifica nel sistema indotta da due precedenti sentenze di accoglimento; pertanto il limite letterale viene superato in forza di una lettura sistematica che certamente ha tenuto conto della prossimità logica delle fattispecie in esame. Nel caso delle misure cautelari l'interpretazione conforme è assolutamente preclusa proprio dalla lettura sistematica delle fattispecie la cui individualità (e quasi eccezionalità) determina l'impossibilità di estendere analogicamente i principi posti dalle precedenti sentenze»⁵⁸.

Ora, indipendentemente dai dubbi che possono sorgere circa la dimostrabilità dei diversi criteri di superamento del “limite letterale”⁵⁹, cri-

⁵⁸ A. LONGO, *Alcune riflessioni su tempo, co-testualità ed ermeneutica costituzionale, tra posizioni teoriche e itinerari giurisprudenziali*, in *giust.amm.it*, 6.10.2014, 31.

⁵⁹ Anche nella vicenda della “pregiudiziale penale” in relazione all'azione disciplinare si può sostenere che vi sia stata incidenza sul modo deontico: *dal divieto* di intraprendere l'azione disciplinare scaduti i 120 giorni dalla pubblicazione della sentenza penale o i 40 giorni dalla notificazione all'Amministrazione si è passati *al permesso* di intraprenderla anche oltre la scadenza di tali termini, in quanto il termine decorre dalla conoscenza effettiva. Anche della vicenda delle misure cautelari è possibile una lettura sistematica delle fattispecie tale da assimilarle, sulla base del principio affermato dalla Corte che la compressione della libertà personale va sempre contenuta nei limiti minimi indispensabili a soddisfare le esigenze concretamente apprezzate dal giudice; come, per

teri che sono, in definitiva, rimessi alla discrezionalità del giudice – come lo è la stessa differenza tra diritto speciale e diritto eccezionale⁶⁰ – sembra plausibile ritenere, comunque sia, che l'ondivaga (ambigua) giurisprudenza costituzionale sulla “tenuta” del limite letterale possa condurre alla seguente considerazione: «la Corte, nel definire la portata della *littera legis*, utilizza sempre un modello argomentativo sistematico che trascende dalla *connessione interna delle parole* per contestualizzare la disposizione rispetto alla propria peculiare *ratio* ed al senso di questa nel sistema», tal che «*la Corte costituzionale è diventata il giudice ultimo non solo di ciò che è l'interpretazione conforme, ma – stabilendo lei quando essa possa o non possa essere utilizzata, e facendolo tramite l'argomento del limite letterale – è divenuta anche il meta-giudice dell'interpretazione, definendo ciò che è interpretazione letterale e ciò che è interpretazione sistematica*»⁶¹. Ma ciò, evidentemente, incide profondamente sulla funzione nomofilattica che, nel nostro ordinamento, non spetta alla Corte costituzionale, bensì alla Corte di Cassazione. Che tutto questo costituisca semplicemente una *pretesa* della giurisprudenza costituzionale e *non un dato definitivamente acquisito* è dimostrato dalla possibile (e reale) insorgenza di (latenti e, a volte, scoperti) conflitti con la Cassazione, e in genere con il giudice comune, tutte le volte che questi oppongono una propria interpretazione sistematico-conforme a Costituzione e non sollevano la *quaestio*. Se quindi è vero che «l'argomentazione della Consulta dimostra come *lo stesso concetto di lettera della legge venga costruito non in modo letterale ma in modo sistematico*», non è però possibile asserire che «questo, dal punto di vista pratico non dissolve la presenza del vincolo letterale anzi la rafforza», né che «*attraverso il vincolo all'interpretazione conforme la Consulta attribuisce ai giudici un celato quanto sostanziale potere di disapplicare una norma incostituzionale*», mentre «*attraverso il vincolo del testo la Corte chiude il cerchio e crea la clausola per*

converso, anche nella vicenda delle misure di sicurezza sarebbe pur possibile una lettura tale da non consentire la “prossimità logica” ovvero l'assimilabilità delle diverse fattispecie (ricovero in ospedale psichiatrico giudiziario nei casi previsti dall'art. 222 c.p., applicazione provvisoria delle misure di sicurezza *ex* art. 206 c.p.; assegnazione ad una casa di cura e di custodia del «condannato per delitto non colposo, a una pena diminuita per cagione di infermità psichica e di cronica intossicazione da alcool o da sostanze stupefacenti, ovvero per cagione di sordomutismo»: art. 219 c.p.).

⁶⁰ Su cui v. F. MODUGNO, *Norme singolari, speciali, eccezionali*, in *Enciclopedia del diritto*, XXVIII, 1978.

⁶¹ A. LONGO, *Alcune riflessioni*, cit., 31.

*riprendersi tale potere»*⁶², sia perché la giurisdizione della Corte non è affatto una giurisdizione d'interpretazione (tanto è vero che l'interpretazione resa dalla Corte in pronunce di rigetto o di inammissibilità non vincola il giudice comune), sia perché con il presunto vincolo per il giudice all'interpretazione conforme la Corte non attribuisce affatto ai giudici un potere che essi diversamente non avrebbero, né tanto meno ne delega l'esercizio, attribuendo addirittura ad essi un sostanziale potere di disapplicazione delle leggi incostituzionali. Al contrario, pur riconoscendo ai giudici il “naturale” potere di interpretare le leggi in modo conforme a Costituzione ed anzi invitandoli con forza ad esercitarlo, la Corte si riserva semplicemente il potere, che ad essa sola spetta, di dichiarare l'illegittimità delle leggi incostituzionali, privandole altresì talvolta (o spesso) del fondamento (*ratio*) su cui esse poggiano e influenzando, in questo senso, indirettamente, sulla futura attività interpretativa dei giudici.

7. *La c.d. disapplicazione giudiziaria delle leggi sulla base della dichiarazione d'incostituzionalità di un principio legislativo*

Nel nostro ordinamento, come in tutti gli ordinamenti nei quali vige il modello accentrato di controllo di costituzionalità delle leggi, il giudice comune non ha il potere di disapplicare le leggi illegittime. A fronte di fattispecie puntualmente disciplinate da disposizioni legislative, il giudice non può – *sic et simpliciter* – disapplicare la disciplina per esse vigente, in quanto incompatibile con norme o principi costituzionali.

Occorre però avvertire che, perfino in questa ultima ipotesi – ma ad una precisa indispensabile condizione – sarebbe possibile che il giudice comune (ricorrendo alla interpretazione conforme) disapplichi la disciplina vigente. E la condizione – *condicio sine qua non* – è rappresentata da una *pregressa decisione di accoglimento* della Corte costituzionale che abbia dichiarato *incostituzionali discipline simili* alla disciplina vigente, *sulla base di un principio costituzionale* (o di un complesso di principi costituzionali) *individuato ed espresso con chiarezza dalla Corte costituzionale*.

Poiché ogni disposizione legislativa è riconducibile ad un principio, la dichiarazione di incostituzionalità di una determinata disposizione legislativa può comportare che il principio stesso sulla quale essa poggia

⁶² *Ibidem*, 32.

venga “espunto” dall’ordinamento alla pari della disposizione dichiarata incostituzionale. Può accadere, peraltro, che la Corte dichiari incostituzionale il “solo” principio e non la disposizione o le disposizioni che poggiano su di esso (ciò accade nelle c.d. sentenze additive di principio, nelle quali il principio “aggiunto” dalla Corte sostituisce bensì il principio espunto, lasciando però di regola al legislatore, ma anche al giudice, rispettivamente, il compito di adeguare le disposizioni legislative al “nuovo” principio, ovvero di desumere e proporre interpretativamente dalle disposizioni tuttora vigenti norme adeguate al “nuovo” principio)⁶³.

Se la giurisprudenza costituzionale dichiara incostituzionale un principio giuridico vigente, ovvero “aggiunge” un principio costituzionale “dovuto”, o, meglio, “sostituisce” un principio giuridico vigente con un “nuovo” principio costituzionalmente adeguato, si può arrivare ad apprezzare quella proposta «che consiste nel relativizzare un po’ il monopolio attribuito al giudice costituzionale» – superando, o, per dire meglio, svelando una impossibile rigida, netta, linea di demarcazione tra produzione normativa, da un lato, e interpretazione di enunciati normativi, dall’altro; e quindi tra interpretazione a tutto campo o, come suol dirsi, “tutto considerato” e disapplicazione di norme giuridiche – nel preciso senso che «qualora esista una giurisprudenza del tribunale costituzionale da cui *derivi chiaramente l’incostituzionalità* di una determinata legge, il giudice comune potrebbe disapplicare tale legge per conto proprio, senza dover sollevare la questione dinanzi al tribunale costituzionale»; con la conseguenza che, «se il tribunale costituzionale ha dichia-

⁶³ È quanto accaduto nella ricordata vicenda relativa all’applicazione delle misure cautelari. Il *principio* affermato con chiarezza dalla Corte è quello della presunzione *relativa*, e non assoluta, di adeguatezza della custodia cautelare in carcere – corollario del principio costituzionale del minore sacrificio necessario della libertà personale – desunto dalla esplicita affermazione che «le presunzioni assolute, specie quando limitano un diritto fondamentale della persona, violano il principio di uguaglianza, se sono arbitrarie e irrazionali» e che, «in particolare, l’irragionevolezza della presunzione assoluta si coglie tutte le volte in cui sia ‘agevole’ formulare ipotesi di accadimenti reali contrari alla generalizzazione posta a base della presunzione stessa» (così testualmente in tutte le decisioni riguardanti l’art. 275, comma 2, secondo e terzo periodo, del cod. proc. pen.: sentt. n. 265 del 2010; n. 164 e n. 231 del 2011; n. 110 del 2012; n. 57 e n. 213 del 2013). Si può dire che tali pronunce siano (*soltanto*) «qualificabili come “additive di regola”» (M. RUOTOLO, *La Cassazione*, cit., 144) e non anche come additive di principio? Come si fa a sostenere che tali pronunce non abbiano *sostituito*, oltre le regole desumibili dai singoli rinvii alle disposizioni del codice penale contenuti nell’art. 275, comma 3, c.p.p. colpiti dalla dichiarazione di incostituzionalità, anche il principio dell’automatismo o della presunzione assoluta con quello presunzione relativa?

rato l'invalidità di una determinata legge [*rectius*: di disposizioni o enunciati legislativi], il giudice comune può *non prendere in considerazione*, in base alla propria autorità, *un'altra legge* [*rectius*: determinate disposizioni legislative] che abbia[no] un *contenuto identico o simile* alla legge [*rectius*: alle disposizioni] già invalidata»⁶⁴.

In breve, la c.d. disapplicazione giudiziale di disposizioni legislative non colpite da specifica dichiarazione d'incostituzionalità è sottoposta a *due rigorose condizioni*: *a*) che la *ratio decidendi* circa l'incostituzionalità della disposizione legislativa, o, per dir meglio, il principio costituzionalmente “adeguato” (aggiunto o sostituito dalla Corte) *risulti con chiarezza* dal dispositivo (o dalla motivazione) della sentenza costituzionale (ossia non sia, a sua volta, ragionevolmente discusso o discutibile); *b*) che l'interpretazione assunta alla base della decisione costituzionale sia contenuta in una sentenza “di accoglimento” della “*quaestio legitimitatis*”, e non in una decisione “di rigetto” o di inammissibilità (sia perché l'interpretazione non è “riservata” alla Corte costituzionale e, *ut sic*, non è vincolante per i giudici comuni; sia perché la sola interpretazione assunta alla base di una dichiarazione di incostituzionalità fa invece tutt'uno (si salda) con quest'ultima ed acquista efficacia *erga omnes*).

8. Automatismi legislativi e interpretazione conforme

Ma vi è di più. Vi sono regole e regole: anzi regole e regoli.

Riportando un famoso passo dell'*Etica Nicomachea* (1138 a) – nel quale Aristotele, contrapponendo alla giustizia della legge, la equità come «un correttivo della legge, quando è difettosa a causa della sua universalità» (poiché «non tutto può essere definito dalla legge: ci sono situazioni in cui è impossibile dettare una legge, ed è necessario un provvedimento specifico») fa l'esempio del «regolo di piombo usato nella costruzione di Lesbo: il regolo si adatta alla configurazione della pietra e non rimane rigido, come il provvedimento si adatta ai fatti» – Gustavo Zagrebelsky ha rilevato che «a questa contrapposizione tra regola e regolo (...) ci si può collegare utilmente e senza forzature, per intendere il significato della giurisprudenza costituzionale in tema di incostituzionalità dei cosiddetti “automatismi legislativi”. Gli “automatismi” della legge sono quelli che, al verificarsi di una fattispecie concreta descritta

⁶⁴ V. FERRERES COMELLA, *Commento*, cit., 313 (parentesi e corsivi miei).

con precisione dalla norma, fanno seguire la conseguenza doverosa, altrettanto precisamente definita dalla norma: se è *a*, deve essere *b*»⁶⁵. Ora, «quando un “automatismo legislativo” è dichiarato incostituzionale, è perché si ritiene che, per motivi costituzionali (...), la legge non possa fare tutto da sé e abbia bisogno dell’intervento “casistico” del giudice, a contatto con le peculiarità dei singoli casi che non si prestano a essere previsti in una pianificazione legislativa», così che «proprio ciò che si considerava il vanto della legge – l’uniformità – diventa il suo vizio»⁶⁶.

In una sentenza prototipo e paradigmatica (n. 303 del 1966, che ha dichiarato incostituzionale la norma sull’adozione che fissava in non più di quarant’anni il divario d’età tra i coniugi adottanti e il minore adottato) la regola, «di per sé, non è considerata irragionevole, ma irragionevole è apparsa alla Corte *la sua assolutezza*. Non essendo prevista eccezione alcuna, nemmeno per il caso in cui l’adozione risponda all’interesse del minore (...) e la famiglia d’accoglienza sia stata giudicata idonea, mentre il divario d’età rigidamente previsto dalla legge sia superato *di poco* (...) pur rimanendo compreso in quello che *di solito* può intercorrere tra genitori e figli, la norma è stata dichiarata incostituzionale, in quanto regola inderogabile. Così, al giudice è stato consentito di disapplicarla *in concreto*, quando la sua applicazione può dar luogo a ingiustizie»⁶⁷. Le “buone ragioni”, per le quali il giudice può in concreto “disapplicare” la legge, «non sono rimesse all’arbitrio del giudice, ma sono specificate col richiamo a principi che non si prestano a essere trascritti in regole generali»⁶⁸. Secondo questa autorevole dottrina, tale tipo di sentenze, che rimuovono i c.d. automatismi legislativi, non vanno confuse, però, con le sentenze c.d. additive di principio, perché queste ultime, rispettando la discrezionalità del legislatore, lo richiamano «alla sua responsabilità, per far fronte alla necessità di una legge nuova, richiesta in attuazione del principio costituzionale che la legge dichiarata incostituzionale violava», mentre «nel caso dell’incostituzionalità degli “automatismi” legislativi, il rinvio è non alla discrezionalità del legislatore, ma a quella del giudice»⁶⁹. Tuttavia, va osservato che è difficile distinguere rigorosamente i due tipi di sentenze, proprio perché – come sembra confermato dalla prassi – anche le additive di principio (ove non sia diversa-

⁶⁵ G. ZAGREBELSKY, V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, Bologna 2012, 210.

⁶⁶ *Ibidem*.

⁶⁷ *Ibidem*, 210-211.

⁶⁸ *Ibidem*, 211.

⁶⁹ *Ibidem*.

mente disposto nella decisione costituzionale) aprono alla possibilità d'interpretare la legge residua in modo conforme al principio costituzionale affermato, e si rivolgono quindi (anche) al giudice, assolvendo ad una finalità concettualmente non dissimile da quella delle decisioni sugli «automatismi»⁷⁰.

Seguendo l'autorevole suggerimento offerto dalla migliore dottrina⁷¹, va segnalato un recente, pregevole, ed approfondito studio sul tema degli «automatismi» legislativi, in cui si propone di «andare oltre la delega di bilanciamento per comprendere il fenomeno, ovvero della necessità di fare un passo indietro»⁷² e di differenziare perciò «nella generale categoria degli automatismi, fra quelli che (...) snaturano la disciplina e quelli che, invece, ne provocano una *distorsione sul piano applicativo*», per i quali soltanto è possibile parlare di sentenze additive *per deficit* di flessibilità con conseguente delega di bilanciamento al giudice, mentre per i primi «la norma oggetto del giudizio è sopra o sottodimensionata», per esempio per contrasto «con un principio generale vigente in materia o con un principio costituzionale», con la conseguenza che «in questi casi è la regola in sé ad essere viziata»⁷³. In queste ultime ipotesi la disposizione è viziata per *irrazionalità*, nelle altre per *irragionevolezza*.

Negli automatismi che snaturano la disciplina, «il fatto considerato è quello incorporato nella disposizione, è il fatto tipizzato, che acquista rilievo attraverso il filtro delle qualificazioni normative e delle finalità che il legislatore si è proposto nella materia», per cui «il giudizio mostra un carattere logico (...) raffronto fra fattispecie (...) ed è volto alla garanzia della coerenza interna del sistema normativo»⁷⁴. In questa ipotesi rien-

⁷⁰ Come è stato acutamente osservato le sentenze c.d. additive di principio non precisano fino in fondo «i necessari elementi integratori (...) perché le rime non sono obbligate» (A. CERRI, *Corso di giustizia costituzionale plurale*, Milano 2012, 270). Nell'ipotesi più frequente «la Corte non richiama i poteri interpretativi del giudice, né quelli del legislatore, implicitamente (...) sottintendo entrambi» (*ibidem*, 271). Altre volte, espressamente dichiara che spetta al legislatore una compiuta disciplina della materia, ma che nel frattempo potrà il giudice svolgere i principi costituzionali integrando il dettato legislativo con la sua prudenza interpretativa. Raramente la Corte esclude che il giudice possa dare diretta affermazione alla sentenza (c.d. additiva di meccanismo).

⁷¹ G. ZAGREBELSKY, V. MARCENÒ, *Giustizia*, cit., 212: «I casi di automatismi legislativi, censurati dalla Corte costituzionale, sono numerosi e stupisce che (...) non abbiano ancora richiamato l'attenzione che meritano, per una considerazione d'insieme.

⁷² L. PACE, *Gli automatismi legislativi nella giurisprudenza costituzionale*, in *www.gruppodipisa.it*, 18.9.2014, 5.

⁷³ *Ibidem*, 6.

⁷⁴ *Ibidem*, § 7.8.

trano le ricordate vicende relative all'applicazione delle misure di sicurezza e di custodia cautelare in carcere, nelle quali, peraltro, a differenza di altri casi, «il controllo sui fatti è più penetrante» e «il giudizio si scompone in due fasi»: nel controllo di evidenza e nella valutazione della razionalità della disposizione: «il fatto, seppur oggetto di un più penetrante controllo, è sempre quello tipizzato dal legislatore, che viene vagliato dalla Corte solo per valutare la razionalità della disciplina»⁷⁵. E, invece, negli automatismi che distorcono la disciplina, il fatto coincide con la fattispecie concreta da cui è sorto il giudizio: «ciò avviene in quei settori dell'ordinamento giuridico in cui le regole devono convivere con i principi, che le rendono elastiche ed adattabili. In questi settori, infatti, l'esigenza di adeguatezza delle norme alle caratteristiche dei casi regolati è particolarmente sensibile»⁷⁶. Ora, entrambi i casi di automatismi «possono essere ricondotti nel più generale vizio dell'«arbitrarietà della legge»»⁷⁷, da intendersi quale vizio della funzione legislativa, ossia della «funzione propria della legge, che è quella di dare il massimo grado di attuazione costituzionale possibile»⁷⁸, arbitrarietà che, negli automatismi legislativi, «si presenta in due distinte forme: l'irrazionalità e l'irragionevolezza-inadeguatezza»⁷⁹, secondo che si tratti, rispettivamente, di automatismi che *snaturano* la disciplina legislativa, e di automatismi che ne provocano una *distorsione* sul piano applicativo.

Quale, dunque, *il rapporto* tra gli automatismi legislativi, dichiarati incostituzionali dalla Corte e l'interpretazione conforme a Costituzione da parte del giudice comune?

A fronte della ondivaga giurisprudenza costituzionale (emblematiche le sentenze n. 208 del 2009, favorevole alla interpretazione conforme, e n. 232 del 2013, contraria alla praticabilità della medesima) è opportuno, se non necessario, che la dottrina assuma una posizione criticamente avveduta.

La dottrina più attenta ha rilevato, in generale, che «la costanza nelle dichiarazioni di invalidità degli automatismi, che costituisce la risultanza empirica dalla quale si ricava questa sorta di presunzione di irragionevolezza, dipende da una serie di distorsioni ingenerate da que-

⁷⁵ *Ibidem*, 8, nota 41.

⁷⁶ *Ibidem*, 8; ed ivi citato G. ZAGREBELSKY, *La legge*, cit., 217.

⁷⁷ L. PACE, *Gli automatismi*, cit., 8; ed ivi citato G. ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale*, Bologna 1988, 147.

⁷⁸ L. PACE, *Gli automatismi*, cit., 9.

⁷⁹ *Ibidem*, 11.

sti»⁸⁰. Non solo, ma «l'incostituzionalità degli automatismi (...) può atteggiarsi su una scala di graduazione, che ha (...), al punto massimo, la richiesta che gli strumenti legislativi risultino adeguati ad offrire il maggior grado possibile di tutela agli interessi costituzionalmente rilevanti, compresi nel momento applicativo dalla rigidità della formulazione legislativa»⁸¹. Ciò, in particolare, in materia di diritti fondamentali, sulla base dell'assunto (o principio costituzionale) della presunzione della massima espansione delle libertà⁸², che implica il principio di effettività della tutela dei diritti⁸³. Ora, come è stato ben detto, «se si lega la tutela dei diritti fondamentali, declinata attraverso il principio della loro massima espressione, al principio ricavabile dalle decisioni di incostituzionalità, che può guidare l'attività del giudice su disposizioni simili a quelle sulle quali si è già avuto il controllo di costituzionalità, risulta evidente che ciò che è *al centro della vicenda non è tanto il canone dell'interpretazione conforme, ma il principio di supremazia costituzionale*, del quale l'interpretazione adeguatrice può essere uno strumento di affermazione»⁸⁴. Ed infatti, «seguendo la strada dell'interpretazione conforme, non si dà solo attuazione al principio enucleato dalla Corte nella giurisprudenza precedente, ma anche e soprattutto al più generale principio, il quale peraltro risulta chiaramente aver guidato anche la soluzione della Corte, della presunzione di massima espansione delle libertà e quindi, in ultima analisi, al principio di supremazia costituzionale»⁸⁵.

Certamente, tutto ciò comporta bensì un'espansione dei poteri giudiziari, rispetto agli altri poteri dello Stato, ma tale espansione è inevitabilmente collegata ad una caratteristica dell'odierno Stato costituzionale, secondo la quale, nel bilanciamento tra il principio della superiorità globale della Costituzione che avvince tutti gli operatori giuridici (massimamente i giudici) e il «monopolio» del sindacato di costituzionalità attribuito alla Corte, è il primo a (dover) prevalere, mentre il secondo mantiene pure una sua indiscutibile, persistente valenza nell'esclusivo potere della Corte costituzionale di dichiarare l'invalidità della legge con effica-

⁸⁰ *Ibidem*, 2.

⁸¹ *Ibidem*, 11.

⁸² Cfr. P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna 1989, 41; ID., *Istituzioni di diritto pubblico*, 6ª ed., Padova 1991, 580 s.

⁸³ Cfr. G. SILVESTRI, *L'effettività e la tutela dei diritti fondamentali nella giustizia costituzionale*, Napoli 2009.

⁸⁴ L. PACE, *Gli automatismi*, cit., 51 (corsivo mio).

⁸⁵ *Ibidem*, 51-52.

cia *erga omnes*⁸⁶. La “preminenza” del canone dell’interpretazione conforme a Costituzione è espressamente ricollegata al principio di supremazia costituzionale dalla sentenza n. 113 del 2000, secondo la quale tale principio «impone (...) all’interprete di optare, tra più soluzioni astrattamente possibili, per quella che rende la disposizione conforme alla Costituzione». Per ciò che riguarda, in particolare, gli “irragionevoli automatismi” legislativi, «si tratta della possibilità, che deve essere riconosciuta al giudice, di mettere fuori gioco una regola, tutta quanta – una regola che pur vale nella generalità dei casi prefigurati dal legislatore – quando esistono esigenze particolari di equità che richiedono di metterla da parte»⁸⁷. Come autorevolmente e significativamente si conclude sul punto, «la vastità del fenomeno non permette di considerarlo una deviazione occasionale. Si tratta invece d’un carattere del diritto del nostro tempo che, per realizzare ciò che richiede la sua natura, abbisogna della *partecipazione attiva del giudice*. Quando i commentatori prendono nota dell’espansione della giurisdizione, nel sistema costituzionale dei poteri, sbaglierebbero di grosso se la considerassero un’aberrazione e non un fenomeno, certo denso d’incognite o pericoli che richiedono risposte, anche sul piano dell’organizzazione della giurisdizione, della formazione e della responsabilità dei giudici, ma *inevitabile nell’odierno Stato costituzionale*»⁸⁸.

9. *Sulla tendenza a configurare l’ordinanza di remissione in termini di “positivo convincimento” dell’incostituzionalità della legge*

Fermo restando che la *ratio decidendi* debba risultare con chiarezza dal dispositivo o dalle motivazioni delle decisioni di incostituzionalità, può dirsi che l’individuazione della *ratio* o del principio costituzionale al quale il giudice comune possa (o debba) rifarsi per interpretare le disposizioni legislative in modo conforme a Costituzione non possa rinvenirsi pure nelle decisioni costituzionali di rigetto o di inammissibilità? La risposta positiva è condizionata non solo dalla chiarezza della *ratio decidendi*, ma anche – e soprattutto – dalla *persuasività* della interpretazione resa dalla Corte costituzionale. Il giudice comune può dissentire, sia perché, nel nostro ordinamento, il singolo giudice gode di libertà decisio-

⁸⁶ Cfr. F. MODUGNO, *Inammissibilità*, cit., 2412.

⁸⁷ G. ZAGREBELSKY, V. MARCENÒ, *Giustizia*, cit., 212.

⁸⁸ *Ibidem*, 212-213 (corsivi miei).

nale (e quindi interpretativa), sia perché – come già detto – la giurisdizione costituzionale *non* è giurisdizione d'interpretazione⁸⁹. Se *il potere della Corte costituzionale* è solo quello di dichiarare l'incostituzionalità di una norma, l'interpretazione del disposto legislativo, *ut sic*, è bensì necessaria, ma non per ciò vincolante, se non è colpita (come norma) dalla dichiarazione di incostituzionalità. Quel che resta integra, dopo una decisione di rigetto (anche interpretativa), è dunque la disposizione, a sua volta suscettibile di ulteriore interpretazione (anche difforme dalla interpretazione della Corte che l'ha salvata dall'incostituzionalità)⁹⁰.

Perfino se «l'interpretazione fatta propria dalla Corte venga prospettata come *l'unica conforme a Costituzione*, con diversa efficacia diretta nel giudizio *a quo* e riflessa in altri giudizi»⁹¹ – efficacia riflessa che si dispiegherebbe oltre il processo *a quo* «nel senso di impedire l'applicazione della “norma” ritenuta incostituzionale da parte di altri giudici, i quali non potrebbero, *ove questa interpretazione ritenessero la più corretta* alla stregua del sistema legislativo, non sollevare q. di l.c. [V. CRISAFULLI, A.M. SANDULLI, L. ELIA, G. ZAGREBELSKY], proprio perché, dopo la pronuncia della Corte, la questione non potrebbe più essere ritenuta “manifestamente infondata”»⁹², – tuttavia tale dottrina, se varrebbe ad evitare una interpretazione adeguatrice del giudice comune, elude però la possibilità che quest'ultimo non ritenga l'interpretazione data dalla Corte come “la più corretta alla stregua del sistema legislativo” (come è risultato, per es. nella vicenda relativa al calcolo dei termini massimi della

⁸⁹ V., per es., A.M. SANDULLI, *Il giudizio sulle leggi*, Milano 1967, 17, il quale afferma «l'irricevibilità di quegli atti introduttivi (...) i quali non abbiano per obiettivo una pronuncia caducatoria della Corte, ma semplicemente l'espressione di un punto di vista, o comunque un risultato diverso». Ciò è comprovato, indirettamente, anche da una giurisprudenza risalente, che trova costanti conferme, secondo la quale sono *inammissibili questioni meramente interpretative* (si va da decisioni degli anni cinquanta e sessanta, a decisioni successive agli ottanta fino a quelle del primo decennio del nostro secolo).

⁹⁰ Come rileva un'autorevole dottrina se «l'efficacia delle sentenze di rigetto con interpretazione adeguatrice o delle sentenze interpretative di rigetto nel giudizio *a quo* è generalmente ammessa (...) sembra preferibile l'opinione che si tratta di efficacia prevalentemente negativa [C. ESPOSITO, A.M. SANDULLI, A. PIZZORUSSO], nel senso di escludere le interpretazioni ritenute incostituzionali, non pure (...) “terze interpretazioni” della cui costituzionalità il giudice non dubita» (A. CERRI, *Corso*, cit., 236). Queste conclusioni sono confermate dall'indagine “sul campo” di E. LAMARQUE, *Gli effetti della pronuncia interpretativa di rigetto della Corte costituzionale nel giudizio a quo*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2000.

⁹¹ A. CERRI, *Corso*, cit., 237.

⁹² *Ibidem*, (corsivi miei).

custodia cautelare, in cui «è la Corte costituzionale che sembra andata oltre i confini dell'interpretazione conforme a Costituzione, insistendo affinché i giudici interpretassero il disposto normativo in un modo da loro ritenuto evidentemente improbabile, difficile, se non impossibile»⁹³. La dottrina favorevole ad un qualche vincolo per i giudici dell'interpretazione resa dalla Corte e intesa come "l'unica conforme" a Costituzione, se pure trova spesso «conforto da parte della giurisprudenza (...), tuttavia, risulta erosa dalla tendenza a configurare l'ordinanza di remissione in termini di positivo convincimento dell'incostituzionalità della legge e non di mero dubbio (...); perché l'autorevole opinione della Corte può non essere condivisa dal giudice *a quo* [e dagli altri giudici, in genere], pur se neppure può essere da lui accantonata senza l'insorgere necessario di un dubbio»⁹⁴.

Una autorevole dottrina ha sostenuto che, con l'imporre al giudice l'obbligo dell'interpretazione conforme, la giurisprudenza della Corte «cui non sono assegnate funzioni nomofilattiche finisce per imporre al giudice comune (sia pure nel contesto dell'accertamento del contrasto fra legge e Costituzione) un preciso metodo interpretativo» modellato «sull'esempio di quella tedesca»⁹⁵. Se non che, sul significato da ascrivere all'enunciato «la questione di legittimità costituzionale di una legge (...) rilevata d'ufficio o sollevata da una delle parti nel corso di un giudizio e *non ritenuta dal giudice manifestamente infondata*, è rimessa alla Corte costituzionale per la sua decisione» (art. 1 l. cost. n. 1 del 1948)⁹⁶, vi è stata una lunga e controversa "storia interpretativa", che può essere brevemente riassunta nei seguenti termini.

Se, in origine, si era sostenuto che «la valutazione di "non manifesta infondatezza" dovrebbe essere un "filtro" predisposto per evitare l'afflusso alla Corte di questioni "pretestuose" (...) "filtro" ragionevole e leggero tale da non sottrarre al giudizio della Corte tutte le questioni effettivamente meritevoli di esser valutate»⁹⁷, e se, corrispondentemente, «nei

⁹³ M. RUOTOLO, *La Cassazione*, cit., 153; e *ivi*, 134 ss., la attenta ricostruzione della intera vicenda.

⁹⁴ A. CERRI, *Corso*, cit., 237 (parentesi mia).

⁹⁵ M. LUCIANI, *Le funzioni sistemiche*, cit., § 5.1., che sottolinea la differenza tra l'art. 1 l. cost. n. 1 del 1948 (la questione è sollevata se "non ritenuta dal giudice manifestamente infondata") e l'art. 100 GG (la questione si solleva nell'ipotesi in cui "hält ein Gericht ein Gesetz [...] für verfassungswidrig"). Insomma «da noi (...) basta il dubbio sulla costituzionalità; in Germania occorre il convincimento dell'incostituzionalità».

⁹⁶ Corsivo mio.

⁹⁷ A. CERRI, *Corso*, cit., 195; e *ivi* citato C. LAVAGNA, *Problemi di giustizia costituzio-*

primi decenni la Corte esigeva una motivazione ai soli fini (e nei soli limiti) della individuabilità della questione, nei suoi termini e nei suoi profili», *invece*, «nella più recente giurisprudenza (dalla fine anni 70, inizio anni 80), si esige una motivazione esaustiva in un'ottica che si collega alla richiesta autosufficienza dell'atto introduttivo (...) e, dunque, ad una collaborazione che giovi sia alla rapidità sia alla qualità del giudizio»⁹⁸. In questa direzione si esige, in particolare, «non solo una adeguata illustrazione dei motivi di dubbio ma, ancora, un positivo convincimento del giudice, oltre che della rilevanza (...), anche della fondatezza»⁹⁹ fino ad arrivare alla doverosa interpretazione adeguatrice (sent. n. 356 del 1996) ed alla conseguente definizione della *quaestio legitimitatis* e del suo «accoglimento» come *extrema ratio* (sent. n. 299 del 1997), giurisprudenza che si ricollega perfettamente, del resto, a quella, ricorrente e costante, che esclude l'ammissibilità di questioni meramente interpretative o ipotetiche¹⁰⁰.

Ora questa evoluzione interpretativa è un fatto consolidato; e la teoria, se vuole essere veramente tale e non dottrina, non può non registrarla e indagarne le ragioni, col formulare ipotesi di spiegazione e riscontrarne verifiche.

È altresì noto come la giurisprudenza costituzionale sia arrivata perfino, a fronte di iniziative dei giudici *a quibus* tese ad ottenere pronunce costituzionali di tipo additivo, a richiedere nella ordinanza di remissione la presenza della *espressa indicazione del modo* in cui la Corte possa (o debba) stabilire il significato normativo della disposizione impugnata, onde poterla complessivamente ricostruire in senso conforme a Costituzione. Si tratta cioè di proporre, da parte dell'autorità giudiziaria rimettente, la soluzione *costituzionalmente dovuta* del problema di legittimità costituzionale da essa sollevato (c.d. specificazione del «verso» della richiesta addizione)¹⁰¹. I motivi di questa evoluzione giurisprudenziale

nale sotto il profilo della «manifesta infondatezza», 1955, ora in ID., *Ricerche sul sistema normativo*, Milano 1984, 529 ss.

⁹⁸ A. CERRI, *Corso*, cit., 195.

⁹⁹ *Ibidem*.

¹⁰⁰ La dottrina più attenta non ha mancato di rilevare che «si tratta di un approdo che trova le proprie ascendenze in risalenti decisioni e nelle raffinate teorizzazioni della migliore dottrina» (M. RUOTOLO, *Interpretazione conforme a Costituzione e tecniche decisorie della Corte costituzionale*, 2012, ora in *Interpretare*, cit., 58 e ivi richiamati i lavori in argomento di Vezio Crisafulli, Carlo Esposito e Carlo Lavagna, citati in ID., *Le riflessioni della dottrina nei primi contributi in tema di interpretazione conforme a Costituzione apparsi nella Rivista «Giurisprudenza costituzionale»*, 2006 (riprodotto in parte in *Interpretare*, cit., 57 ss.).

¹⁰¹ Questo indirizzo giurisprudenziale è stato sottoposto a numerose critiche anche da

sono riconducibili, come già da tempo osservato, ad una *ratio* ispiratrice unitaria: quella «di trasformare, attraverso la richiesta rivolta al giudice *a quo* di una sempre più rigorosa definizione del chiesto oggetto dell'ordinanza di remissione, il *pronunziato* del giudice costituzionale...»¹⁰².

Il coinvolgimento giudiziale nella risoluzione della *quaestio legitimitatis* è rivolto «a *sollecitare una più corretta interpretazione delle leggi da parte dei giudici*» e a farli «*collaborare* alla delineazione dei profili e delle ragioni di incostituzionalità sui quali la Corte sarà chiamata ad emettere il definitivo giudizio»¹⁰³, insomma a «responsabilizzare i giudici e indurli a collaborare»¹⁰⁴.

In definitiva, il notevole coinvolgimento del giudice comune risponde allo scopo di far apparire la *decisione costituzionale* come *sostenuta e solidalmente condivisa dal potere giudiziario*, e perciò più giustificato dinanzi al potere legislativo l'intervento eventualmente "creativo" della Corte costituzionale, in una operazione cioè volta all'*acquisizione di consenso* che costituisce la necessaria e più profonda *radice della sua legittimazione*. Una operazione che rappresenta, sul piano istituzionale, un più aggiornato tentativo di giustificazione di quella giurisprudenza c.d.

parte di chi scrive. Ma si è osservato in proposito: «se è vero che quello che la Corte costituzionale sembra in realtà volere impedire mediante il requisito di ammissibilità (...), non è tanto l'ingresso di questioni di costituzionalità per cui si pongano più risposte normative possibili per la richiesta addizione, quanto di *quaestiones* per la cui soluzione (mediante l'aggiunta della disciplina carente) il giudice rimettente non abbia che un'unica, comunque una prima od una principale, proposta da fare, allora l'orientamento giurisprudenziale in esame può abbastanza agevolmente inquadarsi in quella che appare una più complessa tendenza (...) che, tra alti e bassi, sembra caratterizzare la giurisprudenza almeno negli ultimi anni: quella ad una *sempre maggiore implicazione del giudice a quo* nella risoluzione dell'incidente di costituzionalità» (F. MODUGNO, P. CARNEVALE, *Sentenze additive, "soluzione costituzionalmente obbligata", e declaratoria d'inammissibilità per mancata indicazione del "verso" della richiesta addizione*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1990, 528 (corsivo mio). In questa tendenza rientrano sia la «non scrutinabilità di questioni aventi riguardo a più norme ricavabili da una medesima disposizione rispetto alle quali il giudice non abbia manifestato una definitiva scelta interpretativa» (*ibidem*), sia l'esclusione di motivazioni *per relationem*, sia la stessa generale anche se tendenziale, «auto preclusione ad adottare pronunzie interpretative di rigetto in contrasto con il c.d. diritto vivente» (*ibidem*), sia, infine, il «sempre più penetrante *controllo* esercitato sulla motivazione della rilevanza ed *anche della non manifesta infondatezza*» (*ibidem*; corsivi miei).

¹⁰² *Ibidem*, 530, con accentuazione del tasso di concretezza del sistema incidentale del controllo di costituzionalità.

¹⁰³ F. MODUGNO, *La funzione legislativa complementare della Corte costituzionale*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1981, I, 1650.

¹⁰⁴ L. CARLASSARE, *Le decisioni di inammissibilità e di manifesta infondatezza della Corte costituzionale*, in *Foro italiano*, 1986, V, 305.

creativa della Corte costituzionale che, sul piano teorico, aveva trovato con successo sostegno nella dottrina crisafulliana delle “rime obbligate”.

10. *Interpretazione conforme e “diritto vivente”. Invito e non obbligo per il giudice*

Il metodo (o canone) dell'interpretazione adeguatrice privilegia *il valore superiore della Costituzione*, non solo in quanto applicabile dalla Corte in sede di giudizio costituzionale, ma *ancor prima* anche dal giudice comune, proprio perché esso, in quanto valore, *permea l'intero ordinamento* ad ogni livello (istituzionale) di interpretazione-applicazione delle norme costituzionali.

Si tratta – è vero – di una attenuazione del principio (pure costituzionale) del c.d. monopolio del sindacato (accentrato) di costituzionalità delle leggi attribuito alla (sola) Corte costituzionale – attenuazione peraltro fondata sul corretto bilanciamento tra due principi costituzionali, quello di *superiorità globale* della Costituzione e l'altro del monopolio del sindacato attribuito alla Corte, che mantiene la sua valenza per ciò che concerne la “dichiarazione di incostituzionalità – per la ragione assorbente che *la Costituzione va*, comunque sia, *direttamente applicata*, ove possibile, evitando in tal modo lo stesso sindacato (accentrato) di costituzionalità, fino al punto (invero criticabile e criticato nella sua rigida consequenzialità) che, se il giudice non svolge affatto o, addirittura, se solo difetta nella interpretazione adeguatrice, la Corte può arrivare (ed è spesso indiscriminatamente arrivata) ad emettere una decisione (ordinanza) di inammissibilità (manifesta!) della *quaestio*.

Se allora, il principio di supremazia (globale e pervasiva) della Costituzione può ben giustificare una simile tendenziale trasformazione del sindacato di costituzionalità accentrato in una sorta di sindacato, non già diffuso, bensì “collaborativo” (con i giudici comuni); se, cioè codesta giurisprudenza costituzionale si intenda come una *sollecitazione*, un *invito* ai giudici di ricercare direttamente l'interpretazione conforme a Costituzione, limitando il ricorso alla Corte «a quei casi in cui la legge appare al giudice effettivamente e irrimediabilmente viziata»¹⁰⁵, non sembra si possa parlare di “stravolgimento” del nostro sistema di giustizia

¹⁰⁵ F. MODUGNO, *Inammissibilità*, cit., 2412. Sul problema v. ampiamente M. RUOTOLO, *Interpretazione conforme*, cit., 57 ss.

costituzionale. *Se però* al giudice si richiede «qualcosa in più che l'accertamento del ragionevole dubbio circa la conformità a Costituzione della disposizione che si trova a dover applicare nel giudizio (...): se il giudice, per poter sollevare la questione di legittimità costituzionale, deve ritenere che non sia possibile una interpretazione conforme a Costituzione – eventualmente anche disattendendo l'orientamento espresso in precedenza dalla Cassazione – vuol dire che è certo dell'incostituzionalità della norma»¹⁰⁶. Una certezza (subiettiva) dell'incostituzionalità che non solo potrà essere smentita dalla Corte, ma soprattutto una *certezza obiettivamente mai raggiungibile* a livello di giurisdizione comune (proprio perché, giuridicamente, *la certezza dell'incostituzionalità* è affidata e riservata alla decisione della *sola Corte costituzionale*). E, se non può essere certezza, essa è, tutt'al più, probabilità. In questo senso sarebbe possibile proporre una correzione della seconda parte della icastica asserzione della Corte, secondo la quale «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». Corretta e persuasiva nella prima parte, proprio perché la giurisdizione della Corte non è giurisdizione d'interpretazione, non è idonea ad imporre interpretazioni, è erronea (implausibile) nella seconda parte e andrebbe corretta nel modo seguente: «perché è difficile (improbabile) darne interpretazioni costituzionali»¹⁰⁷. In questo modo al giudice comune non si chiederebbe propriamente un positivo convincimento sulla incostituzionalità della legge, bensì un convincimento tanto sulla *difficoltà* di esperire con successo l'interpretazione conforme della disposizione legislativa, quanto sulla *probabilità* che la Corte abbia a sancire l'incostituzionalità della norma.

In questo ordine di idee, l'interpretazione conforme che il giudice comune deve compiere prima di sollevare la *quaestio* davanti alla Corte può costituire un vero e proprio obbligo? L'unico obbligo per ogni (singolo) giudice è quello di rispettare ed applicare la legge (dopo averla in-

¹⁰⁶ M. RUOTOLO, *L'interpretazione conforme a Costituzione nella più recente giurisprudenza costituzionale. Una lettura alla luce di alcuni risalenti contributi apparsi nella Rivista "Giurisprudenza costituzionale"*, in AA.VV., *Corte e processo costituzionale nell'esperienza della Rivista "Giurisprudenza costituzionale" per il cinquantesimo anniversario*, (a cura di A. Pace), Milano 2006, 906.

¹⁰⁷ F. MODUGNO, *Sulla specificità dell'interpretazione costituzionale*, in ID., *Scritti sull'interpretazione costituzionale*, Napoli 2008, 260; cui aderisce M. RUOTOLO, *La Cassazione*, cit., 126.

terpretata – s'intende – anche alla luce della Costituzione (art. 101 cpv. Cost.; art. 12 disp. prel.). Nessuno può imporre (altri) obblighi al giudice. Neppure la Corte costituzionale. Tutt'al più esso può essere considerato un *onere* processuale: “se il giudice non procede al tentativo di interpretazione conforme, allora la Corte potrà dichiarare inammissibile la proposizione della *quaestio*”. Ma si tratta di un onere implicito nella funzione giurisdizionale, la quale consiste nella applicazione della legge ai casi concreti, dopo averla interpretata, se è vero che l'interpretazione conforme rientra a pieno titolo – e al primo posto – tra gli argomenti ermeneutici per desumere dalle (o proporre per le) disposizioni legislative le norme. Al primo posto, anche perché la interpretazione conforme è ritenuta dalla stessa Corte costituzionale «canone ermeneutico preminente» in quanto rispondente al «principio di supremazia costituzionale» (v. per es. sentt. n. 113 del 2000, n. 316 del 2001).

Ora, l'interpretazione conforme a Costituzione è “prevalente” anche rispetto al formatosi “diritto vivente”, rappresentato da una costante e generale interpretazione giurisprudenziale delle disposizioni legislative (soprattutto se avvalorata dalla giurisprudenza “nomofilattica” della Cassazione o, comunque sia, dai giudici di ultima istanza), “diritto vivente” di dubbia costituzionalità?

Sulla questione si rinvergono esplicite affermazioni nella giurisprudenza costituzionale, secondo le quali «al giudice non è precluso, nell'esercizio dei poteri interpretativi che gli sono propri e che non richiedono alcun avallo costituzionale, pervenire ad una lettura della norma *secundum constitutionem* anche in presenza di un orientamento giurisprudenziale univoco» (ordd. n. 158 del 2000; n. 367 del 2001; n. 3 del 2002)¹⁰⁸.

Una simile prevalenza del metodo della interpretazione conforme sul c.d. diritto vivente potrebbe ritenersi giustificata allorché la Corte «rivolge esplicitamente ai giudici l'*invito* a seguire una interpretazione conforme, anche in presenza di un diritto vivente o di un orientamento giurisprudenziale univoco»¹⁰⁹. Se però l'invito si tramuta in perentorio obbligo od onere (con conseguente eventuale dichiarazione d'inammissibilità), allora la Corte, rinunciando a pronunciarsi su una questione sorretta da una interpretazione minoritaria destinata ad essere annullata dalla pronuncia dei “giudici superiori”, effettivamente può indurre il giudice «a seguire un'interpretazione in certo senso “sui-

¹⁰⁸ Primo corsivo mio.

¹⁰⁹ R. ROMBOLI, *Qualcosa di nuovo*, cit., § 6 (corsivo mio).

cida”»¹¹⁰. E se poi la questione venga proposta dalla Cassazione, il dialogo diretto con la Corte costituzionale potrebbe (come è avvenuto) risolversi in una divergenza interpretativa tale da «porre in discussione o (...) delegittimare la funzione nomofilattica della prima»¹¹¹.

Tuttavia, può osservarsi sul punto che la interpretazione conforme a Costituzione viene inevitabilmente a *sovrapporsi* alla stessa tradizionale *funzione nomofilattica*, o, per meglio dire, a riempire quest’ultima di un *nuovo contenuto necessario*, come risulta, inequivocabilmente, per es., dalla sentenza costituzionale n. 332 del 2001, nella quale si asserisce che la qualificazione come “diritto vivente” di una certa interpretazione da parte della Cassazione «non può vincolare, da sola, il giudice di legittimità ad un’opzione interpretativa pur ritenuta lesiva di valori costituzionali, atteso che *proprio alla Corte di cassazione l’ordinamento attribuisce la funzione di nomofilachia, cui si ricollega la stessa formazione, e perciò anche l’evoluzione nel tempo, del diritto vivente*»¹¹². E sembra difficile contestare codesta asserzione: è la stessa formazione del diritto vivente a doversi ritenere condizionata dal tentativo di interpretazione conforme!

Ciò non toglie che non sia necessariamente la interpretazione resa dalla Corte costituzionale a prevalere su quella della Cassazione, e neppure che la richiesta di una interpretazione costituzionalmente conforme al giudice *a quo* possa senz’altro qualificarsi come un vero e proprio “onere” al cui inadempimento seguirà sempre, invariabilmente, una dichiarazione di inammissibilità. Soprattutto, l’invito al giudice a seguire un’interpretazione conforme non s’identifica affatto con un vincolo all’interpretazione resa dalla Corte costituzionale e non esclude la libertà interpretativa dei giudici, come risulta dalla significativa sentenza costituzionale n. 470 del 2002, nella quale si afferma, con estrema chiarezza, che *l’interpretazione resa dalla Corte costituzionale non è affatto vincolante per i giudici in genere e soprattutto per la Cassazione*, la quale, «ri-fiutando di far propria l’interpretazione prospettata da questa Corte e contestualmente sollevando questione di legittimità costituzionale non altro ha fatto che esercitare il potere-dovere di interpretare la legge che l’art. 101 Cost. riconosce a qualsiasi giudice e certamente riconosce ad un giudice cui “quale organo supremo della giustizia” l’ordinamento giudiziario (art. 65) affida il compito di assicurare l’“esatta osservanza e l’uniforme interpretazione della legge”».

¹¹⁰ *Ibidem.*

¹¹¹ *Ibidem.*

¹¹² Corsivo mio.

LA PERSONA UMANA
FRA TOTALITARISMO E STATO COSTITUZIONALE.
PRIME RIFLESSIONI*

SOMMARIO: 1. Totalitarismo contemporaneo e distruzione della coscienza individuale. – 2. «La goccia d’acqua sulla pietra calda»: la dissoluzione della persona umana nel totalitarismo. La fine della responsabilità “personale” di fronte alla storia. – 3. La *debolezza* della condizione umana come orizzonte di senso dei processi di fondazione dello Stato costituzionale liberal-democratico: all’origine della c.d. “clausola di Ulisse”... – 4. (*segue*): le crisi, la fallacia dell’“Ulisse liberato” e la tutela della generazione di ieri nei confronti delle generazioni di domani.

1. *Totalitarismo contemporaneo e distruzione della coscienza individuale*

Nonostante *da sempre* nella storia siano presenti feroci componenti totalitarie nella violenza umana (basti pensare all’uomo-schiavo ridotto a mera *res*), la disamina più profonda ed attenta sulle forme moderne di totalitarismo ha colto negli orrori della seconda guerra mondiale il radicale e sistematico tentativo di cancellare il concetto stesso di persona umana, quale soggetto intrinsecamente capace di libere relazioni¹. Al fondo di

* Il presente contributo è destinato agli *Scritti in onore di Gaetano Silvestri*.

¹ Segnatamente, si prenderanno in considerazione in tale sede i due principali contributi di H. ARENDT: *Le origini del totalitarismo* (1948), Torino 1999 e *La banalità del male, Eichmann a Gerusalemme* (1963), Milano 2001. Ma della filosofa ebrea v. pure, per interessanti sviluppi, *Antologia. Pensiero, azione e critica nell’epoca dei totalitarismi*, Milano 2006; *Responsabilità e giudizio*, Torino 2010. Nell’ampia letteratura sui totalitarismi – e sulla distinzione fra Stato totalitario e Stato autoritario – v. pure spec. E. LEDERER, *The State of the Masses: The Threat of the Classless Society* (1940), trad. it. *Lo Stato delle masse. La minaccia della società senza classi*, a cura di M. Salvati, Milano 2004; F. NEUMANN, *The Democratic and the Authoritarian State*, New York (1957), trad. it. *Lo Stato democratico e lo Stato autoritario*, Bologna 1973; C.J. FRIEDRICH, Z.K. BRZEZINSKI, *Total-*

tali regimi – meglio: di alcuni fra questi – v'era l'inquietante disegno volto ad affermare una sorta di umanità *senza persone*, una comunità fondata sulla costruzione escatologica di un "uomo nuovo", non nel senso religioso-paolino (Ef., 2, 15 e 4, 24), ma ideologico-politico del termine: un "Uomo astratto", *puro, obbediente e privo di debolezze*². Un siffatto progetto – che mirava ad assorbire nell'*impersonalità* delle dinamiche di massa la possibilità stessa di adeguati rapporti *interpersonali* – era teso insomma a ricreare frammenti umani perfettamente ripetibili, veri e propri automi senz'anima.

Per certi versi, paradossalmente, tale "programma" era reso più semplice dalla stessa teorica individualistica ottocentesca, protesa verso la giusnaturalistica costruzione di un individuo libero e uguale, «svincolato da qualsiasi forma di appartenenza e dipendenza al fine di spezzare le ge-

itarian Dictatorship and Autocracy, Cambridge 1965; J.L. TALMON, *Le origini della democrazia totalitaria*, Bologna 1967; J.J. LINZ, *Sistemi totalitari e regimi autoritari. Un'analisi storico comparativa*, Soveria Mannelli 2006. Nelle opere di studiosi italiani, cfr. fra i molti, A. ACQUARONE, *L'organizzazione dello Stato totalitario*, Torino 1965; AA.VV., *Nazismo, fascismo, comunismo. Totalitarismi a confronto*, Milano 1998; S. FORTI, *Totalitarismo*, Roma-Bari 2001; R. TRAVERSO, *Il totalitarismo*, Milano 2002; M. STOPPINO, *Totalitarismo*, in *Dizionario di politica*, a cura di N. Bobbio, N. Matteucci e G. Pasquino, Torino 2004, 989 ss.; E. GENTILE, *La via italiana al totalitarismo. Il partito e lo Stato nel regime fascista*, Roma 2008; J. CHAPOUTOT, *Controllare e distruggere. Fascismo, nazismo e regimi autoritari in Europa (1918-1945)*, Torino 2015. Se i caratteri che definiscono lo Stato totalitario variano sensibilmente nei diversi contributi appena ricordati, si possono quantomeno ricordare i cinque fattori essenziali descritti da F. NEUMANN, *Lo Stato democratico*, cit., 343 ss.: a) il passaggio dallo Stato di diritto ad un regime di polizia in cui opera una presunzione non più *a favore* ma *contro* i diritti del cittadino (e, specularmente, a favore del potere coercitivo dello Stato); b) la concentrazione del potere, la cui diffusione mediante qualsivoglia meccanismo liberale di distribuzione – orizzontale o verticale – diviene incompatibile con il totalitarismo; c) l'esistenza di un partito unico, con funzione anche psicologico-sociale nei confronti della "società di massa"; d) l'assorbimento (ed il dominio) della società ad opera dello Stato, mediante, fra l'altro, il principio della *leadership*, la creazione di una gerarchia delle élites, la strumentalizzazione ai fini del regime di tutte le organizzazioni sociali, l'indebolimento delle unità sociali tradizionali ed il processo di atomizzazione ed isolamento dell'individuo; e) il ricorso al terrore come minaccia generica di violenza imprevedibile. È evidente peraltro che, accanto al *terrore* ed alla *polizia segreta* – che tuttavia non mancarono nel passato: si pensi ai reparti segreti di giovani spartani chiamati a terrorizzare di quando in quando gli iloti – la forma moderna di totalitarismo è strettamente intrecciata allo sviluppo industriale della società ed ai mezzi di comunicazione di massa.

² Rispetto alla rivoluzione sovietica, nella Germania nazista l'incidenza del totalitarismo sulla morale fu più estrema, radicale e diffusa: la morale «si afflosciò come un vuoto insieme di *mores*»: in tal senso, cfr. H. ARENDT, *Alcune questioni di filosofia morale*, Torino 2006, 7 s.

rarchie della società ordinata per ceti»³. Senonché, il passaggio al totalitarismo determinò un'eterogenesi del fine: la concezione "egualitaria-astratta" dell'uomo fu piegata a strumento *contro* la sua libertà, rifiutandosi in modo drammatico l'idea della persona umana come *homo situè*, caratterizzato dalle *molteplici appartenenze*, le cui *peculiari fragilità* vanno riconosciute all'interno del legame che unisce l'uomo al resto degli uomini⁴. Si sa, peraltro, che i regimi totalitari impongono per la loro ascesa e sopravvivenza la frantumazione del complesso delle relazioni, e quindi dei *legami*, che *fondano* e *strutturano* la persona (familiari, amici, sociali, religiose), fino al punto da privare gli individui di uno spazio comunitario vitale, compresa la rispettiva sfera *privata*, stritolata nel *totuum* statale che rinnega la distinzione fra Stato e società civile⁵.

La creazione dei ghetti per gli ebrei sotto Hitler, l'emigrazione coatta e la deportazione nei campi di sterminio, come la deportazione dei kulaki da parte di Stalin, sono in tal senso strumenti di "massacro amministra-

³ Su tale vocazione – poi ampiamente tradita nell'emersione della cittadinanza *nazionale* – v. da ultimo C. MARGIOTTA, *Cittadinanza europea. Istruzioni per l'uso*, Roma-Bari 2014, 8.

⁴ Almeno per chi si muove entro una prospettiva metafisica, una volta smarrito il legame (*religio*) "verticale" con un Padre trascendente, si rischia di smarrire anche le coordinate del legame "orizzontale", che dovrebbe unire gli esseri umani, figli dello stesso Padre: la *fraternità*, che è il concetto meta-giuridico all'origine dell'idea giuridica di uguaglianza (ma, per la possibilità che «la relazione fraterna possa essere sostenuta, riconosciuta, promossa, aiutata ad organizzarsi in modo più efficace dall'ordinamento giuridico e dall'azione istituzionale», v. F. PIZZOLATO, *Il principio costituzionale di fraternità. Itinerario di ricerca a partire dalla Costituzione italiana*, Roma 2012, 61). È pur vero, d'altro canto, che l'assenza del legame orizzontale rende del tutto astratto – più difficile da intendere – e inutile (se non falso) il richiamo al legame con un essere trascendente. In questo quadro, il totalitarismo si affretta a sostituire la ricordata relazione verticale con una forma metafisica di razionalità sopra-individuale cui risultano asservite tutte le azioni dell'uomo.

⁵ Uno dei legami, tra i più importanti (anche ai fini del concetto di laicità), è ben simboleggiato dall'episodio evangelico della moneta di Cesare: Gesù, nel chiedere ai suoi interlocutori di chi sia l'immagine sulla moneta, da autentico ebreo sottintende che l'uomo è fatto «a immagine di Dio»: dunque la "moneta" è di Cesare, ma "l'uomo è di Dio". In particolare S. AGOSTINO [in *Commento al Vangelo di San Giovanni*, Roma 1965, 17] coglie la *natura teandrica* – divina e umana allo stesso tempo – dell'uomo e di Cristo stesso ("Dio con noi"): «noi siamo moneta di Dio, una moneta sfuggita dal tesoro. *L'errore ha cancellato l'effigie che era impressa su di noi*: ma è venuto colui che rinnova l'impronta che egli stesso aveva prima fatto su di noi: cerca egli stesso la sua moneta, così come Cesare la sua. Per questo dice il Signore: "rendete a Cesare quello che è di Cesare, e a Dio quello che è di Dio" (Mt. 22,21). A Cesare i denari, a Dio voi stessi. Allora la verità risplenderà in noi» (nostro il c.vo).

tivo” di soggetti e famiglie già resi oltremodo “fragili”. Attraverso la forza – il monopolio (paradossalmente) legittimo della sua violenza – lo Stato totalitario mette in piedi una distruzione pianificata, che paradossalmente, in quanto *organizzazione/istituzione*, costituisce essa stessa *diritto* (secondo le celebri pagine di Santi Romano). Lo scopo di questo diritto punitivo è, fra l’altro, sfiancare i “nemici oggettivi” (razziali, nel caso del nazismo) anche con la fatica di un lavoro (forzato) che riacquista il suo significato etimologico di *condanna*⁶. Privato, com’è, di *qualsiasi senso* nella prospettiva della dignità umana, esso induce i (resi) “deboli” a percepirsi come *soggetti inutili*⁷.

È qui che si scorge il nocciolo duro dei crimini contro l’umanità, quelli che tentano di cancellare il *senso* dell’uomo nel mondo, negandone la natura di *fine* (e mai di mezzo) ed instillando la pericolosa idea che qualcuno possa essere considerato (e considerarsi) “superfluo”.

Invero, la locuzione “crimini contro l’umanità” non nasce con la seconda guerra mondiale. Essa viene, ad esempio, impiegata precedentemente dai Paesi sconfitti nella Grande Guerra – fra i quali la Germania e l’Austria – per accusare i vincitori di voler imporre con i Trattati di pace condizioni talmente irragionevoli da mettere letteralmente alla fame e ridurre in estrema povertà le popolazioni di lingua tedesca e ciò che rima-

⁶ Cfr. H. ARENDT, *Vita activa* (1958), Milano 2011, 58 e sul punto, di recente, C. SALAZAR, *La Costituzione, i diritti fondamentali, la crisi: «qualcosa di nuovo, anzi d’antico?»*, in AA.VV., *Lavoro e Diritti nella crisi europea. Un confronto fra costituzionalisti e giuslavoristi*, in corso di stampa, 102.

⁷ Quanto allo sfruttamento di tale lavoro per profitti altrui, si pensi agli impianti delle industrie Krupp e Siemens ad Auschwitz: cfr. H. ARENDT, *La banalità del male*, cit., 87. Sulla dignità della persona umana, v. almeno A. RUGGERI-A. SPADARO, *Dignità dell’uomo e giurisprudenza costituzionale (prime notazioni)*, in AA.VV., *Libertà e giurisprudenza costituzionale*, a cura di V. Angiolini, Torino 1992, 221 ss. (e in *Pol. dir.*, 1991, 343 ss.); G. PIEPOLI, *Dignità e autonomia privata*, in *Pol. dir.*, 1/2003, 45 ss.; M. RUOTOLO, *Appunti sulla dignità umana*, in *Direitos Fundamentais e justiça*, n. 11/2010; G. MONACO, *La tutela della dignità umana: sviluppi giurisprudenziali e difficoltà applicative*, in *Pol. dir.*, 1/2011, 45 ss.; A. RUGGERI, *Appunti per uno studio sulla dignità dell’uomo, secondo diritto costituzionale*, in *Rivistaaic*, 1/2011 (ma v. pure ID., *Appunti per una voce di enciclopedia sulla dignità dell’uomo*, in www.dirittifondamentali.it, 15.04.2014); G. SILVESTRI, *La dignità umana come criterio di bilanciamento dei valori costituzionali*, in AA.VV., *Studi in onore di Pierfrancesco Grossi*, a cura di A. D’Atena, Milano 2012, 1179 ss. (ma v. pure ID., *Considerazioni sul valore costituzionale della dignità della persona*, in www.associazionedicostituzionalisti.it); A. PIROZZOLI, *La dignità dell’uomo. Geometrie costituzionali*, Napoli 2012; S. RODOTÀ, *Il diritto ad avere diritti*, Roma-Bari 2013. Nella letteratura straniera cfr., da ultimo, A. BARAK, *Human Dignity: The Constitutional Value and the Constitutional Right*, Cambridge 2015.

neva dell'impero austroungarico⁸. Anche in quelle vicende, insomma, fu avvertito il totale disinteresse per il *senso* dell'uomo nel mondo, per la sua dignità. Ed il denunciato cinismo accomunò non solo il nazionalismo revanscista francese, ma anche lo stesso governo inglese, in ciò criticato addirittura dall'economista Keynes, a quel tempo già noto ed apprezzato⁹.

Di fondo, nei totalitarismi del Novecento v'era poi una visione "mistica" o, meglio, "neopagana", incompatibile con altre "trascendenze" che richiedono potenzialmente un'obbedienza tale da minare la fedeltà al regime. Non v'era spazio dunque per *una religiosità* ulteriore a quella che rende il singolo capace di sacrificare se stesso al *tutto*, sentendosi parte di un superiore spirito razionale che anima una impresa percepita come unica nella storia del mondo¹⁰. Così, qualsivoglia legame, religioso, amicale, familiare, associativo, *doveva* essere reciso ove impedisse che l'ingranaggio organicistico statale inglobasse completamente il singolo¹¹.

Si spiega in tal modo non solo, ad esempio, l'esistenza di uno speci-

⁸ In particolare, la stampa viennese considerò l'accordo austriaco (il Trattato di Saint-Germain, anche se quello di Versailles era ispirato dalla medesima logica) «uno schiaffo a tutto ciò che lega l'uomo all'uomo, un crimine contro la stessa umanità, contro un popolo sofferente e torturato»: il passaggio è riportato da N. WAPSHOTT, *Keynes o Hayek. Lo scontro che ha definito l'economia moderna*, Milano 2015, 28.

⁹ Com'è noto, John Maynard Keynes partecipò alla Conferenza di pace di Parigi come consigliere del Primo ministro Lloyd George sulle strategie negoziali, per poi rassegnare successivamente le proprie dimissioni una volta convinto che le riparazioni di guerra imposte dai Paesi vincitori, considerate offensive e crudeli, avrebbero seriamente compromesso le speranze di una pace permanente in Europa e facilitato l'ascesa dell'estremismo politico nei territori sconfitti. Alla fine di tale esperienza avrebbe formalizzato il suo *j'accuse* (anche) al proprio Paese nella celebre opera *The Economic Consequences of the Peace*. Sull'intera vicenda, v. nuovamente N. WAPSHOTT, *op. cit.*, 13 ss.

¹⁰ Cfr. H. ARENDT, *La banalità del male*, cit., 113 (all'interno di una ricerca volta a ricostruire l'essenza del totalitarismo e non semplicemente ad analizzare singoli avvenimenti concreti). Le ideologie totalitarie del Novecento – naziste e comuniste – divennero vere e proprie «eresie secolari» o, se si vuole, «cosmogonie spirituali», come le definisce M. DUVERGER, *Les partis politiques* (1951), trad. it. *I partiti politici*, Milano 1961, 163 ss. Nell'analisi del PCI russo, l'A. individua infatti due elementi essenziali della natura totalitaria del partito: quello *materiale* – consistente nello sforzo di inquadrare tutte le attività dell'individuo attraverso svariati organismi collaterali ai quali il singolo deve appartenere in modo che non sia mai lasciato solo con se stesso – e quello *spirituale*, un vero e proprio «catechismo» o, se si vuole, «un sistema generale di spiegazione del mondo che ne esclude ogni altro». In tal senso, il partito totalitario è non solo «omogeneo» e «chiuso», ma anche «sacro» (e, in quanto tale, oggetto di «culto»).

¹¹ Cfr. spec. E. LEDERER, *op. cit.*, *passim*.

fico ufficio nazista che si occupava della “lotta contro le Chiese”¹², ma altresì l’effetto *boomerang* subito anche dai più crudeli carnefici dei totalitarismi del Novecento, privati essi stessi del proprio lato “umano” a causa delle loro efferatezze. Non solo a questi si è chiesto di *tradire*, se necessario, i legami più cari in nome della fedeltà al regime, ma è stato loro possibile ubbidire agli ordini ricevuti solo grazie alla *rinuncia al giudizio morale*, a costo insomma di sancire, direbbe la Arendt, il trionfo del *thoughtlessness*, il rifiuto del *pensiero* come dialogo cosciente (e solitario) con se stessi, vera e propria origine dell’azione morale. Del resto, i concetti stessi di coscienza e di giudizio presuppongono una sorta di “fermo immagine” della realtà, che parrebbe per ciò stesso incompatibile con il “perenne movimento” e la continua mutazione necessari ai regimi totalitari (soprattutto a quello nazionalsocialista)¹³.

Così, anche l’umanità del carnefice viene sacrificata sull’altare del c.d. decisionismo occasionalistico – dimentico di Dio e dell’*humanitas*¹⁴ – per il quale si deve esser disposti anche a sacrificare i propri affetti e/o a contaminarli con il delirio tipico dei dittatori totalitari (si pensi ad Hitler ed a Stalin) che paranoicamente scorgono complotti ovunque¹⁵. Il comando è comunque vincolante pure se, richiedendo la c.d. «obbedienza cadaverica» (*Kadavvergehorsam*)¹⁶, impone di uccidere vittime che non si odiano per propri motivi personali. In tal senso, si è di fronte ad un male non «radicale» – ma appunto banale – perché «privo di radici» e proprio per tale motivo capace di «raggiungere vertici impensabili, macchiando il mondo intero»¹⁷.

Si consideri poi che è il Führer – i cui ordini sono fonti del diritto che non hanno necessità di (e non riescono fino in fondo ad) “oggettivarsi” – ad incarnare la *GesetzKraft*, posto che il primo costituisce in sé la «forma politica» della vita del popolo tedesco. Stante tale “identificazione”, il suo comando non ha dunque necessità di essere mediato dalla

¹² Cfr. H. ARENDT, *La banalità del male*, cit., 152.

¹³ Su tale aspetto – e in specie sul richiamo alla tesi di Sigmund Neumann sulla c.d. *Permanent Revolution* – cfr. M. STOPPINO, *Totalitarismo*, cit., 988, 993.

¹⁴ Sulla critica di K. Lowith al decisionismo schmittiano, v. *Il decisionismo occasionale di Carl Schmitt*, in K. LÖWITH, *Critica dell’esistenza storica*, Napoli, 1967, 113 ss. Sul punto, nella letteratura costituzionalistica italiana, v. per tutti A. SPADARO, *Contributo per una teoria della Costituzione, I, Fra democrazia relativista e assolutismo etico*, Milano 1994, 395 ss.

¹⁵ Cfr. E. CANETTI, *Massa e potere*, Milano 1981, spec. 528 ss.

¹⁶ Cfr. H. ARENDT, *La banalità del male*, cit., 142.

¹⁷ V. H. ARENDT, *Alcune questioni*, cit., 55.

legge tradizionalmente intesa quale “diaframma freddo” fra il soggetto che detiene il potere e chi vi è assoggettato¹⁸. Di più: essere “ligi alla legge” richiedeva di agire *come se* il soggetto agente fosse il Führer, quasi attraverso un esperimento mentale. Non casualmente solo la morte del dittatore avrebbe spezzato questo giuramento di “identità” e, con esso, il vincolo al quale il diritto inchiodava l’esecutore (il “depositario”) dell’ordine. Ma, quanto più il comando asserviva i suoi esecutori, tanto più la sua osservanza veniva da questi intesa come uno *scarico* di responsabilità.

Così, la coscienza dei più venne progressivamente “a patti” con un nuovo ordine di valori attraverso la rinuncia di ciascuno ad un giudizio morale personale e “senza guida”, consegnandosi allo Stato l’unico scettro del (presunto) discernimento. Di qui il completo capovolgimento dell’ordine morale, ben descritto da H. Arendt, che priva il singolo delle categorie per scorgere l’eventuale natura manifestamente criminale del comando¹⁹. Di conseguenza, appare giustamente inutile alla filosofa ebrea che nel processo ad Eichmann si cerchi di accertare la naturale propensione del gerarca ad obbedire alla legge per dimostrarne la colpevolezza nell’aver mandato a morte migliaia di ebrei²⁰. La legge, infatti, non «esprime soltanto ciò che la coscienza direbbe all’uomo anche se (quest’ultima) non ci fosse»²¹, come del resto insegna già l’antico scontro sofocleo fra Antigone e Creonte²². In secondo luogo, poi, col tempo *la coscienza personale* – su cui potrebbe/dovrebbe fondarsi un giudizio *di giustizia* sulle stesse leggi – viene svuotata dall’interno, in modo che i suoi valori vengano a coincidere con quelli di volta in volta sottesi al comando da eseguire.

¹⁸ C. SCHMITT, *Principi politici del nazionalsocialismo*, Firenze 1935. Sul punto v. pure G. AGAMBEN, *Homo sacer. Il potere sovrano e la nuda vita*, Torino 2005, 205 s.

¹⁹ Così, nel “caso Eichmann”, la Arendt (in *Le polemiche sul caso Eichmann*, Appendice a ID., *La banalità del male*, cit., spec. 294) discorre espressamente di una inversione dell’ordinario rapporto eccezione-regola, a sua volta invece «fondamentale per riconoscere la criminalità o meno di un ordine».

²⁰ A tale processo, svoltosi a Gerusalemme nel 1963, com’è noto, Hannah Arendt partecipò quale inviata del *New Yorker*.

²¹ Cfr. H. ARENDT, *La banalità del male*, cit., 295.

²² Su cui v. spec. F. OST, *Mosè, Eschilo, Sofocle. All’origine dell’immaginario giuridico*, Bologna 2007, 173 ss. Per un interessante sviluppo del tema, v. di recente A. MORELLI, *I diritti senza legge*, in *Consulta On line*, 1/2015.

2. «La goccia d'acqua sulla pietra calda»: la dissoluzione della persona umana nel totalitarismo. La fine della responsabilità "personale" di fronte alla storia

Per comprendere maggiormente con quale pervasività possa agire la propaganda totalitaria, si potrebbe richiamare il racconto del Grande Inquisitore di Dostoevskij²³, in cui la suprema autorità religiosa giustifica la volontà dei singoli di inginocchiarsi al suo cospetto quale segno della scelta di deresponsabilizzarsi, rimettendo alla sua valutazione le "pesanti" scelte di coscienza. In filigrana, potrebbe cogliersi nel racconto il bisogno di chinarsi dinanzi al potere anche, paradossalmente, per non rischiare sulla propria pelle il giudizio e l'emarginazione sociale e per non essere esclusi da quella "massa" (la *μαζα*, impasto non lievitato) che offre sicurezza al singolo, altrimenti annientato dalla tragedia della sua solitudine. In tal senso, il "rito" non serve unicamente a chi esercita il potere, ma anche a chi ne viene assoggettato: accogliere l'ideologia totalitaria, che struttura il modello sociale necessario al c.d. *desiderio mimetico*, significa infatti farsi "abbracciare" da un formidabile, per quanto asfissiante, collante sociale, che crea orizzonti comuni di senso ed assicura l'inclusione nella "nuova" società da costruire²⁴.

Certo, per rinunciare a tale comoda sicurezza occorre una particolare saldezza morale. Verrebbe naturale fare riferimento all'immagine – anche qui fornita dalla letteratura – di un Abramo che *con timore e tre-*

²³ Cfr. F.M. DOSTOEVSKIJ, *I fratelli Karamazov*, vol. I, Milano 1979, 263 ss.

²⁴ Per la fondamentale teoria sulla natura *mediata/mimetica* del desiderio personale, in teoria assai di rado davvero autonomo ed originale, perché inevitabilmente filtrato dal riferimento ad un modello (individuale o sociale: "voglio qualcosa perché lo vogliono l'altro o gli altri"), cfr. R. GIRARD, *Menzogna romantica e verità romantica: le mediazioni del desiderio nella letteratura e nella vita*, Milano 1961, *passim*. È chiaro che ogni processo di *mimesi* rende per definizione inutile, o assai fragile, il giudizio di coscienza: l'imperativo psicologico di adeguarsi agli altri è incompatibile con l'esistenza reale di un autentico, *proprio* quadro di valori. Va comunque ricordato che fra i meccanismi di controllo sui singoli derivanti dalla c.d. "tirannia sociale" non v'è solo la *mimesi*, ma anche la c.d. *spirale del silenzio*, non esattamente corrispondente alla prima. Si tratta, fra l'altro, della tendenza dei singoli – una volta che (pur erroneamente) si percepiscono "accerchiati" da una dominante coscienza sociale (oppure da una diffusa opinione pubblica) – a desistere dall'esprimere convincimenti *anticonformisti*: su punto v. il pionieristico lavoro di E. NOELLE NEUMANN, *La spirale del silenzio. Per una teoria dell'opinione pubblica*, Milano 2002, *passim* (ma per utili spunti sulla *dissimulazione/bugia* quale forma di «protezione dell'individuo contro un sistema di propaganda globale» v. F. NEUMANN, *Lo Stato democratico*, cit., 31).

more offre in sacrificio il suo unico figlio Isacco a rischio dell'incomprensione della sua gente²⁵. Tuttavia, se pure in tal modo il patriarca sfida il giudizio sociale per sviluppare un rapporto *inter-personale* (con Dio), v'è una chiara componente totalitaria nella stessa obbedienza al comando di una Divinità che, volendo "gelosamente" tutto l'uomo per sé (*Deus meus et omnia*), ordina al singolo di compiere un gesto chiaramente contro la sua stessa natura di "persona" ("essere" *in relazione*²⁶).

Di certo, comunque, ogni qualvolta ci si rifugia dietro lo schermo del soggetto collettivo, v'è il rischio di una pericolosa degenerazione, acutamente rilevata – fra gli altri – da Simone Weil: se la perversione dell'io è l'*egoismo*, quella del noi è la *diabolica moltitudine*, nella quale si stemperano fino a perdersi il *nome* e l'*identità* dei singoli e, con essi, la responsabilità personale di ciascuno²⁷.

²⁵ Cfr. S. KIERKEGAARD, *Timore e Tremore*, Milano, 2003, *passim*.

²⁶ E se pure si partisse dall'idea che *quel* Dio non vuole in realtà il sacrificio di Isacco – e, simmetricamente, che Abramo è così profondamente convinto dell'amore di Dio da confidare nel fatto che la morte *del suo unico figlio* non sarà infine richiesta [e/o che «Dio è capace di far risorgere anche dai morti: per questo lo riebbe e fu come un simbolo» (Ebrei 11, 19)] – non potrebbe ignorarsi che nel dramma viene comunque portato ad esecuzione un comando divino che senza difficoltà può dirsi totalitario, dovendo il patriarca dimostrare fino a che punto fosse disposto a mettere Dio sopra ogni cosa, anche al prezzo dei propri affetti più cari, a partire dai quali si sviluppa il proprio *essere in relazione*. Peraltro, è pure evidente che, sempre in nome di un *Amore* che vuole *tutto* per sé perché vuole il *Bene* per tutti, il Dio-Padre è disposto a sacrificare il Figlio, altro fatto che parrebbe totalitario. E tuttavia proprio la natura *una* (nella sostanza) e *trina* (nelle Persone) del Dio cristiano, a differenza di quanto può dirsi per le altre religioni monoteiste, introduce un fondamentale elemento positivo di *relazione* che deve essere attentamente considerato anche rispetto alla sua possibile incidenza sui regimi politici (cfr. E. PETERSON, *Il monoteismo come problema politico*, Brescia 1983). In tale relazione di "amore", si coglie, ad esempio, che il Dio-Figlio, a dispetto di Isacco, offre *liberamente* la sua vita per realizzare la volontà del Padre («... non sia fatta la mia ma la tua volontà»: Lc 22, 42). In breve, nella concezione del Dio-Trino si rinviene la possibilità di conciliare l'unicità dell'*essere* – che rimane unico (a differenza di quanto accade nel politeismo) – con la diversità dei *modi dell'agire* (*oikonomia*) delle tre Persone divine. Su tale «dissociazione» – e sulla polemica fra Eric Peterson e C. Shmitt in ordine alla teologia politica – cfr. G. AGAMBEN, *Il regno e la gloria. Per una genealogia teologica dell'economia e del governo*, Torino 2009, 13 ss.

²⁷ «La carne induce a dire *io* e il diavolo induce a dire *noi*; oppure *io* in un'accezione collettiva, alla stregua dei dittatori»: così S. WEIL, *L'attesa di Dio*, Milano 2008, 15 (c.vi dell'A.). Può qui ricordarsi il brano evangelico di Mc 5, 9 (sull'indemoniato geraseno): «E gli domandò: "Come ti chiami?". "Mi chiamo Legione, gli rispose, perché siamo in molti"» (v. pure Lc 8, 30). Per un commento di questo specifico passo evangelico citato in un contesto che affronta più ampiamente la questione del rapporto singolo/massa, cfr. A. SPADARO, *Contributo*, cit., 352 ss. ma v. pure 381 s.

Attraverso la “collettivizzazione” del soggetto agente si può *coprire* la crudele capacità di uccidere a sangue freddo. Il processo di personalizzazione sotteso in particolare alle dinamiche della folla stempera i fisiologici freni inibitori che impediscono di ridurre le persone ad oggetto: in tal modo, è risultato più facile recidere il canale dell’empatia con le proprie vittime²⁸. Del resto, è proprio questo che si chiedeva agli esecutori di ordini: essere «sovrumaneamente inumani»²⁹, accettare cioè che un superiore spirito razionale cancellasse o acquietasse in essi i normali impulsi di pietà umana (o addirittura animale), così trasformando fino alla radice la corrispondente razionalità (ed anche ragionevolezza) dell’agente³⁰. Riducendo la vittima ad un *non essere*, si scansa più facilmente il fisiologico impulso di *afferrarne* il particolare *intus*, proprio di ogni persona³¹.

Così possono spiegarsi più facilmente anche (e soprattutto) gli atti di violenza “gratuita”, di fronte ai quali risulta riduttiva la pretesa giustificazione per cui, durante il nazismo, la resistenza del singolo non avrebbe potuto valere più di «una goccia d’acqua» che cade sulla pietra calda e

²⁸ Nel campo medico, consolidati ed affidabili esperimenti di laboratorio hanno rinvenuto la base fisiologica dell’empatia nel sistema dei c.d. “neuroni specchio” (*mirror neuron system*). Segnatamente, questi ultimi, di fronte alle azioni del soggetto osservato, si attivano *come se* lo stesso comportamento fosse realizzato in prima persona. In tal modo, diviene *possibile* la *scelta* empatica, che risulta però rimessa alla *volontà* del soggetto agente. Viceversa, tali neuroni non si attivano (o lo fanno solo debolmente) laddove il comportamento osservato non rientri fra quelli che il soggetto agente potrebbe in teoria compiere (G. RIZZOLATTI, *Gli altri sono come me? Meccanismi neurali alla base dell’empatia, lectio magistralis* tenuta l’11 giugno 2014 nell’Università Mediterranea di Reggio Calabria). Se tali scoperte attengono alla *fisiologia* del cervello, ci si può comunque chiedere se ed in che modo il concepire l’altro come completamente diverso da se stesso – magari nella prospettiva ottica deformante del concetto di “razza” – possa eventualmente incidere negativamente sull’attivazione fisiologica del canale empatico.

²⁹ La frase, pronunciata da Himmler (riferendosi ai comandanti superiori delle SS e della polizia), è riportata da H. ARENDT, *La banalità del male*, cit., 113.

³⁰ È evidente che, al mutare del quadro assiologico che orienta la condotta umana, anche la ragionevolezza può infine mutare la sua fisionomia. Peraltro, la quantità (genocidio) e qualità (efferatezza) delle “morti” incidono sulla stessa percezione del “concetto” di morte, fino a spingere gli stessi carnefici a guardare talvolta con indifferenza alla propria morte: cfr. H. ARENDT, *La banalità del male*, cit. 114.

³¹ Segnatamente, se può cogliersi un “noi” nei rapporti fra persone, quando invece l’uomo si relaziona con la cosa, poiché ovviamente quest’ultima «non ha alcuna capacità e non patisce», l’azione è ripetitiva ed unilaterale, la sua direzione univoca: cfr. J. ORTEGA Y GASSET, *L’uomo e la gente*, Roma 2005, spec. 84 ss., secondo cui un seppur limitato “siamo” potrebbe rinvenirsi nel rapporto tra uomo e animale, all’interno del quale è possibile una, seppure minima, primitiva e confusa, “inter-azione”.

subito evapora³². Tale immagine si adatta semmai a rappresentare ciò che infine accadde al concetto di persona umana: vittima o carnefice che fosse, essa finì con l'“evaporare”, appunto, come “goccia d'acqua”, nell'infernale congegno totalitario.

È evidente il pericolo di considerare i reati nazisti al pari di quelli ordinari. Per i primi il singolo individuo entra in gioco come semplice ingranaggio dell'organizzazione totalitaria, mentre per i secondi v'è una valutazione morale che attiene ad una *persona* che risponde dei *propri* atti in base alla *propria* coscienza³³. È appunto la cancellazione della coscienza l'obiettivo principe di ogni totalitarismo. Del resto, il popolo tedesco ha «ceduto ad Hitler»³⁴. Ma il pericolo del cedimento, a ben vedere, insidia sempre la Storia a partire dalle scelte del singolo, che inevitabilmente incidono anche sul destino degli altri. Il rischio si riaffaccia ogni qual volta ci si “abbassa”, volontariamente o per necessità, sotto la soglia dell'essere persona, quale soggetto capace di libera relazione, sfuggendo alla responsabilità di ciascuno di fronte all'“altro”³⁵.

Il declino parte dunque dalla rinuncia a coltivare «il dovere del frequente ritiro nel fondo solitario di se stessi», in cui «l'uomo è verità»³⁶.

³² Un'immagine così forte è resa in modo lucido ed inquietante dal gerarca nazista Eichmann durante il ricordato processo a suo carico, i cui verbali (tradotti in italiano) sono consultabili in L. CRESCENZI, *Processo Eichmann, I, Cinquanta chili d'oro. Gli Ebrei, i Nazisti, gli Italiani*, Parma 2014.

³³ Sul punto, v. H. ARENDT, *Alcune questioni*, cit., 10. In tema, cfr. P. HAYDEN, *The Relevance of Hannah Arendt's Reflections on Evil: Globalization and Rightlessness*, in *Human Rights Review*, 11/2010, 451 ss.

³⁴ Sulla questione della “colpa morale” della Germania in Jaspers – nonché sulla circolarità fra colpa morale e colpa politica – v. G. CANTILLO, *Introduzione a Jaspers*, Roma-Bari 2006, 116 ss. La colpa si potrebbe pure allargare a macchia d'olio fino a riversarsi su diversi popoli e Paesi. Sul punto sono peraltro note le – assai contestate – tesi della Arendt sulle tragiche scelte rimesse dai nazisti agli stessi capi ebrei sui soggetti da deportare e quelli, invece, da risparmiare. Invero, per la filosofa «non ci fu mai un momento in cui i capi ebraici avrebbero potuto dire (...) “smettete di collaborare e lottate!”. La resistenza – che vi fu ma ebbe un ruolo molto piccolo – significava solo: non vogliamo quel tipo di morte, vogliamo morire con onore. Certamente vi fu un momento in cui i capi ebraici avrebbero potuto dire: non dobbiamo più collaborare, dovremmo sparire»: così H. Arendt in risposta scritta ad una intervista del 1963 del giornalista Grafton per la rivista “Look”, riportata da G. BUSI, *Hannah, Israele e il mostro*, in *Il Sole24Ore*, Inserto *La Domenica* del 25 Gennaio 2009, 1.

³⁵ In tal senso, quale che sia il meccanismo di persuasione dell'opinione pubblica, «l'istituzione giuridica deve sfidare tutto questo. (...) Non appena ci si para dinanzi un individuo, la domanda non può più essere: “Come funziona il sistema?”, ma: “Perché l'imputato è diventato un funzionario di questa o di quest'altra organizzazione?”»: così nuovamente H. ARENDT, *Alcune questioni*, cit., 12.

³⁶ J. ORTEGA Y GASSET, *L'uomo e la gente*, cit., 94.

Ovviamente, la coscienza di ciascuno non può fare a meno della necessaria prospettiva *inter-personale* nella ricerca della verità, sforzo senza il quale c'è solo l'individuo solipsisticamente inteso³⁷. E dunque in essa riemerge il condizionamento del linguaggio, delle categorie e dei ruoli sociali, tanto in ordine alla conoscenza di se stessi, quanto in relazione alla distinzione fra bene e male³⁸. Ma proprio ciò richiede che la «vita convenzionale» sia periodicamente “monitorata”, ovvero ciclicamente portata dall'uomo dinanzi «al tribunale (...) della sua inesorabile solitudine»³⁹, al fine di porre gli iniziali ed essenziali argini a possibili derive, ivi comprese quelle che in modo strisciante trasformano le democrazie in regimi illiberali.

3. *La debolezza della condizione umana come orizzonte di senso dei processi di fondazione dello Stato costituzionale liberal-democratico: all'origine della c.d. “clausola di Ulisse”...*

Com'è stato di recente affermato, «non c'è società umana che non abbia *bisogno del giudizio*, ossia di quelle decisioni che le permettano di archiviare il passato e di proseguire nel proprio cammino»⁴⁰.

Solitamente, in esito ad un giudizio personale – ma anche collettivo – si può capire o addirittura “com-prendere” (*id est*: avvicinare l'esperienza dell'altro alla propria vita), fino a “com-patire” (nel senso letterale di “patire insieme”), o ancora (cosa diversa) esercitare, come direbbe la Arendt, il “potere” di perdonare, scegliendo di ristabilire il legame della “comune umanità” reciso dal colpevole, al quale viene così concessa

³⁷ Cfr. per tutti A. SPADARO, *Libertà di coscienza e laicità nello Stato costituzionale (sulle radici “religiose” dello Stato “laico”)*, Torino 2008, 32, 62. Sul concetto di *inter- e im-personalità*, cfr. R. DE STEFANO, *Diritto, linguaggio, volontà*, Reggio Calabria 1981, spec. 25 ss. Segnatamente, se nei rapporti sociali *inter-personali* «un condizionamento psicologico diretto ha luogo da persona a persona» – nel presupposto, comunque, che deve darsi, oltre all'esteriorità, un minimo di oggettività in comune – quelli invece *im-personali* «hanno come destinatari soggetti umani definiti genericamente in funzione di astratte fattispecie sociali e di corrispondenti astratti interessi, coestensivi a tutta una classe o categoria di individui».

³⁸ Sul linguaggio come «veicolo» per la trasmissione delle idee da coscienza a coscienza – che agisce così come «forza spirituale» – cfr. R. DE STEFANO, *op. cit.*, 20.

³⁹ J. ORTEGA Y GASSET, *L'uomo e la gente*, cit., 95.

⁴⁰ Così, sia pure in una diversa prospettiva che guarda al ruolo comunque necessario delle decisioni giurisdizionali in presenza di “diritti senza legge”, N. IRTI, *Diritto senza verità*, Roma-Bari 2011, 124.

nuovamente la libertà dell'azione⁴¹. Se ovviamente anche l'errore con le più atroci conseguenze nasce dalla (ed appartiene alla) *debolezza della condizione umana*, riuscire a comprendere l'esperienza di chi ha "ceduto", piegandosi, all'ascesa dei regimi illiberali è oltremodo necessario per la conoscenza di sé stessi, nonché, di conseguenza, per rimettere in moto nuove e diverse esperienze di vita comune e "riscattare" così l'uomo "dalla vergogna e dal terrore". Sicché, il compito di tenere bene a mente le possibili conseguenze della naturale debolezza della condizione umana diventa una questione essenziale per qualunque fondazione di un (nuovo) ordine costituzionale, che abbisogna di strumenti tecnico-giuridici che attenuino il rischio che la "debolezza" prevalga.

L'esperienza dei totalitarismi del Novecento dimostra, per dirla con Montesquieu, come l'uomo possa anche perdere contezza della propria natura oggettivamente fragile quando questa gli viene «occultata» all'interno di un determinato regime politico. Ma è pur vero che la successiva instaurazione nel secondo dopoguerra – e, in alcuni Paesi europei, qualche decennio più tardi – degli Stati costituzionali liberal-democratici attesta, allo stesso tempo, che l'uomo è «*ugualmente capace di conoscere la propria natura quando gli viene mostrata*»⁴².

In tal senso, la consapevolezza della *debolezza* della condizione umana, e quindi di ogni persona, determina la necessità di imbrigliare giuridicamente, con limiti costituzionali (razionali) sempre più solidi, le future scelte politiche e sociali di fronte alle tentazioni dell'irrazionalità cui ciascuno rischia sempre di soggiacere suo malgrado. Proprio questa *fragilità* della concreta condizione umana costituisce allo stesso tempo la premessa e l'orizzonte di senso di ogni rinnovato processo fondativo, che – pur preordinato infine alla tutela della dignità della persona umana – resta imperfetto.

Ora, si può affermare che la transizione dai regimi totalitari novecenteschi allo Stato costituzionale liberal-democratico e personalista si è fondata innanzitutto sull'ammissione della *debolezza* (*admission of weakness*) dell'uomo nel costruire e mantenere regimi politici democratici capaci di custodire e difendere la dignità della persona. Com'è noto, la necessità di porre argini alle possibili derive illiberali – *id est*: di raziona-

⁴¹ Sul punto, v. L. BOELLA, *Perdonare*, in AA.VV., *Dono, dunque siamo. Otto buone ragioni per credere in una società più solidale*, Novara 2013, 65.

⁴² MONTESQUIEU, *Lo spirito delle leggi*, I, Torino 2005, 51 (*Prefazione*), ma v. pure I, 1: l'uomo, «in quanto creatura sensibile, perde persino le deboli cognizioni che possiede, e cade preda di mille passioni» (p. 58).

lizzare con le *regole* costituzionali le *regolarità* del potere politico – costituisce il nocciolo duro del costituzionalismo liberale. Senonché, in tanto si può adeguatamente cogliere l’urgenza di tali limiti in quanto, data l’inata tendenza del singolo e dei gruppi a cadere preda di passioni irrazionali, si riconosca che una *libertà politica* senza limiti può rovesciarsi nell’avvento di regimi dispotici e nel conseguente annientamento delle altre libertà, a partire da quella personale.

Com’è stato efficacemente notato, «Forse l’aver visto milioni di uomini votarsi all’assoluta dipendenza da un tiranno ha fatto capire alla nostra generazione che scegliere il proprio governo non garantisce necessariamente la libertà»⁴³. In gioco è insomma l’eventuale dissociazione fra liberalismo e democrazia, nonché, infine, la perdita di entrambe. Al contrario, l’affermazione del carattere *limitato* di qualsiasi presunto potere sovrano – ivi compreso (o forse proprio a partire da) quello popolare – diventa il punto di partenza imprescindibile per una democrazia *costituzionale* (appunto: *liberal democratica*). In essa, infatti, non solo si individua il *metodo* della decisione politica (la democratica regola di maggioranza), ma anche il limite di *competenza* (e, infine, di *legittimità*) del decisore, ovvero il complesso di vincoli che, secondo il liberalismo, devono valere per qualsiasi tipo di potere politico, democratico o autocratico. Insomma: che vi sia Corona o popolo, monarchia, oligarchia o democrazia, poco importa. Senza tali limiti, del resto, la stessa democrazia può rovesciarsi facilmente nell’autocrazia, secondo il noto paradosso della democrazia formulato da Popper. Del resto, Hitler (ma non solo lui) ascese al potere non senza passare dal momento elettorale, dimostrando come la democrazia possa essere “sfruttata” per cancellare con un sol colpo tanto il *liberalismo* che lo stesso *governo del popolo*.

Per descrivere tale decisivo passaggio si richiama talvolta la nota astuzia (*metis*) di Ulisse che, per “raggirare” sé stesso, ordina ai suoi compagni di legarlo all’albero della nave al fine di poter ascoltare il fascinosa canto delle Sirene senza rischiare che la follia – suscitata da tali melodie incantatrici – lo conduca, insieme al suo equipaggio, a morte sicura⁴⁴.

⁴³ Cfr. F.A. VON HAYEK, *The Constitution of liberty* (1960), trad. it. a cura di M. Bianca di Lavagna Malagodi, Soveria Mannelli 2007, 81 ss. Così, a volte, la libertà politica (o “nazionale”) «ha indotto popoli a preferire un despota della loro stirpe a un governo liberale composto da una maggioranza straniera». Il rischio paventato da Hayek corrisponde evidentemente alla dissociazione fra democrazia e liberalismo, che in astratto potrebbero essere interpretati anzi come principi potenzialmente «antagonisti».

⁴⁴ Cfr. spec. J. FINNIS, *Natural law and Natural rights*, Oxford 1980 (ma v. ora la se-

In sostanza, alla metafora di Ulisse – non priva di diverse aporie euristiche, che emergeranno di qui a breve – si è talvolta ricorso per rappresentare un classico dilemma del diritto costituzionale, formulato fra gli altri dallo stesso Madison nel n. 51 del *Federalist*, in cui ci si chiede cosa sia «il governo stesso se non la più poderosa analisi della natura umana»:

«Se gli uomini fossero angeli non occorrerebbe alcun governo. Se fossero gli angeli a governare gli uomini, ogni controllo esterno o interno sul governo diverrebbe superfluo. Ma nell'organizzare un governo di uomini che dovranno reggere altri uomini, qui sorge la grande difficoltà: prima si dovrà mettere il governo in grado di controllare i propri governati, e quindi obbligarlo ad autocontrollarsi»⁴⁵.

Com'è noto, l'idea statunitense del *frame of government* rinvia, per così dire, alla concezione dell'«ambizione come antidoto all'ambizione». L'idea traspone evidentemente in chiave politica l'assunto del liberismo per cui, agendo ciascuno nel proprio interesse, «nel lungo periodo» l'equilibrio “innato” del libero mercato avrebbe creato le condizioni per una piena occupazione.

cond edition, Oxford 2011, spec. 252 ss.); J. ELSTER, *Ulysses and the Sirens: Studies in Rationality and Irrationality*, Cambridge 1985, trad. it. *Ulisse e le sirene. Indagini sulla razionalità e l'irrazionalità*, Bologna 2005; ID., *Ulysses Unbound: Studies in Rationality, Precommitment, and Constraints*, Cambridge 2000, trad. it. *Ulisse liberato. Razionalità e vincoli*, Bologna 2004; S. HOLMES, *Precommitment and the Paradox of Democracy* (1988), trad. it. *Vincoli costituzionali e paradosso della democrazia*, in AA.VV., *Il futuro della Costituzione*, a cura di G. Zagrebelsky, P.P. Portinaro e J. Luther, Torino 1996, 167 ss.; ID., *Passions and Constraints. On the Theory of Liberal Democracy*, Chicago 1995; J.E. FINN, *Constitution in crisis. Political violence and the Rule of Law*, Oxford 1991; F. ZAKARIA, *The future of freedom: Illiberal democracy at home and abroad*, New York 2003; P. KURRILD-KLITGAARD, *Ulysses and the Rent-Seekers: The Benefits and Challenges of Constitutional Constraints on Leviathan*, in P. KURRILD-KLITGAARD (ed.), *The Dynamics of Intervention: Regulation and Redistribution in the Mixed Economy (Advances in Austrian Economics, Volume 8)* Emerald Group Publishing Limited, 2004, 245 ss. Nella letteratura filosofico-giuridica italiana, v. per tutti M. LA TORRE, *Messina come metafora e luogo idealtipico della politica*, Soveria Mannelli 2000, 31 ss.; A. SPADARO, *L'idea di Costituzione fra letteratura, botanica e geometria. Ovvero: sei diverse concezioni “geometriche” dell'albero della Costituzione e un'unica, identica “clausola d'Ulisse”*, in AA.VV., *The Spanish Constitution in the European Constitutionalism context*, a cura di F. Fernández Segado, Madrid 2003, 169 ss.; G. NAPOLITANO, M. ABRESCIA, *Analisi economica del diritto pubblico*, Bologna 2009, spec. 194 ss.

⁴⁵ A. HAMILTON, J. JAY, J. MADISON, *Federalist* (1787), ed. it. Bologna 1997, spec. 456 ss.

Ora, a parte le critiche poste al ricordato postulato economico⁴⁶, riconoscere che i governanti non sono angeli non significa affatto cedere ad una visione pessimistica della natura umana. Del resto, gli attori istituzionali non sono orientati *per definizione* al perseguimento di obiettivi egoistici⁴⁷, al punto che, ad esempio, anche l'interesse *individuale* a conservare (o ad acquisire) una buona reputazione (c.d. "legge dell'opinione") nelle scelte di governo potrebbe spingere alla realizzazione dell'interesse pubblico⁴⁸.

Piuttosto, l'insegnamento della Storia del Novecento sull'esistenza di una *razionalità debole* nell'uomo induce ad essere *non pessimisti*, ma *realisti*⁴⁹. In politica, i partiti hanno necessità di ascoltare i *desiderata* del corpo elettorale ai fini della propria legittimazione. Essi ne fanno – o fingono (oppure ancora credono) di farne – le proprie *Sirene*⁵⁰. Poiché, tuttavia, a governare sono uomini, devono darsi limiti, "corde" dalle quali il decisore politico non può sciogliersi. In definitiva, *«we shall behave like*

⁴⁶ Ed in particolare la nota, sarcastica e pungente affermazione di Keynes per cui «nel lungo periodo saremo tutti morti» (cfr. N. WAPSHOTT, *op. cit.*, 34, nostro il c.vo).

⁴⁷ Guardando poi alla razionalità delle scelte rispetto ai propri interessi personali, è evidente che «se nemmeno l'attore economico segue sempre criteri razionali di condotta, ciò vale a maggior ragione rispetto al comportamento dei soggetti istituzionali». In tal senso, qualsiasi analisi economica volta a spiegare le condotte degli attori istituzionali «si misura con il problema dei valori e dei caratteri dell'interesse collettivo»: così G. AMATO, in AA.VV., *La Law and Economics e la frontiera del diritto pubblico (Discussione sul libro di Giulio Napolitano e Michele Abrescia, Analisi economica del diritto pubblico)*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 3/2009, 781.

⁴⁸ Cfr. nuovamente G. AMATO, *op. cit.*, 782.

⁴⁹ La concezione dei rapporti sociali cui qui si aderisce parrebbe avvicinarsi a quella – solo parzialmente negativa e pessimistica – della tradizione cristiana, «che vuole la natura umana "caduta", c.d. *lapsa*: come tale, in grado di conoscere-ricordare il bene ma, per intrinseca debolezza e voracità, portata invece a fare il male e, dunque, bisognosa di redenzione» (così A. SPADARO, *Il fenomeno della pubblicizzazione degli interessi privati e, di riflesso, della privatizzazione degli interessi pubblici: una piccola introduzione sulla crisi dell'«etica pubblica costituzionale»*, in AA.VV., *Diritto e potere nell'Italia di oggi*, a cura di A. Pizzorusso, C. Rippepe, R. Romboli, Torino 2004, 9 ss., che distingue tale concezione da quella «cnicamente pessimistico-realista» (Platone, Richelieu, Hobbes, Schmitt, ecc.) e da una terza, «ottimistico-infantile» (liberista, capitalista). Secondo il primo approccio, il concetto di redenzione – che a taluno forse potrebbe apparire pericoloso, aprendo in teoria la strada al governo (totalitario) degli "illuminati" – sarebbe, in realtà, proprio uno di quelli sottesi alla *Weltanschauung* del *costituzionalismo*: di esso vi sarebbe traccia negli ordinamenti costituzionali positivi: per esempio, nel divieto della pena di morte e nell'idea del carattere educativo della pena.

⁵⁰ Si pensi al peso dell'oligarchia partitica, alla pressione degli interessi economici particolari e al carattere tendenzialmente manipolatorio dei sondaggi di opinione.

people who have fallen in love but realize that their passion is not beneficial. They force themselves to stay away from their loved one»⁵¹.

Se è vero poi che il potere politico non è tenuto ad una rigorosa coerenza nel tempo – potendo disvolere oggi ciò che ha voluto ieri – *le corde che stringono Ulisse segnano la trasformazione della legittimazione (non più carismatica) del comando*, oramai oggettivizzatosi nel passaggio dal governo degli uomini al governo delle leggi⁵². Tali vincoli costituiscono un diaframma “freddo” e impersonale fra la fonte *in senso soggettivo* (il potere Costituente) e quella *in senso oggettivo* (il complesso di regole costituzionali), impedendo in futuro che la mutevole volontà del decisore politico vanifichi la necessità che alcune scelte di fondo *durino nel tempo*. Del resto, ogni Carta costituzionale, intesa in senso ontologico/prescrittivo, mira in sostanza ad essere duratura – per quanto ogni eventuale auto-qualificazione in termini di “perpetuità” non può che avere valore relativo – ponendo fine all’impulso rivoluzionario e cancellando qualsiasi potere che dalla stessa non sia generato⁵³.

Ed è dunque, per così dire, *solo apparente* il «singolare (...) ritorno storico» per cui la sovranità, dopo essersi «sciolta dal vincolo personale del monarca e dalla legittimazione dinastica» ed essere divenuta «imper-

⁵¹ La metafora sull’autolimitazione dell’innamorato passionario – tratta da Platone, *La Repubblica*, X, 607 – è accostata a quella di Ulisse da B.C. VAN FRAASSEN, *Belief and the problem of Ulysses and the Sirens*, in *Philosophical studies*, 77/1995, 7.

⁵² Sul punto, cfr. spec. M. LA TORRE, *Messina come metafora*, cit., 33.

⁵³ In tal senso, v. i riferimenti all’Unione «perpetua» negli *Articoli dell’originaria Confederazione statunitense* del 15 Novembre 1777 (nonché lo stesso termine utilizzato dall’art. XIII) opportunamente ricordati da J.E. FINN, *Constitution in crisis*, cit., 4. È chiaro che la vocazione alla maggiore stabilità delle Costituzioni non comporta che le stesse «siano o debbano essere eterne» – come dimostra del resto il rapido passaggio dagli *Articoli di Confederazione* alla Federazione statunitense del 1787 – quanto, piuttosto, che il loro tratto distintivo è costituito dal «tende(re) ad una maggiore intangibilità e durevolezza», al punto che un limite temporale eventualmente posto alla loro vigenza «rappresenterebbe una contraddizione logica ancor prima che giuridica»: così T. MARTINES, *Prime osservazioni sul tempo nel diritto costituzionale*, in ID., *Opere*, Tomo I, Milano 2000, 481 ss., per il quale non a caso le Costituzioni “a tempo” assumono un *nomen* differente (si pensi alla “legge fondamentale” tedesca) o riproducono quello di “Costituzione” solo per comodità di linguaggio. Di un «equilibrio costituzionale» di lunga durata fra quattro poli contrapposti (conservazione/aggiornamento e ideale/realtà), che tendenzialmente oscilla verso la *conservazione* nel tempo dei valori *ideali*, preferisce parlare A. SPADARO, *Contributo*, cit., 46 ss. Di una «tensione delle Costituzioni all’eternità» discorre M. LUCIANI, *Dottrina del moto delle Costituzioni e vicende della Costituzione repubblicana*, in *Rivista*, 1/2013 (ma, in tal senso, v. dell’A. l’ulteriore, precedente bibliografia dallo stesso citata).

sonale ed astratta nel corpo normativo», non appartiene più allo Stato come persona a sé stante, ma al popolo, ovvero ad un insieme di soggetti fisici⁵⁴. Invero, nello Stato costituzionale la sovranità come “sommo potere” non appartiene più *ad alcuna persona*, fisica o giuridica, reale o astratta che sia. Insomma, a chi chiedesse oggi *chi* è il sovrano, si potrebbe/dovrebbe rispondere come fece astutamente lo stesso Ulisse al Ciclope Polifemo: «Nessuno è il mio nome»⁵⁵.

Anche sotto tale aspetto, dunque, non ha senso affermare che il sovrano è *semplicemente vincolato* con sé stesso. È vero che l'eroe omerico ci appare identico prima e dopo essersi legato all'albero, ma è evidente che egli *non è più il vero comandante*, così come in uno Stato costituzionale liberal democratico non può esistere un sovrano *che fondi la Costituzione* e rimanga tale *anche dopo*⁵⁶. Del resto, chi si vincola semplicemente con sé stesso non può dirsi davvero limitato, mentre ogni forma di efficace “razionalità strategica” presuppone la messa in opera di una serie di meccanismi che sottraggano al soggetto decidente la possibilità di compiere in futuro alcune scelte, privandolo dunque della sua sovranità. Insomma: *nel meno* (la scomparsa di un potere davvero sovrano) *sta*

⁵⁴ Nel senso, invece, di un'effettiva “ri-soggettivizzazione” della sovranità, N. IRTI, *op. cit.*, 108 ss.

⁵⁵ E, come rispose il Ciclope, «Nessuno tenta di uccidermi con l'inganno, nessuno con la forza»: cfr. *Odissea*, IX, 106-555. Non a torto discorre di una Costituzione come «sistema di limiti giuridici *senza* sovrano» A. SPADARO, *Contributo*, cit., 85 ss., ma v. *passim*, per il quale ogni testo veramente costituzionale, ossia ispirato dal costituzionalismo, è piuttosto una “sinfonia di valori” fra loro relazionali, nessuno dei quali è sovrano, per non incorrere nel rischio schmittiano della tirannia dei valori. Sul processo di *oggettivizzazione* della sovranità, che diventa attributo dell'assiologia costituzionale, v. G. SILVESTRI, *La parabola della sovranità. Ascesa, declino e trasfigurazione di un concetto*, in *Riv. dir. cost.*, 1/1996, 3 ss. (ma v. pure ID., *Lo Stato senza principe. La sovranità dei valori nelle democrazie pluraliste*, Torino 2005).

⁵⁶ Questo parrebbe invece l'approdo cui giunge N. IRTI, *op. et. loc. cit.*, quando afferma che «la Costituzione istituisce il popolo; ma il popolo fonda la Costituzione». Tale affermazione, infatti, sembra lasciare sullo sfondo la *diversa identità* giuridico-costituzionale del *doppio concetto* di popolo (E.W. BÖCKENFÖRDE, *Stato, Costituzione, democrazia*, Milano 2006, 113 ss.): ciò che sta prima e fuori dalla Costituzione – e che la fonda – *non* è il popolo cui la stessa affida la (pretesa) sovranità. Piuttosto, è la Costituzione *che istituisce ogni potere giuridico* e – tramite l'ordinamento nel suo complesso – si pone quale norma di riconoscimento (*Anerkennung*) di qualsivoglia soggettività giuridica. La stessa sovranità dell'art. 1 è insomma *fondata dalla e sulla Costituzione*, atteso che fuori di quest'ultima «non c'è la sovranità, ma l'arbitrio popolare, non c'è il popolo sovrano, ma la massa con le sue passioni e la sua debolezza»: così C. ESPOSITO, *Commento all'art. 1*, in ID., *La Costituzione italiana. Saggi*, Padova 1954, 11.

il più (la possibilità di sfuggire alle derive illiberali)⁵⁷. Entro tali premesse si può dunque riconoscere quella «vera e propria ambivalenza per cui la Costituzione è la massima espressione di volontà del popolo sovrano ed insieme il luogo in cui il suo autore (...) si dissolve»⁵⁸.

Infine, similmente alla nota molteplicità dei travestimenti dell'eroe omerico, i limiti costituzionali vincolano nel tempo un popolo dai diversi volti⁵⁹ – riflettendosi anche sulle generazioni future – e saranno attuati con l'azione politica di partiti diversi da quelli originari, senza che con ciò possa risollevarsi la questione della sovranità, oramai da abbandonare⁶⁰. Del resto, il punto decisivo è proprio il tentativo di modellare il futuro in modo da sottrarre, attraverso la Costituzione e finché è possibile, l'intera vita di una comunità alla fatalità del caso, alle conseguenze della «debolezza/irrazionalità» umana ed, eventualmente, alla mano suicida del decisore politico⁶¹. Di scelta *suicida* si può parlare, per esempio, quando la democrazia (c.d. democrazia critica) è così presuntuosamente sovrana da non escludere di poter rimettere in discussione, e cancellare, persino se stessa⁶².

Non sembra perciò avere molto senso cercare di stabilire se sia più razionale l'Ulisse che chiede di essere legato ad un albero oppure lo stesso uomo che impreca e prega i compagni di scioglierlo. Una (sia pur diversa) razionalità rispetto ad uno scopo potrebbe infatti rinvenirsi in entrambi i casi. Piuttosto, un catastrofico stato di eccezione legato all'esperienza dei regimi autoritari e totalitari ha rivelato all'uomo l'abisso nel quale potrebbe ricadere in futuro ed ha reso storicamente *inevitabile*

⁵⁷ Su tale paradosso della razionalità strategica, cfr. spec. J. ELSTER, *Ulisse liberato*, cit., 11 ss.

⁵⁸ Così M. FIORAVANTI, *Costituzione e popolo sovrano*, Bologna 2004, 7.

⁵⁹ Com'è stato affermato, «l'ambiguità e la molteplicità sono una costante nella figura dell'ingannatore Ulisse e nella sua storia letteraria: Ulisse non è mai una sola persona, perché anche quando, scoperto, si toglie la maschera, non sappiamo mai se il volto che mostra è davvero il suo»: così S. BETA, *I volti di Ulisse*, in *Il mito di Ulisse*, a cura di S. Beta, Milano 2007, 9.

⁶⁰ Sulla necessità di analizzare la questione della sovranità – categoria tradizionale da abbandonare – a partire da una nuova prospettiva «post-sovrano», cfr. di recente M. AVBELJ, *Theorizing Sovereignty and European Integration*, in *Ratio iuris*, 27/2014, 344 ss.

⁶¹ Cfr. P. KURRILD-KLITGAARD, *Ulysses and the Rent-Seekers*, cit., 5.

⁶² Su tale questione v., con posizioni lievemente diverse, F. RIMOLI (*Pluralismo e valori costituzionali. I paradossi dell'integrazione democratica*, Torino 1999, 178 ss.); G. ZAGREBELSKY (*Uomini senza dogmi*, in ID., *Lo Stato e la Chiesa*, Verona 2007, 20). Considera quest'ipotesi un'aporia logico-giuridica A. SPADARO, *Libertà di coscienza e laicità nello Stato costituzionale*, cit., spec. 211, nt. 98.

la decisione di ostacolare il ritorno al passato. È dunque questa nuova consapevolezza che impone una scelta razionale che è, sì, “storica”, in quanto tale legata alla natura umana contingente, ma nello stesso tempo super-epocale, valida anche con il passare del tempo. Ma solo sull’orlo dell’abisso dello stato d’eccezione – e facendone successivamente memoria – è più facile convincersi del fatto che la Costituzione non protegga i valori sbagliati.

4. (segue): *le crisi, l’“Ulisse liberato” e la tutela della generazione di ieri nei confronti delle generazioni di domani*

Una volta che ci si rapporti alle sfide poste dalle diverse crisi che uno Stato costituzionale liberal-democratico può essere costretto ad affrontare, il ricorso alla clausola di Ulisse perde capacità euristica se non viene sganciato dal seguito del racconto omerico, visto che, a differenza di quanto accade in quest’ultimo, qualsiasi nuovo ed impreveduto pericolo incontrato nella navigazione rende ancor più necessario *stringere* il vincolo della norma costituzionale⁶³. È questa *la scommessa* che grava su una democrazia costituzionale sempre in viaggio: fin tanto che la forza del fatto non si abatterà irreversibilmente sulle istituzioni esistenti travolgendole, l’*eccezionalità* dell’emergenza dovrà essere affrontata con l’*ordinarietà* dell’equilibrio costituzionale. È proprio nell’idea di *equilibrio fra poteri e limiti, sorretto attraverso i diversi “fili” delle norme costituzionali, che la tradizionale sovranità perde il suo attributo “assoluto”: di tale potere non restano che singoli scampoli*. Insomma: nessun “sovrano” potrà decidere sull’equilibrio costituzionale, fondato infine sulla suprema dignità e dunque non legittimamente scavalcabile da alcun potere (*ab intra* o *ab extra*: sentt. cost. nn. 238/2014 e 30/2015).

È chiaro che le emergenze e l’imprevedibilità delle vicende umane – e dunque la forza (normativa) del fatto – rendono potenzialmente contingenti tutti gli assetti costituzionali. Ma, posto che esistono crisi di diversa forza e natura, ciò che davvero conta è la capacità delle Carte costituzionali di creare un equilibrio di fondo – attraverso il bilanciamento fra poteri e la garanzia sistematica dei diritti fondamentali – per affron-

⁶³ Dovrebbe dunque valere anche *per ogni pericolo impreveduto* quanto Ulisse chiede ai compagni di fare per sfuggire al canto delle Sirene: «E se vi supplico, e vi ordino di liberarmi, voi allora stringetemi con nodi più numerosi».

tarle al meglio⁶⁴. Del resto, le norme costituzionali sui poteri emergenziali – si pensi storicamente, appunto, all’art. 48, II c., della Costituzione di Weimar del 1919 – non sembrano risolutive in tal senso, potendo anzi paradossalmente agevolare la stessa transizione verso il regime illiberale. Non si danno dunque facili scorciatoie: in qualunque viaggio pericoloso l’equilibrio costituzionale è l’unico “assetto di navigazione” per affrontare i molteplici canti delle Sirene che destano i sensi del “sovrano” tacitandone la ragione. Del resto, il maggior pericolo per la persona umana (e per i soggetti deboli) emerge proprio nelle fasi di crisi, nelle quali potrebbe farsi assordante l’imprecazione del decisore politico di essere “sciolto” dai propri vincoli.

Di certo, comunque, se la debolezza/fragilità è una condizione permanente dell’uomo, lo Stato costituzionale liberaldemocratico e personalista non costituisce un liberatorio e definitivo “ritorno ad Itaca”: la metafora dell’isola delle sirene non indica un luogo geografico unico, ma un evento potenzialmente ricorrente nella storia. Sicché, nessuno potrà mai dare il segnale che il pericolo è finito; a nessun compagno di viaggio sarà lecito togliersi i tappi di cera e liberare Odisseo. Perché a nessuno è dato sapere se e quando la minaccia potrà dirsi cessata.

Le corde privano dunque di validità qualsiasi comando in tal senso, perché *su di esse si basa la legittimità di qualsivoglia potere*, del singolo come del popolo. A ben vedere, infatti, la Costituzione non limita un potere pre-esistente, ma è il fondamento stesso – l’«inizio logico» – dei diversi poteri dalla stessa generati⁶⁵.

⁶⁴ Emblematiche, a mio avviso, sono le note sentenze costituzionali nn. 15/1982 e 148/2012. Nella prima la Consulta, pur riconoscendo il «profondo turbamento» derivante dall’applicazione delle norme antiterrorismo sui limiti massimi della carcerazione preventiva, sottolinea che «l’emergenza, nella sua accezione più propria, è una condizione certamente anomala e grave, ma anche essenzialmente temporanea. Ne consegue che essa legittima, sì, misure insolite, ma che queste perdono legittimità, se ingiustificatamente protratte nel tempo». Nella seconda decisione citata, invece, il giudice delle leggi ritiene che la pesante crisi economica in atto, nazionale e globale, non possa legittimare una violazione statale del riparto di competenze legislative. Segnatamente, afferma la Corte, «anche nel caso di situazioni eccezionali, lo Stato è tenuto a rispettare tale riparto di competenze ed a trovare rimedi che siano con esso compatibili (ad esempio, mediante l’esercizio, in via di sussidiarietà, di funzioni legislative di spettanza regionale, nei limiti ed alle condizioni più volte indicate da questa Corte). La Costituzione esclude che uno stato di necessità possa legittimare lo Stato ad esercitare funzioni legislative in modo da sospendere le garanzie costituzionali di autonomia degli enti territoriali, previste, in particolare, dall’art. 117 Cost.».

⁶⁵ In breve: «the Constitution is the *logical beginning* of the State’s legal power»: così

Ciò spiega pure perché non vi potrà mai essere un “Ulisse liberato”. Del resto, proprio nell’eventuale liberazione del potere sovrano risiede il pericolo della transizione o la transizione stessa⁶⁶. È, insomma, la “vigilanza costituzionale” – che oramai ha assunto pure i tratti del costituzionalismo sovranazionale e internazionale – l’unica vera possibile difesa contro eventuali derive che, ove non osteggiate al loro sorgere, potrebbero divenire inarrestabili. Senza tale avvertenza, davvero l’immagine di Ulisse si presenterebbe «con scarso valore euristico, se non fuorviante»⁶⁷.

In questo senso, l’Ulisse dello Stato costituzionale liberal democratico, in verità, non è solo il *decisore politico* (e quindi lo stesso soggetto collettivo “popolo”, unitamente ai suoi rappresentanti). La tenuta complessiva delle corde è assicurata infatti grazie all’interazione dei diversi *veto players* che operano tutti, nessuno escluso, *all’interno di quei vincoli*. Ciò vale dunque per il *complesso dei poteri costituiti dalla Carta fondamentale*, ivi compresi gli organi di garanzia costituzionale⁶⁸. E per la “tenuta” delle corde rimane ovviamente essenziale una “volontà di Costituzione” (*Willen zur Verfassung*)⁶⁹, un impegno che nasce dall’adesione sociale al quadro assiologico costituzionale, tanto più importante quanto più ci si allontana dall’evento storico che ha reso evidente la necessità di quei limiti. Non c’è dunque un “signore” (posto al di fuori) *della Costituzione*.

In aggiunta, il dialogo dinamico fra le Corti – nazionali ed europee – ancorché non sempre agevole, può far sì che lo stesso processo di europeizzazione dei contro-limiti, avviato dal Trattato di Lisbona, si trasformi in potenziale fattore destinato a rinserrare ulteriormente quelle corde, garantendo direttamente la massima estensione dei diritti fondamentali e/o consentendo ai Tribunali costituzionali nazionali di fare altrettanto

R.D. COOTER, *The Strategic Constitution*, Princeton, 1999, 20 (in <http://www.law.berkeley.edu>): nostri i c.vi.

⁶⁶ Per una critica all’«illusione del potere che si autolimita», cfr. G. SILVESTRI, *Popolo, populismo e sovranità. Riflessioni su alcuni aspetti dei rapporti tra costituzionalismo e democrazia*, in AA.VV., *Scritti in onore di Lorenza Carlassare*, V, a cura di A. Pugiotto, G. Brunelli e P. Veronesi, Napoli 2009, 2003 ss.

⁶⁷ Così S. CASSESE, in AA.VV., *La Law and Economics*, cit., 770.

⁶⁸ Sul punto, fra i molti, cfr. A. RUGGERI, *La Corte e le sirene della politica (frammenti di uno studio su esperienze e tendenze della normazione e politicità dei giudizi di costituzionalità)*, in AA.VV., *Corte costituzionale e processi di decisione politica*, a cura di V. Tondi della Mura, M. Carducci e R.G. Rodio, Torino 2005, 664 ss.

⁶⁹ Cfr. K. HESSE, *La forza normativa della Costituzione*, Seregno 2008.

senza causare eventualmente una frattura insanabile con l'Unione⁷⁰. Più in generale, il processo di integrazione *inter-sistemica* in corso costituisce oramai il banco di prova della tenuta dei vincoli strutturali della Carta⁷¹.

Certo, la Costituzione, quale limite che dura nel tempo, può essere percepita come un'intollerabile pre-decisione (*precommitment*) eteronoma che non tiene conto dei possibili mutamenti sociali e politici che si realizzano nel dialogo e *attraverso le generazioni*⁷². L'obiezione è antica: basti riportare alla mente le affermazioni di Thomas Jefferson⁷³, nonché l'art. 29 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 24 giugno 1793⁷⁴. Tuttavia, l'opposta scelta di rimettere completamente la tutela dei diritti fondamentali al variabile esercizio della libertà politica presupporrebbe la difficile predisposizione di criteri *ex ante* per individuare *in quali casi e situazioni* una volontà diversa possa prevalere su quella precedente in quanto più "ragionevole". Ma, alla fine, ciò equivarrebbe a rimettersi ugualmente alla rischiosa *debolezza* della volontà democratica oppure affidare l'intera vita della comunità ad un ferreo ed elitario governo dei custodi. Per evitare tutti questi rischi, forse bisogna ammettere una *pluralità di legittimazioni del potere* nello Stato costituzionale⁷⁵.

È preferibile dunque l'alternativa, che, se, da un lato, non esclude un prezioso ruolo di controllo e di specificazione concreta dei limiti costituzionali da parte degli organi di garanzia, dall'altro dà conto della grande responsabilità che questi assumono su di sé. Ma sembra fuori fuoco raffigurarli quasi come l'amico cui l'alcolista consegna le chiavi della mac-

⁷⁰ V. ad esempio il richiamo all'art. 4.2 TUE nella decisione del Tribunal Constitucional portoghese n. 187/2013.

⁷¹ V. di recente, per tutti, A. RUGGERI, *Pluralismo assiologico, pluralismo istituzionale, integrazione di sistemi*, in *www.dirittifondamentali.it* (24.03.2015).

⁷² Sulla critica di Jeremy Waldron alle tesi sul c.d. *precommitment*, cfr. F. VIOLA, *Forme di costituzionalismo e democrazia*, in *Studi in onore di Franco Modugno*, IV, Napoli 2011, spec. 3598 ss.; M. LA TORRE, *Chi ha paura del giudice costituzionale? Decisionismo e positivismo giuridico*, in *Quaderni fiorentini*, 42/2013, spec. 166 ss.

⁷³ Cfr. A. GOSSERIES, *The Intergenerational Case for Constitutional Rigidity*, in *Ratio iuris*, 27/2014.

⁷⁴ «Un popolo ha sempre il diritto di rivedere, riformare e cambiare la propria costituzione. Una generazione non può assoggettare alle sue leggi le generazioni future».

⁷⁵ Cfr. A. SPADARO, *Sulle tre forme di "legittimazione" (scientifica, costituzionale e democratica) delle decisioni nello Stato costituzionale contemporaneo*, in AA.VV., *Biotecnologie e valori costituzionali. Il contributo della giustizia costituzionale*, a cura di A. D'Aloia, Torino 2006, 569 ss. e, ora, A. RUGGERI, A. SPADARO, *Lineamenti di Giustizia costituzionale*, Torino 2014⁵, spec. 11 ss.

china pregandolo di restituirliele non appena cessi di essere in preda ai fumi dell'alcool (secondo l'esempio di Waldron). In tal caso, infatti, chi potrebbe garantire che anche il "custode" non diventi a sua volta ebbro e compia la scelta sbagliata? Ma occorre considerare almeno due obiezioni. In base alla prima le Corti e i giudici in generale non inventano dal nulla, ma creano a partire dal solco posto dal Costituente (e dal legislatore costituzionale). Certo, sarebbe ipocrita non riconoscere che in alcuni casi il crinale è talmente sottile da rendere sfocata la distinzione fra *lettura* e *scrittura* costituzionale. Proprio per questo, però, e si arriva alla seconda obiezione, va di nuovo ribadito che i Tribunali costituzionali non sono cattedrali nel deserto e neppure compagni di viaggio di Ulisse: le loro decisioni *interagiscono* orizzontalmente con (e *dentro*) il complessivo equilibrio costituzionale, sovranazionale ed internazionale e si colorano di una politicità – quale incidenza sulla vita sociale – che diviene anche peculiare capacità di cogliere le nuove esigenze di tutela dei diritti attraverso le procedure ed i vincoli propri della giurisdizione⁷⁶. In quanto chiamati a valutare *le* storie sottese alle singole controversie sulle quali sono chiamate a pronunciarsi, i giudici hanno un rapporto peculiare con *la* storia, divenendo, per questo motivo, sempre più i "motori" della genesi dei diritti (sia pure con tutte le problematiche relative alla certezza del diritto ed al complessivo bilanciamento con i diritti già esistenti).

Ciò premesso, l'asimmetria fra la generazione che ha *voluto* la nostra Costituzione e quelle successive, che l'hanno ricevuta in premio e in pegno, è forse più apparente che reale. È vero, in prima analisi, che per la generazione dei costituenti la Carta è un atto di *autonomia*, mentre per le generazioni successive, invece, è il frutto di una scelta *eteronoma* subita che – soprattutto nella parte intangibile, non modificabile *de iure* – ne vincola la volontà e, insieme, la libertà, visto che «ogni fatto volitivo in concreto, è un fatto di libertà»⁷⁷. Tuttavia, ciò che davvero in tal modo si limita è la traduzione in opera *soltanto* di quelle *volizioni* che possono mettere a repentaglio proprio la preservazione della stessa libertà delle generazioni future. Sotto quest'aspetto, esisterebbe insomma, non solo un diritto, ma un *dovere della libertà*. In tal caso è dunque necessario che *electa una via, non datur recursus ad alteram* e dunque che la scelta di-

⁷⁶ ... al punto che «il legislatore, nell'epoca contemporanea, è costretto a "inseguire" la giurisprudenza»: così G. SILVESTRI, *Fonti interne, fonti esterne e tutela integrata dei diritti fondamentali*, in *Studi in onore di Franco Modugno*, IV, Napoli 2011, 3408.

⁷⁷ Cfr. R. DE STEFANO, *op. cit.*, 132.

venti impegnativa e vincolante per il futuro, assumendo i precisi tratti di una volontà «normativa» e «programmatica»⁷⁸. A ben vedere, non v'è qui una semplice manifestazione di *volontarismo* (*hoc volo, sic iubeo*). Da un lato, la giustificazione razionale di tale volontà si riconduce ad una sorta di esperienza della realtà specificamente umana, esperienza derivante in quel contesto storico dalla tragedia della seconda guerra mondiale. Dall'altro lato, tale forma di saggezza pratica costituisce il fulcro di deliberazioni fondative (quelle del Costituente) che, almeno nel loro nucleo essenziale riguardante la dignità della persona umana, sono infine l'esito inevitabile – dunque: non davvero *libero* fino in fondo – della nostra storia contemporanea. Senza tale premessa/giustificazione il concetto stesso di vincolo della generazione passata alle future, per sua natura *eteronomo*, rischierebbe di assumere contraddittoriamente il volto del comando autoritario⁷⁹.

Di più: l'*entrenchment* dei diritti fondamentali garantito dalla Carta, limitando i poteri della maggioranza rispetto ai diritti delle minoranze (anche di quelle a venire), rinsalda per altri versi – sincronicamente e diacronicamente – lo stesso principio di eguaglianza⁸⁰. Del resto, le “corde” strette dai Costituenti sono anche in tal senso vere e proprie *enabling rules*, vincoli abilitanti – che si traducono in garanzie per la democrazia e per i diritti fondamentali – posti *a carico delle generazioni presenti a vantaggio di quelle future*, ovvero di soggetti talmente *deboli*, o quasi inesistenti in quanto meramente virtuali, da non essere in grado di interagire (e negoziare) con la generazione “originaria” e con quella che di volta in volta incarna il presente⁸¹.

⁷⁸ V. nuovamente R. DE STEFANO, *op. cit.*, 137.

⁷⁹ In tema, con particolare riferimento all'«antinomia sottile» che si nasconde in seno al volontarismo, cfr. ancora R. DE STEFANO, *op. cit.*, 131.

⁸⁰ Su tale rilievo, nell'analisi del problematico rapporto fra limite costituzionale e “diritti” delle generazioni future, v. E. CHEMERINSKY, *Interpreting the Constitution*, New York 1987, 27 ss.

⁸¹ Sulla distinzione fra *enabling* e *disabling rules* nelle teorie sulle funzioni della Costituzione, cfr. G. BONGIOVANNI, *Costituzionalismo e teoria del diritto. Sistemi normativi contemporanei e modelli della razionalità giuridica*, Roma-Bari 2005, 6 ss. Sul rapporto tra Costituzione e diritti delle generazioni future, cfr. spec. A. D'ALOIA, *Introduzione. I diritti come immagini in movimento: tra norma e cultura costituzionale*, in AA.VV., *Diritti e Costituzione. Profili evolutivi e dimensioni inedite*, a cura di A. D'Aloia, Milano 2003, LIII ss.; A. SPADARO, *Libertà di coscienza*, cit., spec. 133 ss.; ID., *L'amore dei lontani: universalità e intergenerazionalità dei diritti fondamentali fra ragionevolezza e globalizzazione*, in AA.VV., *Un diritto per il futuro. Teorie e modelli dello sviluppo sostenibile e della Responsabilità intergenerazionale*, a cura di R. Bifulco e A. D'Aloia, Napoli 2008, 71 ss.; R.

Tale atto eterocentrico richiede il *meglio* dell’“umano”: se si vuole, uno sforzo volto ad evitare la *disumanizzazione* propria e degli altri. A tal fine, chi ha approvato la Costituzione si è impegnato ad “immaginare” un *certo* futuro, trascendendo (e limitando) l’*hic et nunc* per “legarsi” ai posteri. Questo “futuro” è, per noi, il presente Stato costituzionale che, per quanto imperfetto, costituisce un buon argine (in ogni caso, l’unico tollerabile conosciuto) all’incombente pericolo della ricomparsa del totalitarismo, forse in forme nuove e più subdole, per esempio sotto le accattivanti spoglie del populismo. Anche per questo è difficile immaginare un vero costituzionalismo che “non” sia pure *personalista*, atteso che non si possono garantire l’identità e la libertà del singolo fino in fondo, se non riconoscendone la natura *relazionale*. È solo nello Stato costituzionale *personalista* che si danno anticorpi, più o meno efficaci, contro la completa massificazione dei singoli.

In questo quadro, lo sforzo di immaginare la vita ed i problemi dell’altro arricchisce di prospettive fondamentali la conoscenza dei problemi umani, agevolando una fondazione *relazionale* dei diritti⁸² in cui la persona, però, non è un soggetto dolciastro e irenico. Al contrario, essa si relaziona anche quando “reagisce” ad ogni politica che pretenda di trattarla come *cosa*, calpestandone la dignità. Potrebbe dirsi, con Camus⁸³, che al centro di tale scelta v’è una necessaria *rivolta* di ciascuno tesa a riaffermare – con gli strumenti del diritto e con l’impegno civile e politico, fino al limite estremo della resistenza alle leggi illegittime – il meglio di quello che *siamo*, non già ciò che *dovremmo essere* in virtù di una qualsivoglia ideologia rivoluzionaria (e, infine, disumanizzante) del super-uomo, nella piena consapevolezza invece di tutta la strutturale debolezza di ogni persona e quindi della condizione umana.

BIFULCO, *Diritto e generazioni future. Problemi giuridici della responsabilità intergenerazionale*, Milano 2008; AA.VV. *Cittadinanza e diritti delle generazioni future*, a cura di Astone, F. Manganaro, A. Romano Tassone, F. Saitta, Torino 2010; M. ABRESCIA, *Un diritto al futuro: analisi economica del diritto, Costituzione e responsabilità tra generazioni*, in *Forum on line di Quad. cost.*

⁸² Del resto, «solo immaginando come si vede il mondo attraverso gli occhi» di un individuo «possiamo giungere a considerare l’altro come un qualcuno e non un qualcosa»: così M.C. NUSSBAUM, *Disgusto e umanità. L’orientamento sessuale di fronte alla legge*, Milano 2011, 69.

⁸³ Emblematica l’affermazione di A. CAMUS (*L’uomo in rivolta*, Milano 2002, 27): «mi rivoltò, dunque siamo». Si tratta del nuovo *cogito* della persona nello Stato costituzionale.

Marta Caredda

UNA RESPONSABILIZZAZIONE SOCIALE PER L'EUROPA*

SOMMARIO: Introduzione – 1. Gli sviluppi della *governance* economica e l'impegno sociale dell'Europa. – 2. I sintomi del disagio sociale. Alcune riflessioni sulle prospettive future. – 3. I problemi della rappresentanza democratica e l'iniziativa del cittadino europeo.

Introduzione

Questo lavoro affronta due questioni, tra loro connesse. La prima concerne la problematica separazione tra politica macroeconomica e politica sociale, l'una governata in Europa e l'altra di competenza degli Stati membri: l'analisi è condotta in chiave critica e partendo dall'assunto che, per la realizzazione dell'economia sociale di mercato ai cui valori l'UE ha scelto di ispirarsi, sia necessario effettuare il bilanciamento tra rigore finanziario ed esigenze di solidarietà sociale nel contesto europeo, sia a livello di scelte normative che di rimedi giurisprudenziali. La seconda riflessione riguarda la possibilità per il cittadino comunitario di partecipare alla costruzione di un'Europa coesa sul piano economico e sociale, la sua capacità di contribuire, col voto e con l'iniziativa legislativa, al suo sviluppo.

* Il presente contributo riprende, con qualche aggiornamento e delle integrazioni, la relazione presentata il 26 novembre 2014 nel corso della II edizione del Seminario italo-spagnolo di studi costituzionalistici "*Desafios del constitucionalismo ante la integración europea*", 25-27 novembre 2014, Universidad Pontificia Comillas ICADE, Madrid.

1. *Gli sviluppi della governance economica e l'impegno sociale dell'Europa*

Il diritto primario dell'UE annovera tra le materie di competenza esclusiva dell'Unione la politica monetaria dei Paesi dell'Eurozona, mentre per quanto riguarda la politica economica prevede che, ferma restando la competenza dei singoli Stati, a livello europeo ci si impegni in un costante coordinamento (artt. 3 e 5 TFUE). Gli articoli 2, 5 e 119 del TFUE, infatti, impongono agli Stati membri di considerarla una questione di interesse comune, in relazione alla quale occorre confrontarsi e condividere gli obiettivi fondamentali. Le norme dei Trattati, inoltre, prevedono una competenza concorrente tra UE e Stati riguardo la politica sociale (artt. 4 e 5 TFUE).

Dal 2010 ad oggi sono cambiate molte cose nel modo di intendere il "coordinamento", o meglio nel modo di intendere i vincoli reciproci che tale condivisione di indirizzi comporta: la crisi dei debiti sovrani ha portato gli Stati dell'Eurozona a demandare all'Unione non solo la gestione della crisi medesima, ma anche la costruzione di un impianto di regole macroeconomiche comuni che determinassero le politiche di bilancio non solo finché fosse durata la crisi, ma anche per il futuro. Fino a qualche anno fa il coordinamento delle politiche economiche non veniva regolato da norme giuridicamente vincolanti, fatta eccezione per i parametri comuni definiti nel Patto di Stabilità e Crescita (PSC). La crisi, che ha fatto emergere tendenze insostenibili figlie delle scelte politiche di molti Paesi europei, ha inoltre palesato l'interdipendenza tra le economie degli Stati appartenenti all'Unione. Si è realizzato che sia la fase di contenimento degli effetti della crisi finanziaria che quella di rilancio della crescita dovevano essere gestite insieme e che non era più possibile che ognuno scegliesse liberamente le proprie soluzioni. I provvedimenti che hanno inaugurato la nuova stagione della *governance* economica europea si sono ispirati ad un modello di c.d. *austerity* che, come noto, ha l'obiettivo primario di ricercare l'equilibrio dei conti pubblici e l'abbattimento del debito¹.

¹ G.L. TOSATO, *La riforma costituzionale sull'equilibrio di bilancio alla luce della normativa dell'Unione: l'interazione fra i livelli europeo e interno*, in *Riv. dir. internaz.*, 1/2014, 16, sottolinea che già in altri momenti storici era emersa la tendenza all'irrigidimento dei parametri, così come in altri si tornava a prediligere la flessibilità. Negli anni che seguono al 2010, «il pendolo si è mosso nuovamente nella direzione di un maggior rigore»: nuovi limiti alla spesa pubblica, abbassamento della soglia per l'OMT (obiettivo

Si è utilizzato «il bastone dell'austerità e la carota della liquidità per risanare i debitori in maniera da consentire loro, nel medio-lungo termine, di poter tornare a finanziarsi sui mercati a condizioni ragionevoli»², agendo sui due fronti dell'assistenza finanziaria e dell'abbattimento della spesa per il riequilibrio dei conti pubblici.

L'intervento europeo ha voluto, dunque, *in primis*, evitare i collassi finanziari dei Paesi della zona euro più colpiti dalla crisi (c.d. *crisis management*) ed è cominciato con l'istituzione, con Regolamento n. 407/2010, del EFSM (*European Financial Stabilisation Mechanism*) e, contestualmente, con la costituzione di una società di diritto privato lussemburghese (EFSF – *European Financial Stability Facility*) partecipata dagli Stati membri. Il primo emettendo obbligazioni, la seconda concedendo prestiti o garanzie, erano entrambi strumenti volti ad assistere finanziariamente gli Stati vicini al *default* mediante la conclusione di accordi che condizionassero gli aiuti al rispetto di programmi di risanamento della contabilità pubblica; di quest'assistenza si sono giovati Grecia, Portogallo e Irlanda. L'EFSM aveva, però, durata triennale e la sua base giuridica si rinveniva nell'art. 122 par. 2 TFUE, che consente l'aiuto se lo Stato si trova in grave difficoltà e in circostanze eccezionali, in deroga al generale divieto di salvataggio di cui all'art. 125 TFUE. Presto si è reso necessario che la possibilità dell'assistenza finanziaria divenisse permanente: è stato inserito un terzo paragrafo nell'art. 136 TFUE per consentire la creazione del Meccanismo Europeo di Stabilità (ESM – *European Stability Mechanism*), istituito tramite la stipula di un Trattato internazionale³. Attraverso una particolare procedura, il M.E.S. può sostenere finanziariamente un Paese che lo richieda, sempre che si impegni a rispettare un programma di correzioni macroeconomiche predisposto *ad hoc* (ne hanno usufruito le banche portoghesi, greche, spagnole e cipriote).

Adottando una prospettiva di più lungo periodo, l'Unione ha poi intensificato, come si è accennato, il coordinamento delle politiche di bilancio (c.d. *crisis prevention*). Per superare la formulazione originaria del PSC (Reg. 1466/97), sono state approvate importanti riforme a partire

di medio termine), fissazione di percentuali annue per il rientro dal debito, arricchimento degli strumenti di controllo, ecc.

² L. FANTACCI, A. PAPETTI, *Il debito dell'Europa con se stessa. Analisi e riforma della governance europea di fronte alla crisi*, in *Costituzionalismo.it*, 2/2013, 23.

³ Trattato che istituisce il M.E.S. – Meccanismo Europeo di Stabilità, firmato il 2 febbraio 2012 a Bruxelles ed entrato in vigore il 27 settembre dello stesso anno.

dal Semestre europeo per finire con il c.d. *Fiscal Compact*. Il Semestre, approvato nel 2010 ma inserito poi nel c.d. *Six Pack* a dicembre 2011, rappresenta la svolta nel senso dello spostamento a livello europeo della programmazione del bilancio statale: gli Stati membri hanno l'obbligo di rispettare, con le leggi di bilancio della seconda parte dell'anno, gli obiettivi di medio termine concordati con Consiglio UE e Commissione nel primo semestre. S'intende che la principale novità è rappresentata dal fatto che l'intervento delle autorità europee, da questo momento in poi, avviene nella fase di formulazione delle politiche fiscali e di bilancio e non più solamente nella valutazione dei risultati. Mentre i cinque regolamenti e una direttiva che compongono il *Six Pack* e i regolamenti del c.d. *Two Pack* introducevano novità sia sulla parte preventiva che su quella correttiva (i quali hanno declinato quanto previsto dagli artt. 121 e 126 TFUE)⁴, veniva stipulato il Trattato sulla stabilità, sul coordinamento e sulla *governance* nell'Unione economica e monetaria, c.d. *Fiscal Compact*, noto perché prescrive agli Stati membri di prevedere in disposizioni vincolanti, di natura preferibilmente costituzionale, la regola del pareggio di bilancio⁵; mira, inoltre, alla riduzione del debito pubblico eccedente il

⁴ Per un'analisi delle principali novità introdotte sia per la fase di programmazione che per la procedura correttiva si rinvia a G.L. TOSATO, *La riforma costituzionale*, cit., 10 ss.

⁵ Come noto, con l. cost. n. 1/2012, l'Italia ha modificato gli artt. 81, 97, 117 e 119 Cost., introducendo espressamente la regola del pareggio di bilancio. Il testo del nuovo art. 81, invero, stabilisce che «lo Stato assicura l'equilibrio tra le entrate e le spese tenendo conto delle fasi avverse e delle fasi favorevoli del ciclo economico. Il ricorso all'indebitamento è consentito solo al fine di considerare gli effetti del ciclo economico [...] al verificarsi di eventi eccezionali». Secondo parte della dottrina, le varie interpretazioni che è possibile dare alle fluttuazioni del ciclo economico e la discrezionalità nella valutazione di quali circostanze possano considerarsi eccezionali per derogare all'obiettivo del pareggio consentono di ritenere che, anche *post* riforma, il Governo conservi un certo margine di flessibilità nella gestione della spesa pubblica: si vedano D. CABRAS, *Su alcuni rilievi critici al c.d. "pareggio di bilancio"*, in *Rivista AIC*, n. 2/2012, *passim*; M. LUCIANI, *L'equilibrio di bilancio e i principi fondamentali: la prospettiva del controllo di costituzionalità*, in AA.VV., *Il principio dell'equilibrio di bilancio secondo la riforma costituzionale del 2012*, Atti del seminario svoltosi in Roma, Palazzo della Consulta, 22 novembre 2013, 16 ss.; ID., *Costituzione, bilancio, diritti e doveri dei cittadini*, in *Astrid Rassegna*, 3/2013, 42 s.; C. SALAZAR, *Crisi economica e diritti fondamentali*, Relazione al XXVIII Convegno annuale A.I.C., in *Rivista AIC*, 4/2013, 7; G.L. TOSATO, *I vincoli europei sulle politiche di bilancio*, in *Studi sull'integrazione europea*, VII (2012), 260; ID., *La riforma costituzionale*, cit., spec. 15 s.

Ci troviamo d'accordo, peraltro, con chi ha sostenuto che la riforma abbia avuto una funzione più che altro politica ed abbia mirato, in particolare, a creare una coscienza civica intorno all'importanza del rispetto dei vincoli di bilancio; da un punto di vista stret-

60% nel rapporto debito/Pil e stabilisce quali accordi vadano presi quando si è sottoposti alla procedura per *deficit* eccessivo.

Come si è visto, l'impianto normativo è in parte composto da disposizioni del diritto dell'Unione (artt. 121, 126 e 136 TFUE e i già menzionati atti di diritto derivato che forniscono le discipline di dettaglio), in parte da norme di Trattati internazionali (F.C., M.E.S.). La possibilità di stipulare accordi internazionali per intensificare il coordinamento in materia di politica economica non è discussa (a maggior ragione dopo la sentenza *Pringle*⁶) visto che la materia non è di competenza esclusiva dell'Unione; la scelta effettuata è, però, discutibile perché novità tanto importanti per la *governance* economica europea forse meritavano l'inserimento nel sistema normativo e giurisdizionale comunitario⁷. Ad ogni modo, sia il F.C. che il M.E.S. si dichiarano rispettosi del diritto dell'Unione⁸ e, dunque, nonostante siano formalmente fuori da esso, assumono l'obbligo di non imporre programmi e vincoli idonei a pregiudicare i valori e gli obiettivi propri dell'ordinamento UE.

Quest'ultimo, tra gli altri aspetti, "si adopera per lo sviluppo sostenibile dell'Europa, basato su [...] *un'economia sociale di mercato* fortemente competitiva, che mira alla piena occupazione e al *progresso sociale* [...]. Un modello di società che comprende al suo interno anche la *garanzia dei diritti sociali*" (art. 3, co. 3 TUE). La Carta dei diritti fonda-

tamente giuridico, infatti, non era necessario modificare la Costituzione visto che il F.C., in quanto Trattato internazionale regolarmente recepito, sarebbe stato comunque vincolante per effetto dell'art. 117, primo comma, Cost.: G. L. TOSATO, *La riforma costituzionale*, cit., 20 s.

⁶ Causa C-370/12, *Pringle*, decisa il 27 novembre 2012.

⁷ Sembra lecito domandarsi: che senso ha avuto la modifica del Trattato (giustificata dalla necessità di dare copertura all'istituzione del M.E.S. nel diritto primario UE) se poi è stato siglato un accordo internazionale la cui stipula poteva certamente avvenire anche senza la revisione dell'art. 136 TFUE? Per riflessioni in questo senso si veda M. MESSINA, *La nuova governance economica e finanziaria dell'Unione: aspetti giuridici e possibili scenari per la sua integrazione nell'ordinamento giuridico UE*, in *www.federalismi.it*, n. 23/2013. Il F.C. prevede la sua incorporazione nel diritto dell'Unione entro cinque anni (indicandone anche le modalità, art. 10 F.C.) e la (discutibile) applicazione delle regole del F.C. tramite atti di diritto derivato UE (cosa che dovrebbe accadere solo quando tale incorporazione sarà avvenuta!). Non sarebbe stato più semplice evitare questo doppio passaggio? Dubbi sull'opportunità della scelta emergono anche se si pensa che, pur fuori dall'ordinamento UE, tali Trattati attribuiscono, però, un ruolo ben preciso delle Istituzioni europee nelle procedure da essi disciplinate, come vedremo in seguito. Per approfondimenti sul F.C. v., tra gli altri, D. MORGANTE, *Note in tema di Fiscal Compact*, in *Federalismi.it*, 7/2012; P.P. CRAIG, *The stability, coordination and governance treaty: principles and pragmatism*, in *European Law Review*, 2012.

⁸ Cfr. art. 2 F.C.; *considerando* che aprono l'articolato del Trattato M.E.S.

mentali, divenuta fonte di rango primario nel 2009, già nel Preambolo pone la persona al centro dell'azione dell'Unione e afferma l'inviolabilità della dignità umana, meglio declinata poi nell'art. 34 come "esistenza dignitosa". Questo articolo e il successivo tutelano i diritti alla sicurezza sociale, ai servizi sociali e alla salute, o, meglio, li riconoscono perché rinviano alle condizioni stabilite dalle legislazioni nazionali per la definizione dell'intensità e dei connotati di tale tutela.

Con il Trattato di Lisbona è stata, inoltre, inserita una importante novità all'art. 9 TFUE, nota come "clausola sociale orizzontale": «Nella definizione e nell'attuazione delle sue politiche e azioni, l'Unione tiene conto delle esigenze connesse con la promozione di un elevato livello di occupazione, la garanzia di un'adeguata protezione sociale, la lotta contro l'esclusione sociale e un elevato livello di istruzione, formazione e tutela della salute umana»⁹.

L'azione dell'Unione dovrebbe, dunque, esplicarsi con l'obiettivo di mantenere un adeguato livello di benessere sociale del popolo europeo: vi sono alcune norme che impongono alla stessa Unione di calibrarla in modo da non recare ad esso pregiudizio (artt. 3 TUE e 9 TFUE), ve ne sono altre in cui è sancito il riconoscimento dei diritti fondamentali ma viene affidata agli Stati membri la loro concreta garanzia, nel quadro della competenza concorrente in materia definita dagli artt. 4 e 5 TFUE.

Assistiamo, oggi, alle difficoltà che incontrano gli Stati per continuare a garantire le prestazioni sociali; esse sono conseguenza *anche* dei vincoli imposti dall'Europa nei programmi di ristrutturazione dei conti pubblici. L'UE si affida, come dicevamo, affinché i diritti vengano concretamente esercitati, ai sistemi nazionali, ma la fissazione di vincoli di bilancio e la predisposizione di programmi *ad hoc* per la correzione degli squilibri finanziari non possono che avere ripercussioni sull'ampiezza e qualità dell'investimento pubblico per le politiche sociali; è per questo che la separazione tra politica economica (decisa in Europa) e politica sociale (lasciata agli Stati) è questione problematica, cioè perché la prima necessariamente condiziona la seconda.

I sintomi di questo problema sono visibili, per trovare delle soluzioni occorre constatare l'assenza di strumenti che vogliano coniugare le

⁹ Per la consultazione di documenti anche non formalmente vincolanti (ma comunque approvati dagli Stati membri) sottoscrivendo i quali si è assunto l'impegno della garanzia dei diritti sociali, si vedano l'Agenda sociale europea per il 2008 e la Carta sociale europea del Consiglio d'Europa, che, pur essendo esterna all'ordinamento UE, s'inserisce nel sistema del Consiglio d'Europa a cui gli Stati membri partecipano.

nuove regole economiche con la sopravvivenza dei diritti sociali. È possibile, a nostro avviso, proporre l'inserimento di meccanismi idonei allo scopo, pur mantenendo questa ripartizione di competenze (artt. 3, 4 e 5 TFUE). Riteniamo che essi possano inserirsi nel contesto decisionale europeo oppure essere introdotti nelle legislazioni nazionali dei singoli Stati: l'Europa potrebbe contenere, *ab origine*, i riflessi problematici della sua legislazione in materia economico-finanziaria, producendo norme il cui contenuto già sia espressione del bilanciamento con i bisogni sociali della popolazione oppure potrebbe indicare agli Stati degli strumenti che aumentino la capacità di resistenza dei sistemi di Welfare nazionali all'impatto delle nuove regole "correttive" degli squilibri.

2. *I sintomi del disagio sociale. Alcune riflessioni sulle prospettive future*

Recenti vicende testimoniano la sofferenza dei sistemi di Welfare di alcuni Paesi europei e, conseguentemente, la difficoltà della tutela effettiva dei diritti sociali fondamentali.

Consideriamo, in prima battuta, la situazione del Portogallo e della Grecia, che hanno beneficiato degli aiuti del EFSF e hanno accettato di rispettare, contestualmente, i programmi di risanamento cui gli aiuti erano condizionati¹⁰.

Il giudice costituzionale portoghese ha dichiarato incostituzionale, con sent. n. 187 del 5 aprile 2013, la legge di bilancio dello Stato, i cui contenuti erano per la maggior parte da considerarsi attuazione delle indicazioni europee. Il Tribunale costituzionale ha riscontrato la violazione del principio di uguaglianza (la riforma colpiva i lavoratori pubblici molto più incisivamente rispetto ad altre categorie) e del principio di progressività delle imposte, nonché la violazione del giudicato costituzionale. Era già stata, infatti, dichiarata incostituzionale la legge di bilancio dell'anno precedente, ma con una decisione ad efficacia differita che lasciava il tempo al legislatore di adeguarsi ad una sentenza tanto stravolgente. Ritrovando, invece, riprodotte varie misure già censurate l'anno

¹⁰ Durante l'estate del 2015 si è assistito alla polemica tra governo ellenico ed Europa riguardante la capacità della Grecia di saldare i debiti contratti all'atto dell'accettazione degli aiuti finanziari. La questione concernente la rinegoziazione dei termini per ripianare il debito sarà qui lasciata da parte per richiamare, invece, le misure interne adottate dal governo per fronteggiare la crisi, che si sono abbattute direttamente sulle fasce deboli della popolazione.

precedente, i giudici costituzionali hanno deciso di dare rilievo decisivo alla necessaria tutela di quei diritti che le misure adottate per combattere la crisi stavano pregiudicando.

Il Comitato europeo sui diritti sociali del Consiglio d'Europa ha accolto diversi ricorsi proposti da associazioni di categoria greche, constatando la violazione di vari diritti sanciti nella Carta sociale europea. Il pregiudizio più grave lo hanno subito i pensionati e i giovani lavoratori: le misure adottate dal governo ellenico hanno inciso sui diritti acquisiti dai lavoratori greci in maniera tale da determinare una violazione del diritto alla sicurezza sociale; hanno imposto riduzioni alle retribuzioni dei più giovani tanto significative da non poter rappresentare la giusta misura per il perseguimento del fine di facilitare il loro ingresso nel mercato del lavoro, manifestamente violando il diritto all'equa retribuzione¹¹.

La crisi economica è divenuta crisi sociale, molti più cittadini europei hanno conosciuto la povertà; quasi 48 milioni di persone sono disoccupate nei Paesi dell'area OCSE (15 milioni in più rispetto al 2007) e il numero di persone che vive in una famiglia senza reddito da lavoro è raddoppiato in Grecia, Irlanda e Spagna¹².

Per quanto concerne l'Italia, pur non dovendo rigorosamente rispettare un programma di correzione, i governatori hanno optato per seguire le indicazioni che, in maniera chiara, andavano nella direzione di considerare i tagli alla spesa come principale soluzione allo squilibrio dei conti¹³. Il settore da ritenersi maggiormente colpito è la sanità, il cui finanziamento ha subito riduzioni drastiche con i provvedimenti adottati

¹¹ Si segnalano la decisione del ricorso n. 76 del 7 dicembre 2012 per quanto concerne le pensioni e la decisione del ricorso n. 65 del 23 maggio 2012 per quanto concerne i giovani lavoratori. A commento di queste decisioni, inquadrato nel contesto normativo e socio-economico degli ultimi anni, si vedano: L. MOLA, *Carta sociale europea e riforme strutturali del mercato del lavoro in tempi di crisi economica*, in *Osservatorio diritti economici, sociali e culturali, Diritti Umani e Diritto Internazionale*, vol. 7 del 2013, n. 1, 206-211; R. CALVANO, *La tutela dei diritti sociali tra meccanismo europeo di stabilità e legalità costituzionale ed europea*, in *Costituzionalismo.it*, fascicolo 3/2013.

¹² Dati estrapolati dalla sintesi del Rapporto biennale OCSE "Society at a glance 2014", trad. it. a cura del Ministero del lavoro e delle politiche sociali.

¹³ Si consideri, a titolo esemplificativo, l'incredibile calo del finanziamento pubblico del FNPS (Fondo nazionale per le politiche sociali) tra il 2008 e il 2013: nel 2008 erano destinati al riparto tra le Regioni e le Prov. Aut. di Trento e Bolzano più di 650 mln/euro, ma le risorse sono andate diminuendo progressivamente fino a giungere a meno di 180 mln/euro nel 2011 e a 43 mln/euro nel 2012! Le cifre sono tornate a superare i 290 mln/euro nel 2014 e i 300 mln/euro solo per il 2015 (per quest'anno viene ripartita una somma complessiva di circa 312 mln/euro).

durante il governo Monti, tra diminuzione dei trasferimenti alle Regioni, decurtazione diretta del Fondo Sanitario Nazionale e aumento della compartecipazione a carico del cittadino¹⁴. Seguono l'istruzione e l'università, colpite da tagli orizzontali dei finanziamenti e blocchi degli stipendi dei docenti¹⁵. Come noto, le iscrizioni all'università continuano a diminuire; sono dati che si riflettono, evidentemente, sulla bassa percentuale di laureati italiani rispetto alla media europea. Di incentivi, d'altronde, non se ne danno: in Italia solo circa l'8% degli studenti usufruisce di una borsa di studio, mentre in Francia il 23% e in Germania più del 25%¹⁶.

Alcuni Paesi, che non rientrano tra quelli maggiormente colpiti dagli effetti della crisi, arrivano a temere il fenomeno del c.d. *shopping* delle prestazioni sociali. Se divenisse concreta l'ipotesi di restringere l'accesso ai servizi sociali gratuiti per i cittadini comunitari residenti, cosa di cui si è parlato ad esempio qualche mese fa in Inghilterra, saremmo dinanzi alla compressione della libertà di circolazione delle persone nel territorio dell'Unione¹⁷. Ci si potrebbe dimenticare che il lavoro e i diritti sociali attingono alla condizione di cittadino (*rectius*: di cittadino europeo, per la prospettiva che qui interessa adottare) e che devono essere garantiti al cittadino come lo sono gli altri diritti individuali.

Le precedenti considerazioni danno una misura concreta di un effetto sulla dimensione sociale della vita degli individui, che pure era pre-

¹⁴ Si vedano d.l. 98/2011 (istituzione del c.d. "superticket sanitario"); d.l. 138/2011 (riduzione dei finanziamenti ai Ministeri); d.l. 95/2012 (tagli dei trasferimenti alle Regioni e decurtazione del F.S.N. per cifre progressivamente crescenti fino al 2015). La legge di stabilità 2013 è tornata nuovamente a tagliare direttamente il F.S.N. Non sembra che il progetto per il futuro sia di continuare all'insegna dei "tagli"; si possono cogliere, peraltro, dei segnali positivi nella legge di stabilità per il 2015, approvata allo scadere dello scorso anno, la quale prevede un incremento delle risorse destinate ad alcuni fondi pubblici a sostegno del servizio socio-sanitario (per il FNPS, come dicevamo, si torna a stanziare più di 300 milioni di euro a decorrere dall'anno 2015; il FNA, Fondo Nazionale per le non-autosufficienze, è incrementato di 400 milioni di euro a decorrere dall'anno 2015 e di 250 milioni di euro annui a partire dal 2016).

¹⁵ La Commissione europea ha certificato tagli corrispondenti a -10,4% del finanziamento totale per l'istruzione e l'università tra il 2010 e il 2012 (pari a 10 miliardi di euro). Il blocco degli stipendi per il pubblico impiego, originariamente previsto dal d.l. 78/2010, è stato poi prorogato a tutto dicembre 2014 (D.P.R. n. 122 del 2013).

¹⁶ Per consultare questi dati cfr. G. MARCON, M. PIANTA, *Sbilanciamo l'economia. Una via d'uscita dalla crisi*, Roma-Bari 2013, cap. II, § 6.

¹⁷ Si sperimenta, così, che al diminuire delle garanzie sociali diviene senz'altro più difficile anche l'esercizio dei diritti di libertà, pur formalmente riconosciuti in tutte le democrazie contemporanee e nell'ordinamento dell'Unione.

vedibile: se le misure economiche vengono decise senza che esista un calcolo dell'impatto di esse e senza che esistano degli strumenti che lo sappiano governare, è inevitabile che abbiano dei riflessi negativi anche sull'effettività delle garanzie sociali. Ovviamente, la scelta circa quali settori colpire maggiormente mediante riduzioni del finanziamento pubblico viene effettuata dai governi nazionali, che avrebbero il dovere di osservare delle priorità nelle decisioni di spesa, comprimendo, qualora necessario, quei capitoli di bilancio il cui ridimensionamento non pregiudichi diritti fondamentali della persona: si parla di *distribuzione doverosa* delle risorse¹⁸. Resta da evidenziare il fatto che non vi sono indicazioni in tal senso *da parte dell'Europa* che, sulla carta, vorrebbe garantire ai propri cittadini i diritti sociali come gli altri diritti di libertà (cfr. art. 3, par. 3, TUE e art. 9 TFUE).

Il bilanciamento tra tenuta finanziaria degli Stati e mantenimento delle garanzie sociali non è questione che vede contrapporsi misure europee di *governance* economica e diritti sociali riconosciuti dalle Costituzioni nazionali: come abbiamo visto, il bilanciamento è necessario per assicurare *la coerenza* dello stesso ordinamento dell'Unione, che tutela la stabilità del mercato unico e la condivisione degli indirizzi economici generali così come promuove la tutela dei diritti sociali.

Pur rilevando l'arricchimento delle previsioni normative e l'innalzamento del livello di tutela giurisprudenziale dei diritti fondamentali in ambito europeo, ancora si afferma che, allo stato dell'arte, i diritti sociali – pur fondamentali – si trovano in uno «stato di sostanziale minorità»¹⁹ e che da un quinquennio di crisi abbiamo ereditato «un vero e proprio “declassamento” dei diritti sociali»²⁰. Sembra, però, che attualmente vi

¹⁸ Così L. CARLASSARE, *Priorità costituzionali e controllo sulla destinazione delle risorse*, in *Costituzionalismo.it*, 1/2013, *passim*; C. SALAZAR, *op. cit.*, 7.

¹⁹ P. CARETTI, *Globalizzazione e diritti fondamentali*, in questa *Rivista*, 1/2013, 14. Nel lavoro appena citato, nonché nel manuale di P. COSTANZO, L. MEZZETTI, A. RUGGERI, *Lineamenti di diritto costituzionale dell'Unione europea*, Torino 2014, 111 s., si individuano tre distinte fasi che vedono crescere la tutela dei diritti fondamentali in ambito europeo: passando per un periodo nel quale la loro garanzia è stata conquistata per “diritto pretorio”, viviamo oggi una fase in cui la loro giustiziabilità poggia su un solido «corpus di disposizioni in materia». Nonostante la constatazione di tale evoluzione positiva, rimane da ammettere che «tuttavia il cammino europeo è ancora in atto e presenta molte imperfezioni sul versante del riconoscimento dei diritti fondamentali», come rileva anche E. FAGNANI, *Tutela dei diritti fondamentali e crisi economica: il caso dell'istruzione*, Milano 2014, 22.

²⁰ G. FONTANA, *Crisi economica ed effettività dei diritti sociali in Europa*, in *Forum Quaderni costituzionali*, 2013, 5.

siano i presupposti per cambiare tendenza: occorre tenere presente che le norme che garantiscono i diritti sociali non sono solamente dichiarazioni programmatiche bensì indicazioni precise contenute non solo nella Carta di Nizza, ma, *in primis*, nei Trattati. Bisognerebbe attribuire loro, finalmente, un nuovo valore vincolante, parametrico, che si rifletta sulla legittimità delle disposizioni e delle politiche che si risolvano in una eccessiva compressione dei diritti ivi protetti; un valore che consenta alla giurisprudenza di non limitarsi alla soluzione della singola controversia, ma di affermare, a livello generale, la necessità di coniugare il rigore finanziario con questi principi “altrettanto fondamentali”.

Il compito primario di effettuare un corretto bilanciamento tra valori fondamentali spetta naturalmente ed in primo luogo alle Istituzioni politiche, se tale operazione non viene effettuata o non produce un esito ragionevole possono intervenire le Corti.

S'impone una breve riflessione sul possibile ruolo che queste ultime potrebbero rivestire, perché alcuni “disagi”, come abbiamo visto, si sono già manifestati.

È stato ipotizzato che la Corte di Giustizia possa giudicare l'operato delle Istituzioni europee nei casi in cui la loro azione non rispecchi il doveroso bilanciamento tra i valori espressi nei Trattati mediante lo strumento del ricorso in carenza ex art. 265 TFUE²¹. Nonostante la discrezionalità che caratterizza le scelte di politica economica dell'UE, i nuclei essenziali dei diritti fondamentali, infatti, non possono essere pregiudicati da decisioni prese nell'ambito di quell'ordinamento che li riconosce e tutela. Anche se probabilmente non sarebbe incline a fare largo uso di decisioni che in concreto travolgerebbero gli effetti già prodotti di misure economiche che determinano l'azione dei governi, la Corte di Giustizia potrebbe, però, optare per “sentenze monito” o, al limite, prendere decisioni ad efficacia differita che diano tempo al legislatore europeo per apportare le dovute modifiche.

Da altro punto di vista, non sembra oggi battuta neanche la strada di un richiamo “politico” all'Unione ai sensi dell'art. 7 TUE. Esso prevede una procedura attraverso la quale si può arrivare a sanzionare uno Stato membro qualora in seno al Consiglio ci si convinca che ha commesso violazioni dei principi enunciati nell'art. 2 del medesimo Trattato. Senza arrivare a pensare di comminare sanzioni alle autorità europee, sarebbe

²¹ B. CARAVITA, *Il federalizing process europeo*, in www.federalismi.it, editoriale del 17/09/14, 8 s.

forse utile poter evidenziare formalmente, ai sensi dell'art. 7 par. 1, il rischio di pregiudizio (anche indiretto) che l'Unione provoca mediante l'imposizione di vincoli di natura economica che non considerino l'effetto di compressione di quella dignità, libertà e solidarietà di cui all'art. 2²². L'idea muove dalla considerazione, tra le altre, che secondo la formulazione letterale dell'art. 2 è *l'Unione* che «si fonda sui valori del rispetto della dignità umana, della libertà [...]»; ne consegue che dovrebbe ritenersi essa stessa vincolata al rispetto di quei valori, oltre che, ovviamente, pretenderne il rispetto da parte degli Stati membri.

Come noto la Corte di Giustizia dell'Unione ha sempre evitato di pronunciarsi circa la legittimità delle disposizioni europee in materia economica e finanziaria in relazione al concreto rischio che esse si riverberino negativamente sulle garanzie sociali. È stata recentemente richiesta alla Corte una decisione in via pregiudiziale che chiarisse se le misure adottate dal governo portoghese per adeguarsi alle indicazioni europee per il risanamento del bilancio statale (riduzione dei salari dei dipendenti pubblici) violassero il diritto a condizioni di lavoro dignitose riconosciuto dall'art. 31 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione²³. È stata prospettata dinanzi alla Corte di Giustizia «una vera e propria questione di “costituzionalità europea”», in quanto si chiedeva l'«immissione delle politiche del rigore in qualche forma di bilanciamento o contenimento allo stesso livello dell'ordinamento dell'Unione»²⁴.

Ebbene, al responso nel merito non si è giunti perché la Corte si è ritenuta incompetente a giudicare “una fattispecie di rilevanza esclusivamente interna”, secondo un'impostazione formalmente condivisibile, ma che dimostra che nessuno sforzo è stato profuso per rintracciare quei legami, pur rinvenibili, tra le norme oggetto del rinvio pregiudiziale e le misure europee di cui le prime erano attuazione²⁵. Secondo certa dottrina, lo strumento del rinvio pregiudiziale andrebbe considerato come un'occasione per far conoscere alla Corte di Giustizia le interpretazioni che le Corti costituzionali nazionali, tradizionalmente avvezze ad effettuare bilanciamenti, danno del diritto dell'Unione alla luce delle “tradizioni costituzionali degli Stati membri”, perché «la procedura pregiudi-

²² Se un terzo degli Stati membri proponessero una valutazione da parte del Consiglio e i quattro quinti si convincesse dell'esistenza del rischio di violazione, potrebbe risultarne un monito di natura politica, la cui rilevanza pratica sarebbe tutta da scoprire.

²³ Ordinanza del Tribunal do Trabalho do Porto, 08.03.12.

²⁴ C. SALAZAR, *op. cit.*, 24.

²⁵ C.G.U.E., Sindicato do bancarios do Norte, C-128/12.

ziale non deve considerarsi come una manifestazione unilaterale di superiorità del diritto dell'Unione su quello interno e dei giudici del Lussemburgo su quelli nazionali, [...] [ma] serve anche per far conoscere i punti di vista dei giudici nazionali in ordine all'interpretazione»²⁶ delle norme europee, nell'ottica di un dialogo collaborativo tra Corte di Giustizia e Corti interne.

«È auspicabile», allora, «che [la Corte di Giustizia] trovi presto il modo di pronunciarsi sul peso da attribuire in questo settore alle disposizioni dei Trattati con implicazioni sociali, [...] in particolare a quelle in tema di “economia sociale di mercato” (art. 3, par. 3, TUE), “identità costituzionali nazionali” (art. 4, par. 2, TUE), “protezioni sociali” (art. 9 TFUE). [...] Le stesse disposizioni possono essere utilizzate per valorizzare gli elementi di flessibilità presenti nelle regole di bilancio ed offrire così maggiore spazio per le politiche nazionali di carattere sociale»²⁷.

Se la Corte di Giustizia non sfruttasse le opportunità di pronunciarsi sul corretto bilanciamento tra quelle opposte istanze, infatti, il ruolo di garante della tutela dei diritti sociali a fronte delle politiche che ne minacciano l'effettività rimarrebbe (esclusivamente) nelle mani delle Corti costituzionali nazionali, le quali potrebbero far valere i cc.dd. “contro limiti”, sulla scorta, appunto, di quanto accaduto nella vicenda portoghese²⁸. Non è irragionevole pensare che questa possa rappresentare un precedente importante per casi analoghi che dovessero interessare altri Paesi. «La tutela di un nucleo essenziale di diritti sociali», infatti, «è sicuramente ricompresa nella cerchia dei principi supremi e intangibili del nostro ordinamento»²⁹; a conferma, basti ripercorrere la giurisprudenza inaugurata agli inizi degli anni '90 dalla nostra Corte costituzionale sull'esistenza di un nucleo essenziale non comprimibile per effetto dei condizionamenti che la situazione economica può determinare sulle garanzie sociali, il cui seguito si riscontra anche in decisioni più recenti³⁰. «Non si

²⁶ Cfr. G.L. TOSATO, *La riforma*, cit., 27; nello stesso senso, P. CARETTI, *op. cit.*, 11.

²⁷ G.L. TOSATO, *op. ult. cit.*, 31.

²⁸ Successivamente al rinvio pregiudiziale, come noto e come ricordato *supra*, il Tribunale costituzionale portoghese ha provveduto comunque, nel 2013, all'annullamento dell'atto lesivo dei diritti fondamentali dei lavoratori. In questo caso si è trattato dell'eliminazione di un atto di diritto interno che recepiva le misure imposte dall'Europa, ma gli stessi argomenti potrebbero in futuro opporsi all'ingresso del diritto dell'Unione negli ordinamenti nazionali.

²⁹ Ancora, G.L. TOSATO, *op. ult. cit.*, 32.

³⁰ «L'eccezionalità della situazione economica che lo Stato deve affrontare è, infatti, suscettibile senza dubbio di consentire al legislatore anche il ricorso a strumenti eccezio-

può dubitare», allora, «che la salvaguardia del nucleo essenziale dei diritti sociali garantiti in Costituzione rientri nella nozione di “contro limiti” e, di riflesso, di “identità nazionale” ai sensi dell’art. 4, par. 2, TUE. Ne consegue che norme e atti dell’Unione non rispettosi del requisito in discorso, come pure misure interne che vi dessero attuazione, potrebbero essere private di efficacia nel nostro ordinamento»³¹, come in altri ordinamenti degli Stati membri³².

Non secondario, da una prospettiva italiana, il fatto che da poco la nostra Corte costituzionale ha fatto valere i principi fondamentali dell’ordinamento, con funzione di “contro limiti”, per impedire l’efficacia interna di norme di diritto internazionale³³. I “contro limiti” potrebbero operare, in linea di principio, anche in relazione all’integrazione delle norme dell’Unione nell’ordinamento italiano: come è stato recentemente ribadito dal Presidente della Corte costituzionale, infatti, «i principi e diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione italiana [...] mai potranno essere intaccati da norme esterne di qualsiasi rango o provenienza. [...] Il giudice delle leggi ha il dovere di vegliare sull’intangibilità del nucleo essenziale della Costituzione non disponibile da parte di alcuna autorità né nazionale, né sovranazionale, né internazionale»³⁴.

nali, nel difficile compito di contemperare il soddisfacimento degli interessi finanziari e di garantire i servizi e la protezione di cui tutti cittadini necessitano. Tuttavia, è compito dello Stato garantire, anche in queste condizioni, il rispetto dei principi fondamentali dell’ordinamento costituzionale, il quale, certo, non è indifferente alla realtà economica e finanziaria, ma con altrettanta certezza non può consentire deroghe al principio di uguaglianza, sul quale è fondato l’ordinamento costituzionale», così Corte cost., sent. n. 223 del 2012, Considerato in diritto, punto 13.

³¹ G.L. TOSATO, *La riforma costituzionale*, cit., 32.

³² Può essere utile sottolineare che, nella prospettiva di chi scrive, il ricorso ai cc.dd. “contro limiti” è concepito come *extrema ratio*, di cui servirsi solo eccezionalmente e qualora attraverso altri strumenti (richiami politici, interpretazioni in sede pregiudiziale, valorizzazione degli elementi di flessibilità presenti nelle regole di bilancio per spese di carattere sociale) non si sia manifestata, a livello europeo, una maggiore sensibilità per la questione delle politiche (*rectius*: delle spese) sociali.

³³ Corte cost., sent. n. 238 del 2014.

³⁴ Relazione del Presidente Gaetano Silvestri sulla giurisprudenza costituzionale del 2013, 10. È lecito domandarsi come debbono operare i “contro limiti”, se automaticamente o solo successivamente per effetto del rilievo loro attribuito in sede di giudizio di legittimità costituzionale, e dalla risposta dipende la previsione circa quale strumento decisorio fa al caso della Corte in tali casi. Come rilevato da M. LUCIANI (*I controlimiti e l’eterogenesi dei fini*, destinato agli Scritti in onore di G. Silvestri e anticipato in *Questione Giustizia*, 1/2015, 88 s.), sembra «inevitabile» la declaratoria di inammissibilità «una volta affermato che in realtà quella norma non è mai entrata nel nostro ordinamento perché contrastante con i principi fondamentali»; come si sa, però, con la sent. 238, la

Chiudiamo la parentesi dedicata ai rimedi giurisdizionali, per loro natura “successivi” al manifestarsi delle violazioni, e torniamo al cuore della questione. Occorre attribuire un valore concreto alla formulazione letterale dell'art. 9 TFUE (“*Nella definizione e nell'attuazione delle sue politiche e azioni, l'Unione tiene conto delle esigenze connesse con la promozione di un elevato livello di occupazione, la garanzia di un'adeguata protezione sociale...*”) e devono essere le Istituzioni deputate alla produzione normativa le prime a farsi carico del problema attraverso la ricerca di soluzioni che, come anticipavamo, possono essere di due tipi³⁵.

In una prima ipotesi l'Unione si potrebbe dotare di meccanismi di garanzia che le consentano la valutazione dell'impatto delle decisioni *mentre* si stanno discutendo i provvedimenti, in modo tale che il loro contenuto rappresenti il miglior compromesso possibile tra esigenze contrapposte.

Si potrebbe considerare di approvare dei Livelli Essenziali di Assistenza comunitari che rappresentino un *minimum* di garanzie da tutti condiviso per varie categorie di prestazioni sociali, attribuendogli una funzione specifica. È vero che i sistemi di Welfare sono diversi tra loro, e che un tipo di servizio può essere integralmente a carico del pubblico in un Paese membro e integralmente a carico dell'utenza in un altro, ma crediamo che si possa giungere ad un accordo sulla fissazione di livelli essenziali, cioè *indispensabili*, delle prestazioni. L'individuazione di standard minimi di garanzie sociali avrebbe la funzione di sancire il diritto di tutti i cittadini ad accedere ad un “minimo indispensabile” di prestazioni. Esisterebbe sempre, chiaramente, la possibilità per gli Stati e anche

Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale delle norme contrastanti con i principi fondamentali dell'ordinamento, seguendo, evidentemente, un approccio diverso.

³⁵ Secondo G. L. TOSATO, *La riforma costituzionale*, cit., molti problemi si risolverebbero anche solo stabilizzando un orientamento interpretativo di ragionevole flessibilità sia in tema di programmazione delle politiche di spesa che di sanzioni per “deficit eccessivo”: se le Istituzioni deputate al controllo del rispetto dei parametri giustificassero lo “sforamento” quando esso serva a finanziare «gli investimenti pubblici; l'attuazione di politiche di crescita nel contesto di strategie comuni dell'Unione; le passività potenziali legate all'invecchiamento della popolazione; l'impatto di riforme pensionistiche» (op. cit., 12), si realizzerebbe il giusto temperamento tra rigore finanziario e spesa sociale senza necessità di ricorrere né all'intervento delle Corti né all'istituzione di meccanismi *ad hoc* (come quelli di seguito illustrati). In altri termini, secondo l'A., quei “fattori significativi” dovrebbero poter rappresentare pacificamente delle deroghe alla stretta osservanza dei parametri numerici imposti dalle regole di bilancio.

per enti infra-statali (Regioni, *Länder*, Comunità autonome ecc.) di prevedere trattamenti migliori, di riconoscere, cioè, livelli di assistenza ulteriori nel territorio dei singoli Stati membri. L'effetto sarebbe, da un lato, quello di non consentire agli Stati membri l'abbassamento dei livelli delle prestazioni sociali al di sotto dei minimi concordati, pena la violazione del diritto dell'Unione. Da un altro lato, ed è il profilo che qui maggiormente interessa, i LEA comunitari potrebbero costituire limiti all'approvazione di misure di natura economico-finanziaria che si dimostrino incompatibili con l'investimento pubblico finalizzato all'offerta delle garanzie minime; potrebbero, cioè, rappresentare un meccanismo di garanzia da inserire *nel contesto* decisionale europeo. Soprattutto nella fase della stesura di programmi di correzione indirizzati ad uno Stato in particolare difficoltà finanziaria, si dovrebbe procedere alla prova della compatibilità, numeri alla mano, delle indicazioni europee con la possibilità di spendere per erogare almeno le prestazioni previste dai LEA comunitari³⁶. L'erogazione delle prestazioni rimarrebbe, dunque, compito degli Stati (altrimenti si dovrebbe costruire un sistema fiscale europeo e si tratterebbe di una questione certamente più impegnativa), mentre l'Unione si assicurerebbe, o per lo meno potrebbe prevedere, la sostenibilità della loro offerta. Non siamo i soli a ritenere che l'individuazione «almeno dei LEP assolutamente indispensabili a cui nessun Paese del vecchio continente [e nemmeno l'Unione] può derogare» possa rappresentare un modo attraverso cui l'Europa si converta davvero in un «ordinamento non semplicemente [...] “di mercato”, ma piuttosto [...] “sociale di mercato” (cfr. art. 3, p. 3, del Trattato UE)»³⁷.

In una seconda e diversa ipotesi, agendo in tal caso sul piano degli ordinamenti interni, l'Unione potrebbe imporre agli Stati, contestualmente al vincolo del pareggio di bilancio, la creazione di riserve finanziarie per la garanzia dei diritti sociali: in questo modo gli suggerirebbe soluzioni che consentano di adempiere al doveroso compito di mantenere

³⁶ Potrebbero costituire uno strumento utile anche per la definizione dei vincoli macroeconomici generali, nel senso che – pur non potendo, come nell'altro caso, riferirsi alle condizioni particolari di un Paese e non potendo, quindi, fare calcoli precisi – rappresenterebbero comunque un impegno la cui considerazione induce al compromesso rispetto a misure di *austerità* troppo rigorose: questi LEA non sarebbero altro che, in definitiva, esigenze per cui è doveroso spendere.

³⁷ Così A. SPADARO, *I diritti sociali di fronte alla crisi*, relazione al convegno *I diritti sociali dopo Lisbona. Il ruolo delle Corti*, Reggio Calabria, 5/11/2011, disponibile in *Rivista AIC*, n. 4/2011, 15.

un buon livello di prestazioni sociali, anche a condizioni economico-finanziarie mutate. Ci si potrebbe ispirare alla Costituzione federale brasiliana, che destina una percentuale del gettito fiscale municipale, statale e federale alle prestazioni sociali: la riserva di bilancio dà la certezza che esista una determinata quantità di risorse che finanziano la sanità, l'educazione, la tutela dei lavoratori, la lotta alla povertà, la conservazione dell'ambiente e la sicurezza sociale. In altre parole, qualora vi fosse necessità di ridurre la spesa, ci si dovrebbe orientare su altri capitoli di bilancio o, comunque, non si potrebbe attingere a quei finanziamenti oltrepassando la soglia costituzionalmente garantita con la riserva. L'idea sarebbe, dunque, quella di accompagnare l'imposizione del vincolo del pareggio, che prevedibilmente riduce la capacità di spesa del pubblico, all'indicazione di strumenti che, come quello di cui stiamo trattando, salvaguardino gli investimenti per le garanzie sociali dalle operazioni di *spending review*.

In conclusione, anche senza promuovere progetti forse troppo ambiziosi (una spesa pubblica centralizzata, una fiscalità europea che la sostenga, ecc.), l'Unione può impegnarsi per la promozione di garanzie sociali effettive. Ci sembrano percorribili entrambe le strade, sia quella che vede l'istituzione a livello europeo di meccanismi di prevenzione degli impatti pregiudizievoli delle regole macroeconomiche sui sistemi di Welfare nazionali, sia quella che modificherebbe le legislazioni statali per dotarle di strumenti che garantiscano la sostenibilità di prestazioni sociali adeguate.

Avvenga come avvenga, significherebbe *assumere una responsabilità sociale*, non più limitandosi a permettere agli Stati l'impegno sociale, ma *promuovendolo*, ovvero a ricercare una più compiuta coerenza con i propri obiettivi dichiarati.

Fino a questo momento abbiamo riflettuto sul rapporto, che ne condiziona l'azione, intercorrente tra due dei tre soggetti rilevanti, l'Unione e gli Stati. Concludiamo assumendo la prospettiva di chi delle prestazioni sociali dovrebbe beneficiare; il terzo soggetto rilevante, che gioca anch'esso un ruolo, è il cittadino. Accennavamo sopra che i diritti sociali, essendo garantiti direttamente dal diritto primario dell'Unione, «sono questioni di pertinenza dei diritti di cittadinanza e di garanzia dei diritti individuali»³⁸.

³⁸ Così F. BILANCIA, *Crisi economica e asimmetrie territoriali nella garanzia dei diritti sociali tra mercato unico e unione monetaria*, in *Rivista AIC*, n. 2/2014, 10.

3. *I problemi della rappresentanza democratica e l'iniziativa del cittadino europeo*

Se l'ordinamento, quello europeo oltre che quelli nazionali, prevede che i cittadini esercitino i diritti sociali, la cittadinanza è requisito sufficiente per essere legittimati a pretenderne l'effettività. Nel contesto attuale sarebbe opportuno che il cittadino svolgesse un ruolo attivo.

Può far sentire la sua voce tramite i propri rappresentanti (sia nazionali che europei) e/o può tentare la strada dell'iniziativa legislativa volta alla produzione di norme comunitarie sui temi di interesse sociale.

Ci si consenta una considerazione di carattere generale: se si intende la rappresentanza politica nazionale in Europa come meccanismo per portare in sede sovranazionale gli interessi di una comunità di cittadini, può rilevarsi una compressione della capacità rappresentativa prodottasi a seguito della sostituzione di un vincolo, quello del pareggio di bilancio, ad un obiettivo, quello della stabilità della moneta e della crescita sostenibile (art. 2 TUE). In altre parole, il principio di rappresentanza democratica si realizza quando gli interessi della comunità possono influenzare gli indirizzi politici di maggiore importanza. Quando vi è capacità di scelta autonoma, pur nel rispetto di parametri comuni flessibili, si assume che i rappresentanti portino all'attenzione dei colleghi europei le esigenze della comunità che li ha eletti e che queste orientino le decisioni; se la capacità di scelta è ridotta al minimo, perché le misure da adottare possono essere solo quelle che consentono di rientrare nei parametri prestabiliti, gli interessi degli individui non riescono più a dirigere l'azione politica, che si irrigidisce³⁹.

L'espressione diretta del voto del popolo europeo sono i parlamentari europei; essi non esprimono interessi territoriali perché rappresentano la comunità europea tutta. Ora, il Parlamento, che pure ha avuto il ruolo di colegislatore (v. art. 294 TFUE) nell'approvazione dei provvedimenti del c.d. *Six Pack* e *Two Pack*, nelle procedure da essi istituite non svolge un ruolo centrale: è vero che è stato introdotto il Dialogo Economico, ma sembra essere una procedura che migliora la trasparenza dei lavori, favorendo l'assunzione di responsabilità da parte delle altre Istituzioni, piuttosto che uno strumento in virtù del quale la posizione parla-

³⁹ Lo descrive come un sistema ormai "robotizzato" G. GUARINO nel suo *Saggio di verità sull'Europa e sull'euro*, disponibile all'indirizzo www.giuseppeguarino.it/pubblicazioni/.

mentare diventi determinante nei processi decisionali⁴⁰. Durante il Semestre europeo, infatti, il Parlamento si limita ad adottare risoluzioni attraverso le quali esprime la sua valutazione sull'andamento annuale della crescita e alla fine dell'autunno si pronuncia sul Semestre in corso.

La scarsa rilevanza della posizione parlamentare, confrontata con l'importante ruolo attribuito alle altre Istituzioni, è ancora più evidente se si analizzano le procedure introdotte dal Fiscal Compact e dal M.E.S. Quando uno Stato viene sottoposto alla procedura per disavanzi eccessivi (art. 126 TFUE), il F.C. impone la stesura di un programma di riforme strutturali (meccanismo di correzione), che dovrà passare il vaglio della Commissione e del Consiglio UE. Essi, inoltre, monitorano la fase attuativa dei programmi stessi. Interessante è anche la c.d. Sorveglianza Multilaterale prevista dal F.C., che vede come protagonisti gli Stati, la Commissione e la Corte di Giustizia, ma non il Parlamento europeo. Quando, invece, uno Stato chiede assistenza finanziaria nel quadro del M.E.S., il compito di esaminare la richiesta di concessione degli aiuti (e tutti i profili della situazione economico-finanziaria del Paese richiedente che la hanno condizionata) spetta alla Commissione e alla BCE, poi deciderà il Consiglio dei Governatori se sbloccare i fondi oppure no; la Commissione si occupa, peraltro, della firma del protocollo d'intesa in nome e per conto del M.E.S. Successivamente, il controllo del rispetto degli accordi condizionanti l'aiuto finanziario è demandato a Commissione, BCE e FMI. Il Parlamento viene, quindi, sempre estromesso. È singolare che questa situazione si verifichi nuovamente, dopo che tanto si è parlato, prima di Lisbona, del *deficit* di democrazia degli atti normativi europei dovuto alla scarsa incisività dell'apporto parlamentare nei processi decisionali.

Al cittadino rimane la possibilità di richiedere *direttamente* un cambiamento, cioè di promuovere un nuovo impegno sociale dell'Unione attraverso l'iniziativa legislativa, prevista dal Trattato di Lisbona (artt. 11 TUE e 24 TFUE) e disciplinata nel dettaglio dal Reg. n. 211 del 2011.

L'art. 11 TUE stabilisce che «cittadini dell'Unione, in numero di almeno un milione, che abbiano la cittadinanza di un numero significativo

⁴⁰ In questo senso, nella dottrina italiana, si vedano, per tutti, il già citato lavoro di TOSATO, *La riforma costituzionale*, cit., 22, nonché P. BILANCIA, *La nuova governance dell'eurozona e i "riflessi" sugli ordinamenti nazionali*, in *www.federalismi.it*, n. 23/2012, 8 s.; si veda, inoltre, A. MAURER, *From EMU to DEMU: the democratic legitimacy of the EU and the European Parliament*, in Istituto Affari Internazionali, Working Paper aprile 2013, spec. 5 s.

di Stati membri, possono prendere l'iniziativa d'invitare la Commissione europea, nell'ambito delle sue attribuzioni, a presentare una proposta appropriata su materie in merito alle quali tali cittadini ritengono necessario un atto giuridico dell'Unione ai fini dell'attuazione dei trattati». È necessario, quindi, che la materia su cui verte l'iniziativa popolare sia tra quelle attribuite dai Trattati alla competenza dell'UE. La politica sociale certamente vi rientra: ricordiamo nuovamente che non solo gli artt. 4 e 5 TFUE prevedono che vi sia una competenza concorrente in materia e che l'Unione possa adottare misure per il coordinamento delle politiche sociali degli Stati membri, ma anche che la clausola sociale orizzontale di cui all'art. 9 richiederebbe, a nostro avviso, delle norme specifiche che gli diano attuazione e che, quindi, creino dei meccanismi che consentano di modellare l'azione dell'Unione in funzione del rispetto dei diritti sociali.

Ai sensi della normativa di dettaglio, occorre costituire un Comitato organizzatore, composto da almeno sette persone, cittadini europei e residenti in almeno sette Stati membri (art. 3, Reg. n. 211), che si occupi di predisporre una proposta che verrà registrata e sulla cui ammissibilità la Commissione si deve pronunciare entro due mesi (art. 4). Passata questa fase ed espletate le attività preliminari previste dagli artt. 5-8 Reg. n. 211, la proposta deve essere formalmente presentata alla Commissione, che decide entro tre mesi (art.10).

La Commissione può accogliere integralmente le intenzioni popolari e presentare l'iniziativa legislativa per come formulata nella proposta, altrimenti può mostrarsi d'accordo sull'opportunità di interventi normativi, ma in forme diverse da quelle indicate. Può, infine, decidere di non procedere, dovendo motivare in una comunicazione la sua scelta (art. 10 par. 1 lett. c)⁴¹. È interessante il dibattito circa la possibilità di impugnare

⁴¹ Sono due i procedimenti che hanno esaurito tutte le fasi, giungendo al pronunciamento finale della Commissione: le iniziative "Acqua potabile e servizi igienico-sanitari: un diritto umano universale! L'acqua è un bene comune, non una merce!" e "Uno di noi". In questi tre anni (il Reg. 211 è in vigore dall'aprile del 2012) la Commissione ha ricevuto cinquantuno richieste di promuovere un'iniziativa, trentuno delle quali sono state registrate in quanto riguardavano settori di sua competenza. Sono tre le iniziative che hanno finora raggiunto la soglia del milione di firme, mentre dodici sono giunte al termine del loro periodo di raccolta senza raggiungerla; per tre iniziative si stanno ancora raccogliendo le dichiarazioni di sostegno e dieci sono state invece ritirate dagli organizzatori. Per consultare i dati e conoscere le valutazioni della Commissione a tre anni dall'introduzione dell'iniziativa legislativa dei cittadini europei si veda la Relazione della Commissione al Parlamento e al Consiglio: *Report on the application of Regulation (Eu) no 211/2011 on the citizens' initiative*, Bruxelles, 31.03.2015.

l'atto col quale la Commissione di fatto rifiuta la proposta popolare: secondo una lettura⁴², la comunicazione è atto suscettibile di essere oggetto di scrutinio da parte della Corte di giustizia (*rectius* del Tribunale), in virtù dell'approccio sostanzialista adottato dal medesimo giudice europeo, e il Comitato può considerarsi legittimato a ricorrere ai sensi dell'art. 263 TFUE (essendo il soggetto a cui la comunicazione viene notificata, può dirsi che l'atto venga adottato – anche – nei suoi confronti). Dietro le discussioni su come interpretare le disposizioni normative, se in un modo o in un altro, si cela la questione del tradizionale monopolio dell'iniziativa nelle mani della Commissione: se ci si orientasse per la legittimità dell'impugnazione, sarebbe la Corte di Giustizia a decidere se la proposta legislativa verrà effettuata o meno⁴³.

Va da sé che qualsiasi soluzione che vada nel senso della responsabilizzazione sociale dell'Unione potrebbe passare per l'iniziativa popolare. Richiamando le ipotesi formulate nel par. precedente, potrebbe trattarsi, per quanto riguarda l'idea di creare dei LEA comunitari, di una proposta di regolamento, efficace negli Stati quale fonte che fissa degli *standard* minimi di garanzia con i quali i LEA nazionali debbono risultare compatibili e nei confronti delle Istituzioni dell'Unione quale parametro di legittimità delle decisioni di politica economica; potrebbe, invece, trattarsi di una direttiva per quanto concerne l'indicazione europea agli Stati membri di istituire una riserva di bilancio che garantisca le prestazioni sociali essenziali.

Qualora si istituissero dei meccanismi di garanzia della compatibilità tra misure economiche ed erogazione delle prestazioni sociali essenziali, il cittadino correrebbe, in astratto, meno rischi di vedere pregiudicati i propri diritti, nonostante l'estromissione del Parlamento dalle procedure sopra ricordate, problema a cui, comunque, dovrebbe trovarsi una soluzione. È chiaro che «se in passato la questione del deficit democratico dell'UE veniva attenuata dal fatto che l'UE era spesso portatrice di benefici per i cittadini europei, in questo momento gli inevitabili sacrifici che il rigore finanziario richiede e richiederà devono necessariamente accompagnarsi ad un miglioramento del tasso di legittimazione

⁴² Si vedano le considerazioni a riguardo di R. MASTROIANNI, *La libertà di informazione ed il pluralismo dei media nel diritto dell'Unione europea: verso una "iniziativa dei cittadini"?*, in questa *Rivista*, n. 4/2013, 675-696.

⁴³ I motivi di opposizione all'orientamento della Commissione si limiterebbero alla rilevazione di errori di applicazione del diritto nel contenuto della comunicazione e non potrebbero, ovviamente, esprimere giudizi sull'opportunità politica dell'iniziativa.

democratica nei processi decisionali anche nel governo dell'«Eurozona»⁴⁴.

L'*integrazione* europea è stata e continua ad essere una *sfida*. È una prova di incredibile complessità perché intreccia profili diversi tra loro, tanto che si suole affermare che l'integrazione è sviluppata in un certo settore e rallentata in altri; d'altronde integrare significa realizzare una sintesi di elementi, raggiungendo compromessi ragionevoli. Che ci si impegni, dunque, per la tutela dei diritti sociali mentre si sviluppa il nuovo modello economico europeo.

⁴⁴ Così P. BILANCIA, *op. cit.*, 16.

Maria De Benedetto

POVERTÀ, MOBILITÀ SOCIALE E REGOLE DEL GIOCO*

SOMMARIO: 1. Povertà: un punto di vista istituzionale. – 2. Lo Stato del benessere: dalle prestazioni sociali ai programmi di mobilità sociale. – 3. I tanti volti del paternalismo statale di fronte alla povertà. – 3.1 Durezza. – 3.2 Ambiguità. – 3.3 Inettitudine. – 4. I fallimenti della regolazione e la società “ingessata”. – 5. Le prospettive.

1. *Povertà: un punto di vista istituzionale*

Il tema della povertà può essere trattato da molteplici punti di vista: sociologico o economico¹, innanzi tutto, ma anche storico o politico² (nel senso che la povertà costituisce il possibile oggetto di politiche ai più diversi livelli di governo: internazionale, europeo, statale, regionale o locale). Una accezione del tutto autonoma presenta poi la povertà dal punto di vista religioso, poiché questa può essere l’oggetto di una scelta volontaria³.

Se però guardiamo al tema da un punto di vista strettamente giuridico e istituzionale emergono alcune questioni pregiudiziali, giacché la

* Il presente testo è destinato agli atti del IV Colloquio di Dottrina Sociale della Chiesa “Poveri e ricchi. La sfida: istituzionalizzare l’inclusione sociale”, tenutosi a Roma – Pontificia Università Lateranense, il 26-27 novembre 2014.

¹ Sul punto, v. G. VECCHI, *In ricchezza e in povertà. Il benessere degli italiani dall’Unità a oggi*, Bologna 2011.

² Cfr. V. ZAMAGNI (a cura di), *Povertà e innovazioni istituzionali in Italia. Dal Medioevo ad oggi*, Bologna 2000.

³ Per una ricostruzione v. G. TARELLO, *Povertà (questione della)*, in *Novissimo Digesto Italiano*, XIII, Torino 1966, 521. V. anche G. TODESCHINI, *Ricchezza francescana. Dalla povertà volontaria alla società di mercato*, Bologna 2004.

povertà si rivela per il diritto una nozione relativa, il che impone doverose precisazioni⁴.

Questa, innanzi tutto, dipenderebbe dal contesto storico e geografico in cui viene ad essere definita, essendo suscettibile di variazione nel tempo e nello spazio.

Inoltre, il perimetro della povertà quale oggetto di politiche pubbliche deriva dalle norme, vale a dire che questa viene a essere differentemente disegnata dalle regolazioni che intervengono ai diversi livelli istituzionali⁵.

Vi sono, al riguardo, specifiche definizioni della soglia di povertà che consentono di individuare, ad esempio, il livello di reddito al di sotto del quale una famiglia o un individuo sono considerati poveri, nella prospettiva di orientare e di calibrare le risposte istituzionali.

In Italia, la soglia di povertà assoluta (calcolata dall'Istat) si individua sulla base del "valore monetario, a prezzi correnti, del paniere di beni e servizi considerati essenziali per ciascuna famiglia, definita in base all'età dei componenti, alla ripartizione geografica e alla tipologia del comune di residenza": una famiglia è considerata "assolutamente povera se sostiene una spesa mensile per consumi pari o inferiore a tale valore monetario"⁶.

Per la Banca Mondiale attualmente la (controversa) soglia di povertà estrema è individuata nella disponibilità che un individuo ha di almeno un dollaro e 25 centesimi al giorno⁷.

Il discorso sulla povertà è, peraltro, strettamente collegato a quello della mobilità sociale⁸ la quale costituisce esito mediato delle politiche per contrastarla. Sul tema del rapporto tra povertà e mobilità sociale si sono, tra l'altro, avuti ripetuti interventi dell'Ocse⁹.

⁴ Sul punto v. il lavoro di B. MATTARELLA, *Il problema della povertà nel diritto amministrativo*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2012, 359.

⁵ Cfr. F. MANGANARO, *Combattere povertà ed esclusione: ruolo e responsabilità delle amministrazioni e delle comunità locali e subnazionali*, in *Il diritto dell'economia*, n. 2/3 2003, 273.

⁶ Sul sito dell'Istat (www.istat.it) è disponibile una applicazione per il calcolo della soglia di povertà assoluta.

⁷ L'indicatore è stato aggiornato dalla World Bank nell'agosto del 2008 a seguito dell'*International Comparison Program* del 2005.

⁸ Sul punto, v. P. SOROKIN, *Social mobility*, New York 1927, trad. it. *La mobilità sociale*, Milano 1965.

⁹ OECD, *Economic Policy Reforms: Going for Growth 2010*, ch. 5, *A Family Affair: Intergenerational Social Mobility across OECD Countries*.

Esiste, pertanto, una più ampia dimensione internazionale del discorso. Nondimeno, il ragionamento che segue si intende collocare all'interno della dimensione statale pur nella contezza che lo Stato attraversa oggi una profonda crisi e che la sua sovranità appare fortemente ridimensionata dalla presenza di poteri sovranazionali e internazionali. E', infatti, nella dimensione statale che la lotta alla povertà ha storicamente assunto un rilievo istituzionale divenendo oggetto di politiche strutturate.

Pertanto, le considerazioni che seguiranno saranno prevalentemente riferite alla vicenda italiana.

2. *Lo Stato del benessere: dalle prestazioni sociali ai programmi di mobilità sociale*

A partire dal XVIII secolo, “[...] negli stati europei, pure ancora organizzati secondo principi assolutistici, cominciarono a essere impostate politiche di intervento a favore di ceti meno abbienti o emarginati, anche a scopo di tutela dell’ordine pubblico”¹⁰.

Come è noto, i fini caritativi e assistenziali – tradizionalmente perseguiti attraverso ordini religiosi e associazioni ispirate da sentimento religioso – sono stati progressivamente assunti dallo Stato e trasformati all'interno di un imponente processo inteso alla “laicizzazione della beneficenza”¹¹. Lo Stato, in altri termini, si è sostituito (o più propriamente, tenderà a sovrapporsi) a una variegata realtà di ordini religiosi e associazioni attive in campo caritativo, divenendo direttamente titolare di funzioni di assistenza e beneficenza¹².

Le riforme di pubblicizzazione intervenute nel XIX secolo condurranno alla nascita della vera e propria “beneficenza istituzionale”¹³, dapprima con il riordino delle opere pie (L. 3 agosto 1862, n. 753) poi con la loro trasformazione in istituti pubblici di beneficenza (L. 17 luglio 1890, n. 6972) e in seguito di assistenza e beneficenza (R.D. 30 dicembre 1923, n. 2841)¹⁴.

¹⁰ V. CERULLI IRELLI, *La lotta alla povertà come politica pubblica*, in *Democrazia e diritto*, 2005, 57.

¹¹ Ivi, 63.

¹² Cfr. V. ZAMAGNI (a cura di), *Povertà e innovazioni istituzionali in Italia. Dal Medioevo ad oggi*, cit., in particolare 587 ss.

¹³ V. CERULLI IRELLI, *La lotta alla povertà come politiche pubblica* cit., 62.

¹⁴ Si veda, sul punto, anche il più recente d.lgs. 4 maggio 2001, n. 207, “Riordino del

Nella statizzazione delle funzioni di assistenza e beneficenza si manifesta un duplice atteggiamento da parte dei pubblici poteri: quello di protezione dei poveri ma anche quello di protezione dai poveri¹⁵. La povertà costituisce, infatti, per lo Stato una perdurante minaccia all'ordine pubblico e impone – a tutt'oggi – un controllo capace di temperarne gli effetti deteriori e di prevenirne le possibili manifestazioni problematiche.

L'armamentario tipico dello Stato sociale viene irrobustito in età giolittiana grazie alle istituzioni di protezione sociale tra cui l'istituzione della Cassa nazionale di previdenza (1898) e la successiva iscrizione obbligatoria (1917). Il crescente paternalismo trova conferme nel periodo fascista, quando venne dato “ampio sviluppo alle attività assistenziali, non solo statali, ma anche [...] nel sindacato e nel partito”¹⁶.

Ma è con la Costituzione repubblicana che si palesa la più grande promessa di protezione da parte dello Stato nei riguardi dei cittadini meno abbienti, il più articolato programma di sicurezza sociale e di superamento della povertà mai dichiarato.

L'art. 3, comma 2, Cost., recita: “è compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana [...]”.

Viene, poi, riconosciuto dall'art. 38 Cost. il diritto al mantenimento e all'assistenza sociale di “ogni cittadino inabile al lavoro e sprovvisto dei mezzi necessari per vivere”; è ancora riconosciuto un diritto ai lavoratori a che siano previsti e assicurati “mezzi adeguati alle loro esigenze di vita in caso di infortunio, malattia, invalidità e vecchiaia, disoccupazione involontaria”.

Il fallimento del mercato nella prestazione dei diritti sociali è la ragione che ha storicamente giustificato l'affermarsi dei sistemi pubblici di sanità, istruzione, protezione sociale¹⁷. In altri termini, lo Stato si è impegnato (in chiave programmatica) a perseguire politiche di mobilità so-

sistema delle istituzioni pubbliche di assistenza e beneficenza, a norma dell'articolo 10 della legge 8 novembre 2000, n. 328”.

¹⁵ Per una ricostruzione dei diversi approcci al fenomeno della povertà, cfr. F. FRACCHIA, *Combattere povertà ed esclusione: ruolo, strategie e strumenti per i soggetti pubblici*, in *Il diritto dell'economia*, I, 2004, 41.

¹⁶ S. CASSESE, *Lo Stato fascista*, Bologna 2010, 139. Sul punto v. anche C. BOZZI, *Assistenza, beneficenza, previdenza*, in *Scritti giuridici in onore di Santi Romano*, volume II, *Diritto amministrativo*, Padova 1940, 749 ss.

¹⁷ G. NAPOLITANO, M. ABRESCIA, *Analisi economica del diritto pubblico*, Bologna 2009, 71.

ziale attraverso cui consentire l'emancipazione dall'indigenza e un progresso sociale duraturo.

I diritti sociali, garantiti dalla Costituzione, sono divenuti così oggetto di compiti di benessere, impegnando a veri e propri obblighi di prestazione dapprima lo Stato e più tardi (per i profili che li riguardano) anche regioni ed enti locali.

Con la Costituzione repubblicana viene disegnato un modello di Stato sociale¹⁸ in cui si riconosce una "primazia" del pubblico potere nell'erogazione diretta dei servizi sociali (scuola, sanità, ecc.), senza però che si giunga a negare espressamente la libertà d'iniziativa privata in questi ambiti¹⁹.

A ben vedere, anche nel programma costituzionale si esprime un'idea sostanzialmente paternalistica del pubblico potere²⁰, ma che vede una pluralità di rappresentazioni del "*droit public face à la pauvreté*"²¹.

3. I tanti volti del paternalismo statale di fronte alla povertà

Il programma di emancipazione sociale espresso dalla Costituzione repubblicana mirava a un coinvolgimento strutturale delle istituzioni nel provvedere alle situazioni di povertà e disagio²² ed ha raggiunto indubbiamente importanti risultati in termini di garanzia diffusa nella prestazione dei servizi sociali.

¹⁸ M.S. GIANNINI, *Stato sociale: una nozione inutile*, in *Scritti in onore di Costantino Mortati*, I, Milano 1977, 139.

¹⁹ L'integrazione tra offerta pubblica e privata è caratteristica comune ai servizi sociali: sanità, istruzione e assistenza afferirebbero infatti a uno statuto comune, così, G. CORSO, *Principi costituzionali sull'istruzione*, in C. MARZUOLI, (a cura di), *Istruzione e servizio pubblico*, Bologna 2003, 35.

²⁰ Il tema del paternalismo (nella accezione del "paternalismo libertario") è stato recentemente ripreso dalla dottrina statunitense, in particolare da R. THALER, C. SUNSTEIN, *Libertarian Paternalism*, in *The American Economic Review*, 93, 2003, 175 e R. THALER, C. SUNSTEIN, *Libertarian Paternalism is Not an Oxymoron*, in *University of Chicago Law Review* 70(4), 2003, 1159. Sul punto si vedano anche S. CONLY, *Against Autonomy: Justifying Coercive Paternalism*, Cambridge 2012 e C. COONS, M. WEBER (eds.), *Paternalism: Theory and Practice*, Cambridge 2013.

²¹ D. ROMAN, *Le droit public face à la pauvreté*, Paris 2002.

²² Sul tema si vedano i lavori di M. RUOTOLO, in particolare *La lotta alla povertà come dovere dei pubblici poteri. Alla ricerca dei fondamenti costituzionali del diritto a un'esistenza dignitosa*, in *Diritto pubblico*, 2/2011, 391 e il volume *Sicurezza, dignità e lotta alla povertà*, Napoli 2012.

Lo strumento tecnicamente più efficace per sostenere le politiche di *welfare* è il sistema di redistribuzione che si impernia sull'imposta progressiva, attraverso cui è reso possibile un più forte sostegno economico alla spesa per servizi pubblici e sociali da parte delle classi sociali più abbienti.

Nondimeno anche in età repubblicana ed in vigenza di Costituzione, la prassi è stata caratterizzata da ambiguità e contraddizioni, in cui il *welfare* è stato "vittima del suo successo"²³ e in cui il paternalismo dello Stato accanto a una protezione avvolgente e sempre più universalistica dei bisogni dei cittadini ha espresso anche durezza, a tratti ambiguità, non di rado una vera e propria incapacità.

3.1 Durezza

La durezza del paternalismo statale di fronte alla povertà è stata, a volte, giustificata da esigenze di ordine pubblico.

Si pensi alla vicenda che ha interessato il divieto di accattonaggio. La Corte Costituzionale nel 1995²⁴ aveva dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 670, comma 1 del c.p. che – "sulla base di una antica e oramai ripugnante tradizione"²⁵ – puniva l'accattonaggio in luogo pubblico o aperto al pubblico.

È stata però, di fatto, reintrodotta una possibilità di divieto in via amministrativa della mendicizia: quando questa risulti "molesta ed invasiva" può essere oggetto di un potere di ordinanza del Sindaco²⁶, vagliato anche dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato²⁷.

Le condizioni di indigenza e povertà possono, poi, indipendentemente da questioni di ordine pubblico, essere causa di limitazioni alla patria potestà se ostacolano l'assolvimento dei doveri di istruire, mantenere

²³ Z. BAUMAN, *Lavoro, consumismo e nuove povertà*, 2007.

²⁴ Corte costituzionale, sentenza 28 dicembre 1995, n. 519.

²⁵ V. CERULLI IRELLI, *La lotta alla povertà come politica pubblica* cit., 68.

²⁶ Ai sensi dell'art. 54, comma 4 del d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267.

²⁷ Consiglio di Stato, V, ordinanza 13 gennaio 2010, n. 127. Sul punto è, peraltro, intervenuta anche la Corte Costituzionale che, con sentenza 4 aprile 2011, n. 115, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 54, comma 4, del d. lgs. 18 agosto 2000, n. 267, come sostituito dall'art. 6 del d.l. 23 maggio 2008, n. 92 (Misure urgenti in materia di sicurezza pubblica), convertito, con modificazioni, dall'art. 1, comma 1, della L. 24 luglio 2008, n. 125, nella parte in cui comprende la locuzione "anche" prima delle parole "contingibili ed urgenti". Sul punto, v. S. ROSSI, *Note a margine delle ordinanze sindacali in materia di mendicizia*, in *Le Regioni*, n. 1-2, 2010, 269.

educare la prole. Non è stato infrequente il caso di genitori che si sono rivolti ai Servizi sociali per chiedere interventi di sostegno e che hanno visto attivarsi procedure di sospensione della patria potestà. Solo assai di recente, con un intervento normativo puntuale si è disposta la delega al governo in materia di filiazione e di dichiarazione dello stato di adottabilità²⁸, individuando – tra gli altri principi e criteri direttivi – la “segnalazione ai comuni, da parte dei tribunali per i minorenni, delle situazioni di indigenza di nuclei familiari” che richiedano interventi di sostegno “per consentire al minore di essere educato nell’ambito della propria famiglia”. Così, con il d.lgs. 28 dicembre 2013, n. 154²⁹ sono state disposte modifiche alla legge 4 maggio 1983, n. 184 (*Diritto del minore ad una famiglia*), introducendo un art. 79 bis con cui, per l’appunto, si prevede che “il giudice segnala ai comuni le situazioni di indigenza di nuclei familiari che richiedono interventi di sostegno” così da rendere effettivo il diritto del minore essere educato nell’ambito del proprio nucleo familiare.

3.2 Ambiguità

Il paternalismo dello Stato presenta anche alcune ambiguità.

Nelle materia dei giochi e delle scommesse si è giustificata la riserva di attività economica in capo allo Stato e la relativa gestione monopolistica in virtù del divieto di gioco d’azzardo, assistito da previsioni di diritto penale³⁰.

La crescita esponenziale del gioco d’azzardo gestito dallo Stato costituisce però una conferma della forte ambiguità del modo in cui oggi i pubblici poteri si relazionano con povertà e disagio sociale³¹.

²⁸ Legge 10 dicembre 2012, n. 219, art. 2, comma 1, lett. o), Disposizioni in materia di riconoscimento dei figli naturali.

²⁹ Revisione delle disposizioni vigenti in materia di filiazione, a norma dell’articolo 2 della legge 10 dicembre 2012, n. 219, art. 100. Sull’argomento v. G.E. NAPOLI, *Il diritto di crescere nella propria famiglia*, in C.M. BIANCA, *La riforma della filiazione*, Padova 2015, 1115 ss.

³⁰ Cfr. L. SALTARI, *Il regime giuridico dei giochi e delle scommesse. Ragioni per un cambiamento*, in *Munus-Rivista giuridica dei servizi pubblici*, n. 2/2012, 314: “la legittimità della riserva si spiegherebbe perché essa non incide su un’attività altrimenti libera. Su di essa è posta una proibizione generale, giustificata da ragioni di ordine pubblico: il divieto del gioco d’azzardo dettato dall’art. 718 c.p.”.

³¹ Ivi, p. 333: “L’approccio paternalistico è certamente scemato con l’incremento delle libertà riconosciute agli individui. Rimane ferma l’idea di contrastare la sola ludopatia. Il diffondersi dei giochi e delle scommesse continua però a essere visto con disfa-

Da un lato, vi sono esigenze di incrementare le entrate pubbliche e l'impossibilità di far ulteriormente ricorso alla leva fiscale, che hanno negli ultimi anni condotto lo Stato a investire (anche attraverso costose campagne pubblicitarie) sull'aumento delle entrate derivanti dal monopolio fiscale relativo a giochi e le scommesse³².

Dall'altro, la risposta – straordinaria in termini di cassa – ha dato luogo a effetti drammatici sotto il profilo sociale, con la diffusione di patologie da gioco compulsivo, sovente associate a previe situazioni di disagio sociale. Al riguardo, si registra un progressivo innalzamento dei costi a carico del Servizio sanitario nazionale per la cura delle ludopatie.

Ciò che più genera perplessità è però la trasformazione della *ratio* del monopolio fiscale in materia di giochi e scommesse³³ che non ha più la prevalente e tradizionale funzione di impedire la diffusione del gioco d'azzardo clandestino (nelle mani delle organizzazioni criminali) – generando al contempo una contenuta forma di entrata – ma piuttosto quella di stimolare onde lucrarne una domanda crescente di gioco d'azzardo tra strati diffusi di popolazione, in particolare tra le classi sociali meno abbienti. È qui, infatti, che alberga la speranza di un cambiamento radicale delle proprie condizioni di vita e che esercitano attrazione prospettive di emancipazione dalla condizione di lavoro (si ricordi la lotteria *Win for life* o *Turista per sempre*).

Tale politica ha determinato un meccanismo di surretizio prelievo da parte dello Stato, generando un sistema di entrata regressivo, che elude l'impianto dei principi costituzionali³⁴: si è parlato al riguardo di “tassa occulta” o di “tassa sulla povertà”.

Non è sufficiente a contrastare questa ambiguità il fatto che la destinazione delle rendite di monopolio tende a riabilitare il fragile fondamento

vore. Vi sono i pericoli di infiltrazione della criminalità e di riciclaggio del denaro proveniente da attività illecite. La espansione e articolazione del fenomeno rende sempre più complesso impedire che persone non maggiorenti si accostino a questo ambito. Lo Stato continua ad avere un enorme bisogno delle entrate provenienti da esso. Ne consegue che quella dei giochi e delle scommesse non può concepirsi come un'attività economica assimilabile a tutte le altre, quindi, pacificamente assoggettabile ai principi e alle regole del libero mercato”.

³² Ivi, 332: “Oltre alla tutela dell'ordine pubblico nei termini sopra precisati, vi è con sempre maggiore rilievo l'esigenza di trarre risorse finanziarie per le casse dell'erario”.

³³ Sull'argomento v. A. BATTAGLIA, B.G. MATTARELLA, *Le regole dei giochi. La disciplina pubblicistica dei giochi e delle scommesse in Italia*, Napoli 2014.

³⁴ L. SALTARI, *Il regime giuridico dei giochi e delle scommesse* cit., 337 parla di “tassa occulta” che sarebbe “pagata in modo disomogeneo dalle classi sociali fuori da qualsiasi progressività”.

morale del diritto di monopolio (extraprofitto), come nel caso di parte dei proventi del gioco del lotto destinati alla salvaguardia dei beni culturali³⁵.

3.3 Inettitudine

Il paternalismo statale manifesta ancora oggi debolezze ed incapacità, quasi una sorta di strutturale inettitudine.

Dal punto di vista che qui interessa, la prima e maggior debolezza risiede nella sua limitata capacità di accertamento della povertà. La realtà è che vi è una forte richiesta di prestazioni sociali ma spesso coloro che non ne avrebbero bisogno (o diritto) vi accedono mentre quelli che ne avrebbero bisogno (e diritto) non riescono ad accedervi: l'amministrazione non sembra in grado di reagire efficacemente a questa grave disfunzionalità.

Ciò è ovviamente reso difficile dalla strutturale inferiorità informativa dell'amministrazione che non ha una rappresentazione reale in primo luogo delle condizioni reddituali dei cittadini. L'Anagrafe tributaria, stante l'ancora alto livello di evasione fiscale, non è sempre una ricognizione realistica della capacità reddituale di coloro che producono reddito d'impresa o redditi di lavoro autonomo³⁶.

Inoltre, quando le condizioni reddituali sono oggetto di auto-dichiarazione (ad esempio attraverso il modulo Indicatore di Situazione Economica Equivalente-ISEE) sono state non di rado oggetto di dichiarazioni non veritiere, che hanno fino ad ora fronteggiato un basso rischio di essere rilevate in sede di controllo anche se l'amministrazione sta tentando di migliorare la funzionalità del sistema grazie ad un recente intervento normativo³⁷.

³⁵ La legge finanziaria 1997 (l. 23 dicembre 1996, n. 662), art. 3, comma 83, dispose che "sulla base degli utili erariali derivanti dal gioco del lotto accertati nel rendiconto dell'esercizio immediatamente precedente" venisse riservata "in favore del Ministero per i beni culturali e ambientali una quota degli utili derivanti dalla nuova estrazione del gioco del lotto, [...] per il recupero e la conservazione dei beni culturali, archeologici, storici, artistici, archivistici e librari" Sull'argomento v. la ricostruzione di P. BORIA, *La disciplina tributaria dei giochi e delle scommesse. Contributo allo studio dei monopoli fiscali*, in *Rivista di diritto tributario*, 2007, 39.

³⁶ Sul punto v. R. LUPI, *Evasione fiscale, paradiso e inferno Teoria della tassazione analitico aziendale e delle sue disfunzioni in Italia*, 2008, 253.

³⁷ L'articolo 5, del decreto legge 6 dicembre 2011, n. 201, convertito con modificazioni dalla legge 22 dicembre 2011, n. 214 ha previsto una revisione delle modalità di determinazione e dei campi di applicazione dell'Indicatore della situazione economica equivalente (ISEE) prevedendo, tra l'altro, il rafforzamento del sistema dei controlli e la

Infine, la moltiplicazione degli schemi di relazione familiare (per semplicità ci riferiremo allo schema binario coniugato/separato-divorziato) incentiva comportamenti opportunistici, quali ad esempio separazioni volte ad accedere a prestazioni sociali altrimenti non spettanti (ovvero ad avere una maggiore attribuzione di punteggio in graduatorie per l'attribuzione di risorse scarse e ad evitare alcune conseguenze fiscali) o matrimoni volti esclusivamente a fruire di prestazioni pensionistiche di reversibilità (come nel caso del matrimonio tra badante o badato).

Questa incapacità non occasionale dei pubblici poteri è destinata ad accrescersi con il moltiplicarsi degli schemi di relazione familiare, fenomeno che facilita ed incentiva la tendenza diffusa al *rent-seeking*, generando costi crescenti sulla finanza pubblica e sottraendo risorse alle reali situazioni di povertà e disagio.

4. *I fallimenti della regolazione e la "società ingessata"*

L'attuazione dell'ambizioso programma costituzionale di liberazione (o comunque di forte riduzione) dalla povertà e di mobilità sociale è stato attraversato da limiti e contraddizioni.

Si sono rappresentati, infatti, accanto ai fallimenti del mercato, fallimenti della regolazione e l'intero sistema dei diritti sociali ha nel tempo generato anche effetti collaterali quando non una vera e propria eterogeneità dei fini, aggravando le situazioni di povertà e premiando in larga scala comportamenti opportunistici.

Il paternalismo statale – originariamente diretto a proteggere le situazioni di povertà e a temperare disuguaglianze – ha di conseguenza espresso un peso crescente sulla fiscalità generale, perché le prestazioni hanno progressivamente “ceduto ad una domanda di larghezza”³⁸ non

riduzione delle situazioni di accesso indebito alle prestazioni agevolate. Con il D.p.c.m. 5 dicembre 2013, n. 159 è stata introdotta, dal 1 gennaio 2015, una nuova disciplina in materia di ISEE. Sul punto, v. Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali, *La riforma dell'ISEE. Maggiore equità ed efficacia nella valutazione della condizione economica della famiglia*, 2013, 4: “vi è infatti evidenza che con l'ISEE vigente finora, in cui tutto è auto-dichiarato, si è verificata una sistematica sottodichiarazione sia del reddito (anche rispetto al reddito Irpef) sia del patrimonio. Con riferimento al patrimonio mobiliare, ad esempio, l'80% dei nuclei familiari dichiara di non possedere neanche un conto corrente o libretto di risparmio, dato non coerente con quelli pubblicati dalla Banca d'Italia”.

³⁸ G. CORSO, *I diritti sociali nella Costituzione italiana*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1981, 761.

essendo più dirette a rimuovere una diseguaglianza ma divenendo estese a strati sempre più ampi della popolazione, indipendentemente dalla effettività e rilevanza della situazione di bisogno.

La minaccia della povertà (e il correlato blocco alla mobilità sociale, segnalato anche da ricerche dell'Ocse e della Banca d'Italia) sembra oggi il prodotto anche di quelle politiche nobili che intendevano contrastarla.

Vi sono, infatti, sempre meno risorse. Il quadro costituzionale è, ad oggi, più articolato, essendo costituito anche dalla previsione con cui si è disposto il vincolo di pareggio del bilancio³⁹, in linea con quanto richiesto dagli impegni assunti a livello europeo⁴⁰.

Il problema non è però di mera quantità di risorse attribuite per il funzionamento dei servizi sociali ma piuttosto di qualità della regolazione: in alcuni ambiti più che in altri risulta evidente che la regolazione stessa – per come attuata – contribuisce a bloccare la mobilità sociale generando effetti che negano il quadro costituzionale in materia di diritti sociali.

Un esempio paradigmatico, a tale riguardo, è quello della regolazione dell'istruzione.

In Italia, così come in altri paesi di area Ocse i sistemi d'istruzione sembrano avere smarrito la loro capacità di svolgere il ruolo di veicolo della mobilità sociale⁴¹ anche per effetto del “processo d'inflazione dei titoli di studio che colpisce soprattutto [...] chi parte da origini sociali basse”⁴².

Inoltre, il sistema d'istruzione nazionale è permanentemente oggetto

³⁹ Art. 81 Cost., comma 1, come sostituito dalla legge costituzionale 20 aprile 2012, n. 1, “Introduzione del principio di pareggio di bilancio nella Carta costituzionale”.

⁴⁰ L'art. 3, comma 2 del Trattato sulla stabilità, sul coordinamento e sulla *governance* nell'Unione economica del 2 marzo 2012 prevede l'inserimento nei diritti nazionali di “disposizioni vincolanti e di natura permanente – preferibilmente costituzionale” che dispongano il vincolo di pareggio del bilancio. Sul punto v. Camera dei deputati, Dossier di documentazione, Introduzione del principio di pareggio del bilancio nella Costituzione italiana, Testo a fronte fra i disegni di legge di riforma costituzionale italiano e francese e le leggi costituzionali tedesca e spagnola, 4 novembre 2011.

⁴¹ OECD, *No more failures: ten steps to equity in education*, 2007 e OECD, *Going for Growth 2010*, *ch. 5, A Family Affair: Intergenerational Social Mobility across OECD Countries* cit. Sul punto v. R. BOUDON, *L'inegalité des chances. La mobilité sociale dans les sociétés industrielles*, Paris 1973, trad. it *Istruzione e mobilità sociale*, Bologna 1979. V. anche G. BALLARINO, D. CHECCHI, (a cura di), *Sistema scolastico e disuguaglianza sociale. Scelte individuali e vincoli strutturali*, Bologna 2006.

⁴² A. DE LILLO, voce *Mobilità sociale*, in *Enciclopedia delle scienze sociali*, 1996, in www.treccani.it.

di interventi di riforma ma gli apparati di erogazione mostrano inadeguatezze ed inefficienze, come risulta anche nella comparazione tra sistemi⁴³.

Ho altrove affrontato alcuni aspetti di questa unitaria linea argomentativa⁴⁴: l'accesso all'istruzione, lo studio delle lingue straniere e il finanziamento dell'istruzione.

Quanto all'accesso, l'attuale sistema privilegia tra i criteri per la scelta delle domande di iscrizione in eccedenza la "vicinorietà", si preferisce cioè chi risieda nel territorio della scuola. Se valutiamo questo elemento con lo strumentario *antitrust* risulta che la misura considerata più conforme con il criterio di ragionevolezza (la vicinorietà) è foriera di disuguaglianze, anzi capace di perpetuarle riconoscendo una sorta di ulteriore vantaggio per coloro che già godono di una situazione privilegiata (quale risiedere nelle zone centrali e residenziali dei centri urbani, normalmente dotate delle migliori scuole), contribuendo al "sistema ingessato"⁴⁵ e incentivando comportamenti opportunistici (definiti dal Consiglio di Stato "stratagemmi")⁴⁶, come nel caso dei cambi di residenza finalizzati all'ammissione scolastica.

Quanto all'apprendimento delle lingue straniere – e in particolare della lingua inglese – nella scuola finanziata a carico della fiscalità generale, l'offerta di formazione risulta inadeguata per espressa ammissione dell'amministrazione che, di fatto, ha affidato nella scuola primaria l'insegnamento a docenti che sono stati definiti dal Miur "privi dei requisiti"⁴⁷. Questo ritardo nell'adeguare l'offerta di formazione sta aggravando la distanza tra utenti: quelli economicamente più provveduti da tempo si dirigono verso un'offerta presente soprattutto nei quartieri centrali e residenziali dei grandi centri urbani, costituita da scuole non più

⁴³ Ci si riferisce al rapporto periodico dell'OECD, *Education at a glance*, in cui sono utilizzati indicatori nella prospettiva della comparazione tra sistemi di istruzione. Un riferimento alla scarsa efficienza dei sistemi d'istruzione viene dalla Commissione Europea, COM/2002/766 def. "Investire efficacemente nell'istruzione e nella formazione".

⁴⁴ Cfr. M. DE BENEDETTO, *Fallimenti, sperperi e profitto nell'istruzione*, in *Giornale di diritto amministrativo*, n. 4/2013, 335.

⁴⁵ Così, L. RIBOLZI, *Il sistema ingessato. Autonomia, scelta e qualità della scuola italiana*, Brescia 1997.

⁴⁶ Consiglio di Stato, VI, 7 giugno 2011, n. 3410, dove – riportando un passaggio della sentenza appellata – si definisce il cambio di residenza nell'imminenza dell'iscrizione quale "puro stratagemma per scavalcare altri aventi diritto".

⁴⁷ Nota Miur, 20 febbraio 2012, prot. n. 1188, Piano di formazione per lo sviluppo delle competenze linguistico-comunicative e metodologico-didattiche dei docenti di scuola primaria privi dei requisiti (d.p.r. 81/09, art. 10 comma 5). Avvio 2° contingente di attività di formazione per 16.000 docenti.

confessionali ma internazionali, bilingue o straniere, segnando inesorabilmente una prospettiva di marcata disuguaglianza nelle opportunità⁴⁸.

Quanto, infine, al finanziamento dell'istruzione, questo dovrebbe essere assicurato prevalentemente dal ricorso alla fiscalità generale, informata a criteri di progressività e in parte sostenuto con le tasse scolastiche (in base al principio di controprestazione) dovute da chi fruisce dell'istruzione non obbligatoria⁴⁹. Nel contesto di stringenti ristrettezze finanziarie e di tagli sempre maggiori, le scuole hanno introdotto un "contributo volontario", così denominato ma sostanzialmente imposto alle famiglie⁵⁰. Tale contributo viene fissato dal consiglio d'istituto, richiesto nelle scuole di ogni ordine e grado e ha un importo fisso (è, perciò, dovuto anche dagli studenti esonerati dalle tasse scolastiche), così mettendo in discussione la legalità dell'imposta, la progressività del sistema di entrata, la gratuità dell'istruzione obbligatoria.

5. Le prospettive

Nel trattare la povertà e nel ricercare la mobilità sociale è oggi necessario innovare: il modo in cui le politiche sono formulate, le regolazioni adottate, e le regole applicate. Occorre, in particolare, ridefinire le politiche nel quadro (e nella prospettiva) delle risorse sempre più ridotte.

Innanzitutto, quando si adottano regolazioni, il punto di vista dell'utenza dei diritti sociali andrebbe considerato *ex ante*, non solo attraverso consultazioni (per cui spesso è carente una adeguata rappresentanza) ma nella stessa determinazione degli obiettivi regolatori⁵¹.

Inoltre, occorre monitorare e valutare *ex post* le regolazioni (anche quando *soft regulation*), in modo da verificarne gli effettivi impatti sui destinatari. Esiste, infatti, una distanza tra teoria e prassi dei diritti sociali, che andrebbe gradualmente ridotta ragionando di diritti sociali magari teoricamente più contenuti ma effettivi, capaci di toccare utilmente le situazioni di disagio e di riaprire la prospettiva – oggi chiusa – della mobilità sociale.

⁴⁸ Sul punto, v. A. COBALTI, *Globalizzazione e istruzione*, Bologna 2006.

⁴⁹ Sulla nozione di tassa v. R. LUPI, *Diritto tributario. Parte generale*, quinta edizione, Milano 1998, 29-30.

⁵⁰ Circolare Miur, 20 marzo 2012, n. 312, Indicazioni in merito all'utilizzo dei contributi scolastici delle famiglie.

⁵¹ Cfr. M. DE BENEDETTO, M. MARTELLI, N. RANGONE, *La qualità delle regole*, Bologna 2011, 136.

Serve, cioè, una buona regolazione che tenda a far corrispondere prestazioni erogate e povertà reale.

La burocratizzazione della lotta alla povertà ha generato anche circoli viziosi, in particolare l'amministrazione non sa sempre riconoscere il falso povero nè sa individuare un vero povero che non sia già capace di proporsi da sè.

Questa inefficienza sta aggravando il problema e richiede risposte nuove ed efficaci che dovranno valorizzare la maggiore prontezza dei corpi intermedi di riconoscere e di rispondere al disagio. In parte, inevitabilmente, è già così: la soglia di povertà assoluta è calcolata sul nucleo familiare, dove primariamente si vivono le esperienze di vita e dove solidalmente alla povertà si risponde.

Ciò che risulta necessario, pertanto, è sviluppare politiche e regolazioni di *favor* nei riguardi delle comunità intermedie prevalentemente attraverso il ricorso a strumenti fiscali i quali non richiedono l'intervento dell'amministrazione nè di intermediari nelle misure di sostegno (quoziente familiare, deduzioni, ampliamento del potere di destinazione di quote d'imposta).

Infatti, le occasioni di amministrazione delle prestazioni di sostegno sono occasioni anche per pratiche opportunistiche e corruzione⁵².

Occorre, infine, ridisegnare la regolazione sociale in chiave europea, a partire dall'istruzione, orientando le capacità di lavoro dei giovani ad un mercato del lavoro continentale, soprattutto con una radicale innovazione dell'insegnamento delle lingue nel sistema scolastico: la povertà è sempre più, infatti, "*capability deprivation*"⁵³.

Vi è un rischio, poi, che investe la stessa dimensione antropologica: "l'estensione e l'universalizzazione dei servizi pubblici concorrono a definire [...] l'antropologia dell'uomo assistito" il quale, in buona sostanza, "non conosce l'incertezza del futuro [...] rifiuta il bisogno come elemento coesistente alla condizione umana [...] è radicalmente dipendente"⁵⁴.

La povertà più preoccupante potrebbe, pertanto, essere oggi in Italia quella di "ogni sistema regolare, permanente, amministrativo, il cui scopo [è] di provvedere ai bisogni del povero": far nascere, cioè, "più miserie di quante ne può guarire"⁵⁵.

⁵² Sul punto, v. M. DE BENEDETTO, *Administrative Corruption*, in J. BACKHAUS (ed.), *Encyclopedia of Law and Economics*, Springer on line, 2014, 6.

⁵³ A. SEN, *The idea of Justice*, Cambridge Massachusetts 2009, 254.

⁵⁴ G. CORSO, *I diritti sociali nella Costituzione italiana* cit., 782-783.

⁵⁵ A. DE TOCQUEVILLE, *Democrazia e povertà*, Roma 1998, 10.

Roberta Lugarà

DALL'UMANIZZAZIONE DEL DIRITTO PENALE ALLA PENALIZZAZIONE DEI DIRITTI UMANI. VITTIMA E OBBLIGHI DI TUTELA PENALE NELLA GIURISPRUDENZA DELLA CORTE DI STRASBURGO

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Vittima e giustizia penale: la vittima del reato e la vittima della violazione di diritti fondamentali (pretesamente) meritevole di tutela penale. – 2.1. La vittima del reato. – 2.2. La vittima della violazione di diritti fondamentali (pretesamente) meritevole di tutela penale. – 2.2.1. ... e l'obbligo di condurre indagini effettive. – 2.2.2. ... e gli obblighi di criminalizzazione: anticipazione e rinvio. – 2.2.3. ... e gli obblighi di sanzionare con pene proporzionate alla gravità della condotta: anticipazione e rinvio. – 3. Critica della giurisprudenza della Corte EDU sugli obblighi di tutela penale. – 3.1. La pena è un diritto della vittima? – 3.2. La deroga ai diritti dell'accusato. – 3.3. Irrigidimento, estensione ed utilizzo simbolico del potere punitivo. – 4. In conclusione: quale tutela *penale* per la vittima di gravi violazioni dei diritti fondamentali?

1. Premessa

Quindici anni fa Régis de Gouttes si chiedeva se dopo aver assistito alla «*humanisation*» du droit pénal par les droits de l'homme non si corresse il rischio di vedere questi ultimi lasciarsi «*contaminer*» par le droit répressif¹. Secondo l'Autore, il rischio di una siffatta «*pénalisation*», pur scaturente dall'esigenza – di per sé condivisibile – di apprestare una più ampia tutela alle vittime di gravi violazioni dei diritti fondamentali, non era da sottovalutare, «*car il ne faut pas oublier que la répression, même au service des droits de l'homme, reste la répression et qu'elle demande à être maniée avec prudence*»². Questa tendenza alla «*penalizzazione*» si è acuita nel corso degli anni, come dimostra la crescente attenzione della dottrina per il tema degli obblighi di tutela penale

¹ R. DE GOUTTES, *Droit pénal et droits de l'homme*, in *Revue de Science Criminelle et de Droit Comparé*, 2000, 144.

² *Ibid.*

derivanti da norme che garantiscono la protezione dei diritti fondamentali³.

Anche la Corte europea dei diritti dell'uomo se ne è fatta attiva promotrice, sviluppando una giurisprudenza che impone agli Stati di tutelare penalmente le vittime di gravi violazioni dei diritti fondamentali, attraverso l'attivazione e lo svolgimento di indagini effettive, l'introduzione di fattispecie penali idonee a sanzionare penalmente la condotta subita dalla vittima, la comminazione e l'esecuzione di pene (anche detentive) sufficientemente severe rispetto alla gravità dell'atto.

Questa giurisprudenza che, come il titolo lascia presagire, costituirà l'oggetto di analisi delle pagine che seguono, appare animata da un evidente afflato etico: quello di impedire che odiose violazioni dei diritti fondamentali possano rimanere impunte. Nondimeno, essa pone l'interprete di fronte a numerosi interrogativi, tra i quali, anzitutto, quello attinente alla natura della relazione che viene a instaurarsi tra vittima e punizione penale, una volta che si accetti la tesi che dall'adesione alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo discenda per gli Stati contraenti un obbligo di tutela *penale* dei diritti ivi consacrati.

La tesi che qui, invece, si intende sostenere è che il titolare di un diritto fondamentale leso dall'altrui condotta non vanta per ciò solo un diritto alla punizione penale del proprio carnefice, permanendo in capo alla discrezionalità degli (organi legislativi degli) Stati la scelta tra i diversi strumenti di tutela previsti dall'ordinamento e, in particolare, la definizione delle fattispecie da assoggettare a sanzione penale e la misura di tale sanzione.

³ Cfr. G. DE VERO, G. PANEBIANCO, *Delitti e pene nella giurisprudenza delle Corti europee*, Torino 2007; A. ESPOSITO, *Il diritto penale "flessibile". Quando i diritti umani incontrano i sistemi penali*, Torino 2008; C. PAONESSA, *Gli obblighi di tutela penale. La discrezionalità legislativa nella cornice dei vincoli costituzionali e comunitari*, Pisa 2009; F. VIGANÒ, *L'arbitrio del non punire. Sugli obblighi di tutela penale dei diritti fondamentali*, in *Studi in onore di Mario Romano*, vol. IV, Napoli 2011; V. SPIGA, *No Redress without Justice. Victims and International Criminal Law*, in *Journal of International Criminal Justice*, 2012, 1377 ss.; S. MANACORDA, "Dovere di punire"? *Gli obblighi di tutela penale nell'era della internazionalizzazione del diritto*, in M. MECCARELLI, P. PALCHETTI, C. SOTIS (a cura di), *Il laro oscuro dei Diritti umani. Esigenze emancipatorie e logiche di dominio nella tutela giuridica dell'individuo*, Madrid 2014, 307 ss.; con riferimento al sistema che fa capo alla *Convención Americana de Derechos Humanos*, v. G. FORNASARI, E. FRONZA (a cura di), *Percorsi giurisprudenziali in tema di gravi violazioni dei diritti umani. Materiali dal laboratorio dell'America latina*, Trento 2011; E. FRONZA, G. FORNASARI (a cura di), *Il superamento del passato e il superamento del presente. La punizione delle violazioni sistematiche dei diritti umani nell'esperienza argentina e colombiana*, Trento 2009.

Sembra a chi scrive, inoltre, che la necessità convenzionalmente imposta di proteggere i diritti fondamentali non implica la sussistenza di un obbligo di criminalizzazione di determinate condotte, né di comminazione di pene proporzionate – perché sufficientemente severe – alla gravità del fatto. Ciò in quanto la peculiare significatività di un determinato diritto nel quadro valoriale della Convenzione, se certamente può *giustificare* (e financo rendere auspicabile) l'intervento del legislatore penale degli Stati contraenti, non vale di per sé a *imporre* specifiche scelte di politica criminale.

Una diversa soluzione a tali interrogativi, si ritiene, implicherebbe il riconoscimento di una sorta di diritto della vittima alla punizione penale, trasformando quest'ultima, di fatto, nell'oggetto di una prestazione cui lo Stato sarebbe tenuto in forza del proprio obbligo di protezione dei diritti fondamentali. La sanzione penale, potenzialmente trasfigurata in vendetta privata operata per mano dei pubblici poteri, diventerebbe essa stessa strumento di violazione di quei medesimi diritti alla cui tutela dichiarata di voler esser preposta.

L'introduzione in via giurisprudenziale di obblighi di tutela penale, inoltre, appare suscettibile di portare ad un irrigidimento dell'area del penalmente rilevante, ad un suo allontanamento dal dibattito parlamentare e, in definitiva, ad una sua potenziale e indefinita estensione, al di fuori di qualsiasi meccanismo di controllo democratico.

2. Vittima e giustizia penale: la vittima del reato e la vittima della violazione di diritti fondamentali (pretesamente) meritevole di tutela penale

È necessario, anzitutto, definire chi è la “vittima”⁴ nell'ambito del presente scritto. Il lemma, per la verità, non fa parte della nostra tradi-

⁴ L'origine etimologica della parola è oscura. Ci si domanda, in particolare, se essa provenga dal latino, dall'etrusco ovvero da qualche altra lingua indoeuropea (cfr. la voce *Vittima*, *Dizionario etimologico della Lingua Italiana*, Bologna, Zanichelli, 1999). Secondo la tradizione latina, *victima* è colei “*quae vincta ducatur ad altare*” (SEXTUS POMPEIUS FESTUS, *De verborum significatione quae supersunt cum Pauli epitome*, Lipsia 1839, 371). La radice *vic-*, comune a *vincere*, spiegherebbe l'idea del subire, dell'essere sofferente, e darebbe ragione del perché, accanto al significato di vittima sacrificale, tuttora in uso, il lemma abbia gradualmente acquisito anche il significato profano di “chi soccombe all'altrui inganno e prepotenza, subendo una sopraffazione, un danno, o venendo comunque perseguitato o oppresso” (Voce *Vittima*, *Vocabolario della lingua italiana*, Istituto dell'Enciclopedia italiana, Roma 1994).

zione giuridica, ma la sua introduzione nel nostro ordinamento, relativamente recente⁵, è riconducibile all'emersione nel secondo dopo Guerra della vittimologia, quale branca autonoma della scienza criminologica⁶, e alla crescente attenzione per i risultati di tale disciplina da parte di numerosi e relevantissimi strumenti del diritto europeo e internazionale, dei quali si dirà nel prosieguo di questo capitolo. Volendo analizzare i rapporti che si instaurano tra il titolare di un diritto fondamentale e la punizione inflitta al colpevole della sua violazione, la parola "vittima" verrà utilizzata fondamentalmente in due accezioni: quella di vittima del reato e quella di vittima della violazione di un diritto fondamentale⁷. Di quest'ultima, in particolare, si considereranno solo i casi in cui la violazione del diritto fondamentale appaia (vedremo agli occhi di chi e per quali ragioni) meritevole di tutela penale.

Vittima del reato e vittima della violazione di un diritto fondamentale (pretesamente) meritevole di tutela penale sono nozioni che possono empiricamente coincidere, come avviene nei casi in cui la violazione di un

⁵ Tralasciando la legislazione speciale, in cui il lemma vanta una discreta diffusione, il codice penale parla di "*vittime dei reati*" nel nuovo art. 609-*decies*, comma 3, nella versione introdotta dall'art. 4, comma 1, n. 2, lett. *v*), della l. n. 172 del 2012, mentre il codice di procedura penale si riferisce alla "*vittima del reato*" nell'art. 498, comma 4-*ter*, introdotto dall'art. 13 della l. n. 269 del 1998.

⁶ Non è possibile in questa sede ripercorrere le ragioni che hanno portato alla nascita e allo sviluppo della vittimologia. È interessante notare, però, che la riflessione scientifica sulla vittima si sviluppa negli anni Cinquanta e Sessanta soprattutto tra studiosi di origine ebraica e che uno dei primi e principali centri della nuova disciplina fu un Dipartimento all'uopo istituito presso l'Università di Gerusalemme, che ospitò, nel 1973, il I Simposio Internazionale di Vittimologia. Tali circostanze inducono a ricondurre l'emersione della vittima nel dibattito scientifico e politico-criminale agli avvenimenti accaduti durante la seconda guerra mondiale e, in particolare, alla *Sboab*. In questo senso, M. PAVARINI, *Relazione al convegno "La vittima del reato, questa sconosciuta"*, Torino, 9 giugno 2001, pubblicata in www.ristretti.it/areestudio/cultura/libri/giuristi_democratici_vittime.pdf, 1 s.; M. VENTUROLI, *La vittima nel sistema penale*, tesi di Dottorato di ricerca in comparazione giuridica e storico-giuridica, reperibile sul sito dell'Università degli Studi di Ferrara alla pagina http://eprints.unife.it/371/1/Tesi_Marco%20Venturoli.pdf, 20.

⁷ Anche la giurisprudenza costituzionale utilizza il termine "vittima" nelle due accezioni sopra ricordate. Infatti, scorrendo le sentenze degli ultimi cinque anni, è possibile osservare che alla nozione (quantitativamente prevalente) di vittima del reato (sentt. nn. 229 del 2010; 164 del 2011; 68 del 2012; 213 e 232 del 2013; 106 e 172 del 2014), si affianca (in poche, ma significative pronunce) quella di vittima della violazione di diritti fondamentali (sent. n. 238 del 2014, ove si discorre, per la precisione delle "*gravi violazioni dei diritti fondamentali subite dalle vittime dei crimini di guerra e contro l'umanità*") e, in particolare, della violazione dei diritti riconosciuti dalla CEDU (sentt. nn. 113 del 2011 e 210 del 2013).

diritto fondamentale sia perpetrata con forme e modalità di offesa già previste dal legislatore nazionale come integranti una fattispecie di reato. Esse, però, si distinguono nettamente da un punto di vista concettuale. Mentre nella prima il reato è un *prius* logico rispetto alla vittima, in quanto tale è il soggetto titolare dell'interesse che la norma incriminatrice vuole proteggere, nella seconda è la necessità di tutela della vittima che (pretesamente) impone la criminalizzazione di determinate condotte (o la loro punizione con sanzioni maggiormente severe di quelle già previste o in concreto comminate), sicché ben si può dire che in tali casi è la vittima che preesiste al reato. Questa distinzione, come vedremo, è gravida di conseguenze. Per il momento, è sufficiente rilevare che mentre gli istituti giuridici (del diritto interno, europeo o internazionale) volti a proteggere la vittima dei reati tendono a garantirne una tutela procedurale o processuale (attraverso, ad esempio, il riconoscimento di poteri di impulso, indirizzo e controllo dell'attività del pubblico ministero), la tutela che recentemente si invoca per le vittime delle violazioni dei diritti fondamentali è anche di tipo sostanziale, ovvero tesa, sul piano internazionale, a sanzionare lo Stato per la mancata criminalizzazione di determinate condotte (o per la mancata previsione di pene sufficientemente severe). Tali esiti sono, ad avviso di chi scrive, errati. Vediamo perché.

2.1. La vittima del reato

Muovendo dalla (meno problematica) figura della vittima del reato, si osserva che essa è stata oggetto negli ultimi quarant'anni di crescente attenzione da parte del diritto europeo ed internazionale. Per ricordare solo le tappe principali di questo processo⁸, hanno prestato specifica tutela alla vittima del reato la risoluzione del Consiglio d'Europa sul risarcimento delle vittime dei reati del 1977⁹, la Convenzione europea relativa al risarcimento delle vittime di reati violenti del 1983¹⁰, la Risoluzione

⁸ Per una rassegna analitica degli atti in materia si rimanda a M. VENTUROLI, *La vittima nel sistema penale*, cit., 77 ss.

⁹ *Resolution (77) 27 "On the compensation of victims of crimes"* del 28 settembre 1977, consultabile sul sito wcd.coe.int/com.instranet.InstraServlet?command=com.instranet.CmdBlobGet&InstranetImage=595033&SecMode=1&DocId=659298&Usage=2.

¹⁰ *European Convention on the Compensation of Victims of Violent Crimes* del 24 novembre 1983, predisposta nell'ambito del Consiglio d'Europa, ma non ancora firmata da un cospicuo numero di Stati, compresa l'Italia (lo stato delle firme e delle ratifiche può essere verificato sul sito <http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ChercheSig.asp?NT=116&CM=1&DF=&CL=ITA>; il testo della Convenzione è invece reperibile sul sito

delle Nazioni Unite del 29 novembre 1985, n. 40/34¹¹ e, in ambito europeo, la Decisione quadro 220/2001/GAI¹², relativa alla posizione della vittima nel procedimento penale. Da ultimo, la Direttiva 2012/29/UE¹³, che istituisce norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato e sostituisce la richiamata Decisione quadro, definisce la “vittima” come “una persona fisica che ha subito un danno, anche fisico, mentale o emotivo, o perdite economiche che sono stati causati direttamente da un reato” ovvero “un familiare di una persona la cui morte è stata causata direttamente da un reato e che ha subito un danno in conseguenza della morte di tale persona”¹⁴. Essa riprende ed articola le tutele già previste nella Decisione quadro 220/2001/GAI, stabilendo norme in materia di informazione e sostegno della vittima, di partecipazione di questa al procedimento penale, di protezione dalla vittimizzazione secondaria e ripetuta e dalle intimidazioni e ritorsioni, di accesso agli strumenti di giustizia riparativa¹⁵.

Mentre il diritto internazionale e dell’Unione europea utilizza ampiamente la nozione di “vittima del reato”, il diritto interno discorre principalmente di persona offesa¹⁶, nozione cui la dottrina affianca quella di soggetto passivo¹⁷. Tale è “il titolare del bene giuridico tutelato dalla norma incriminatrice violata”¹⁸ ovvero colui “cui appartiene un interesse

<https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=090000168007974f>).

¹¹ La Risoluzione reca una “Declaration of Basic Principles of Justice for Victims of Crime and Abuse of Power”. Il suo testo è consultabile sul sito www.un.org/documents/ga/res/40/a40r034.htm.

¹² Pubblicata sulla Gazzetta ufficiale delle Comunità europee del 22 marzo 2001, Serie Legislazione, n. 82.

¹³ Pubblicata sulla Gazzetta ufficiale delle Comunità europee del 14 novembre 2012, Serie Legislazione, n. 315. L’art. 27 della Direttiva fissa il termine per il recepimento al 16 novembre 2015. L’allegato B alla l. n. 96 del 2013, recante “Delega al Governo per il recepimento delle direttive europee e l’attuazione di altri atti dell’Unione europea – Legge di delegazione europea 2013”, ha incluso tale Direttiva tra quelle cui il Governo è delegato a dare attuazione.

¹⁴ Art. 2, par. 1, lett. a).

¹⁵ Cfr., sul punto, A. DAMATO, P. DE PASQUALE, N. PARISI, *Argomenti di diritto penale europeo*, II ed., Torino 2014, 84 s.

¹⁶ Cfr. artt. 120 ss. cod. pen. e artt. 90 ss. cod. proc. pen. Si riferisce all’“offeso” l’art. 70, comma 1, n. 2, cod. pen.

¹⁷ G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, VII ed., Bologna 2014, 185; F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, XVI ed., Milano 2003, 187; F. RAMACCI, *Corso di diritto penale*, V ed., Torino 2013, 559.

¹⁸ M. ROMANO, *Art. 120 c.p.*, in M. ROMANO, G. GRASSO, *Commentario sistematico*

che la norma penale protegge, e che il reato sacrifica”¹⁹. Concettualmente distinto dalla persona offesa, seppur sul piano empirico spesso coincidente con essa, è il “*soggetto al quale il reato ha recato un danno*”²⁰ o danneggiato²¹, ovvero la persona che subisce un danno patrimoniale o non patrimoniale risarcibile e che è, pertanto, legittimato a costituirsi parte civile nel processo penale²².

Tanto l'espressione “vittima del reato”, prevalente, come si è visto, negli ordinamenti europeo e internazionale, ma presente anche nel diritto interno²³, quanto le nozioni di “persona offesa” e di “danneggiato” sono accomunate dalla circostanza che la tutela di tali soggetti è sempre subordinata all'accertamento (anche in *fieri*) di una fattispecie penale predeterminata dal legislatore nazionale. Ciò avviene, come si vedrà al par. 2.2, anche quando la tutela della vittima del reato è apprestata per tramite di un ricorso alla Corte EDU *sub specie* del diritto all'equo processo di cui all'art. 6 della Convenzione.

Prima di passare ad analizzare i casi in cui, invece, la Corte di Strasburgo condanna lo Stato per non aver apprestato una sufficiente tutela penale alla vittima della violazione di un diritto fondamentale, è utile osservare che la distinzione che il diritto interno pone fra danneggiato e persona offesa mostra la potenziale coesistenza nella figura della vittima del reato di due interessi diversi. Il primo concerne l'esercizio della domanda di risarcimento del danno derivante da reato; il secondo è riconducibile al ruolo *lato sensu* accusatorio della vittima, che chiede, per tramite della celebrazione del processo penale, che lo Stato le renda giustizia.

A tal proposito, si osserva che il codice di procedura penale assegna alla persona offesa e al danneggiato ruoli distinti da svolgere in contesti diversi. Così, se nella fase delle indagini preliminari la persona offesa si affianca al pubblico ministero per stimolarne e controllarne l'attività

del codice penale, vol. II, Milano 2005, 277; L. BRESCIANI, *Persona offesa dal reato*, in *Dig. pen.*, vol. IX, Torino 1995, 528; similmente anche M.G. AIMONETTO, voce *Persona offesa dal reato*, in *Enc. dir.*, XXXIII, Milano 1983, 319.

¹⁹ R.A. FROSALI, voce *Soggetto passivo del reato*, in *Noviss. Dig. it.*, XVII, Torino 1970, 817.

²⁰ Art. 74 cod. proc. pen.

²¹ Art. 77 cod. proc. pen.

²² G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., *ibid.*; F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, cit., 848; F. RAMACCI, *Corso di diritto penale*, cit., 566.

²³ V. nota 5.

(mentre la posizione del danneggiato non viene considerata dal legislatore), nella fase processuale la situazione si capovolge, in quanto solo al danneggiato è data la possibilità, mediante la costituzione di parte civile, di esercitare tutti i diritti spettanti alla parte processuale, permanendo in capo alla persona offesa solo limitate facoltà, quali quelle di continuare a presentare memorie e di indicare elementi di prova, senza però poter partecipare attivamente all'udienza preliminare e al dibattimento²⁴.

Nella prassi questa distinzione di ruoli trova composizione nell'ordinaria convergenza, in capo al medesimo soggetto, degli *status* di persona offesa e danneggiato, sicché, da una parte, la tutela delle pretese risarcitorie viene di fatto anticipata nella fase delle indagini preliminari dalla figura della persona offesa; dall'altra, l'interesse alla persecuzione penale del reo viene portato avanti nel processo dal danneggiato costituitosi parte civile²⁵.

Nondimeno, l'autonomia (non solo concettuale) di queste due posizioni permane, come dimostra, ad esempio, la previsione di requisiti soggettivi diversi (e assai meno rigidi) per l'esercizio dei diritti e delle facoltà esercitabili dalla persona offesa, rispetto a quelli richiesti per la costituzione di parte civile, e la permanenza in capo alla persona offesa delle già ricordate facoltà di presentare memorie e indicare mezzi di prova durante il processo, indipendentemente dalla sua costituzione come parte civile²⁶.

È allora individuabile nel nostro diritto positivo un nucleo di poteri e facoltà riconosciuto alla persona offesa in quanto tale, a prescindere, cioè, della sua potenziale coincidenza con il danneggiato dal reato. Tanto induce a riconoscere la "duplice dimensione"²⁷ entro cui può essere apprezzata la figura della vittima del reato e, in particolare, la sussistenza in capo ad essa di un vero e proprio interesse "alla persecuzione penale del reo" (accanto a quello ad esercitare l'azione civile di danno), costituente "specifica manifestazione del ruolo accusatorio della persona offesa"²⁸. A

²⁴ Cfr. P.M. CORSO, G. DEAN, O. DOMINIONI, A. GAITO, G. GARUTI, O. MAZZA, G. SPANGHER, *Procedura penale*, III ed., Torino 2014, 159 ss.

²⁵ In altri casi, poi, è proprio il diritto positivo a disporre tale "confusione" di ruoli, come avviene "nei casi in cui la persona offesa sia deceduta in conseguenza del reato", quando "le facoltà e i diritti previsti dalla legge sono esercitati dai prossimi congiunti di essa" (art. 90, comma 3, cod. proc. pen.).

²⁶ Art. 90 cod. proc. pen.

²⁷ L. BRESCIANI, *Persona offesa dal reato*, cit., *ibid.*

²⁸ A. GHIARA, *Art. 90*, in AA.VV., *Commento al nuovo codice di procedura penale*, coordinato da M. CHIAVARIO, vol. I, Torino 1989, 414. Nello stesso senso, la Corte costitu-

tale distinzione di ruoli, si vedrà *infra*, corrispondono strumenti di tutela potenzialmente diversi.

2.2. La vittima della violazione di diritti fondamentali (pretesamente) meritevole di tutela penale

L'art. 34 della CEDU stabilisce che “*la Corte può essere investita di un ricorso da parte di una persona fisica, un'organizzazione non governativa o un gruppo di privati che sostenga d'essere vittima di una violazione da parte di una delle Alte Parti contraenti dei diritti riconosciuti nella Convenzione o nei suoi protocolli*”²⁹. Ai sensi della Convenzione, pertanto, “vittima” è, genericamente, la persona che lamenta di aver subito, da parte di uno Stato contraente, la violazione dei diritti ivi riconosciuti. In definitiva, essa si identifica con il ricorrente che promuove il giudizio innanzi la Corte EDU.

Posto che la violazione della Convenzione non necessariamente trova origine nella commissione di un reato e che, specularmente, il trattato non pone agli Stati contraenti alcun obbligo esplicito di criminalizzare determinate condotte, è necessario chiedersi quale sia l'atteggiamento assunto dalla Corte EDU in materia di rapporti tra violazione della Convenzione e giustizia penale, quando ad adirla sia *i*) la vittima di un reato ovvero *ii*) la vittima di una violazione di cui il ricorrente assuma la meritevolezza della sanzione penale³⁰.

Con riferimento al primo profilo, ancora strettamente connesso alla nozione di “vittima” descritta nel paragrafo precedente, è stato correttamente osservato che la Convenzione non contiene alcun espresso riferi-

zionale ha recentemente ricordato che “*la persona offesa, nel processo penale, è portatrice di un duplice interesse: quello al risarcimento del danno che si esercita mediante la costituzione di parte civile, e quello all'affermazione della responsabilità penale dell'autore del reato, che si esercita mediante un'attività di supporto e di controllo dell'operato del pubblico ministero*”; sent. n. 23 del 2015, *Considerato in diritto*, par. 2.3.

²⁹ Per completezza, si osserva che di “vittima” parla anche l'art. 5, par. 5, della Convenzione, ai sensi del quale “*Ogni persona vittima di arresto o di detenzione in violazione di una delle disposizioni del presente articolo ha diritto a una riparazione*”. Tale disposizione, però, esula dal campo d'indagine prescelto, perché non concerne specificamente i rapporti tra vittima e punizione penale degli autori della violazione. La norma, infatti, si limita a prevedere che spetta una riparazione alla vittima di arresto o detenzione illegittimi, senza imporre che queste azioni integrino anche gli estremi di un reato.

³⁰ In questi casi, come meglio si vedrà *infra*, il ricorrente lamenta la violazione della Convenzione per non aver lo Stato sanzionato penalmente (o con pene non sufficientemente severe) determinate condotte.

mento alla vittima del reato, né individua per essa “uno «statuto» specifico, come quello che, per l'accusato, delincono i paragrafi 2 e 3 dell'art. 6, con la presunzione di innocenza e poi con tutta una serie di diritti di difesa”³¹, nonché gli artt. 5 e 7, recanti rispettivamente norme in materia di limitazioni al diritto di libertà e la codificazione del principio *nullum crimen sine praevia lege poenali*³². Anche nella prassi, del resto, si assiste ad una netta prevalenza dei ricorsi presentati dal (soggetto indicato come) autore di un reato, mentre più raramente il funzionamento di un sistema di giustizia penale viene portato all'attenzione della Corte di Strasburgo su iniziativa della persona offesa³³.

Ciononostante, la Corte EDU ha sviluppato negli anni una ricca giurisprudenza sulla tutela (processuale) della vittima dei reati, estendendole alcune delle garanzie genericamente previste dall'art. 6 della Convenzione in favore delle parti del processo. È interessante notare che laddove si tratta di apprestare tutela alla vittima dei reati, la Corte è ferma nel ritenere che “*la Convention ne garantit ni le droit [...] à la «vengeance privée», ni l'actio popularis. Ainsi, le droit de faire poursuivre ou condamner pénalement des tiers ne saurait être admis en soi: il doit impérativement aller de pair avec l'exercice par la victime de son droit d'intenter l'action, par nature civile, offerte par le droit interne, ne serait-ce qu'en vue de l'obtention d'une réparation symbolique ou de la protection d'un droit à caractère civil, à l'instar par exemple du droit de jouir d'une «bonne réputation»*”³⁴. In altre parole, la partecipazione al processo penale è garantita nella misura in cui dall'accertamento della responsabilità penale dell'imputato dipenda l'azionabilità delle pretese civilistiche della vittima³⁵. Utilizzando le categorie del diritto interno, potremmo dire che le garanzie dell'equo processo spettano alla vittima del reato non in quanto persona offesa, ma in quanto danneggiato³⁶. In questa prospettiva, è stato ricono-

³¹ M. CHIAVARIO, *La vittima del reato e la Convenzione europea dei diritti umani*, in AA. VV. *La vittima del reato, questa dimenticata. Tavola rotonda nell'ambito della Conferenza annuale della Ricerca*. Roma, 5 dicembre 2000, Roma 2001, 106.

³² ID., *Il “diritto al processo” delle vittime dei reati e la Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. dir. proc.*, 2001, 938.

³³ M. VENTUROLI, *La vittima nel sistema penale*, cit., 84, afferma addirittura che “la persona offesa dal reato non è quasi mai interlocutore del processo dinanzi alla Corte Europea dei diritti dell'uomo”.

³⁴ Caso *Perez c. Francia*, n. 47287/99, 12 febbraio 2004, par. 70.

³⁵ In questo senso anche M. CHIAVARIO, *Il “diritto al processo” delle vittime dei reati*, cit., 943.

³⁶ La giurisprudenza, sul punto, è costante: “*the Convention does not confer any*

sciuto alla vittima del reato, per fare alcuni significativi esempi, il diritto ad essere ascoltata personalmente, partecipando al contraddittorio³⁷, il diritto a una ragionevole durata del processo³⁸, il diritto di accesso al giudice³⁹.

Più complessa è l'analisi della giurisprudenza della Corte di Strasburgo nei casi in cui il ricorrente non lamenti la violazione delle garanzie processuali riconosciute alla vittima del reato⁴⁰, ma invochi parametri di tipo sostanziale, quali, ad esempio, il diritto alla vita (art. 2), il divieto di tortura e di pene o trattamenti inumani e degradanti (art. 3), la proibizione della schiavitù e del lavoro forzato (art. 4), il diritto al rispetto della vita privata e familiare (art. 8), lamentando che la condotta violativa del diritto fondamentale non sia prevista dal diritto interno come fattispecie di reato⁴¹; non sia stata punita nel caso concreto con pene sufficientemente severe⁴²; non abbia costituito oggetto di indagini approfondite⁴³.

right, as such, to have third parties prosecuted or sentenced for a criminal offence. To fall within the scope of the Convention such right must be indissociable from the victim's exercise of a right to bring civil proceedings in domestic law, even if only to secure symbolic reparation or to protect a civil right such as the right to a «good reputation» (caso *Syngelidis c. Grecia*, n. 24895/07, 28 giugno 2010, par. 27); *«en ce qui concerne le grief portant sur l'ouverture de poursuites pénales, la Cour rappelle que ni les articles 6 et 13 ni aucune autre disposition de la Convention ne garantissent à un requérant le droit de faire poursuivre et condamner des tiers ou le droit à la «vengeance privée»* (Caso *Di Sarno e altri c. Italia*, n. 30765/08, 10 aprile 2012, par. 115); *«although Article 6 para. 1 does not guarantee a right for the individual to institute a criminal prosecution himself, such a right was conferred on the applicant by the Swedish legal system in order to allow him to protect his reputation [...] As to the effect of the symbolic nature of the claim for damages, the existence of a dispute («contestation») concerning a «civil right» does not necessarily depend on whether or not monetary damages are claimed; what is important is whether the outcome of the proceedings is decisive for the «civil right» at issue [...] This was certainly so in the present case as the outcome of both the private prosecution and the claim for damages depended on an assessment of the merits of Mr Helmers' complaint that the accused had unjustifiedly attacked and harmed his good reputation»* (caso *Helmerts c. Svezia*, n. 11826/85, 29 ottobre 1991, par. 29).

³⁷ Caso *Helmerts c. Svezia*, cit.

³⁸ Caso *Moreira de Azevedo c. Portogallo*, n. 11296/84, 28 agosto 1991; caso *Tomasi c. Francia*, n. 12850/87, 27 agosto 1992, parr. 121-125; caso *Maini c. Francia*, n. 31801/96, 26 ottobre 1999.

³⁹ Caso *Ait-Mouhoub c. Francia*, n. 22924/93, 28 ottobre 1998.

⁴⁰ Circostanza che evidentemente presuppone che la condotta da cui il ricorrente ha subito un danno sia prevista dallo Stato resistente come reato e che un procedimento penale sia stato incardinato.

⁴¹ Caso *Saba c. Italia*, n. 36629/10, 1° luglio 2014, par. 95.

⁴² Caso *Ali e Ayse Duran c. Turchia*, n. 42942/02, 8 luglio 2008, par. 58.

⁴³ Caso *Abdülsamet Yaman c. Turchia*, n. 32446/96, 2 febbraio 2005, par. 51.

In tali casi, la giurisprudenza della Corte di Strasburgo individua la sussistenza di violazioni “qualificate”, perché relative a un diritto cui essa riconosce una “*fundamental importance*” all’interno della Convenzione⁴⁴ ovvero perché integranti offese particolarmente intense di un diritto, tali da incidere sui suoi “*fundamental values and essential aspects*”⁴⁵. Definiamo tali violazioni qualificate “(pretesamente) meritevoli di tutela penale” proprio in quanto la Corte di Strasburgo ad esse riconduce la sussistenza in capo allo Stato di obblighi di tutela di natura penale⁴⁶.

Il tentativo di offrire un’analisi sistematica di questa giurisprudenza pone l’interprete di fronte ad almeno a due difficoltà. La prima è che la sistematizzazione del materiale giurisprudenziale richiede di distinguere le sentenze che impongono veri e propri obblighi di criminalizzazione, da quelle che sanzionano la previsione/applicazione di pene non sufficientemente severe, da quelle ancora che si limitano a condannare lo Stato per non aver svolto indagini approfondite ed efficaci. Nella pratica, però, non è affatto agevole individuare nella singola sentenza la prevalenza di un profilo sugli altri due, perché essi si intrecciano, in maniera talvolta inestricabile, nelle argomentazioni della Corte e, ancor prima, nelle richieste dei ricorrenti⁴⁷.

⁴⁴ Caso *Mikhbeyev c. Russia*, n. 77617/01, 26 aprile 2006, par. 141, con riferimento ai diritti tutelati dagli art. 2 e 3. Tali diritti, afferma altrove la Corte, “*must be regarded as one of the most fundamental provisions of the Convention and as enshrining core values of the democratic societies making up the Council of Europe*” (caso *Mocanu e altri c. Romania*, nn. 10865/09, 45886/07 e 32431/08, 17 settembre 2014, par. 315). Similmente, caso *Gäfgen c. Germania*, 22978/05, 1° giugno 2010, spec. parr. 87 e 119, e, da ultimo, caso *Cestaro c. Italia*, n. 6884/11, 7 aprile 2015, par. 188.

⁴⁵ Così, ad esempio, relativamente a violazioni particolarmente intense dell’art. 8, cfr. il caso *X e Y c. Olanda*, n. 8978/80, 26 marzo 1985, par. 27. Come meglio si vedrà al par. 2.2, con riferimento all’art. 8 la Corte pone un discrimine tra violazioni che colpiscono il nucleo duro del diritto, che impongono l’attivazione di strumenti di tutela penale, e violazioni meno intense, per le quali ritiene sufficienti rimedi di natura civilistica.

⁴⁶ La giurisprudenza in esame individua altresì l’obbligo di sanzionare disciplinarmente gli autori delle violazioni dei diritti fondamentali che rivestano la qualifica di pubblici ufficiali. Tale profilo non verrà in questa sede approfondito, in quanto non direttamente attinente all’utilizzo degli strumenti del diritto penale in funzione riparatoria per la vittima.

⁴⁷ Cfr., ad esempio, il caso *M.C. c. Bulgaria*, n. 39272/98, 4 marzo 2004, par. 109, in cui la ricorrente lamenta sia la mancata criminalizzazione di determinate fattispecie riconducibili alla violenza sessuale, sia l’assenza di un’inchiesta effettiva da parte delle autorità nazionali sugli avvenimenti da lei denunciati. Ancora, nel caso *Saba c. Italia*, cit., parr. 41, 58 e 95, il ricorrente lamenta sia mancata previsione nel nostro ordinamento del reato di tortura, sia la circostanza che, per effetto di tale mancanza, le condotte degli im-

Un secondo motivo di difficoltà è dato dal fatto che a ciascuno di tali profili si affianca il distinto problema dell'esperibilità dell'azione civile per danno. È evidente, infatti, che in un ordinamento che subordina il diritto al risarcimento del danno non patrimoniale all'accertamento della responsabilità penale, la possibilità di far valere la pretesa risarcitoria della vittima della violazione di un diritto fondamentale inevitabilmente si intreccia con la perseguibilità penale della condotta; parimenti, la previsione di un limite edittale basso e/o di un termine per la prescrizione relativamente breve potrebbe in concreto incidere sull'esperibilità dell'azione per il risarcimento del danno non patrimoniale; da ultimo, anche l'assenza di indagini ufficiali potrebbe risolversi nell'impossibilità per la vittima di far valere delle pretese risarcitorie. Tanto sia per il profilo probatorio, in quanto le autorità pubbliche godono di poteri e strumenti di inchiesta non paragonabili a quelli dei privati, sicché l'assenza di indagini ufficiali potrebbe in concreto tradursi nell'impossibilità per la vittima di provare l'effettivo svolgimento dei fatti; sia per il profilo già evidenziato dell'eventuale subordinazione dell'esperibilità dell'azione civile al previo accertamento della responsabilità penale, accertamento che a sua volta presuppone lo svolgimento di indagini efficaci.

Si impone dunque la necessità di distinguere i casi in cui la Corte di Strasburgo sanziona in sé la mancata penalizzazione di determinate condotte, da quelli in cui l'assenza di una norma incriminatrice rileva solo indirettamente, quale ostacolo (potremmo dire, "di mero fatto") al vittorioso esperimento di un'azione civile di risarcimento del danno. Mentre nella prima ipotesi lo Stato che intendesse ottemperare agli obblighi derivanti dalla Convenzione, per come interpretata dalla Corte EDU, dovrebbe necessariamente introdurre una nuova fattispecie incriminatrice, nel secondo caso la criminalizzazione rilevarebbe solo indirettamente, quale uno dei possibili "rimedi" alla violazione della Convenzione, ben potendo lo Stato dare seguito alle indicazioni della Corte EDU attraverso la previsione di strumenti di accesso al risarcimento del danno, anche non patrimoniale, svincolati dall'accertamento della responsabilità penale. In quest'ultimo caso, la scelta ultima sulla criminalizzazione o meno di determinate condotte resterebbe in capo al legislatore nazionale.

putati erano state qualificate come ipotesi di reati minori, con termine di prescrizione eccessivamente breve avuto riguardo alla gravità della violazione dei suoi diritti fondamentali.

2.2.1. ... e l'obbligo di condurre indagini effettive

Il primo collegamento che la Corte di Strasburgo stabilisce tra tutela della vittima e necessaria attivazione di strumenti riconducibili alla sfera della giustizia penale è il riconoscimento dell'obbligo in capo allo Stato di svolgere un'indagine ufficiale, scrupolosa ed efficace⁴⁸ ogni qualvolta il ricorrente abbia denunciato con "*an arguable claim*"⁴⁹ di essere stato vittima di una violazione qualificata dei propri diritti fondamentali. In particolare, afferma la Corte che per soddisfare gli *standard* di tutela richiesti dalla Convenzione l'inchiesta deve essere "*independent, impartial and subject to public scrutiny*" e le autorità competenti devono svolgerla "*with exemplary diligence*"⁵⁰.

Si è già accennato che l'obbligo d'indagine è ricondotto alla necessità di apprestare tutela non già alla vittima del reato in quanto tale⁵¹, ma alla vittima di (determinate tipologie di) violazioni dei diritti fondamentali, che ben potrebbero non integrare nell'ordinamento nazionale alcuna fattispecie di reato. In questi casi, la Corte di Strasburgo finirebbe col sanzionare il mancato svolgimento di indagini ufficiali, volte alla "punizione" dei responsabili, su condotte non criminalizzate sul piano interno. Ciononostante, sembra doversi distinguere le ipotesi in cui la condanna dello Stato sia pronunciata per non aver questi correttamente attivato meccanismi di indagine e di persecuzione penale già previsti dal legislatore nazionale, da quelle in cui la condanna interviene per non aver lo Stato reso neanche astrattamente possibile una siffatta attivazione, in ragione dalla carenza nella legislazione nazionale di una fattispecie di reato corrispondente alla condotta violativa del diritto fondamentale⁵².

⁴⁸ Cfr., *ex multis*, caso *Selmouni c. Francia*, n. 25803/94, 28 luglio 1999, par. 79; caso *Çelik e Imret c. Turchia*, n. 44093/98, 26 ottobre 2004, par. 55; caso *Öneryıldız c. Turchia*, n. 48939/99, 30 novembre 2004, par. 94; caso *Abdülsamet Yaman c. Turchia*, cit., par. 53; caso *Mikheyev c. Russia*, cit., par. 108; caso *Dedovskiy e altri c. Russia*, n. 7178/03, 15 maggio 2008, par. 87; caso *Ali e Ayse Duran c. Turchia*, cit., par. 60; caso *Çamdereli c. Turchia*, n. 28433/02, 1° dicembre 2008, par. 36 e 37; caso *Vladimir Romanov c. Russia*, n. 41461/02, 26 gennaio 2009, par. 81.

⁴⁹ In questo senso, *ex plurimis*, caso *Çamdereli c. Turchia*, cit., par. 36.

⁵⁰ Caso *Çamdereli c. Turchia*, cit., *ibid.*

⁵¹ Avendo al contrario chiarito la Corte che la Convenzione non attribuisce affatto alla persona offesa dal reato un diritto all'instaurazione del procedimento penale; v. *supra* par. 2.2.

⁵² In realtà, la mancata criminalizzazione della condotta è solo una delle possibili cause dell'impossibilità di attivare meccanismi di indagine ufficiali. Si pensi, ad esempio, alla previsione da parte del legislatore nazionale di particolari condizioni di perseguibilità

Nella prima ipotesi, che costituisce precipuo oggetto di questo paragrafo, la Corte non incide sulla potestà legislativa statale di tracciare i confini della punibilità penale, ma verifica se l'applicazione della normativa penale nazionale già in vigore sia stata in concreto idonea ad accertare lo svolgimento dei fatti e le eventuali responsabilità individuali. “*The essential purpose of such an investigation*”, in questi casi, “*is to secure the effective implementation of the domestic laws safeguarding the right to life and prohibiting torture and inhuman or degrading treatment*”⁵³. L'obbligo di indagine “*is not an obligation of result, but of means*”⁵⁴, sicché “*there is no absolute right to obtain the prosecution or conviction of any particular person where there were no culpable failures in seeking to hold perpetrators of criminal offences accountable*”⁵⁵. L'obbligo di inchiesta è, dunque, soltanto un obbligo procedurale che, pur implicando l'attivazione dei meccanismi propri della giustizia penale, è destinato ad arrestarsi ove indagini svolte rispettando i canoni di speditezza, completezza e indipendenza sopra descritti non portino ad alcuna incriminazione⁵⁶. Sebbene ricostruito con riferimento alle violazioni qualificate della Convenzione (che in ipotesi potrebbero anche non essere punite penalmente dal legislatore nazionale), l'obbligo in esame appare pertanto sostanzialmente volto a garantire la corretta applicazione delle norme incriminatrici già previste dal legislatore nazionale.

Tale conclusione trova conferma nella statuizione, invero ricorrente nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo, che la circostanza che le

del reato ovvero di un termine prescrizionale inadeguato, nel caso concreto, a consentire un'indagine sufficientemente approfondita. Per una specifica disamina delle violazioni accertate dalla Corte EDU direttamente riconducibili a un difetto nella legislazione penale nazionale si rinvia al paragrafo successivo.

⁵³ Caso *Mocanu e altri c. Romania*, cit., par. 318.

⁵⁴ Caso *Vladimir Romanov c. Russia*, cit., par. 81.

⁵⁵ Caso *Söderman c. Svezia*, n. 5786/08, 12 novembre 2013, par. 83.

⁵⁶ Il che potrebbe avvenire sia al termine delle indagini preliminari, con la richiesta di archiviazione da parte del pubblico ministero, sia al termine del dibattimento, nel caso in cui il giudice valuti che il fatto storico ricostruito nel processo non sia conforme al fatto tipico, con conseguente assoluzione dell'imputato con una delle formule di cui all'art. 530 cod. proc. pen. Cfr. V. GAROFOLI, *Istituzioni di diritto processuale penale*, II ed., Milano 2006, 290 e 403. La Corte di Strasburgo, infatti, ha chiarito che “*les exigences procédurales de l'article 3 s'étendent au-delà du stade de l'instruction préliminaire lorsque, comme en l'espèce, celle-ci entraîne l'ouverture de poursuites devant les juridictions nationales: c'est l'ensemble de la procédure, y compris la phase de jugement, qui doit satisfaire aux impératifs de l'interdiction posée par cette disposition*”; cfr. caso *Halat c. Turchia*, n. 23607/08, 8 febbraio 2012, par. 52.

autorità competenti conducano *con diligenza esemplare* le indagini sulle violazioni qualificate dei diritti fondamentali è “*essential in maintaining public confidence in their adherence to the rule of law and in preventing any appearance of collusion in or tolerance of unlawful acts*”⁵⁷. La rapidità, l'imparzialità e l'indipendenza delle indagini costituiscono garanzia della volontà delle autorità statali di rimanere fedeli alla *rule of law*. Ne deriva che il perimetro delle condotte penalmente sanzionate e la disciplina procedurale per l'accertamento delle responsabilità penali costituiscono la base da cui la Corte EDU muove per valutare se, nel caso concreto, la loro applicazione sia stata tale da escludere anche solo l'apparenza di collusione o di tolleranza dello Stato nei confronti di specifiche condotte che, sia pur astrattamente vietate nell'ordinamento nazionale, potrebbero ricevere un trattamento di favore dagli agenti statali direttamente o indirettamente coinvolti nella loro commissione.

Se la Corte intendesse andare oltre, non dovrebbe condannare lo Stato per non aver condotto in maniera efficace le indagini, ma perché siffatte indagini sono state precluse da un difetto della legislazione penale nazionale. Tali ipotesi, in cui il giudizio si trasla dalla corretta applicazione della normativa nazionale all'astratta idoneità di questa ad assicurare l'accertamento dei fatti e la punizione dei responsabili di gravi violazioni dei diritti fondamentali, presentano caratteristiche peculiari che verranno analizzate nel paragrafo successivo.

Ciò premesso sulla natura dell'obbligo di svolgere indagini effettive, occorre adesso verificare che tipo di relazione tale giurisprudenza instaura tra la vittima della violazione di un diritto (pretesamente) meritevole di tutela penale e l'attivazione degli strumenti della giustizia penale. Tale rapporto non sembra differire da quello che la legislazione nazionale pone tra persona offesa e procedimento penale *lato sensu* inteso. Nella misura in cui, infatti, la tutela della vittima viene apprestata con la previsione di un obbligo meramente procedurale (e mai sostanziale), quale quello di fare luce sugli avvenimenti da lei allegati, non si stabilisce alcun legame diretto tra riparazione e condanna.

Alla vittima, al contrario, si riconosce soltanto un interesse all'esatto funzionamento del sistema di giustizia penale, per come questo è definito dal legislatore nazionale. È legittimo semmai chiedersi quanto sia corretto da un punto di vista sistematico ricondurre l'obbligo (procedurale) d'inchiesta ai parametri (sostanziali) di cui, ad esempio, agli artt. 2, 3, 4

⁵⁷ Caso *Abdiisamet Yaman c. Turchia*, cit., par. 54.

e 8 della Convenzione. La Corte spesso riconduce tali tipologie di violazioni al “*volet procédural*” degli artt. 2 e 3 della Convenzione⁵⁸, così lasciando intendere che l’inadeguatezza delle indagini sia “una specie di «sintomo» del mancato rispetto dei beni e degli interessi, di natura «sostanziale», protetti da quelle disposizioni”⁵⁹. Più corretto pare invece ricondurre l’assenza d’inchiesta ufficiale all’art. 13 CEDU, che sancisce il diritto ad un ricorso effettivo, in combinato disposto con la norma di diritto sostanziale di volta in volta invocata. Ciò in quanto l’attivazione di un procedimento di inchiesta ufficiale, cui la vittima ha diritto a partecipare secondo le regole del giusto processo, è lo strumento attraverso il quale lo Stato le consente *i*) di appagare la sua domanda di giustizia, ovvero il suo interesse giuridicamente tutelato a che la giustizia penale faccia correttamente il suo corso, ponendo in essere un serio tentativo di accertamento dei fatti e delle eventuali responsabilità penali individuali e *ii*) di avvalersi dei risultati dell’indagine per (meglio) esercitare il suo diritto al risarcimento del danno⁶⁰. Specularmente, se lo Stato *non* attiva un’indagine ufficiale, priva la vittima di un rimedio giurisdizionale idoneo a garantirle il pieno ristoro per la violazione del suo diritto, sicché violato sarà il diritto ad un ricorso effettivo e non la norma di diritto sostanziale che vieta la condotta da lei subita.

La circostanza che l’obbligo in esame rivesta natura meramente procedurale trova conferma nel fatto che un’indagine rapida, approfondita e imparziale, pur non conclusasi con l’accertamento di una responsabilità penale, priva il ricorrente dello *status* di vittima laddove questi abbia altresì beneficiato di un risarcimento commisurato alla gravità del danno subito, sì che un suo eventuale ricorso alla Corte di Strasburgo, teso sostanzialmente a lamentare la sola mancata condanna dei suoi aguzzini, dovrebbe essere dichiarato inammissibile.

⁵⁸ Cfr., *ex multis*, caso *Cestaro c. Italia*, cit., par. 129; caso *Şükürü Yıldız c. Turchia*, n. 4100/10, 17 marzo 2015, par. 63 ss.; caso *Saba c. Italia*, cit., par. 76 e 79; caso *Mocanu e altri c. Romania*, cit., par. 317; caso *Halat c. Turchia*, cit., par. 51.

⁵⁹ M. CHIAVARIO, *Il “diritto al processo” delle vittime dei reati*, cit., 947.

⁶⁰ Il punto è colto dalla recente pronuncia sul caso *Kulik c. Ucraina*, n. 10397/10, 19 marzo 2015, par. 65 s.: “*the Court notes that the criminal proceedings concerning the applicant’s ill-treatment were crucial for the exercise of the applicant’s civil right to claim compensation for injuries resulting from a criminal act: in the absence of an identified perpetrator a civil action would be futile [...]. The Court finds that the shortcomings of the criminal proceedings at issue have effectively prevented the applicant from lodging a civil claim and obtaining compensation. There has therefore been a violation of Article 13 of the Convention*”.

Da quanto precede sembra potersi concludere che non esiste un “diritto alla verità” della vittima, inteso come diritto sostanziale a veder confermato da un tribunale una determinata versione dei fatti. Esiste, invece, un diritto procedurale della vittima di violazioni qualificate di diritti fondamentali che consiste nella pretesa che lo Stato applichi in maniera rigorosa la normativa penale, svolgendo indagini che per le loro caratteristiche oggettive mostrino di essere un serio tentativo di pervenire all'accertamento dei fatti, nel rispetto della disciplina penale nazionale, anche processuale, e dei diritti degli altri soggetti coinvolti⁶¹.

Si ritiene allora che sia da valorizzare quella giurisprudenza, sia pur minoritaria, che riconduce l'obbligo d'inchiesta ufficiale al combinato disposto dell'art. 13 e della norma di diritto sostanziale di volta in volta invocata⁶², giurisprudenza che ha il merito di non confondere il piano del diritto con quello del processo⁶³, non lasciando adito al dubbio che un determinato esito del processo penale possa in qualche modo essere concepito come parte della riparazione che spetta alla vittima⁶⁴.

⁶¹ In questo senso anche J.M. LÓPEZ ULLA, *El “derecho a la verdad” en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, in *Persona y derecho*, 2013, 146 s., che riconduce il preteso “*right to truth*” cui alcune recenti sentenze della Corte EDU parrebbero iniziare a riconoscere uno statuto autonomo (caso *El-Masri c. Ex-Repubblica Yugoslava di Macedonia*, n. 39630/09, 13 dicembre 2012, par. 191; caso *Janowiec e altri c. Russia*, spec. *joint partly dissenting opinion of judges Ziemele, De Gaetano, Laffranque and Keller*, par. II.b; caso *Al Nashiri c. Polonia*, n. 28761/11, 16 febbraio 2015, par. 495) agli obblighi di indagine effettiva di cui qui si discorre.

⁶² Emblematico è, in tal senso, il caso *Abdülsamet Yaman c. Turchia*, cit., par. 53, ove si rileva che “*the nature of the right safeguarded under Article 3 has implications for Article 13. Where an individual has an arguable claim that he has been tortured or subjected to serious ill-treatment by agents of the State, the notion of an «effective remedy» entails, in addition to the payment of compensation where appropriate, a thorough and effective investigation capable of leading to the identification and punishment of those responsible, including effective access for the complainant to the investigatory procedure*”.

⁶³ Nel senso che ricondurre la carenza di un'indagine effettiva non alle norme di diritto sostanziale, ma all'art. 13 CEDU “parece una decisión acorde con la naturaleza procesal que se adivina en este segundo precepto” anche J.M. LÓPEZ ULLA, *El “derecho a la verdad” en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, cit., 142. Similmente, osserva M. CHIAVARIO, *Il “diritto al processo” delle vittime dei reati*, cit., 948, che la giurisprudenza in esame “prospetta in modo del tutto originale le relazioni tra diritto e processo”.

⁶⁴ La stessa Corte si avvede del rischio. Cfr., ad esempio, caso *Öneryıldız c. Turchia*, cit., parr. 147 e 148: “*ni l'article 13 ni aucune autre disposition de la Convention ne garantit à un requérant le droit de faire poursuivre et condamner des tiers ou le droit à la «vengeance privée» [...] Il est vrai que la Cour a parfois constaté une violation de l'article 13 dans des affaires portant sur des allégations d'homicide illégal perpétré par des agents des*

2.2.2. ...e gli obblighi di criminalizzazione: anticipazione e rinvio.

Le richieste dei ricorrenti innanzi la Corte di Strasburgo talvolta si appuntano non tanto (o non solo) sulla conduzione di indagini non sufficientemente alacri, quanto sulla carenza nel diritto penale nazionale di una norma incriminatrice⁶⁵. Quando si lamenta che lo Stato si sia reso inadempiente agli obblighi di protezione assunti con la sottoscrizione della Convenzione per non aver previsto una fattispecie di reato corrispondente alla violazione del proprio diritto fondamentale, si affermano implicitamente due principi: il primo è che l'assunzione di un obbligo di tutela dei diritti fondamentali implica l'assunzione di un vincolo giuridico avente ad oggetto anche la tutela *penale* dei medesimi. Il secondo è che esiste una relazione tra vittima e punizione penale del suo carnefice, tale da fondare la responsabilità internazionale dello Stato nei confronti della prima per non aver lo Stato sanzionato penalmente la condotta da questa subita. Rinviando al par. 3 per una critica di tali tesi, occorre per il momento precisare in che misura esse abbiano trovato eco nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo.

Con riferimento al primo profilo, la Corte EDU pacificamente ammette che dall'obbligo di protezione dei diritti fondamentali sanciti nella Convenzione derivi in taluni casi l'obbligo di criminalizzazione di determinate condotte. Fin dalla sentenza resa sul caso *X e Y c. Olanda*, infatti, la Corte ha statuito che, laddove “*values and essential aspects of private life*” siano in gioco, “*effective deterrence is indispensable [...] and it can*

forces de l'ordre ou avec leur connivence [...], au motif que les autorités n'avaient pas mené d'enquête approfondie et effective propre à conduire à l'identification et à la punition des responsables [...]. Il y a toutefois lieu de noter que ces affaires, qui avaient pour origine le conflit qui sévissait dans le Sud-Est de la Turquie dans les années 90, étaient marquées par l'absence de telles enquêtes sur les griefs des requérants relatifs à l'homicide illégal d'un proche par des agents des forces de l'ordre ou à son décès dans des circonstances suspectes. C'est précisément cet élément qui a amené la Cour à conclure que dans ces affaires les requérants avaient été privés d'un recours effectif, en ce sens qu'ils n'ont pas eu la possibilité de voir établir les responsabilités pour les faits dénoncés et, en conséquence, de pouvoir réclamer une réparation appropriée, que ce soit en se constituant partie intervenante dans une procédure pénale ou en saisissant les juridictions civiles ou administratives. Autrement dit, il existait un rapport procédural concret et étroit entre l'enquête pénale et les recours dont disposaient ces requérants dans l'ordre juridique dans son ensemble”.

⁶⁵ I due profili, come anticipato, talvolta si intrecciano anche nelle argomentazioni della Corte: “*For an investigation to be effective in practice it is a prerequisite that the State has enacted criminal-law provisions penalising practices that are contrary to Article 3*”; caso *Gäfgen c. Germania*, cit., 117.

*be achieved only by criminal-law provisions*⁶⁶. In questi casi, la Corte non si interroga più se vi sia stata una “*effective implementation of the domestic laws*”⁶⁷, ma piuttosto esamina “*whether, in the specific circumstances of the case before it*”, lo Stato contraente “*had an adequate legal framework providing the applicant with protection against the concrete actions*”⁶⁸ da questi subite. Agli occhi della Corte, la legislazione nazionale può risultare inidonea a garantire adeguata tutela alle vittime sia perché la condotta non integra una fattispecie di reato⁶⁹, sia in quanto una peculiare condizione di perseguibilità ha impedito in concreto l’attivazione del procedimento penale⁷⁰.

Più ambiguo è l’atteggiamento assunto dalla giurisprudenza in esame con riferimento al legame che essa inevitabilmente crea tra il ricorrente (la vittima della violazione di un diritto fondamentale) e l’oggetto del giudizio (la violazione della Convenzione derivante dalla mancata criminalizzazione della condotta da questi subita). La Corte di Strasburgo, infatti, nega che la condanna (e, quindi, la sanzione penale) costituisca parte delle riparazioni che spettano alla vittima, giustificando gli obblighi di criminalizzazione in un’ottica preminentemente general-preventiva⁷¹.

⁶⁶ Caso *X e Y c. Olanda*, n. 8978/80, 26 marzo 1985, già citato, par. 27. Il medesimo principio è stato ribadito nel caso *M.C. c. Bulgaria*, cit., par. 150 e 153, e, più recentemente, nel caso *Söderman c. Svezia*, cit., par. 82: “*Regarding, more specifically, serious acts such as rape and sexual abuse of children, where fundamental values and essential aspects of private life are at stake, it falls upon the member States to ensure that efficient criminal law provisions are in place*”. Ancora, con riferimento a violazioni dell’art. 3 perpetrate a danno di minori, la Corte ha da ultimo affermato che “*effective measures of deterrence against grave acts, such as at issue in the present case, can only be achieved by the existence of effective criminal-law provisions backed up by law enforcement machinery*” (caso *O’Keefe c. Irlanda*, n. 35810/09, 28 gennaio 2014, par. 148). Con riferimento all’art. 4, v. caso *Siliadin c. Francia*, n. 73316/01, 26 luglio 2005, par. 112.

⁶⁷ Caso *Mocanu e altri c. Romania*, cit., par. 318.

⁶⁸ Caso *Söderman c. Svezia*, cit., par. 89.

⁶⁹ Nel caso *M.C. c. Bulgaria*, cit., par. 182, ad esempio, la Corte EDU condanna lo Stato in quanto, nell’interpretazione datane dalle autorità nazionali, il reato di violenza sessuale non si estende a fattispecie nelle quali la vittima non abbia dato segni di resistenza fisica all’aggressione.

⁷⁰ Caso *X e Y c. Olanda*, cit. La violenza sessuale perpetrata a danno di una persona mentalmente disabile non era stata punita in quanto, per la legge olandese del tempo, la violenza sessuale era perseguibile solo a querela della persona offesa, querela che, nel caso concreto, non era stata presentata a causa delle condizioni di salute della vittima e dell’impossibilità, statuita dalla giurisprudenza nazionale, di sostituire la dichiarazione della persona offesa con quella del suo legale rappresentante.

⁷¹ Cfr., *ex plurimis*, caso *X e Y c. Olanda*, cit., par. 27, ove si fa riferimento alla “*effective deterrence*” che può essere raggiunta solo pel tramite della penalizzazione della

Nondimeno, la prospettiva general-preventiva non dà ragione di quale sia l'interesse della vittima a lamentare una siffatta violazione della Convenzione. A ben vedere, infatti, con riferimento all'effetto deterrente che la punizione del responsabile potrebbe garantire nei confronti di altre future violazioni, la posizione della vittima non si distingue da quella degli altri consociati, sì che, in assenza di un interesse qualificato, essa dovrebbe risultare priva di legittimazione attiva. Diversamente, sebbene la giurisprudenza della Corte EDU sembri restia ad ammetterlo, solo una concezione della pena come strumento riparatorio per la vittima è compatibile con la logica sottesa al giudizio innanzi la Corte di Strasburgo, posto che la mancata riparazione della violazione da parte dello Stato costituisce condizione di ricevibilità del ricorso. Occorrerà, dunque, chiedersi (e lo si farà al par. 3.1) se una concezione riparatoria della pena sia compatibile con i dettami della Convenzione.

Da queste ipotesi, si badi, occorre tener distinti i casi in cui la Corte sanziona la mancata criminalizzazione della condotta non in sé, ma in quanto essa incide sull'azione di risarcimento del danno⁷². Diversamente dalle prime, si tratta di fattispecie in cui la criminalizzazione rileva solo quale uno dei possibili strumenti per consentire alla vittima di azionare le sue pretese civilistiche. Tale circostanza chiarisce che l'interesse della vittima alla persecuzione penale del suo carnefice è un interesse solo indiretto, derivante dalle modalità con cui il legislatore nazionale ha inteso disciplinare l'accesso al risarcimento del danno. Tanto, con la duplice conseguenza che permane in capo allo Stato la scelta ultima sulla penalizzazione o meno della condotta⁷³ e che può ritenersi escluso che la pena assuma una funzione latamente risarcitoria nei confronti della vittima.

2.2.3. ... e gli obblighi di sanzionare con pene proporzionate alla gravità della condotta: anticipazione e rinvio

Problemi in parte simili a quelli descritti nel paragrafo precedente sono posti dalla giurisprudenza che, dopo aver accertato che la violazione "qualificata" dei diritti fondamentali è stata oggetto di indagini ufficiali, approfondite ed efficaci, e dopo aver verificato che la condotta era

condotta; nello stesso senso, caso *O'Keeffe c. Irlanda*, cit., 148; caso *M.C. c. Bulgaria*, cit., par. 150.

⁷² Caso *Söderman c. Svezia*, cit., parr. da 108 a 114.

⁷³ Essendo sufficiente, dal punto di vista della Convenzione, la predisposizione di rimedi di natura civilistica adeguati ed efficaci.

prevista dal legislatore nazionale come ipotesi di reato, condanna lo Stato resistente per aver comminato all'imputato una sanzione non proporzionata – per difetto – alla gravità dell'atto. Se dunque la giurisprudenza analizzata *sub* 2.2.2. attiene all'*an* della punibilità, quella che qui intende esaminarsi valuta il *quomodo* della sanzione in concreto comminata (e poi eseguita). Sebbene la Corte in principio riconosca “*substantial deference to the national courts in the choice of appropriate sanctions*”, nondimeno essa ritiene di dover esercitare “*a certain power of review and intervene in cases of manifest disproportion between the gravity of the act and the punishment imposed*”⁷⁴. Tale affermazione è criticabile sotto diversi punti di vista⁷⁵. Per il momento, si offre una panoramica della casistica in materia, individuando in quali fattispecie la Corte ha ritenuto che la potestà punitiva dello Stato sia stata illegittimamente esercitata a causa della determinazione da parte del legislatore o delle giurisdizioni nazionali di pene non sufficientemente severe.

Le fattispecie da cui traggono origine le sentenze in esame concernono principalmente la violazione da parte di agenti dello Stato del diritto alla vita e del divieto di tortura e di trattamenti inumani e degradanti di cui agli artt. 2 e 3 della Convenzione. Si tratta evidentemente di violazioni gravissime, sia per l'importanza che i beni offesi (la vita e la dignità umana) rivestono nel quadro valoriale della Convenzione e dei sistemi costituzionali degli Stati contraenti, sia per la circostanza che le offese sono perpetrate per mano dei pubblici poteri.

Nondimeno, il ragionamento della Corte appare *de plano* estensibile a tutte le violazioni della Convenzione che la Corte stessa consideri meritevoli di sanzione penale. Infatti, una volta ammesso che grava sugli Stati l'obbligo di istituire e mantenere un sistema penale capace di dissuadere in maniera efficace dalla commissione di violazioni particolarmente gravi della Convenzione, e una volta affermato il principio che spetta alla Corte valutare, ancora nell'ottica della general-prevenzione, la manifesta sproporzione tra la gravità della condotta e la punizione imposta, non vi è motivo alcuno di distinguere i casi in cui l'insufficienza del sistema penale di uno Stato membro può essere sanzionata solo ove derivante dall'omissione del legislatore nazionale da quelli in cui tale carenza può essere sanzionata qualunque ne sia la causa (assenza della norma incriminatrice; limite edittale eccessivamente basso; determina-

⁷⁴ Caso *Ali e Ayse Duran c. Turchia*, cit., par. 66.

⁷⁵ V. *infra* al par. 3.3.

zione in concreto, da parte del giudice, di una pena insufficiente). A voler ritenere altrimenti, gli obblighi di criminalizzazione potrebbero essere facilmente aggirati attraverso la previsione di limiti edittali irrisori.

Come si è accennato, la Corte ritiene che una pena troppo mite sia inidonea a creare nei confronti degli altri consociati un sufficiente effetto deterrente⁷⁶. Viene naturale allora chiedersi quali siano i criteri che la Corte utilizza per determinare se pena sia insufficientemente severa. La giurisprudenza offre al riguardo alcuni indici, quali, ad esempio, l'applicazione di circostanze attenuanti, in assenza, agli occhi della Corte EDU, di un giustificato motivo⁷⁷; la sospensione condizionale della pena⁷⁸; la concessione di provvedimenti di clemenza⁷⁹. Quanto alla circostanza che sia stata pronunciata la prescrizione del reato, essa viene generalmente ricondotta alla violazione dell'obbligo di condurre inchieste celeri e, dunque, efficaci⁸⁰. Altre volte, essa rileva come sintomo di una disciplina legislativa inidonea a garantire gli *standard* di tutela imposti dalla Convenzione, come avviene quando la previsione di un termine prescrizionale viene censurata in sé o quale conseguenza della determinazione a livello legislativo di pene edittali insufficienti⁸¹. Con riferimento a tali indici, il

⁷⁶ Cfr. caso *Ali e Ayse Duran c. Turchia*, cit., par. 72, ove si afferma che: “*the criminal law system, as applied in the instant case, proved to be far from rigorous and had little dissuasive effect capable of ensuring the effective prevention of unlawful acts such as those complained of by the applicants*”. Nello stesso senso, caso *Gäfgen c. Germania*, cit., parr. 121 e 124; caso *Çamdereli c. Turchia*, cit., par. 38.

⁷⁷ Caso *Ali e Ayse Duran c. Turchia*, cit., par. 68.

⁷⁸ Caso *Saba c. Italia*, cit., par. 80. Caso *Ali e Ayse Duran c. Turchia*, cit., 69.

⁷⁹ Caso *Abdülsamet Yaman c. Turchia*, cit., *ibid.*

⁸⁰ Caso *Saba c. Italia*, cit., par. 79.

⁸¹ L'obbligo che la punizione delle condotte in esame non sia impedita dalla prescrizione sembra, infatti, un principio generale: caso *Abdülsamet Yaman c. Turchia*, cit., par. 55. Talvolta il profilo dell'ineffettività delle indagini si affianca a quello relativo ad una legislazione ritenuta inidonea, come è recentemente avvenuto nel caso *Cestaro c. Italia*, cit., parr. 216 ss., in cui la Corte, da una parte, ha censurato le indagini in ragione del fatto che “*la police italienne ait pu refuser impunément d'apporter aux autorités compétentes la coopération nécessaire à l'identification des agents susceptibles d'être impliqués dans des actes de torture*”, e, dall'altra, ha rilevato che la legislazione penale italiana “*s'est révélée à la fois inadéquate par rapport à l'exigence de sanction des actes de torture en question et dépourvue de l'effet dissuasif nécessaire pour prévenir d'autres violations similaires de l'article 3 à l'avenir*”. Tale pronuncia ha destato grande attenzione in dottrina, non tanto, per la verità, per il suo carattere innovativo (sia le argomentazioni utilizzate dalla Corte, sia l'esito del giudizio, infatti, non si disconzano dal solco già tracciato dal filone giurisprudenziale che qui si analizza), quanto per la rilevanza nella recente storia nazionale dell'episodio da cui trae origine la vicenda (i gravissimi episodi di tortura da parte di alcuni agenti perpetrati a danno di un gruppo di manifestanti nella scuola Diaz-Pertini durante

criterio cui appare ispirarsi la Corte è quello della tolleranza zero: di fronte alla commissione di simili violazioni, l'ordinamento nazionale non dovrebbe consentire l'applicazione di alcun meccanismo *lato sensu* premiale. Altre volte la Corte non motiva le ragioni per cui una pena viene ritenuta non proporzionata alla gravità del fatto, limitandosi ad asserire che ciò sia in concreto avvenuto⁸². In questi casi, il giudizio sull'insuffi-

lo svolgimento del G8 di Genova). I commenti fin qui pubblicati si limitano pertanto sostanzialmente a rilevare la prevedibilità dell'esito del giudizio alla luce della precedente giurisprudenza della Corte di Strasburgo, senza mettere in discussione la competenza della Corte di ricavare in via interpretativa obblighi di tutela penale, ma occupandosi principalmente delle possibili forme di esecuzione del giudicato convenzionale attraverso l'introduzione nell'ordinamento interno di un apposito reato di tortura. In questo senso, *ex multis*, F. VIGANÒ, *La difficile battaglia contro l'impunità dei responsabili di tortura: la sentenza della Corte di Strasburgo sui fatti della scuola Diaz e i tormenti del legislatore italiano*, in *Dir. pen. cont.*, 9 aprile 2015; F. ZACCHE', *Dalla prima condanna della Corte EDU sull'irruzione alla Diaz l'obbligo d'introdurre il delitto di tortura*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 22 aprile 2015; F. CASSIBA, *Violato il divieto di tortura: condannata l'Italia per i fatti della scuola "Diaz-Pertini"*, in *Dir. pen. cont.*, 27 aprile 2015; A. MARCHESI, *I "fatti della Diaz" secondo la Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Osservatorio cost.*, 19 maggio 2015. Peraltro, preme sottolineare che non vi è dubbio che lo Stato italiano sia obbligato, sul piano internazionale, a introdurre nel proprio ordinamento il reato di tortura. Ad avviso di chi scrive, però, un siffatto obbligo discende non dall'art. 3 della CEDU, ma dall'art. 4 della Convenzione ONU contro la tortura ed altri trattamenti e pene crudeli, inumane e degradanti del 1984, che pone – questo sì – un vero e proprio obbligo di penalizzazione della tortura (“*Ogni Stato Parte vigila affinché tutti gli atti di tortura vengano considerati quali trasgressioni nei confronti del suo diritto penale. Lo stesso vale per i tentativi di praticare la tortura o ogni atto commesso da qualsiasi persona, che rappresenti una complicità o una partecipazione all'atto di tortura. Ogni Stato Parte rende tali trasgressioni passibili di pene adeguate che tengano conto della loro gravità*”).

⁸² Significativo è, a tal proposito, il caso *Gäfgen c. Germania*, già citato. Dopo aver sequestrato un bambino di undici anni, il rapitore chiede alla famiglia un riscatto di un milione di euro, minacciando che, se la somma non fosse stata consegnata, il bambino sarebbe stato ucciso. I soldi del riscatto sono materialmente ritirati dal futuro ricorrente innanzi la Corte EDU, il quale viene seguito dalla polizia e successivamente arrestato. Convinti che la vita del bambino fosse in serio pericolo ed al solo scopo di salvarlo, due poliziotti interrogano il ricorrente minacciandolo che, se non avesse indicato il luogo in cui era nascosto il bambino, sarebbe stato sottoposto a tortura. Dopo circa dieci minuti, terrorizzato dalle minacce, il ricorrente confessa di averlo ucciso e indica il luogo in cui ha seppellito il cadavere. Il medesimo giorno i due poliziotti, incensurati, si assumono la piena responsabilità dell'accaduto, redigendo apposito verbale. Essi vengono immediatamente sottoposti a procedimento penale e sono allontanati dalle cariche fino ad allora ricoperte, assumendo ruoli amministrativi che non implicano il contatto diretto con gli indagati. I giudici nazionali, al termine del processo, comminano loro delle sanzioni pecuniarie, che vengono sospese. In particolare, osserva la Corte di Strasburgo che, “*in determining the sentences, the Regional Court considered that there were significant mitigating factors to be taken into account. It took into consideration that the defendants' sole*

cienza della risposta sanzionatoria dello Stato appare ancorato alla sola percezione soggettiva dei giudici di Strasburgo, quasi fosse una sorta di giudizio equitativo.

C'è da chiedersi quale tipo di relazione instauri questa giurisprudenza tra vittima della violazione e misura della sanzione penale (e, in particolar modo, di quella detentiva). Rinviando sul punto al par. 3.1, si anticipa che, similmente a quanto già rilevato con riferimento agli obblighi di criminalizzazione, fondare la condanna dello Stato sulla pretesa inadeguatezza della pena in un'ottica general-preventiva non pare coerente con il principio dell'interesse ad agire, per quanto quest'ultimo possa essere estensivamente inteso dalla Corte EDU nella ricostruzione

*concern had been to save J.'s life and that they had been under extreme pressure because of their respective responsibilities vis-a-vis the superior authority and the public. They had been exhausted at the relevant time and had acted in a very tense and hectic situation. They did not have any previous convictions. Moreover, D. had taken responsibility for his acts by admitting and explaining them in a note for the police file on the same day. The proceedings had lasted a long time and had attracted immense media attention. The defendants had suffered prejudice in their professional career: D. had been transferred to the Hessian Ministry of the Interior, and E. had been prohibited from acting in the prosecution of criminal offences. Furthermore, it was the first time that a conflict situation such as the one in the defendants' case had been assessed by a German criminal court. The court took into consideration as aggravating factors that D. had not acted spontaneously as he had already directed the use of force on the evening before he had given the order to E. Moreover, by their acts, the defendants had risked compromising the applicant's conviction for murder. The court further found that the preservation of the legal order did not warrant the enforcement of the fines imposed. Through the defendants' criminal conviction it had been made clear that an order by a State agent to use force to obtain information was illegal" (par. 50). La Corte EDU dichiara di non trascurare il fatto che i giudici nazionali abbiano preso in considerazione diverse circostanze attenuanti. Essa accetta, inoltre, che "the present application is not comparable to other cases concerning arbitrary and serious acts of brutality by State agents which the latter then attempted to conceal, and in which the Court considered that the imposition of enforceable prison sentences would have been more appropriate". Ciononostante, la Corte giudica che l'imposizione di multe "quasi simboliche" ("60 and 90 daily payments of EUR 60 and EUR 120 respectively", il cui pagamento viene sospeso) "cannot be considered an adequate response to a breach of Article 3". Tanto, in quanto "manifestly disproportionate to a breach of one of the core rights of the Convention", si da non avere "the necessary deterrent effect in order to prevent further violations of the prohibition of ill-treatment in future difficult situations" (par. 124). La Corte, però, non indica sulla base di quali criteri essa ritiene che la sanzione sia in concreto insufficiente. L'unico parametro oggettivo sembra, infatti, la sospensione della sanzione che, come si è visto, la Corte ritiene generalmente indice di una risposta sanzionatoria non appropriata. Al di là della sospensione, però, è il *quantum* delle multe ad apparire alla Corte insufficiente, tanto da definirlo "quasi simbolico" ("almost token", *ibid.*). L'approccio è qui, dunque, meramente sostanzialistico, ancorato alla sola percezione soggettiva dei giudici di Strasburgo e privo di qualsiasi riferimento oggettivo.*

della nozione di “vittima” ai sensi dell’art. 34 della Convenzione⁸³. Difficile è invece non scorgere nella domanda con cui il ricorrente chiede alla Corte EDU di condannare lo Stato per non aver punito in maniera sufficientemente severa il proprio aguzzino l’idea che una punizione esemplare di quest’ultimo avrebbe in qualche modo lenito le conseguenze pregiudizievoli che il primo ha subito per effetto della violazione. La misura della sanzione, in altri termini, costituirebbe misura della riparazione garantita dallo Stato alla vittima della violazione di un diritto fondamentale. Sotto questo profilo, la giurisprudenza sulla proporzionalità della sanzione penale appare ancor più problematica di quella sugli obblighi di criminalizzazione, in quanto, a differenza di quest’ultima, la misura della pena è generalmente ininfluenza sulle sorti dell’azione civile di risarcimento del danno.

3. *Critica della giurisprudenza della Corte EDU sugli obblighi di tutela penale*

Si è visto come l’elencazione dei diritti e delle libertà sancite nella Convenzione “non è seguita da indicazioni specifiche rivolte al legislatore perché questi sanzioni penalmente le eventuali violazioni poste in essere in pregiudizio di tali diritti”⁸⁴. Di qui la “peculiare genesi”⁸⁵ di siffatti obblighi, la cui matrice esclusivamente giurisprudenziale vale a distinguerli da quelli che gravano sul legislatore in ragione di norme espresse di rango costituzionale⁸⁶, sovranazionale⁸⁷ o inter-

⁸³ Sul punto la dottrina ricorda che “la giurisprudenza europea intende per «vittima» ex art. 34 CEDU la persona direttamente colpita dall’atto, dal comportamento o dall’omissione censurati. La Corte dei diritti dà una interpretazione molto estesa di tale nozione e assume in proposito categorie autonome ed indipendenti rispetto alle regole di diritto interno come quelle sull’interesse o sulla legittimazione ad agire”; B. RANDAZZO, *Giustizia costituzionale sovranazionale. La Corte europea dei diritti dell’uomo*, Milano 2012, 38.

⁸⁴ C. PAONESSA, *Gli obblighi di tutela penale*, cit., 169.

⁸⁵ *Ibid.*

⁸⁶ Tale sarebbe, secondo alcuni, l’art. 13, comma 4, Cost.; cfr. A. PUGIOTTO, *Repressione penale della tortura e Costituzione: anatomia di un reato che non c’è*, in *Dir. pen. cont.*, 2014, 133; C. PAONESSA, *Gli obblighi di tutela penale*, cit., 87 ss. e la dottrina ivi citata.

⁸⁷ Per quanto riguarda il diritto sovranazionale, deve ricordarsi l’art. 83 del TFUE, ai sensi del quale “Il Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando mediante direttive secondo la procedura legislativa ordinaria, possono stabilire norme minime relative alla defi-

nazionale⁸⁸. Gli obblighi di penalizzazione in esame, inoltre, si caratterizzano rispetto ad altri fenomeni di ricostruzione in via giurisprudenziale di obblighi di tutela penale⁸⁹ per il contenuto delle norme dalle quali vengono ricavati e per la particolare struttura del giudizio nel corso del quale sono formulate.

nizione dei reati e delle sanzioni in sfere di criminalità particolarmente grave che presentano una dimensione transnazionale derivante dal carattere o dalle implicazioni di tali reati o da una particolare necessità di combatterli su basi comuni. Dette sfere di criminalità sono le seguenti: terrorismo, tratta degli esseri umani e sfruttamento sessuale delle donne e dei minori, traffico illecito di stupefacenti, traffico illecito di armi, riciclaggio di denaro, corruzione, contraffazione di mezzi di pagamento, criminalità informatica e criminalità organizzata. In funzione dell'evoluzione della criminalità, il Consiglio può adottare una decisione che individua altre sfere di criminalità che rispondono ai criteri di cui al presente paragrafo. Esso delibera all'unanimità previa approvazione del Parlamento europeo. Allorché il ravvicinamento delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri in materia penale si rivela indispensabile per garantire l'attuazione efficace di una politica dell'Unione in un settore che è stato oggetto di misure di armonizzazione, norme minime relative alla definizione dei reati e delle sanzioni nel settore in questione possono essere stabilite tramite direttive. Tali direttive sono adottate secondo la stessa procedura legislativa ordinaria o speciale utilizzata per l'adozione delle misure di armonizzazione in questione, fatto salvo l'articolo 76. Qualora un membro del Consiglio ritenga che un progetto di direttiva di cui al paragrafo 1 o 2 incida su aspetti fondamentali del proprio ordinamento giuridico penale, può chiedere che il Consiglio europeo sia investito della questione. In tal caso la procedura legislativa ordinaria è sospesa. Previa discussione e in caso di consenso, il Consiglio europeo, entro quattro mesi da tale sospensione, rinvia il progetto al Consiglio, ponendo fine alla sospensione della procedura legislativa ordinaria. Entro il medesimo termine, in caso di disaccordo, e se almeno nove Stati membri desiderano instaurare una cooperazione rafforzata sulla base del progetto di direttiva in questione, essi ne informano il Parlamento europeo, il Consiglio e la Commissione. In tal caso l'autorizzazione a procedere alla cooperazione rafforzata di cui all'articolo 20, paragrafo 2 del trattato sull'Unione europea e all'articolo 329, paragrafo 1 del presente trattato si considera concessa e si applicano le disposizioni sulla cooperazione rafforzata”.

⁸⁸ Quanto al diritto internazionale, tipico è l'esempio del richiamato obbligo di criminalizzazione della tortura, posto dall'art. 4 della Convenzione ONU contro la tortura ed altri trattamenti e pene crudeli, inumane e degradanti del 1984. Ancora potrebbe ricordarsi la Convenzione internazionale per la protezione di tutte le persone dalla sparizione forzata del 2006, che nel suo art. 4 stabilisce che “Ciascuno Stato Parte adotta le misure necessarie per garantire che la sparizione forzata costituisca un reato secondo la propria legge penale”.

⁸⁹ Sull'attivismo della Corte di giustizia nell'imposizione di vincoli di penalizzazione nell'ambito del diritto dell'Unione europea v. C. PAONESSA, *Gli obblighi di tutela penale*, cit., 193 ss. Per una disamina complessiva di come il diritto europeo influenza l'espansione del diritto penale nazionale, anche attraverso l'opera interpretativa della Corte di giustizia, cfr. R. FRANCE, *The Division of Criminal Law Power in the European Union*, in H.J. ALBRECHT, A. KLIP (a cura di), *Crime, Criminal Law and Criminal Justice in Europe. A Collection in Honour of Prof. em. dr. dr. h.c. Cyrille Fijnaut*, Leiden-Boston 2013, 149 ss.

Tali peculiarità consentono di individuare almeno tre gruppi di ragioni che inducono a ritenere che la CEDU *non* vincoli gli Stati contraenti a tutelare penalmente le vittime delle violazioni dei diritti fondamentali, sicché la Corte di Strasburgo *non* è competente a condannare gli Stati per la violazione di siffatti pretesi obblighi.

3.1. *La pena è un diritto della vittima?*

Muovendo dall'ultimo dei profili summenzionati, relativo alla struttura dei giudizi innanzi alla Corte EDU, la giurisprudenza in esame appare anzitutto errata in quanto stabilisce una relazione tra vittima e sanzione penale tale che la previsione, comminazione ed esecuzione della seconda rientrerebbero tra le riparazioni dovute alla prima. Nonostante la Corte non ammetta esplicitamente l'esistenza di una siffatta relazione⁹⁰, è la struttura stessa del giudizio innanzi ad essa che ne impone il riconoscimento. La Corte, infatti, prima di entrare nel merito della questione sottesa al giudizio, è tenuta a verificare che permanga in capo al ricorrente lo *status* di "vittima" ai sensi dell'art. 34 della Convenzione, ovvero che, a fronte della violazione di un diritto fondamentale, lo Stato convenuto non abbia già provveduto, sul piano interno, ad apprestargli un *sufficient redress*⁹¹. Ne deriva che riconoscere lo *status* di vittima al soggetto che lamenta la carenza di (una fattispecie di reato idonea alla) determinazione, comminazione ed esecuzione di una pena pretesamente sufficiente alla gravità della condotta, pur avendo questi ottenuto sul piano interno il riconoscimento dell'avvenuta violazione del proprio diritto, l'integrale risarcimento del danno patito e, ove la condotta subita sia idonea a integrare nell'ordinamento nazionale un'ipotesi di reato, un'indagine efficace, rapida e imparziale, significa includere la sanzione penale tra le riparazioni spettanti alla vittima della violazione di un diritto fondamentale⁹². In caso contrario, infatti, la Corte sarebbe costretta

⁹⁰ Ricostruendo gli obblighi di criminalizzazione e di determinazione di pene sufficientemente severe in una prospettiva general-preventiva. Per una critica di tale argomentazione si veda *infra* il par. 3.2.

⁹¹ "La Corte non può essere adita se non dopo l'esaurimento delle vie di ricorso interne"; art. 35, par. 1, CEDU.

⁹² In questo senso anche F. VIGANÒ, *L'arbitrio del non punire*, cit., 2654 e 2693, il quale, pur pervenendo a conclusioni diverse da quelle qui proposte, riconosce essere "tratto a dir poco scioccante per la cultura penalistica contemporanea [...] la precisa considerazione delle indagini penali, del processo e della stessa pena inflitta al responsabile come *strumento per la vittima* della violazione", sì che "l'accento si sposta dai diritti

a dichiarare l'irricevibilità del ricorso per carenza di legittimazione attiva del ricorrente. Similmente, il diritto della vittima alla punizione del responsabile della violazione è implicitamente riconosciuto e garantito dalla Corte EDU nel merito, ogni qual volta l'insufficienza della sanzione penale viene posta a fondamento dell'accoglimento del ricorso e della condanna dello Stato convenuto a pagare al ricorrente un'equa soddisfazione ai sensi dell'art. 41 CEDU.

Una siffatta funzione riparatoria della pena (e, in particolare, di quella detentiva) non trova però riscontro alcuno nelle norme convenzionali che si occupano di giustizia penale ed appare con esse, anzi, radicalmente in contrasto. Come si è già avuto modo di rilevare al par. 2.2, infatti, la Convenzione detta regole in materia penale al dichiarato scopo di tutelare il reo nei confronti dello Stato. L'idea di fondo che anima tali disposizioni è che l'esercizio del potere punitivo può essere considerato legittimo soltanto nella misura in cui le autorità nazionali garantiscano all'accusato il rispetto di determinati principi, anche di carattere processuale (su quelli di natura sostanziale torneremo *infra* al par. 3.2).

In particolare, l'art. 6, par. 1, riconosce a ciascuno il diritto “*a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un tribunale indipendente e imparziale, costituito per legge, il quale sia chiamato a pronunciarsi sulle controversie sui suoi diritti e doveri di carattere civile o sulla fondatezza di ogni accusa penale formulata nei suoi confronti*”. Tale disposizione indica che, laddove venga in considerazione il processo penale, parte in “*causa*” che possa vantare i diritti sanciti dalla Convenzione è il solo soggetto che subisce l'accusa⁹³.

La vittima del reato in quanto tale (utilizzando la terminologia del diritto interno potremmo dire: la persona offesa) non è parte del processo penale ai sensi della Convenzione. Essa non ha un'azione, non ha diritto ad adire un giudice affinché si pronunci sulla colpevolezza del reo.

dell'accusato e del condannato – oggetto tradizionale della tutela delle carte costituzionali, e delle stesse carte internazionali dei diritti – ai diritti della *vittima* della violazione”. Il medesimo Autore osserva che “la effettiva punizione dei responsabili in sede penale è di fatto considerata dalla Corte come l'unico ristoro adeguato (eventualmente accanto ad altri rimedi, di ordine risarcitorio o disciplinare) che lo Stato deve necessariamente assicurare alla vittima di violazioni dei diritti fondamentali di particolare gravità per risultare in linea con i propri obblighi convenzionali”; ID., *Obblighi convenzionali di tutela penale?*, in V. MANES, V. ZAGREBELSKY (a cura di), *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, Milano 2011, 256.

⁹³ In questo senso v. anche J. VELU, R. ERGEC, *Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles 2014, 477 s.

Tanto, in quanto essa è priva, a monte, di un interesse sostanziale meritevole di protezione giuridica nel quadro della CEDU ed avente ad oggetto la condanna dell'accusato (e, *a fortiori*, la comminazione ed esecuzione di una determinata sanzione).

Che questa sia la corretta lettura da dare all'art. 6, par. 1, del resto, è confermato dalla stessa Corte di Strasburgo nella giurisprudenza, già richiamata al par. 2.2, con cui la Corte ha sì esteso alla vittima del reato alcune delle garanzie previste dalla disposizione convenzionale in esame, ma tanto ha fatto sull'esplicito presupposto che “*la Convention ne garantit ni le droit [...] à la «vengeance privée», ni l'actio popularis. Ainsi, le droit de faire poursuivre ou condamner pénalement des tiers ne saurait être admis en soi: il doit impérativement aller de pair avec l'exercice par la victime de son droit d'intenter l'action, par nature civile, offerte par le droit interne, ne serait-ce qu'en vue de l'obtention d'une réparation symbolique ou de la protection d'un droit à caractère civil, à l'instar par exemple du droit de jouir d'une «bonne réputation»*”⁹⁴. La posizione della vittima del reato, dunque, può trovare occasionalmente tutela *anche* nell'ambito del procedimento penale, ma ciò solo in quanto tale procedimento costituisca in concreto la sede in cui la vittima del reato (leggi: il danneggiato) fa valere “*diritti e doveri di carattere civile*”, ai sensi dell'art. 6, par. 1, della Convenzione⁹⁵.

Chiariti così i rapporti che la Convenzione pone tra vittima del reato, processo penale e sanzione del reo, è possibile ora precisare che non vi è ragione alcuna per ritenere che tali principi non debbano trovare applicazione anche nei casi in cui la Corte venga adita dalla vittima della violazione di un diritto fondamentale di natura sostanziale, della quale il ricorrente assuma la meritevolezza della pena. Anche in questi casi, infatti, il soggetto titolare del bene giuridico tutelato dalla norma violata (che non è più la norma incriminatrice di diritto interno, ma quella convenzionale) avanza la pretesa di vedersi riconosciuto un diritto alla condanna e/o alla comminazione ed esecuzione di una determinata sanzione nei confronti del responsabile della violazione.

⁹⁴ Caso *Perez c. Francia*, n. 47287/99, 12 febbraio 2004, par. 70.

⁹⁵ Né, ovviamente, potrebbe ritenersi che l'impossibilità di trovare ristoro tramite risarcimento del danno patito in conseguenza del reato (ad esempio, per insolvenza del debitore) sia idonea a fondare, ai sensi della Convenzione, un diritto della vittima alla comutazione del debito in sanzione detentiva; tra l'altro, sia pur con riferimento alla responsabilità contrattuale, l'art. 1 del Protocollo n. 4 dispone che “*Nessuno può essere privato della sua libertà per il solo fatto di non essere in grado di adempiere a un'obbligazione contrattuale*”.

Poiché il principio di non contraddizione impedisce di affermare che il diritto della CEDU riconosce e contemporaneamente non riconosce, a fronte della violazione di un bene giuridico di cui si è titolari, il diritto alla condanna e alla punizione penale del proprio aguzzino, occorre ammettere che la giurisprudenza che impone obblighi di criminalizzazione e di determinazione, comminazione ed esecuzione di pene pretesamente adeguate introduce attraverso l'interpretazione di alcune norme sostanziali (come visto, fino ad oggi, gli artt. 2, 3, 4 e 8 CEDU) delle vere e proprie eccezioni al principio generale in materia di processo penale posto dall'art. 6. Nessuna previsione della Convenzione, però, fonda il potere della Corte di disapplicarne a piacere singole disposizioni. Al contrario, la Convenzione attribuisce alla Corte il compito di interpretarne e applicarne il testo, spettando agli Stati contraenti il potere di apportarvi modifiche.

Né può ritenersi che il potere della Corte di introdurre eccezioni al testo convenzionale⁹⁶ possa trovare giustificazione nella peculiare gravità delle fattispecie da cui traggono generalmente origine le decisioni in esame. Ammettere che l'eccezionale gravità del caso sia idonea a fondare il superamento delle norme di diritto che disciplinano il funzionamento della Corte significa sposare un'idea paternalistica dei poteri del giudice di Strasburgo⁹⁷ che non può essere accettata in un moderno Stato costituzionale di diritto. Ivi, infatti, l'esercizio del potere (anche quello di una Corte che giudica sulla violazione di una Carta sui diritti fondamentali) deve essere sempre problematizzato, imbrigliato nelle maglie del diritto, e non certo presentato come soluzione salvifica allo scarso rendimento di quest'ultimo⁹⁸.

Sotto un diverso punto di vista, si osserva che alcuni dei casi portati all'attenzione della Corte sono di gravità tale che la decisione di sanzio-

⁹⁶ Peraltro come da lei stessa interpretato nella giurisprudenza ricordata al par. 2.2.

⁹⁷ Di "vocazione repressiva e paternalista" del diritto penale, che troverebbe espressione anche negli obblighi di tutela penale individuati dalla Corte EDU, parla S. MANACORDA, "Dovere di punire"?, cit., 346.

⁹⁸ Sul punto, v. diffusamente M. LUCIANI, *Costituzionalismo irenico e costituzionalismo polemico*, in *Giur. cost.*, 2006, 1667, che, proprio nella prospettiva della moltiplicazione dei livelli decisionali, anche a livello dei rapporti sovranazionali e internazionali, avverte che "il potere è, oggi più che mai, il problema del costituzionalismo" e che "il compito dei costituzionalisti è quello di catturare nuovamente quel potere che molti secoli addietro avevano saputo subordinare al diritto e funzionalizzare ai diritti; di mettere in luce i complessi rapporti fra potere, diritto e diritti; di rilevare il modesto rendimento democratico delle procedure decisionali nei sistemi «a rete» o «multilivello»".

nare la sostanziale impunità dei fautori della condotta si mostra certamente condivisibile ove si assuma una prospettiva di giustizia sostanziale, specie nelle fattispecie in cui trasluce l'ombra della complicità di quelle stesse autorità che alla garanzia dei diritti sono istituzionalmente preposte⁹⁹. Ciononostante, deve riflettersi se introdurre un diritto della vittima alla punizione penale del proprio aguzzino, pur presente in alcuni ordinamenti, costituisca davvero un progresso giuridico e non segni, invece, il ritorno a concezioni premoderne, da secoli abbandonate nell'Europa continentale¹⁰⁰.

3.2. *La deroga ai diritti dell'accusato*

La seconda ragione che induce a dubitare che la giurisprudenza della Corte di Strasburgo sull'esistenza di obblighi di tutela penale sia con-

⁹⁹ Sul punto, preme ricordare la laconica formula utilizzata dalla Corte per descrivere l'atteggiamento della polizia italiana nei confronti delle indagini che si sono svolte all'indomani dei gravissimi episodi avvenuti durante lo svolgimento del G8 di Genova: "*La Cour regrette que la police italienne ait pu refuser impunément d'apporter aux autorités compétentes la coopération nécessaire à l'identification des agents susceptibles d'être impliqués dans des actes de torture*" (caso *Cestaro c. Italia*, cit., par. 216).

¹⁰¹ Il pensiero va, anzitutto, all'ordinamento statunitense, dove la permanenza di una concezione della pena quale oggetto di un diritto alla vendetta privata è tuttora testimoniata dalla c.d. *right-to-view law*, ovvero il diritto riconosciuto da diversi Stati alle famiglie delle vittime e alle vittime sopravvissute di assistere all'esecuzione della pena capitale del proprio carnefice. Emblematico il caso del codice di procedura penale dell'Oklahoma, che all'art. §22-1015, parr. D ed E, statuisce rispettivamente che "*A place shall be provided at the Oklahoma State Penitentiary at McAlester so that individuals who are eighteen years of age or older and who are members of the immediate family of any deceased victim of the defendant may witness the execution. The immediate family members shall be allowed to witness the execution from an area that is separate from the area to which other nonfamily member witnesses are admitted*"; "*Any surviving victim of the defendant who is eighteen years of age or older may view the execution by closed circuit television with the approval of both the Director of the Department of Corrections and the warden*". L'idea che la misura della pena possa in qualche modo essere accostata (e commisurata) alla sofferenza che il condannato ha inflitto alla vittima e alla sua famiglia è ben presente nelle dichiarazioni rilasciate dall'allora Governatore dell'Arizona, Jan Brewer, all'indomani della controversa morte di Joseph Wood, che spirò dopo circa due ore dalla somministrazione dell'iniezione letale. Il Governatore, dopo essersi dichiarato "*concerned*" per la lunghezza dell'esecuzione, ha aggiunto: "*One thing is certain, however, inmate Wood died in a lawful manner, and by eyewitness and medical accounts he did not suffer. This is in stark comparison to the gruesome, vicious suffering that he inflicted on his two victims — and the lifetime of suffering he has caused their family*"; la notizia è riportata dai maggiori media statunitensi (cfr., fra tutti, <http://edition.cnn.com/2014/07/23/justice/arizona-execution-controversy/>).

forme ai principi ricavabili dalla Convenzione è che l'utilizzo di norme che prescrivono la tutela di diritti fondamentali per imporre l'irrigidimento dell'apparato punitivo statale si traduce in uno strumento di limitazione di quegli stessi diritti che esso pretenderebbe garantire¹⁰¹.

Anzitutto, l'accento che la Corte EDU pone sulle esigenze general-preventive di cui anche il giudice dovrebbe farsi carico nella comminazione ed esecuzione della pena è in radicale contrasto con il principio di colpevolezza, che relega la valutazione sull'adeguatezza dell'efficacia deterrente della pena alla determinazione astratta, da parte del legislatore, dei limiti edittali. Ritenerne, invece, che la general-prevenzione possa costituire un criterio di determinazione della pena in concreto significa ammettere che la sanzione comminata dal giudice possa eccedere quella commisurata alla colpevolezza del reo, trovando giustificazione il *surplus* di pena nella necessità di prevenire il ripetersi di condotte simili a quella punita.

Un esempio di un siffatto utilizzo delle categorie della colpevolezza e della general-prevenzione, tale che le (pretese) esigenze connesse alla seconda sono state giudicate preminenti rispetto a quelle relative alla gravità in concreto dell'offesa e all'elemento psicologico del reato, con conseguente condanna dello Stato convenuto per non aver sufficientemente punito gli autori delle condotte incriminate, può essere rinvenuto nel già citato caso *Gäfgen c. Germania*¹⁰². Ivi i giudici di Strasburgo riconoscono che “*in determining the sentences, the Regional Court considered that there were significant mitigating factors to be taken into account*” e, in particolare, che “*the defendants' sole concern had been to save J.'s life and that they had been under extreme pressure because of their respective responsibilities vis-à-vis the superior authority and the public. They had been exhausted at the relevant time and had acted in a very tense and hectic situation. They did not have any previous convictions. Moreover, D. had taken responsibility for his acts by admitting and explaining them in a note for the police file on the same day [...]*”¹⁰³. Ancora, ammette la Corte che il caso di specie “*is not comparable to other cases concerning arbitrary and serious acts of brutality by State agents which the latter then attempted to conceal*”. Nondimeno, le sanzioni in concreto comminate sono giudicate

¹⁰¹ Di “dimensione sovversiva rispetto ai diritti” parla S. MANACORDA, “*Dovere di punire*”?, cit., 338.

¹⁰² Per una breve descrizione dei fatti e delle argomentazioni utilizzate dalla Corte, v. nota 82.

¹⁰³ Caso *Gäfgen c. Germania*, cit., par. 50.

manifestamente sproporzionate in quanto non garantiscono “*the necessary deterrent effect in order to prevent further violations of the prohibition of ill-treatment in future difficult situations*”¹⁰⁴. La Corte non pare avvedersi del fatto che l’obbligo di infliggere pene esemplari è in insanabile contrasto con il principio di colpevolezza, che impone che la misura della pena non possa mai eccedere il limite tracciato dalla responsabilità personale del reo. Tale esito, inoltre, appare a dir poco paradossale se si pone mente allo sforzo compiuto dalla Corte di Strasburgo per estendere il principio di colpevolezza anche a fattispecie che, nel diritto interno, vengono tradizionalmente considerate estranee al campo delle sanzioni penali. Così, ad esempio, in materia di confisca la Corte ha statuito che “*l’article 7 ne mentionne pas expressément le lien moral entre l’élément matériel de l’infraction et la personne qui en est considérée comme l’auteur. Cependant, la logique de la peine et de la punition ainsi que la notion de «guilty» (dans la version anglaise) et la notion correspondante de «personne coupable» (dans la version française) vont dans le sens d’une interprétation de l’article 7 qui exige, pour punir, un lien de nature intellectuelle (conscience et volonté) permettant de déceler un élément de responsabilité dans la conduite de l’auteur matériel de l’infraction. A défaut, la peine ne serait pas justifiée*”¹⁰⁵. Il principio di colpevolezza, pertanto, viene da una parte esteso a fattispecie che nell’ordinamento interno restano soltanto limitrofe al diritto penale (e che concernono sanzioni di carattere pecuniario o che, comunque, colpiscono solo il diritto di proprietà), dall’altra trova nuove limitazioni proprio in quelle fattispecie che costituiscono tradizionalmente il cuore dell’esercizio del potere punitivo statale, arrivando a pretendere la comminazione e l’esecuzione di sanzioni (anche detentive¹⁰⁶) più severe in nome di una pretesa maggior efficacia general-preventiva.

La giurisprudenza in esame, inoltre, appare idonea a porsi in radicale contrasto con altri fondamentali principi posti a tutela dell’accusato ove, nella prospettiva della sempre maggiore giurisdizionalizzazione della fase di esecuzione delle sue sentenze, la Corte non si limitasse più a condannare lo Stato al pagamento di un’equa soddisfazione, ma intendesse garantire la *restitutio in integrum* del bene oggetto di contestazione anche

¹⁰⁴ Caso *Gäfgen c. Germania*, cit., par. 124.

¹⁰⁵ Caso *Sud Fondi Srl e altri c. Italia*, n. 75909/01, 20 aprile 2009, par. 116; nello stesso senso, caso *Varvara c. Italia*, n. 17475/09, 24 marzo 2014, par. 71.

¹⁰⁶ Caso *Gäfgen c. Germania*, cit., par. 124, e giurisprudenza ivi citata.

attraverso la riapertura dei procedimenti già definiti¹⁰⁷. Così, ad esempio, una condanna motivata sulla base della carenza di un'adeguata punizione a causa della dichiarazione della prescrizione di un reato potrebbe richiedere la riapertura del procedimento penale, affinché le indagini o il processo possano andare avanti *come se* la norma interna che sancisce i termini per la prescrizione non fosse mai esistita. Ancora, una sentenza che condanni lo Stato perché determinate sanzioni sono state condizionalmente sospese potrebbe imporre per la sua corretta esecuzione la disapplicazione della norma che concede il beneficio. Una sentenza che abbia accertato che la misura della pena sia manifestamente sproporzionata per difetto potrebbe in ipotesi richiedere la riapertura del processo e la comminazione di pene più severe (ad esempio, attraverso l'obbligo di non applicare determinate circostanze attenuanti¹⁰⁸). Portando alle estreme conseguenze tali premesse, la Corte potrebbe arrivare a imporre lo svolgimento di indagini, l'attivazione del processo penale, la condanna, la comminazione di pene "proporzionate" alla gravità del fatto perché idonee a garantire un'efficace general-prevenzione e la loro integrale esecuzione (escludendo, cioè, la possibilità di applicarvi misure clemenziali) per condotte che all'epoca dei fatti non erano previste dall'ordinamento interno come fattispecie di reato. Tanto, in violazione di pressoché tutte le norme convenzionali in materia di diritto penale. Violato sarebbe anzitutto il principio *nullum crimen, nulla poena sine lege*, in quanto la fattispecie penale (o la misura della pena) sarebbe determinata non da una legge entrata in vigore priva del fatto commesso, ma da una legge necessariamente retroattiva (l'unica idonea a trovare applicazione nel caso concreto) o dalla sentenza di un giudice interno, comune o costituzio-

¹⁰⁷ In questo senso, già la Raccomandazione del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa n. R (2000) 2 incoraggiava le Parti contraenti "ad esaminare i rispettivi ordinamenti giuridici nazionali al fine d'assicurarsi che esistano possibilità appropriate di riesaminare un caso, ivi compresa la riapertura del procedimento, nei casi in cui la Corte abbia accertato una violazione della Convenzione".

¹⁰⁸ Ad esempio in fattispecie simili al caso *Ali e Ayse Duran c. Turchia*, cit., par. 68, in cui la Corte rileva che "the convicted police officers benefited from a reduction of their prison sentences as «their statements had provided help to the authorities during investigation and the criminal proceedings in the establishment of the circumstances of the cases». Given that the police officers did not make any statements before the Gaziosmanpaşa public prosecutor and the Denizli Assize Court other than by persistently denying the allegations against them [...], the Court considers that the Denizli Assize Court used its power of discretion to lessen the consequences of a serious criminal act – causing death as a result of inflicting ill-treatment upon a detainee – rather than to show that such acts could in no way be tolerated".

nale, cui spetterebbe in ipotesi dare esecuzione alla sentenza della Corte EDU¹⁰⁹. Violato sarebbe il principio del *ne bis in idem*, in quanto a fronte di una sentenza di assoluzione, la Corte potrebbe pretendere la riapertura del procedimento sui medesimi fatti già posti a fondamento della prima pronuncia. Violato sarebbe ancora il principio del giusto processo, in quanto le sorti del processo penale subito dal reo sarebbero decise nell'ambito di un giudizio, quello innanzi alla Corte EDU, al quale egli non ha potuto neanche prendere parte¹¹⁰, con palese lesione del suo diritto di difesa.

Tali esiti, si badi, sono tutt'altro che fantascientifici. Com'è noto, infatti, la necessità di apprestare la *restitutio in integrum* del diritto fondamentale la cui violazione è stata definitivamente accertata dalla Corte di Strasburgo mediante la riapertura del giudicato penale è da anni oggetto di approfondite indagini dottrinali¹¹¹. La stessa Corte costituzionale, ri-

¹⁰⁹ Sul punto, rileva S. MANACORDA, "Dovere di punire"?, cit., 324, che "Una interpretazione restrittiva conduce ragionevolmente a limitare la possibilità di siffatto intervento giurisprudenziale alla sola ipotesi di disapplicazione di una norma di favore, giacché ogni altro intervento ad opera del giudice interno, sia pure di natura costituzionale, che dia luogo ad una estensione dell'area del penalmente rilevante o ad un inasprimento delle conseguenze sanzionatorie rispetto a quanto previsto dal dettato legislativo, enterebbe in palese contraddizione con il principio del *nullum crimen, nulla poena sine lege*". Deve ritenersi, però, che anche una siffatta interpretazione restrittiva porrebbe la giurisprudenza in esame in contrasto con l'art. 7 CEDU, giacché esso include, come chiarito dalla medesima Corte di Strasburgo, il principio di retroattività della norma penale di favore. La Corte, infatti, fin dal caso *Scoppola c. Italia* (n. 2), n. 10249/03, 17 settembre 2009, par. 109, ha affermato che tale norma "guarantees not only the principle of non-retrospectiveness of more stringent criminal laws but also, and implicitly, the principle of retrospectiveness of the more lenient criminal law. That principle is embodied in the rule that where there are differences between the criminal law in force at the time of the commission of the offence and subsequent criminal laws enacted before a final judgment is rendered, the courts must apply the law whose provisions are most favourable to the defendant".

¹¹⁰ La Convenzione, infatti, non contempla alcun obbligo di comunicazione del ricorso ad eventuali soggetti "controinteressati", essendo sufficiente ai fini della corretta instaurazione del contraddittorio la comunicazione al governo dello Stato contro il quale si agisce; cfr. artt. 53 e 54 del Regolamento della Corte EDU. Sul punto, v. B. RANDAZZO, *Giustizia costituzionale sovranazionale*, cit., 77, e D. TEGA, *La CEDU e l'ordinamento italiano*, in M. CARTABIA (a cura di), *I diritti in azione. Universalità e pluralismo dei diritti fondamentali nelle Corti europee*, Bologna 2007, 87.

¹¹¹ Cfr., *ex multis*, V. SCIARABBA, *Il giudicato e la CEDU. Profili di diritto costituzionale, internazionale e comparato*, Padova 2012, e, dello stesso Autore, *La "riapertura" del giudicato in seguito a sentenze della Corte di Strasburgo*, in *Giur. cost.*, 2009, 513 ss.; R. CONTI, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, cit., 403 ss.; B. RANDAZZO, *Giustizia costituzionale sovranazionale*, cit., 117 ss. e 182 ss.; G. LEO, *La recente giurisprudenza della Corte Costituzionale in materia penale*, in *Dir. pen. cont.*, 2011, 90 ss. Da ultimo, cfr.

chiamando sul punto la giurisprudenza dei giudici di Strasburgo, ha rilevato che “*«quando la Corte constata una violazione, lo Stato convenuto ha l'obbligo giuridico, non solo di versare agli interessati le somme attribuite a titolo di equa soddisfazione, ma anche di adottare le misure generali e/o, se del caso, individuali necessarie»*”, in quanto, “*alla luce dell'art. 41 della CEDU, le somme assegnate a titolo di equo indennizzo mirano unicamente ad «accordare un risarcimento per i danni subiti dagli interessati nella misura in cui questi costituiscano una conseguenza della violazione che non può in ogni caso essere cancellata»*”¹¹². Con riferimento alle infrazioni correlate allo svolgimento di un processo, e in particolare di un processo penale, la Consulta ha rilevato che “*la Corte di Strasburgo, muovendo dalle ricordate premesse, ha identificato nella riapertura del processo il meccanismo più consono ai fini della restitutio in integrum*”¹¹³. Su tali basi, la sent. n. 113 del 2011 ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 630 cod. proc. pen. “*nella parte in cui non prevede un diverso caso di revisione della sentenza o del decreto penale di condanna al fine di conseguire la riapertura del processo, quando ciò sia necessario, ai sensi dell'art. 46, paragrafo 1, della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, per conformarsi ad una sentenza definitiva della Corte europea dei diritti dell'uomo*”. Principio poi esteso dalla sent. n. 210 del 2013 anche ai casi in cui l'adeguamento ad una sentenza della Corte EDU non richieda la riapertura del processo di cognizione, ma soltanto la rideterminazione della pena, per la quale, una volta intervenuto il giudizio della Corte costituzionale, è stato ritenuto “*sufficiente un intervento del giudice dell'esecuzione*”.

Vero è che la sent. n. 113 del 2011 introduce un nuovo caso di revisione, che, ai sensi dell'art. 629 cod. proc. pen., è ammessa soltanto “*a favore dei condannati*”. Nondimeno, poiché l'inserimento è avvenuto per dare attuazione all'art. 46 CEDU, dipenderà dalle indicazioni fornite dalla Corte EDU e dall'interpretazione che di queste forniranno i giudici nazionali la definizione in concreto delle fattispecie in cui la riapertura del giudicato penale sia da considerare una necessaria misura di esecuzione delle sentenze di condanna rese a Strasburgo. Infatti, se la riapertura del giudicato è il meccanismo più consono ai fini della *restitutio in*

G. GRASSO, F. GIUFFRIDA, *L'incidenza sul giudicato interno delle sentenze della Corte europea che accertano violazioni attinenti al diritto penale sostanziale*, in *Dir. pen. cont.*, 25 maggio 2015.

¹¹² Sent. Corte cost. n. 113 del 2011, *Considerato in diritto*, par. 4.

¹¹³ *Ibid.*

integrum del diritto fondamentale violato in seno allo svolgimento o a causa dell'esito di un processo penale e se, nei casi in esame, la violazione del diritto fondamentale da parte dello Stato è determinata proprio dall'insufficienza della risposta sanzionatoria predisposta all'interno di un procedimento penale, anche nei casi di violazione del (preteso) diritto fondamentale della vittima alla punizione del suo aguzzino ben potrebbe invocarsi quale *restitutio in integrum* la riapertura del procedimento penale a carico di quest'ultimo¹¹⁴.

In definitiva, una volta tratteggiati i caratteri del diritto della vittima alla tutela penale dei propri diritti fondamentali, non si vede perché si dovrebbe distinguere tra diritti fondamentali del reo (idonei a fondare una richiesta da parte della Corte EDU di *restitutio in integrum*) e diritti fondamentali della vittima (in ipotesi suscettibili di trovare soltanto un risarcimento per equivalente)¹¹⁵. Un siffatto sviluppo, del resto, è stato già puntualmente preconizzato dalla dottrina che si è occupata del tema. Così, ad esempio, muovendo proprio dalla sent. Corte cost. n. 113 del 2011, si è osservato che “in tutti i casi in cui non sia stato possibile accertare le responsabilità per fatti di tortura per via del decorso del termine necessario a prescrivere, [...] qualora la vittima della violazione abbia tempestivamente proposto ricorso alla Corte di Strasburgo e la stessa (con sentenza definitiva) abbia condannato l'Italia per violazione degli

¹¹⁴ È interessante notare, però, che i codici di procedura penale tedesco e francese, nel momento in cui hanno disciplinato la riapertura del giudicato penale a seguito di sentenza di condanna della Corte di Strasburgo, hanno espressamente escluso la revisione *in pejus* (*Strafprozeßordnung*, art. 359: “*Die Wiederaufnahme eines durch rechtskräftiges Urteil abgeschlossenen Verfahrens zugunsten des Verurteilten ist zulässig [...] wenn der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte eine Verletzung der Europäischen Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten oder ihrer Protokolle festgestellt hat und das Urteil auf dieser Verletzung beruht*”, mentre l'art. 362, relativo ai casi di revisione in detrimento del condannato, non prevede una siffatta ipotesi; art. 626-1 del *code de procédure pénale*, ai sensi del quale “*Le réexamen d'une décision pénale définitive peut être demandé au bénéfice de toute personne reconnue coupable d'une infraction lorsqu'il résulte d'un arrêt rendu par la Cour européenne des droits de l'homme que la condamnation a été prononcée en violation des dispositions de la convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ou de ses protocoles additionnels, dès lors que, par sa nature et sa gravité, la violation constatée entraîne pour le condamné des conséquences dommageables auxquelles la «satisfaction équitable» allouée sur le fondement de l'article 41 de la convention ne pourrait mettre un terme*”).

¹¹⁵ L'art. 4.2 del Protocollo n. 7 della CEDU, del resto, prevede che il principio del *ne bis in idem* “*non impedir[à] la riapertura del processo, conformemente alla legge ed alla procedura penale dello Stato interessato, se dei fatti nuovi o degli elementi nuovi o un vizio fondamentale nella procedura antecedente avrebbero potuto condizionare l'esito del caso*”.

obblighi procedurali discendenti dall'art. 3 Cedu proprio in ragione dell'intervenuta prescrizione, sarà possibile per la vittima medesima instaurare un procedimento di revisione davanti alla competente Corte d'Appello e ottenere, per questa via, la riapertura del processo e una pronuncia nel merito (sia essa di assoluzione o di condanna)¹¹⁶.

La richiesta di riapertura dei procedimenti penali passati in giudicato per far fronte al (preteso) diritto delle vittime ad ottenere una più severa punizione dei soggetti responsabili di gravi violazioni dei loro diritti fondamentali, se è stata fino ad oggi soltanto ipotizzata nello spazio giuridico europeo, costituisce un solido approdo giurisprudenziale in un altro sistema di diritto internazionale regionale di protezione dei diritti fondamentali. La *Corte Interamericana de Derechos Humanos*, infatti, non solo, come la Corte europea, ha individuato in via interpretativa numerosi obblighi di tutela penale, condannando gli Stati contraenti per non aver punito o per non aver punito abbastanza i soggetti responsabili di gravi violazioni dei diritti fondamentali¹¹⁷, ma si è spinta fino a imporre agli Stati condannati la riapertura dei procedimenti penali conclusi, espressamente ammettendo che “tale riapertura non potesse essere impedita da (*rectius*: dovesse essere disposta in deroga dei) diritti fondamentali” dell'accusato, quali il principio di irretroattività della legge penale e della retroattività della legge penale più favorevole, il *ne bis in idem*, la ragionevole durata del processo¹¹⁸.

Questa giurisprudenza appare invero assai utile per comprendere le implicazioni ancora in nuce nelle decisioni della Corte EDU oggetto del presente contributo e che sono invece già state coerentemente abbracciate dalla sua omologa. Nella sentenza *La Cantuta c. Perù*, ad esempio, la Corte ha statuito che “*en cumplimiento de su obligación de investigar y en su caso sancionar a los responsables de los hechos, el Estado debe remover todos los obstáculos, de facto y de jure, que mantengan la impunidad, y utilizar todos los medios disponibles para hacer expedita la investigación y los procedimientos respectivos y así evitar la repetición de hechos tan graves como los presentes. El Estado no podrá argüir ninguna ley ni disposi-*

¹¹⁶ A. COLELLA, *La giurisprudenza di Strasburgo 2008-2010: il divieto di tortura e trattamenti inumani o degradanti*, in *Dir. pen. cont.*, 2011, 231.

¹¹⁷ Sull'inesistenza di un obbligo esplicito di tutela penale, tanto nel sistema americano quanto in quello europeo, v. F. VIGANÒ, *L'arbitrio del non punire*, cit., 2653.

¹¹⁸ Sul tema, estensivamente ed incisivamente E. MALARINO, *Attivismo giudiziario, punitivismo e sovranazionalizzazione*, cit., spec. 55 ss., che parla di “concezione punitivista dei diritti umani” o “punitivismo” della Corte interamericana.

ción de derecho interno para eximirse de la orden de la Corte de investigar y, en su caso, sancionar penalmente a los responsables de los hechos de la Cantuta”. In particolare, lo Stato “no podrá volver a aplicar las leyes de amnistía, las cuales no generarán efectos en el futuro [...], ni podrá argumentar prescripción, irretroactividad de la ley penal, cosa juzgada, ni el principio non bis in idem [...], o cualquier excluyente similar de responsabilidad, para excusarse de su deber de investigar y sancionar a los responsables. Por ende, también deberán activarse, según corresponda, las investigaciones pertinentes contra quienes fueron investigados, condenados, absueltos o cuyas causas fueron sobreseídas en los procesos penales militares”¹¹⁹. In tali casi, inoltre, “el deber del Estado de satisfacer plenamente los requerimientos de la justicia prevalece sobre la garantía del plazo razonable”¹²⁰. Ancora, nel caso *Barrios Altos c. Perú*¹²¹, la Corte ha individuato in via interpretativa l’obbligo di riaprire le indagini malgrado fosse stata disposta l’archiviazione definitiva del processo in seguito all’approvazione di una legge di amnistia. La necessità di proseguire le indagini nonostante fosse scaduto il termine di prescrizione dell’azione previsto dalla legge è stata statuita nel caso *Bulacio c. Argentina*¹²². Ancora, condannando lo Stato a riaprire il processo penale sulla base della carenza di effetti giuridici della legge di amnistia, in quanto contraria alla Convenzione, la Corte ha ribadito l’impossibilità per lo Stato resistente di “argumentar prescripción, irretroactividad de la ley penal, ni el principio non bis in idem, así como cualquier excluyente similar de responsabilidad, para excusarse de su deber de investigar y sancionar a los responsables”¹²³.

In nome della presunta necessità, ricavata in via interpretativa, di apprestare una tutela penale alle vittime di gravi violazioni dei diritti fondamentali, la giurisprudenza in esame ha neutralizzato i diritti fonda-

¹¹⁹ Sentenza su merito, riparazioni e costi del 29 novembre 2006, par. 226.

¹²⁰ *Ibid.*, par. 149.

¹²¹ Sentenza sul merito del 14 marzo 2001, punti 3, 4 e 5 del dispositivo.

¹²² Sentenza su merito, riparazioni e costi del 18 settembre 2003, par. 117 e punto 4 del dispositivo.

¹²³ Caso *Almonacid Arellano e altri c. Cile*, sentenza su questioni preliminari, merito, riparazioni e costi del 26 settembre 2006, par. 151. Per ulteriori indicazioni giurisprudenziali v. L. BURGORGUE-LARSEN, A. ÚBEDA DE TORRES, *The Inter-American Court of Human Rights. Case Law and Commentary*, New York 2011, spec. 255 ss.; C. MEDINA, *The American Convention on Human Rights. Crucial Rights and their Theory and Practice*, Cambridge 2014, 66 ss. e, con specifico riferimento all’ordinamento argentino, E.M. ALONSO REGUEIRA (a cura di), *La Convención Americana de Derechos Humanos y su Proyección en el Derecho Argentino*, Buenos Aires 2013, 181 ss.

mentali dell'accusato, questi sì sanciti *espressamente* dal *Pacto de San José*¹²⁴. Così facendo, la Corte ha riconosciuto l'operatività di "un principio superiore *pro-vittima* che, in alcuni casi, trasforma il principio *pro-homine* in principio *contra homine*"¹²⁵. Il "diritto di eccezione"¹²⁶ che ne è derivato ha sancito da una parte la natura riparatoria per la vittima del processo e della pena; dall'altra, ha aperto la strada all'idea che la gravità della violazione dei diritti fondamentali giustifica la deroga a quegli stessi diritti alla cui salvaguardia la Corte è istituzionalmente preposta.

Tali approdi sono raggiunti all'evidente scopo di porre rimedio a prassi di massive violazioni dei diritti fondamentali poste in essere negli anni Settanta e Ottanta dai regimi dittatoriali dell'America latina. Il fine, certamente condivisibile nell'evidente afflato etico che lo anima, non giustifica, però, i mezzi, ovvero la sostanziale disapplicazione delle norme di diritto che vincolano la Corte nell'esercizio delle sue funzioni¹²⁷, in nome di una "politica dei diritti" sostanzialmente paternalista.

L'analisi della giurisprudenza interamericana sugli obblighi di penalizzazione conferma e aggrava le perplessità già espresse sulle pronunce della Corte di Strasburgo oggetto del presente contributo. La Corte europea, infatti, sebbene non abbia ancora condannato gli Stati a garantire nei casi in esame la *restitutio in integrum* del diritto violato, "condivide ormai tutte le premesse concettuali fatte proprie dall'omologa giurispru-

¹²⁴ Art. 8, par. 1: "Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter"; art. 8, par. 4: "El inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos"; art. 9: "Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable. Tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello".

¹²⁵ E. MALARINO, *Attivismo giudiziario, punitivismo e sovranazionalizzazione*, cit., 74.

¹²⁶ *Ibid.*, 59.

¹²⁷ Art. 62, par. 3: "La Corte tiene competencia para conocer de cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de las disposiciones de esta Convención que le sea sometido, siempre que los Estados Partes en el caso hayan reconocido o reconozcan dicha competencia, ora por declaración especial, como se indica en los incisos anteriores, ora por convención especial", norma alla può aggiungersi quella secondo cui "Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella" (art. 29, par. 1, lett. a).

denza di San José sui profili qui in discussione”¹²⁸, sicché nulla, al di fuori del proprio *self-restraint*, le impedisce di chiudere il cerchio, indicando la riapertura delle indagini e dei processi passati in giudicato quale modalità di esecuzione delle sentenze di condanna per difetto di tutela penale delle vittime.

Tali riflessioni, inoltre, inducono a diffidare del fatto che enunciazioni di diritti testualmente affini valgano di per sé a escludere la possibilità del conflitto, sì che la mancanza di tipizzazione dei vincoli di tutela penale sarebbe “compensata dal valore intrinsecamente assiologico delle norme della Convenzione europea dei diritti dell’uomo” e dalla circostanza che quest’ultima avrebbe “una carica assiologica del tutto collimante con quella delle Costituzioni moderne, risultando omogeneo ad esse il catalogo dei diritti esplicitati”¹²⁹. Come dimostra l’esempio della giurisprudenza interamericana, infatti, a fronte di previsioni normative sostanzialmente identiche, ben diversa può essere la protezione dei diritti dell’accusato nel sistema convenzionale e nell’ordinamento interno.

3.3. Irrigidimento, estensione ed utilizzo simbolico del potere punitivo

La giurisprudenza in esame appare infine criticabile per la natura meramente interpretativa degli obblighi di criminalizzazione che la Corte di Strasburgo ricava dalla Convenzione. Il riconoscimento in via ermeneutica di obblighi di tutela penale muove dal presupposto dell’asserita maggiore effettività degli strumenti repressivi rispetto ad altre forme di politiche pubbliche. In questo modo, però, la Corte opera un sostanziale rovesciamento della teoria del bene giuridico che da “idea-limite di una tutela penale costituzionalmente legittima [...] è ora invocato come fondazione – di per sé sufficiente e vincolante – di un contenuto minimo irrinunciabile di tutela penale”¹³⁰. Il tentativo di individuare un connotato sostanziale dell’illecito penale nasce in funzione di critica del diritto vigente, nella prospettiva di una progressiva riduzione dell’ambito del penalmente rilevante. Così, anche quando si accoglie una definizione del reato quale “fatto lesivo di un valore costituzionalmente rilevante la cui *significatività* è elemento condizionante la misura astratta della pena cri-

¹²⁸ F. VIGANÒ, *L’arbitrio del non punire*, cit., 2655.

¹²⁹ C. PAONESSA, *Gli obblighi di tutela penale.*, cit., 174.

¹³⁰ Così, con riferimento alla sussistenza di pretesi obblighi di tutela penale ricavabili in via interpretativa dalla Costituzione, D. PULITANO, *Obblighi costituzionali di tutela penale?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1983, 487.

minale”¹³¹, lo si fa avendo in mente la necessità di stabilire un vincolo “soltanto *negativo*”¹³² per il legislatore, in forza del quale la presenza di una siffatta lesione autorizza, ma non certo impone, il ricorso agli strumenti dell'apparato repressivo.

Dall'idea della “stretta necessità” dell'intervento penale o del ricorso alla pena come *ultima ratio* la giurisprudenza in esame ricava invece un *obbligo* di tutela penale di determinati beni giuridici, di talché “diritti fondamentali, sorti come strumenti «liberali» di garanzia dalla coercizione statale, vengono reinterpretati come fondamento della potestà punitiva”¹³³. Non interessa qui tornare a soffermarsi sulla duplice funzione, di limitazione e di stimolo, che i diritti fondamentali finiscono per assolvere nei confronti dell'esercizio del potere punitivo dello Stato e su come, in particolare, l'affermazione di un diritto della vittima alla tutela penale possa in concreto porsi quale nuova, incisiva limitazione ai diritti dell'accusato. Si vuole invece sottolineare come la ricostruzione in via giurisprudenziale di obblighi di tutela *penale*, quale risultato dell'attività interpretativa di una norma di garanzia di un determinato diritto, fa sì che la decisione sulla meritevolezza della pena venga di fatto sottratta alla dimensione critica e riformatrice propria della teoria del bene giuridico. La legittimità a porre limiti alla libertà personale attraverso la predisposizione di sanzioni penali cessa, per effetto della ricostruzione in via giurisprudenziale degli obblighi di tutela, di costituire un “problema”, la cui soluzione è e deve costantemente essere sottoposta a verifica, presentandosi invece come un “dato” della cui esistenza occorre soltanto prendere atto.

Un siffatto irrigidimento del sistema punitivo si accompagna al suo allontanamento dal dibattito democratico. La Corte, infatti, oltre ad essere evidentemente priva di legittimazione democratica in ragione dei meccanismi che ne dispongono la composizione¹³⁴, esercita le funzioni di

¹³¹ F. BRICOLA, *Teoria generale del reato*, in *Nvss. dig. it.*, Torino 1973, 17.

¹³² *Ibid.*, 18, ove si aggiunge che la scelta di ricorrere a strumenti extrapenalici “potrà essere sottoposta a critica sotto il profilo di una razionale politica legislativa, ma sarà esente da censura di illegittimità costituzionale”.

¹³³ D. PULITANO, *Obblighi costituzionali di tutela penale?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1983, 494 s. Con specifico riferimento alla giurisprudenza in esame, afferma S. MANACORDA, “*Dovere di punire?*”, cit., 339, che “cio che viene meno nella dinamica degli obblighi di tutela penale è proprio una delle dimensioni principali della teoria del bene giuridico, la sua funzione critica di delimitazione ed inquadramento dell'intervento punitivo. Con una eterogenesi dei fini, il *Rechtsgut* viene a fondare piuttosto che a limitare il ricorso allo strumento penale”.

¹³⁴ Sul punto si rinvia a B. RANDAZZO, *Giustizia costituzionale sovranazionale*, cit., 69 ss.

un organo giudicante. Essa interviene, pertanto, *post factum* ed in relazione ad un caso concreto, fondando la propria decisione sulle sole allegazioni delle parti e senza disporre degli strumenti conoscitivi in mano agli organi rappresentativi nazionali. La decisione sulla meritevolezza della pena, che non cessa di essere un problema di politica criminale per il solo fatto di essere disposta nell'ambito di un giudizio, viene pertanto sottratta al dibattito democratico ed affidata in definitiva alla sensibilità dei componenti del collegio giudicante. L'assenza di dati empirici che possano guidare la Corte nell'affermare che una determinata sanzione è inadeguata a garantire l'efficacia general-preventiva della pena, la carenza di una motivazione che renda ragione del perché tale inadeguatezza viene pronunciata con specifico riferimento all'ordinamento dello Stato contro il quale è stato instaurato il giudizio, essendo all'evidenza diversa l'efficacia deterrente che una medesima sanzione può sortire in contesti ordinamentali diversi, inducono a ritenere che, dietro le invocate esigenze general-preventive, le sentenze in esame mal celino un utilizzo sostanzialmente simbolico del diritto penale¹³⁵, cui i giudici di Strasburgo sembrano voler affidare "il compito palinogenetico di salvaguardare i valori essenziali consacrati" nella CEDU, "senza preoccuparsi affatto delle ricadute concrete di questa opzione politico-criminale"¹³⁶.

Tale circostanza induce a rilevare un'ulteriore criticità della giurisprudenza in esame e cioè che, oltre ad un irrigidimento delle scelte di

¹³⁵ Del rischio pare avvedersi la stessa Corte EDU nell'opinione parzialmente concordante dei giudici Tulkens, Ziemele e Bianku espressa nel caso *Gäfgen c. Germania*: "en affirmant comme un postulat l'effet dissuasif de sanctions pénales plus lourdes, nous nous demandons si la Cour ne risque pas de créer ou d'entretenir une illusion. L'effet de prévention (générale ou individuelle) des peines a fait depuis longtemps l'objet de nombreux travaux et recherches, notamment empiriques. Ceux-ci arrivent à la conclusion que cet effet est relatif, sinon médiocre. Enfin, même – et sans doute surtout – lorsque la répression pénale se met au service des droits et libertés, avec le risque d'occulter que celle-ci est aussi une menace pour les droits et libertés, on ne peut perdre de vue le principe de subsidiarité qui est un axiome de base du droit pénal: le recours à l'arme pénale n'est admissible que s'il n'existe pas d'autres moyens de protéger les valeurs ou intérêts en cause". Sui rischi del populismo penale, corollario del quale è la diffusa "convinzione che attraverso la pena pubblica si possano risolvere i più disparati problemi sociali", v. il Discorso del Santo Padre Francesco alla delegazione dell'associazione internazionale di diritto penale, pronunciato il 23 ottobre 2014 e, da ultimo, L. VIOLANTE, *A proposito del discorso del Papa sul populismo penale*, in *Criminalia*, 2014.

¹³⁶ S. MANACORDA, "Dovere di punire"?, cit., 339. Di "funzione espressivo-simbolica del diritto penale, concepito quale strumento di riconoscimento e di solenne proclamazione dei valori fondanti di una collettività" parla F. VIGANÒ, *L'arbitrio del non punire*, cit., 2688.

politica criminale e alla loro sottrazione al circuito democratico affidato in primo luogo ai parlamenti nazionali, essa possa tendere a utilizzare la retorica dei diritti fondamentali per addivenire ad un'estensione dell'area del penalmente rilevante non più controllabile con le armi dialogiche della teoria del bene giuridico¹³⁷. Anzitutto, l'inesistenza di un dato testuale dal quale ricavare l'esistenza degli obblighi di penalizzazione e il mancato riferimento da parte della giurisprudenza in esame a indici di natura formale per la selezione dei diritti nei confronti dei quali tali obblighi si ritengono sussistenti, impone di riconoscere che la loro estensione è di fatto rimessa alla valutazione casistica della Corte, ch  la sussistenza di una violazione di peculiare gravit , che attenti al loro nucleo duro,   predicabile di pressoch  tutti i diritti sanciti nella Convenzione¹³⁸.

In secondo luogo,   certamente vero che, fino ad oggi, la Corte EDU si   limitata a individuare la sussistenza di obblighi di tutela penale in relazione a fattispecie (quali, ad esempio, l'omicidio, la tortura, l'abuso sessuale e la riduzione in schiavit ) che costituiscono gi  tradizionalmente oggetto di protezione da parte del legislatore penale. Nondimeno, deve osservarsi che anche quando l'intervento del diritto penale a tutela di determinati beni appaia non solo legittimo, ma anche opportuno ed auspicabile, la puntuale definizione delle condotte penalmente sanzionate non cessa per ci  solo di essere un problema di politica criminale. Al contrario, la decisione sull'elemento psicologico del reato richiesto per l'inte-

¹³⁷ S. MANACORDA, "Dovere di punire"?, cit., 340, si chiede a questo proposito chi oserebbe opporsi al rafforzamento della tutela dei diritti dell'uomo, invocati quali "totem" o "tab " del discorso pubblico.

¹³⁸ Talvolta la Corte utilizza l'art. 15, comma 2, CEDU, per individuare i *core rights* della Convenzione. Cos , ad esempio, si   statuito che l'art. 3 "enshrines one of the most fundamental values of democratic societies", in quanto, "unlike most of the substantive clauses of the Convention, Article 3 makes no provision for exceptions and no derogation from it is permissible under Article 15 § 2 even in the event of a public emergency threatening the life of the nation" (caso *El-Masri c. Ex-Repubblica Yugoslava di Macedonia*, cit., par. 195; similmente, con riferimento all'art. 4, caso *Siliadin c. Francia*, cit., par. 112). Questo indice formale, per ,   in altre fattispecie del tutto pretermesso, come avviene nei casi in cui la Corte riconosce obblighi di penalizzazione discendenti dall'art. 8 CEDU, articolo non incluso nell'elenco di cui all'art. 15, comma 2 (ove, invece,   presente l'art. 7, disposizione che racchiude molti dei principi *in favore rei* cui la giurisprudenza in esame finisce per derogare: "The guarantee enshrined in Article 7, which is an essential element of the rule of law, occupies a prominent place in the Convention system of protection, as is underlined by the fact that no derogation from it is permissible under Article 15 of the Convention in time of war or other public emergency"; caso *Scoppola c. Italia* (n. 2), cit., par. 92).

grazione della fattispecie, la fissazione del livello di offesa punito (potendo ritenersi opportuno limitare la rilevanza penale della condotta alla sola consumazione, al tentativo o financo alla mera messa in pericolo), la determinazione dei limiti edittali delle pene sono solo alcuni dei profili che entrano in gioco allorquando si tratti di decidere della meritevolezza della pena di una determinata condotta. È, allora, sul piano della concreta definizione delle condotte penalmente rilevanti che, in maniera forse meno palese, ma non per questo meno penetrante, potrà assistersi ad un'estensione del diritto penale sostanziale per effetto della giurisprudenza della Corte EDU.

4. *In conclusione: quale tutela penale per la vittima di gravi violazioni dei diritti fondamentali?*

Alla luce di quanto fin qui rilevato, si ritiene che l'individuazione di obblighi di criminalizzazione e di determinazione di pene sufficientemente severe non sia compatibile con la struttura del giudizio innanzi la Corte di Strasburgo e si ponga inoltre in contrasto con i principi sanciti dalla Convenzione in materia di diritto penale. Essa, poi, pare suscettibile di condurre ad un irrigidimento dell'area del penalmente rilevante, al suo allontanamento dal dibattito democratico e dal procedimento critico-dialogico proprio della teoria del bene giuridico, nonché a una sua possibile estensione veicolata dalla retorica dei diritti umani e da una visione sostanzialmente simbolica del diritto penale.

Ciò non significa, però, che alla vittima di gravi violazioni dei diritti fondamentali sia del tutto preclusa una tutela che si avvalga *anche* degli strumenti del diritto penale. Si è visto come la Corte di Strasburgo correttamente individui un obbligo procedurale in capo allo Stato avente ad oggetto lo svolgimento di indagini imparziali, rapide ed efficaci, che siano idonee a portare all'accertamento dei fatti, all'individuazione e alla punizione dei responsabili. In questi casi, la Corte EDU verifica che la normativa penale interna abbia ricevuto dalle autorità nazionali una corretta applicazione, sì da escludere qualsiasi sospetto di connivenza dei poteri pubblici con i responsabili delle violazioni. L'interesse della vittima a lamentare il venir meno dello Stato al compimento di un siffatto obbligo procedurale è duplice: da una parte, lo svolgimento di indagini effettive e lo stesso accertamento di una responsabilità penale possono costituire il presupposto di fatto e/o di diritto per l'accesso della vittima

al risarcimento civile del danno patrimoniale ed extrapatrimoniale; dall'altra, tale attività consente alla vittima del reato di svolgere la sua funzione *lato sensu* accusatoria, appagando il suo interesse a che la giustizia penale sia celermente attivata e faccia correttamente il suo corso. Come si è visto, la sussistenza di precisi diritti procedurali in capo alle vittime dei reati trova riconoscimento non solo nell'ordinamento processuale italiano, ma è oggetto di crescente tutela anche a livello europeo e internazionale. A questo proposito, è interessante notare che la Corte di giustizia, chiamata a pronunciarsi sulla Decisione quadro 2001/220/GAI in materia di protezione delle vittime del reato¹³⁹, ha statuito che essa deve essere interpretata in maniera tale che siano rispettati i diritti fondamentali (ivi compresi quelli sanciti nella CEDU), ma senza che ciò significhi riconoscere un diritto della vittima a provocare l'azione penale contro un terzo al fine di ottenerne la condanna¹⁴⁰, né ad influire sulla scelta delle pene da infliggere all'accusato¹⁴¹. Assumendo questa medesima prospettiva, si ritiene che la giurisprudenza della Corte EDU in materia di tutela penale delle vittime di gravi violazioni di diritti fondamentali dovrebbe anzitutto sviluppare le potenzialità di tutela insite nel riconoscimento dei diritti della vittima del reato, vigilando sull'imparziale ed effettiva applicazione della normativa penale interna.

Diverso il caso in cui la vittima lamentasse un difetto nella legislazione penale nazionale. In questi casi, si ritiene, la mancata attivazione di strumenti di tutela penale potrebbe essere portata all'attenzione della Corte soltanto in via indiretta, nella misura in cui cioè l'assenza di un'inchiesta ufficiale ovvero la mancata condanna del responsabile della condotta violativa abbiano impedito alla vittima, di fatto e/o di diritto, di ottenere un risarcimento commisurato alla gravità del danno sofferto¹⁴². La

¹³⁹ Come si è visto *supra* al par. 2.1, oggi sostituita dalla Direttiva 2012/29/UE.

¹⁴⁰ "Né le disposizioni della decisione quadro, né l'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (v., relativamente all'art. 6 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950, in particolare, Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza 29 marzo 2001, *Asociación de Víctimas del Terrorismo c. Spagna*) garantiscono alla vittima di un reato il diritto di provocare l'esercizio di azioni penali contro un terzo al fine di ottenerne la condanna"; Corte di giustizia, causa C-507/2010, X, 21 dicembre 2011, par. 43.

¹⁴¹ "Tale diritto procedurale ad essere sentiti ai sensi dell'art. 3, primo comma, della decisione quadro non attribuisce alle vittime alcun diritto quanto alla scelta delle forme delle pene da infliggere agli autori dei fatti in base alle norme del diritto penale né quanto all'entità delle pene medesime"; Corte di giustizia, cause riunite C-483/09 e C-1/10, *Magatte Gueye e Valentín Salmerón Sánchez*, 15 settembre 2011, par. 60.

¹⁴² Per tale profilo si condividono quindi le conclusioni di F. VIGANÒ, *L'arbitrio del*

sentenza di condanna, individuando nella criminalizzazione della condotta soltanto uno dei possibili “rimedi” all’assenza di meccanismi idonei a garantire alla vittima un’adeguata riparazione civilistica, lascerebbe libero lo Stato contraente di dar seguito alle indicazioni ivi contenute anche eventualmente attraverso la predisposizione di misure extrapenali.

Per quanto concerne la determinazione della misura della pena e, ancor di più, la sua esecuzione, si ritiene che sia da escludere che le vicende della sanzione possano essere incluse, ancorché “in senso lato”¹⁴³, tra le riparazioni che spettano alla vittima. Introdurre la valutazione della sofferenza della vittima nell’equazione che porta alla comminazione della pena in concreto e, ancor di più, alla definizione del regime dell’esecuzione della pena del condannato appare, infatti, in insanabile contrasto con il principio di colpevolezza e con la funzione rieducatrice della pena. Spetta, invece, agli Stati definire la tipologia delle pene applicabili alle diverse fattispecie di reato, i limiti edittali delle pene, il regime della prescrizione, la disciplina dell’esecuzione e delle eventuali misure clemenziali, fermo restando che, come si è visto, essi ben potranno incorrere in una condanna da parte della Corte EDU tutte quelle volte che, in ragione dell’applicazione di una siffatta normativa, la vittima si sia vista di fatto impedito l’accesso a meccanismi idonei a garantirle un rapido ed un integrale risarcimento del danno.

non punire, cit., 2695, il quale riconduce gli obblighi di tutela penale alla “necessità pratica di assicurare *effettività* alla *tutela giurisdizionale* dei diritti fondamentali nei casi di *avvenuta violazione*”, sulla base della constatazione che, in assenza di un procedimento penale, “l’individuo non potrebbe *di fatto* ottenere alcun ristoro contro le sopraffazioni subite”.

¹⁴³ In questo senso F. VIGANÒ, *L’arbitrio del non punire*, cit., 2696, che valuta favorevolmente la possibilità di riconoscere una funzione riparatoria della pena nei confronti della vittima, sia pur “soltanto in senso lato: nel senso cioè, di restituzione alla vittima – tramite il processo e la condanna dei responsabili – di quella dignità di soggetto di diritto che gli autori del crimine avevano conculcato” (p. 2695). Secondo questa tesi, anche la pena farebbe parte, “e a pieno titolo, dell’«equa soddisfazione» che le vittime pretendono, chiedendo il processo e la condanna di chi abbia violato i propri diritti fondamentali” (p. 2696).

ATTUALITÀ

Dispensazione di farmaci off-label e contenimento della spesa farmaceutica (appunti a margine del caso Avastin-Lucentis)

Patrizio Ivo D'Andrea

SOMMARIO: Premessa. – 1. La vicenda *Avastin-Lucentis* e il quadro normativo. – 2. Il concetto di “*valida alternativa terapeutica*” nella giurisprudenza. – 3. Il *follow-up* della sent. n. 151 del 2014. – 4. Le vie parallele della Corte e del legislatore. Considerazioni critiche.

Premessa. – Nella primavera del 2014 la Corte costituzionale si è occupata di alcune delicate questioni concernenti temi e problemi “etici”, correlati alle prestazioni sanitarie e al progresso scientifico-tecnologico, questioni che hanno comprensibilmente destato l’attenzione della stampa generalista e suscitato un ampio dibattito pubblico¹. Praticamente sotto silenzio, invece, è passata la pubblicazione di un’altra pronuncia della Corte, la sent. 29 maggio 2014, n. 151². Eppure, quella decisione avrebbe meritato almeno altrettanta attenzione, dato che con essa la Corte costituzionale, occupandosi incidentalmente del caso *Avastin-Lucentis*, sembrerebbe aver dettato i principi orientativi delle politiche pubbliche di assistenza farmaceutico-sanitaria per il prossimo futuro.

Per cogliere appieno il senso di quella pronuncia, allora, si deve *i)* ricostruire sinteticamente la vicenda *Avastin-Lucentis*; *ii)* esaminare la sent. n. 151 del 2014, alla luce dei precedenti orientamenti della giurisprudenza; *iii)* valutare l’impatto “di sistema” che potrebbe avere la sent. n. 151 del 2014; *iv)* offrire alcune considerazioni conclusive sulle questioni in esame.

¹ Il riferimento è a Corte cost., sentt. nn. 162 del 2014, in tema di divieto di procreazione medicalmente assistita c.d. “eterologa”, e 170 del 2014, in tema di scioglimento del vincolo matrimoniale a seguito del mutamento di sesso di uno dei coniugi.

² Silvestri pres., Cassese est., *Novartis Farma S.p.A. c. Regione Emilia-Romagna*. A quanto consta, l’unico commento alla pronuncia è nell’articolo di S. TODARO, *Consulta: off label, l’Aifa valuta anche i dati economici*, in *Il Sole24Ore Sanità*, 29 maggio 2014.

1. *La vicenda Avastin-Lucentis e il quadro normativo.* – La decisione in rassegna si inserisce in un'intricata vicenda, caratterizzata dal susseguirsi di provvedimenti amministrativi, deliberazioni di organi tecnico-scientifici, pubblicazioni di *trial* clinici, pronunce del giudice amministrativo e interventi legislativi, dei quali è necessario dare brevemente conto.

1.1. Dopo aver ottenuto una licenza di vendita negli Stati Uniti d'America, nel gennaio 2005, la casa farmaceutica Roche otteneva dalla Commissione europea e dell'Agenzia europea per i medicinali – EMA il rilascio dell'autorizzazione all'immissione in commercio del farmaco *Avastin*, estesa al mercato italiano in virtù della deliberazione dell'Agenzia Italiana del Farmaco – AIFA del 19 ottobre 2005. L'indicazione terapeutica autorizzata prevedeva l'impiego di *Avastin* nel trattamento di alcune forme tumorali gravi e in stato avanzato, in particolare quelle metastatiche del colon-retto. Tali patologie ricorrono più di frequente in soggetti anziani, i quali, in misura statisticamente rilevante, risultano altresì affetti da degenerazione maculare senile (DMS), malattia dell'occhio appunto ricorrente nelle persone anziane e caratterizzata da una proliferazione di vasi sanguigni nella retina, che porta alla perdita parziale o totale della vista.

Il trattamento dei pazienti colpiti da entrambe le patologie ha consentito di rilevare un significativo effetto collaterale positivo del trattamento dei tumori con *Avastin*. Il farmaco, infatti, è risultato efficace anche per le maculopatie, impedendo (in estrema sintesi) la proliferazione dei vasi sanguigni che nell'un caso consente lo sviluppo del tumore, mentre nell'altro comporta la diminuzione della vista.

All'epoca, per le maculopatie come la DMS non vi erano terapie farmacologiche autorizzate. Per tale ragione, l'asseverazione, nella comunità scientifica, degli effetti positivi di *Avastin* ha indotto ad un utilizzo c.d. *off label* del farmaco, ovverosia al di fuori delle indicazioni terapeutiche e d'uso approvate dai competenti organi tecnico-scientifici (EMA e AIFA)³.

1.2. In Italia, la prescrizione dei farmaci era ed è regolata anzitutto dall'art. 3 del d.l. 17 febbraio 1998, n. 23, allora adottato per rispondere all'emergenza sociale determinatisi in ragione del c.d. "multitratamento Di Bella" per le malattie oncologiche (nonché per mettere ordine nel turbinio di pronunce giurisdizionali che avevano garantito l'accesso a quel trattamento farmacologico non autorizzato)⁴.

³ Per questo uso di *Avastin*, però, era ed è necessario operare il "frazionamento galenico" del contenuto delle fiale commercializzate, onde ottenere la giusta dose (40 per ogni fiala) per l'iniezione intraoculare. Tanto, con l'ovvia conseguenza che "il medico che esegue l'iniezione deve ricorrere ad una procedura che potenzialmente potrebbe essere soggetta a più rischi di contaminazione" (Società Italiana di Farmacologia, *Posizione della Società Italiana di Farmacologia*, 13 luglio 2013, 2, pubblicato sul sito internet della SIF http://www.sifweb.org/docs/sif_position_paper_bevacizumab_lug13.pdf).

⁴ La premessa del decreto legge menziona "la straordinaria necessità ed urgenza di emanare di-

In estrema sintesi, il decreto legge prevede che il medico prescriva i farmaci attenendosi alle indicazioni terapeutiche, salvo potere, “sotto la sua diretta responsabilità e previa informazione del paziente e acquisizione del consenso dello stesso”, impiegare un farmaco “per un’indicazione o una via di somministrazione o una modalità di somministrazione o di utilizzazione diversa da quella autorizzata” (ovverosia *off label*), quando il paziente non possa essere utilmente trattato con i farmaci e le indicazioni terapeutiche autorizzate, purché l’impiego *off label* “sia noto e conforme a lavori apparsi su pubblicazioni scientifiche accreditate in campo internazionale”.

Il legislatore si è anche premurato di regolare il problema dei costi delle prescrizioni *off-label*. Fin dal 1996, infatti, è previsto che, “qualora non esista valida alternativa terapeutica, sono erogabili a totale carico del Servizio sanitario nazionale [...] i medicinali innovativi la cui commercializzazione è autorizzata in altri Stati ma non sul territorio nazionale, i medicinali non ancora autorizzati ma sottoposti a sperimentazione clinica e i medicinali da impiegare per un’indicazione terapeutica diversa da quella autorizzata, inseriti in apposito elenco predisposto e periodicamente aggiornato dalla Commissione unica del farmaco [...]”⁵.

Da ultimo, il d.l. 20 marzo 2014, n. 36, conv. con modif. in l. 16 maggio 2014, n. 79 (su cui ci si soffermerà *infra*), ha previsto che, “anche se sussista altra alternativa terapeutica nell’ambito dei medicinali autorizzati”, sono inseriti nella lista dei farmaci erogati a spese dello Stato (c.d. “Lista 648”) i medicinali che possono essere utilizzati per un’indicazione terapeutica diversa da quella autorizzata, purché tale indicazione sia nota e conforme a ricerche condotte nell’ambito della comunità medico-scientifica nazionale e internazionale, secondo parametri di economicità e appropriatezza [...]”.

sposizioni volte a disciplinare, in via eccezionale, la sperimentazione clinica del «multitratamento Di Bella» e l’impiego di medicinali per indicazioni terapeutiche non autorizzate, per far fronte a una situazione di carattere straordinario determinatasi nel Paese a seguito del frequente ricorso da parte dei medici, per il trattamento di patologie oncologiche, a farmaci autorizzati con diverse indicazioni terapeutiche ed alla conseguente pretesa degli interessati di ottenere, attraverso rimedi giurisdizionali, l’erogazione gratuita dei farmaci prescritti”.

⁵ Così l’art. 1, comma 4, del d.l. 21 ottobre 1996, n. 536. Le funzioni della CUF sono state attribuite all’AIFA ai sensi dell’art. 48, comma 13, del d.l. 30 settembre 2003, n. 269, sicché è l’AIFA, oggi, a redigere la c.d. “Lista 648”, elenco che prende il nome dalla l. 23 dicembre 1996, n. 648, di conversione del suddetto d.l. n. 536 del 1996. Successivamente, l’art. 2, comma 348, della l. 24 dicembre 2007, n. 244, ha specificato che “in nessun caso il medico curante può prescrivere, per il trattamento di una determinata patologia, un medicinale di cui non è autorizzato il commercio quando sul proposto impiego del medicinale non siano disponibili almeno dati favorevoli di sperimentazioni cliniche di fase seconda [...]”. Cfr. anche l’art. 1, comma 796, lett. z), della l. 27 dicembre 2006, n. 296, ove si prevede che “la disposizione di cui all’articolo 3, comma 2, del decreto-legge 17 febbraio 1998, n. 23 [...] non è applicabile al ricorso a terapie farmacologiche a carico del Servizio sanitario nazionale, che, nell’ambito dei presidi ospedalieri o di altre strutture e interventi sanitari, assuma carattere diffuso e sistematico e si configuri, al di fuori delle condizioni di autorizzazione all’immissione in commercio, quale alternativa terapeutica rivolta a pazienti portatori di patologie per le quali risultino autorizzati farmaci recanti specifica indicazione al trattamento. Il ricorso a tali terapie è consentito solo nell’ambito delle sperimentazioni cliniche dei medicinali [...]”.

1.3. In applicazione dell'art. 1, comma 4, del d.l. n. 536 del 1996, con Det. del 23 maggio 2007⁶, AIFA introduceva *Avastin* nella Lista 648, con indicazione terapeutica estesa al “*trattamento delle maculopatie essudative e del glaucoma neovascolare*”.

Il provvedimento ha dato il via ad un vasto contenzioso, solo di recente definito, che ha visto alcune imprese farmaceutiche contestare l'erogazione gratuita di *Avastin* impugnando davanti al Giudice amministrativo sia le determinazioni AIFA circa l'impiego *off label* del farmaco, sia gli atti di programmazione sanitaria delle Regioni e delle Province autonome, che avevano previsto l'uso *off label* di *Avastin* nei protocolli terapeutici delle strutture sanitarie pubbliche⁷.

Nel corso degli anni, l'AIFA ha modificato l'estensione terapeutica *off label* del farmaco, per tenere conto sia degli esiti dei giudizi amministrativi, sia dell'immissione in commercio di farmaci autorizzati proprio per la cura di alcune delle patologie già trattate con la somministrazione *off label* di *Avastin*. In data 22 gennaio 2007, infatti, l'EMA e la Commissione europea avevano rilasciato alla Novartis l'autorizzazione all'immissione in commercio per il farmaco *Lucentis*, specificamente indicato per la cura delle degenerazioni maculari senili⁸.

Si sono così susseguite le determinazioni dell'Agenzia, che hanno via via ridotto, fino ad escluderli del tutto, i casi di erogazione di *Avastin* ai sensi della Lista 648⁹. A tali determinazioni sono conseguiti ingenti maggiori costi per il Servizio sanitario nazionale e, per converso, maggiori ricavi delle imprese titolari dei diritti di produzione dei farmaci autorizzati per l'uso *on label* per le maculopatie e il glaucoma¹⁰.

⁶ Pubbl. in G.U. n. 122 del 28 maggio 2007.

⁷ Cfr. TAR Lazio, Sez. III-*quater*, ord. 29 agosto 2007; sent. 27 maggio 2010, n. 13777; ord. 18 aprile 2012, n. 1383; TAR Emilia-Romagna, Sez. II, ord. 5 febbraio 2010, n. 81, ord. 4 marzo 2011, n. 210; TRGA Trento, sent. 27 settembre 2013, n. 312; TAR Veneto, Sez. III, sent. 9 ottobre 2013, n. 1147; Cons. Stato, Sez. V, ord. 26 aprile 2010, n. 1853; Sez. III, ord. 15 maggio 2014, n. 2021; sent. 8 settembre 2014, n. 4538.

⁸ L'autorizzazione all'immissione in commercio in Italia è datata 31 maggio 2007. Con Dett. del 4 dicembre 2008, pubbl. in G.U. n. 295 del 18 dicembre 2008, sia *Lucentis* che *Macugen* (altro farmaco concorrente, commercializzato da Pfizer) hanno ottenuto la classe di rimborsabilità H, ossia l'erogazione a carico dello Stato per le somministrazione diretta al paziente in ambito ospedaliero o ambulatoriale.

⁹ Cfr. le Dett. AIFA del 4 marzo 2009, pubbl. in G.U. n. 62 del 16 marzo 2009; 28 ottobre 2010, pubbl. in G.U. n. 269 del 17 novembre 2010; 18 ottobre 2012, pubbl. in G.U. n. 252 del 27 ottobre 2012.

¹⁰ Si consideri che il farmaco concorrente approvato, *Lucentis*, era acquistato dallo Stato ad un prezzo *ex factory* pari a €1.100,00 per singola iniezione intravitale, poi diminuito a €810,62 a seguito di Det. AIFA del 21 dicembre 2012, pubbl. in G.U. n. 17 del 21 gennaio 2013 (€1.815,45, invece, era il prezzo per i privati). Una confezione di *Avastin* da 4 ml, invece, costava solamente €305,76, da cui un costo per singola iniezione pari a €81,64 (che poteva scendere sino a €15,29 qualora il frazionamento galenico fosse avvenuto senza rispettare alcuni ulteriori e particolarmente severi criteri di sicurezza).

1.4. Mentre si rincorrevano le pronunce dei giudici e le determinazioni delle autorità di regolamentazione, proseguiva, per impulso pubblico, la ricerca scientifica sull'efficacia dell'utilizzo *off label* di Avastin per la cura delle DMS¹¹.

Nonostante studi così svolti avessero fornito dati confortanti sulla sicurezza dell'uso *off label* di Avastin per le DMS, a causa di alcune segnalazioni di eventi avversi, l'EMA aveva nel tempo modificato le indicazioni relative alla sicurezza e all'efficacia dei farmaci c.d. anti-angiogenici, scoraggiandone "l'uso intravitreo" (ossia per le iniezioni intese alla terapie delle DMS)¹². Anche a causa di tale determinazione, l'AIFA, con Det. 18 ottobre 2012¹³, escludeva *in toto* Avastin dalla Lista 648.

Eppure, i rischi evidenziati dall'EMA nell'istruttoria sui provvedimenti non concernevano specificamente l'uso *off label* di Avastin, bensì alle terapie anti-an-

¹¹ Tra il 2011 e il 2012 venivano pubblicati i risultati un apposito *trial* clinico indipendente pluriennale, volto alla comparazione dell'efficacia e della sicurezza dei due farmaci (denominato CATT: *Comparison of AMD Treatments Trials*), finanziato dagli statunitensi *National Eye Institute* e *National Institutes of Health*. Cfr. NATIONAL INSTITUTES OF HEALTH, NATIONAL EYE INSTITUTE, *Press Release*, 22 febbraio 2008, in www.nei.nih.gov/news/pressreleases/022208.asp; THE CATT RESEARCH GROUP, *Ranibizumab and Bevacizumab for Neovascular Age-Related Macular Degeneration*, in *The New England J. of Med.*, 2011, 364, 20, 1897 ss.; THE CATT RESEARCH GROUP, *Ranibizumab and Bevacizumab for Treatment of Neovascular Age-related Macular Degeneration – Two-Year Results*, in *Ophthalmology*, Vol. 119, Is. 7, 1388 ss., July 2012. Un secondo progetto di ricerca indipendente di confronto tra i due farmaci è stato condotto da un'equipe di scienziati dell'Università di Bristol, su commissione di un ente del Servizio sanitario nazionale del Regno Unito (*National Health Service*), lo *Health Technology Assessment* (HTA), all'interno del *Clinical Trials Program* dello *UK National Institute for Health Research* (NIHR). I risultati del primo e del secondo anno d'indagine sono stati pubblicati rispettivamente nel 2012 e nel 2013. Cfr. THE IVAN STUDY INVESTIGATORS (U. CHAKRAVARTHY ET AL.), *Ranibizumab versus Bevacizumab to Treat Neovascular Age-related Macular Degeneration: One-Year Findings from the IVAN Randomized Trial*, in *Ophthalmology*, 2012, Vol. 119, Is. 7, 1399 ss.; THE IVAN STUDY INVESTIGATORS (U. CHAKRAVARTHY ET AL.), *Alternative treatments to inhibit VEGF in age-related choroidal neovascularisation: 2-year findings of the IVAN randomised controlled trial*, in *The Lancet*, 2013, Vol. 382, Is. 9900, 1258 ss. Altri studi venivano effettuati in Francia, in Norvegia e in Austria. Tutti gli studi di comparazione hanno dato il medesimo risultato: a) nessuna particolare differenza relativa all'efficacia terapeutica dei due farmaci; b) nessuna particolare differenza quanto alle segnalazioni di episodi di possibile mortalità per il loro uso; c) quanto agli eventi avversi minori, una minima differenza statistica è stata evidenziata nei pazienti trattati con Avastin. Cfr., per sintesi, Y. ZOHAR, *Synopsis of Comparison Studies: CATT, IVAN, MANTA, GEFAL*, comunicazione all'11th Symposium on Pharmacology and Therapeutics, Reykjavik, Islanda, 19-22 giugno 2014, pubblicata in <http://isopt.net/>. Cfr. anche X.-Y. ZHANG ET AL., *Comparison of bevacizumab and ranibizumab in age-related macular degeneration: a systemic review and meta-analysis*, in *Int. J. Ophthalmol.*, 2014, Vol. 7, n. 2.

¹² In particolare, in data 30 agosto 2012 l'EMA modificava il "riassunto delle caratteristiche del prodotto" (RCP) relativo all'autorizzazione all'immissione in commercio di Avastin, precisando, nel paragrafo relativo alle "avvertenze speciali e precauzioni d'impiego", che "Avastin non è formulato per l'uso intravitreo". Il "riassunto delle caratteristiche del prodotto" di Avastin è accessibile nel portale internet dell'EMA (<http://www.ema.europa.eu/>); cfr. anche il cit. *Position paper* della SIF sull'utilizzo intraoculare del bevacizumab, 3).

¹³ Pubbl. in G.U. n. 252 del 27 ottobre 2012.

giogeniche nella loro generalità, tanto che la stessa Autorità europea escludeva “differenze in termini di eventi avversi riscontrate tra Avastin e Lucentis”¹⁴.

Ciò è tanto vero che l'EMA, in ragione dei medesimi risultati clinici, nel luglio del 2013 modificava anche il riassunto delle caratteristiche del prodotto-RCP di *Lucentis*, nel quale oggi compaiono indicazioni relative al profilo di sicurezza del tutto analoghe a quelle di *Avastin*¹⁵, ciò che sta ad indicare un eguale profilo di sicurezza per i due trattamenti farmacologici.

Il 18 aprile 2013, poi, l'Organizzazione Mondiale della Sanità adottava la 18^a *Lista dei farmaci essenziali*. Nel paniere dei farmaci necessari per un efficace sistema sanitario l'OMS ha incluso anche un medicinale avente funzione “anti-VEFG”, ossia inteso a ridurre la vascolarizzazione dei tessuti, agendo sulle isoforme biologicamente attive del fattore di crescita delle cellule endoteliali vascolari e così trattando le maculopatie essudative. Ebbene: quale farmaco essenziale anti-VEFG l'OMS ha indicato proprio il principio attivo *Bevacizumab*, in iniezioni di 25 mg/ml. In altri termini, l'OMS, nell'elenco dei farmaci essenziali, ha consigliato e avallato l'uso *off label* di *Avastin*, nonostante l'esistenza di trattamenti farmacologici concorrenti approvati dalle Autorità competenti¹⁶.

¹⁴ Nel rapporto istruttorio adottato in data 19 luglio 2012 dal CHMP (Comitato per i prodotti medicinali destinati all'uso umano) dell'EMA, relativo (tra l'altro) ai fattori di sicurezza di *Avastin*, si osservava che “no evidence can be provided that bevacizumab is systemically more unsafe than ranibizumab and vice-versa”, cfr. CHMP Type II variation assessment report – Invented name Avastin. 2012 Contract, No.: EMA/CHMP/332848/2012; Cfr. anche AGCM, proc. I760, *Roche-Novartis/Farmaci Avastin e Lucentis*, Prov. n. 24823 (Chiusura istruttoria e Deliberazione Sanzione), § 70. Cfr. anche il verbale del 19th *Expert Committee on The Selection and Use of Essential Medicines, Expert Review n. 3* dell'Organizzazione Mondiale per la Sanità, sedute dell'8-12 aprile 2013, accessibile in <http://www.who.int/>.

¹⁵ Anche l'RCP di *Lucentis* è accessibile sul portale dell'EMA. Il par. 4.8. riporta che “Le reazioni avverse oculari più frequentemente riportate in seguito all'iniezione di Lucentis sono: dolore oculare, iperemia oculare, aumento della pressione intraoculare, vitreite, distacco vitreale, emorragia retinica, disturbo visivo, mosche volanti (corpi mobili vitreali), emorragia congiuntivale, irritazione oculare, sensazione di corpo estraneo nell'occhio, aumento della lacrimazione, blefarite, occhio secco e prurito oculare. Le reazioni avverse non oculari più frequentemente riportate sono mal di testa, nasofaringiti e artralgia. Reazioni avverse meno frequentemente riportate, ma più gravi, includono endoftalmite, cecità, distacco retinico, rottura retinica e cataratta traumatica iatrogena”. Nel RCP di *Avastin* le reazioni avverse all'uso intravitreo riportate sono “endoftalmite infettiva, infiammazione intraoculare come endoftalmite sterile, uveite, vitreite, distacco di retina, lacerazione dell'epitelio pigmentato della retina, aumento della pressione intraoculare, emorragie intraoculari come emorragie intravitreali o emorragie retiniche ed emorragie congiuntivali”, con l'indicazione che “Alcune di queste reazioni hanno portato a vari gradi di perdita della vista, inclusa cecità permanente”. La modificazione del RCP di *Lucentis* è riportata nel documento EMA *Lucentis – Procedural steps taken and scientific information after the authorisation*, anch'esso disponibile sul portale EMA. Cfr. anche il cit. prov. n. 24823 dell'AGCM, § 71.

¹⁶ WORLD HEALTH ORGANIZATION, *WHO Model List of Essential Medicines*, 18th List, in www.who.int. Per completezza d'esposizione va ricordato la 18^a Lista dei farmaci essenziali OMS è stata pubblicata nell'aprile 2013, mentre la modificazione del RCP di *Lucentis* è del luglio 2013.

1.5. Successivamente all'emanazione del citato decreto legge 20 marzo 2014, n. 36, anche il Consiglio Superiore di Sanità si è pronunciato circa i profili di sicurezza dell'uso *off label* di *Avastin*, affermando che “i dati attualmente valutabili dalla comunità scientifica evidenziano che i medicinali Lucentis (Ranibizumab) e Avastin (Bevacizumab), pur nella diversità strutturale e farmacologica delle molecole, non presentano differenze statisticamente significative dal punto di vista dell'efficacia e della sicurezza nella terapia della degenerazione maculare senile”, concludendo nel senso che sussistono “le condizioni [...] al fine di consentire, il più presto possibile, l'impiego dell'Avastin per il trattamento della degenerazione maculare senile”¹⁷.

Anche in virtù di tale parere, “La Commissione Tecnico Scientifica (CTS) dell'AIFA, nel corso nella seduta del 9 e 10 giugno [2014], si è espressa a favore dell'inserimento di *bevacizumab* (*Avastin*) nell'elenco dei farmaci erogabili a totale carico del Servizio Sanitario Nazionale (SSN), ai sensi della legge 648/96, per il trattamento della degenerazione maculare legata all'età (AMD)”¹⁸.

1.6. Il riassunto della complicata vicenda si conclude con un provvedimento sanzionatorio adottato dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato a carico delle case farmaceutiche Novartis e Roche. Ad avviso dell'AGCM, infatti, le produttrici di *Avastin* e *Lucentis*:

- avrebbero posto in essere un'intesa restrittiva della concorrenza volta ad “ottenere una «differenziazione» artificiosa dei farmaci *Avastin* e *Lucentis*, manipolando la percezione dei rischi dell'uso oftalmico di *Avastin*”;

- in particolare, tale manipolazione sarebbe stata “perseguita da un lato tramite la produzione e diffusione di notizie in grado d'ingenerare preoccupazioni pubbliche sulla sicurezza degli usi intravitreali di *Avastin* e *Lucentis* in ambito oftalmico, dall'altro con la minimizzazione dei risultati scientifici di studi comparativi indipendenti relativi all'equivalenza di *Avastin* e *Lucentis* in ambito oftalmico”;

- la condotta descritta sarebbe stata “finalizzata ad impedire che le applicazioni *off label* di *Avastin* erodessero quelle *on label* di *Lucentis*”;

- i vantaggi conseguiti dalle aziende, peraltro, sono stati resi possibili solo per il fatto che, “nonostante le aspettative generate sin dalle sue prime applicazioni per il trattamento” delle maculopatie, “né Genetech [...] né Roche [...] nella UE hanno mai provveduto a richiedere alle autorità competenti la registrazione di indicazioni terapeutiche” nuove, estese, appunto, alle maculopatie;

¹⁷ Ministero della Salute, Consiglio Superiore di Sanità, Sez. V, Parere 15 aprile 2014.

¹⁸ Così AIFA, *Avastin nella lista dei farmaci di uso consolidato per la degenerazione maculare senile*, Nota stampa diramata in data 10 giugno 2014, in www.agenziafarmaco.gov.it, in cui si precisa che “il confezionamento in monodose del farmaco bevacizumab per l'uso intravitale dovrà essere effettuato, per garantirne la sterilità, esclusivamente dalle farmacie ospedaliere in possesso dei requisiti necessari, nel rispetto delle Norme di Buona Preparazione”.

- la mancata registrazione delle nuove indicazioni terapeutiche di *Avastin* è di “apparente incomprensibilità”, se non si considera “l’obiettivo di una illecita massimizzazione dei rispettivi introiti” e di “un’incidenza diretta sull’equilibrio della spesa sanitaria, sia in ambito pubblico che privato”¹⁹.

2. *Il concetto di “valida alternativa terapeutica” nella giurisprudenza.* – In questa complicata vicenda si è inserita la sent. Corte cost., n. 151 del 2014. L’incidente di costituzionalità si è incardinato nel corso del giudizio proposto da Novartis per l’annullamento della deliberazione della Giunta regionale dell’Emilia-Romagna n. 1628 del 26 ottobre 2009, con cui si autorizzava, a carico del Servizio sanitario regionale, il trattamento di nuovi casi di degenerazione maculare legata all’età attraverso l’erogazione di *Avastin*. In proposito, il TAR per l’Emilia Romagna ha ritenuto rilevante la questione di legittimità costituzionale “del combinato disposto dell’art. 1, comma 4, del decreto-legge 21 ottobre 1996, n. 536 [...] e dell’art. 8 del decreto legislativo 24 aprile 2006, n. 219 [...], per violazione degli artt. 2, 3, secondo comma, 97, primo comma, e 119, primo e quarto comma, della Costituzione”²⁰.

Con una prima censura il giudice remittente lamentava che la disciplina dell’erogazione dei farmaci *off label* non consentisse alle Regioni, sulle quali ricadono concretamente i costi dei farmaci dispensati dal SSN, “quanto meno” di “avere potere di iniziativa e partecipazione procedimentale” riguardo alla procedura di autorizzazione all’erogazione di un farmaco per uso *off label*. In particolare, ad avviso del TAR remittente l’art. 119 sarebbe violato nella misura in cui la legge non consentirebbe alle Regioni “di esercitare il controllo sulla spesa sanitaria”, lasciandole, invece, a sopportare “l’alto prezzo dell’unico farmaco autorizzato e senza avere alcuna possibilità di attivarsi per richiedere l’autorizzazione di altro farmaco con riconosciuta e provata pari efficacia rispetto al farmaco ufficiale, «stante l’interessata inerzia della impresa produttrice»”.

Con una seconda censura, poi, il giudice *a quo* lamentava la violazione ancora dell’art. 119 Cost., nella misura in cui la disciplina in esame escluderebbe “l’autorizzazione del farmaco *off label* per «la sola esistenza sul mercato di un farmaco autorizzato on label di almeno pari efficacia terapeutica, senza attribuire pertanto alcun rilievo, al fine di integrare il concetto di ‘valida alternativa’, anche al necessario e imprescindibile fattore economico, correlato alla primaria esigenza di controllo della spesa pubblica»”. Per le stesse ragioni il TAR per l’Emilia-Romagna lamentava anche:

¹⁹ Cfr. AGCM, proc. I760, *Roche-Novartis/Farmaci Avastin e Lucentis*, provv. nn. 24207, *Avvio istruttoria, passim*, e 24823, *Deliberazione Sanzione*, spec. §§ 95 ss., 103 ss. e 177 ss. Il provvedimento dell’Autorità Antitrust è stato impugnato innanzi il TAR de Lazio dalle aziende Novartis e Roche. I ricorsi sono stati rigettati con sent. Sez. I, 2 dicembre 2014, n. 12168.

²⁰ Così la sent. n. 151 del 2014.

- la violazione dell'art. 3 Cost., essendo le disposizioni censurate in irragionevole contraddizione con la *ratio legis* di contenimento della spesa pubblica;
- il principio di leale collaborazione tra Stato e Regioni, dato che il procedimento per l'autorizzazione all'erogazione di un farmaco *off label* non consentirebbe l'iniziativa o la partecipazione delle Regioni al procedimento volto all'inserimento di un medicinale nella Lista 648.

2.1. La Corte costituzionale, con la cit. sent. n. 151 del 2014, ha dichiarato le questioni inammissibili, per una pluralità di motivi.

Preliminarmente, la Corte costituzionale prende atto che il d.l. n. 36 del 2014 ha innovato la disciplina dell'erogazione dei farmaci *off label* a carico dello Stato. Lo *ius superveniens*, però, è risultato irrilevante, dato che l'incidente di costituzionalità si inseriva in un giudizio amministrativo nel quale la legittimità del provvedimento impugnato avrebbe dovuto comunque valutarsi in relazione al quadro normativo vigente al momento della sua adozione, in ossequio al principio *tempus regit actum*.

In particolare, quanto all'art. 8 del d. lgs. n. 219 del 2006, che disciplina procedura e contenuti della domanda di autorizzazione in commercio dei farmaci, la Consulta rileva il difetto di rilevanza, dato che il giudizio *a quo* non concerneva le procedure di adozione dell'AIC, bensì il diverso procedimento di inserimento del medicinale nella lista dei farmaci erogabili *off label*.

Quanto, invece, all'art. 1, comma 4, del d. l. n. 536 del 1996, la Corte costituzionale svolge un percorso argomentativo affatto particolare.

Anzitutto, il Collegio rileva che la disposizione censurata prevede che la compilazione della c.d. Lista 648 avviene ad opera dell'AIFA “*conformemente alle procedure ed ai criteri adottati dalla stessa*”. La legge, dunque, avrebbe demandato all'AIFA di prescrivere, con proprie norme regolamentari, procedure e criteri per la redazione dell'elenco dei farmaci *off label*. Nello specifico, la potestà regolamentare è stata esercitata (da ultimo) con il provvedimento 20 luglio 2000, pubbl. in G.U. n. 219 del 29 settembre 2000, il quale – ricorda la Corte – attribuisce l'iniziativa procedimentale non solo alla stessa AIFA, ma anche ad “*associazioni di malati, società scientifiche, aziende sanitarie, università, istituti di ricovero e cura a carattere scientifico*” (art. 2, comma 1). Tale previsione viene interpretata dalla Corte come ricomprensiva di tutti i “*soggetti interessati all'adozione del provvedimento finale, a cui la legge 7 agosto 1990, n. 241 (Nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi), riconosce la garanzia della partecipazione, tra i quali va inclusa, di conseguenza, la Regione*”.

Ciò detto per il profilo del procedimento, quanto ai criteri di valutazione della proposta di inserimento nella Lista 648 la Corte ricorda che “*il «provvedimento di inserimento» deve tenere conto della non sussistenza di «una valida alternativa terapeutica», secondo quanto stabilito dall'art. 1, comma 4, del d.l. n.*

536 del 1996, ciò che richiede la ricognizione da parte dell'Agenzia delle evidenze cliniche riconosciute dalla comunità scientifica a livello nazionale e internazionale, nonché la valutazione dei dati relativi alla spesa farmaceutica dei medicinali da inserire nell'elenco", dati che "devono essere comunicati – come già previsto dalla citata delibera della Commissione unica del farmaco, alla quale è succeduta l'AIFA – dalle strutture interessate ai competenti assessorati alla sanità che, a loro volta, devono trasmettere i dati stessi all'Agenzia (art. 6, comma 1, della deliberazione del 20 luglio 2000), attraverso la compilazione di una apposita «scheda rilevazione spesa medicinali erogabili ai sensi della legge n. 648/96», allegata alla citata delibera (modulo A della deliberazione del 20 luglio 2000)".

La previsione dell'obbligo, per le strutture sanitarie, di comunicare all'AIFA i dati relativi alla spesa farmaceutica dei medicinali erogati fa dunque dire alla Corte che "il criterio della «valida alternativa» presuppone [...] la comparazione da parte dell'Agenzia dei farmaci «equivalenti» sotto il profilo sia medico-scientifico, sia economico, atteso che un farmaco alternativo da un punto di vista medico-scientifico potrebbe non essere una «valida alternativa terapeutica» quando non garantisca – dal punto di vista economico-finanziario – una sua efficiente utilizzazione a carico del SSN in termini di rapporto numerico tra dosi acquistabili del farmaco e pazienti curabili, così realizzando condizioni economicamente non accettabili e discriminatorie tali da limitare l'accesso alle cure e, dunque, ledere la tutela del diritto alla salute costituzionalmente garantita. Lo stesso può dirsi nell'ipotesi inversa".

Affrontato in questo modo il problema dell'interpretazione della clausola della *valida alternativa terapeutica*, la sentenza indugia di nuovo negli aspetti più specificamente processuali, osservando che il caso scrutinato non è nato dall'impugnazione di un atto dell'AIFA, bensì da un provvedimento della Regione con cui l'Ente territoriale "non ha esercitato il predetto potere di iniziativa o di partecipazione procedimentale, ma un potere decisionale" diretto sull'erogabilità *off label* di un farmaco.

Alla luce di ciò la Corte arriva alle battute conclusive della sentenza: nel dichiarare anche per questo secondo profilo il difetto di rilevanza delle questioni sollevate, la Corte afferma che "la legge attribuisce il potere di decisione all'AIFA e questa, nel caso di specie, avrebbe dovuto da tempo esercitarlo secondo le descritte modalità. La Regione invece, anche in caso di accoglimento della questione sollevata, non avrebbe tale potere".

2.2. La Corte, dunque, ha arricchito una decisione di natura processuale con alcune chiarissime indicazioni attinenti al merito della questione, che si possono rapidamente sintetizzare:

i) il procedimento volto all'erogazione *off label* di un farmaco a carico del Servizio sanitario nazionale è rimesso (e deve essere rimesso) ad un organo tecnico scientifico (l'AIFA) che esercita la sua competenza per l'intero territorio nazionale;

ii) la funzione pubblica così confidata all'AIFA, per quanto specificamente qualificata dalla sua natura di accertamento tecnico-scientifico, coinvolge gli interessi di numerosi enti pubblici e privati e, al contempo, chiama in causa la specifica competenza di ulteriori soggetti (associazioni di malati, società scientifiche, aziende sanitarie, università, IRCCS, Regioni), i quali possono (e devono poter) promuovere l'inserimento di un farmaco nella Lista 648;

iii) il criterio della "valida alternativa terapeutica" è (e deve essere) apprezzato dall'AIFA mediante la "ricognizione delle evidenze cliniche riconosciute dalla comunità scientifica a livello nazionale e internazionale", ma anche attraverso la "valutazione dei dati relativi alla spesa farmaceutica dei medicinali da inserire nell'elenco", sicché la deliberazione dell'Agenzia presuppone (e non può non presupporre) la comparazione dell'equivalenza sotto il profilo sia medico-scientifico che economico;

iv) quanto alla specifica vicenda *Avastin – Lucentis*, la Corte rivolge una sorta di monito all'AIFA, affermando che l'Agenzia avrebbe dovuto "da tempo" esercitare le proprie funzioni facendo applicazione del criterio dell'alternativa terapeutica come sopra specificato (sicché ci si aspetta che l'Ente rapidamente riconsideri l'inserimento di *Avastin* nella Lista 648 anche alla luce del diverso costo dei due farmaci)²¹.

Quanto alla tecnica argomentativa seguita dalla sentenza in esame, si deve aggiungere un'ulteriore notazione. Si è visto che la Corte prende le mosse dal provvedimento della CUF del 20 luglio 2000, che ha regolamentato l'istituzione della Lista 648. Le previsioni ivi contenute sono state oggetto di un'interpretazione adeguatrice ai precetti costituzionali, che ha consentito alla Consulta di enunciare i principi attraverso i quali il regime di erogazione gratuita dei farmaci può essere ricondotto ad un sistema ordinato e coerente con il dettato costituzionale²².

Questa circostanza mostra una sorta di "urgente volontà di provvedere" da parte della Consulta, che non ha rinunciato a prendere in carico e risolvere una vicenda dalle forti ripercussioni politiche²³, segnando il percorso che legislatore e pubblica Amministrazione sono chiamati a seguire.

²¹ Sulle sentenze monito v., tra gli altri, G. ZAGREBELSKY, *La Corte costituzionale e il legislatore*, in AA.VV., *Corte costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, a cura di P. Barile, E. Cheli, S. Grassi, Bologna 1982, 103 ss.; M.C. GRISOLIA, *Alcune osservazioni sulle «sentenze comandamento» ovvero «potere monitorio» della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1982, 826 ss.; L. PEGORARO, *La Corte e il Parlamento. Sentenze di indirizzo ed attività legislativa*, Padova 1987.

²² In questo modo, peraltro, il ruolo del provvedimento della CUF del 20 luglio 2000 ha sortito effetti addirittura più profondi di quelli che, nella giurisprudenza costituzionale, possono produrre le disposizioni di legge che specificano le clausole generali della Costituzione. Sul punto v. R. BIN, *Diritti e argomenti*, Milano 1992, 88 ss.; ID., *La costituzione tra testo e applicazione*, in *Ars interpretandi. Annuario di ermeneutica giuridica*, 2009, 111 ss.

²³ Tanto da aver suscitato, dalla XV alla presente legislatura ben 31 atti di sindacato ispettivo proposti nei due rami del Parlamento tra mozioni, interpellanze ordinarie e urgenti, interrogazioni, mozioni ordinarie e di sfiducia nei confronti del Ministro della salute *pro tempore*, come risulta dalle banche dati della Camera dei deputati.

2.3. L'interpretazione data dalla Corte al criterio della “*valida alternativa terapeutica*”, comprendente anche il parametro del costo sostenuto dal Servizio sanitario nazionale, è inedita nella giurisprudenza²⁴.

Non se ne trova traccia nella sent. Corte cost. n. 8 del 2011, nella quale, anzi, si possono cogliere argomentazioni contrarie.

In quel caso la Consulta era chiamata a scrutinare la legittimità costituzionale dell'art. 35 della l. reg. Emilia-Romagna 22 dicembre 2009, n. 24, che prevedeva che la “*Regione, avvalendosi della Commissione regionale del farmaco, può prevedere [...] l'uso di farmaci anche al di fuori delle indicazioni registrate nell'autorizzazione all'immissione in commercio (AIC), quando tale estensione consenta, a parità di efficacia e di sicurezza rispetto a farmaci già autorizzati, una significativa riduzione della spesa farmaceutica a carico del Servizio sanitario nazionale e tuteli la libertà di scelta terapeutica da parte dei professionisti del SSN*”. Insistendo sul ruolo che rivestono gli organi tecnico-scientifici statali nei procedimenti relativi alla sperimentazione e alla certificazione d'efficacia e di non nocività dei farmaci, la Corte constatò che la legge regionale individuava “*condizioni diverse rispetto a quelle stabilite dal legislatore per l'uso dei farmaci al di fuori delle indicazioni registrate nell'AIC*”, precisando che, mentre “*le disposizioni statali circoscrivono il ricorso ai farmaci cd. off label a condizioni eccezionali e ad ipotesi specificamente individuate, la norma regionale introduce una disciplina generalizzata in ordine all'indicato utilizzo dei farmaci, rimettendo i criteri direttivi alla Commissione regionale del farmaco, così eludendo il ruolo che la legislazione statale attribuisce all'Agenzia Italiana del Farmaco nella materia considerata*”.

Nelle riportate considerazioni non c'è solo la ricognizione dei confini della potestà legislativa regionale e la salvaguardia del ruolo dell'AIFA rispetto alle interferenze dell'Amministrazione regionale, ma può anche leggersi un disfavore nei confronti di un utilizzo “generalizzato” *off label* dei farmaci²⁵.

2.4. Quanto alla giurisprudenza amministrativa, il problema della “*valida alternativa terapeutica*” è stato affrontato per tre profili diversi.

Il primo e più risalente orientamento ha interpretato la clausola di legge nel senso che, perché sussista una valida alternativa terapeutica alla dispensazione gratuita di un farmaco *off label*, non solo deve essere disponibile un farmaco au-

²⁴ Che, per la verità, non ha avuto numerose occasioni di dare applicazione all'art. 1, comma 4, del d.l. n. 536 del 1996. Ha commentato alcune pronunce relative al Multitratamento Di Bella M. PROTTO, *Nihil magis aegris prodest quam ab eo curavi, a quo volunt: il giudice amministrativo e il caso Di Bella*, in *Giur. It.*, 1998, 5 ss.

²⁵ Cfr. P. CARLUCCIO; R. FINOCCHI GHERSI, *Utilizzo di farmaci cd off label e violazione di principi statali*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2011, 272 ss. Nell'annotare la sentenza, insiste invece sul (solo) aspetto delle competenze tecniche riservate all'AIFA M. GIGANTE, *Esigenze unitarie nella politica farmaceutica: l'uso off label dei farmaci tra principi fondamentali e riserva all'Aifa*, in *Giur. It.*, 2011, 2493 ss.

torizzato all'immissione in commercio, ma tale farmaco deve anche essere catalogato tra quelli rimborsabili dal SSN. Per tale ragione il TAR Lazio ha affermato che l'AIFA aveva legittimamente inserito un farmaco nella Lista 648 per un determinato trattamento, nonostante che per il suddetto trattamento sussistesse un altro farmaco autorizzato, dato che il secondo medicinale non era stato indicato come rimborsabile (solo) a causa della mancata intesa sul prezzo tra l'AIFA (in particolare il Comitato Prezzi e Rimborso – CPR) e la società farmaceutica²⁶.

Un secondo orientamento, invece, ha posto particolare attenzione ai profili di sicurezza del farmaco candidato per un possibile utilizzo *off label*, rispetto ai quali ogni riferimento al costo del farmaco diventa irrilevante²⁷.

Infine, va segnalata un'ordinanza di poco precedente la sentenza della Corte costituzionale in esame, in cui il Consiglio di Stato da una parte ha ricondotto il criterio dell'alternativa terapeutica alla rigida e puntuale disamina di parametri di efficacia e sicurezza clinica, dall'altra ha affermato che il differenziale di costo tra farmaco autorizzato e farmaco candidato per la dispensazione gratuita *off label* ha una sicura rilevanza processuale in sede cautelare. In particolare, è stato affermato che *“i maggiori ed enormi costi per la collettività [...] provenienti dall'uso on-label del ranibizumab, che pur costituisce, in linea di principio, una valida alternativa terapeutica ai sensi dell'art. 1, comma 4, del d.l. 536/1996 (convertito in l. 648/1996), trascendono il mero pregiudizio patrimoniale e assurgono a serio ostacolo di ordine economico alla tutela della salute, impedendo il pieno sviluppo della persona umana, e nel caso di specie all'erogazione del farmaco bevacizumab, da parte del Servizio Sanitario Regionale”*, così da prefigurare un pregiudizio grave ed irreparabile apprezzabile dal giudice amministrativo ex art. 55 cod. proc. amm.²⁸.

I tre percorsi argomentativi seguiti dalla giurisprudenza amministrativa non si contraddicono e, anzi, sembrano integrarsi tra di loro. Da una parte è stato

²⁶ Cfr. TAR Lazio, Sez. III-quater, ord. 29 agosto 2007, in cui si afferma che “ai fini della valutazione dell'esistenza o meno di valida alternativa terapeutica appare rilevante che il farmaco sia o meno a carico del SSN”; e sent. 27 maggio 2010, n. 13777, ove si conferma che “non sussiste la violazione dell'art 1, comma 4, del d.legge n.536 conv. nella legge n. 648/1996, poiché il farmaco prodotto dalla ricorrente (e cioè il «Macugen»), pur avendo ottenuto nell'ott. 2006 l'AIC per il trattamento della degenerazione maculare «neo vascolare (essudativa) correlata all'età (AMD), ciò nondimeno non poteva di fatto costituire una valida alternativa terapeutica al Bevacizumab-Avastin, essendo stato inserito in classe C, ai fini della rimborsabilità a carico del SSN (con determinazione AIFA citata non impugnata) in ragione dello svantaggioso rapporto costo/beneficio”.

²⁷ Cfr. TAR Veneto, Sez. III, ord. 20 dicembre 2012, n. 747, e sent. 9 ottobre 2013, n. 1147. Va peraltro ricordato che il TAR, proprio in relazione al problema del costo del farmaco, ha ravvisato *“la necessità che la procura presso la Corte dei Conti valuti se ricorrono le condizioni per avviare un'indagine al fine di verificare se il sopra richiamato provvedimento A.I.F.A. in data 18 Ottobre 2012 DG n° 10 A.I.F.A [ossia la delibera che ha definitivamente escluso Avastin dalla Lista 648] abbia comportato un illegittimo esborso di denaro pubblico”*.

²⁸ Cons. Stato, Sez. III, ord. 15 maggio 2014, n. 2021.

chiarito che sicurezza, efficacia clinica e indicazione terapeutica costituiscono i parametri della comparazione tra un farmaco autorizzato ed uno candidato alla dispensazione *off label*. D'altra parte è stato giustamente rilevato che la finalità dell'art. 1, comma 4, del d. l. n. 536 del 1996 non è quella di consentire semplicemente la lecita prescrivibilità *off label* di un farmaco (che è disciplinata dal d. l. n. 23 del 1994), bensì quella di garantire l'erogazione di un farmaco a carico del SSN. Di conseguenza, come correttamente affermato dal TAR Lazio nella menzionata pronuncia, non può logicamente costituire una "valida alternativa terapeutica" un farmaco che non sia erogato a costo dello Stato, perché commercializzato ad un prezzo tale che l'AIFA non abbia ritenuto di includerlo in fascia di rimborsabilità²⁹.

L'orientamento della Corte costituzionale, invece, sembra mutare completamente la prospettiva: nella determinazione dei medicinali oggetto di assistenza farmaceutica statale, ivi compresi quelli oggetto di erogazione straordinaria *off label*, il fattore economico si affianca a quello medico, che, per converso, risulta di per sé solo insufficiente ad orientare la pubblica Amministrazione.

3. *Il follow-up della sent. n. 151 del 2014.* – Così descritta la decisione della Corte costituzionale, è ora possibile ipotizzarne gli effetti indiretti.

3.1. In primo luogo, la sentenza in esame impone all'AIFA una revisione della prassi finora seguita nella compilazione della Lista 648. L'ingresso, nei criteri di valutazione, della necessità di comparazione dei costi tra farmaco autorizzato e farmaco suscettibile di dispensazione *off label*, infatti, richiede all'Agenzia un nuovo e diverso approccio al problema. L'erogazione al di fuori delle indicazioni autorizzate, infatti, non è più lo strumento grazie al quale la sanità pubblica si premura di fornire assistenza farmaceutica gratuita al paziente che, in condizioni normali, ne sarebbe sfornito, bensì l'istituto con cui lo Stato persegue finalità di contenimento e coordinamento della spesa farmaceutica. In altri termini, la disciplina sulla dispensazione *off label* non è più incentrata sul cittadino/paziente e sulle esigenze di tutela della sua salute, bensì sull'organizzazione sanitaria pubblica e sui suoi costi.

²⁹ L'art. 1, comma 41, della l. 23 dicembre 1996, n. 662, ha demandato al CIPE la fissazione dei criteri per la determinazione del prezzo dei farmaci di cui al regolamento CEE n. 2309/1993. Il CIPE ha così adottato la Deliberazione 1 febbraio 2001, n. 3, recante "*Individuazione dei criteri per la contrattazione del prezzo dei farmaci*" e pubbl. in GU n.73 del 28 marzo 2001. Il criterio del rapporto utile tra costo e beneficio viene così definito nella suddetta delibera: "3.1.1 il nuovo medicinale si dimostra utile per la prevenzione o il trattamento di patologie o di sintomi rilevanti nei confronti dei quali non esiste alcuna terapia efficace; 3.1.2 il nuovo medicinale si dimostra utile per la prevenzione o il trattamento di patologie o di sintomi rilevanti nei confronti dei quali i medicinali già disponibili forniscono una risposta inadeguata; 3.1.3 il nuovo medicinale ha un rapporto rischio/beneficio più favorevole rispetto a medicinali già disponibili in Prontuario per la stessa indicazione".

Ne consegue che la somministrazione di un farmaco *off label* è sia ricevuta dal paziente che non avrebbe altra possibilità terapeutica, sia subito dal paziente che avrebbe ben potuto ottenere la prescrizione di un farmaco che ha superato tutti i controlli di sicurezza e di efficacia previsti dalla procedura di autorizzazione all'immissione in commercio.

In questo modo, però, la nuova "*disciplina generalizzata in ordine all'indicato utilizzo dei farmaci*" – per riprendere la locuzione della sent. Corte cost., n. 8 del 2011 – sperimenta un'evidente riduzione degli *standard* di sicurezza e di efficacia: l'unico sostanziale presidio di sicurezza è quello previsto dall'art. 1 della delibera CUF del 20 luglio 2000, secondo cui è possibile l'erogazione *off label* dei soli farmaci per cui sono "*disponibili risultati di studi clinici di fase seconda*" (art. 1, ult. comma).

Non basta. L'affermazione del principio che l'equivalenza terapeutica deve tenere in conto anche i termini economici dell'equazione sembra sovvertire anche le indicazioni che l'art. 23 del d. l. n. 23 del 1998 aveva indicato per la prescrizione *off label* di un farmaco (in disparte dalla sua erogabilità a carico dello Stato). Si è già detto che tale modalità di somministrazione è stata ivi prevista per "*singoli casi*", nella sola ipotesi che il medico "*ritenga, in base a dati documentabili, che il paziente non possa essere utilmente trattato*" con medicinali *on-label*.

Ebbene: è evidente che questi criteri sono diventati anacronistici in ragione dell'interpretazione dell'art. 1, comma 4, del d. l. n. 536 del 1996 data dalla Corte.

Sfugge, infatti, ad una ragionevole ricostruzione dell'intera disciplina della somministrazione del farmaco l'ipotesi che la prescrizione di un farmaco *off label* possa essere soggetta a criteri più stringenti rispetto all'erogazione dello stesso farmaco a carico dello Stato, a meno di non arrivare alla conclusione che, ancora in ragione delle esigenze di contenimento della spesa pubblica, la somministrazione di un farmaco debba attenersi a criteri di minor garanzia della salute dell'assistito quando a pagare è lo Stato.

Questa considerazione impone di muovere un passo indietro nella presente esposizione, per offrire due ulteriori notazioni sul percorso argomentativo fatto proprio dalla Corte.

La prima è che, nell'interpretazione dell'art. 1, comma 4, del d. l. n. 536 del 1996 e dei principi costituzionali che governano la materia, la Consulta ha ritenuto di dover valorizzare le previsioni di un atto regolamentare (il provvedimento 20 luglio 2000 della CUF) piuttosto che quelle contenute in un atto avente forza di legge. Il raffronto con l'art. 3 del d. l. n. 23 del 1998 (che non è nemmeno menzionato nel *Considerato in diritto* della sent. n. 151 del 2014), infatti, avrebbe potuto suggerire una diversa e più restrittiva interpretazione della clausola della "*valida alternativa terapeutica*", oltre che un più articolato percorso di ricostruzione e una diversa ponderazione degli interessi di pregio costituzionale sottesi alla *quaestio* giudicata.

La seconda è che la sentenza in esame, nonostante non abbia espressamente preso posizione sulla legittimità costituzionale dell'art. 3 del d. l. n. 23 del 1998 (che, del resto, non era compreso nel *thema decidendum*), non può non sortire effetti innovativi rispetto alla disciplina della prescrizione dei farmaci *off label*, stante l'antinomia che divide il dato “*meramente letterale*”³⁰ della suddetta disposizione e i princìpi fissati dalla sent. n. 151 del 2014.

3.2. Quanto al contesto normativo rilevante, si deve dare conto anche della riforma della disciplina sull'erogazione *off label* dei farmaci a carico dello Stato di cui all'art. 3 del d.l. 20 marzo 2014, n. 36.

La vicenda processuale in esame, infatti, si è intrecciata con l'emanazione e la conversione (con modificazioni) del decreto legge menzionato³¹, che ha novellato il d.l. n. 356 del 1996 prevedendo che, “*anche se sussista altra alternativa terapeutica nell'ambito dei medicinali autorizzati, previa valutazione dell'Agenzia italiana del farmaco (AIFA), sono inseriti*” nella Lista 648 “*i medicinali che possono essere utilizzati per un'indicazione terapeutica diversa da quella autorizzata, purché tale indicazione sia nota e conforme a ricerche condotte nell'ambito della comunità medico-scientifica nazionale e internazionale, secondo parametri di economicità e appropriatezza*”³².

La novella ora segnalata³³ interviene sulla disciplina dell'erogazione dei farmaci *off label* nella stessa prospettiva assunta dalla Corte costituzionale: si ritiene legittimo l'utilizzo dei farmaci al di fuori delle indicazioni autorizzate per consentire il contenimento della spesa pubblica farmaceutica. In questo modo il legislatore ha consentito – pur con notevoli cautele – una diminuzione dello *standard* di sicurezza dei farmaci dispensabili non per garantire cure a chi ne

³⁰ Per riprendere la formula della sent. Corte cost., n. 1 del 2013.

³¹ Si deve considerare che: *i*) il decreto legge è stato emanato il 20 marzo 2014 e pubblicato in G.U. il giorno successivo; *ii*) la questione di legittimità costituzionale dell'art. 1, comma 4, del d.l. n. 536 del 1996 è stata discussa in pubblica udienza il 6 maggio 2014 ed è stata decisa dalla Corte in camera di consiglio il 19 maggio 2014, mentre la sentenza è stata depositata in cancelleria il 29 maggio 2014; *iii*) la legge di conversione del d.l. n. 36 del 2014 è stata approvata in data 16 maggio 2014 ed è stata pubblicata in data 20 maggio 2014.

³² Così il comma 4-*ter* dell'art. 1 del d.l. n. 536 del 1996 poi diventato comma 4-*bis* in seguito alla conversione in legge del d.l. n. 36 del 2014.

³³ Che riprende una precedente disposizione legislativa, l'art. 11, comma 3, lett. *b*), del d.l. 13 settembre 2012, n. 158, lettera poi soppressa dalla legge di conversione 8 novembre 2012, n. 189. Ivi si prevedeva che, “*Se è disponibile un'alternativa terapeutica nell'ambito dei farmaci autorizzati, la presenza nell'elenco di cui al precedente periodo del medicinale non autorizzato, con conseguente erogazione dello stesso a carico del Servizio sanitario nazionale, è ammessa unicamente nel caso in cui a giudizio della Commissione tecnico-scientifica dell'AIFA, il medicinale possieda un profilo di sicurezza, con riferimento all'impiego proposto, non inferiore a quella del farmaco autorizzato e quest'ultimo risulta eccessivamente oneroso per il Servizio sanitario nazionale. Agli effetti del presente comma il medicinale già autorizzato è considerato eccessivamente oneroso se il costo medio della terapia basata sul suo impiego supera di almeno il 50 per cento il costo medio della terapia basata sull'impiego del farmaco non autorizzato*”.

fosse sprovvisto, ma al solo fine di conseguire un vantaggio economico per il SSN.

Con la sent. n. 151 del 2014, dunque, la Corte sembra anche aver preventivamente fugato ogni dubbio di legittimità costituzionale dell'art. 3 del d.l. n. 36 del 2014, disposizione che può essere considerata come la codificazione di un principio dettato dal Giudice delle Leggi.

A questo proposito, però, vanno notate alcune differenze sostanziali tra la novella di cui al d. l. n. 36 del 2014 (ovverosia il vigente art. 1, comma 4-*bis*, del d. l. n. 536 del 1996) e la lettura dell'originario art. 1, comma 4, del d. l. n. 536 del 1996 fatta propria dalla Consulta.

Anzitutto, il legislatore del 2014 ha mostrato di aver ben chiaro che il concetto di “*valida alternativa terapeutica*” attiene alle sole qualità cliniche e farmacologiche del medicinale, a prescindere dal suo costo, sicché ha inteso farsi carico del problema del costo del farmaco “*anche se sussista altra alternativa terapeutica*”.

In secondo luogo, il comma 4 dell'art. 1 del d. l. n. 536 del 1996 consente l'immissione di un farmaco nella Lista 648 al verificarsi di condizioni di sicurezza che sono meno stringenti rispetto a quelle dettate dal successivo comma 4-*bis*. Il comma 4, infatti, contempla i farmaci ancora “*sottoposti alla sperimentazione clinica*” e quelli “*da impiegare per un'indicazione terapeutica diversa da quella autorizzata*”. Il comma 4-*bis*, invece, ha ad oggetto “*i medicinali che possono essere utilizzati per un'indicazione terapeutica diversa da quella autorizzata*” (dunque escludendo quelli ancora in corso di sperimentazione), ma richiede che “*tale indicazione sia nota e conforme a ricerche condotte nell'ambito della comunità medico-scientifica nazionale e internazionale*” e aggiunge che debbono essere rispettati anche ulteriori, seppure non specificati, “*parametri di appropriatezza*” (oltre che di economicità).

In sintesi, la Corte non solo ha avallato la scelta di sovrapporre le ragioni del risparmio di spesa a quelle della migliore assistenza sanitaria possibile, ma lo ha fatto addirittura mostrando meno attenzione del legislatore per le esigenze di tutela della salute.

3.3. Sin qui si è detto del problema della somministrazione di farmaci *off label* nella prospettiva delle funzioni amministrative confidate all'AIFA, anche in riferimento alla diversa, ma connessa, disciplina della potestà terapeutica del medico prescrittore. Si deve ora esaminare il problema per il profilo del paziente cui viene somministrato il farmaco.

È noto che il tema della somministrazione *off label* di un farmaco attiene al più generale problema della libertà terapeutica, che può essere sintetizzata descrivendo il conflitto marcato dalle contrapposte esigenze di garantire al paziente una cura sperimentata e di comprovata efficienza e di consentire al medico “*di fronte a casi che reclamerebbero una risposta innovativa*”, di non “*li-*

mitarsi all'applicazione di protocolli terapeutici standardizzati e collaudati", così scongiurando il rischio di una "burocratizzazione culturale del rapporto terapeutico"³⁴.

A questo proposito, la Corte costituzionale ha inteso rinvenire con particolare attenzione il punto di equilibrio in cui si incontrano, al fine di cooperare per la migliore tutela della salute dei cittadini, la libertà terapeutica del medico, il potere legislativo e la competenza confidata agli organi tecnico-scientifici della pubblica Amministrazione. In sintesi, la Corte ha osservato che l'autonomia e la responsabilità del medico sono uno strumento insostituibile per garantire la salute dei cittadini, dato che esse possono immediatamente adattarsi alle continue acquisizioni scientifiche e sperimentali su cui si fonda la prassi medica. Di conseguenza, non spetta al legislatore, di norma, individuare direttamente o indirettamente le pratiche sanitarie ammissibili. Al contrario, le opzioni in tema di adeguatezza e sicurezza delle scelte terapeutiche debbono derivare dall'elaborazione di indirizzi fondati sulla verifica dello stato delle conoscenze e delle evidenze sperimentali acquisite dalla comunità scientifica, indirizzi codificati da istituzioni e organismi tecnico-scientifici, ai quali, per lo svolgimento di tali funzioni, non può sostituirsi nemmeno il giudice (ordinario o costituzionale)³⁵.

Così descritto il quadro in cui si iscrive l'attività sanitaria, è facile concludere che la prescrizione di farmaci *off label* rappresenta un'estrinsecazione della libertà tecnico-operativa del medico con cui si deve perseguire l'aderenza del trattamento farmacologico al progresso e all'evoluzione della medicina e, in questo modo, "alla più efficace realizzazione dell'interesse che l'ordinamento affida alla tutela del sanitario, ossia la cura del bene della salute del paziente assistito"³⁶. È, dunque, certamente condivisibile l'orientamento della giurispru-

³⁴ Così, con particolare efficacia, P. ZATTI, *Spunti in tema di libertà di cura: tra sperimentazione e terapia innovativa*, in AA.VV., *Studi in onore di P. Schlesinger*, Vol. I, Milano 2004, 378.

³⁵ Cfr. Corte cost., sentt. nn. 185 del 1998, 121 del 1999; 188 del 2000, 282 del 2002, 338 del 2003, 151 del 2009 e ord. n. 385 del 1998. Cfr. anche R. BIN, *La Corte e la scienza*, in AA.VV., *Biotecnologie e valori costituzionali*, a cura di A. D'Aloia, Torino 2005, 8 ss. Un orientamento non dissimile può essere rinvenuto anche nella giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea. Pur pronunciandosi in giudizi aventi tutt'altro oggetto (la liceità dell'informazione commerciale di un farmaco soggetto a prescrizione medica), infatti, la Corte di Lussemburgo ha comunque inteso sottolineare "l'obiettività di cui [...] deve far prova il medico che redige una prescrizione nei confronti di un determinato paziente", in particolare nello scegliere di "prescrivere l'uno o l'altro medicinale", in quanto "un medico che prescrive medicinali è tenuto, da un punto di vista deontologico, a non prescrivere un determinato medicinale se quest'ultimo non è idoneo al trattamento terapeutico del suo paziente" (cfr. CGUE, Sez. III, sent. 5 maggio 2011 C-316/09, *MSD Sharp & Dohme GmbH*, § 37, ma v. anche Sez. IV, sent. 22 aprile 2010, C. 62/09, *Association of the British Pharmaceutical Industry*, §§ 39 s.).

³⁶ G. IADECOLA, *Prescrizione di farmaci "off label" e responsabilità penale del medico*, in *Dir. Pen. e Processo*, 2006, 9, 1125 ss. V. anche P. PIRAS, *La responsabilità del medico per le prescrizioni off label*, in *Cass. pen.*, 2009, 1963 ss., nonché, per la particolare prospettiva – non del tutto estranea al tema qui in oggetto – della prescrizione *off label* agli sportivi impegnati in gare ufficiali, C.F.

denza di legittimità sulla prescrizione di farmaci *off label*, nel senso che “l’*inoservanza del rapporto rischio/beneficio*” è il “*limite al quale il medico deve attenersi nella prescrizione off label, il cui superamento costituisce fondamento per la responsabilità a titolo di colpa*”³⁷.

Ciò detto, è evidente che l’apprazzamento del rapporto rischio/beneficio di un trattamento farmacologico (anche in termini di comparazione rispetto alla possibilità alternativa della somministrazione di un farmaco autorizzato), che costituisce il metro di valutazione della condotta del medico, è certamente alterato dalla nuova considerazione del criterio dell’alternativa terapeutica fissato dalla Corte costituzionale. In altri termini, dopo la sent. n. 151 del 2014, il medico prescrittore può e deve valutare il rapporto rischio/beneficio considerando anche il costo del farmaco somministrato, così come lo potrà e dovrà considerare il giudice chiamato a valutare la condotta del medico³⁸.

Di conseguenza, i principi che si traggono dalla sent. n. 151 del 2014 si sommano a quella “tipologia differenziata di misure e regolamentazioni”, con le quali la p.A. restringe l’autonomia del professionista sanitario, orientandone il comportamento “soprattutto in relazione alla prescrizione farmaceutica, cercando così di coniugare l’obiettivo di garantire un uso appropriato del medicinale, con la gestione oculata di risorse pubbliche sempre più limitate”³⁹.

3.4. Non basta. L’interpretazione offerta dalla Consulta della clausola della “valida alternativa terapeutica”, comprendente i profili di comparazione dei costi dei diversi trattamenti farmaceutici, si ripercuote anche sulla sperimentazione dei farmaci.

Proprio il caso *Avastin-Lucentis* ha suscitato un ampio dibattito nell’ambiente medico, relativo allo svolgimento dei *trial* clinici preordinati a valutare

GROSSO, *Irrelevanza penale della somministrazione off label di medicinali non vietati*, in *Giur. It.*, 2006, 1720 ss.

³⁷ Cass. pen., Sez. IV, sent. 24 giugno 2008, n. 37077, ma v. anche sent. 8 febbraio 2001, n. 301, e Sez. V, 30 luglio 1982, n. 7495.

³⁸ Oppure, per i profili deontologici, il Consiglio dell’ordine nel giudizio disciplinare. Sui profili disciplinari della responsabilità del medico per la somministrazione di farmaci *off label* v. F. MASSIMINO, *La prescrizione dei farmaci «off label»: adempimenti, obblighi e responsabilità del medico*, in *Danno e Resp.*, 2003, 925 ss.

³⁹ Ancora F. MASSIMINO, *La responsabilità nella prescrizione dei farmaci tra scienza, coscienza e condizionamenti normativi*, in *Danno e Resp.*, 2013, 5 ss., osserva correttamente che “nessuna tra le limitazioni” poste in essere dall’ordinamento “assume un reale carattere cogente rispetto alle scelte del professionista, nel senso che quest’ultimo mantiene comunque formalmente inalterata la facoltà di individuare la terapia, anche superando le raccomandazioni degli «enti pagatori». Tuttavia, è indubbio che, quanto più si intensificano gli adempimenti formali che il medico deve soddisfare per attestare la necessità di un scelta farmacologica differente da quella contemplata dalle autorità regionali o locali, tanto più le raccomandazioni assumono un effetto condizionante, idoneo a circoscrivere la sua autonomia decisionale; a maggior ragione, le stesse direttive possono assumere un’efficacia di influenzamento anche superiore, qualora dalla loro applicazione possa derivare anche il diritto ad una parte della retribuzione variabile”.

l'efficacia, nel trattamento di una patologia, dell'utilizzo di un farmaco meno costoso di uno già autorizzato.

La vicenda in commento, infatti, ha dimostrato che il problema del contenimento dei costi della spesa farmaceutica – ormai centrale per tutti i sistemi sanitari, quale che sia il grado di copertura del servizio assicurato dalla mano pubblica – può essere affrontato anche attraverso lo svolgimento di un maggior numero di *head-to-head clinical trials*, ossia di sperimentazioni che operano una comparazione dell'efficacia di alternative terapeutiche meno costose⁴⁰.

Questo tipo di ricerche, però, ha sollevato dubbi di natura etica e deontologica sulle modalità con cui questi studi sono presentati ai pazienti che vi si sottopongono. Quanto al menzionato studio CATT⁴¹, è stato evidenziato *i)* che la grande maggioranza dei pazienti sottoposti a quello studio non era a conoscenza che esso era stato commissionato per verificare la percorribilità di una soluzione terapeutica il cui principale pregio è quello di presentare un differenziale di costo di 40 a 1 rispetto al farmaco autorizzato; *ii)* che nei moduli del consenso informato forniti ai pazienti mancava una specifica indicazione della motivazione della sperimentazione, ossia dalla volontà di condurre un'analisi costi-benefici dell'uso dei due farmaci⁴².

Di fronte a tale constatazione, il dibattito si è subito polarizzato. Da una parte è stato lamentato un indebito appannamento della regola del consenso informato, strumento fondamentale di tutela della persona umana sottoposta alla sperimentazione, e si è invocato un più rigoroso controllo da parte dei comitati etici sul dovere dello sperimentatore di rendere note le finalità economiche della ricerca.

Dall'altra parte è stato invece osservato che la regola del consenso informato, proprio a causa dell'invalsa prassi di sua meccanica, formale e burocratica applicazione, è ormai diventata un mero simulacro dell'originario strumento imprescindibile di tutela della dignità e della salute dell'uomo. Di conseguenza, la concreta applicazione di tale principio sortirebbe il risultato di un'ingiustificata "iper-protezione" dei pazienti rispetto a ricerche che hanno un impatto minore, forse trascurabile, sulla salute e, invece, di un'ancor più ingiustificata "ipo-protezione" dei pazienti dagli errori medici e dall'inappropriata e colpevole gestione dei protocolli medici⁴³.

⁴⁰ R.K. NAYAK ET AL., *Cost-related Motivations for conducting Research. Participants Should Be Informed*, in *Journal of American Medical Association*, 2014, 311, 15, 1491 s.

⁴¹ Di cui si è detto *supra*, sub par. 1.4 e n. 11.

⁴² R.K. NAYAK ET AL., *Cost-related Motivations for conducting Research*, cit., loc. cit.; A. MANNA, *Avastin and Lucentis: what do patients know? A prospective questionnaire survey*, in *J. R. Soc. Med. Sb. Rep.*, 2013, 4, 1 ss.

⁴³ Cfr. M.B. HAMEL ET AL., *Informed Consent, Comparative Effectiveness, and Learning Health Care*, in *New England Journal of Medicine*, 2014, 370 (8), 766 ss.; JOHNS HOPKINS BERMAN INSTITUTE OF BIOETHICS, *Patient Consent to Research not always Necessary*, *Bioethicists Say*, in *Science Daily*, 19 febbraio 2014.

In questo dibattito, la sent. n. 151 del 2014 della Corte costituzionale sembra offrire argomenti alla seconda delle tesi sopra esposte: il fattore economico rileva nel consentire alla pubblica Amministrazione una generalizzata somministrazione *off label* di un farmaco, ma, paradossalmente, il differenziale di costo comporta una “*valida alternativa terapeutica*” che lo sperimentatore può legittimamente investigare senza essere costretto a manifestare tale intenzione ai pazienti che si sottopongono al *trial* clinico.

4. *Le vie parallele della Corte e del legislatore. Considerazioni critiche.* – Nella cit. ord. n. 2021 del 2014, il Consiglio di Stato ha affermato che merita particolare protezione l’interesse pubblico “*alla erogabilità di un farmaco meno costoso per il Servizio Sanitario Regionale [...] ove si tenga presente che la prestazione di un servizio pubblico, quale quello sanitario, inteso a tutelare la salute quale fondamentale diritto dell’individuo e, insieme, fondamentale interesse della collettività (art. 32 Cost.), non può prescindere, se non in un’astratta, irrealistica e, ormai, inattuale considerazione dei valori costituzionali in gioco, dai costi che quella stessa collettività, statale o regionale, è tenuta a sostenere nel moderno Stato sociale di diritto e nell’attuale fase di grave crisi economica, per una più ampia e soddisfacente fruizione di tale servizio da parte di tutti i cittadini, anche i meno abbienti, in nome e a tutela di un superiore principio di eguaglianza sostanziale*”.

L’affermazione ora riportata è incontestabile: un moderno sistema sanitario non può rimanere inerte di fronte alle esigenze dei bilanci pubblici, né possono la Corte e il legislatore rimanere sordi rispetto alle sirene d’allarme della crisi della finanza pubblica.

Purtuttavia, le convergenze parallele sulle quali ci si è mossi in Parlamento e a Palazzo della Consulta suscitano particolari perplessità.

La Lista 648 nasce come uno strumento inteso a garantire una *chance* di cura al malato per il quale non c’è un trattamento farmaceutico approvato. Il legislatore, di fronte a questa evenienza, ha inteso abbassare (seppure con le particolari cautele sopra descritte) il livello di sicurezza ritenuto indispensabile per la dispensazione del farmaco, pur di consentire il trattamento di pazienti che, altrimenti, rimarrebbero senza cura. Tra il rischio del trattamento farmacologico non verificato secondo gli ordinari *standard* dettati dalla legge e il rischio dell’inerzia davanti al decorso di una malattia, in maniera del tutto ragionevole il legislatore ha scelto di esporsi al primo, pur assumendo particolari cautele che evitino all’ordinamento lo “*sconfinamento nello sperimentalismo, nell’empirismo, nel soggettivismo*”, dato che “*la libertà di diagnosi e di cura trova la sua essenziale delimitazione nella corrispondenza a canoni scientifici che connotano la perizia, la prudenza e la diligenza del medico*”, mentre “*il ricorso a tecniche terapeutiche non convenzionali, peraltro neppure accettate nel contesto farmacologico europeo, è in*

*contrasto con il principio per cui il medico, nell'esercizio della professione, deve attenersi ad aggiornate e sperimentate acquisizioni scientifiche*⁴⁴.

L'utilizzo della Lista 648 per consentire il governo e il contenimento della spesa farmaceutica, dunque, risulta estraneo alla *ratio* dell'art. 1, comma 4, del d.l. n. 536 del 1996 e, di per ciò solo, mette a rischio il perseguimento della finalità per cui il legislatore ha introdotto tale istituto.

Tanto risulta confermato anche dalla giurisprudenza europea maturata nell'interpretazione della Dir. 6 novembre 2001, n. 2001/83/CE⁴⁵. L'art. 5 della direttiva disciplina le deroghe possibili all'obbligo di autorizzazione per la commercializzazione di un farmaco, stabilendo che *«uno Stato membro può, [...] per rispondere ad esigenze speciali, escludere dall'ambito di applicazione della presente direttiva i medicinali forniti per rispondere ad un'ordinazione leale e non sollecitata, elaborati conformemente alle prescrizioni di un operatore sanitario autorizzato e destinati ad un determinato paziente sotto la sua personale e diretta responsabilità»*.

A tal proposito la Corte di giustizia ha affermato che *«la nozione di «esigenze speciali», menzionata all'articolo 5, paragrafo 1, di tale direttiva, si riferisce unicamente a situazioni individuali giustificate da considerazioni mediche e presuppone che il medicinale sia necessario per rispondere ai bisogni dei pazienti»*, sicché *«le considerazioni finanziarie [degli Stati membri] non possono, di per sé, condurre a riconoscere l'esistenza di siffatte esigenze speciali idonee a giustificare l'applicazione della deroga prevista all'articolo 5, paragrafo 1, di detta direttiva»*⁴⁶.

Più che il rigore della Corte di Lussemburgo, a fornire la corretta chiave di lettura del caso *Avastin-Lucentis* è il provvedimento sanzionatorio dell'AGCM⁴⁷, che ha evidenziato che i maggiori costi a carico del SSN per il trattamento delle maculopatie degenerative sono stati cagionati dal fatto che, nonostante le evidenze scientifiche raccolte, *«non risulta che Roche abbia mai avviato le procedure dinanzi alle diverse autorità regolatorie competenti per ottenere il riconoscimento*

⁴⁴ Così Comm. Centr. Es. Prof. Sanitarie, dec. 21 giugno 2010, n. 21, in MINISTERO DELLA SALUTE, *Giurisprudenza della Commissione Centrale per gli Esercenti le Professioni Sanitarie*, a cura di M.T. Camera e R. Dati, 2010, 10.

⁴⁵ Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio recante un codice comunitario relativo ai medicinali per uso umano, attuata dalla Repubblica Italiana con il d.lgs. 24 aprile 2006, n. 219.

⁴⁶ CGUE, Sez. III, sent. 29 marzo 2012, C-185/10, *Commissione c. Polonia*, §§ 34 e 38. V. anche le Conclusioni dell'A.G. nella medesima causa, dep. in data 29 settembre 2011: *«l'art. 5, n. 1, della direttiva 2001/83 non concerne l'organizzazione del sistema sanitario o il suo equilibrio finanziario. Si tratta di una disposizione derogatoria specifica applicabile a casi particolari per rispondere ad esigenze speciali. Pertanto, a mio parere, non può essere interpretata nel senso che consente l'importazione e l'immissione in commercio di medicinali equivalenti meno cari per il fatto che il paziente (o il regime di assicurazione malattia) non può assumersi il costo dei medicinali autorizzati disponibili»*. L'orientamento segnalato è stato anticipato, seppure in maniera più sfumata, anche in CGUE, Sez. II, sent. 8 novembre 2007, C-143/06, *Ludwigs Apotheke*, spec. § 21.

⁴⁷ Di cui si è detto *supra*, sub § 1.6.

*nel relativo RCP dell'impiego di Avastin anche per la cura di patologie della vista, e poter così procedere al suo sfruttamento commerciale in tale settore*⁴⁸.

Ciò sta a significare che il problema del contenimento e governo della spesa farmaceutica non trova (e non può trovare) soluzione nella disciplina che regola la dispensazione di un farmaco *off label* a carico dello Stato (disciplina che persegue altri interessi e diverse finalità), bensì in quella che regola l'iniziativa nel procedimento di autorizzazione all'immissione in commercio di un farmaco.

Laddove vi siano sufficienti elementi per consentire l'estensione di un'AIC ad un'ulteriore indicazione terapeutica e il titolare dell'Autorizzazione non intenda chiedere tale estensione, l'ordinamento deve essere messo in condizione di (re)agire, evitando quello che, in termini economici, può essere considerato un chiaro *"fallimento del mercato"*⁴⁹.

Un tentativo in tal senso è stato posto in essere dal Governo proprio con il d. l. n. 36 del 2014, la cui originaria formulazione recava un comma, poi soppresso in sede di conversione, che stabiliva che, *"nel caso in cui l'Autorizzazione all'immissione in commercio di un medicinale non comprenda un'indicazione terapeutica per la quale si ravvisi un motivato interesse pubblico all'utilizzo, l'Agenzia Italiana del Farmaco può procedere [...] alla registrazione della medesima, previa cessione a titolo gratuito al Ministero della salute dei diritti su tale indicazione da parte del titolare dell'AIC o altro avente causa. Qualora il titolare dell'AIC o altro avente causa dichiari di voler procedere direttamente alla registrazione dell'indicazione di interesse, sono definiti con l'Agenzia Italiana del Farmaco i termini e le modalità di avvio degli studi registrativi relativi alla medesima indicazione. Nel caso in cui il titolare dell'autorizzazione all'immissione in commercio o altro avente causa si opponga immotivatamente alla registrazione dell'indicazione terapeutica di interesse pubblico ne viene data adeguata informativa nel sito istituzionale dell'AIFA"*.

La previsione ora riportata è stata criticata dentro e fuori le Aule parlamentari. In particolare, è stato constatato che la procedura ivi prevista (effettivamente farraginoso e potenzialmente in grado di risolversi in una mera pubblicità negativa per l'industria farmaceutica) non risultava *"del tutto efficace, in quanto sostanzialmente rimette all'azienda farmaceutica di decidere se acconsentire o meno a che si giunga all'approvazione dell'indicazione terapeutica di «interesse pubblico»"*⁵⁰. Più voci hanno dunque suggerito al Parlamento di lasciare la

⁴⁸ AGCM, proc. I760, Provv. 17 febbraio 2014, n. 24823, *Roche-Novartis/Farmaci Avastin e Lucentis*, § 17.

⁴⁹ Sul punto cfr. S. GARATTINI, *Cambiare le norme UE*, in *Il Sole24Ore Sanità*, 24 marzo 2014. L'A. si chiede *"cosa fare quando l'industria a cui appartiene il prodotto da un lato si oppone all'off label mentre dall'altro non fa nulla per legittimare l'uso del suo prodotto per un'indicazione d'interesse pubblico?"*.

⁵⁰ Così il *Parere* della Commissione parlamentare per le questioni regionali, pubbl. in *Boll. Giunte e Comm. Parl.* del 16 aprile 2014, 303. Si v. anche il *Parere* della Commissione Politiche

strada maestra della regolamentazione della procedura di estensione dell'AIC per avviarsi per la "scorciatoia" dell'utilizzo della Lista 648⁵¹, scelta di fatto avallata anche dalla Corte costituzionale nella sent. n. 151 del 2014, con le conseguenze che si è tentato di descrivere nei paragrafi precedenti.

Invece, era l'intuizione originaria del Governo a cogliere effettivamente nel segno, nel senso che il problema del rapporto tra contenimento della spesa farmaceutica e necessità di utilizzare un farmaco per ulteriori indicazioni terapeutiche può essere correttamente risolto solo rendendo possibile un'indicazione autorizzata di un farmaco "anche attraverso la richiesta da parte di gruppi indipendenti, della comunità scientifica e delle autorità di salute pubblica"⁵². Una soluzione che non sembra trovare ostacoli nel diritto europeo⁵³ e che può essere giustificata e considerata legittima ai sensi dell'art. 41, comma 2, Cost.

Al proposito, può essere presa a prestito l'elaborazione dottrina e giurisprudenziale in tema di obbligo legale a contrarre. Porre, in capo al titolare del brevetto farmaceutico, l'obbligo di legge di ottenere un'AIC estesa, equivale a sancire un dovere di negoziare con la pubblica Amministrazione, non nelle forme classiche dell'autonomia contrattuale, bensì in quelle pubblicistiche del procedimento amministrativo. In termini sostanziali, poi, in entrambi i casi, sotteso alla disposizione di legge, vi sarebbe la qualificazione di una forma di esercizio dell'impresa che, per una condotta omissiva, risulta contrastare con "l'utilità sociale". Anche nel caso di specie, si deve considerare che "le prestazioni offerte da determinati imprenditori costituiscono talora strumento necessario per esercitare situazioni giuridiche costituzionalmente protette", sicché non può escludersi che il rifiuto offrire tali prestazioni "costituisca atto lesivo della sicurezza, libertà o dignità umana o contrastante con l'utilità sociale"⁵⁴.

dell'Unione europea della Camera dei deputati, in Boll. Giunte e Comm. Parl. 17 aprile 2014, 110: "valuti la Commissione di merito l'opportunità, con riferimento al requisito della assenza di altra alternativa terapeutica nell'ambito dei farmaci autorizzati, di allineare la disciplina introdotta dall'articolo 3, comma 1, del decreto-legge in esame, con la disciplina generale di cui all'articolo 1, comma 4 del decreto-legge n. 536 del 1996, convertito in legge n. 648 del 1996".

⁵¹ Va segnalato, per l'autorevolezza degli Autori, l'intervento di N. DIRINDIN ET AL., *Avastin-Lucentis: il dl Lorenzin non risolve il problema anzi paradossalmente lo complica*, in *Il Sole24Ore Sanità*, 31 marzo 2014. Il commento, particolarmente duro nei confronti dell'ipotesi del Governo e convinto della soluzione *off label*, reca le firme di un Senatore e docente universitario in materie economiche, di alcuni alti funzionari della Regione Emilia-Romagna nonché dell'Avvocato rappresentante della medesima Regione nel procedimento I760 dell'AGCM.

⁵² S. GARATTINI, *Cambiare le norme UE*, cit.

⁵³ Né la Dir. n. 2001/83/CE né il Reg. (CE) 31 marzo 2004, n. 726/2004 "che istituisce procedure comunitarie per l'autorizzazione e la sorveglianza dei medicinali per uso umano e veterinario, e che istituisce l'agenzia europea per i medicinali", infatti, prescrivono che l'AIC di un farmaco possa essere richiesta solamente dal titolare dei diritti di privativa industriale sul principio attivo utilizzato. Al contrario, per quanto le fonti citate presuppongono, di fatto, l'identità tra richiedente l'AIC e soggetto titolare dei diritti di fabbricazione del farmaco, va notato che la nozione di "richiedente" l'AIC è lasciata priva di definizione dalla normativa europea, che, anzi, contempla l'ipotesi di distinzione tra richiedente e fabbricante del farmaco (cfr. art. 8 della cit. Dir. n. 2001/83/CE).

Se così è, vale allora l'insegnamento della Corte costituzionale, che i vincoli che assicurano che l'attività economica non si svolga in contrasto con l'utilità sociale sarebbero "fatalmente scavalcata o elusi in un ordinamento che consente l'acquisizione di posizioni di supremazia senza nel contempo prevedere strumenti atti ad evitare un loro esercizio abusivo"⁵⁵.

In conclusione, pare potersi affermare che anche un intervento come quello qui ipotizzato rientrerebbe tra le tante "figure interventistiche" ammesse dalla clausola, di "irriducibile poliedricità", dell'utilità sociale⁵⁶. L'intervento qui ipotizzato, poi, avrebbe il vantaggio di non inquinare, con elementi di valutazione estranei all'ambito medico-sanitario, il procedimento di aggiornamento della Lista 648.

Occorre considerare, infatti, che, in un settore particolarmente complesso come quello medico-sanitario, in cui frequentemente vengono in conflitto principi e interessi di rilievo costituzionale difficilmente coniugabili dal punto di vista sostanziale e in cui ogni decisione deve essere periodicamente soggetta a verifica, il migliore contenimento degli stessi interessi si dà attraverso un procedimento amministrativo che ne imponga il confronto e la ponderazione. Come si è già accennato, a questo proposito la Corte costituzionale ha più volte affermato di essere "consapevole [...] dell'essenziale rilievo che, in questa materia, hanno gli organi tecnico-scientifici"⁵⁷, chiamati a verificare "l'adeguatezza delle scelte terapeutiche e l'osservanza delle cautele necessarie"⁵⁸.

Ciò considerato, è compito del legislatore disegnare procedimenti aperti, inclusivi, permeabili ai soggetti pubblici e privati in grado di offrire dati di fatto o considerazioni discrezionali utili per il decisore pubblico. Ma tali procedimenti devono anche essere orientati da criteri di valutazione tali da non inquinare proprio la qualificazione tecnico-scientifica dell'organo e la natura specifica dell'accertamento ad esso riservato. È in questa prospettiva che la valutazione della "valida alternativa terapeutica" sulla base di ragioni economiche viene a scardinare la delicata trama dei poteri confidati all'AIFA nell'asseverazione dei farmaci suscettibili di erogazione *off label* e ad eludere la *ratio* sottesa a tali poteri. Un equilibrio che viene sacrificato sull'altare del contenimento della spesa pubblica.

Compito della Corte costituzionale, invece, in nome degli artt. 3, 32 e 97 Cost., sarebbe stato quello di difendere e preservare sia la natura degli organi tecnico-scientifici su cui l'ordinamento tanto fa affidamento, sia le relative caratteristiche dei procedimenti amministrativi che li impongono. Tanto, semmai,

⁵⁴ M. LIBERTINI, P.M. SANFILIPPO, *Obbligo a contrarre*, in *Dig. Disc. Civ.*, Torino 1995, ed. inf.

⁵⁵ Corte cost., sent. n. 241 del 1990, proprio in tema di obbligo di contrarre.

⁵⁶ Cfr. A. BALDASSARRE, *Iniziativa economica privata*, in *Enc. Dir.*, Vol. XXI, Milano 1971, 603 e 608.

⁵⁷ Sent. n. 185 del 1998.

⁵⁸ Sent. n. 282 del 2002.

anche indicando al legislatore una valida strada (effettivamente percorribile, come si è visto) per contemperare tale esigenza con quella della finanza pubblica.

Proprio per questo profilo la sent. n. 151 del 2014 appare particolarmente problematica. La prima parte della pronuncia, nel garantire alle Regioni la possibilità di avviare l'iniziativa per l'inserimento dei farmaci nella Lista 648, si pone proprio nella prospettiva segnalata. La seconda parte, al contrario, nell'interpretare la clausola della "*valida alternativa terapeutica*" sulla base delle esigenze finanziarie dello Stato, ribalta tale prospettiva, esponendosi alle obiezioni sopra indicate.

RECENSIONI

PRIVACY: UN DIRITTO INESISTENTE?

Riflessioni a margine di Michele Bocchiola,

Privacy. Filosofia e politica di un concetto inesistente, Roma 2014

Simone Scagliarini

1. La tesi provocatoria sostenuta nel libro di Michele Bocchiola «*Privacy*» è ben evidenziata fin dall'eloquente sottotitolo «*Filosofia e politica di un concetto inesistente*». In effetti, il testo guida il lettore ad un originale – quanto meno nel panorama italiano – tentativo di dimostrare l'inesistenza sul piano filosofico (e quindi l'inutilità sul piano pratico) di un onnicomprensivo concetto di privacy, per ricondurre invece le fattispecie che normalmente ad essa si riferiscono ai tre specifici, diversi ed autonomi concetti di solitudine, intimità ed anonimato.

Per fare questo, il testo prende avvio da una ricognizione dei problemi per la cui risoluzione viene oggi utilizzata la privacy, sottolineando come la rapida evoluzione, soprattutto sul piano delle tecnologie della comunicazione, degli ultimi anni abbia modificato solo, per così dire, l'entità e la rilevanza di tali problemi, i quali tuttavia rispecchiano ancora, nella sostanza, quel-

li che già in precedenza ricercavano una risposta attraverso la tutela della riservatezza. Ma tali problemi – ed è questo il punto da cui parte l'analisi dell'Autore – consistono in una congerie così eterogenea di situazioni da comportare, come significativa conseguenza, l'estrema difficoltà di definire la privacy, compito cui normalmente, proprio per questo, è dedicata la parte iniziale dei libri che trattano del tema. Non così, però, l'opera in commento, poiché, come già sottolineato, il suo obiettivo è la dimostrazione dell'inesistenza stessa del concetto, secondo un approccio che l'Autore definisce «scettico», in contrapposizione al «fondamentalismo della privacy», consistente nell'affermarne la posizione di valore fondamentale e di diritto inalienabile dell'individuo, nonché all'approccio «coerentista», che legge nella privacy un insieme di principi morali derivati, accomunati però da caratteristiche comuni.

Al fine di raggiungere questo

obiettivo, i successivi capitoli mirano ad introdurre nel metodo (il secondo) ed a ricostruire nei suoi vari svolgimenti di merito (il terzo) l'analisi filosofica del concetto di privacy, riportando le tesi emerse in letteratura a quattro possibili definizioni con un livello crescente di precisione e puntualizzazione (dall'originario diritto ad essere lasciati soli alla privacy come controllo dell'accesso di terzi a dati che riguardano la persona, passando per l'autonomia decisionale e la limitazione all'accesso alle informazioni personali). Di ciascuna tesi riportata vengono evidenziati pregi e difetti rispetto alle altre.

A questo punto la trattazione entra nel vivo e, per dimostrare l'inesistenza della privacy, l'Autore compie due passaggi.

In primo luogo, egli argomenta che non vi è alcun interesse (o almeno non ve n'è uno solo unitariamente identificabile, il che è la stessa cosa) sotteso al concetto in esame, ma solo un insieme talmente eterogeneo di interessi da impedire la *reductio ad unum* sotto la comune etichetta di privacy. In tal senso, il libro richiama la ricostruzione di Prosser, su cui torneremo brevemente in seguito, il quale, partendo dall'analisi di casi giudiziari statunitensi riferiti alla privacy, evidenzia come vengano surrettiziamente ricompresi nella nozione *de qua* aspetti che, a ben vedere, rappresentano invece profili che possono

essere meglio ricondotti ad altri diritti, come l'onore o la proprietà, o addirittura che non hanno attinenza alcuna alla riservatezza.

Ma – avverte giustamente Bocchiola – ciò ancora non basta, perché – e qui inizia il secondo passaggio del suo argomentare – occorre anche provare che ogni caso spiegato attualmente con riferimento al concetto qui assunto come inesistente può in realtà essere ricondotto con maggior rigore e coerenza ad uno alternativo. Così, in questa sorta di *pars construens*, l'Autore si pone l'interrogativo di quali siano le possibili soluzioni ai problemi di cui la privacy vorrebbe rappresentare la risposta, perché, se questa è inesistente, reali e concreti sono invece le esigenze di protezione *lato sensu* della riservatezza, che in qualche modo occorre soddisfare.

Sul punto, come si è già accennato, la proposta è che in luogo di privacy si parli di solitudine, intesa come la condizione di separazione volontaria ricercata da ogni individuo, di intimità, ovvero la ricerca di uno spazio in cui condividere momenti di confidenza, ed infine di anonimato, inteso quale pretesa di indifferenza da parte dei terzi nella sfera pubblica. Concetti, questi, che si muovono a livelli diversi (individuale, relazionale e pubblico) ed a protezione di beni di natura difforme (rispettivamente morale, sociale e politica). Con il che – conclude l'Autore – si fa maggiore chiarezza

concettuale su tre nozioni che solo occasionalmente e non necessariamente presentano sovrapposizioni e punti di contatto, rendendo inutile (secondo la tesi che egli definisce «forte» della sua teoria, che afferma la totale inesistenza della privacy e, in sua vece, l'esistenza dei tre diversi concetti prima ricordati irriducibili ad unità e solo casualmente talora sovrapponibili) o quanto meno da rivedere (nella formulazione chiamata «debole» della stessa, per la quale la privacy rappresenterebbe soltanto «una sorta di nome collettivo» in grado di raccogliere al proprio interno molte concezioni diverse ma connesse) il concetto di privacy, utile, in quest'ultima prospettiva, solamente a livello meramente retorico.

2. La tesi sostenuta nell'opera in commento, pur qui riferita con l'approssimazione che la necessità di sintesi inevitabilmente comporta, è indubbiamente affascinante, oltre che esposta con rigore logico ed argomentativo, ma, ciò nonostante, nel merito la conclusione raggiunta non ci sembra pienamente convincente, sia pure con la doverosa premessa – speculara a quella che Michele Bocchiola svolge nel testo – che le riflessioni che qui sviluppiamo attengono al piano più strettamente giuridico, il quale tuttavia, sul tema, ci sembra essere strettamente legato a quello filosofico e, benché distinto, pur inestricabilmente ad esso connesso.

Andando direttamente al cuore della questione, è proprio vero che solitudine, intimità ed anonimato sono concetti diversi ancorché occasionalmente sovrapponibili? A nostro avviso no, perché ci pare, al contrario, che tutti e tre siano solo differenti profili dell'unico concetto di privacy, intesa quale condizione di esclusione di altri dalla propria sfera individuale e personale, laddove a variare ci sembra siano soltanto il contesto (pubblico nel caso dell'anonimato a differenza che negli altri due) e l'intensità dell'esclusione, che sarebbe assoluta nel caso della solitudine, relativa nel caso dell'intimità e circoscritta sotto il profilo oggettivo nel caso dell'anonimato (cioè si vogliono e possono escludere terzi solo da alcuni comportamenti o azioni per i quali ciò è possibile rispetto a quanto avviene in luogo pubblico). Insomma, a noi sembra che quelli che l'Autore individua come concetti distinti si presentino piuttosto come diverse manifestazioni e declinazioni dell'unico concetto di privacy come più sopra inteso, le cui differenze attengono al piano quantitativo e non qualitativo.

Del resto, nemmeno crediamo possa rappresentare un valido elemento per sostenere la tesi dell'Autore del libro di cui trattiamo la circostanza che la tutela della privacy abbia natura strumentale alla garanzia di altre situazioni soggettive, queste, sì, esistenti, ma autonome e

diverse rispetto ad essa (tanto da indurre Bocchiola a parlare della privacy, a tutto concedere, come «un *cluster*» di diritti). Anche nella dottrina giuridica, in effetti, non sono mancate voci¹, le quali, assumendo sostanzialmente la stessa posizione che Bocchiola propugna sul piano filosofico, hanno negato che si possa o comunque si debba parlare della riservatezza come autonomo diritto della personalità, configurandola esclusivamente in termini di presupposto necessario per garantire il pieno godimento, *ex art. 3*, comma 2, Cost., di diversi, se non di tutti, i diritti costituzionali. In questo senso si è fatto ricorso all'efficace metafora della «costellazione di diritti»², a voler significare che, come la costellazione non corrisponde ad un'entità autonoma, ma costituisce una costruzione astratta, la cui esistenza si giustifica solo in forza ed a causa della presenza delle singole stelle che la compongono, così la riservatezza non esisterebbe come diritto a sé, ma la sua tutela deriverebbe da una necessità logica affinché sia realmente possibile la garanzia di tutte quelle situazioni soggettive che la sottendono.

Tuttavia, a nostro avviso, quello di privacy, depurato di situazioni affini impropriamente ad esso ricondotte (su cui vedi *infra*), ha un proprio oggetto autonomamente identificabile, corrispondente, come si è detto, a tutto ciò che riguarda la possibilità, per un individuo, di iso-

larsi dal contesto sociale, decidendo in totale libertà se e quali informazioni personali condividere ed eventualmente con quale intensità (ovvero in via confidenziale, solo con alcuni soggetti liberamente decisi dall'interessato, oppure con la generalità dei consociati). Ma se è così, si può (e si deve) identificare un concetto unitario, per quanto variegato, di privacy, la cui tutela, sul piano giuridico, trova cittadinanza (e rango costituzionale) attraverso un procedimento ermeneutico che porta ad ampliare il significato delle norme costituzionali al fine di raggiungere il pieno sviluppo della persona umana come obiettivo ultimo dell'azione statale. Così che resta, a questo punto, indifferente che il meccanismo attraverso il quale avviene tale riconoscimento sia l'individuazione, grazie all'art. 2 Cost., di un diritto nuovo rispetto alle libertà codificate (ma pur sempre in connessione con queste, secondo la lettura «intermedia» della disposizione costituzionale in questione), ovvero sull'art. 3 cpv. Cost., individuando nella privacy solo un aspetto strumentale delle predette libertà, dato che, in entrambi i casi, la conclusione cui si perviene porta a valorizzare, in nome del principio personalista che in queste disposizioni si esprime, la portata dei diritti previsti in Costituzione anche oltre la lettera del testo.

Senonché, pur in questa prospettiva, a noi pare comunque pre-

feribile configurare il diritto alla riservatezza come una specifica ed autonoma situazione soggettiva – anziché pensare ad una costruzione astratta che tiene insieme aspetti di singole libertà nominate, come l'immagine della costellazione suggerisce – per il fatto che così esso può entrare con una propria (sufficientemente) definita fisionomia in un giudizio di bilanciamento con altri interessi di rango costituzionale. Insomma, se la privacy ha, come crediamo, un contenuto essenziale suo proprio, ciò consente di individuarla come autonomo diritto, in cui si esprime un interesse distinguibile da quello delle libertà enunciate dalle disposizioni da cui essa origina, senza ridursi ad un ruolo meramente ancillare rispetto a quelle: il che, a nostro avviso, fa propendere per la tesi che si tratti di un vero e proprio nuovo diritto e non solo di un diverso profilo dei diritti di libertà ricavabile da una loro interpretazione estensiva.

Laddove, peraltro, sul piano più strettamente positivo, a ciò non osta nemmeno il fatto che questo diritto si tragga da una pluralità di disposizioni, perché se è vero che questo è possibile anche per i diritti nominati³, *a fortiori* ciò vale per quelli che si ricavano implicitamente dal testo della Carta fondamentale, senza che questo faccia venir meno la possibilità di ricostruire in termini unitari una fattispecie normativa.

Inoltre, l'affermazione di un autonomo concetto (e diritto) alla privacy si fonda anche su di un motivo utilitaristico per cui, tendendo la scienza giuridica, come altre scienze sociali e non solo, alla semplificazione, sembra più opportuno leggere le (innegabilmente varie e multiformi) manifestazioni della riservatezza come un insieme di facoltà ascrivibili ad un'unica situazione soggettiva, cui corrisponde pur sempre un concetto definito, in grado di assurgere a diritto fondamentale (lo sottolinea Stefano Rodotà nella sua Prefazione al volume che commentiamo), in grado di entrare, come si è detto, in un giudizio di bilanciamento. Del resto, sul piano costituzionale la distinzione tra diritti e facoltà è assai meno rigorosa di quanto avviene in ambito civilistico, e non è raro che i diritti si presentino come situazioni declinabili in modi talora anche molto diversificati (e soggetti ad una evoluzione ed un ampliamento costanti nel trascorrere del tempo). Basti citare il caso della libertà personale, da tempo definita in dottrina come «libertà-situazione» dalle multiformi e variegata estrinsecazioni⁴, non solo nel significato tradizionale di libertà fisica, ma anche quale libertà morale, intesa come assenza di costrizioni che impediscono di tenere determinati comportamenti, non lesivi di altre situazioni soggettive. In questo senso, anche a voler aderire alla tesi di Bocchiola, l'acce-

zione preferibile sarebbe eventualmente quella «debole», dato che consente, almeno sul piano retorico, di continuare a parlare di privacy come di un concetto unitario.

3. Nonostante le perplessità che abbiamo espresso circa la conclusione «scettica» raggiunta nel libro in commento, riteniamo però che esso meriti un'attenta lettura ed un notevole apprezzamento, oltre che per la chiarezza e la linearità del ragionamento condotto dall'Autore, almeno per due buone ragioni.

Anzitutto, ci sembra opportuna e pienamente condivisibile la critica di Bocchiola alla nozione di privacy per come conosciuta nell'ordinamento statunitense quale concetto davvero onnicomprensivo, anche di situazioni che effettivamente sul piano concettuale non implicano alcun riferimento alla riservatezza.

Così è, per riprendere un esempio citato nell'opera di Prosser che, come riferito in precedenza, anche l'Autore riporta, per la tutela della reputazione (o del diritto all'onore, in termini strettamente giuridici) che, se può presentare accidentalmente una sovrapposizione con la privacy laddove siano divulgati fatti riservati e disonorevoli, protegge però in modo diretto un bene diverso, quale la considerazione sociale della persona, per cui potrebbero esservi in ipotesi atti lesivi della riservatezza che tuttavia non arrecano alcuna limitazione, ed anzi

vanno a vantaggio, della reputazione, come la diffusione della notizia riguardante lo svolgimento di un'azione moralmente lodevole⁵.

Insomma, se non ci convince a pieno la conclusione totalmente «scettica» dell'Autore circa l'inesistenza del concetto di (e quindi del diritto alla) privacy, aderiamo invece pienamente al metodo rigoroso che egli segue ed all'idea che occorra un'opportuna chiarezza concettuale, evitando di confondere nozioni eterogenee sotto l'etichetta in parola.

Il discorso è a nostro avviso estremamente rilevante in ambito giuridico, perché significa che occorre vigilare per non rischiare di offrire una tutela indiscriminata ad un troppo generico diritto alla privacy dai confini talmente laschi da finire per inglobare qualunque richiesta individuale di tutela, elevandola immediatamente al rango di diritto costituzionale. Insomma, applicando il rigore suggerito da Bocchiola al piano giuridico-costituzionale, si giunge alla opportuna conclusione che, nel riconoscere un nuovo diritto, bisogna pur sempre muoversi nell'ambito della cornice assiologica tracciata dalla Costituzione, evitando di introdurre nel nostro ordinamento una situazione soggettiva in cui, come nel diritto alla privacy nell'accezione propria dell'esperienza nordamericana, far confluire ogni impulso individuale, ben aldilà di quanto il testo costitu-

zionale consente pur nella sua doverosa interpretazione estensiva ed evolutiva⁶. Del resto, analogamente, già in passato in dottrina si era sostenuta la tesi, a nostro avviso condivisibile, per la quale andrebbe rifiutata l'idea di un generale diritto alla libertà «da definirsi in termini sempre più ampi, via via che si avverte il bisogno, o la convenienza, o l'utilità di comportamenti contrastati da ostacoli legali»⁷.

In questa prospettiva, il formante sovranazionale del diritto alla riservatezza, rappresentato soprattutto dall'art. 7 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea⁸ e dall'art. 8 CEDU, ove non adeguatamente inquadrato nel disegno generale della Costituzione – ma anche, a ben vedere, della stessa CEDU, che pure configura la libertà in questione come diritto passibile di limitazioni e soggetto a bilanciamento – per la sua indeterminatezza e l'interpretazione estensiva che ne è stata data, è il fattore di rischio principale verso una deriva che riteniamo pericolosa. Perché porta a fargli assumere proprio questo significato di generale diritto alla autodeterminazione, così che ogni istanza individuale di tutela rischia di venire assunta, sotto la veste del diritto alla vita privata, a rango di diritto costituzionale e di essere fatta prevalere rispetto ad altri interessi costituzionalmente protetti. Con il pericolo che «la lotta per i diritti che in questo periodo storico

si gioca in uno spazio dai confini fluttuanti non ottenga come risultato la *crisi dei diritti*»⁹.

Un secondo e principale motivo che ci spinge ad apprezzare particolarmente il libro di Bocchiola è il fatto che esso si pone in contrasto con quello che egli definisce, con un'espressione quanto mai efficace già in precedenza ricordata, il «fondamentalismo della privacy», quale tendenza culturale oggi dominante, salvo una dottrina minoritaria cui abbiamo ritenuto di dare anche il nostro modesto contributo¹⁰, che tende alla ipervalutazione del concetto (e, sul piano giuridico, del diritto) in parola. Da questo punto di vista il testo che recensiamo, con la forte conclusione «scettica» cui giunge, è di notevole interesse per dare un deciso segnale sul piano culturale ed aprire una seria riflessione non apoditticamente ed acriticamente orientata ad una tralaticia retorica dei diritti.

Anzitutto, infatti, l'analisi di Bocchiola ha l'indubbio pregio di aprire uno scorcio su di un dibattito in atto – e non da pochi anni – tra gli autori nordamericani, ove tesi come la sua non suonano certo come bizzarre. Le si condividano o meno, le posizioni scettiche sulla privacy sono pur sempre espressione di correnti di pensiero con cui fare i conti e che stimolano un'importante riflessione sul rischio insito nel dare per scontati concetti (presto trasformati in diritti fonda-

mentali) anziché vagliarne criticamente la consistenza.

Non solo, ma – ed è un altro punto a favore del testo – lo scetticismo sulla privacy porta a prendere coscienza, in quanto si tratta di conseguenza scontata e connaturata ad una simile prospettiva, del fatto che non può attribuirsi una protezione assoluta alla riservatezza, ma che essa deve essere bilanciata con altri interessi ed esigenze di pari rango. Si tratta di un'affermazione che si ritrova in diversi passaggi del libro di Bocchiola, il quale dimostra di considerare come indiscussa la necessità del bilanciamento tra privacy ed interessi di carattere generale. L'affermazione è importante, perché, a nostro avviso, se la riservatezza merita indubbiamente protezione, il fatto che tale tutela non debba essere assoluta, dovendosi ponderare la privacy con altri interessi generali, è invece un'affermazione che, pur non essendo mai formalmente negata né posta in discussione da alcuno, viene tuttavia non di rado smentita nei fatti, dove, perlomeno nei rapporti verticali tra individuo ed istituzioni, spesso si finisce per ravvisare

nella riservatezza un bene di tale importanza da prevalere rispetto ad interessi pubblici o diffusi. E qui, ad integrazione della letteratura «scettica» riportata da Bocchiola, si potrebbero citare gli autori nordamericani ascrivibili alla corrente sociologica dei *Communitarians*¹¹, secondo cui occorre bilanciare con cura diritti individuali e responsabilità sociali, laddove invece la privacy nella società attuale è un bene che gode, almeno in alcune ipotesi, di una tutela privilegiata rispetto ai primi.

Insomma, concludendo, si accolga o meno il risultato scettico cui perviene l'indagine di Bocchiola nel negare l'esistenza del concetto di privacy, il libro ha l'indubbio pregio di presentarsi come una voce coraggiosa nel panorama culturale del nostro Paese, che chiunque si occupi di tematiche in qualche misura correlate al tema, dovrebbe prendere – a nostro avviso – in attento esame per riflettere sulla effettiva portata del concetto cui si intende dare riconoscimento, anche giuridico, e sul suo inquadramento sistematico rispetto ad altri interessi che costituiscono oggetto di tutela.

NOTE

¹ Tra i primi ad esprimersi in tal senso, v. M. MAZZIOTTI, *Appunti sulla libertà di manifestazione del pensiero nell'ordinamento italiano*, in AA. VV., *Scritti su le fonti normative e altri temi di vario diritto in onore di Vezio Crisafulli*, vol. II, Padova, 1985, 540. In tempi più recenti P. COSTANZO, *La dimensione costituzionale della privacy*, in G. F. FERRARI (a cura di), *La legge sulla privacy dieci anni dopo*, Milano, 2008, 53, afferma che la tesi che fonda un diritto costituzionale alla riservatezza sulla base di «frammenti normativi» costituzionali sconta la difficoltà di un «trasferimento di senso dal piano strumentale a quello sostanziale delle garanzie di segretezza previste per taluni diritti dalla Costituzione».

² F. MODUGNO, *I "nuovi diritti" nella giurisprudenza costituzionale*, Torino, 1995, 20 ss.

³ Come insegna P. GROSSI, *I diritti di libertà ad uso di lezioni*, I, 1, Torino, 1991, 231.

⁴ Cfr. G. AMATO, *Art. 13*, in *Rapporti civili. Art. 13-20*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Bologna-Roma, 1977, 2.

⁵ Il rilievo è risalente nella dottrina giuridica; al riguardo, v. già G. GIAMPICCOLO, *La tutela giuridica della persona umana e il c. d. diritto alla riservatezza*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1958, 471 s.

⁶ In tal senso, già A. BALDASSARRE, *Diritti della persona e valori costituzionali*, Torino, 1997, 57, imputava alla privacy di essere la «maggior responsabile della inesauribile opera di creazione di presunti nuovi diritti».

⁷ Così, criticamente, G. AMATO, *Libertà: involucro del tornaconto o della responsabilità individuale?*, in *Pol. dir.*, 1990, 50 ss.

⁸ Accusata, non a caso, da M. CARTABIA, *L'ora dei diritti fondamentali nell'Unione europea*, in EAD. (a cura di), *I diritti in azione*, Bologna, 2007, 34, di spostare il baricentro dalla persona all'individuo «con accenti neoliberali nella tutela dei diritti che finora contraddistinguevano l'esperienza americana».

⁹ Così D. TEGA, *I diritti in crisi tra Corti nazionali e Corte europea di Strasburgo*, Milano, 2012, 182 ss.

¹⁰ Ci sia consentito rinviare a S. SCAGLIARINI, *La riservatezza e i suoi limiti. Spunti per un bilanciamento di un diritto preso troppo sul serio*, Aracne, Roma, 2013.

¹¹ Per tutti, cfr. la significativa opera di A. ETZIONI, *The Limits of Privacy*, New York, 1999.

ABSTRACT

Franco Modugno, *Al fondo della teoria dell'“interpretazione conforme alla Costituzione”*

Il Saggio analizza il complesso rapporto fra Corte costituzionale e giudici comuni nell'attività di interpretazione delle leggi in senso conforme a Costituzione, in particolare dall'angolo prospettico dell'interpretazione conforme a principi costituzionali.

Posto che la costruzione ed individuazione di questi ultimi spetta alla Corte costituzionale, l'Autore sottolinea come ciò però non escluda che l'operazione di interpretazione conforme possa ritenersi condivisa da tutti i giudici dell'ordinamento, sviluppando le fondamentali teoriche di tale affermazione. Tanto precisato, l'Autore delimita poi i rispettivi compiti, valutando le insuperabili differenze fra interpretazione conforme e disapplicazione della legge, nonché, ma criticamente, il cd. limite testuale dell'interpretazione conforme.

Le premesse teoriche così tracciate consentono di affrontare quindi il particolare rapporto fra interpretazione conforme e analogia, muovendo dallo studio dei casi relativi alla presunzione assoluta di adeguatezza della custodia cautelare in carcere e, più in generale, agli automatismi legislativi. Le sentenze, additive di principio, pronunciate dalla Corte costituzionale nei casi di specie, hanno infatti aperto all'eventualità che, alla dichiarazione di incostituzionalità di un principio ed alla sua “sostituzione” con uno differente, consegua la disapplicazione delle leggi che si poggiano sul primo, ossia la loro interpretazione conforme al “nuovo” principio.

Tali delicate problematiche vengono analizzate dall'Autore in relazione alla giurisprudenza della Corte costituzionale che è intervenuta sui requisiti di ammissibilità delle ordinanze di remissione, avvicinando sempre più il giudizio di non manifesta infondatezza della questione alla richiesta di dimostrazione di un convincimento del giudice *a quo* circa l'incostituzionalità della legge.

At the Bottom of the Theory of “Interpretation in Conformity with the Constitution”

The essay analyses the complex relationship between the Constitutional court and ordinary judges in the interpretation of the law in conformity with the Constitution, from the particular perspective of the interpretation consistent with constitutional principles.

Given that the construction and identification of the matters is up to the Constitutional Court, the Author stresses that it does not exclude, however, that the operation of consistent interpretation may be considered shared by all the judges of the legal system, developing the theoretical foundations of this claim. That specified, the Author defines the respective tasks of each judge, evaluating the insurmountable differences between consistent interpretation and non-application of the law, and, critically, the so called textual limit of the consistent interpretation.

The theoretical premises outlined allow then to address the particular relation between consistent interpretation and analogy, moving from case studies related to the absolute presumption of adequacy of pre-trial detention and, more generally, to legislative automatisms. The judgments of the Constitutional court in the referred cases, in fact, have prospected the eventuality that the declaration of unconstitutionality of a principle, and its “replacement” with a different one, may lead to the non-application of laws that were based on the first, through their interpretation in conformity with the “new” principle.

Such delicate issues are analysed by the Author in connection with the constitutional case law that decided about the eligibility of referral ordinances, drawing the judgment of non manifest groundlessness of the question closer and closer to a demonstration, by the referring judge, of a conviction about the unconstitutionality of the law.

Alessio Rauti, *La persona umana fra totalitarismo e Stato costituzionale. Prime riflessioni*

La transizione dai totalitarismi del novecento allo Stato costituzionale è caratterizzata dal riconoscimento della facilità con cui l'uomo può cadere preda delle passioni ed un intero popolo smarrire il senso del giudizio morale. Tale consapevolezza diviene un fattore essenziale per ogni processo di fondazione di sistemi democratici capaci di preservare e difendere la dignità della persona. In tal senso, il riconoscimento del carattere necessariamente *limitato* di qualsiasi presunto potere sovrano – ivi compreso (o forse proprio a partire da) quello popolare – diventa il punto di partenza imprescindibile per una democrazia *costituzionale* (appunto: *liberal democratica*). In essa, infatti, non solo si individua il *metodo* della decisione politica (la democratica regola di maggioranza), ma anche il limite di *competenza* (e, infine, di *legittimità*) del decisore, ovvero il complesso di vincoli che, secondo il liberalismo, devono valere per qualsiasi tipo di potere politico, democratico o autocratico. E, a differenza di quanto può insegnare la nota metafora di Ulisse, la democrazia costituzionale è sempre in viaggio: fin tanto che la forza del fatto non si abatterà irreversibilmente sulle istituzioni esistenti travolgendole, l'*eccezionalità* dell'emergenza dovrà essere affrontata con l'*ordinarietà* dell'equilibrio costituzionale.

Human Person between Totalitarianism and Constitutional State. First Reflections

The transition from the totalitarian regimes of the twentieth century to the Constitutional State is characterized by the recognition of the ease with which man can fall prey to the passions and an entire people lose the sense of moral judgment. This awareness becomes an essential element in any process of establishment of democratic systems able to preserve and defend the dignity of the person. The recognition of the limits inherent to any “sovereign” power, included *popular* sovereignty, becomes then the starting point of “constitutional” democracy (*i.e.*: liberal democracy). In fact, the aforesaid limits not only identify the *method* for political decision-making (the democratic majority rule), but also delimit the *authority* (and, thus, the *legitimacy*) of the decision-maker, namely the complex of constraints that, according to liberal theory, must curb any kind of political power, democratic or autocratic. Despite of the meaning of the well-known metaphor of Ulysses, constitutional democracy is always “on the road”: as long as “facts” do not crash on the existing institutions, the exceptional nature of the emergency must be tackled with the ordinariness of “constitutional balance”.

Marta Caredda, *Una responsabilizzazione sociale per l'Europa*

Il saggio affronta le problematiche conseguenze della separazione tra politica macroeconomica (affidata all'Europa) e politica sociale (di competenza degli Stati membri), affermando la necessità di effettuare il difficile bilanciamento tra rigore finanziario ed esigenze di solidarietà non solo nei contesti nazionali ma anche in quello europeo. L'Autrice individua alcune strade che potrebbero percorrersi per la promozione di garanzie sociali effettive in seno all'U.E., con uno sguardo alle posizioni che potrebbero assumere le Corti (europea e nazionali) qualora esse continuino a non rivelarsi tali; dedica, poi, uno spazio anche al ruolo che il cittadino potrebbe avere in tale ambito attraverso lo strumento dell'iniziativa legislativa.

A Social Responsibilization for European Union

The paper analyses the difficult balance between the new national budget constraints – the solution to face the financial crisis – and the protection of social rights in the European context. The European measures reflect on Welfare systems sustainability: to be coherent with the promised protection of social rights (art. 4, 5, 9 TFEU), the Union should undergo a process of “social responsibilization”. It may take different forms that the A. tries to identify. One should also consider the direct citizens’ initiative, in accordance to the Regulation 211/2011 procedure, as a way to stimulate European social intervention.

Maria De Benedetto, *Povertà, mobilit  sociale e regole del gioco*

Le politiche pubbliche di contrasto alla povertà sono state caratterizzate in passato da un duplice atteggiamento delle istituzioni. Da un lato, queste hanno perseguito il miglioramento delle condizioni di vita delle fasce di popolazione meno abbienti, insieme con obiettivi di mobilit  sociale. Dall'altro, hanno marginalizzato e burocratizzato la condizione di povert  la quale produce inevitabilmente anche insicurezza (affrontata in una logica di ordine pubblico) e inevitabilmente richiede prestazioni di sostegno (erogate in via amministrativa, al di fuori di un contesto di relazione).

I tradizionali strumenti del welfare, resi rigidi da un consunto impianto regolatorio e amministrativo e indeboliti dalla riduzione delle risorse finanziarie disponibili, non sembrano oggi pi  capaci di assicurare un efficace contrasto alla povert  n  di conseguire mobilit  sociale. Anzi, i pubblici poteri sembrano talvolta agire con durezza, ambiguit  o inettitudine, perseguendo politiche che – nel momento della loro formulazione – non considerano adeguatamente i propri possibili effetti.

Poverty, Social Mobility and Rules of the Game

Public policies to combat poverty have been characterised, in the past, by a double institutional approach. On one side, institutions have aimed to improve the life-style of the poor and to achieve their social mobility. On the other side, they have marginalised the condition of poverty which has been brought into bureaucratic mechanisms. Poverty, in fact, produces the need for public order activities and for various kinds of financial aid.

Traditional welfare – which has been made rigid by inadequate regulation and enforcement and weakened by a reduction of available financial resources – seems to be no longer capable of effectively combating poverty nor of achieving social mobility. Rather, public authorities sometimes seem to be too severe, ambiguous and unfit by adopting policies which do not sufficiently take into consideration their own possible consequences.

Roberta Lugarà, *Dall'umanizzazione del diritto penale alla penalizzazione dei diritti umani. Vittima e obblighi di tutela penale nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo*

Il contributo propone un'esame critico della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, che ha condannato gli Stati contraenti per non aver garantito un'adeguata tutela penale alle vittime di gravi violazioni dei diritti fondamentali attraverso l'introduzione, nei rispettivi ordinamenti, di fattispecie incriminatrici o di pene sufficientemente severe. L'articolo si propone di verificare la compatibilit  dell'individuazione in via interpretativa di obblighi di crimina-

lizzazione con la struttura del giudizio innanzi la Corte e con i principi sanciti dalla Convenzione in materia di diritto penale. Si analizzano poi i potenziali effetti della giurisprudenza in esame in termini di irrigidimento ed estensione dell'area del penalmente rilevante e di allontanamento delle scelte di criminalizzazione dal dibattito democratico e dal procedimento critico-dialogico proprio della teoria del "bene giuridico".

From the "Humanization" of Criminal-Law to the "Criminalization" of Human Rights. Victim and Criminal-Law Protection in the ECHR's Case Law

This paper offers a critical analysis of the European Court of Human Rights' case law on criminal-law protection of victims of core violations of fundamental rights. The Court of Strasbourg identifies criminal-law provisions and proportionate punishment as mandatory measures the States are bound to comply with in order to achieve effective deterrence. The recognition of such obligations appears inconsistent with the structure of the proceedings before the European Court of Human Rights and in potential contrast with the conventional principles on criminal law. Moreover, the development of this case law could lead to a departure of criminal policy from the democratic debate and to the extension of the punitive powers of the States driven by a merely symbolic use of criminal law.

Patrizio Ivo D'Andrea, *Dispensazione di farmaci off-label e contenimento della spesa farmaceutica (appunti a margine del caso Avastin-Lucentis)*

L'articolo ripercorre la vicenda della commercializzazione e della dispensazione a cura del Servizio sanitario nazionale (anche *off label*) dei farmaci Avastin e Lucentis, al fine di illustrare come il legislatore, la pubblica Amministrazione e la giurisprudenza amministrativa e costituzionale abbiano affrontato il tema dell'impiego *off-label* dei farmaci nella prospettiva del contenimento della spesa farmaceutica pubblica. Dopo aver esaminato l'evoluzione della legislazione e della prassi seguita dalle Amministrazioni pubbliche (segnatamente AIFA e AGCM) e il contenzioso amministrativo e costituzionale che ne è seguito, l'articolo esamina i benefici e i rischi connessi alla scelta di impiegare i farmaci *off-label* ai fini del contenimento della spesa sanitaria (in tema di diritti, prerogative e responsabilità dei pazienti, dei soggetti che si sottopongono alla sperimentazione scientifica, dei medici e dei ricercatori).

Off-Label Drug Prescription and Public Health Care Cost Management (Some Notes on the Avastin-Lucentis Case)

This paper examines the commercialization and on- and off-label prescription of Avastin and Lucentis pharmaceutical drugs in the Italian public health care system, in order to show how the legislator, the administration and the courts

deal with the use of off-label drugs as an instrument to reduce and monitor public health care costs. Risks and benefits of off-label prescription as a budget tool are evaluated in a framework, which encompasses patients' rights and doctors' and researchers' liability, especially during clinical trials.

NOTIZIE SUGLI AUTORI

FRANCO MODUGNO, Professore emerito di Diritto costituzionale, “Sapienza”
Università di Roma

ALESSIO RAUTI, Ricercatore di Diritto costituzionale, Università degli Studi Me-
diterranea di Reggio Calabria

MARTA CAREDDA, Dottoranda di ricerca in Diritto costituzionale, Università
degli Studi Roma Tre

MARIA DE BENEDETTO, Professore straordinario di Diritto amministrativo, Uni-
versità degli Studi Roma Tre

ROBERTA LUGARÀ, Dottoranda di ricerca in Giustizia costituzionale e diritti fon-
damentali, Università di Pisa

PATRIZIO IVO D’ANDREA, Dottore di ricerca in Diritto costituzionale, Università
degli Studi di Ferrara

SIMONE SCAGLIARINI, Ricercatore di Istituzioni di diritto pubblico, Università
degli Studi di Modena e Reggio Emilia

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 nelle sezioni Saggi, Osservatorio, Attualità.

In questo fascicolo sono stati sottoposti a valutazione esterna i contributi di Rauti, Carredda, De Benedetto, Lugarà e D'Andrea.

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 2015: 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 2015
da *La Buona Stampa* – Napoli

