

Quaderni del Gruppo di Pisa

CONVEGNI

Cos'è un diritto fondamentale?

a cura di
Vincenzo Baldini

Atti del convegno annuale dell'Associazione "Gruppo di Pisa",
Cassino 10 e 11 giugno 2016

EDITORIALE SCIENTIFICA



CONSIGLIO
REGIONALE
DEL LAZIO

Proprietà letteraria riservata

Copyright © 2017 Editoriale Scientifica s.r.l.
Via San Biagio dei Librai, 39 - 80138 Napoli

www.editorialescientifica.com

ISBN 978-88-9391-206-8

SOMMARIO

PREFAZIONE	XI
LA DIFFICILE RISPOSTA AD UN INTERROGATIVO “ELEMENTARE” <i>Vincenzo Baldini</i>	
SALUTI DI INTRODUZIONE AL CONVEGNO <i>Gaetano Azzariti</i>	XV
<i>Banca Popolare del Cassinate</i>	XIX
RELAZIONE INTRODUTTIVA	3
I DIRITTI FONDAMENTALI IN MOVIMENTO: DALLA PROSPETTIVA STORICO-DOGMATICA ALL’ESPERIENZA <i>Vincenzo Baldini</i>	
RELAZIONI DI BASE E RELAZIONI DI SETTORE	51
PRIMI SPUNTI PER UNA DEFINIZIONE DELLA “FONDAMENTALITÀ” DEI DIRITTI NEL DIRITTO COMPARATO <i>Elettra Stradella</i>	
LIBERTÀ PERSONALE E INCRIMINAZIONE PENALE: STUDIO SULLA PORTATA GARANTISTA DEI DIRITTI FONDAMENTALI <i>Marco Dani</i>	83
LA DOPPIA DIMENSIONE DEI DIRITTI FONDAMENTALI <i>Alessandra Di Martino</i>	123
IL DIRITTO ALLA CULTURA: APPUNTI PER UNA RICOSTRUZIONE <i>Giorgio Repetto</i>	159
I DIRITTI DELLO STRANIERO E LA DEMOCRAZIA <i>Roberto Cherchi</i>	189
IL DIRITTO AI BENI VITALI CIBO E ACQUA: NUOVI DIRITTI FONDAMENTALI? <i>Benedetta Vimercati</i>	241

I GRUPPO DI LAVORO
I DIRITTI FONDAMENTALI NELLE CORTI

POPULISMO PENALE E CARCERE <i>Francesca Biondi Dal Monte</i>	273
L'EFFETTIVITÀ DELLA TUTELA DEI DIRITTI FONDAMENTALI DEL DETENUTO <i>Dr.ssa Ambra Palumbo - Dr.ssa Simona Pascale</i>	285
LA TUTELA SOVRANAZIONALE DELLA PROPRIETÀ INTELLETTUALE: LA CONVENZIONE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO <i>Michele Pappone</i>	297
UN ESEMPIO CONCRETO DI DIRITTO FONDAMENTALE EMERSO IN VIA GIURISPRUDENZIALE: IL DIRITTO DI PROCREARE NELLA GIURISPRUDENZA DELLA CORTE COSTITUZIONALE <i>Fulvio Pastore</i>	303
LA DIGNITÀ UMANA COME VALORE COSTITUZIONALE E COME DIRITTO FONDAMENTALE <i>Ilaria Rivera</i>	327
COSA SONO I DIRITTI FONDAMENTALI E DA CHI E COME SE NE PUÒ AVERE IL RICONOSCIMENTO E LA TUTELA <i>Antonio Ruggeri</i>	337

II GRUPPO DI LAVORO
LA DOPPIA DIMENSIONE DEI DIRITTI FONDAMENTALI

LA DOPPIA DIMENSIONE CONTRADDITTORIA DEL DIRITTO KAFKIANO NEL MESSAGGIO DE 'IL CASTELLO'. IL RICONOSCIMENTO NEGATO <i>Andrea Aversano</i>	363
DIRITTI FONDAMENTALI E GENERAZIONI FUTURE: LA TUTELA DELL'AMBIENTE E DEI BENI VITALI <i>Renato Briganti</i>	371
PAESAGGIO E CULTURA <i>Lucilla Conte</i>	387
DIRITTI DELL'UOMO E DIRITTI FONDAMENTALI. PROFILI ERMENEUTICI <i>Luigi Di Santo</i>	395

SOMMARIO	VII
LE VACCINAZIONI. UNA FRONTIERA MOBILE DEL CONCETTO DI “DIRITTO FONDAMENTALE” TRA AUTODETERMINAZIONE, DOVERE DI SOLIDARIETÀ ED EVIDENZE SCIENTIFICHE <i>Marco Plutino</i>	403
LA DOPPIA DIMENSIONE DEI DIRITTI FONDAMENTALI. IL DIRITTO ALLA CULTURA <i>Rita Raso</i>	425
 III GRUPPO DI LAVORO I DIRITTI FONDAMENTALI DEI MIGRANTI E DEMOCRAZIA 	
CRISI DELLA DEMOCRAZIA E CRISI DELL’INDIVIDUO <i>Marika Gimini</i>	437
LA RELIGIONE CIVILE DEI DIRITTI FONDAMENTALI COME NUOVA “VARIANTE” DELLA DEMOCRAZIA <i>Raffaele Maione</i>	443
DIRITTO DEGLI STRANIERI ALL’ACCESSO AL «FONDO AFFITTI» PRESUNTA DISCRIMINAZIONE? <i>Alfonso Maresca</i>	453
L’ANTIDIRITTO DELLO STRANIERO IMMIGRATO NELLA LEGISLAZIONE NAZIONALE SECURITARIA; LA LEGITTIMITÀ IN BILICO DELLA DETENZIONE AMMINISTRATIVA <i>Maria Luisa Pignatelli</i>	471
 RELAZIONI DI SINTESI DEI GRUPPI DI LAVORO 	
LA “FONDAMENTALITÀ” DEI DIRITTI TRA GIUDICI E LEGISLATORI <i>Giacomo D’Amico</i>	481
IL BI-LEMMA DEI DIRITTI FONDAMENTALI <i>Gian Luca Conti</i>	499
I DIRITTI FONDAMENTALI ALLA PROVA: MIGRANTI E BENI VITALI <i>Alessandra Algostino</i>	525
RELAZIONE CONCLUSIVA <i>Michele Scudiero</i>	557

PREFAZIONE

LA DIFFICILE RISPOSTA AD UN INTERROGATIVO “ELEMENTARE”

di Vincenzo Baldini

1. Questo volume raccoglie gli atti del Convegno annuale del Gruppo di Pisa, svoltosi a Cassino nei giorni 10 e 11 giugno 2016, sul tema dei diritti fondamentali. Il titolo del Convegno “*Cos’è un diritto fondamentale?*” se sotto diversi aspetti offre grandi suggestioni appare, al tempo stesso, caricarsi di molte aspettative nella ricerca di una risposta che, oltre il riferimento pedissequo al dato giuridico-formale (“i diritti fondamentali previsti in Costituzione, la Carta dei diritti fondamentali UE, etc.), risulta evidentemente difficile, nello stato contemporaneo (Ruggeri, in questo volume).

Tale titolo preconizza, ad ogni modo, l’obiettivo complessivo dei contributi raccolti, pur nella inevitabile parzialità delle singole riflessioni scientifiche, condotte con riguardo ad ambiti materiali specifici.

2. I saggi qui pubblicati realizzano, in sintesi, una riflessione articolata sul tema in questione, che va da un approccio di tipo sostanziale al requisito della fundamentalità dei diritti (Stradella) ad una esaltazione della doppia natura di tali diritti (Di Martino), che oltre a legittimare pretese soggettive di immediata realizzazione sempre di più si atteggiano a norme-principio, come tali bisognose di un’attuazione legislativa.

Oltre alla trattazione di numerosi aspetti inerenti, tra l’altro, alle dinamiche di metodo sottostanti la determinazione della sfera materiale della garanzia connessa a singoli diritti fondamentali, come anche ai criteri di equilibramento nel conflitto con interessi concorrenti, i contributi indagano, insieme a problematiche inerenti a diritti “classici”, come la libertà personale (Dani), gli orizzonti che nell’esperienza contemporanea connotano la consistenza materiale stessa dei diritti fondamentali. Si va dalla ricerca di un’obiettiva qualificazione del diritto alla cultura (Repetto) alla specificazione dei diritti fondamentali propri dello straniero (Cherchi) e dei migranti (Algotino), fino alla configurazione di un diritto fondamentale ai beni vitali -cibo ed acqua- (Vimercati), sancito soprattutto da prescrizioni di Carte internazionali.

3. Come è noto, si tratta, quello della determinazione e della tutela dei diritti fondamentali, di un compito e di un potere non più caratterizzante in modo esclusivo l’esercizio della sovranità dello Stato, secondo l’antica formulazione dell’art. 16 della Dichiarazione dei diritti del 1789. Esso risale, in-

vece, all'efficacia integrata di una pluralità di fonti eterogenee (Costituzione, Carte internazionali, Trattati europei) così che sempre di più si evidenzia, in dottrina (Denninger), una certa dimensione problematica nella relazione tra sovranità statale e tutela dei diritti, nel quadro di un sistema di interrelazioni globalizzato¹.

In generale, non è nuova la percezione di una reciproca correlazione funzionale tra diritto internazionale e diritto interno, declinata sovente come un processo di “internazionalizzazione del diritto costituzionale” e, correlativamente, di “costituzionalizzazione del diritto internazionale”². Tanto, se per un verso descrive una trasfigurazione dell’idea dell’efficacia del diritto internazionale come limitata alla relazione tra soli Stati, per altro verso apre ad un discorso razionale e non metafisico di universalizzazione dei diritti fondamentali. Ciò rivela, per dir così, un’interversione di movimento rispetto al percorso storico originale, per il quale questi ultimi in quanto diritto di natura ha finito per convertirsi nella forma del diritto positivo (i diritti fondamentali, appunto)³.

L’accennata costruzione secondo gradi istituzionali differenti del complesso dei diritti fondamentali come pure la tutela apprestata agli stessi dalle diverse autorità giurisdizionali di ogni livello e ordinamento, testimoniano di un’accreciuta sensibilità verso la protezione della persona, superandosi per certi aspetti l’ansia (richiamata anche da Norberto Bobbio in: “*L’età dei diritti*”) di assicurare effettività di realizzazione a questi ultimi: l’istituzione, ad es., di una Corte internazionale penale, pur con qualche difficoltà, va senz’altro in questa direzione e ciò inclina ad una configurazione in senso effettivo ed universale della protezione di tali diritti. Non è casuale, allora, meno che mai è isolata in dottrina, l’esortazione di *Daniel Thym* alla unificazione dei diritti fondamentali⁴ in grado di offrire un paradigma esegetico unitario a chi è chiamato ad applicare i diritti in sede giurisdizionale.

Tanto, introduce al problema di una unifomazione dei criteri di metodo che portano a determinare i contenuti del diritto in questione ed ai criteri per

¹ E. DENNINGER, *Staatliche Souveränität und Grundrechtsschutz im Spannungsfeld von nationaler Selbstbestimmung und globaler Verflechtung*, in *Kritische Vierteljahresschrift (KritV)*, 2/2016, p. 155 ss.

² B. OTTO-BRYDE, *Konstitutionalisierung des Völkerrechts und Internationalisierung des Verfassungsrechts*, in *Der Staat*, 42 (2003), p. 61 ss.; ma in tema v. anche J. FROWEIN, *Die Europäisierung des Verfassungsrechts*, in P. BADURA, H. DREIER (Hrsg.), *Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht*, I Band, Tübingen, 2001, p. 209 ss.

³ Al riguardo, v. anche le interessanti considerazioni sull’universalità dei diritti umani espresse in L. KÜHNHARDT, *Die Universalität der Menschenrechte*, Bonn, 1991, part. p. 262 ss.; per la letteratura italiana, v. per tutti A. CASSESE, *I diritti umani oggi*, Roma-Bari 2005, p. 28 ss.

⁴ D. THYM, *Vereinigt die Grundrechte!*, in *Juristen Zeitung (JZ)*, 2015, p. 53 ss. Nello stesso ordine di idee si pone anche J. MASING, *Einheit und Vielfalt des Europäischen Grundrechtsschutzes*, ivi, p. 477 ss.

favorirla. In un contesto segnato dal pluralismo istituzionale e dall'avvento di un *multilevel constitutionalism*⁵, sulla premessa di una omogeneità di tradizioni e matrici costituzionali tra i diversi ordinamenti europei, un percorso proficuo è senz'altro quello rappresentato dallo svolgimento di un dialogo che verte primariamente sul senso e la portata dei diritti fondamentali. Esso coinvolge non soltanto i giudici nazionali (in particolare, quelli costituzionali) e le varie Corti europee (Corte di Strasburgo, Corte di Lussemburgo) ma anche la dottrina, impegnata da tempo a far emergere (o alla costruzione *ex nihilo*?) un diritto costituzionale transnazionale, ben oltre il ricorso al metodo comparatistico nell'analisi dell'assetto costituzionale complessivo. In questa prospettiva, la percentuale di successo è testimoniata tra l'altro dal richiamo sempre più frequente nelle decisioni dei giudici di merito, sul presupposto di un quadro omogeneo di valori costituzionali, di precedenti di Corti e Tribunali di altri Paesi europei (es., in materia di diritti della famiglia, delle coppie omosessuali, del diritto all'interruzione delle cure etc.).

4. L'ampliamento dei soggetti legittimati alla tutela giurisdizionale di diritti fondamentali, che comprende anche portatori di interessi collettivi e/o diffusi, è indice di ulteriore evoluzione dell'esperienza applicativa dei diritti stessi, che va oltre la dimensione negativa e limitata ad una tutela esclusivamente nei confronti del potere pubblico, manifestata nel contesto di un ordinamento democratico-liberale. Tale apertura ha portato a declinare i diritti come norme-valori, in grado di proiettare la propria forza conformatrice sull'intera trama dell'esperienza giuridico-sociale, disancorandosi così dallo spazio angusto della relazione tra individuo e Stato-apparato. Proprio su quest'ultimo aspetto, ristagna, forse, una qualche (insuperabile) opacità nella relazione che lega il diritto costituzionale alla discrezionalità del legislatore democratico, rivelando in ogni caso la ineludibile connessione tra il primo e quest'ultimo.

5. In conclusione, non sembra azzardato riconoscere come i contributi raccolti in questo volume forniscano una base solida adeguata a fornire un convincente inizio di risposta all'interrogativo iniziale su cosa sia un diritto fondamentale. Tanto per le indicazioni di metodo quanto per i contenuti sostanziali, il volume costruisce un percorso organico, congruo e funzionalmente adeguato, al fine di rappresentare portata, senso e problematiche dei diritti fondamentali oggi. La prospettiva è quella di offrire un ulteriore stimolo al confronto ed all'analisi scientifica nella ricerca di punti fermi e comuni su cui consolidare anche una cultura uniforme dei diritti in un ambito, soggettivo e territoriale, non più limitato allo Stato costituzionale e pluralista.

⁵ In tema, v. in particolare S. GAMBINO, *Multilevel constitutionalism e diritti fondamentali* (paper) p. 1 ss.

SALUTI DI INTRODUZIONE AL CONVEGNO

di Gaetano Azzariti

A me spetta di dare conto dell'impostazione del convegno adottata dal Direttivo, senza scendere nel merito. La questione che ci proponiamo di esaminare, ma anche la particolare angolazione prescelta, sono sintetizzate nel titolo (un po' provocatorio) che abbiamo individuato: "Cos'è un diritto fondamentale?".

La nostra convinzione di fondo è che anche su questioni, concetti o lemmi utilizzati con tanta frequenza, che si pongono a fondamento stesso della nostra scienza, v'è spesso un tasso elevato di confusione, ovvero un uso assai diversificato, una eccessiva polisemia di significato. Se questo è vero in generale, tanto più appare potersi riscontrare nel terreno accidentato dei "diritti fondamentali".

Nella giurisprudenza la locuzione rappresenta una formulazione utilizzata da tutte le corti, anche se, a volte, con espressioni diverse e spesso con significati differenti.

Così le corti sovranazionali utilizzano spesso la categoria dei diritti umani, quelli nazionali spesso sovrappongono i diritti fondamentali ai diritti costituzionali tout court, e così via.

Ma è anche **sul piano concettuale** (la dottrina) che si registra un'utilizzazione diversificata della nozione di "diritto fondamentale".

In parte il trascorrere del tempo, in parte il contesto culturale, in parte le visioni personali e le ricostruzioni teoriche portano ciascun giudice o studioso ad assegnare un diverso valore ai diritti fondamentali.

L'ambizione del convegno è allora quella di cercare di chiarire, per quanto possibile, il quadro (sia concettuale sia propriamente di diritto positivo).

Ovviamente non verranno sviluppare tutte le possibili questioni, né potremmo affrontare i molteplici punti di vista: il tema, troppo ampio, non lo permette.

Il programma, i titoli delle diverse relazioni, riassumono lo sforzo fatto dal direttivo per orientare la discussione.

E' evidente che avremmo potuto dare mille altre impostazioni, magari un po' più tradizionali e onnicomprensive. Ma la nostra intenzione - s'è detto - non è quella di dare risposte a tutto, bensì solo di focalizzare la nostra attenzione su alcuni aspetti che ci sono parsi particolarmente importanti.

In primo luogo, ovviamente, **l'operato delle corti**: per indagare la diversità di linguaggio e d'uso cui ci si è già riferiti;

Ma non solo.

Emerge nell'impostazione definita anche un'attenzione particolare rivolta alla **doppia dimensione dei diritti**; che mi sembra a volte sfugga alle nostre riflessioni sul tema: diritti individuali, ma anche diritti a prestazione collettiva. La mia impressione (ma è solo uno spunto) è che questa doppia dimensione non riguarda solo i più classici diritti sociali, bensì è ontologicamente propria dei diritti in generale (di prima, seconda o terza generazione che siano). In ogni caso c'è parso interessante prendere in considerazione questo aspetto.

S'è anche ritenuto che il tema dei **diritti fondamentali dei migranti** potesse costituire una particolare prospettiva che poteva essere assunta per tentare di dare il polso della situazione nel campo dei diritti fondamentali, ma - data l'importanza - anche il polso dello stato generale della democrazia sociale (e in parte anche di quella politica). I diritti dei migranti come specchio che può riflettere l'immagine più oscura e profonda dei diritti non solo di chi migra, ma di tutti noi.

A questi tre argomenti generali abbiamo accompagnato **tre "focus"** sui tre diritti (meglio: famiglie di diritti), ripartiti secondo la tradizionale loro successione storica.

Anzitutto riprendendo la riflessione sul primo tra i diritti: quell'**habeas corpus** che alcuni ritengono sia il capostipite di tutti i diritti fondamentali. Anche qui ci siamo chiesti se abbia ancora un significato univoco; del che si può dubitare già solo pensando alla doppia identità di senso che può essere fornita all'espressione: come "intangibilità del corpo", ma anche come "libertà personale".

Per la seconda generazione dei diritti abbiamo pensato che privilegiare il **diritto alla cultura** potesse rappresentare una sfida intellettuale di un certo interesse in tempi come questi che sembrano poco propensi ad assegnare al sapere un valore di diritto fondamentale.

La "provocazione" è - permettete di dirlo in modo esplicito - anche nei confronti di un certo pensiero prevalente che ai diritti fondamentali (secondo alcuni diritti in fondo "superflui", tant'è che s'è anche esplicitamente sostenuto la tesi secondo la quale "con la cultura non si mangia") tendono a sostituire gli equilibri economico-finanziari.

Certo, si potrebbe obiettare che in tempi di reale e profonda crisi economica la scelta della cultura a scapito degli altri diritti sociali più legati alla salute, al lavoro, all'assistenza materiale degli individui, possa essere poco felice.

Da qui la scelta dell'ultima relazione sui diritti di terza generazione: anche in questo caso la scelta è stata volutamente problematica. Il **diritto ai beni vitali** (acqua, cibo, forse anche altro), su cui s'è concentrata molta attenzione nell'ultimo periodo: pensiamo alle questioni legate alla "lotta" per l'acqua, ovvero al tema più generale e a volte impropriamente declinato dei beni comuni intesi come quei beni strumentali alla sopravvivenza e alla formazione delle persone. Ebbene, proprio questi "nuovi diritti" in realtà appa-

iono tra i più antichi. Cos'è infatti più antico della lotta per la sopravvivenza e la salvaguardia dei diritti vitali? Dunque anche in questo caso - come in tutti gli altri - crediamo ci siano molti spunti per una riflessione critica e di grande attualità.

Certo mille altre prospettive potevano esse prescelte e mille temi non verranno affrontati. Ma confidiamo - personalmente ne sono certo - che le ampie relazioni scritte, le più succinte - anzi decisamente sacrificate per i tempi limitatissimi - esposizioni orali che verranno ora svolte, il successivo dibattito pomeridiano nei diversi gruppi di lavoro con le repliche dei relatori e poi le sintesi dei coordinatori sapranno fornirci almeno alcune risposte alla domanda assai impegnativa che è stata posta a titolo del convegno.

SALUTI DI INTRODUZIONE AL CONVEGNO

Banca Popolare del Cassinate

E' un onore, per la Banca Popolare del Cassinate, sostenere eventi culturali e formativi di alto livello e di grande prestigio come il Convegno Annuale dell'Associazione Gruppo di Pisa, tenutosi presso l'Università degli Studi di Cassino e del Lazio Meridionale il 10 e 11 giugno 2016 e dedicato al tema "Cos'è un diritto fondamentale?".

Da sempre il nostro istituto investe nella cultura, nell'arte e nella formazione. Siamo infatti convinti che proprio da qui si debba ripartire per dare nuovo slancio al nostro territorio, non solo dal punto di vista economico, ma, più in generale, per dare occasioni di crescita e di sviluppo alla nostra comunità.

La Banca Popolare del Cassinate è nata nel 1955 per contribuire alla ricostruzione del cassinate dopo la distruzione subita nel corso del secondo conflitto mondiale. Da allora tanta strada è stata fatta e, oggi, viviamo in una società completamente diversa. Eppure lo slogan che sintetizza la filosofia che ha guidato la fondazione della banca (ovvero *Ieri per la ricostruzione, oggi per il futuro*) è ancora motivo di ispirazione per tutti noi: facciamo memoria del passato, della nostra tradizione e della nostra storia e ci impegniamo per costruire un futuro migliore.

Attività di formazione, di studio, di approfondimento come il Convegno annuale del Gruppo di Pisa sono preziose occasioni per fare, insieme, nuovi passi sulla strada della conoscenza e della consapevolezza.

Particolarmente prestigiosi e autorevoli sono stati i relatori intervenuti al convegno e, con i loro interventi, hanno saputo fornire un importante contributo ad un tema di particolare interesse e di particolare attualità. La pubblicazione degli atti del convegno è, perciò, un altro significativo passaggio che salutiamo con particolare favore e soddisfazione, perché permette di lasciare una traccia importante di due intense giornate di studio, di lavoro e di confronto. Una traccia che, anche in futuro, potrà servire come strumento di lavoro per studenti, docenti, studiosi, giuristi, che a questo ricco volume potranno far riferimento per trovare spunti, approfondimenti, riflessioni.

L'auspicio è che il nostro territorio possa, anche in futuro, ospitare eventi scientifici di così alto profilo e possa essere un punto di riferimento per la cultura, per lo studio, per la formazione. La nostra Banca, con grande convinzione, sostiene l'arte, la cultura, la ricerca, con la consapevolezza che il

benessere di un territorio si crea e si costruisce tenendo conto non soltanto di fattori quantitativi ed economici, ma anche di uno sviluppo sociale della comunità, delle possibilità di accesso all'educazione e alla formazione, della possibilità di fruire dell'arte e della cultura.

RELAZIONE INTRODUTTIVA

I DIRITTI FONDAMENTALI IN MOVIMENTO: DALLA PROSPETTIVA STORICO-DOGMATICA ALL'ESPERIENZA

di Vincenzo Baldini

SOMMARIO: 1. *Premessa*. PARTE I: DINAMICHE EVOLUTIVE NELLA DETERMINAZIONE DEI DIRITTI FONDAMENTALI: DAL CRITERIO FORMALE GIURIDICO-POSITIVO – I DIRITTI FONDAMENTALI QUALI DIRITTI DI RANGO COSTITUZIONALE- AL CRITERIO SOSTANZIALE – I DIRITTI UMANI NELLA PREVISIONE DI FONTI PRIMARIE. 2. *La dimensione storica dei diritti fondamentali come positivizzazione dei diritti umani*. 3. *Diritti dell'uomo e diritti fondamentali costituzionali nella relazione giuridico-positiva*. 4. *L'esperienza di tutela e sviluppo diritti fondamentali nel passaggio dallo Stato liberale allo Stato costituzionale democratico*. 5. *Dimensione teorica dogmatica ed esperienza applicativa dei diritti fondamentali*. segue: *i diritti come principi*. 6. *Diritti fondamentali e teorie dei diritti, tra concezione sostanziale ed approccio giuridico-formale: affinità e antinomie nel pensiero di Robert Alexy e Luigi Ferrajoli*. PARTE II: APPROCCI CLASSIFICATORI DEI DIRITTI FONDAMENTALI E DINAMICHE DELL'ESPERIENZA APPLICATIVA. 7. *Classificazioni dei diritti fondamentali e pluralismo degli approcci ordinatori*. PARTE III: ASSETTO MULTILIVELLO E GENERALIZZAZIONE DEI DIRITTI FONDAMENTALI. 8. *La dimensione ultra- e/o sovrastatale della tutela dei diritti*. PARTE IV: ASPETTI PROBLEMATICI RELATIVI ALL'ATTUAZIONE DEI DIRITTI FONDAMENTALI. 9. *Il pluralismo di metodo nella determinazione della portata garantista dei diritti fondamentali*. 10. *La problematica effettività dei diritti fondamentali: diritti a tutela immediata, diritti neutri, diritti di creazione legislativa*. 11. *Conclusioni*.

1. Premessa

L'interrogativo: “*che cosa è un diritto fondamentale?*” appare di certo suggestivo ma inconsueto allorquando si consideri l'abbondante letteratura giuridica (e non solo) in materia, a cui poter attingere per offrire una risposta. Tale interrogativo, di conseguenza, ci spinge ad indagare le ragioni intrinseche di siffatta incertezza nutrita, in primo luogo, dal pluralismo di fonti di diverso livello - nazionale, sovranazionale, internazionale - che connota il sistema delle garanzie dei diritti fondamentali. Un seconda ragione può intravedersi nella varietà di approcci esegetici, soprattutto a livello giurisprudenziale, che concorre a modellare l'esperienza applicativa finendo per condizionare, in ultima analisi, la stessa dogmatica dei diritti fondamentali. Tanto lascia percepire che mai come oggi i diritti sono effettivamente “in subbuglio”¹, nel senso che la loro pratica declinazione, riconducibile di volta

¹ Dedico questo lavoro al mio Maestro Prof. Michele Scudiero, ai cui mirabili insegnamenti devo ogni aspetto della mia formazione, scientifica e personale.

in volta, a diverse accezioni teoretiche, si presenta variegata e - per così dire - incostante; sia, anche, nel senso che la loro statuizione all'interno di una pluralità di fonti, non soltanto interne, corrisponda a volte ad una diversa dimensione delle rispettive sfere di garanzia. Da qui, il tentativo di misurarsi con l'interrogativo di fondo circa la natura, il senso e la portata dei diritti fondamentali che configurano la più alta forma di garanzia giuridica a presidio delle sfere di libertà individuali o delle pretese a prestazioni sociali connesse al pieno sviluppo della persona², nonché di interessi anche collettivi assunti come meritevoli di copertura costituzionale. Oltre questo comune denominatore, i diritti si calano e si sviluppano nel contesto di un pluralismo politico-sociale e culturale in grado di favorirne, attraverso i cd. trasformatori istituzionali (*in primis*, legislatore nazionale e giudici, quindi giurisprudenza europea e di altri ordinamenti statali) un continuo adeguamento ed una dinamica ricomposizione. In particolare, rileva il contributo recato dal giudice costituzionale nazionale che, quantunque non assuma la peculiare prerogativa di essere giudice di ultima istanza dei diritti (come accade, invece, in Germania ed in Spagna), resta un interprete autorevole dei diritti costituzionali. Non meno significativo appare poi il contributo recato dai giudici europei (Corte di Strasburgo e Corte UE) attraverso l'esegesi delle rispettive Carte dei diritti, a cui l'ordinamento nazionale presta osservanza.

Un considerevole apporto alla determinazione della consistenza di singoli diritti deriva, in fine, dagli esiti del dialogo costituzionale transnazionale che si va sviluppando da qualche tempo al livello di Stati europei e coinvolge, oltre che i legislatori nazionali, le Corti costituzionali e i giudici di merito³.

Così, l'intreccio sempre più strutturato, quando non proprio le reali interdipendenze funzionali, tra sistemi autonomi di diritti fondamentali tende a conferire a questi ultimi, una dimensione di universalità pratica in ragione del consenso prestato dai singoli Stati alle Convenzioni internazionali recanti la tutela di diritti, nel contesto di un processo evolutivo, il cui traguardo sembra intravedersi nella individuazione di un sistema unitario europeo di diritti fondamentali.

...per riprendere, in parte, il titolo dell'opera di M. A. GLENDON, *Tradizioni in subbuglio*, Soveria Mannelli, 2007.

² K.-H. LADEUR, *Die Beobachtung der kollektiven Dimension der Grundrechte durch eine liberale Grundrechtstheorie. Zur Verteidigung der Dominanz der abwehrrechtlichen Dimension der Grundrechte*, in *Der Staat*, 50 (2011), p. 493 ss., part. p. 504 ss.

³ Sul punto, sia consentito il rinvio a V. BALDINI, *Perspektiven eines transnationalen Verfassungsdialoges vor dem Hintergrund des italienischen Verfassungsrechts*, in *Diritti fondamentali*, sez. *Anticipazioni*.

PARTE I: dinamiche evolutive nella determinazione dei diritti fondamentali: dal criterio formale giuridico-positivo – i diritti fondamentali quali diritti di rango costituzionale – al criterio sostanziale – i diritti umani nella previsione di fonti primarie.

2. La dimensione storica dei diritti fondamentali: i diritti fondamentali come positivizzazione dei diritti umani.

Prima di addentrarsi nell'analisi del percorso dogmatico e storico-evolutivo che scandisce l'avvento prima e la stabilizzazione poi di quella che, suggestivamente, *Norberto Bobbio* ha definito l'"età dei diritti"⁴ si anticipano qui i principali punti-chiave delle argomentazioni che si svolgeranno nel corso di questo lavoro, a partire dai termini della relazione tra diritti fondamentali e diritti umani che, dei primi, sono gli originari precursori.

Un piano di riflessione attiene al metodo di determinazione dei diritti fondamentali, stante che il riferimento esclusivo alla loro natura formalmente costituzionale tende a recedere in ragione del consolidamento di un assetto multilivello della tutela di tali diritti, per il quale il profilo sopra richiamato, relativo al livello formale della fonte di produzione, viene a combinarsi con una percezione materiale relativa alla consistenza del diritto in questione. La stessa giurisprudenza, costituzionale e/o di merito, evidenzia come riesca di fatto difficile, se non impossibile, distinguere sul piano della portata della garanzia giuridica i diritti fondamentali dai più generali diritti umani che trovano una forma positiva di riconoscimento e garanzia all'interno dell'ordinamento giuridico statale, la cui intrinseca portata, quali diritti naturali o morali finisce per essere assorbita senza, tuttavia, mai scomparire del tutto nelle maglie del diritto positivo statale⁵.

L'incrementale strutturazione ed articolazione pluralistica dei diritti fondamentali produce l'effetto di rendere meno rilevante, quando di non eludere del tutto, il riferimento ai profili teoretico-dogmatici che, pure, dovrebbero poter configurare la base obbiettiva di ricostruzione dell'attività esegetica condotta dal giudice. Sembra prevalere piuttosto un approccio di tipo causistico, marcatamente pragmatico-funzionale, che favorisce non di rado linee creative nella determinazione della portata di un singolo diritto, esposte attraverso l'argomentazione razionale. In quest'ordine di idee, il costante sviluppo dei diritti fondamentali come "compiti di azione", insieme alla loro configura-

⁴ N. BOBBIO, *L'età dei diritti*, Torino, 1992.

⁵ J. ISENSEE, *Rationalität des Staates und Irrationalität des Menschen*, in *AöR* 140 (2015), p. 169 ss., part. p. 181. Sull'esistenza del vincolo che lega consistenza morale e consistenza giuridica dei diritti umani, v. anche J. HABERMAS, *Das Konzept der Menschenwürde und die realistische Utopie der Menschenrechte* (2010), ora anche in *Id.*, *Zur Verfassung Europas*, Berlin 2011, p. 13 ss., part. p. 36 ss.

zione quali regole di principio, se finisce in certi casi per gettare in un cono d'ombra la portata garantista, legittima per altro verso la consistenza della scelta politica mirata alla loro attuazione. In un siffatto contesto, in cui emerge come un dato di fatto indeclinabile l'intreccio inestricabile di diritti, valori (anche morali) ed obiettivi costituzionali, appare meno convincente il richiamo al principio di ottimizzazione⁶ come criterio-guida dell'azione legislativa.

Venendo ora ad un'analisi dei diritti fondamentali (*fundamental rights*, *droit fondamentaux*, *Grundrechte*) va innanzitutto rilevato come nell'individuazione degli stessi sia parso prevalente, in dottrina e giurisprudenza⁷, il ricorso ad un criterio formale, o giuridico-positivo, quello cioè della loro previsione all'interno della Carta costituzionale. Tale prevalenza si spiega, oltre che con l'intrinseca debolezza e relatività di ogni criterio sostanziale, con la storica connessione tra diritti fondamentali e costituzionalismo⁸, dunque, con la portata della Costituzione quale Legge suprema di organizzazione dello Stato. In questo modo è conferita ai diritti dichiarati inviolabili una tutela massima⁹ che obbliga ogni potere dello Stato alla loro immediata osservanza¹⁰. "Fondamentali" sono, dunque, perché i diritti in parole rappresentano il fondamento di giustificazione dell'esistenza dello Stato, accreditati di un rango a cui corrisponde la più alta garanzia giuridica apprestata dall'ordinamento statale, quella, appunto, che ne impone il rispetto assoluto, da parte di ogni autorità pubblica, oltre che di ogni individuo o ente, pubblico e privato. A tale garanzia corrisponde di tendenza una pretesa giuridica, soggettiva e/o collettiva, una tutela giurisdizionale degli interessi ricadenti nella sfera materiale di un singolo diritto, quando si ritengano illegittimamente pregiudicati¹¹.

⁶ R. ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, Baden-Baden 1994, p. 75 ss.

⁷ "La cognizione e la tutela dei diritti fondamentali,..., intendendosi per tali quelli costituzionalmente garantiti...": Cons. Sta., Ad. Pl., sent. 12 aprile 2016, n.7 (Pres. Pajno – est. Deodato).

⁸ Valga, per tutti, lo storico richiamo all'art. 16 della *Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino* del 1789 "La società nella quale la garanzia dei diritti non è assicurata, né la separazione dei poteri determinata, non ha Costituzione.

⁹ H. DREIER, *Idee und Gestalt des freiheitlichen Verfassungsstaates*, Tübingen 2014, p. 40.

¹⁰ "Der Präzisierung und gerichtlichen Durchsetzbarkeit der Grundrechte korrespondiert dann die Beschränkung ihres Geltungsbereichs auf die jeweilige Staatsgewalt": H. DREIER, *Idee und Gestalt des freiheitlichen Verfassungsstaates*, cit., p. 41. Sulla natura dei diritti fondamentali, come "«diritti basilari»" e come "«diritti costituzionali»", v. A. BALDASSARRE, *I diritti fondamentali nello Stato costituzionale*, in AA.VV., *Scritti in onore di Alberto Predieri*, Milano, 1996, Tomo I, p. 63 ss.

¹¹ Tale configurazione, come avrà modo di chiarirsi meglio avanti, appare oggi suscettibile di un ripensamento o -quanto meno- di una specificazione, tanto se si guarda all'esperienza, che attesta sovente la nascita di veri e propri diritti fondamentali di fonte legislativa, quanto se si considera l'aggregazione al catalogo dei diritti fondamentali dei diritti "umani" sanciti da Carte internazionali, recepite e rese esecutive nell'ordinamento interno.

Appare utile, allora, prendere in considerazione la relazione che lega i diritti fondamentali al più generale ambito dei diritti umani, rispetto ai quali, si è avuto modo di anticipare, i primi si configurano come l'esito di un processo storico di progressiva positivizzazione di diritti dotati di una valenza pre o meta positiva, in ogni caso esterna al contesto formale dell'ordinamento giuridico (v. *infra*). Vero è che nell'esperienza greca delle *Poleis* si intravede tuttavia una sorta di riconoscimento giuridico di libertà, riferita al solo cittadino poiché soggetto politico e, perciò, parte integrante della stessa *Polis*. Si trattava, allora, di una libertà funzionale *per* la partecipazione alla vita della Polis, non contro la Polis o contro lo Stato a garanzia dell'individuo¹². In ciò potrebbe scorgersi soltanto una vaga anticipazione di una tutela della libertà individuale, seppure in un contesto di eterogenesi dei fini.

Ad ogni modo, la consistenza morale che connota originariamente i diritti umani appare un tratto indeclinabile della volontà di conversione dei primi in diritti fondamentali¹³. Una linea culturale "minimalista" intende i diritti umani come fin dal principio universali in quanto generati da una ragione mondiale di matrice europeo-atlantica¹⁴. Una tale configurazione, che va ben oltre la mera considerazione della loro originaria consistenza etico-filosofica, si pone alla base dell'orientamento che intende i diritti umani come "condizioni dell'inclusione in una comunità politica"¹⁵. Essi, così, vengono ridotti ad una razionalità di scopo che vale, in ultima analisi, per la legittimazione di un assetto organizzativo nuovo. In quest'ordine di idee viene meno, ogni distinzione ontologica tra diritti umani e diritti fondamentali, entrambi riguardati nella razionalità dei fini di un ordinamento giuridico di cui è risolto il carattere cogente della tutela che li qualifica sul piano giuridico-positivo.

In particolare per i diritti umani di cultura europea occidentale, l'originaria portata universale deriva in modo esclusivo dalla forza del loro radicamento etico nell'Umanesimo non soltanto di matrice cattolica, in connessione con la centralità dell'Uomo creatore e protagonista del proprio destino¹⁶. Di quest'ultimo è propria una condizione innata di libertà - la condizione del "diritto" di natura di cui parla *John Locke* - distinguibile comunque dall'utopico "stato" di natura che *Thomas Hobbes* intesta a premessa della nascita ed esistenza del Leviatano¹⁷.

¹² H. HOFMANN, *Unsere Verfassungswerte und die christlich-weltanschaulichen Traditionen*, in *Recht und Kultur*, 2009, p. 9 ss.

¹³ Sul punto, in generale, v. U. DI FABIO, *Das Recht offener Staaten*, Tübingen, 1998, p. 61 ss.; H. HOFMANN, *Die Entdeckung der Menschenrechte*, paper, p. 1 ss..

¹⁴ J. ISENSEE, *Rationalität des Staates*, cit., p. 181.

¹⁵ In senso critico a tale rappresentazione, cfr. ancora J. HABERMAS, *Das Konzept der Menschenwürde und die realistische Utopie der Menschenrechte* (2010), cit., p. 36 ss., che sottolinea invece la stretta connessione dei diritti umani con il principio morale della dignità dell'uomo.

¹⁶ G. MANSSEN, *Grundrechte*, München, 2000, p. 3 ss.; L. KÜHNHARDT, *Die Universalität der Menschenrechte*, Bonn, 1991, part. p. 43 ss..

¹⁷ G. MANSSEN, *Ibidem*, p. 5. Sul punto, riferimenti essenziali in U. DI FABIO, op. ult.

Il diritto naturale dell'Illuminismo, con il superamento della dottrina tradizionale dello *status*¹⁸ imprime una svolta epocale alla tradizionale dottrina della politica, incardinata sulla duplicità/autonomia rispetto al diritto stesso, fino a giungere ad una percezione dell'individuo libero da compiti ed obblighi ed in posizione contrapposta rispetto allo Stato-autorità. Il baricentro dell'attenzione, politica ma anche giuridica, viene così a spostarsi progressivamente dallo Stato alla persona, con ciò ponendosi in essere quelle premesse speculative, non soltanto di ordine etico, a cui ha attinto una crescente sensibilità verso il riconoscimento e la garanzia giuridica dei diritti individuali¹⁹. In questa dimensione di universalità i diritti umani come forma di legittimazione della potenza divina, orientati alla realizzazione di un valore ultimo che è il sommo Bene di Dio, si mostrano nobili precursori dei diritti fondamentali. La libertà costituisce, in ultima analisi, una forma di azione ordinata e coerente rispetto alla realizzazione dell'uomo immagine di Dio, quale diritto fondamentale essa include, in principio, ogni scelta di autodeterminazione, la possibilità di agire in maniera razionale come anche irrazionale²⁰.

In definitiva può dirsi che la genesi dei diritti fondamentali riveli una storica correlazione con i diritti umani, pur se la prima mantiene una propria specificità funzionale che rinvia in ultima analisi alle ragioni del costituzionalismo liberale. Tale genesi si fa coincidere con quella dello Stato moderno - periodizzando, essa si ricollega, in particolare, alla vittoria riportata tra la fine del XVIII e gli inizi del XIX secolo dalla borghesia liberale contro l'assolutismo regio (*“Déclaration des droit de l'homme et du citoyen”* del 26.8.1789)- da cui trae inizio il declino della antica dottrina metafisica del diritto naturale a vantaggio di un pensiero dottrinale più incline alle ragioni del positivismo giuridico. In una dimensione non più soltanto europea, il *“Virginia Bill of Rights”* del 12.6.1776, oltre al *Bill of Rights* americano, approvato dal Congresso nel 1789 e ratificato nel 1791, costituiscono del pari pietre miliari nella costruzione del percorso di riconoscimento e garanzia delle libertà individuali, il quale troverà forma compiuta nel varo della Costituzione.

cit., p. 61 ss. Sul riconoscimento dei diritti umani ad ogni individuo quale fondamento (solo) formale dei diritti umani, v. in particolare S. KIRSTE, *Das Fundament der Menschenrechte*, cit..

¹⁸ H. MAIER, *Die Grundrechte des Menschen im modernen Staat*, Osnabruek, 1973, 23. Per *Christian Wolff*, ad es., è soltanto con la stipula di un contratto che l'individuo, originariamente libero, può volontariamente obbligarsi, senza che ciò possa configurare una violazione dei suoi diritti di libertà naturale (teoria contrattualistica). F. VON HIPPEL: sempre più chiaramente si delinea la consistenza del distico oppositivo: libertà individuale-potere (pubblico), dove la prima si afferma unicamente come libertà dallo Stato, quale si afferma icasticamente nella Francia del 19. secolo, dopo gli eventi rivoluzionari, ed anche in Germania. I diritti fondamentali si pongono a presidio della libertà di scelta individuale, le libertà civili e quelle politiche sono inquadrate in modo distinto e parallelo e la libertà politica diventa, a tal fine, irrilevante per le libertà civili.

¹⁹ U. DI FABIO, *Das Recht offener Staaten*, cit., p. 62.

²⁰ J. ISENSEE, *Rationalität des Staates*, cit., p. 178.

Tornando ai dettami della *Déclaration*, si comprende bene come il diritto naturale razionale (XVII e XVIII secolo) realizzi il sostrato culturale su cui la borghesia liberale, trionfante nei moti rivoluzionari, si incarica di edificare la nuova esperienza di positivizzazione dei diritti in Costituzione. Si tratta di una delle novità più rilevanti dello sviluppo dell'esperienza giuridica europea del XIX e, seppure solo in parte, del XX secolo²¹ giacché consacra i diritti fondamentali, oltre che come norme di diritto positivo, come fondamenti indissolubili dello Stato costituzionale. Essi vengono accreditati di una valenza anche istituzionale nella misura in cui operano quali previsioni di indirizzo dell'azione legislativa, piuttosto che come veri e propri limiti all'esercizio della stessa. Bene spiegava *John Locke* come una siffatta consistenza dei diritti individuali imponesse una legittimazione nuova del potere statale, il cui impegno nella direzione della loro tutela avrebbe dovuto implicare, sul piano organizzativo, una dipendenza/legittimazione dei governanti dalla volontà dei governati.

Tanto gettava le basi di sviluppo dello Stato moderno, connotato dalla stretta interdipendenza funzionale tra assetto organizzativo e tutela dei diritti fondamentali, che avrebbe trovato in seguito pieno compimento, nella fase del costituzionalismo democratico. Ciò che inizialmente realizzava un incitamento soprattutto morale al rispetto dei diritti individuali si trasformava progressivamente in un linguaggio - timido all'origine sempre più marcato successivamente - del legislatore statale²², proiettato oltre l'orizzonte del liberalismo politico e del vecchio stato di benessere²³ verso la forma di legittimazione democratica.

In particolare, la sanzione dei diritti nella legge diventa il tratto caratteristico di un'esperienza giuridica che conduce tra l'altro ad una trasformazione del valore delle Dichiarazioni (di diritti), percepite all'origine quali pretese individuali dei cittadini contro la forza onnipotente dello Stato, fondate sul diritto di resistenza e sulle tradizioni di diritto naturale²⁴. Si afferma nel tempo una visione del complesso dei diritti in quanto mezzo per la costruzione ed il consolidamento dell'unità dello Stato, in cui i primi figurano quali idee regolatrici dell'attività statale²⁵. La natura giuridico-positiva del catalogo di libertà

²¹ A partire dalla Costituzione francese del 1791, che definisce un catalogo di diritti fondamentali, poi esteso nella Costituzione del 1795 e, in fine, consolidato nella Carta del 1814. Tali diritti rappresentano - come ribadisce H. MAIER, op. cit., "i risultati stabilizzati della rivoluzione liberale" (p.30)

²² Francia: Costituzioni del: 1791 (17 articoli); 1793 (35 articoli); 1795; 1814.

²³ Le più importanti previsioni di diritti fondamentali si impongono in quasi tutte le costituzioni degli stati tedeschi nel corso del 19. secolo; perfino il fallimento della Costituzione della *Paulskirche*, con il suo progetto di diritti fondamentali, non è in grado di ostacolare l'affermazione dei diritti fondamentali.

²⁴ Questa teoria radical-individualistica si ritrova presso i liberali tedeschi della prima ora.

²⁵ G. ANSCHÜTZ: i diritti fondamentali contengono soltanto una "rappresentazione casui-

individuali sancito dalla Costituzione segna, allora, una formale discontinuità rispetto alla tradizione dei diritti dell'uomo che non vale, tuttavia, a negare in premessa l'esistenza di una doppia natura, etica e giuridico-positiva, del diritto²⁶. La conversione dei diritti umani in diritti fondamentali asseconda l'intento di tradurre in forma giuridica valori morali²⁷, la cui consistenza effettiva trova espressione, in ultima analisi, nell'interpretazione e nella concretizzazione legislativa dei diritti in questione.

L'esistenza di un substrato morale comune ai "mondi paralleli" dei diritti umani e dei diritti fondamentali condiziona il lavoro dell'interprete e non è certo estranea anche dell'esperienza di progressiva espansione della portata regolatrice dei diritti fondamentali, di cui meglio si dirà avanti. In particolare, l'emancipazione da una stretta attinenza al testo prescrittivo in favore di un'esegesi di tipo sistematico-evolutivo costantemente orientata ai valori, rappresenta un sintomo dell'effettivo ancoramento al carattere etico e meta positivo dei diritti fondamentali, derivante da quell'originaria dimensione naturalistica che in essi persiste e continua a vivere²⁸.

Senza qui indugiare sulla immancabile caratura soggettiva di un'esegesi ispirata ai valori, è appena il caso di rilevare come anche in siffatta condizione i diritti fondamentali si pongano in una relazione bifronte - antagonista e, nel contempo, pragmatico-funzionale - con il potere pubblico, rispetto al quale costituiscono, al tempo stesso, un limite da osservare e una direzione di senso da assecondare nella prospettiva della piena realizzazione dell'istanza personalista. Tale accezione lascia meglio comprendere, forse anche la radicalità della svolta sancita dall'avvento dello Stato democratico, rispetto al modello liberale che, invece esalta dei diritti unicamente la portata garantista contro l'ingerenza del potere pubblico, a tutela della libertà ed autonomia del cittadino.

Lo Stato democratico intende i diritti fondamentali quali pietre angolari dell'unità non soltanto politica in funzione della loro stretta connessione con l'istanza di integrazione sociale e con il conseguente bisogno di attuazione

sticamente acquisita del principio dell'amministrazione legittima". Pertanto, il valore politico è scomparso: ciò che era iniziato come libertà di diritto naturale, diventa così volontaria autolimitazione della sovranità statale, concessa dall'alto. Così piena è l'integrazione dei diritti fondamentali nel diritto dello stato, che essi finiscono in un cono d'ombra inutile senza tale assunzione (nel diritto dello stato).

²⁶ R. ALEXY, *Grundrechte, Demokratie, Repräsentation*, in *Der Staat* 54 (2015), p. 201 ss.

²⁷ *Ibidem*, p. 208.

²⁸ *Idem*. La conseguenza, che l'A. trae da siffatta premessa, è che la giurisdizione costituzionale non si fonda solo sulla struttura gerarchica del diritto positivo ma anche sulle ragioni morali che pervadono i diritti fondamentali. "*Menschenrechte als moralische Rechte schließen das Recht ein, als Rechte geschützt zu werden, und dieses Recht auf Schutz geht durch ihre Positivierung nicht verloren. Im Gegenteil, ihre Positivierung ist als Versuch anzusehen, Menschenrechte als moralische Rechte zu stärken*" (208).

legislativa. Vero è che i diritti, ebbe a precisare *Herbert Krüger*, concorrono alla “creazione dello Stato nella società”²⁹, legittimandone l’azione di difesa; ma è anche vero che essi concorrono alla creazione – meglio: alla stabilizzazione – della società nello Stato, rafforzandone la coesione unitaria pur nel quadro di un pluralismo culturale incipiente. In questo modo essi svolgono un ruolo sempre più decisivo nelle dinamiche di permanente rilegittimazione dello Stato-ordinamento.

3. Diritti dell’uomo e diritti fondamentali costituzionali nella relazione giuridico-positiva.

La stretta connessione tra diritti fondamentali e diritti umani universali non sembra ridursi, però, unicamente ad un vincolo di derivazione storica. Con particolare riguardo al versante giuridico-positivo, viene in considerazione il profilo della positivizzazione dei diritti umani attraverso il diritto internazionale quanto quello relativo alla tutela accordata ai diritti sanciti in Trattati e Convenzioni internazionali dall’ordinamento interno.

Sul primo piano, l’analisi trae le mosse in particolare dalle vicende successive al II conflitto mondiale, che aveva reso evidente l’opportunità – o l’esigenza – dell’avvio di un processo di universalizzazione dei diritti come base intangibile per la costruzione ed il mantenimento della pace mondiale. La Dichiarazione Universale dei diritti dell’uomo, approvata dall’Assemblea generale dell’ONU nel 1948³⁰ – che nel suo primo articolo (“*Tutti gli esseri umani nascono liberi ed uguali in diritti e dignità...*”) ripete la formula dell’art. 1 della Déclaration del 1789 (“*Gli uomini nascono e rimangono liberi ed eguali nei diritti...*”), la Convenzione sulla prevenzione e la condanna del genocidio (9.12.1948), costituiscono atti prodromici di siffatto processo. Ad essi ne seguiranno altri, come, ad es., la Convenzione sull’abolizione di ogni discriminazione razziale (7.3.1966), il Patto sui diritti civili e politici (1966) (art. 6: “*Ogni uomo ha un diritto innato alla vita*”) o, in fine, la Convenzione sui diritti del fanciullo (New York, 20 novembre 1989, ratificata e resa esecutiva con Legge 27 maggio 1991, n. 176) rappresentano, nel complesso, la struttura di partenza, destinata a svilupparsi nel corso del tempo. Attraverso la ratifica ed esecuzione di tali Carte o Convenzioni da parte del maggior numero di Stati si giunge a conferire ai diritti umani una dimensione giuridico-positiva realmente universale³¹.

Siffatta dimensione di universalità, dipendente da una regolarità di rico-

²⁹ H. KRÜGER, *Allgemeine Staatslehre*, Stuttgart, 1966, p. 528 (v., in part. p. 537 ss.).

³⁰ Risoluzione 217 A (III) del 10.12.1948. In merito, cfr. tra gli altri S. KIRSTE, *Das Fundament der Menschenrechte*, in *Der Staat*, 52 (2013), p. 119 ss., part. p. 120 ss.

³¹ M. MAHLMANN, *Grundrechtstheorien in Europa – kulturelle Bestimmtheit und universeller Gehalt*, cit., p. 473.

noscimento e tutela da parte degli ordinamenti giuridici statali poco o nulla ha a che vedere, sul piano formale, con la natura universale dei diritti in parola quali diritti spettanti all'uomo per natura ed intrinsecamente giusti, per ciò stesso pretesi della massima osservanza. Nella percezione del cd. universalismo pratico dei diritti umani³² rileva, in modo determinante la volontà degli Stati di dare assenso ed esecuzione a tali atti convenzionali, integrandone i contenuti all'interno del complessivo sistema ordinamentale interno.

Questo dato dell'esperienza non basta tuttavia, a sopire le dispute dottrinali, circa l'effettiva portata dei diritti in questione³³, tra quanti nella loro progressiva specializzazione e regionalizzazione vedono il segno di una forza universale dei diritti stessi, e chi invece (pessimisti-realisti) da tale condizione ricava argomenti contrari all'esistenza di una comunità universale di popolo, di una "famiglia umana"³⁴.

Nel descritto processo di positivizzazione un posto peculiare occupa la Convenzione EDU (1950), resa esecutiva in Italia nel 1955 (l. n. 848/1955), in grado di sollecitare pulsioni nella direzione di pervenire ad un'effettiva ed ampia tutela dei diritti umani. L'intreccio funzionale con la Costituzione delinea i tratti di un sistema integrato di garanzia che ha l'effetto di lasciar trascolorare, senza eluderla del tutto, la distinzione, tra diritti umani e diritti fondamentali, basata sul riferimento formale della fonte-atto di produzione³⁵.

4. L'esperienza di tutela e sviluppo diritti fondamentali nel passaggio dallo Stato liberale allo Stato costituzionale democratico.

La tutela multilivello dei diritti fondamentali (v. *infra*) appare come la proiezione più avanzata del principio di apertura dello Stato costituzionale di diritto, tuttavia, il radicamento e la legittimazione di un monopolio sta-

³² M. MAHLMANN, loc. cit., p. 473.

³³ Al riguardo, v. S. GOSEPATH, G. LOHMANN, *Einleitung*, in S. GOSEPATH, G. LOHMANN (Hrsg.), *Philosophie der Menschenrechte*, Frankfurt a.M., 1998, p. 11 ss. Sulla incapacità di definire in un senso o nell'altro tale disputa, v. anche M. MAHLMANN, *Grundrechtstheorien in Europa – kulturelle Bestimmtheit und universeller Gehalt*, in *EuR*, 4/2011, p. 469 ss., secondo cui, in ogni caso, in relazione ai diritti umani non si è formato alcun *ius commune* nella cultura giuridica internazionale (p. 470).

³⁴ ...come quella relativa alla distinzione tra diritti universali di matrice liberale occidentale, ereditati dalle rivoluzioni americana e francese; e diritti universali di matrice socialista, richiamata anche in E. DENNINGER, *Menschenrechte und Grundgesetz*, Weinheim, 1994, p. 83 ss., ora anche in ID., *Menschenrechte zwischen Universalitätsanspruch und staatlicher Souveränität*, in ID., *Der gebändigte Leviathan*, Baden-Baden, 1990, p. 249 ss.

³⁵ Sintomatica, al riguardo, è l'affermazione della Corte costituzionale, secondo cui "l'auspicabile convergenza degli operatori giuridici e delle Corti costituzionali e internazionali verso approcci condivisi, quanto alla tutela dei diritti inviolabili dell'uomo, offre una soluzione del caso concreto capace di conciliare i principi desumibili da entrambe queste fonti" (Corte cost., sent. n. 49/2015).

tale nella garanzia dei diritti fondamentali è da ricondursi alle origini dello Stato chiuso ottocentesco con la previsione delle sole libertà negative, oltre che dei diritti politici, corrispettivo della separazione tra la società civile e il potere dello Stato rappresentato dal *Re legibus solutus*³⁶. Si comprende bene, allora, come la relativa portata garantista si manifestasse esclusivamente nei confronti di quest'ultimo potere in quanto estraneo ed estraneo agli interessi della società attiva. In quest'ottica, del resto, si spiega l'istituto della riserva di legge quale attribuzione di competenza esclusiva in favore del legislatore per la limitazione dei diritti fondamentali.

Ad ogni modo, la questione circa la portata del vincolo di osservanza dei diritti fondamentali nei confronti del legislatore rappresentativo³⁷ configura un punto problematico dell'esperienza storica della Costituzione di Weimar (1919)³⁸, laddove nel confronto tra positivisti (*Gerhard Anschütz, Richard Thoma*) ed antipositivisti (*Carl Schmitt, Rudolf Smend, Erich Kaufmann, Hermann Heller, Heinrich Triepel, Gerhard Leibholz*) a prevalere era l'idea dell'insussistenza di un vero e proprio vincolo giuridico, ritenuto cogente ed assoluto unicamente nei riguardi dell'azione amministrativa. Suggestiva e profetica per certi aspetti, era l'affermazione di *Carl Schmitt* secondo cui i "veri" diritti assoluti – dunque, i diritti fondamentali – non sono garantiti secondo parametri legislativi, il loro contenuto non risulta dalla legge mentre la limitazione ad opera di leggi rappresenta l'eccezione, "un'eccezione limitata e misurabile, regolata in via generale"³⁹. La portata della loro tutela non

³⁶ Cfr. E.-W. BÖCKENFÖRDE, *Die Bedeutung der Unterscheidung von Staat und Gesellschaft im demokratischen Sozialstaat der Gegenwart*, (1972), ora anche in *Id.*, *Recht, Staat, Freiheit*, Frankfurt a. M., 1991, p. 209 ss.; E. DENNINGER, *Der gebändigte Leviathan*, Baden Baden 1990, p. 144. *Id.*, *Staatsrecht*, 2, Hamburg, 1979, p. 138. Lo stesso E. DENNINGER -*Staatsrecht*, cit., p. 153- rileva come la configurazione di diritti di prestazione nei confronti dello Stato chiamasse in causa "oltre al rapporto cittadino-Stato- anche quello tra cittadino e altre "forze" sociali (dunque, non pubbliche) in grado comunque di incidere e/o condizionare l'integrità dei diritti spettanti ai singoli (associazioni di interessi, sistemi di assistenza, etc.). Con riguardo alla medesima distinzione relativa ai diritti umani, v. tra gli altri, S. GOSEPATH, G. LOHMANN, *Einleitung*, in S. GOSEPATH, G. LOHMANN (Hrsg.), *Philosophie der Menschenrechte*, cit., p. 13.

³⁷ Con riguardo ai diritti fondamentali come difesa dell' individuo unicamente contro le interferenze illegittime del potere Esecutivo, non invece del legislatore, v. A. BALDASSARRE, voce *Diritti inviolabili*, in *Enc. Giur. Treccani*, Roma, 1989, p. 1 ss.

³⁸ Per la tesi contraria alla sussistenza di un tale vincolo, v. soprattutto G. ANSCHÜTZ, *Die Verfassung des Deutschen Reichs vom 11. August 1919*, ristampa della 14. ed. (1933), 1987, p. 517 ss. In senso favorevole al riconoscimento di un tale obbligo di osservanza in capo al legislatore ordinario, v. soprattutto R. THOMA, *Die juristische Bedeutung der grundrechtlichen Sätze der deutschen Reichsverfassung im allgemeinen*, (1929), ora anche in *Id.*, *Rechtsstaat-Demokratie- Grundrechte* (Hrsg. von Horst Dreier), Tübingen 2008, p. 173 ss.; C. SCHMITT, *Verfassungslehre* (1928), 5. Ed., Berlin, 1970, p. 166 ss..

³⁹ C. SCHMITT, *Verfassungslehre*, cit., p. 166. "Alle echte Grundrechte sind absolute Grundrechte, d.h. sie werden nicht, 'nach Maßgabe der Gesetze' gewährleistet, ihr Inhalt er-

potrebbe non farsi valere nei confronti di ogni organo dello Stato, incluso il legislatore rappresentativo, a prescindere da ogni considerazione circa le forme di realizzazione della tutela stessa, soprattutto, circa la natura e la dimensione del vincolo imposto dai singoli diritti alla discrezionalità legislativa.

Siffatta impostazione è parsa evocare una consistenza istituzionale, oltre che sostanziale, dei diritti fondamentali, coerente con il concetto positivo di Costituzione quale decisione totale sulla specie e la forma dell'unità politica del popolo. La portata assoluta di cui tali diritti godono, o devono godere, può indicarsi come il risvolto, sul piano giuridico-positivo, del loro essere frammenti di questa decisione totale, che caratterizza il *proprium* della Costituzione e vale a distinguerla nei contenuti dalle leggi costituzionali. In siffatta linea di pensiero può intravedersi anche una qualche sintonia o affinità funzionale con l'indirizzo umanistico-sostanzialistico, per il quale i diritti manifestano una consistenza assoluta come presidi e forme dell'integrazione sociale⁴⁰.

Il transito dal costituzionalismo liberale ad un assetto di costituzionalismo fondato sul principio organizzatore della sovranità popolare oltre che sull'avvento di Costituzioni rigide, in cui la natura duale del rapporto tra Stato-apparato e società civile tende a mitigarsi senza però scomparire del tutto, porta a una definitiva soluzione, in principio, della questione relativa alla portata assoluta dei diritti fondamentali. Tali diritti realizzano scelte ir-retrattabili del potere costituente del popolo, riflettono un sistema di valori integrato nella Legge fondamentale che si impone all'osservanza di tutti i poteri pubblici, incluso il legislatore costituzionale.

I diritti fondamentali assumono poi una consistenza assiologica ulteriore, in uno con la dimensione funzionale più ampia riconosciuta alla Costituzione rispetto al figurino liberale riflesso nell'art. 16 della Dichiarazione del 1789. Nel complesso di prescrizioni che sanciscono fini e determinano compiti dello Stato la Costituzione infatti, accanto alla forza formale di Legge suprema, è chiamata ad attendere ad una pluralità di compiti e funzioni che vanno ben oltre la sola fondazione e limitazione del potere politico. Essi investono direttamente il contesto della vita sociale, rispetto al quale la prima agisce, rispettivamente, come disciplina di base della vita in comune⁴¹ ma anche come "medio del processo di trasformazione sociale⁴², in fine, come un assetto normativo ispirato alla realizzazione del fine

gibt sich nicht aus dem Gesetz, sondern der gesetzliche Eingriff erscheint als Ausnahme und zwar als prinzipiell begrenzte und messbare, generell geregelte Ausnahme."

⁴⁰ R. SMEND, *Verfassung und Verfassungsrecht*, München - Leipzig, 1928, p. 153 ss. (part. p. 166); nonché ID., *Das Recht der freien Meinungsäußerung*, in *VVDStRL*, 4 (1928), p. 44 ss., part. p. 51..

⁴¹ "Normative Basisschicht des Zusammenlebens"; „normative Ordnung des gesellschaftlichen Lebens“: in tal senso v. anche, da ultimo, M. MORLOK, *Soziologie der Verfassung*, Tübingen, 2014, p. 10.

⁴² "Medium der Prozessierung sozialen Wandels": Per questi riferimenti concettuali, v. U.

ultimo di Giustizia. Il catalogo dei diritti condensa, allora, l'espressione normativa essenziale della primazia dell'istanza personalista, riassumibile nella natura inviolabile della dignità umana. Tale istanza assunta a Bene supremo e principio ispiratore dell'intero ordinamento giuridico statale, in una dimensione che va oltre quella della libertà soltanto negativa, richiede l'impegno attivo dello Stato ai fini della sua piena realizzazione anche attraverso il formale riconoscimento dei diritti sociali, come mezzo attraverso cui favorire il pieno ed effettivo sviluppo della persona (art. 2 Cost.).

Connotati di un nuovo *Menschenbild* costituzionale⁴³, dignità umana e diritti fondamentali operano a presidio di interessi di natura individuale e nel mentre concorrono, sul versante più propriamente istituzionale, all'attuazione dell'unità politica dello Stato democratico. In quest'ordine di idee assume particolare considerazione l'esistenza di una relazione funzionale necessaria tra tali diritti e l'assetto organizzativo dello Stato⁴⁴, intendendo i primi come imprescindibilmente correlati alla identità ed ai caratteri dell'ordinamento democratico⁴⁵ ed assumendoli, in questo senso, a fonte di legittimazione dello Stato-apparato⁴⁶.

5. Dimensione teoretica, dogmatica ed esperienza applicativa dei diritti fondamentali.

Nel contesto delle dinamiche evolutive cui si è fatto cenno, rileva la configurazione di teorie dei diritti fondamentali, intese come necessarie premesse di metodo in grado di orientare l'attività interpretativa dei diritti stessi entro coordinate più o meno obiettive e/o razionali⁴⁷, sul piano dell'argomentazione giuridica. Ciò, al di là dell'obiezione che tali teorie non sono di per sé in grado di opporre alcun limite cogente contro eventuali interpretazioni eccentriche dei diritti in parola.

Al riguardo, la questione non è tanto o soltanto quella di stabilire fin quando valgano tali teorie a porre un vincolo di contenuto (non soltanto di

VOLKMANN, *Grundzüge einer Verfassungslehre der Bundesrepublik Deutschland*, Tübingen 2013, 57 ss. E p. 67 ss.

⁴³ E.-W. BÖCKENFÖRDE, *Das Bild vom Menschen in der Perspektive der heutigen Rechtsordnung*, (1985), ora anche in ID., *Recht, Staat, Freiheit*, cit., p. 58 ss.

⁴⁴ Una stretta connessione funzionale tra diritti umani ed organizzazione dello Stato è rilevata anche da R. ALEXY, *Die Institutionalisierung der Menschenrechte im demokratischen Verfassungsstaat*, in S. GOSEPATH, G. LOHMANN (Hrsg.), *Philosophie der Menschenrechte*, cit., p. 244 ss.

⁴⁵ In senso contrario a siffatta relazione necessaria tra diritti umani e ordinamento democratico, v. E.-W. BÖCKENFÖRDE, *Ist Demokratie eine notwendige Forderung der Menschenrechte ?*, in S. GOSEPATH, G. LOHMANN (Hrsg.), *Philosophie der Menschenrechte*, Frankfurt a.M., 1998, p. 233 ss., part. p. 236 ss.

⁴⁶ E. DENNINGER, *Menschenrechte zwischen Universalitätsanspruch und staatlicher Souveränität*, cit., p. 252 ss.

⁴⁷ Conforme, M. MAHLMANN, *Grundrechtstheorien in Europa – kulturelle Bestimmtheit und universeller Gehalt*, in *EuR*, 2011, p. 469 ss., part. p. 476 ss., part. p. 477.

forma) all'esercizio dell'attività esegetica. Occorre innanzitutto determinare se e quanto le stesse siano effettivamente in grado di condizionare l'interpretazione del giudice o, piuttosto, non sia quest'ultima a provocare un dinamico rimodellamento delle prime. In altre parole, se l'impostazione teoretica si collega anche all'esperienza, non è peregrino chiedersi quale consistenza vincolante possa generare nei confronti dell'organo decidente. Del resto, il fiorire continuo di teorie dei diritti lascia dubitare sulla forza di queste ultime di costituire un reale fattore di razionalità esegetica.

Soprattutto da ultimo quel che viene in rilievo non è soltanto un pluralismo di apporti teoretici⁴⁸ quanto una diversità di tratti esegetici espresso ai diversi livelli -nazionale, internazionale, sovranazionale- ciascuno ispirato da funzioni e scopi riconducibili alla natura della rispettiva fonte di produzione (atto interno o atto di diritto internazionale) quanto anche all'ordinamento giuridico di riferimento (ordinamento statale, ordinamento sovranazionale). Tale varietà di orientamenti giurisprudenziali è sovente difficile da decifrare e riordinare, derivando da decisioni che hanno come riferimento i diversi contesti normativi in cui i diritti sono disciplinati, ritagliate per lo più a misura del caso concreto oggetto del giudizio. Così insieme ad orientamenti che valorizzano istanze di interesse generale o comunitaristico sono altri che, invece, considerano unicamente la questione in contesa, ciò che influenza, in ultima analisi, l'interpretazione del significato e dei limiti dei diritti fondamentali. Anche per questa via appare più arduo assumere la necessità del previo inquadramento teorico come metodo di interpretazione dei diritti stessi.

Quanto detto non suona contestazione del fatto che una dimensione teoretica sottenda in principio l'elaborazione dogmatica nella configurazione e nello sviluppo del significato dei diritti fondamentali. Essa ispira l'esperienza applicativa, nel contempo da quest'ultima risulta essenzialmente forgiata. Problematico è risalire da ciò che appare essenzialmente come un quadro di premesse scientifico-culturali, mirato soprattutto a conferire solidità argomentativa e razionale alla decisione finale, alla delineazione di un vincolo metodologico dell'argomentazione giurisdizionale. L'intreccio di teoria, dogmatica e giurisprudenza è stato ben evidenziato da *E.-W. Böckenförde*⁴⁹, in quanto attiene alla capacità della teoria dei diritti di orientare le decisioni del giudice costituzionale (molto meno, invece, dei giudici comuni). Nell'esaminarne l'evoluzione in una chiave diacronica, l'A. evidenzia ad esempio come l'impiego della teoria liberale, che esalta la dimensione negativa dei diritti di libertà contro l'ingerenza dello Stato, abbia condizionato in modo decisivo l'esperienza del costituzionalismo ottocentesco. La teoria istituzio-

⁴⁸ Sul concetto e sulle specie di "teoria dei diritti" v. M. MAHLMANN, *Grundrechtstheorien in Europa*, cit., p. 479.

⁴⁹ E.W. BÖCKENFÖRDE, *Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation* (1974), ora anche in Id., *Staat, Verfassung, Demokratie*, Frankfurt a.M. (1991), 2. ed., 1992, p. 115 ss..

nale⁵⁰, quella democratico-funzionale⁵¹ fino alla teoria orientata ai valori risultano soprattutto connesse all'esperienza del costituzionalismo democratico, in sintonia con l'idea della Costituzione come unità assiologico-funzionale⁵².

In quest'ordine di idee un autorevole interprete della teoria istituzionale dei diritti, come *Peter Häberle*, espressamente declina i diritti come “fondamento funzionale” della democrazia, elementi costitutivi di un assetto omogeneo di valori, in grado di realizzare l'unità dello Stato. In tale veste, essi assumono un “significato obiettivo per la Costituzione”⁵³, che lo Stato stesso concorre ad affermare⁵⁴.

Senza volere indugiare nell'analisi delle singole posizioni dottrinali a cui si è fatto riferimento o, più in generale, della relazione tra teoria e dogmatica⁵⁵, resta il fatto che più di una perplessità può destare il senso assoluto dell'asserzione di *Böckenförde* circa l'influenza della teoria sull'esperienza applicativa dei diritti fondamentali, anche tenuto conto di una certa staticità/obsolescenza dello schema teoretico proposto. Soprattutto, a destare perplessità è una certa sotto-valutazione dell'effettivo impatto che sull'esperienza interpretativa gioca la fattispecie concreta (ben prima, forse, del substrato teoretico), in grado come tale di indurre la precomprensione del giudice⁵⁶. Riveste un peso, in quest'ottica, anche il sistema dei rapporti tra organi appartenenti ai vari livelli di tutela dei diritti fondamentali, in una forma che si definisce, convenzionalmente, un dialogo intergiurisprudenziale (v. infra). In fine, la crescente attenzione rivolta agli equilibri macrofinanziari dello Stato configura un ulteriore fattore di condizionamento del processo esegetico, in particolare in quanto attiene all'attuazione dei diritti sociali. Ciò può indurre una differente determinazione delle forme di impegno dello Stato ad es., nel quadro di una politica di privatizzazione dei servizi sociali, modellando le tecniche di decisione giurisprudenziale, come è accaduto nel caso delle sentenze additive di principio della Corte costituzionale.

A volte, poi, la dimensione istituzionale di diritti è parsa avere una rilevanza addirittura preponderante rispetto alla dimensione garantista indivi-

⁵⁰ su cui v. tra gli altri soprattutto P. HÄBERLE, *Die Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 Abs. 2 Grundgesetz*, 2. Ed., Karlsruhe 1992, part. p. 20 ss.

⁵¹ E.W. BÖCKENFÖRDE, *Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation* (1974), cit., p. 119.

⁵² Su cui v. tra gli altri soprattutto P. HÄBERLE, *Die Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 Abs. 2 Grundgesetz*, 2. Ed., Karlsruhe 1992, part. p. 20 ss.

⁵³ P. HÄBERLE, *Die Wesensgehaltsgarantie*, cit., p. 4.

⁵⁴ Sul richiamo ad una pluralità di teorie dei diritti fondamentali, v. ancora M. MAHLMANN, *Grundrechtstheorien in Europa – kulturelle Bestimmtheit und universeller Gehalt*, cit., p. 478 ss.

⁵⁵ ...su cui si rinvia, per tutti, a B. RUSTEBERG, *Der grundrechtliche Gewährleistungsgesamt*, Tübingen, 2009, p. 124 ss..

⁵⁶ Per un riferimento alla letteratura in tema, sia consentito il rinvio a V. BALDINI, *La concretizzazione dei diritti fondamentali*, Napoli, 2015.

duale, come in tema di diritti cd. della comunicazione, a partire dalla libertà di manifestazione del pensiero che, “pietra angolare dell’ordine democratico”⁵⁷, assume peculiare rilievo quando esercitata in forma collettiva⁵⁸. L’informazione, rispetto a cui tale libertà costituisce il necessario presupposto, si pone quale “condizione preliminare” o “presupposto insopprimibile” dello Stato democratico⁵⁹. Del pari è a dirsi per i cd. diritti di cittadinanza, la cui stretta conferenza al principio di sovranità popolare è stata anche di recente ribadita dalla Corte costituzionale (sent. n. 1/14).

segue: i diritti fondamentali come principi.

Articolato e, per certi aspetti, problematico si mostra l’inquadramento dei diritti fondamentali quale parte integrante del sistema dei principi e valori costituzionali⁶⁰ che, secondo la costante giurisprudenza della Corte costituzionale, riflettono l’espressione di una irretrattibile identità costituzionale, da proteggere e custodire in assoluto. Del resto, l’affermazione che “l’ordinamento costituzionale non è neutrale dal punto di vista dei valori”, caposaldo di un nuovo indirizzo esegetico, di stampo argomentativo-sostanziale, ha origini remote, risalendo alla nota sentenza-*Lüth* del Tribunale costituzionale federale tedesco⁶¹. Tale affermazione, mostra i caratteri di una verità dogmatica che segna un decisivo punto di svolta nella direzione di esaltare la natura dei diritti fondamentali quali regole di principio. Una siffatta premessa è alla base della progressiva estensione della sfera di efficacia dei diritti ben oltre quella circoscritta in origine al rapporto tra poteri pubblici ed individuo, che giunge ad investire ogni ambito materiale dell’esperienza. I diritti fondamentali escono dallo spazio angusto delineato dalla cultura

⁵⁷ Corte cost., sent. n. 84/69. In tema, v. da ultimo anche S. MÜLLER-FRANKEN, *Meinungsfreiheit im freiheitlichen Staat*, Paderborn - München - Wien - Zürich 2013, part. p. 31 ss., che contesta una rappresentazione in chiave eminentemente istituzionistica di tale libertà mentre esalta la connotazione in senso propriamente liberale - dunque, inerente strettamente od esclusivamente alla libertà individuale - di tale diritto. Del resto, anche J. HABERMAS - *Zur Prinzipienkonkurrenz von Bürgergleichheit und Staatengleichheit im supranationalen Gemeinwesen*, in *Der Staat* 53 (2014), p. 167 ss., part. p. 183 evidenzia l’accezione in senso essenzialmente individualista dei diritti fondamentali sanciti nelle Costituzioni democratiche contemporanee (“*Moderne Verfassungssysteme bauen sich aus Grundrechten auf, und diese haben einen individualistischen Zuschnitt*”; *deshalb kennen unsere Verfassungen in letzter Instanz nur einzelne Personen als Zurechnungsobjekte für Rechte. Das gilt auch für die demokratischen Teilnahme- und Kommunikationsrechte.*“).

Nella letteratura italiana, cfr. da ultimo G. AZZARITI, *Contro il revisionismo costituzionale*, Roma-Bari, 2016, p. 65 ss.

⁵⁸ Corte cost., sent. n. 126/85.

⁵⁹ V., tra le altre, Corte cost., sentt. nn. 126/85, 29/96, 312/03, 151/05.

⁶⁰ V., per tutti, F.P. CASAVOLA, *La regola costituzionale come valore*, in AA.Vv., *I valori della Costituzione italiana*, Napoli, 1996, p. 17 ss.

⁶¹ BVerfGE, 7, 198 ss..

liberale ottocentesca ed assurgono alla condizione di parametri generali ed ordinari dell'agire normativo, volano di sviluppo della produzione legislativa. Si tratta di una linea di indirizzo feconda, oltre che suggestiva nella prospettiva di una progressiva costituzionalizzazione dell'ordinamento giuridico statale⁶². Essa attinge in origine al pensiero umanistico-integrazionista di *Rudolf Smend* che nella Costituzione rinviene il fomite dell'integrazione politico-sociale (v. *supra*). Tale orientamento appare critico verso l'idea della tecnicità e della declinazione in senso atomistico dei diritti fondamentali – quale rileva, ad es., nel pensiero di *Ernst Forsthoff* – in favore di una visione in senso organico della Costituzione⁶³ che ne premia la conversione funzionale all'esito dell'integrazione, delineando così profilature nuove dello Stato di diritto.

La percezione dei diritti quali norme di principio, se segna l'inizio di una nuova esperienza del costituzionalismo, apre faglie problematiche con riguardo, in particolare, all'interpretazione degli stessi, giungendo in ultima analisi a mettere in crisi quella stessa matrice volontaristica *-voluntas, non ratio facit legem*, potrebbe dirsi riprendendo (*mutatis mutandis*) *Thomas Hobbes* – del diritto che è imperativo dello Stato democratico. Come sottolinea un'autorevole dottrina, i principi quali proposizioni incompiute (non-norme)⁶⁴ aspirano per natura ad uno sviluppo e ad un'attuazione in grado di declinarli nel senso compiuto della "norma", come la intende, ad es., *Josef Esser* o quale rileva dal tradizionale schema ipotetico di giudizio di *Hans Kelsen*, riflesso in Italia soprattutto nel pensiero di *Veziro Crisafulli*⁶⁵. In questa veste, i diritti fondamentali appaiono strutturalmente carenti di una forza precettiva immediata da cui dedurre regole normative oggettive e compiute. Essi si presentano piuttosto come *direttive di senso* per lo svolgimento di un compito di azione politica⁶⁶ pure nel quadro di una rappresentazione assiologica unitaria della Costituzione come ordinamento di Giustizia. I diritti-principi si collocano, insomma, all'interno di un disegno organico ma che il legislatore rappresentativo in primis è chiamato a rendere concreto ed effettivo, per realizzare obiettivi ultimi che mirano precipuamente alla loro attuazione. Al giudice comune, prima ancora che alla Corte

⁶² Cfr. G. FOLKE SCHUPPERT, C. BUMKE, *Die Konstitutionalisierung der Rechtsordnung*, Baden-Bden, 2000, part. p. 36 ss.

⁶³ A. HOLLERBACH, *Auflösung der rechtsstaatlichen Verfassung?*, in *AöR*, 85 (1960) p. 241 ss., part. p. 254 ss.

⁶⁴ Al riguardo, in un'ottica critica, v. anche F. RECHELMANN. *Sind Grundrechte keine Normen?*, in *Rechtstheorie*, 37 (2006) p. 381 ss., part. p. 383 ss.

⁶⁵ V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale. II*, *Le fonti*, 6. Ed., Padova 1993, p. 25 ss.; nonché Id., *Le norme «programmatiche» della Costituzione* (1952), anche in V. CRISAFULLI, *Stato – popolo – governo. Illusioni e delusioni costituzionali*, Milano, 1985, p. 53 ss.

⁶⁶ Sul punto, v. tra gli altri U. VOLKMANN, *Verfassungsrecht zwischen normativem Anspruch und politischer Wirklichkeit*, in *VVDStRL* 67 (2007), Berlin 2008, p. 58 ss., part. p. 79 ss..

costituzionale, spetta poi di convertire la volontà politica del legislatore in regola del caso concreto, provvedendo a conferire effettività alla tutela dei diritti fondamentali.

Così si rimodellano, almeno in parte, i termini della relazione tra diritti fondamentali quali regole di principio, attuazione legislativa e applicazione giurisprudenziale, rispetto a cui i primi operano non soltanto come limite ma anche come premessa assiologica vincolante; la decisione politica viene così a commisurarsi, oltre che alla consistenza normativa del singolo diritto, alla valenza deontica complessiva dei valori costituzionali senza poterne prescindere. In quest'ordine di idee, la carenza di regolamentazione legislativa quale difetto di concretizzazione del singolo diritto si traduce a ben vedere in una responsabilità politica, oltre che in una lacuna normativa in grado di paralizzare o contenere notevolmente l'efficacia giuridica del diritto/principio fino ad inibire del tutto l'immediatezza della garanzia costituzionale (v. *infra*).

Una siffatta condizione non manca di aprire un fronte problematico nei rapporti tra legislatore democratico e giudice che, nell'obbligo di prestare immediata osservanza ai diritti fondamentali, è tenuto a rendere effettiva la garanzia connessa ai singoli diritti. In mancanza di una legislazione attuativa trasfigura la linea di discriminazione tra concretizzazione giurisprudenziale del diritto e "creazione" della regola del caso, svelandosi un punto debole nell'assetto dello Stato di diritto.

Il merito principale dello schema teoretico proposto da *E.W. Böckenförde*⁶⁷ è, in ogni caso, quello di aver concentrato il fuoco dell'attenzione anche critica sulle dinamiche che sottendono l'esperienza dei diritti fondamentali. Nello specifico, poi, lo schema appare ancorato ad una descrizione in chiave diacronica di tale esperienza – che ignora, ad es., ogni configurazione di una possibile dimensione collettiva connessa ai diritti fondamentali⁶⁸, come rileva in alcune decisioni del giudice costituzionale. Esso elude per altro verso ogni riferimento all'influenza che sulla costruzione teoretica può avere l'impatto con il sistema dei diritti internazionali e comunitari.

⁶⁷ E-W. BÖCKENFÖRDE, *Grundrechte als Grundsatznormen. Zur gegenwärtigen Lage der Grundrechtsdogmatik*, (1990), ora anche in ID., *Staat, Verfassung, Demokratie*, cit., p. 159 ss.

⁶⁸ Sul punto, v. soprattutto K.-H. LADEUR, *Die Beobachtung der kollektiven Dimension der Grundrechte...*, cit., p. 504 ss.; nonché ID., *Die transsubjektive Dimension der Grundrechte*, in T. VESTING, S. KORIOTH und I. AUGSBERG, *Grundrechte als Phänomene kollektiver Ordnung* (Hrsg.), Tübingen, 2014, p. 17 ss.; inoltre, ivi v. anche T. VESTING, *Nachbarschaft. Grundrechte und Grundrechtstheorie in der Kultur der Netzwerke*, p. 57 ss.

6. Diritti fondamentali e teorie dei diritti, tra concezione sostanziale ed approccio giuridico-formale: affinità e antinomie nel pensiero di Robert Alexy e Luigi Ferrajoli.

Non mancano poi ricostruzioni che connettono il carattere fondamentale del diritto ad elementi sostanziali piuttosto che giuridico-formali, quali, ad es., la natura degli interessi e dei bisogni a cui viene prestata tutela o assicurata la soddisfazione. Così *Robert Alexy* riconosce la natura di diritti fondamentali a interessi, o bisogni, connessi secondo un rapporto di stretta essenzialità all'esistenza od all'autonomia dell'individuo, per cui la loro violazione o mancata soddisfazione può comportare la morte od il patimento di gravi sofferenze della persona o, ancora, viene a toccare il nucleo essenziale della sua autonomia⁶⁹. In quest'ordine di idee, fondamentali sono in generale tutti i diritti umani, senza riguardo alla forza della fonte di produzione in relazione all'assetto complessivo dell'ordinamento giuridico statale. Ciò spiega il riconoscimento del requisito di universalità come proprio ed intrinseco, oltre che esclusivo, dei diritti fondamentali⁷⁰, posizione che lo stesso *Robert Alexy* non manca di sottoporre a critica, in riferimento all'universalità dei soggetti titolari dei diritti come dei destinatari dei relativi obblighi⁷¹.

Seguendo un approccio in parte diverso, *Luigi Ferrajoli* riconnette l'universalità alla dimensione soggettiva dei diritti fondamentali spettanti "...a

⁶⁹ R. ALEXY, *Die Institutionalisierung der Menschenrechte im demokratischen Verfassungsstaat*, cit., p. 251.

⁷⁰ "La caratteristica dell'universalità appartiene al concetto stesso di "diritti umani". Se i diritti umani fossero pensati come particolari, perché mai qualificarli così? Non avrebbe alcun senso qualificare come "umani" diritti che sono "particolari", cioè propri di un popolo o di una classe di individui": così F. VIOLA, in F. BOTTARI, F. TOTARO, *Universalismo ed etica pubblica*, Milano (Vita e Pensiero), 2006, p. 155 ss.

⁷¹ Sul primo versante, l'universalità implica, come primo problema, quello relativo alla possibilità di una limitazione della sfera di attribuzioni in ragione del concetto (biologico) di "uomo" che le prescrizioni dei diritti umani verrebbero a considerare. Un altro ordine di problemi consegue, poi, al fatto che titolari di tali diritti possano considerarsi unicamente gli individui, con l'esito di escludere *tout court* dal novero dei diritti umani i diritti cd. di terza generazione o i diritti collettivi (appartenenti a determinati gruppi. In fine, pur spettanti a tutti, i diritti umani non possono nella realtà essere sempre fatti valere da ciascun individuo (si pensi, ad es., al diritto al mantenimento ed all'educazione, che può essere fatto valere soltanto dal bambino). Così, l'unico profilo che verrebbe a distinguerli dagli altri diritti (non universali) sarebbe la loro natura "categorica" per cui la titolarità non risulta condizionata da alcun titolo di acquisizione). Ad intendere, invece, l'universalità dei diritti umani con riferimento specifico ai destinatari del vincolo di tutela la questione può risultare anche più complessa perché se è vero che, di regola, essi possono farsi valere *erga omnes* ciò non si mostrerebbe vero in ogni caso (es., il bambino che può far valere il proprio diritto al mantenimento unicamente verso la famiglia, o il riferimento del diritto di elettorato nei confronti del "singolo" Stato): R. ALEXY, *Die Institutionalisierung der Menschenrechte im demokratischen Verfassungsstaat*, in S. GOSEPATH, G. LOHMANN (Hrsg.), *Philosophie der Menschenrechte*, cit., p. 244 ss.

‘tutti’ gli esseri umani in quanto dotati dello status⁷² di persone, o di cittadini o di persone capaci d’agire”⁷³. Attingendosi, tra l’altro, alle suggestioni del pensiero di *Niklas Luhmann*, i diritti fondamentali vengono inquadrati come aspettative positive (a prestazioni o negative a non lesioni) ascritte “ad un soggetto da una norma giuridica”⁷⁴. Tanto, non spinge ad ignorare il dato giuridico-positivo giacché l’esistenza di norme generali di diritto positivo che riferiscono a classi intere di soggetti⁷⁵ la titolarità dei diritti fondamentali “*in eguale forma e misura*”⁷⁶ rappresenta il presupposto che legittima la fondatezza delle aspettative in parola. Ai (soli) diritti umani è riservato il riconoscimento di un’universalità, per dir così, assoluta, intesa come estensione indistinta della sfera di efficacia a tutti, uomini e donne⁷⁷.

Nel pensiero di *Alexy* come, soprattutto, in quello di *Ferrajoli*, la condizione fondamentale di un diritto è posta in una relazione indissolubile con l’eguaglianza delle posizioni giuridiche soggettive⁷⁸, per quanto *Alexy* sembri far leva precipuamente sulla natura umana elementare, propria di esso. Tuttavia, il riferimento ai soli interessi essenzialmente connessi all’esistenza od all’autonomia dell’individuo, la cui violazione o mancata soddisfazione possa recare, oltre alla morte, gravi sofferenze della persona o vulnerarne il nucleo essenziale della sua autonomia appare a ben vedere troppo limitato o, all’opposto, eccessivamente ampio e generico per delineare un paradigma sostanziale accettabile. Basti pensare, in senso contrario, all’ampliamento del novero dei diritti universali per i quali vige una tutela internazionale, secondo la Dichiarazione Universale del ‘48, che arriva a comprendere il diritto alla sicurezza sociale (art. 22, Dich. Univ. ONU) e il diritto alla cultura (art. 26 Dich. Un. ONU) insieme ai diritti sociali e politici spettanti, a particolari categorie di soggetti⁷⁹ o inscindibilmente connessi allo *status* di cittadinan-

⁷² ...intendendosi per ‘status’ “la condizione di un soggetto prevista anch’essa da una norma giuridica positiva quale presupposto della sua idoneità ad essere titolare di situazioni giuridiche e/o autore degli atti che ne sono esercizio”: L. FERRAJOLI, *Principia juris*, cit., p. 726.

⁷³ “Essa ci dirà *che cosa sono* i diritti fondamentali, o meglio cosa conveniamo d’intendere con questa espressione, e non certo *quali sono* i diritti fondamentali e quali classi di soggetti ne sono titolari. Neppure la nostra definizione può dirci *quali sono di fatto* i diritti effettivamente tutelati come fondamentali in un dato ordinamento. Tanto meno, la nostra definizione ci dirà *quali devono essere* (o quali è giusto che siano) i diritti fondamentali”: L. FERRAJOLI, *Principia juris*, cit., p. 725.

⁷⁴ *Ibidem*, p. 726.

⁷⁵ Un tratto peculiare di tale linea di pensiero sta, ancora, nel “riferimento estensionale agli status personali (personalità, cittadinanza, capacità di agire) che ne formano il presupposto. Essi “denotano altrettante classi di persone con riguardo alle quali è predicabile l’universalità di tutti i diversi tipi di diritti fondamentali”: *Idem*.

⁷⁶ *Idem*.

⁷⁷ L. FERRAJOLI, *Principia juris*, cit., p. 660.

⁷⁸ In senso conforme, G. AZZARITI, *Contro il revisionismo costituzionale*, cit., p. 48 ss.

⁷⁹ Ad una classificazione dei diritti umani sanciti dalla Dichiarazione Universale Onu del

za (art. 21 D.U.)⁸⁰. Se è indubitabile il riconoscimento a questi ultimi della natura di diritti umani, tra gli stessi, nondimeno alcuni evidenziano un grado di cedevolezza maggiore potendo rendersi suscettibili di affievolimento in presenza di eventi così gravi da legittimare, in generale, una deroga e/o sospensione dei trattati⁸¹. Per altri diritti (es., divieto di tortura), invece, è il riconoscimento di un'inderogabilità assoluta⁸². Quanto detto consente di concordare sul fatto che il carattere di diritto umano fondamentale non possa essere circoscritto al solo diritto alla vita ed alle libertà fondamentali, come l'*habeas corpus*, insieme alle "altre garanzie penali e processuali"⁸³. Diversamente, nella loro costituzionalizzazione è da rinvenirsi la forma giuridica compiuta di un processo storico-politico mirato a generalizzare e rafforzare le garanzie di una tutela individuale⁸⁴.

Anche nella ricostruzione di Ferrajoli è il richiamo a condizioni e presupposti di natura tipicamente giuridica che sembrano operare in modo selettivo all'interno dell'ordinamento statale, secondo lo schema bipolare dell'inclusione/esclusione. I diritti fondamentali, così, non sono senz'altro risolti nel complesso dei «diritti pubblici» o «costituzionali»⁸⁵, quantunque, in punto di approccio metodologico, lo stesso A. prenda le distanze dall'"universalismo" assiologico, che considera il "valore universale e per così dire oggettivo, o razionale espresso da tali diritti"; quanto dall'universalità in senso sociologico quale "condivisione universale" dei diritti fondamentali⁸⁶, ritenuta a ragione una tesi ideologica che sostiene un approccio scientifico multiculturalista, giungendo, a smentire la premessa riguardante la condizione universale dei diritti.

La precipua valorizzazione dell'eguale riconoscimento a tutti o a catego-

⁴⁸ procede, tra gli altri, S. KIRSTE, *Das Fundament der Menschenrechte*, cit., p. 120 ss., poi distinguendoli in quattro gruppi in ragione della loro relazione con il pubblico potere: (Rechte der Menschen gegenüber der öffentlichen Gewalt, durch die öffentliche Gewalt, der Mitwirkungsrechte an der öffentlichen Gewalt und des Rechts auf Anerkennung der Rechtsfähigkeit des Menschen": p. 124).

⁸⁰ E. DENNINGER, *Menschenrechte zwischen Universalitätsanspruch und staatlicher Souveränität*, ID., *Der gebändigte Leviathan*, Baden-Baden, 1990, p. 252 ss.

⁸¹ E. DENNINGER, *Menschenrechte*, cit., in pp. 259/260.

⁸² E. DENNINGER, *Menschenrechte und Grundgesetz*, Weinheim, 1994, *passim*; ID., *Menschenrechte zwischen Universalitätsanspruch und staatlicher Souveränität*, in ID., *Der gebändigte Leviathan*, cit., p. 249 ss.; ID., *Menschenrechte, Menschenwürde und staatliche Souveränität*, in ID., *Recht in globaler Unordnung*, Berlin, 2005, p. 305 ss.; ID., *Die Wirksamkeit der Menschenrechte in der deutschen Verfassungsrechtsprechung*, ivi, p. 318 ss.; H. JOAS, *Die Sakralität der Person*, Berlin, 2011, part. p. 108 ss.; p. 251 ss.

⁸³ "Idem: "Ma ci sono anche diritti fondamentali, come il diritto potestativo di disporre autonomamente dei propri beni, che spettano solo alle persone capaci d'agire; e altri ancora, come i diritti politici, taluni diritti sociali e il diritto di accesso e circolazione nel territorio dello Stato senza specifiche autorizzazioni, che spettano soltanto ai cittadini".

⁸⁴ L. FERRAJOLI, *Principia juris*, vol. 2, Roma-Bari 2007, p. 47.

⁸⁵ *Ibidem*, p. 725.

⁸⁶ L. FERRAJOLI, *Principia juris*, vol. 2, cit., p. 58.

rie generali di soggetti (persone, cittadini, individui)⁸⁷ dei diritti fondamentali finisce per tradurre, in buona sostanza, la condizione propria del costituzionalismo democratico⁸⁸. Nessun significato può assumere in proposito la distinzione tra un'universalità assoluta, comprendente diritti (alla vita, libertà etc.) a cui corrispondono "divieti universali di lesione a carico di tutti"⁸⁹, "per i quali la pretesa di tutela può essere fatta valere nei confronti di ogni singolo soggetto; ed un'universalità relativa, riferita invece a diritti (salute, istruzione etc.) pretensibili unicamente verso le "istituzioni pubbliche o private deputate al loro soddisfacimento"⁹⁰. Anche in tale elaborazione, decisiva appare la connessione tra diritto fondamentale e sua positivizzazione, quale momento della decisione costituente o espressione della volontà del legislatore costituzionale.

PARTE II: approcci classificatori dei diritti fondamentali e dinamiche dell'esperienza applicativa.

7. Classificazioni dei diritti fondamentali e pluralismo degli approcci ordinatori.

Considerata l'esperienza relativa al riconoscimento ed all'attuazione dei diritti fondamentali fin qui descritta, non sorprende l'esistenza della pluralità di metodi di classificazione, in uno sforzo di riconduzione a sistema. Le diverse teorie che riflettono, direttamente o implicitamente, i termini di un dinamismo sociale, rappresentano un'utile premessa e, nel contempo, un paradigma di raffronto per la dottrina che, con qualche variazione di senso e portata, ha modellato nel corso del tempo l'approccio all'interpretazione di tali diritti. Se la teoria liberale, di stampo prettamente individualistica li declina soprattutto come libertà negative, in alcune classificazioni la libertà è posta invece in una relazione funzionale con l'ordinamento collettivo, ciò che implica un rafforzamento del vincolo di responsabilità sociale che condiziona l'esercizio del diritto individuale⁹¹. In altre classificazioni si sottolinea, in relazione a singoli aspetti della sfera materiale della garanzia, oltre alla dimensione negativa quella positiva, in cui si riflette la classica ripartizione tra libertà

⁸⁷ L. FERRAJOLI, *Principia juris*, vol. 1, Roma-Bari 2007, p. 655 ss. ("sono *universali* tutti i diritti e i doveri a una generalità di soggetti e che formano perciò il fondamento e il parametro della loro *uguaglianza giuridica*": p. 655).

⁸⁸ L. FERRAJOLI, *Principia juris*, vol. 2, cit., p. 57.

⁸⁹ L. FERRAJOLI, *Principia juris*, cit., p. 656.

⁹⁰ *Idem.*

⁹¹ Cfr. soprattutto K.-H LADEUR, *Die transsubjektive Dimension der Grundrechte*, in T. VESTING, S. KORIOTH, I. AUGSBERG, *Grundrechte als Phänomene kollektiver Ordnung*, Tübingen 2014, p. 17 ss.; ivi, v. anche T. VESTING, *Nachbarschaft. Grundrechte und Grundrechtstheorie in der Kultur der Netzwerke*, p. 57 ss..

e diritti⁹², inclusi i diritti sociali, comprensivi delle cd. libertà economiche⁹³.

Nella manualistica corrente, poi, la ripartizione tra libertà negative e libertà positive⁹⁴ affianca sovente quella tra libertà individuali e collettive, connotate, queste ultime, dal fatto che il loro esercizio (pur trattandosi di garanzia individuale) deve avvenire necessariamente ad opera di più soggetti (es., libertà di riunione, di associazione). Sulla dimensione soggettiva della tutela peraltro è basata la classificazione in diritti assoluti, opponibili *erga omnes*⁹⁵ e relativi, come quella in diritti individuali e funzionali, che assume a parametro l'interesse sottostante l'esercizio del diritto⁹⁶. Sul primo versante, si distinguono i diritti che incidono nella sfera (intima) individuale⁹⁷, o in quella pubblica o, ancora, nella sfera economica dell'individuo⁹⁸, questi ultimi posti a tutela della "dimensione sociale della persona"⁹⁹, a cui si aggiungono i diritti sociali¹⁰⁰.

Si tratta, comunque, di classificazioni che scontano il difetto intrinseco dell'approssimazione e in qualche caso, come ben rileva *Mario Dogliani*¹⁰¹, possono risultare addirittura fuorvianti, ad es., quando si riferisce l'immediatezza della tutela ai soli diritti di libertà negativa¹⁰². Esse appaiono, meno pregnanti soprattutto quando l'istanza della tutela individuale si intreccia e si integra con la percezione istituzionale del diritto fondamentale in un quadro

⁹² R. BIN, G. PITRUZZELLA, *Diritto costituzionale*, XVI ed., Torino 2015, p. 524. Con riguardo al campo specifico ai diritti culturali, cfr. anche L. DEGRASSI, *Lingue e linguaggi. Diritti e libertà culturali*, Milano, 2016, part. p. 23 ss.

⁹³ T. MARTINES, *Diritto costituzionale*, Milano, 2011, p. 403 ss.

⁹⁴ P. CARETTI, U. DE SIERVO, *Diritto costituzionale e pubblico*, Torino, 2012, p. 496.

⁹⁵ R. BIN, G. PITRUZZELLA, *Diritto costituzionale*, XVI ed., Torino 2015, p. 524. Tale distinzione, peraltro, è ripresa in F. MODUGNO, *Diritto pubblico*, Torino, 2012, p. 580.

⁹⁶ Mentre i diritti individuali riguardano unicamente la sfera di interesse di chi esercita il diritto, i cd. diritti funzionali "sono attribuiti al singolo per il perseguimento di finalità pre-determinate a vantaggio della comunità, e non liberamente scelte dall'individuo" (es., diritto di proprietà, diritti di famiglia): R. BIN, G. PITRUZZELLA, *Diritto costituzionale*, cit., p. 526. Si ammette tuttavia che tale distinzione ha smarrito oggi ogni utilità in seguito all'intreccio di interessi concorrenti che sottende l'esercizio di ogni diritto, individuale e/o funzionale.

⁹⁷ R. BIN, G. PITRUZZELLA, *Diritto costituzionale*, cit., p. 547 ss.

⁹⁸ *Ibidem*, p. 584 ss.

⁹⁹ *Ibidem*, p. 561 ss.

¹⁰⁰ *Ibidem*, p. 581 ss.

¹⁰¹ M. DOGLIANI, I. MASSA PINTO, *Elementi di diritto costituzionale*, Torino (Giappichelli), 2015, p. 185 ss.

¹⁰² Rileva Dogliani come proprio la giurisprudenza costituzionale, del resto, abbia da tempo provveduto a smontare l'originario asserto dogmatico che configura i diritti sociali come diritti condizionati, riconoscendo ad es. l'efficacia immediata anche di pretese rientranti nella sfera materiale di garanzia di diritti sociali (es.: prestazioni sanitarie). In senso analogo, v. anche R. BIN, G. PITRUZZELLA, *Diritto costituzionale* (XV ed.), Torino, 2014, p. 315 («che esistano diritti del tutto "negativi", ossia che consistono in una pura richiesta di astensione rivolta agli altri soggetti pubblici o privati, è un mito: »).

sistemico non del tutto scevro di tensioni dinamiche. In tal senso, oltre alla libertà di manifestazione del pensiero, di cui si è detto (v. *supra*), si pensi al diritto fondamentale individuale a costituire una famiglia ex art. 29 Cost. e, nel contempo, alla famiglia (eterosessuale) intesa come istituto dell'ordinamento giuridico statale. Suggestiva si mostra la classificazione di *Jürgen Habermas* fondata sulla diversità di rango (gerarchico) dei diritti fondamentali, determinata dalla maggiore funzionalità di alcuni di essi (es., libertà di riunione, di manifestazione del pensiero, etc.) rispetto al corretto svolgimento del processo democratico¹⁰³ (“*weil Einheit und Vernunft der Gesellschaft in einer lebendigen politischen Öffentlichkeit ihre Heimstatt finden..*”)¹⁰⁴, quale forma d'inveramento dell'unità sociale.

Una classificazione che segue gli sviluppi dell'esperienza anche giurisprudenziale è poi quella che ordina i diritti per “generazioni”. Nei diritti di prima generazione rileva essenzialmente la libertà (anche politica) di agire dell'individuo, quelli cd. di seconda generazione si caratterizzano per un'estensione, oltre che di numero, della sfera materiale di tutela connessa a singoli diritti fondamentali dove emerge, accanto al profilo negativo la dimensione positiva dell'obbligo di un impegno attivo dei poteri pubblici al fine di rendere compiuta l'effettività del diritto in questione. Così il diritto alla salute quale “difesa dell'integrità fisio-psichica della persona umana di fronte alle aggressioni o alle condotte comunque lesive dei terzi” include anche un generale impegno dello Stato a prevenire o sanzionare condotte di terzi ritenute lesive del bene suddetto. Sul versante propriamente sociale, inteso quale diritto a fruire di trattamenti sanitari, la sua effettività resta condizionata alla previa esistenza di una regolamentazione legislativa che definisca, tra l'altro, strumenti, tempi e modi della relativa tutela¹⁰⁵, compatibilmente con le generali disponibilità finanziarie dello Stato. Stesso discorso vale anche per il diritto all'abitazione¹⁰⁶, la cui reale consistenza non può prescindere dall'attuazione di politiche sociali e finanziarie finalizzate a renderlo attuale e concreto. Ben noto è lo sviluppo legislativo che nel tempo ha ricevuto invece il diritto fondamentale all'istruzione attraverso, ad es., il diritto allo studio in osservanza dell'art. 34, c. 3., Cost., o la regolamentazione del diritto all'integrazione scolastica di soggetti diversamente abili.

¹⁰³ J. HABERMAS, *Faktizität und Geltung*, 4. Aufl., Frankfurt am Main, 1994, p. 435 ss.

¹⁰⁴ U. DI FABIO, *Das Recht offener Staaten*, Tübingen, 1998, p. 69 (con riferimento proprio al pensiero di Habermas).

¹⁰⁵ Corte cost., v sentt. 88 del 1979, 184 del 1986, 559 del 1987, citate in V. BALDINI, *L'attuazione dei diritti fondamentali tra legge e sentenza*, in AA.VV. (a cura di F. DE MARTINO), *Atti di produzione normativa e separazione dei poteri*, Ripalimosani, 2012, p. 63 ss., part. p. 75 (nota n. 43).

¹⁰⁶ Nella giurisprudenza costituzionale tedesca, ad es., è maturato il riconoscimento di un diritto ad una condizione minima di esistenza (Recht auf Existenzminimum): BVerfG, 9.02.2010, 1 BvL 1/09 – 1 BvL 3/09 – 1BvL 4/09.

Una nuova frontiera di sviluppo delineano i diritti della terza generazione (es., diritto allo sviluppo sostenibile, diritto all'acqua, alle risorse alimentari, etc.), sanciti per lo più in trattati internazionali, i quali manifestano una stretta attinenza anche ad interessi generali oltre che istanze di solidarietà umana. La pretesa al rispetto ed allo sviluppo della pace, che trova corrispondenza all'interno della Carta costituzionale (art. 11 Cost.), come pure la tutela dell'ambiente (artt. 9 e 32 Cost.) ed il diritto alla *privacy*, rappresentano tutele ulteriori ascrivibili alla sfera dei diritti fondamentali. In essa una parte della dottrina riconduce anche il diritto alla lingua ed alla preservazione dell'identità culturale come il diritto alla trasparenza amministrativa, il diritto alla riservatezza dei dati telematici, le cui pretese garantiste a ben vedere vanno oltre la dimensione individuale.

La novità di tali diritti, starebbe tra l'altro anche nel nesso funzionale che lega la natura fondamentale del diritto ad un generale principio di responsabilità, nell'intento di contenere, se non proprio neutralizzare, i rischi che l'affermarsi del nuovo ordine economico globale è in grado di recare soprattutto per la parte più debole dell'umanità.

La sfera dei diritti di quarta generazione, in fine, comprende soprattutto quelli connessi ai risultati della giurisprudenza più recente, nazionale ed europea, avuto riguardo agli sviluppi della ricerca scientifica e del progresso tecnologico (diritto all'oblio, diritto all'identità biologica, diritto all'accesso alla rete telematica)¹⁰⁷. Essi costituiscono una sorta di attualizzazione in senso funzionale dei diritti "classici" a cui non poco ha contribuito l'attività del giudice. Emblematico, in tal senso, è il caso del diritto alla genitorialità, che trova una copertura nel combinato disposto degli artt. 2, 29, 30 Cost., quale espressione della libertà di autodeterminazione; da ultimo, tale diritto è emerso con particolare evidenza in ragione della previsione in materia di accesso alle tecniche di fecondazione medicalmente assistita. Esso include nella relativa sfera materiale di garanzia la pretesa a ricorrere alle suddette tecniche per realizzare il desiderio di genitorialità. Il medesimo diritto riceve una tutela anche dalla Convenzione EDU trovando un importante riferimento in una decisione della Corte di Strasburgo (caso *SH e altri c/Austria*) che ha riconosciuto il "diritto di una coppia di concepire un bambino e di ricorrere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita per tale scopo", in quanto rientrante nella sfera materiale di applicazione dell'art. 8 CEDU, espressione di una libertà di scelta inerente alla sfera della "vita privata e familiare"¹⁰⁸.

¹⁰⁷ La Carta di Nizza dell'UE, ad es., fa menzione di diritti di tal fatta, quali possono ritenersi i diritti connessi alle pratiche bioetiche (art. 3, c. 2); il diritto alla protezione dei dati personali (art. 8); i diritti del bambino (art. 24); la tutela dell'ambiente (art. 37); la tutela dei consumatori (art. 38).

¹⁰⁸ Al riguardo, le preoccupazioni fondate "su considerazioni morali o sull'accettabilità sociale" di un figlio nato con siffatta tecnica procreativa non sono state considerate dai giudici EDU

ragioni in sé stesse sufficienti per legittimare un divieto assoluto “di una specifica tecnica di procreazione artificiale come la donazione di ovuli”, anche al fine di evitare trattamenti normativi ingiustificatamente discriminatori, che violassero il disposto dell’art. 14 della Convenzione EDU. La Prima Sezione del Tribunale di Strasburgo riconobbe allo Stato, in ogni caso, un ampio margine di discrezionalità nella regolamentazione della materia, in considerazione della mancanza di un approccio uniforme da parte degli ordinamenti degli Stati aderenti alla Convenzione. Tuttavia, una volta che il legislatore avesse deciso di consentire la procreazione artificiale tale scelta avrebbe dovuto corrispondere ad un principio di coerenza, in grado di considerare in modo adeguato “ed in conformità con gli obblighi discendenti dalla Convenzione” il complesso degli interessi soggettivi coinvolti.

Più specificatamente con riguardo all’obiezione relativa ai rischi connessi all’impiego delle nuove tecniche di PMA la stessa Corte EDU aveva rinviato alle competenze del legislatore cui sarebbe spettato di procedere all’accertamento di tali rischi “dopo aver attentamente soppesato i diversi interessi pubblici e privati coinvolti e i pericoli che dovrebbero essere fronteggiati”. Circa il rischio di “relazioni familiari inconsuete” conseguenti, ad es., all’esistenza di una divergenza tra la madre biologica e quella genetica del bambino, da cui avrebbero potuto anche scaturire liti giudiziarie, si precisò che il richiamo a tali relazioni familiari non era *ex sé* idoneo a legittimare un divieto assoluto come sancito dalla legge, pur apprezzandosi l’intento di far sì che la procreazione medicalmente assistita avesse luogo in maniera simile a quella naturale. All’argomentazione del Governo, contraria ad una liceità della donazione di ovuli e di sperma per la fecondazione *in vitro* e basata sul grave pregiudizio che il difetto di informazione circa l’identità biologica del bambino -dato che la sua reale discendenza non è rivelata nelle anagrafi- avrebbe recato allo sviluppo della sua personalità, i giudici di Strasburgo hanno opposto la non assolutezza di tale diritto, per quanto riconducibile alla sfera di tutela garantita dal rispetto per la vita privata. Il legislatore avrebbe dovuto comporre nei termini di un ragionevole bilanciamento l’interesse all’anonimato dei donatori “ed i legittimi interessi nell’ottenere informazioni di un bambino concepito attraverso la procreazione artificiale con ovuli o sperma donato”. La differenza di trattamento tra una coppia che, per avere un bambino può solo ricorrere alla donazione di sperma per una fecondazione *in vitro* e quella che può legalmente ricorrere alla donazione di sperma per una fecondazione *in vivo*, non appariva, dunque, dotata di giustificazione oggettiva e ragionevole, alla luce del combinato disposto degli art. 8 e 14 della Convenzione EDU. Sul punto, v. anche E. Malfatti, *La Corte di Strasburgo tra coerenze ed incoerenze della disciplina in materia di procreazione assistita e interruzione volontaria della gravidanza: quando i “giochi di parole” diventano decisivi*, in *Rivista AIC*, 3/2012.

Questa decisione “come è noto- è stata riformata dalla sentenza della Grande Camera della Corte EDU che ha fatto leva, essenzialmente, sulla carenza di un consenso tra gli Stati membri del Consiglio d’Europa circa l’importanza degli interessi in gioco o il mezzo migliore per salvaguardarli, cosa che rende il margine di apprezzamento discrezionale a disposizione di ogni stato più ampio, fino a comprendere la decisione di legiferare in materia nonché i contenuti della disciplina eventualmente apprestata, la cui adeguatezza può essere oggetto di sindacato da parte del giudice europeo. La Grande Camera ha riconosciuto che, nella specie, l’esercizio di detto margine di apprezzamento discrezionale non integrava una violazione dell’art. 8 della Convenzione EDU, il quale non implica, per lo Stato, un assoluto divieto di ingerenza quando sussistano (anche) obblighi positivi, tali da giustificare l’adozione di misure idonee ad assicurare il rispetto della vita privata e familiare nella sfera dei rapporti degli individui tra di loro. Le preoccupazioni basate su considerazioni di ordine morale non possono costituire, inoltre, la ragione esclusiva di giustificazione del divieto assoluto di una tecnica specifica di procreazione artificiale, quale la donazione di ovuli. La rapida evoluzione del progresso medico-scientifico in materia determina, peraltro, una generale difficoltà a stabilire una base stabile alla cui stregua valutare necessità e adeguatezza delle misure legislative adottate, le cui conseguenze potrebbero divenire ovvie soltanto dopo un lasso di tempo

Nell'ordinamento italiano, dopo una lunga *vacatio* legislativa che ha favorito l'impiego indiscriminato delle più diverse tecniche di fecondazione assistita, è intervenuta la l. n. 40/2004 a regolamentare tale situazione, la quale aveva statuito, in proposito, il divieto del ricorso alla procreazione di tipo eterologo (art. 3, l. n. 40/2004). Nel solco dell'indirizzo giurisprudenziale aperturista del giudice europeo, la Corte costituzionale è poi intervenuta a censurare un siffatto divieto¹⁰⁹ sulla premessa, tra l'altro, del superamento del figurino familiare fondato sulla genitorialità biologica, a favore di un modello di genitorialità incardinato sul principio di autonomia e responsabilità.

In qualche modo connesso a quest'ultimo è poi il diritto alla conoscenza della propria identità biologica, che lo stesso giudice costituzionale ha riconosciuto modellandolo nelle sue connotazioni anche procedurali¹¹⁰.

Di grande interesse, nell'ottica di un'esperienza scandita dal costante innalzamento della tutela dei diritti umani fondamentali risulta, l'estensione in via giurisprudenziale della legittimazione processuale attiva per diritti la cui portata garantista va oltre la sola dimensione individuale includendo anche soggetti collettivi (sindacati o associazioni di categoria). Le Sezioni Unite della Cassazione, ritenendo che l'interesse "collettivo o diffuso"¹¹¹ da ricondursi al principio di laicità dello Stato investa la "popolazione nel suo complesso", hanno ammesso alla tutela di tale interesse enti esponenziali della collettività, precisando come il legislatore in casi specifici possa espressamente prevederla in capo "ad associazioni o enti collettivi" (es: l. 241/90, art. 9; l. 349/86, art. 18)¹¹². In quest'ordine di idee si mostra di rilievo la statuizione di cui all. n. 281/98 (in tema di tutela dei diritti dei consumatori e degli utenti) che riconosce ad associazioni di consumatori la legittimazione autonoma a vantare in giudizio la

considerevole. Nella circostanza, il legislatore austriaco aveva proceduto con la dovuta cautela nello stabilire un equilibrio tra gli opposti interessi e non aveva violato l'art. 8 della Convenzione né con la previsione del divieto di donazione di ovuli ai fini della PMA, né, ancora, con la sanzione il divieto di donazione di sperma per la fecondazione *in vitro*, ex art. 3 della disciplina in esame.

¹⁰⁹ Nel contesto delle valutazioni operate, la Corte costituzionale ha sottolineato anche la natura recente del divieto in questione, sottolineando come l'impiego della PMA di tipo eterologo fosse risalente ad un tempo precedente all'entrata in vigore della legge n. 40/04.

¹¹⁰ Al riguardo, sia consentito il rinvio a V. BALDINI, *Diritti fondamentali e processi (a volte incompiuti...) di concretizzazione: il caso del diritto alla conoscenza dell'origine biologica nella giurisprudenza costituzionale tedesca ed italiana*, in www.dirittifondamentali.it, 2014.

¹¹¹ Corte di Cassazione, S.U., sent. 14.3.2011, n. 5924. Nella circostanza, peraltro, la Corte espressamente lascia insoluta la questione circa la possibilità di distinguere tra interessi "diffusi" e interessi "collettivi", i quali ultimi, secondo una dottrina minoritaria, riguarderebbero "non l'intera collettività ma solo gruppi organizzati" (punto 7.6. della sentenza). Secondo una dottrina che la Cassazione stessa definisce come "maggioritaria" "gli interessi diffusi costituiscono un *tertium genus* tra diritti soggettivi ed interessi legittimi, rappresentando una sorta di "diritto sociale" o della collettività, perché avente ad oggetto una relazione sociale, che non riguarda gli individui privati in senso stretto, né gli apparati pubblici, ma si appunta sulla collettività in quanto tale."

¹¹² Corte di Cassazione, S.U., sent. 14.3.2011, n. 5924.

tutela risarcitoria spettante ai consumatori lesi da condotte anticoncorrenziali, dalle quali sia derivato un “indebito aumento dei prezzi”; ciò sul presupposto che attraverso l’azione giudiziaria si perseguono comunque interessi “collettivi e comuni all’intera categoria degli utenti dei servizi assicurativi”¹¹³. A propria volta, il Consiglio di Stato ha considerato principio “affermato in giurisprudenza” quello che intesta alle associazioni di categoria il diritto di agire in giudizio impugnando atti concernenti i singoli associati, quando sia in predicato una lesione dell’interesse collettivo “statutariamente tutelato” dalla associazione nella prospettiva di realizzare vantaggi giuridicamente riconducibili alla sfera dell’intera categoria di associati¹¹⁴.

Gli indirizzi richiamati segnano un importante punto di svolta rispetto alla tradizionale visione individualista che ha orientato a lungo il senso stesso dei diritti fondamentali, conformando in ultima analisi lo stesso *Menschenbild* costituzionale. Essi vanno nella direzione di favorire il rafforzamento dello spessore della garanzia riconducibile a tali diritti nella misura in cui si rinvergono in essa profili di interesse collettivo di cui possono rendersi portatori anche associazioni, oltre che singoli individui. Ciò consente di prefigurare la nascita di una nuova stagione dell’esperienza connessa alla tutela dei diritti sociali che li arricchisce di uno spessore *lato sensu* istituzionale. La novità di tale impostazione attinge, in ultima analisi, alle istanze del pluralismo che la Costituzione repubblicana del ’48 asseconda in generale come espressione di identità dello Stato, anche quando, ad es., espressamente riconosce i diritti delle minoranze linguistiche (art. 6 Cost.) –sul modello di altre Costituzioni come ad es. quella della Bolivia, dell’Ecuador o di alcuni *Länder* tedeschi (Brandeburgo e Sassonia)¹¹⁵– o reca la previsione della tutela di enti e associazioni – sindacati, partiti politici, associazioni religiose – espressioni del pluralismo politico e sociale.

Può concludersi sul punto che il riconoscimento di questa nuova dimensione dei diritti fondamentali suona conferma della intensa connessione funzionale – *rectius*: di una sostanziale identificazione – di diritti e valori costituzionali.

¹¹³ Corte di Cassazione, Sez. civ. II., sent. 18.8.2011, n. 17351. Nella circostanza, peraltro, è stato ritenuto che l’iniziativa processuale del Codacons mirava unicamente a soddisfare “interessi che vanno oltre quelli propri di ogni singolo danneggiato e che non avrebbero potuto essere perseguiti tramite la somma delle singole iniziative”: punto 4.2. della sentenza.

¹¹⁴ Cons. Stato, Sez. V, sent. del 15.6.2007 – 11.7.2008, n. 3451.

¹¹⁵ La Costituzione del Land del Brandeburgo del 1992 sancisce espressamente all’art. 25, comma 1, il diritto del popolo sorabo alla tutela della propria identità nazionale, e lo stesso fa la Costituzione del Land di Sassonia (art. 6).

PARTE III: assetto multilivello e generalizzazione dei diritti fondamentali.

8. La dimensione ultra- e/o sovrastatale della tutela dei diritti.

Veniamo ora ad uno dei punti più suggestivi - nel contempo, però, tra i più complessi - dell'esperienza che si sta descrivendo, quello relativo alla progressiva strutturazione ed allo sviluppo di un assetto multilivello di tutela di tali diritti¹¹⁶.

E' noto, in generale, come le Costituzioni democratiche dei Paesi europei e, perciò, anche quella italiana, abbiano fissato i presidi di un siffatto sviluppo in forma di principi fondamentali, consentendo alle limitazioni della sovranità statale in favore del diritto internazionale¹¹⁷. Nello specifico, gli artt. 10 e 11 della Costituzione italiana recano le norme di apertura dell'ordinamento interno al diritto internazionale convenzionale e consuetudinario, ponendo anche le premesse di una partecipazione dell'Italia ad istituzioni sovranazionali che ora trova un punto esplicito nella novella dell'art. 117 c. 1 Cost.. In chiave comparatistica, previsioni del principio internazionalista si trovano, ad es. nell'art. 24 *Grundgesetz*, a cui ha fatto seguito, poi, la creazione di un vero e proprio *Europa-Artikel* (art. 23 GG); nell'art. 88, commi 1-4 della Costituzione francese e, ancora, negli artt. 93-96 della Costituzione spagnola, per citarne alcune tra le più significative.

Il consolidamento di un assetto multilivello soprattutto per il versante del diritto internazionale pattizio (per quello comunitario si dirà più avanti) ha avuto luogo nell'ordinamento italiano soprattutto dopo la citata novella costituzionale del 2001, che impone espressamente al legislatore statale e regionale, l'obbligo del rispetto "dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali" (art. 117,1.c., Cost.). Ciò, se non conduce a conferire efficacia di norma costituzionale alle prescrizioni della Convenzione EDU tuttavia consente di inquadrarle come norme interposte, la cui violazione ridonda, di regola, in una lesione del parametro costituzionale corrispondente (Corte cost., sentt. nn. 348 e 349 del 2007), quando non risulti giustificata dall'esigenza di osservanza del dettato costituzionale, con le prime apparso in conflitto.

Ciò non toglie che, in un quadro più generale, siffatta ricostruzione operata dal giudice costituzionale incoraggi un'osmosi funzionale tra diritti convenzionali e diritti costituzionali, imponendo al giudice comune un'interpretazione "conforme a Convenzione", oltre che conforme a Costituzione. Sembra farsi largo, così, una percezione intrinsecamente sostanzialista nel riconoscimento

¹¹⁶ Al riguardo, cfr. per tutti M. SCUDIERO, *I diritti fondamentali nel costituzionalismo multilivello*, in AA.VV., *Scritti in onore di Antonio D'Atena*, Milano, 2015, Tomo IV, p. 2979 ss.

¹¹⁷ V. ancora D. THYM, *Vereinigt die Grundrechte!*, cit., p. 56.

ad un diritto della connotazione di “fondamentale”, a scapito, del criterio giuridico-formale basato tradizionalmente sulla natura costituzionale di tali diritti. Ciò, unitamente al determinarsi di una permeabilità reciproca di metodi esegutici e dinamiche applicative che si sviluppano all’interno dei distinti sistemi ad opera, rispettivamente, dei giudici costituzionali ed europei, concorre a realizzare una omologazione della portata di tali diritti, oltre a rafforzare le strette interdipendenze tra i detti sistemi.

È ovvio che l’immagine di un «giardino dei diritti»¹¹⁸ evocata da Alessandro Pace, benché suggestiva, non possa rappresentare una uniformità in assoluto tra i due sistemi di diritti che restano, comunque, distinti in ragione del differente grado di efficacia della rispettiva fonte di produzione. Nondimeno, essa vale a descrivere lo stato effettivo di un’esperienza di apprendimento reciproco che delinea i tratti di un processo di uniformazione dell’esegesi e del complesso dei diritti fondamentali. Tale processo subisce soltanto qualche sporadico rallentamento nella prevalenza del diritto costituzionale nazionale in caso di contrasto con il diritto di fonte convenzionale, quale rileva dagli esiti non sempre concilianti del confronto tra posizioni, rispettivamente, della Corte costituzionale e della Corte di Strasburgo. Ciò porta, in fine, ad un riequilibrio della dimensione delle tutele riconosciute ad un diritto, rispettivamente, dall’ordinamento interno e da quello internazionale¹¹⁹. Nel solco di questa dialettica si collocano le decisioni in cui la stessa Corte costituzionale ha inteso specificare i termini della possibile integrazione tra i diritti costituzionali e diritti sanciti dalla Convenzione EDU, definendo ambiti e condizioni per l’osservanza di quest’ultima da parte dei giudici nazionali. Il ricorso ad un’interpretazione convenzionalmente conforme della legge statale, in particolare, deve essere intrapreso “fino a dove ciò sia consentito dal testo delle disposizioni a confronto e avvalendosi di tutti i normali strumenti di ermeneutica giuridica”; il giudice di merito deve sollevare la questione di incostituzionalità quando “ritiene che non sia possibile comporre il contrasto in via interpretativa” (sent. 311/09).

In altra decisione, di poco successiva a quella ora richiamata (sent. 317/09), sulla premessa dell’esigenza di una tutela “sistemica e non frazionata” dei diritti fondamentali il giudice delle leggi ha precisato come alle sole autorità nazionali spetti di fare in modo che tale tutela non si sviluppi “in modo squilibrato, con sacrificio di altri diritti ugualmente tutelati dalla Carta

¹¹⁸ Così testualmente A. PACE, *Metodi interpretativi e costituzionalismo*, in *Quad. cost.*, 2001, p. 35.

¹¹⁹ Al riguardo, v. da ultimo C. PINELLI, *Gli adattamenti costituzionali attraverso il contributo della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo*, Relazione presentata al Convegno su: “*I mutamenti costituzionali attraverso la giurisprudenza europea*”, (Cassino, 12 e 13 maggio 2016), p. 4 del *paper*, che sottolinea come sia soprattutto nella sent. n. 349 che la Corte costituzionale abbia mostrato l’intenzione di adeguarsi “molto più direttamente ed esplicitamente” all’orientamento della Corte di Strasburgo.

costituzionale e dalla stessa Convenzione europea”. Sul presupposto che il vincolo del rispetto degli obblighi internazionali non possa mai essere causa di una “diminuzione di efficacia” della garanzia ma, anzi, debba tradursi in un “*plus* di tutela per tutto il sistema dei diritti fondamentali”, la “valutazione finale” sulla effettiva consistenza della tutela è fatta derivare da un complesso articolato (una “combinazione virtuosa”) di apporti formali-sostanziali, risalenti, rispettivamente, a legislatore ordinario, giudice comune e Corte costituzionale, che deve assicurare comunque l’esito della “*massima espansione delle garanzie* (corsivo mio: n.d.r.), anche attraverso lo sviluppo delle potenzialità insite nelle norme costituzionali che hanno ad oggetto i medesimi diritti” (nr.7 del “Considerato in diritto”)¹²⁰. Con tale formula sembra alludersi¹²¹, dunque, ad un’aspettativa di ottimizzazione dei diritti fondamentali (v. *infra*).

A parte quanto si dirà più avanti su una certa debolezza intrinseca del concetto di ottimizzazione che comunque non si realizza mai secondo un ottimo paretiano ma delinea un apprezzamento soggettivo, nella misura in cui implica operazioni di bilanciamento tra interessi concorrenti, vale la pena sottolineare come ben oltre la dimensione giuridico-positiva (sent. n. 49/15)¹²² propria della Convenzione EDU quest’ultima ha assunto il rango effettivo di una *Nebenverfassung*, la cui portata garantista e regolatrice incoraggia e spinge a rimodellamenti e adattamenti costanti del diritto costituzionale nazionale¹²³.

¹²⁰ La suddetta combinazione virtuosa deve aversi “così testualmente la Corte- “tra l’obbligo che incombe sul legislatore nazionale di adeguarsi ai principi posti dalla CEDU -...-, l’obbligo che parimenti incombe sul giudice comune di dare alle norme interne una interpretazione conforme ai precetti convenzionali e l’obbligo che infine incombe sulla Corte costituzionale “nell’ipotesi di impossibilità di una interpretazione adeguatrice- di non consentire che continui ad avere efficacia nell’ordinamento giuridico italiano una norma di cui sia stato accertato il *deficit* di tutela riguardo ad un diritto fondamentale... L’accertamento dell’eventuale *deficit* di garanzia deve essere svolto in comparazione con un livello superiore già esistente e giuridicamente disponibile in base alla continua e dinamica integrazione del parametro costituito dal vincolo al rispetto degli obblighi internazionali, di cui al primo comma dell’art. 117 Cost.”: sent. n. 317/09. Al riguardo, v. da ultimo ancora C. PINELLI, *Gli adattamenti costituzionali attraverso il contributo della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo*, cit..

¹²¹ “il confronto tra tutela prevista dalla Convenzione e tutela costituzionale dei diritti fondamentali deve essere effettuato mirando alla massima espansione delle garanzie, concetto nel quale deve essere compreso, come già chiarito nelle sentenze nn. 348 e 349 del 2007, il necessario bilanciamento con altri interessi costituzionalmente protetti, cioè con altre norme costituzionali, che a loro volta garantiscano diritti fondamentali che potrebbero essere incisi dall’espansione di una singola tutela”: sent. n. 264/2012.

¹²² Così ancora D. Thym, *Vereinigt die Grundrechte!*, in *Juristen Zeitung* (JZ), 2015, p. 54.

¹²³ Cfr. ancora C. Pinelli, *Gli adattamenti costituzionali attraverso il contributo della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo*, cit; per il versante tedesco, v. soprattutto M. Herdegen, *Verfassungswandel durch die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte*, Relazione presentata al Convegno su: “*I mutamenti costituzionali attra-*

In quest'ottica, è verosimile ritenere che la possibilità di futura adesione dell'Unione europea alla Convenzione, come ammessa dal Trattato di Lisbona, possa aprire nuove prospettive anche in quanto concerne l'applicazione diretta della Convenzione da parte del giudice di merito.

Se, dunque, la consistenza della tutela risulta ispirata a logiche di sempre più stretta integrazione tra diritti costituzionali e diritti umani, per il versante dei diritti comunitari, in particolare per quelli sanciti dalla Carta dei diritti UE (Nizza 2000), sembra tenere formalmente il principio di separazione delle rispettive sfere di efficacia¹²⁴. Tali diritti risultano applicabili “alle istituzioni e agli organi dell'UE nel rispetto del principio della sussidiarietà”, oltre che agli atti (interni) attuativi dello stesso diritto sovranazionale (così espressamente sancisce l'art. 51 della stessa Carta). Il Trattato di Lisbona¹²⁵, riconoscendo espressamente “i diritti, le libertà ed i principi” sanciti dalla citata Carta ha finito per conferire a quest'ultima efficacia di diritto positivo, conforme al valore giuridico dei trattati (art. 6 TUE); nel contempo, si è detto, è stata formalizzata la previsione di una possibile, futura adesione dell'Unione alla CEDU (art. 6) i cui contenuti, in questo modo, entreranno a far parte del diritto comunitario unitamente ai diritti risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri “in quanto principi generali” (secondo paragrafo dell'art. 6 TUE). In questo modo, prende sempre più forma un “Europa dei diritti”¹²⁶, anche se la visione dualista e concorrente del piano dei diritti, nazionale e comunitario, risulta problematica ed incoerente con il descritto percorso di unitarizzazione. Ne è conferma il fatto che nonostante la previsione dell'art. 51 della Carta UE ponga limiti più o meno delineati all'efficacia applicativa di quest'ultima, da tempo si va registrando

verso la giurisprudenza europea”, (Cassino, 12 e 13 maggio 2016), *paper*.

¹²⁴ Di un modello di separazione (Teilungsmodell) –in contrapposto al modello della stratificazione (Schichtungsmodell)- parla, con riguardo al rapporto tra diritti sovranazionali e diritti interni anche J. Masing, *Einheit und Vielfalt des Europäischen Grundrechtsschutzes*, in *Juristen Zeitung (JZ)*, 2015, p. 477 ss., part. p. 480. Manifesta invece una posizione critica verso un siffatto dualismo, con l'auspicio che venga invece a prevalere una visione integrata ed unitaria del complesso dei diritti, D. Thym, *Vereinigt die Grundrechte!*, in *Juristen Zeitung (JZ)*, 2015, p. 53 ss. In senso analogo, v. anche F. C. Meyer, *Verfassung im Nationalstaat: Von der Gesamtordnung zur europäischen Teilordnung* ?, in AA.VV. *Verfassung als Ordnungskonzept (VVDStRL 75)*, Berlin/Boston 2016, p. 7 ss., part. p. 45 ss.

¹²⁵ ...firmato nel dicembre del 2007 ed entrato in vigore il 1. dicembre 2009.

¹²⁶ Così ancora M. Cartabia, *La tutela multilivello dei diritti fondamentali - il cammino della giurisprudenza costituzionale italiana dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona*, cit., , p. 2 del *paper*. Ricordiamo, del resto, come in seguito a tale recepimento è intervenuta anche la decisione 8 aprile 2014, Digital Rights Ireland, con cui la Corte di giustizia, su richiesta della Corte suprema irlandese e della Corte costituzionale austriaca, operando alla stregua di un vero e proprio giudice costituzionale ha ritenuto illegittima e conseguentemente ha annullato l'intera direttiva 2006/24, per violazione dei diritti al rispetto della vita privata e alla protezione dei dati personali, tutelati dalla Carta UE artt. 7 e 8.

un impiego effettivo della Carta quale parametro generale per il controllo di legittimità degli atti nazionali, operando la stessa in modo “del tutto fungibile rispetto ai parametri costituzionali interni”¹²⁷. Un siffatto slancio la Corte costituzionale ha inteso in qualche modo frenare attraverso il richiamo alla stretta attinenza tra efficacia regolatrice della Carta UE ed applicazione del diritto comunitario alla fattispecie in oggetto¹²⁸, mentre l’iniziale orientamento del giudice comunitario si era mosso, nel senso di ampliare il novero degli atti interni considerati come applicativi del diritto dell’Unione, per i quali dunque si richiedeva l’osservanza (anche) della Carta UE¹²⁹.

Il contesto descritto lascia evidenziare una latente incertezza circa i confini relativi alla sfera di efficacia dei diritti (fondamentali) comunitari, sebbene risulti accantonato da tempo l’originario modello-*Solange*¹³⁰ basato sulla competenza propria del giudice nazionale al sindacato sull’osservanza dei diritti fondamentali ad opera di atti del potere comunitario, come anche l’attribuzione di una competenza sussidiaria dello Stato in assenza di un’adeguata tutela a livello sovranazionale. Il rischio, o la suggestione, che implica l’ipotesi di una generalizzazione della portata vincolante della Carta UE consiste soprattutto nella compressione eccessiva degli spazi di discrezionalità a disposizione del legislatore nazionale nella regolamentazione di materie che si mostrano contigue, in qualche modo, all’ordinamento comunitario¹³¹. Su questo piano, tuttavia, la Corte di Giustizia UE sembra avere di recente assunto una posizione meno intransigente, riconoscendo l’esistenza di ambiti di discrezionalità legislativa quando la prescrizione della Carta UE si limiti

¹²⁷ Così, M. Cartabia, *La tutela multilivello dei diritti fondamentali – il cammino della giurisprudenza costituzionale italiana dopo l’entrata in vigore del Trattato di Lisbona* -Relazione all’Incontro trilaterale tra le Corti costituzionali italiana, portoghese e spagnola- Santiago de Compostela 16-18 ottobre 2014, p. 5 del *paper*. Per una visione critica di tale impiego espansivo della Carta UE, v. anche A. Proelß, *Zur verfassungsrechtlichen Kontrolle der Kompetenzmäßigkeit von Maßnahmen der Europäischen Union: Der “ausbrechende Rechtsakt” in der Praxis des BVerfG*, in *EuR*, 2011, p. 241 ss., part. p. 244 ss.

¹²⁸ Cfr., tra le altre, la sent. n. 210 del 2013 in tema di applicazione dell’art. 49 della Carta UE, dove la Corte ha ribadito l’esclusione dell’efficacia regolativa di tale previsione per fattispecie alle quali non risulti applicabile il diritto comunitario.

¹²⁹ E’ nota, al riguardo, la decisione della Corte UE nel caso *Akernberg Fransson* del 26.2.2013 (C – 617/10), in cui il giudice europeo ha ritenuto l’esistenza di una relazione funzionale tra la fattispecie sottoposta a giudizio ed il diritto dell’Unione, per la quale si legittimava la competenza dello stesso giudice a rendere ogni possibile elemento di interpretazione tale da consentire al giudice nazionale di poter compiere la valutazione della conformità dell’atto al principio del *ne bis in idem*, di cui all’art. 50 della Carta UE.

¹³⁰ *Solange I*: BVerfGE 37, 271 (29.5.1974); *Solange II*: BVerfGE, 73, 399 (22.10.1986).

¹³¹ Si ricorda come la Corte UE in merito alla risoluzione Parlamento europeo c/ Consiglio UE (Rs. C- 540/03) aveva ribadito il vincolo degli Stati membri alla tutela dei diritti fondamentali europei – quali inferibili dalle norme generali dell’ordinamento comunitario – nell’attuazione di direttive comunitarie (sent. del 27.6.2006).

unicamente a definire linee generali, bisognose di ulteriore specificazione¹³².

Il determinarsi di un assetto così strutturato ripropone, in definitiva, la questione relativa alla più ampia tutela possibile accordata a diritti fondamentali formalmente uguali nei diversi atti (Costituzione, Convenzione, diritto UE) ed ai diversi livelli considerati. Previsioni come quelle del diritto alla vita¹³³, o del diritto alla difesa davanti ad un giudice¹³⁴ o anche del diritto a contrarre matrimonio¹³⁵, per citarne alcune, compaiono nel catalogo nazionale quanto in quello convenzionale e della Carta UE, lasciando per lo meno presumere l'esistenza di una tendenziale identità di significato come di portata, in particolare per ciò che concerne la determinazione della sfera materiale della tutela ascrivita ai singoli diritti in parola. Ciò, del resto, con riguardo all'ordinamento comunitario, parrebbe trovare implicita conferma nella prescrizione dell'art. 52 c.3, della Carta dei diritti UE, che sancisce l'uguaglianza in termini di significato e portata garantista dei diritti della Carta con quelli previsti dalla Convenzione EDU, senza precludere in ogni caso una protezione più ampia di tali diritti da parte del diritto dell'Unione (ultimo alinea, art. 52 c. 3, Carta UE). Il successivo art. 53 parrebbe alludere, invece, alla determinazione di uno "standard minimo" di tutela offerto dai diritti sanciti nella Carta UE rispetto a quello prestato dal diritto dell'Unione o dal diritto internazionale e, in particolare, dalla CEDU, come pure dalle Costituzioni degli Stati membri.

Tanto, non vale a scongiurare l'esistenza di geometrie variabili in merito allo spazio materiale della garanzia accordata per diritti dello stesso tenore letterale, come dimostra emblematicamente la divergenza tra giurisprudenza costituzionale (tedesca) e giurisprudenza europea (Corte di Strasburgo) in merito all'interpretazione del diritto alla privacy nel caso "Carolina di Monaco".

Non mancano, poi, importanti decisioni di Tribunali costituzionali che hanno utilizzato la tecnica del rinvio pregiudiziale in base alla premessa di una possibile differenziazione del livello di tutela garantito, rispettivamente, da diritti nazionali ed europei dello stesso tenore formale. Tra queste, è, ad es., il caso-Melloni relativa all'esecuzione di un mandato di arresto europeo nei confronti di persona condannata *in absentia*, in relazione al quale il Tribunale costituzionale spagnolo asseriva, ex art. 53 Carta UE, l'esigenza dell'osservanza dei diritti di difesa e del diritto ad un processo equo sanciti dall'art.

¹³² ...come recita testualmente la disposizione della Carta dei diritti fondamentali UE, incorporata nel trattato di Lisbona e, perciò, dotata di una piena efficacia giuridica all'interno dei singoli ordinamenti nazionali che hanno dato esecuzione a quest'ultimo.

¹³³ ...che la Costituzione italiana tutela nel complesso dispositivo degli artt. 2,13,27,32 ma che è previsto anche dall'art. 2 CEDU, dall'art. 2 della Dichiarazione Universale ONU (1948) nonché dall'art. 2 della Carta UE.

¹³⁴ ...Art. 24,101,113 Cost., art. 13 CEDU, art. 8 Dich. Un., art. 47, Carta UE.

¹³⁵ ...Art. 2,29,30 Cost., artt. 8 e 12 CEDU, art. 16 Dich. Un., artt. 7 e 9, Carta UE.

24 della Costituzione spagnola in quanto in grado di offrire una tutela più estesa al condannato contumace. La posizione di netta chiusura mostrata, invece, dalla Corte di Giustizia in quella circostanza, (sentenza del 26.2.2013, C-399/11) basata sul primato assoluto del diritto dell'Unione, è apparsa di recente mitigata in nome di una effettiva tutela dei diritti fondamentali previsti dalla Carta, attraverso un approccio del giudice europeo marcatamente votato alla maggiore garanzia dell'individuo¹³⁶. Pertanto, la Corte UE ha ammesso la possibilità per l'autorità giudiziaria dello Stato membro d'esecuzione, a determinate condizioni in presenza di un rischio concreto di violazione dell'art. 4 della Carta UE nello Stato emittente, di rinviare l'esecuzione del mandato d'arresto europeo¹³⁷. Finalizzate al precipuo obiettivo di privilegiare la maggior tutela assicurata dai diritti fondamentali costituzionali sono, infine, anche alcune importanti sentenze del *Bundesverfassungsgericht* in tema di mandato di arresto europeo, in cui lo stesso giudice giunge ad attivare, in un caso, il cd. "controllo di identità"¹³⁸.

Sul piano dogmatico, la potenziale differente portata della garanzia dei diritti fondamentali offerta dai diversi livelli istituzionali è rilevata, con riferimento specifico all'ordinamento dell'Unione europea, da *Ferdinand Kirchhof*, secondo cui l'ambito materiale di tutela di diritti fondamentali pure dello stesso tenore testuale di diritti nazionali può essere differente, come i motivi che ne legittimano eventuali limitazioni¹³⁹. L'A. manca di sottolineare, invero, come quelle concernenti i diritti fondamentali siano eminentemente questioni politiche, attinenti al riconoscimento di questi ultimi come alla loro distribuzione nel contesto di una società civile¹⁴⁰, così che la portata di un diritto fondamentale va commisurata, in ultima analisi, ai valori ed interessi, anche pubblici, contingenti e specifici del singolo ordinamento. Ciò conferisce ai singoli diritti una peculiarità assiologica irretrattabile, in ragione dello specifico contesto normativo-istituzionale in cui gli stessi sono previsti; costituendo parte di un equilibrio complessivo a cui non resta estranea la considerazione dei compiti e fini del singolo ordinamento. Tale impostazione, presa sul serio, sembra fatalmente contraddire l'idea di un'ac-

¹³⁶ sentenza del 5 aprile 2016: cause riunite C-404/15 e C-659/15 PPU.

¹³⁷ Al riguardo, per un commento a tale decisione della Corte di Giustizia, v. G. REPETTO, *Ancora su mandato d'arresto europeo e diritti fondamentali di fronte alla Corte di Giustizia: il caso Aranyosi*, in *Diritti comparati*, maggio 2016.

¹³⁸ Si tratta della sent. del II Senato del BVerfG, de 15. 12. 2015 (2BvR 2735/14); ma v. anche BvR 1860/15, per il caso di un cittadino tedesco la cui attività criminosa si era compiuta sul territorio tedesco, seppure gli effetti (omicidio) si fossero prodotti poi nello Stato emittente (Belgio).

¹³⁹ Al riguardo, in senso conforme, cfr. F. KIRCHHOF, *Kooperation zwischen nationalen und europäischen Gerichten*, in *EuR*, 2014, p. 267 ss.

¹⁴⁰ M. MAHLMANN, *Grundrechtstheorien in Europa – kulturelle Bestimmtheit und universeller Gehalt*, cit., p. 472.

celerazione del processo di omologazione del sistema dei diritti fondamentali a livello europeo, a prescindere dalla coeva elaborazione di una vera e propria Costituzione europea, espressione di sintesi di valori comuni e di un'identità riferibile ad un popolo europeo. D'altro verso, sembra confermare in ultima analisi la problematica configurazione in senso obiettivo di metodi esegetici come l'"ottimizzazione" dei diritti, a cui si è fatto riferimento (v. supra), la cui consistenza appare inevitabilmente condizionata dagli esiti - non vincolanti *erga omnes* - del bilanciamento effettuato dal giudice, in cui un ruolo di primo piano gioca la fattispecie concreta e gli interessi in essa confliggenti. Tanto si rende particolarmente evidente nel citato caso Carolina di Monaco deciso dal Tribunale costituzionale federale e dalla Corte di Strasburgo con vedute distanti in quanto attiene all'equilibrio e, dunque all'ottimizzazione, di diritti fondamentali concorrenti (diritto alla privacy, per un verso; diritto di cronaca, per altro verso). Ma appare non meno evidente nelle citate sentenze *Melloni* e *Aranyosi* della Corte di Giustizia UE, nelle quali diritti fondamentali, come quello di difesa o il diritto ad un giudice equo, entrano in una combinazione dagli esiti variabili con il principio del primato del diritto dell'Unione.

Un altro esempio, per rimanere nell'attuale, può valere a chiarire meglio questa affermazione: la registrazione dei passeggeri dei voli (Pnr)¹⁴¹ rappresenta in un contesto storico-sociale dominato dal rischio terroristico un esempio di ottimizzazione del diritto all'informazione in funzione di sicurezza. Tale misura, approvata dal Consiglio europeo, implicando una violazione di diritti concorrenti è stata dal Garante europeo della privacy ritenuta non in linea con il principio di proporzionalità, inteso, quest'ultimo, anche come adeguatezza anche sul piano economico¹⁴². Ciò concorre a gettare ombre sulla possibilità di una configurazione in senso obiettivo dell'imperativo di ottimizzazione, nonostante il progressivo consolidamento da parte della giurisprudenza dell'impiego del principio di proporzionalità in senso stretto quale parametro di giudizio per la limitazione di un

¹⁴¹ Il Parlamento europeo ha approvato una nuova direttiva che regola l'utilizzo dei dati del codice di prenotazione, il controverso registro dei passeggeri aerei, (*Passenger name record: Pnr*), ai fini di prevenzione, accertamento, indagine e azione penale nei confronti dei reati di terrorismo e dei reati gravi. In seguito a tale deliberazione, le compagnie aeree dovranno comunicare alle autorità i dati dei passeggeri per tutti i voli provenienti da Paesi terzi verso l'Unione Europea e viceversa. In seguito all'approvazione del Parlamento, la proposta passa ora all'esame del Consiglio e, se approvata, verrà pubblicata nella Gazzetta ufficiale dell'Ue, dopo di che gli Stati membri avranno due anni di tempo per recepire la direttiva nella loro legislazione nazionale.

¹⁴² Tale provvedimento è stato definito espressamente dal Garante come un' "infortunio legislativo", in quanto "costosissimo" ed in contrasto con il principio di proporzionalità in senso stretto, più volte ribadito al riguardo, dalla Corte di Giustizia UE, giacché legittima una raccolta a tappeto dei dati e non mirata secondo elementi di ragionevole sospetto. Sempre secondo il Garante, l'esito di "troppa informazioni equivale a nessuna informazione".

diritto fondamentale. Come opportunamente è stato rilevato, gli standard di giudizio dell'idoneità e dell'adeguatezza rispetto al fine perseguito, che insieme alla necessità integrano il suddetto parametro di proporzionalità impiegato dalla Corte di Strasburgo¹⁴³ quanto dalla giurisprudenza costituzionale¹⁴⁴ e di merito, si mostrano connessi soprattutto alla dimensione pratica ed applicativa - meno dunque a quella teoretica - del diritto, modellandosi di volta in volta sulla realtà della fattispecie sottoposta a giudizio¹⁴⁵. Quando poi si intenda ricondurre funzionalmente l'idea di ottimizzazione al paradigma della Giustizia, intesa come paradigma assiologico della Costituzione, l'apprezzamento circa la proporzionalità della misura limitativa adottata finirebbe in buona sostanza per ridondare in un apprezzamento di natura etica, in relazione al quale il giudice difetterebbe nella competenza.

Anche la giurisprudenza costituzionale sembra evitare facili semplificazioni o giustapposizioni tra diritti dello stesso tenore, descrivendo l'assetto multilivello come un "sistema di protezione ... complesso e articolato...", comprendente "tre fonti distinte: la Carta UE, la CEDU ed i "principi generali" includenti, a propria volta, tanto i diritti della Convenzione EDU quanto "quelli risultanti dalle tradizioni comuni" (sent. n. 80/2011).

Ma la porosità dei singoli livelli e, perciò, la permeabilità degli stessi alle influenze reciproche condizionanti, rappresenta un dato costante dell'esperienza inerente la tutela dei diritti fondamentali che, attraverso soprattutto l'influenza della giurisprudenza di Strasburgo quanto di quella di Lussemburgo sui giudici nazionali esercita spinte costanti anche nella direzione di un rimodellamento di istituti dell'ordinamento nazionale. Emblematico il caso della famiglia quale unione di affetti fondata sul matrimonio tra soggetti eterosessuali (art. 29 Cost.) e delle nuove unioni familiari che alla prima si affiancano come formazioni riconosciute dall'ordinamento nazionale (v. *supra*). In questo percorso di concretizzazione del diritto costituzionale secondo le istanze delle nuove realtà affettive ha giocato un ruolo marginale la configura-

¹⁴³ Cfr. in particolare la citata sentenza della Prima Sezione della CEDU (caso H. e altri c/ Austria del 1 aprile 2010) in cui la Corte precisa come il divieto assoluto di fecondazione eterologa possa essere legittimo soltanto se rappresenti "l'unico mezzo a disposizione del legislatore" per fronteggiare alcuni rischi provenienti dall'impiego delle nuove tecniche fecondative. Ma v. anche, con riguardo al diritto a contrarre matrimonio, CEDU, Prima Sez., Schalk e Kopf c. Austria del 24.6.2010.

¹⁴⁴ V. tra le altre la nota sent. "elettorale" n. 1/2014 e la (di poco successiva) sent. 162 del 2014 del giudice costituzionale, che ha censurato il divieto di fecondazione eterologa. La Corte nella circostanza precisa che il test di proporzionalità "richiede di valutare se la norma oggetto di scrutinio, con la misura e le modalità di applicazione stabilite, sia *necessaria e idonea al conseguimento degli obiettivi* legittimamente perseguiti, in quanto, *tra le misure più appropriate*, prescriva quella *meno restrittiva dei diritti a confronto* e stabilisca *oneri non sproporzionati* rispetto al perseguimento di detti obiettivi" (corsivi miei: n.d.r.).

¹⁴⁵ M. Klatt, *Integrative Rechtswissenschaft. Methodologische und wissenschaftstheoretische Implikationen der Doppelnatur des Rechts*, in *Der Staat*, 54 (2015), p. 469 ss., part. p. 482.

zione del diritto alla vita privata e familiare, come il diritto a sposarsi, sanciti dalla Convenzione EDU quali espressioni della libertà di autodeterminazione della coppia, a prescindere da ogni considerazione circa l'orientamento sessuale dei componenti l'unione affettiva¹⁴⁶. Siffatta libertà include, insieme al diritto "di stabilire e sviluppare relazioni con altri esseri umani" anche quello "allo sviluppo della propria personalità"¹⁴⁷ senza ulteriori vincoli. In mancanza di un indirizzo uniforme lo stesso giudice ha ammesso l'esistenza di spazi di discrezionalità in capo ai legislatori nazionali per la regolamentazione dell'istituto matrimoniale. E' un dato, tuttavia, che la giurisprudenza di merito sulla scorta dell'orientamento giurisprudenziale europeo, ritiene legittima l'esistenza nell'ordinamento interno di altre formazioni di tipo familiare, connotate da elementi tipizzanti che prescindono dalla diversità sessuale dei coniugi (natura affettiva del vincolo, stabilità dello stesso, etc.). Tale condizione ha finito in buona sostanza per limitare le prerogative specifiche della famiglia ex art. 29 Cost., in quanto ha concorso ad estendere al pluralismo delle stabili unioni fondate sul vincolo dell'*affectio*, una serie di diritti e vincoli giuridici un tempo proprie ed esclusive della famiglia in senso costituzionale¹⁴⁸.

¹⁴⁶ Specifica in proposito la Corte di Strasburgo che il matrimonio, quale diritto individuale "appartenente al patrimonio giuridico costitutivo ed irrettabile" di ogni singolo in quanto persona umana, espressione del più generale diritto all'autodeterminazione" non può essere limitato dal legislatore nazionale fino a minarne l'essenza. Pertanto, ogni soluzione che abbia come effetto quello di sancire un divieto assoluto di contrarre matrimonio (come accade, nell'ordinamento statale, per le coppie omosessuali) deve essere vagliata secondo uno scrutinio di proporzionalità in senso stretto, per apprezzarne la ragionevolezza intesa come necessità della soluzione adottata in relazione alla tutela di diritti e valori concorrenti. Ciò, peraltro, alla luce del fatto che il combinato disposto degli artt. 9 e 12 della Convenzione EDU si fonda sulla portata generica del concetto di "relazioni familiari", in cui può ricomprendersi allora ogni forma di stabile convivenza sociale senza alcun riguardo specifico alla natura etero- oppure omosessuale- dell'unione. Tale concetto si pone in sostituzione di quello, costituzionalmente tipizzato, di famiglia così che in base ad esso, la previsione di un divieto assoluto di contrarre matrimonio può giustificarsi unicamente se l'istanza di tutela di interessi concorrenti non possa essere assecondata attraverso altra soluzione adeguata (in tal senso, si manifesta evidente il contrasto con la linea tuziorista intrapresa, al riguardo, dal giudice costituzionale in materia).

¹⁴⁷ Si veda, tra le tante, sent. della Corte Europea dei diritti dell'Uomo del 3 novembre 2011 - Grande Camera - Ricorso 57813/00 - S.H/ e altri c. Austria.

¹⁴⁸ Il giudice della nomofilachia ribadisce, ancora, come nel sistema costituzionale dei diritti nazionali, integrato con il complesso dalle previsioni recate dalla Carta EDU, rientri anche il "diritto di autodeterminarsi nelle scelte relative all'identità personale, di cui la sfera sessuale esprime un carattere costitutivo", il "diritto alla conservazione della preesistente dimensione relazionale, quando essa assuma i caratteri della stabilità e continuità propri del vincolo coniugale"; il "diritto a non essere ingiustificatamente discriminati rispetto alle altre coppie coniugate, alle quali è riconosciuta la possibilità di scelta in ordine al divorzio" e, in fine, il diritto del coniuge di scegliere se continuare o meno la relazione coniugale esistente. Tra l'altro, la struttura generica della prescrizione di cui all'art. 29 Cost., oltre che la portata non decisiva che il carattere dell'eterosessualità va assumendo nella qualificazione giuridica delle relazioni di coppia e, così, nella titolarità dei diritti corrispondenti (es., adozione) renderebbero costituzio-

L'esistenza delle suddette reciproche interconnessioni tra i diversi sistemi di garanzia di diritti ritrae, in conclusione, gli esiti positivi e fecondi di un "dialogo" che coinvolge soprattutto, ma non esclusivamente, i giudici che all'interno del singolo sistema ordinamentale. Tale dialogo costituisce un metodo fecondo sulla via della progressiva uniformazione delle tutele, assecondando una visione organica dei diritti fondamentali senza peraltro ignorare le specificità culturali proprie del singolo sistema.

PARTE IV: ASPETTI PROBLEMATICI RELATIVI ALL'ATTUAZIONE DEI DIRITTI FONDAMENTALI.

9. Il pluralismo di metodo nella determinazione della portata garantista dei diritti fondamentali.

Nell'esperienza di sindacato sulla violazione di diritti fondamentali è ordinario il ricorso allo schema tripode basato, specificatamente, sulla determinazione dell'ambito materiale della garanzia¹⁴⁹, sulla portata dell'ingerenza nella sfera di tutela del diritto e sull'apprezzamento delle cause in grado di legittimare (o meno) una siffatta ingerenza¹⁵⁰. Un tale schema si ritrova, ad es., nella decisione con cui la Corte costituzionale ha censurato la legge regionale della Lombardia che statuiva il possesso di requisiti diversi per le differenti confessioni, ai fini della costruzione degli edifici di culto (sent. 63/2016). Nella circostanza, il giudice ha provveduto in primo luogo a determinare la sfera materiale e soggettiva della garanzia connessa alla libertà di religione, ricomprendendovi non soltanto il libero esercizio del culto riconosciuto agli individui, oltre che a tutte le confessioni religiose, senza distinguere, in quest'ultimo caso, in ragione della stipula o meno di un'intesa con lo Stato. In tale sfera si è fatta rientrare anche l'apertura dei luoghi di culto in quanto "forma essenziale e condizione per il pubblico esercizio" del culto stesso, che, così, non può risultare "condizionato a una previa regolazione pattizia" (punto 4.1. del "Considerato in diritto").

Non sempre però tale schema è ripreso nella giurisprudenza anche costituzionale di altri ordinamenti europei, anzi, non è raro registrarne l'accantonamento nell'intento di escludere dalla sfera materiale di tutela alcune condotte ritenute a quest'ultima esterne ed estranee. La portata garantista

nalmente praticabile la via dell'estensione del rapporto matrimoniale alle coppie omosessuali.

¹⁴⁹ che può a propria volta distinguersi in uno spazio "oggettivo" o materiale in senso stretto, riguardante la verifica se un determinato oggetto ricada o meno nella sfera di tutela del diritto fondamentale in questione; e in una dimensione "soggettiva", vale a dire inerente la titolarità del diritto in questione: al riguardo, v. tra gli altri, G. MANSSEN, *Grundrechte*, Muenchen, 2000, p. 7.

¹⁵⁰ *Idem.*

del singolo diritto fondamentale, come è stato, ad es., nella nota sentenza-Sprayer di Zurigo, del Tribunale costituzionale federale tedesco, si riconnette alla previa, limitata determinazione dell'ambito materiale piuttosto che alla giustificazione dell'ingerenza, con la conseguenza di escludere *a priori* alcune condotte dalla relativa copertura costituzionale¹⁵¹. Rileva, al riguardo, il dato contingente di un ragionevole bilanciamento tra interessi concorrenti, astrattamente riconducibili ad un parametro costituzionale, che spinge il giudice ad argomentare sulla consistenza del diritto in questione.

Peraltro, il richiamo tutt'altro che infrequente ai limiti immanenti ad ogni diritto fondamentale, enucleabili, tra l'altro, in ragione dell'insieme di compiti e fini dello Stato, vale a sancire l'inesistenza di veri e propri diritti assoluti, emancipati da ogni limite di contenuto, e ad assicurare allo stesso giudice l'impiego di un parametro flessibile di interesse pubblico generale, a cui l'esercizio del diritto può essere commisurato. È il caso ad es. dell'ordine pubblico e della sicurezza, in grado di legittimare misure restrittive di diritti "assoluti" nel quadro della lotta al terrorismo assecondando secondo logiche di proporzionalità e adeguatezza. un'adeguata strategia di prevenzione¹⁵². Discorso analogo sembra potersi fare per la lotta alla corruzione amministrativa condotta precipuamente sul versante della prevenzione, che implica soluzioni legislative in grado di vulnerare in maniera anche molto incisiva diritti individuali, quale, ad es., il diritto alla riservatezza dei dati personali¹⁵³.

¹⁵¹ Sul parametro del Gewährleistungsgehalt cfr. innanzitutto R. WAHL, *Freiheit der Wissenschaft als Rechtsproblem: Freiburger Univeritätsblätter* 95 (1987), p. 19 ss., part. p. 29 ss.; E.-W. BÖCKENFÖRDE, *Schutzbereich, Eingriff, verfassungsimmanente Schranken. Zur Kritik gegenwärtiger Grundrechtsdogmatik*, in *Der Staat*, 42, p. 165 ss.; W. KAHL, *Neuere Entwicklungen der Grundrechtsdogmatik*, in *AöR* 131 (2006), p. 579 ss., part. p. 605 ss.; da ultimo, sul caso Sprayer di Zurigo, v. in particolare B. RUSTENBERG, *Der grundrechtliche Gewährleistungsgehalt*, Tübingen, 2009, p. 97 ss.

¹⁵² Una efficace strategia della prevenzione, ad es., può comportare sovente un'anticipazione della soglia di compressione di alcuni diritti fondamentali rispetto alla sussistenza di un vero e proprio stato di pericolo. Sul punto, per gli ulteriori riferimenti bibliografici, sia consentito il richiamo a V. BALDINI, *Sicurezza e libertà nello stato di diritto in trasformazione*, Torino, 2004.

¹⁵³ Si veda in proposito quanto previsto dal d.lg.vo 97/2016, in tema di trasparenza amministrativa, secondo cui i cittadini italiani sono liberi di accedere agli atti della Pubblica Amministrazione, così che chiunque abbia interesse a conoscere il contenuto di un atto della P.A. potrà fare richiesta di accesso agli atti, senza dover più motivare (diversamente che per il passato) le ragioni della richiesta. Il principio diventa ora quello della massima trasparenza per tutti, fatti salvi soltanto i casi stabiliti tassativamente dalla legge. Peraltro, con la cancellazione del silenzio-rifiuto, nel silenzio della P.A. la richiesta di accesso dovrà considerarsi accolta e l'istante avrà il diritto di accedere agli atti. Alla libertà di accesso da parte di ciascun soggetto a tutti gli atti della P.A. farebbe da contraltare l'obbligo per l'amministrazione di informare il soggetto contro-interessato (quello a cui si riferiscono i dati cui si vuol accedere), che potrà fare opposizione contro l'istanza di accesso e/o contro l'assenso della P.A. entro giorni 10 dalla notizia. Ma una siffatta forma di tutela appare all'evidenza poco efficace e, forse, in effettiva se si tiene conto che il cittadino-istante deve produrre una semplice istanza priva di motiva-

In fine non mancano casi, in cui il giudice fa riferimento ad interessi generali inediti (quali ad es., integrazione scolastica¹⁵⁴ o la pacifica convivenza¹⁵⁵) per giustificare limitazioni a diritti fondamentali. Con riguardo a questi ultimi casi, peraltro riprende efficacia il suddetto schema tripode giacché decisiva, sembra essere non tanto la dimensione dell'ambito materiale quanto, soprattutto, la giustificazione dell'intervento limitativo posto in essere dal legislatore.

10. La problematica effettività dei diritti fondamentali: diritti a tutela immediata, diritti neutri, diritti di creazione legislativa.

Un punto problematico a cui si è già fatto cenno attiene alla effettività della portata garantista dei diritti fondamentali, non soltanto per il versante, già considerato, della loro natura di regole di principio, ma anche per quello dei cd. diritti fondamentali neutri e, perciò, incompiuti. La libertà religiosa, la libertà dell'arte, il diritto alla cultura, integrano garanzie che non trovano tuttavia nella formula costituzionale una precisa ed univoca consistenza sostanziale. Con riguardo alla libertà dell'arte, ad es., non ogni opera dell'ingegno può identificarsi come "arte" e, d'altro canto, la visione di ciò che è considerata arte non sfugge a percezioni di tipo essenzialmente soggettivo. D'altro verso, non ogni condizione di conoscenza può intendersi rientrante, nella sfera materiale di tutela del diritto alla cultura. Senza dire, poi, che il Bene giuridico della cultura manifesta un'intrinseca configurazione polisensa da cui non sembra escluso anche il diritto alla scelta della propria formazione scolastica. Vi sono altri diritti - come il diritto di difesa, il diritto al giusto processo - oltre a diritti nuovi - come quello alla conoscenza delle proprie origini biologiche, o il diritto all'autodeterminazione in materia di fine-vita (v. caso Welby) - che pur trovando un ancoramento nel dettato costituzionale appaiono ineffettivi in carenza di una regolamentazione generale attuativa, di tipo sostanziale e/o procedimentale (o processuale in senso stretto). Lo stesso potrebbe dirsi per il diritto all'obiezione di coscienza in relazione, ad es., alla determinazione dei soggetti legittimati al suo esercizio¹⁵⁶ nonché dei

zione, mentre alla P.A. incombe l'onere di informare il soggetto interessato oppure di decidere di negare l'accesso motivando il diniego. Così la maggiore trasparenza e fruibilità degli atti pubblici e privati della Pubblica Amministrazione comporta inevitabilmente il sacrificio del diritto fondamentale alla riservatezza dei propri dati e, dunque, ad un trattamento prudente degli stessi da parte degli organi pubblici.

¹⁵⁴ Da ultimo, in tema v. corte cost., sent. n. 284/2016.

¹⁵⁵ Corte cost., sent. n. 63/2016.

¹⁵⁶ È recente, ad es., l'affermazione che i Sindaci non potrebbero esercitare alcuna obiezione di coscienza nella trascrizione delle unioni di fatto o delle unioni civili omosessuali, secondo la previsione della nuova legge.

presupposti oggettivi e soggettivi (in quali casi e da parte di chi) che ne legittimano l'esercizio, nel quadro di un bilanciamento con diritti concorrenti (fecondazione medicalmente assistita, interruzione di gravidanza, etc.).

Nei casi appena richiamati, la necessarietà di una previa disciplina legislativa, ai fini della loro effettiva efficacia, parrebbe rilanciare suggestioni espresse un tempo da *Walter Leisner* circa la "legittimità (legislativa) della Costituzione", ciò che implicherebbe, in principio, una sorta di ontologica contraddizione con l'idea della Costituzione rigida e del giudizio di costituzionalità della legge¹⁵⁷. Invero, la richiesta regolamentazione legislativa parrebbe mostrarsi indispensabile non soltanto al fine di dare concretizzazione ai diritti in questione ma anche per puntellare il valore della certezza e sicurezza del diritto ed attrezzare l'attività del giudice dei necessari parametri normativi per la decisione di controversie individuali. La disciplina mirata a conferire completezza a diritti costituzionali strutturalmente incompiuti si presenta verosimilmente con i caratteri della soluzione costituzionalmente obbligatoria, quando non, addirittura, della normativa a contenuto costituzionalmente vincolato. Sembra sia questo il caso, ad es., della recente legge sulle unioni civili, la cui assenza era stata stigmatizzata dal giudice costituzionale, come della regolamentazione (che verrà) in tema di diritto all'autodeterminazione per il fine-vita (testamento biologico) o, ancora, di disciplina del diritto all'identità biologica. Si tratta, in questi casi, di passaggi necessari a conferire effettività a diritti fondamentali (es., diritto alla vita privata e familiare, ex art. 117 c. 1 Cost.; diritto all'autodeterminazione: art. 2 e 36 Cost.) per cui la legge attuativa si configura come un tassello indefettibile delle dinamiche di realizzazione e sviluppo di tali diritti. In tal senso, essa è destinata a godere di una peculiare forza passiva, insuscettibile di abrogazione pura e semplice.

La questione, allora, intesta i casi in cui manchi una siffatta legislazione attuativa, con l'effetto di paralizzare l'efficacia garantista immediata dei diritti suddetti lasciando così potenzialmente pregiudicabili interessi riferibili ad un caso concreto. Nella specie, appare indefettibile il rispetto del vincolo imposto dalla Costituzione ai poteri dello Stato di prestare osservanza immediata ai diritti fondamentali, che impegna il giudice nello sforzo di ricercare un percorso esegetico plausibile per rendere effettivo *inter partes*, il diritto fondamentale a partire dal ricorso ai criteri di interpretazione analogica, sistematica e storico-evolutiva. Per altro verso, tuttavia, si mostra controversa l'osservanza da parte dello stesso giudice al vincolo di sottoposizione alla legge (art. 101 Cost.) che osta ad ogni interpretazione della norma costituzionale relativa al diritto inattuato¹⁵⁸ indipendente da un parametro legislativo.

¹⁵⁷ W. LEISNER, *Von der Verfassungsmäßigkeit der Gesetze zur Gesetzmäßigkeit der Verfassung*, Tübingen, 1964, *passim*.

¹⁵⁸ Sul senso e la portata dell'art. 101 Cost., v. anche V. CRISAFULLI, L. PALADIN, *Commentario breve alla Costituzione*, Padova, 1990, p.635 ss.

Non si intende qui disquisire circa la congruità in generale del metodo esegetico cui ricorre un'autorità giudicante per la decisione su una pretesa soggettiva di tutela, connessa ad un diritto fondamentale sancito ma privo di concretizzazione legislativa. Suscettibile di controllo può essere, al più, la razionalità intesa anche come adeguatezza e congruità delle argomentazioni poste a base della sentenza. Ipotesi siffatte rivelano, in genere, tensioni intrinseche ed insolute nell'assetto organizzativo dello Stato costituzionale democratico per cui a volte attribuzioni (politiche) del legislatore ordinario ed attribuzioni (tecnico-pratiche) del giudice (comune) finiscono per giustapporsi, legandosi in un intreccio funzionale in grado di generare interferenze e influenze reciproche. Queste ultime si rendono manifeste quando la legge sulla base di orientamenti consolidati della giurisprudenza, anche costituzionale, statuendo riconoscimenti giunge a riconoscere pretese giuridiche soggettive come integrate nella sfera materiale di diritti fondamentali.

Solo in teoria ulteriore e diverso da quella finora esaminato è il versante dei cd. diritti di creazione legislativa, generati da previsioni di legge ordinaria. Tra essi, ad es., i diritti del consumatore (oggi condensati nel codice del consumo: d.lgvo 6 settembre 2005, n. 206), il diritto del disabile all'istruzione ed all'integrazione scolastica (l. n. 104/1992); o, ancora, il diritto alla trasparenza ed alla cd. accessibilità totale (accesso civico) di cui alla l. n. 190/2012 ed al d.lg.vo n. 33/2013 (v. *supra*); o anche il diritto di adozione ex l. n. 184/83, successivamente modificata (dalla l. n. 149/01).

Si tratta, in generale, dell'attribuzione di pretese giuridiche soggettive connesse, rispettivamente, al rapporto del cittadino con la P.A. (legge anticorruzione) o alla più generale disciplina della filiazione, che trovano in ogni caso un presidio ultimo di riferimento in norme costituzionali (artt. 1, 2, 97, 29, 30, 113 Cost.) o in prescrizioni della Convenzione EDU, come è accaduto per il diritto all'integrazione scolastica, che la Corte costituzionale ha declinato espressamente come diritto fondamentale¹⁵⁹. In questa veste, tali diritti più che vere e proprie creazioni devono intendersi come prerogative integrate nella sfera materiale di garanzia di diritti classici, nell'ottica di uno sviluppo dinamico della Costituzione. L'aspirazione delle corrispettive pretese giuridiche alla condizione di diritti fondamentali non sembra aliena da conseguenze, in buona sostanza simmetriche e speculari a quelle rilevate con riguardo ai cd. diritti incompiuti (v. *supra*). Nel caso dei "diritti legislativi" il legislatore opera cioè come interprete privilegiato di diritti costituzionali includendo nelle rispettive sfere materiali di garanzia condotte nuove che, in questo modo, ricevono copertura giuridica massima. Resta il fatto che, come per i cd. diritti incompiuti, la configurazione della pretesa soggettiva sembra qui riconnettersi in modo esclusivo alla volontà politica del legislatore men-

¹⁵⁹ Corte cost., sent. n. 80/2010, Punto 4 del "Considerato in diritto".

tre la norma costituzionale opera piuttosto come presupposto di legittimazione di quest'ultima.

Le problematiche tendono a divergere, rispetto all'ipotesi esposta per prima, allorquando si consideri la natura giuridica (rinforzata o meno) della legge creatrice di tali diritti. Ad inquadrarla nel novero delle leggi costituzionalmente necessarie si produrrebbe, invero, un effetto di irrigidimento della relativa garanzia che porterebbe ad un progressivo ampliamento, con corrispondente cristallizzazione, del sistema strutturato dei diritti fondamentali. Un orientamento più pragmatico non esclude la possibilità di una abrogazione futura di diritti legislativi disposta dallo stesso organo di rappresentanza democratica in ragione del mutamento della linea di indirizzo politico (ad es., sollevandosi per il futuro la P.A. dall'adempimento degli oneri organizzativi funzionali all'esercizio del diritto di accesso). Tale orientamento, senza arrivare a pregiudicare l'intangibilità del contenuto essenziale di diritti fondamentali, ammette l'intrinseca contingenza di pretese giuridiche soggettive che si fondano sul (solo) dettato della legge, con la conseguenza di escluderle in principio dalla sfera dei diritti fondamentali per lasciarle nella piena disponibilità del legislatore ordinario. Si tratta, certo, di una prospettiva che presta il fianco a perplessità, a partire dalla mancanza di criteri obiettivi sulla cui base determinare i contenuti essenziali della garanzia. Nondimeno, essa si lascia forse preferire soprattutto in ragione dell'esigenza di scongiurare il pericolo, sempre latente, di un'ipertrofia dei diritti fondamentali che provoca l'eccessiva costrizione della libertà di azione politica legislativa relegandola entro ambiti angusti, quelli cioè che residuano dall'impegno mirato all'attuazione e tutela dei diritti in parola. Quanto detto in merito all'estensione dell'ambito applicativo dei diritti comunitari (v. *supra*) può valere *mutatis mutandis* anche per i diritti fondamentali.

11. Conclusioni

L'analisi qui svolta sembra evidenziare aporie sistemiche e problemi strutturali piuttosto che favorire conclusioni compiute. Per un verso, dogmatica e giurisprudenza sembrano comporsi in modo casuale e contingente nell'interpretazione dei diritti fondamentali, per altro verso possono cogliersi nell'esperienza i tratti di un quadro dinamico attraversato da tensioni e conflitti, in cui rileva un impiego pragmatico delle differenti declinazioni dogmatiche da parte dei giudici, a fronte della peculiare efficacia conformatrice assunta in realtà dal caso concreto.

Tale andamento investe principalmente tre livelli di interesse, quello sistemico, quello metodologico, in fine quello sostanziale. Sul primo livello, accantonato ormai da tempo il mito della indisponibilità della Costituzione

come ordinamento normativo¹⁶⁰, deve convenirsi che l'integrazione sistemica, in particolare nella configurazione dei diritti come "*Law in action*"¹⁶¹ ridonda essenzialmente in un problema di metodo interpretativo chiamando in causa, su versanti diversi e concorrenti, dottrina e giurisprudenza, non solo nazionale. Tale integrazione sembra procedere secondo un andamento irregolare, nella direzione di premiare sovente l'esegesi del giudice europeo, anche al fine di favorire un esito di uniformazione delle tutele. Ma non mancano casi in cui risulta decisivo il richiamo ai valori recati dalla Legge fondamentale ed in nome dell'esigenza di preservare l'equilibrio degli interessi complessivi generali interni, inscindibilmente connessi all'identità costituzionale del singolo Stato, la Corte costituzionale pone un argine allo slancio uniformatore. La forza dei diritti fondamentali nazionali finisce in tal caso per fare premio sul diritto dell'UE anche nell'orientamento del giudice comunitario. Analogamente può dirsi per ciò che attiene al primato del diritto costituzionale sui diritti sanciti nella Convenzione EDU.

In un assetto multilivello, la tutela dei diritti fondamentali si manifesta dunque con connotati di flessibilità, misurata sul concorso di istanze stataliste - che giungono a volte ad investire la tenuta dell'unità giuridica e politica dello Stato o le ragioni della sua stessa esistenza; ed istanze europeiste, mirate ad incoraggiare una uniformazione esegetica dei diritti fondamentali all'interno dei singoli ordinamenti statali. Si delinea un equilibrio che sfugge ad ogni tentativo di più chiara irreggimentazione quale prodotto di un processo costante di reciproco apprendimento¹⁶² tra gli attori del dialogo costituzionale transnazionale, dai giudici, interni ed europei, alla dottrina, ai legislatori nazionali.

L'approdo ultimo di un tale dialogo può farsi consistere nella nascita di uno Stato europeo in conseguenza del radicarsi progressivo di un diritto costituzionale transnazionale, di cui il sistema (omogeneo) di diritti fondamentali rappresenta la premessa e, al tempo stesso, la struttura portante? In una prospettiva politica mirata all'inclusione¹⁶³, siffatta soluzione potrebbe anche favorire la nascita di una nuova coesione sociale muovendosi in linea con l'esperienza della progressiva "*internazionalizzazione del diritto costituzionale*" e, corrispettivamente, di una "*costituzionalizzazione del diritto*

¹⁶⁰ Conforme, U. VOLKMANN, *Verfassungsrecht zwischen normativem Anspruch und politischer Wirklichkeit*, cit., p. 88.

¹⁶¹ Al riguardo, con generale riferimento alla Costituzione, v. M. MORLOK, *Soziologie der Verfassung*, Tübingen, 2014, p. 13.

¹⁶² Su tale processo, v. in particolare A. VOSSKUHLE, A., *Der europäische Verfassungsgerichtsverbund*, in *NVwZ*, 2010, p. 1, part. p. 4. Sia inoltre consentito il rinvio a V. BALDINI, *Perspektiven eines transnationalen Verfassungsdialoges vor dem Hintergrund des italienischen Verfassungsrechts* (Relazione presentata al Seminario sul tema: „*Perspektiven eines transnationalen Verfassungsdialogs*“ – Berlino, Friedrich Ebert Stiftung, 15.-17. Juli 2015), in *JöR* 2016 (in corso di stampa).

¹⁶³ D. GRIMM, *Die Zukunft der Verfassung*, Frankfurt am Main, 1991, p. 413 ss.

*internazionale*¹⁶⁴ da tempo in atto, la quale, attende in ultima analisi ad un universalismo pratico dei diritti (v. *supra*). In questo contesto, l'auspicio ad una riunificazione dei diritti fondamentali¹⁶⁵ può cogliersi come riflesso dell'istanza di uniformazione e stabilizzazione delle tutele nei diversi ordinamenti statali.

La strutturazione del dialogo citato incontra ancora resistenze e produce reazioni negative da parte di chi ne contesta un impiego generalizzato e sempre produttivo¹⁶⁶. Si tratta di posizioni che, per quanto lucidamente argomentate, appaiono di retroguardia, arroccate a difesa della sovranità nazionale e dell'identità costituzionale dello Stato intesi come limiti assoluti all'avanzare del processo di costruzione di un'assetto costituzionale sovranazionale. Ma a seguire questa direzione potrebbero risultare fuorvianti e pericolose le ragioni del dialogo, anche ai fini di un rimodellamento del diritto interno, con l'esito di compromettere a monte ogni ipotesi di costruzione di un nuovo assetto organizzativo. Tanto non impedisce ad ogni modo di apprezzare i tratti di un'esperienza che segnando il progressivo distacco dalla classica impostazione statalistica (meglio, statocentrica) rivela il dinamico comportarsi di un sistema di diritti fondamentali secondo i connotati di una *Wandelverfassung*¹⁶⁷, la cui direzione di approdo è quella di un nuovo ordine costituzionale, sostenuto da una coesione sociale rinnovata, presupposto essenziale per prefigurare un assetto istituzionale europeo imperniato su base democratica.

¹⁶⁴ Per tutti, cfr. B. OTTO-BRYDE, *Konstitutionalisierung des Völkerrechts und Internationalisierung des Verfassungsrechts*, in *Der Staat*, 42 (2003), p. 61 ss.; A. VOSSKUHL, A., *Der europäische Verfassungsgerichtsverbund*, cit.

¹⁶⁵ D. THYM, *Vereinigt die Grundrechte!*, in *JZ*, 2015, p. 53 ss.

¹⁶⁶ C. HILLGRUBER, *Die Bedeutung der Rechtsvergleichung für das deutsche Verfassungsrecht und die verfassungsgerichtliche Rechtsprechung in Deutschland*, in *JöR*, 2015, 367 ss. che contesta tra l'altro l'identità di significati delle medesime categorie (Democrazia, Stato di diritto) nei diversi ordinamenti statali (p.373) e, più in generale, la possibilità di impiego del metodo comparatistico (p. 385 ss.).

¹⁶⁷ H. P. IPSEN, *Die Verfassungsrolle des europäischen Gerichtshofs für die Integration*, in J. SCHWARZE (Hrsg.), *Der Europäische Gerichtshof als Verfassungsgericht und Rechtsschutzinstanz*, 1983, p. 29 ss., part. p. 50.

RELAZIONI DI BASE
E RELAZIONI DI SETTORE

PRIMI SPUNTI PER UNA DEFINIZIONE DELLA “FONDAMENTALITÀ” DEI DIRITTI NEL DIRITTO COMPARATO

di Elettra Stradella¹

SOMMARIO: 1. L'oggetto dell'indagine. Quale *fondamentalità*? - 2. Analisi dei sistemi di tutela dei diritti fondamentali attraverso gli indicatori di *fondamentalità* (nelle Costituzioni e nelle giurisprudenze costituzionali). - 2.1. Un indicatore trasversale: le tecniche di individuazione del contenuto essenziale del diritto (vale a dire: “*Esistono diritti che hanno domicilio costituzionale ma non sono fondamentali (o lo sono meno)?*”). - 2.1.1. I “limiti ai limiti”. - 2.1.2. Cenni alla questione dei diritti sociali (oltre la titolarità): il bilanciamento tra dimensione individuale del diritto e dimensione collettiva dell'equilibrio finanziario, e la *fondamentalità* come spazio residuo. - 2.2. Diritti fondamentali e revisione costituzionale. - 3. Possibili risultati: uno statuto della *fondamentalità*.

1. L'oggetto dell'indagine. Quale *fondamentalità*?

Per cercare di comprendere quale sia l'essenza propria della natura fondamentale di un diritto, un punto di partenza può essere individuato nella distinzione, ben chiarita da ultimo da Gianluigi Palombella, tra diritti umani e diritti fondamentali, dove i primi sono rappresentati dalla cifra dell'astrattezza, “condizione preziosa per la loro aspirazione o pretesa di «universalità»”².

Benché proliferino ormai i documenti che a livello internazionale o sovranazionale cercano di “positivizzare” i diritti, in realtà sarebbe proprio la loro dimensione kantiana, e quindi deontologica, a costituirne una forza che prescinde dall'azionabilità e prescrittibilità giuridica.

Significativo, da questo punto di vista, è anche il “linguaggio dei giuristi”: se gli studiosi di diritto internazionale, infatti, parlano generalmente di “diritti umani”, in quanto diritti per così dire senza ordinamento, fondati sulla dimensione consensuale e in taluni casi etico-morale, gli studiosi di diritto costituzionale (e non solo) preferiscono il *nomen* diritti fondamentali, in quanto diritti che trovano fondamento e sostanza all'interno di un ordinamento di riferimento³.

¹ Un particolare ringraziamento per le idee, gli spunti, le critiche, al prof. Paolo Passaglia; resta naturalmente solo mia la responsabilità per quanto scritto.

² Cfr. G. PALOMBELLA, *La tutela dei diritti, le discriminazioni, l'uguaglianza. Dai diritti umani ai diritti fondamentali*, in *Ragion pratica*, 2004.

³ Per questa suggestione, ringrazio Giacomo D'Amico, con il quale ho avuto modo di confrontarmi ampiamente nel corso dell'elaborazione dello scritto.

Ma tutti i diritti umani sono anche diritti fondamentali? Se fondamentali sono i diritti (lo dice in fondo la parola stessa) che sono assunti da una determinata società come essenziali per la sua sopravvivenza, allora i diritti umani sono anche diritti fondamentali nel momento in cui sono posti *a fondamento* di una comunità civile e politica, e delle relazioni che si sviluppano al suo interno⁴. Ecco allora che i diritti fondamentali, a differenza dei diritti umani, non possono essere astratti, ma si concretizzano nell'effettiva capacità di diventare obiettivi dell'ordinamento, orientanti le istituzioni: i legislatori, *in primis*, nell'elaborazione delle politiche pubbliche, e le Corti, *in secundis*, nella loro attività interpretativa.

A mio avviso proprio la concretizzazione segnata dal passaggio ai diritti fondamentali risponde tra l'altro ad uno dei principali problemi che le teorie dei diritti umani e la logica della giustizia su cui esse si fondano⁵ pongono: il problema della natura escludente che reca con sé un modello astratto il quale, a partire dal contratto sociale di Locke, descrive un sistema essenzialmente individualistico e basato su presupposti che, come molte studioshe hanno sottolineato⁶, non tengono in considerazione le diversità e le deviazioni rispetto al paradigma maschile e liberale nel quale affondano le proprie radici, e tendono ad escludere, anche radicalmente, alcune "categorie" di soggetti che in vario modo esulano dal suddetto paradigma⁷.

Ciò significa che mentre una logica astratta di protezione dei diritti umani tende a non tenere conto delle differenze tra i soggetti potenziali beneficiari degli stessi e descrive un modello in ogni caso fondato su alcuni stereotipi a partire dai quali il diritto è elaborato e disciplinato, la dimensione concreta della tutela dei diritti fondamentali deve, e può, invece conseguire una maggiore effettività e rispondenza sia attraverso strumenti che garantiscono l'esi-

⁴ Ci si potrebbe chiedere poi se, in concreto, non vi sia spesso una coincidenza sostanziale tra diritti umani e diritti fondamentali nelle scelte che i singoli ordinamenti operano. Ma mi pare che la risposta stia non tanto nei singoli diritti individuati dalle Costituzioni e dai legislatori come fondamentali, ovvero negli ambiti di condotta che questi riconoscono e proclamano, quanto piuttosto nell'essenza propria del diritto, che muterebbe a prescindere dal fatto che la relativa fattispecie concerna o meno il medesimo oggetto.

⁵ Cfr. J. RAWLS, *Una teoria della giustizia*, Feltrinelli, Milano, 1971.

⁶ Si vedano le riflessioni sull'etica della cura di C. GILLIGAN, *A different voice*, 1982. Sul versante opposto, neppure la dimensione dei diritti umani contemplata nella riflessione comunitarista e multiculturalista è scevra da profonde criticità, si pensi alle considerazioni di S.M. Okin, *Diritti delle donne e multiculturalismo*, 1999, trad. it. Raffaello Cortina Editore, 2007, e Id., *Multiculturalismo e femminismo. Il multiculturalismo danneggia le donne?*, trad. it. M.C. PIEVATOLO, originally published in *Boston Review*, 1997.

⁷ Il riferimento va chiaramente alle considerazioni di M. NUSSBAUM, *Frontiers of Justice*, Belknap Pr, 2007, e alle sue impegnative riflessioni sullo "status" della disabilità nella citata prospettiva liberale e del contratto sociale. Ma la questione è rilevante anche con riguardo al problema della globalizzazione dei diritti umani e alla trasposizione del paradigma che essi rappresentano, e che definisce la tradizione giuridica occidentale, verso sistemi "altri".

gibilità dei diritti, sia attraverso la previsione di una sorta di pre-diritti volti a creare le condizioni in assenza delle quali il riconoscimento e la garanzia dei diritti non condurrebbe comunque alla realizzazione dell'eguaglianza e alla piena democraticità del sistema di riferimento¹.

Altra premessa da porre è quella metodologica. Come si vedrà, non sono stati scelti ordinamenti da studiare in maniera sistematica, l'ambito non è stato circoscritto geograficamente, ma è l'oggetto specifico preso in considerazione che di volta in volta ha modellato i modi di indagine, in modo da poter ricomprendere in una trattazione unitaria una serie di profili tra loro molto eterogenei. Proprio per la vastità del tema e le sue implicazioni, la scelta è stata quella di orientare lo studio intorno ad una tesi di fondo che corrisponde ad una metodologia: la definizione della *fondamentalità* attraverso alcuni indicatori, utilizzando le esperienze e i casi analizzati al fine di tracciare un quadro complessivo da cui emergano, per mezzo di questi, alcune tendenze nella protezione dei diritti fondamentali.

Lo spazio a disposizione ha poi imposto, in sede di redazione finale del contributo, di concentrare l'attenzione su alcuni degli indicatori individuati, selezionati per la particolare trasversalità riscontrabile nella loro operatività all'interno dei diversi ordinamenti, o, come si vedrà, per la capacità di “chiudere” il sistema definendo, per così dire, una volta per tutte la *fondamentalità*.

2. Analisi dei sistemi di tutela dei diritti fondamentali attraverso gli indicatori di *fondamentalità* (nelle Costituzioni e nelle giurisprudenze costituzionali).

Va precisato: in nessun modo si intende sostenere assiologicamente che i diritti fondamentali sono quello che dicono le Corti. Ma se è vero che essi vivono nelle scelte delle Costituzioni e dei legislatori, le Corti costituzionali attraverso l'interpretazione ne tracciano i confini e ne guidano l'applicazione².

¹ L'esempio della disabilità risulta illuminante in questa prospettiva, non solo perché, parafrasando Isaiah Berlin, si potrebbe dire che la libertà ha ben poco valore per chi non riesce a muoversi da un letto, ma anche perché la costruzione stessa del diritto presuppone quale destinatario e attuatore un soggetto realmente inesistente, coerente, razionale, perfettamente in grado di scegliere liberamente, di essere perciò considerato responsabile delle sue azioni e avente a disposizione un ampio raggio di possibilità di attuazione della propria personalità. Più specificamente, come molte studiose sottolineano (cfr. M.V. RODRIGUEZ, *Pedagogy in Law: Ideas for Integrating Gender Into Legal Education*, in *American Journal of Gender Social Policy and Law*, 1998-1999, 267), il diritto, e il sistema dei diritti, sia in Europa sia negli Stati Uniti è sostanzialmente disegnato intorno al soggetto protagonista del Codice civile napoleonico: uomo, bianco, eterosessuale, ordinariamente abile e appartenente ad una classe sociale medio-alta.

² Mi pare del tutto condivisibile l'autorevole osservazione per cui “il legislatore, nell'epoca contemporanea, è costretto a inseguire la giurisprudenza che, per la sua fluidità, registra con più immediatezza le esigenze di tutela che provengono dalla società, le conforma in schemi

Utilizzare un approccio propriamente positivistico, fedele e fiducioso nei confronti del legislatore e più scettico nei confronti del giudice, avrebbe richiesto di prendere le mosse dalle previsioni legislative in materia di diritti, al fine di verificare quanto i legislatori, nei diversi ordinamenti, abbiano attuato il dettato costituzionale in materia di diritti fondamentali, e quanto e in quali modi le Corti costituzionali abbiano o meno censurato l'eventuale "sviamento" del legislatore dalle relative previsioni costituzionali. Insomma, considerare i diritti fondamentali meramente, o a partire, dalle disposizioni legislative, sulla scorta dell'assetto costituzionale dei rapporti tra i poteri, risulterebbe quasi anacronistico, basti pensare al ruolo attuale degli Esecutivi nella produzione normativa. Sostenere assiologicamente che i diritti fondamentali sono quello che dicono i legislatori, dunque, rischierebbe di porre la fundamentalità in balia non soltanto delle maggioranze politiche (ciò che, in linea di principio, avviene in ogni caso in cui spetti alla legge ordinaria disciplinare una materia), ma della maggioranza per come agisce attraverso il governo, quindi, spesso, in assenza di forme di coinvolgimento, partecipazione, garanzia per le minoranze politiche. E' proprio la natura intrinsecamente costituzionale della fundamentalità a richiedere uno studio del valore attribuito ai singoli diritti che non dia necessariamente più rilevanza a quello che la legislazione prevede con riguardo ad un determinato diritto costituzionale rispetto che ad un sistema di altri indicatori che illustrino sia l'effettività sia il "peso" costituzionale del diritto.

Per qualificare i diritti fondamentali si ritiene perciò utile studiare gli ordinamenti attraverso alcuni indicatori che sembrano descrivere le caratteristiche della fundamentalità all'interno del sistema e possono consentire l'individuazione, in ogni ordinamento, dei diritti ai quali effettivamente esso attribuisce tale "forza".

Va precisato che tali indicatori possono essere considerati ad un contempo causa ed effetto di *fundamentalità*: nel senso che in alcuni casi la fundamentalità del diritto deriva dalle modalità con le quali l'indicatore si sviluppa nell'ordinamento, in altri è la natura fondamentale del diritto ad implicare un certo atteggiarsi dell'elemento/istituto indicatore all'interno dell'ordinamento.

Si pensi ad esempio alla giustiziabilità, in particolare sotto il profilo della modalità di accesso: se l'esistenza di canali di accesso diretto è sintomo, negli ordinamenti che la prevedono, del carattere fondamentale del diritto per il quale sono previsti, la stessa fundamentalità del diritto determina l'esigenza di garantire un certo tipo di giustiziabilità. Questo non significa, seguendo l'esemplificazione, che l'assenza di accesso diretto all'interno di un ordinamento comporti l'assenza di diritti qualificabili come fondamentali, in presenza di forme alternative in grado in ogni caso di garantire la giustiziabilità,

giuridici sempre più definiti e le pone come basi per una successiva razionalizzazione normativa", cfr. G. SILVESTRI, *Fonti interne, fonti esterne e tutela integrata dei diritti fondamentali*, in AA.VV., *Studi in onore di Franco Modugno*, vol. IV, Napoli, 2011, 3408.

poiché ogni indicatore deve essere valutato ordinamento per ordinamento alla luce delle caratteristiche del sistema nel suo complesso.

Da un’osservazione probabilmente superficiale, e che meriterebbe ulteriori approfondimenti, ma che ritengo comunque attendibile nell’elaborazione di una bussola con cui spingermi alla ricerca della fundamentalità, si possono individuare cinque indicatori che risultano più significativi degli altri: 1) il riconoscimento espresso o implicito del diritto (che risponde alla questione se esistano o meno diritti che *non* hanno domicilio costituzionale ma *sono* fondamentali); 2) la topologia del diritto (vale a dire la sua collocazione e quindi il parametro utilizzato dalle Corti per il richiamo del diritto stesso); 3) le forme di giustiziabilità del diritto (enucleandosi all’interno di questo indicatore quello relativo alle modalità di accesso alle Corti); 4) le tecniche di individuazione del contenuto essenziale del diritto (sia attraverso la costruzione di “limiti ai limiti”, sia attraverso la geometria variabile della titolarità del diritto stesso); 5) il rapporto con la revisione costituzionale.

Tra questi, ci si soffermerà in questo scritto, per ragioni di spazio, sugli ultimi due.

2.1. Un indicatore trasversale: le tecniche di individuazione del contenuto essenziale del diritto (vale a dire: “*Esistono diritti che hanno domicilio costituzionale ma non sono fondamentali (o lo sono meno)?*”).

L’individuazione del *contenuto essenziale* del diritto, operabile e operata attraverso tecniche trasversalmente rintracciabili nel diritto comparato, è evidentemente finalizzata ad apprestare a quel contenuto di diritto (*frazione* o *frammento* di diritto, come si dirà), e solo a questo, la tutela costituzionale formalmente garantita al diritto fondamentale nel suo raggio completo.

L’osservazione dell’utilizzo di tale tecnica consente così di rispondere al quesito: “*Esistono diritti che hanno domicilio costituzionale ma non sono fondamentali (o lo sono meno)?*”, per così dire speculare alla constatazione per cui esistono diritti che non hanno domicilio costituzionale ma possono comunque ritenersi fondamentali³. L’utilità di tale tecnica per individuare una risposta all’interrogativo emerge soprattutto negli ordinamenti dove non sia possibile costruire una gerarchia tra i diritti in quanto non esiste un meccanismo di ricorso diretto paragonabile all’*amparo*, né sono introdotti parametri diversi di costituzionalità “geograficamente” connotati.

³ Si pensi, con riferimento all’ordinamento italiano, al ben noto dibattito circa il carattere aperto o chiuso dei cataloghi costituzionali, da Barbera in poi, al quale ovviamente si rinvia, Cfr. A. BARBERA, *sub art. 2, Cost.*, in *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, 1975, 92, e per la tesi della natura chiusa, A. Pace, *Problematica delle libertà costituzionale*, Padova, Cedam, III edizione, 2003.

2.1.1. I “limiti ai limiti”.

A partire dal *Grundgesetz*, che all'art. 19, II prevede che in nessun caso si possa attentare alla sostanza di un diritto fondamentale (il *Wesensgehalt*), e arrivando alla Costituzione spagnola, che all'art. 53 stabilisce che soltanto la legge, che in ogni caso dovrà rispettare il loro contenuto essenziale, potrà regolamentare l'esercizio dei diritti e delle libertà costituzionali, la garanzia del nucleo sostanziale del diritto, ovvero il rispetto del contenuto essenziale dei diritti fondamentali, è l'elemento che forse più di tutti caratterizza trasversalmente le Costituzioni moderne in una prospettiva comparatistica. La variabilità si rintraccia però semmai nella determinazione di quali siano il contenuto essenziale o la sostanza autentica del diritto fondamentale. Ciò che sembra rappresentare uno dei punti chiave della ricerca: chiedersi che cos'è un diritto fondamentale infatti, a seguire la prospettiva concreta che si è indicata, significa soprattutto chiedersi quali sono i diritti fondamentali, quali i loro contenuti.

In ultima istanza, si potrebbe in effetti ritenere che fondamentali non siano i diritti nelle loro enunciazioni costituzionali, legislative o giurisprudenziali, bensì le *frazioni di diritto* ricavate attraverso l'interpretazione costituzionale: questo, si intenda, non certo in una prospettiva deontologica, bensì critica, tesa a mettere in luce come il passaggio dalle enunciazioni costituzionali all'interpretazione delle Corti, che si sviluppa attraverso l'attuazione legislativa del dettato costituzionale in materia di diritti, è spesso tale da alterare, anche profondamente, il tessuto (pure aperto) originario.

In Francia, il *Conseil constitutionnel* ha molto utilizzato questo concetto quando si è trovato a dover conciliare tra loro diritti (fondamentali) diversi e conflittuali, ma anche nel conciliare i diritti fondamentali con le esigenze di ordine pubblico. Il giudice costituzionale francese fa riferimento alla nozione di “non snaturamento” (*non-dénaturation*) del diritto fondamentale che è sicuramente assimilabile a quella di “rispetto del contenuto essenziale” o di “garanzia della sostanza”. L'esempio principale sotto questo aspetto è il trattamento riservato al diritto di proprietà, fortemente messo in discussione dal legislatore dopo la Dichiarazione del 1789 ma sempre nel limite del suo contenuto sostanziale, che solo violando apertamente la Costituzione avrebbe potuto essere toccato: basti pensare alla decisione del 29 luglio 1998, n. 98-403 DC, nella quale il *Conseil* dichiara che una limitazione al diritto di proprietà, anche qualora persegua un obiettivo di valore costituzionale, non potrebbe in nessun caso legittimamente presentare un carattere di gravità tale da snaturare il significato e la portata del diritto di proprietà. Stessa formula il *Conseil* utilizza per il diritto e la libertà di impresa⁴.

⁴ Per prima la sent. n. 93-316 DC.

Si tratta quindi, nella giurisprudenza costituzionale francese, di individuare i “*limiti ai limiti*”, come nel caso del diritto di sciopero nel settore radiotelevisivo, quando tenere in considerazione il principio di continuità ha condotto a “snaturare” il diritto di sciopero nella misura in cui la fissazione di un servizio minimo ha essenzialmente equivalso a quella di un servizio a tutti gli effetti regolare⁵. Ma un esempio ancor più significativo è quello della tutela della libertà di espressione e dell’accesso a Internet. E’ nota la sentenza del 2009 con la quale il *Conseil constitutionnel* ha affermato che il diritto sancito dall’art. 11 della *Déclaration des droits de l’homme et du citoyen* del 1789 alla libera comunicazione delle idee e delle opinioni “implica la libertà di accesso a questi servizi”⁶. Ma al di là della proclamazione della libertà di accesso, nel caso di specie il *Conseil*, chiamato a giudicare le disposizioni legislative che consentivano ad un’autorità amministrativa di sospendere l’accesso ad Internet nel caso in cui l’account dell’utente fosse stato utilizzato per porre in essere condotte in violazione del diritto d’autore, ha affermato che la competenza riconosciuta ad un’autorità amministrativa, e non quindi giurisdizionale, a restringere o impedire l’accesso ad Internet, peraltro alla totalità della popolazione, sono illegittime, in quanto la libertà garantita dall’articolo 11 della Dichiarazione del 1789, da cui deriva il diritto di accedere liberamente alla rete, è tale da non sopportare simili limitazioni, anche quando queste siano finalizzate a tutelare altri diritti quale, nel caso di specie, il diritto d’autore.

Circa la “tecnica” dello snaturamento e dell’individuazione dei “limiti ai limiti”, l’esempio sopra condotto del diritto di proprietà è significativo anche per l’ordinamento italiano.

Nel nostro sistema costituzionale, nonostante l’elemento topologico, è idea radicata nella dottrina che la proprietà non sia un diritto inviolabile (secondo la definizione utilizzata dall’art. 2 Cost., e quindi, si potrebbe dire, almeno per ora, fondamentale)⁷ e sia stata anzi fortemente limitata mediante l’introduzione del limite della funzione sociale, dato anche il particolare clima in Assemblea costituente⁸. Il dialogo, anche recente, tra giudice italiano e giudice convenzionale mette bene in evidenza la “discutibilità” e la discussione che ruota intorno alla fundamentalità del diritto, rivalutato, per così dire, dalla giurisprudenza costituzionale interna anche in conseguenza degli stimoli provenienti da Strasburgo. Questo benché topologicamente la pro-

⁵ È la nota decisione n. 19/1979.

⁶ Si veda *Conseil constitutionnel, décision* n. 2009-580 DC, 10 giugno 2009, su cui P. PASAGLIA, *L’accesso ad Internet è un diritto (il Conseil constitutionnel francese dichiara l’incostituzionalità di parte della c.d. «legge anti file-sharing»)*, in *Foro italiano*, 2009, IV, 473 ss.

⁷ Cfr. A. BALDASSARRE, *Proprietà*, (*Diritto costituzionale*), in *Enciclopedia Giuridica*, Vol. XXV, Roma, 1993

⁸ Cfr. S. RODOTÀ, *Commento all’art. 42*, in F. GALGANO – S. RODOTÀ, *Rapporti economici*, tomo II, *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, 1982, 76 ss.

prietà non faccia parte della Carta del 1950 ma soltanto del Primo Protocollo, a causa della scarsa rilevanza riservata a quel diritto da parte degli Stati firmatari - in quegli anni peraltro impegnati in operazioni di nazionalizzazione⁹ - confermata in una prima fase dalla Corte Edu¹⁰.

D'altra parte, a partire dalla sentenza *Iatridis c. Grecia* (1999), ha inizio lo scrutinio sul requisito della legalità nelle ingerenze sull'art. 1 del Protocollo 1, che non possono risultare arbitrarie¹¹, pur in presenza di un certo margine di apprezzamento su quale sia la pubblica utilità¹².

Proprio l'ordinamento italiano è oggetto di numerosi interventi da parte del giudice di Strasburgo, in particolare per quanto riguarda la legislazione italiana in tema di espropriazione e di indennità¹³, interventi nei quali spesso si è ritenuto superato il margine di apprezzamento, in quanto leso il diritto di cui al primo protocollo (quasi paradossale in effetti, trattandosi per la Cedu di diritto non espressamente previsto in Convenzione, mentre per l'Italia di diritto costituzionalmente sancito, ciò a evidenziare, ancora, la scarsa rilevanza della topografia dei diritti rispetto agli elementi provenienti dall'applicazione degli altri indicatori).

Peraltro, fino ai casi *Belvedere Alberghiera c. Italia* (2000) e *Carbonara e Ventura c. Italia* (2003), la Corte non sindacava la legalità del provvedimento, mentre a partire da queste pronunce si realizza un sindacato di tipo sostanziale, molto più pervasivo. La Corte Edu inizia infatti a censurare la pratica dell'occupazione acquisitiva, considerandola contraria al principio di legalità, verificando in tal modo l'idoneità dell'indennizzo nel caso di esproprio legittimo, e privilegiando la *restituito in integrum* nel caso di provvedimenti illegittimi. Ed affrontando in tal modo il contrasto tra art. 1 del Protocollo primo e art. 42, c. 2, Cost., che aveva permesso interpretazioni della Corte costituzionale, salvo rari casi, tese a salvaguardare un raggio di azione particolarmente ampio per il legislatore, in qualche modo delegandogli l'opera di bilanciamento¹⁴.

Lo scontro fra principi arriva fino alle c.d. sentenze gemelle, nelle quali il canone della funzione sociale viene "piegato" sulla tutela del diritto di pro-

⁹ Cfr. N. COLANCINO, *La protezione del diritto di proprietà nel sistema della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo*, in *Nuova Cultura*, 2007.

¹⁰ Cfr. L. CONDORELLI, *La proprietà nella Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo*, in *Rivista di diritto internazionale*, 1970, 175 ss., e il caso Zubani c. Italia del 1996, prima pronuncia nella quale la Cedu si occupa di occupazione acquisitiva.

¹¹ Cfr. *Malama c. Grecia*, 5 settembre 2001, app. n. 43622/98.

¹² Cfr. *Ambrosi c. Italia*, 19 ottobre 2000, e *Schembri c. Malta*, 10 novembre 2009.

¹³ Significativo il caso *Scordino c. Italia*, 2004, nel quale la Corte Edu ritiene che malgrado la sentenza della Corte cost. n. 179/1999, il sistema italiano non consentisse un meccanismo effettivo di tutela. Numerose le sentenze, *Belvedere c. Italia*, *Carbonara e Ventura*, *Pasculli*, *Acciardi*, *Scordino 3*.

¹⁴ Si vedano le sent. Corte cost. n. 55/1968 e n. 252/1983.

prietà, e, soprattutto, si opera una significativa scelta di parametro tralasciando l'art. 42, Cost. ed utilizzando invece l'art. 117, attraverso il quale trova applicazione la giurisprudenza Cedu sul diritto di proprietà. Un diritto la cui fundamentalità negata trova un possibile riconoscimento attraverso l'interpretazione offertane dal giudice sovranazionale.

La Corte costituzionale in qualche modo raccoglie l'istanza di valorizzazione del diritto di proprietà come interpretato dalla Corte Edu¹⁵.

Nel 2011, poi, la Corte¹⁶, in relazione a una disciplina sui fondi agricoli nella quale non si specifica il criterio di indennizzo a partire dalle caratteristiche effettive del terreno, ritiene che, in base al “giusto equilibrio” nell'indennizzo (categoria concettuale sviluppata proprio dalla Cedu), debba essere dichiarata incostituzionale la norma che non tenga in debito conto i parametri di indennizzo Cedu, benché non specificatamente previsti per i fondi agricoli: in questo caso la Corte fa esplicito riferimento alla giurisprudenza Cedu in tema di tutela del diritto di proprietà e il parametro utilizzato è ancora quello dell'art 1 del Protocollo primo, per mezzo dell'art 117 Cost. Più significativa è la sent. n. 338/2011 in cui il giusto equilibrio viene riconosciuto come parametro per la tutela del *nucleo minimo* del diritto di proprietà (con riferimento ai requisiti specifici del bene espropriato e al suo valore di mercato).

Da ultimo, nella sent. n. 49/2015, la Corte sembra rigettare una forma di *anticipatory overruling* dei giudici di merito, che interpretavano alla luce della Cedu una disposizione come non conforme a Convenzione (in relazione all'art. 7 e, di nuovo, all'art. 1 del Protocollo). Infatti, in relazione alla sentenza della Cedu *Varvara c. Italia* del 2013, il giudice di merito riteneva che l'art 44, c. 2, del c.d. testo unico edilizia non potesse comportare la confisca di beni quando a causa della prescrizione non si fosse arrivati a una condanna per il reato di lottizzazione abusiva; la Corte costituzionale, ritenendo non corretta la lettura della sentenza Cedu da parte dei giudici di merito, si pronuncia per l'inammissibilità¹⁷.

2.1.2. *Cenni alla questione dei diritti sociali: il bilanciamento tra dimensione individuale del diritto e dimensione collettiva dell'equilibrio finanziario, e la fundamentalità come spazio residuo.*

Qualche riflessione più generale, pur nei limiti di una trattazione che non intende affrontare sistematicamente la “questione” dei diritti sociali, va operata su uno dei problemi che si incontrano andando alla ricerca della misura

¹⁵ Si pensi alla sent. n. 293/2010 nella quale è dichiarato l'eccesso di delega in relazione all'art. 43 del testo unico espropriazioni.

¹⁶ Si tratta della sent. n. 181/2011.

¹⁷ Cfr. D. TEGA, *La sentenza della Corte costituzionale n. 49 del 2015 sulla confisca: il pre-dominio assiologico della Costituzione sulla Cedu*, in *Quaderni costituzionali*, n. 2/2015, 400 ss.

della fundamentalità dei diritti, in particolare attraverso l'individuazione dei contenuti essenziali dei diritti stessi: quello della particolare natura dei diritti sociali, derivante dal fatto che "in modo più o meno significativo, essi costano più degli altri diritti, richiedendo prestazioni amministrative adeguate e idonee risorse pubbliche"¹⁸, pur ciò non escludendo che anche gli altri diritti, quelli civili, abbisognano certamente di prestazioni, sebbene differenziate, basti pensare al già citato disposto della lett. m), comma 2, art. 117, Cost. it. che accomuna entrambe le "categorie" nella richiesta di equità territoriale¹⁹.

Sempre più frequente è la tendenza a leggere riduttivamente la distinzione tra "generazioni" dei diritti, e dunque, all'interno di queste, tra diritti di matrice liberale e diritti sociali, assegnandole un valore prevalentemente

¹⁸ Cfr. S. GAMBINO, *Diritti fondamentali, costituzionalismo e crisi economica*, in Id. (a cura di), *Diritti sociali e crisi economica. Problemi e prospettive*, Torino, Giappichelli, 2015, 4.

¹⁹ Cfr. A. RUGGERI, *Per uno studio sui diritti sociali e sulla Costituzione come "sistema" (notazioni di metodo)*, in *Giur. Cost.*, II/2015, spec. 539. Suggestisce invece Spadaro, *I diritti sociali di fronte alla crisi (necessità di un nuovo "modello sociale europeo": più sobrio, solidale e sostenibile)*, cit., l'utilizzo dell'espressione "diritti a prestazione", in quanto sociali sarebbero in definitiva tutti i diritti, posto che anche numerosi diritti "classici" avrebbero un costo, si veda anche R. BIN, *Diritti e fraintendimenti*, in *Ragion pratica*, n. 14/2000, spec. 19 ss. Trovo invece particolarmente significativa l'espressione diritti sociali per l'utilizzo della connotazione della socialità che, in quanto tale, fa emergere le radici di tali posizioni soggettive che si collocano nella reciprocità, dunque nel legame con l'atteggiamento (pubblico e privato) solidaristico. Coerente con questa impostazione è l'interessante proposta, di recente avanzata da E. ROSSI, *La sostenibilità del welfare al tempo della crisi. Una proposta*, in *Diritto e società*, n. 1/2014, di collegare l'erogazione di prestazioni volte a garantire diritti sociali alla "condizione" di un impegno sociale, svolto a vantaggio della collettività, da parte del soggetto destinatario della prestazione stessa. La proposta, che definisce un circuito virtuoso tra solidarietà in senso orizzontale e solidarietà in senso verticale (cioè pubblica-istituzionale), da un lato sembra presentare significativi benefici dal punto di vista pratico, dall'altro potrebbe sembrare che traduca l'idea per cui "I diritti tendono ad essere «a somma zero», nel senso che l'aumento di tutela assicurato ad uno comporta una diminuzione di tutela per un altro", cfr. R. BIN, *L'interpretazione conforme. Due o tre cose che so di lei*, in *Rivista AIC*, n. 1/2015, che segnala tra gli esempi proprio le misure finanziarie che devono bilanciare tra la previsione e relativa quantificazione dei servizi (prima, diritti) sociali e gli interessi dei contribuenti. In realtà le due prospettive mi paiono diverse: l'una comporta un *do ut des* individuale, in cui la relazione si instaura tra persone appartenenti alla medesima comunità civile e politica, e dove al beneficio ricevuto da un soggetto (dal sistema pubblico, ma attraverso l'impegno della collettività che si esercita mediante lo sforzo contributivo) corrisponde il suo impegno verso i consociati in azioni quasi mutualistiche (come a dire: chi può dà attraverso il contributo tributario, e chi non può dare così lo fa in modo diverso, ma, in ogni caso, tutti danno e tutti ricevono). La prospettiva della "somma zero" postula invece una compensazione tra situazioni soggettive realizzata verticalmente dai poteri pubblici (che sia direttamente il legislatore, oppure il giudice nella tutela in concreto dei diritti) al fine di mantenere inalterato il *quantum* di tutela riservato a ciascuna posizione soggettiva determinando così, almeno indirettamente, una gerarchia tra diritti e una gradazione della fundamentalità, dove al diritto "meno fondamentale" si toglie al fine di dare di più a quello "più fondamentale" (in termini finanziari in particolare, ma, più in generale, di risorse necessarie ad un'effettiva garanzia).

storico-ricostruttivo, ma non certamente normativo né adeguatamente descrittivo della natura dei diritti medesimi, che, per contro, sarebbero caratterizzati da una sostanziale unitarietà di sistema, determinata dalla loro intergenerazionalità, universalità, indivisibilità e interdipendenza²⁰.

In realtà, mi pare che qualche distinzione possa conservare la sua validità, e consenta (o richieda) di dedicare un’attenzione specifica ai diritti c.d. sociali. Occorre in primo luogo distinguere tra diritti sociali in senso soggettivo e diritti sociali in senso oggettivo: solo i secondi, infatti, presupporrebbero prestazioni. Come è stato evidenziato²¹, diritti quali quello alle pari opportunità, o i diritti dei consumatori (questi mi paiono gli esempi più corretti²²), non richiedono in effetti interventi prestazionali del tipo che siamo abituati a immaginare, vale a dire di tipo finanziario, redistributivo, in senso proprio, ma possono essere considerati diritti “soggettivamente” sociali, in quanto interessano la persona non in quanto individuo bensì come parte di uno o più gruppi sociali, e richiamano l’attenzione del legislatore, e dei decisori pubblici più in generale, su esigenze di riconoscimento che emergono una volta considerato il soggetto nell’ambito di tutte le relazioni sociali che lo caratterizzano.

I diritti sociali in senso oggettivo invece non potrebbero che richiedere prestazioni economiche e materiali, e come tali potrebbero ricavarsene tracce all’interno delle stesse libertà negative tradizionali. Basti pensare alla libertà di manifestazione del pensiero e, al suo interno, al diritto ad informare e ad essere (correttamente) informati, con il ruolo che in ciò esercitano i mezzi di comunicazione²³.

Fatte queste premesse, i punti che vanno presi in considerazione ai fini di questa ricerca sono almeno tre: 1) se i diritti (oggettivamente) sociali siano o meno fondamentali²⁴; 2) come si comportano i diritti (oggettivamente) socia-

²⁰ Cfr. A. SPADARO, *Dai diritti “individuali” ai doveri” globali”. La giustizia distributiva internazionale nell’età della globalizzazione*, Rubettino, Soveria Mannelli, 2005, 98.

²¹ Cfr. C. SALAZAR, *Dal riconoscimento alla garanzia dei diritti sociali. Orientamenti e tecniche decisorie della Corte costituzionale a confronto*, Giappichelli, Torino, 2000, A. SPADARO, *I diritti sociali di fronte alla crisi (necessità di un nuovo “modello sociale europeo”: più sobrio, solidale e sostenibile)*, cit.

²² A. Mangia, nella relazione di sintesi della III sessione del Convegno annuale del Gruppo di Pisa del 2012, *I diritti sociali tra esigibilità e provvista finanziaria*, sottolinea come nella dimensione dei rapporti interprivati si spieghino ad esempio tutti i diritti costituzionali che attengono il rapporto di lavoro, come il diritto alla giusta retribuzione, il diritto al riposo, sociali dunque, ma che non interloquiscono necessariamente con l’autorità pubblica.

²³ La riflessione si svolge anche nell’ordinamento statunitense, dove un particolare rilievo assume la questione dell’accesso e dell’utilizzo dei mezzi di comunicazione di massa, cfr. L. TRIBE, *American Constitutional Law*, New York, 1988, 786 ss.

²⁴ Sulla natura e le sfide giuridiche e culturali poste dai diritti sociali cfr. *ex multis* D. BIFULCO, *L’inviolabilità dei diritti sociali*, Napoli, 2003; C. SALAZAR, *Dal riconoscimento alla garanzia dei diritti sociali. Orientamenti e tecniche decisorie della Corte costituzionale a confronto*, cit.; B. PEZZINI, *La decisione sui diritti sociali*, Milano, Giuffrè, 2001; M. LUCIANI, *Sui*

li nell'applicazione degli indicatori enucleati; 3) quale impatto ha esercitato la crisi economica sull'elemento della dimensione collettiva dell'equilibrio finanziario, e come ha inciso sul bilanciamento tra questa e la dimensione (comunque) individuale del diritto sociale.

Per quanto riguarda il primo aspetto, che sembrerebbe centrale nella riflessione qui condotta, si risolve abbastanza rapidamente se si considera la prospettiva prescelta: non mi interessa definire *a priori* se i diritti sociali siano o meno *ex se* diritti fondamentali, ma semmai verificarlo, come si sta facendo, applicando gli indicatori elaborati, secondo quanto immaginato nel punto 2.

Gran parte degli indicatori, qualora applicati ai diritti sociali, mostrano una certa invarianza rispetto agli altri diritti: in termini di riconoscimento implicito/esplicito, di topografia costituzionale, di sottoponibilità a processi di revisione costituzionale; la vera differenza sembra risiedere nella giustiziabilità che, quando si tratta di diritti sociali, diviene funzione di quella che è denominata "esigibilità" degli stessi, cioè capacità di tradursi in prestazioni concretamente messe a disposizione dei beneficiari del diritto (qualcosa di più, direi, della semplice azionabilità, quasi una condizione intermedia tra questa e l'effettività vera e propria che si manifesta come il compimento pieno del diritto).

Senza potersi addentrare in questa sede nell'analisi delle diverse fasi che la giurisprudenza costituzionale europea hanno attraversato con riferimento alla tutela dei diritti sociali, e neppure soltanto nelle soluzioni variamente adottate dalla Corte costituzionale italiana²⁵, basti richiamare le formule che quest'ultima ha utilizzato, soprattutto a partire dagli anni Novanta, per temperare la fundamentalità di tali diritti circoscrivendone la portata. Dai ben noti diritti condizionati, coniati nella sent. n. 455/1990, al principio di gradualità delle riforme onerose, la limitatezza delle risorse disponibili, il valore dell'equilibrio finanziario²⁶: tutti elementi che divengono strumenti con i quali la Corte delimita il proprio campo di azione nell'annullamento di interventi legislativi in materia di diritti oggettivamente sociali, ritagliandosi uno spazio di controllo (e quindi ritagliando la fundamentalità di tali diritti) limitatamente ai casi in cui sia ravvisabile, nella disciplina legislativa, una palese irragionevolezza, oppure una capacità di incidere sul nucleo essenziale del diritto.

Nella nota sentenza del 1990, la Corte ritiene che il "condizionamento" di un diritto "non implica certo una degradazione della tutela primaria assicurata dalla Costituzione a una puramente legislativa, ma comporta che

diritti sociali, in R. ROMBOLI, (a cura di), *La tutela dei diritti fondamentali davanti alle corti costituzionali*, Giappichelli, Torino, 1994; M. CAMPEDELLI, P. CARROZZA, L. PEPINO (a cura di), *Diritto di Welfare. Manuale di cittadinanza e istituzioni sociali*, Il Mulino, Bologna, 2010.

²⁵ Da ultimo, sui diritti sociali nella giurisprudenza costituzionale, tra paradigmi di riferimento e soluzioni decisorie adottate, cfr. M. LUCIANI, *Diritti sociali e livelli essenziali delle prestazioni pubbliche nei sessant'anni della Corte costituzionale*, in *Rivista AIC*, n. 3/2016.

²⁶ Cfr. C. SALAZAR, *Crisi economica e diritti fondamentali*, in *Rivista AIC*, n. 4/2013. Cfr. anche I. CIOLLI, *Le ragioni dei diritti e il pareggio del bilancio*, Aracne, Roma, 2012.

l’attuazione della tutela, costituzionalmente obbligatoria, di un determinato bene (la salute in quel caso) avvenga gradualmente a seguito di un ragionevole bilanciamento con altri interessi o beni che godono di pari tutela costituzionale e con la possibilità reale e obiettiva di disporre delle risorse necessarie per la medesima attuazione”: che questo tipo di trattamento assicurato al diritto possa corrispondere ad una fundamentalità dello stesso, mi pare da escludere. In quel contesto, alla luce di quell’interpretazione costituzionale, il diritto in gioco non poteva essere considerato un diritto fondamentale.

E quando, più di recente, la Corte prende atto che il diritto all’assistenza come diritto universale è inevitabilmente messo in discussione dalla limitatezza delle risorse finanziarie (v. sent. n. 248/2011), se da un lato sembra affermare un’ovvietà (quella della coperta troppo corta...), dall’altro pone a confronto un fatto e un diritto, cosa che di per sé mette in crisi la fundamentalità del diritto in questione (ancora una volta, nel caso di specie, la salute) in quanto il diritto fondamentale sarebbe per sua natura il precipitato di un progetto di trasformazione della società e quindi di orientamento, indirizzo e guida dei “fatti”.

Proprio vedere come e quanto la crisi economico-finanziaria ha inciso sui diritti aiuta a ricostruire se e fino a che punto questi possano essere considerati fondamentali.

Una ricerca minimamente adeguata sul punto andrebbe operata diritto per diritto, o meglio, fattispecie per fattispecie. Basti in questo caso qualche rapida e certamente approssimativa notazione di carattere trasversale, a partire dalla giurisprudenza più recente.

In primo luogo, il giudice costituzionale ai tempi della crisi cerca di controllare il tempo, quale possibile alleato per distinguere le proclamazioni concernenti l’incostituzionalità, e quindi le valutazioni di merito sui provvedimenti legislativi lesivi di diritti sottoposte al suo scrutinio, dagli effetti dell’incostituzionalità stessa, concretamente incidenti sia sull’esercizio del diritto in questione, sia, corrispondentemente, sul costo che la garanzia del diritto determinerebbe per i bilanci pubblici.

Non può non essere citata la sent. n. 10/2015, con la quale la Corte ha dichiarato che la propria decisione non avrebbe prodotto effetti per il passato (neppure con riguardo al giudizio *a quo*): in questo caso, il diritto è riconosciuto meritevole di protezione ma non trova poi un’effettiva tutela, *hic et nunc*, in quanto l’incidenza sui conti che si produrrebbe a seguito della perdita di effetti della norma incostituzionale non è considerata tollerabile. La pronuncia, redatta da Marta Cartabia, “riprende e ampiamente teorizza la necessità di un bilanciamento tra esigenze di protezione dei diritti o interessi oggetto della singola *quaestio* e il principio costituzionale ricavabile dall’art. 81 Cost. (ultima formulazione)”²⁷.

²⁷ Cfr. A. ANZON DEMMIG, *Una vicenda sorprendente. Alterne vicende del principio dell’equilibrio di bilancio nella giurisprudenza costituzionale sulle prestazioni a carico del pub-*

Certo, dopo non molto tempo la Corte, con una sentenza tanto commentata quanto discussa, la n. 70/2015, avente ad oggetto l'indicizzazione delle pensioni, ha utilizzato il tempo in modo diverso: ha dichiarato incostituzionale la disposizione del decreto c.d. "salva Italia" nella parte in cui stabiliva la rivalutazione automatica dei trattamenti pensionistici più bassi (fino a 1.217 euro mensili netti), e questo senza intervenire sull'efficacia nel tempo della decisione, e, quindi e soprattutto, senza operare un bilanciamento, basti pensare che nella pronuncia non si fa praticamente mai riferimento all'art. 81, Cost., se non in un passaggio del tutto incidentale e di richiamo della sent. n. 26/2013²⁸.

Certo, l'assenza di bilanciamento con la norma di cui all'art. 81, Cost., nonché la mancata applicazione del principio temporale elaborato nella citata sent. n. 10/2015, potrebbe(ro) fondarsi su ragioni di stretta incostituzionalità delle disposizioni oggetto della pronuncia. Come è stato sottolineato, il tentativo di rendere "definitiva una riduzione quantitativa della garanzia di adeguatezza della prestazione previdenziale che non sia né espressiva di una *ratio* redistributiva del sacrificio imposto, né volta a rimediare a situazioni disomogenee, né collegata a sicuri «margini di resistenza» rispetto al fenomeno inflattivo", ciò che avviene nel caso della soppressione dell'adeguamento che la legge impone per tutti i trattamenti superiori a tre volte il minimo nel 2011, contraddice apertamente le indicazioni già fornite in altri casi dalla Corte al legislatore; peraltro, "se la Corte avesse circoscritto il suo intervento, rendendo l'annullamento efficace soltanto *ex nunc*, sarebbe incorsa nello stesso vizio di costituzionalità sulla cui base ha pronunciato la sentenza in esame"²⁹.

Il rapporto diritto individuale/dimensione collettiva dell'equilibrio finanziario torna d'altra parte ad emergere anche in pronunce recentissime, penso, con riferimento alla sicurezza sociale, alla sent. n. 2/2016 della Corte costituzionale.

Il caso è interessante ai nostri fini per due ragioni: in primo luogo per ciò che fa emergere con riferimento al rapporto tra proclamazioni internazionali e proclamazioni nazionali dei diritti (e quindi, forse, tra diritti umani e diritti fondamentali), in particolare quando si tratti di diritti comportanti un inter-

blico erario, in *Giurisprudenza costituzionale*, n. 2/2015, che richiama *Id.*, *La Corte "esce allo scoperto" e limita l'efficacia retroattiva delle proprie pronunzie di accoglimento*, in *Rivista AIC*, n. 2/2015.

²⁸ Sulla quale cfr. D. NOCILLA, *Sulla attitudine delle disposizioni legislative ad efficacia differita a costituire oggetto di sindacato di costituzionalità*, in *Giurisprudenza costituzionale*, n. 1/2013, 422 ss. I commenti alla sentenza n. 70/2015 sono invece sterminati ed anche distanti tra loro nelle posizioni espresse dalla dottrina; tra questi si segnala A. MORRONE, *Ragionevolezza a rovescio. L'ingiustizia della sentenza n. 70/2015 della Corte costituzionale*, in *Federalismi.it*, n. 10/2015, G. M. SALERNO, *La sentenza n. 70 del 2015: una pronuncia non a sorpresa e da rispettare integralmente*, in *Federalismi.it*, 20 maggio 2015.

²⁹ Il riferimento va alla sent. n. 316/2010; cfr. G. M. SALERNO, *ibidem*.

vento attivo dei pubblici poteri (come nel caso, appunto, dei diritti sociali e del diritto all’assistenza in particolare)³⁰.

Si tratta di quella che è stata definita come “l’aporia logica dei diritti riconosciuti sul piano internazionale, ma negati sul piano costituzionale”³¹. La Corte, infatti, sottolinea che gli strumenti pattizi si limitano a porre degli “obblighi di risultato”, tracciando “determinati obiettivi riservando agli Stati aderenti il compito di individuare in concreto – in relazione alle specificità dei singoli ordinamenti e al correlativo e indiscusso margine di discrezionalità normativa – i mezzi ed i modi necessari a darvi attuazione”, non potendo circoscrivere le scelte sulle modalità di attuazione, riservate allo Stato.

La seconda ragione di interesse del caso, è data proprio dai motivi che stanno alla base di questo restringimento della fisarmonica della fondamentalità, tale da condurre il giudice costituzionale a liquidare piuttosto nettamente il valore normativo della Convenzione c.d. di New York sui diritti delle persone con disabilità. Si tratta infatti di motivi evidentemente di carattere economico, poiché non vi è dubbio che, nel caso di specie, la mancata considerazione del nucleo familiare nella determinazione della condizione economica della persona disabile richiedente assistenza tenderebbe a favorire il soggetto rendendo più probabile il godimento del beneficio (sia questo di carattere monetario o di servizio) da parte sua. Quel che è certo è che la giurisprudenza costituzionale risulta oscillante e non dà una risposta definitiva sulla protezione dei diritti sociali “in tempi di crisi” e, dunque, sulla loro fondamentalità. Basti pensare, più di recente, alla sentenza n. 275/2016, nella quale si afferma che le garanzie fondamentali che rendono effettivo il diritto all’istruzione per gli studenti disabili non possono in nessun caso essere messe in discussione dal principio dell’equilibrio di bilancio.

Insomma, a partire da una proclamazione costituzionale dei diritti (oggettivamente) sociali che non lascerebbe dubbi circa la loro perfetta equiparabilità in termini di tutela, e, dunque, di fondamentalità, ai diritti c.d. di prima generazione, il giudice costituzionale, fornendo sponda in alcuni casi al legislatore, e sulla base di esigenze di carattere economico che si affermano in particolare, per così dire, nell’epoca della crisi, interviene a ritagliare contenuti oggettivi ed estensione soggettiva di tali diritti, ma lo fa solo in alcuni casi, e senza un criterio orientativo unico e definito, in grado di offrire indicazioni univoche circa la fondamentalità di un diritto rispetto ad un altro.

³⁰ Sul caso cfr. P. ADDIS, *La Convenzione ONU sui diritti delle persone con disabilità e la Corte costituzionale. Osservazioni a partire dalla sentenza n. 2/2016*, in *Federalismi.it, Focus Human Rights*, n. 2/2016.

³¹ Cfr. A. SPADARO, *Sull’aporia logica dei diritti riconosciuti sul piano internazionale, ma negati sul piano costituzionale (nota sulla discutibile “freddezza” della Corte costituzionale verso due carte internazionali: la CSE e la CEAL)*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, n. 2/2015.

Percorso solo in parte inverso è d'altra parte quello del Tribunale costituzionale tedesco, il quale, in assenza di un'espressa proclamazione costituzionale dei singoli diritti, ha sostenuto che il principio dello stato sociale possa di per sé stesso produrre effetti giustiziabili – essenzialmente concretizzandosi in diritti soggettivi – nel momento in cui il legislatore manca arbitrariamente di svolgere i propri compiti. Il riconoscimento costituzionale di pretese individuali avviene attraverso il combinato disposto dell'art. 20, c. 1, con uno dei diritti fondamentali espressamente previsti, in particolare il diritto all'eguaglianza, il diritto alla vita e alla libertà personale.

Particolare interesse suscita la determinazione del diritto alla sicurezza sociale. Infatti, nel 2010 è stata introdotta una delle più importanti riforme in materia di sicurezza sociale e di previdenza della storia della Germania (la riforma conosciuta come Hartz), che ha dato origine alla sentenza del Tribunale costituzionale con la quale viene tracciata la cornice per così dire metodologica e teorica dell'esistenza di un diritto a godere di un livello minimo di sussistenza.

In questione c'era la costituzionalità delle misure, introdotte dalla riforma, volte a garantire sussidi di base per i soggetti disoccupati e i familiari a carico. Il Tribunale ha ritenuto che mentre l'ammontare del beneficio previsto dalla legge non poteva essere ritenuto incostituzionale, la procedura scelta per calcolare il *quantum* spettante era viziata e lesiva del diritto costituzionale in questione. L'aspetto rilevante nella sentenza è che il Tribunale è piuttosto chiaro nel riconoscimento di un diritto individuale in quanto tale, configurandolo come "diritto a godere di un livello minimo di sussistenza", e specificando che tale diritto non rappresenta semplicemente un profilo, una possibile declinazione del diritto alla dignità umana (come noto, elemento fondante l'interno assetto costituzionale, diritto/valore cardine del sistema), bensì un diritto avente propria autonomia e rilevanza valoriale³². Il diritto costituzionale così definito, quindi, presume una nozione per così dire sociale di sussistenza³³, in grado di dare copertura ad un ampio raggio di istanze e strumenti di protezione sociale.

Il Tribunale, inoltre, riconosce in particolare che il diritto in questione richiede un intervento attivo dei pubblici poteri, anche se è a questi attribuito

³² Cfr. C. BITTNER, *Casenote - Human Dignity as a Matter of Legislative Consistency in an Ideal World: The Fundamental Right to Guarantee a Subsistence Minimum in the German Federal Constitutional Court's Judgment of 9 February 2010*, 12 *German Law Journal* 1941, 2011, 1950 ss.

³³ Cfr. M. A. TRILSCH, *Constitutional protection of social rights through the backdoor: What does the "Social state" principle, the right to human dignity and the right to equality have to offer?*, Paper, UiO, in *ius.uio.no*. Sulla pronuncia v. anche G. DELLEDONNE, "Minimo vitale" e stato sociale in una recente pronuncia del Tribunale costituzionale, in *forumcostituzionale*, 2010. Sulla nozione di minimo vitale nel contesto italiano, cfr. E. VIVALDI – A. GUALDANI, *Il minimo vitale tra tentativi di attuazione e prospettive future*, in *Diritto e società*, n. 1/2014, 115 ss.

un significativo margine di apprezzamento nella scelta delle misure disponibili per la realizzazione del diritto. E' grazie a questo margine di apprezzamento che il Tribunale ha potuto non dichiarare l'incostituzionalità della determinazione dell'ammontare del sussidio corrisposto, affermando che non fosse manifestamente insufficiente.

Anche nel 2012 il nuovo approccio al diritto ad un'esistenza minimamente dignitosa è stato utilizzato dal Tribunale costituzionale, che in questo caso è giunto ad una dichiarazione di incostituzionalità attraverso il parametro derivante dal combinato disposto tra art. 20, c. 1 e art. 1, c. 1, ritenendo i sussidi previsti per i soggetti richiedenti asilo “evidentemente insufficienti” (BVerfGE (*Asylbewerberleistungsgesetz*)). Sembra così potersi riconoscere nella giurisprudenza costituzionale più recente una sorta di incorporazione, all'interno della Legge fondamentale, di un diritto sociale avente autonoma rilevanza, delineato nell'interpretazione costituzionale: sebbene l'aspetto procedurale abbia costituito una parte importante dell'argomentazione nel caso dei richiedenti asilo, per la prima volta i giudici di Karlsruhe si sono spinti oltre, dichiarando che i destinatari del sussidio erano titolari di un diritto costituzionalmente riconosciuto ad ottenere di più di quanto la legge prevedesse, segnando così un passaggio importante nella qualificazione in termini di esigibilità e di concretizzazione del diritto sociale in questione³⁴.

Si è parlato di percorso solo apparentemente inverso in quanto resta comunque da verificare se questo orientamento interpretativo si estenderà ad altri diritti sociali, quali il diritto alla salute o all'abitazione, oppure resterà circoscritto al diritto alla sicurezza sociale, o meglio, al contenuto minimo/essenziale del diritto medesimo. E' chiaro che in quest'ultima ipotesi, al momento resa più probabile dai fatti, sebbene il principio tedesco dello “stato sociale” abbia guadagnato effettività diventando operativo attraverso la congiunzione con alcuni diritti individuali garantiti dalla Legge Fondamentale, non potrebbe dirsi completo il quadro, e gli esiti sarebbero in effetti molto simili, pur partendo da un contesto differente, rispetto a quelli fatti propri da altri corti costituzionali, quale l'italiana (anche perché qualora il Tribunale costituzionale estendesse l'argomentazione ad altri diritti “a prestazione”, nulla fa pensare che non conserverebbe il criterio del nucleo minimo/essenziale al fine, comunque, di circoscrivere la tutela, e con essa il riconoscimento).

2.2. Diritti fondamentali e revisione costituzionale.

Il rapporto tra diritti fondamentali e revisione costituzionale si evince in particolare dalla dimensione dei limiti sostanziali al potere di revisione

³⁴ Cfr. I. WINKLER – C. MAHLER, *Interpreting the Right to a Dignified Minimum Existence: A New Era in German Socio-Economic Rights Jurisprudence?*, in 13 2 *Human Rights Law Review* 388, 2013, 401 ss.

costituzionale, poiché associandosi la fundamentalità (per l'ordinamento) all'espressione del potere costituente, che come tale individua e determina il contenuto stesso della fundamentalità, dalla differenza tra spazio disponibile per il potere costituito e spazio disponibile per il potere costituente si ricaverebbe un contenuto proprio della fundamentalità, rappresentato da principi, e diritti, non rivedibili in quanto manifestazione diretta del potere innovativo e creativo dell'ordine costituzionale. Fuori da questo spazio non si potrebbe parlare di fundamentalità nel senso fatto proprio da questa ricerca, poiché un diritto (presuntivamente fondamentale) potenzialmente assoggettabile a revisione costituzionale sarebbe un diritto che l'ordinamento non considera coesistente alla sua esistenza e permanenza in vita, in quanto una sua modifica non comporterebbe la trasformazione dell'ordinamento in altro da sé.

La differenza tra potere costituente e potere costituito, e la definizione, dallo spazio che ne deriva, di un luogo proprio della fundamentalità, sembra appartenere a gran parte dei sistemi che si sono presi in considerazione nella ricerca.

Punto di riferimento è sicuramente quello tedesco, dove l'art. 79, III, della Legge Fondamentale, individuando i limiti al potere di revisione costituzionale, esclude modifiche che intacchino l'articolazione dello Stato federale in *Länder*, il principio della partecipazione dei *Länder* all'attività legislativa nonché i principi sanciti dagli articoli 1 e 20: si tratta della c.d. "clausola di eternità" (*Ewigkeitsklausel*) o "garanzia di eternità" (*Ewigkeitsgarantie*).

La definizione utilizzata dalla dottrina tedesca, e sposata, come si ricorderà, dal Tribunale costituzionale nell'assai noto *Lissabon Urteil*, dove l'eternità diviene "identità", e quindi presupposto e garanzia della sovranità dello Stato³⁵, risulta particolarmente significativa e per così dire riassuntiva della nozione di fundamentalità ricavabile dal rapporto tra diritti fondamentali e revisione costituzionale. Fondamentale equivale, infatti, in questo contesto, ad immutabile, e costituisce il tessuto valoriale proprio del sistema, senza il quale, o al mutare del quale, verrebbe meno il sistema stesso.

La fundamentalità ricavabile dalla clausola di eternità riguarderebbe quindi, per ciò che interessa in particolare la protezione dei diritti: la tutela della dignità umana (art. 1, c. 1), i diritti umani intesi come generale fondamento comunitario e come vincolo alla discrezionalità del potere statale (art. 1, cc. 2 e 3), il principio dello Stato sociale, che non trova però esplicitazione,

³⁵ Cfr. A. ANZON DEMMING, *Principio democratico e controllo di costituzionalità sull'integrazione europea nella "sentenza Lissabon" del Tribunale costituzionale federale tedesco*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2009. Per un commento alla pronuncia, tra i molti che ha suscitato, cfr. V. Baldini, *Il rispetto dell'identità costituzionale quale contrappeso al processo d'integrazione europea. (La 'sentenza Lisbona' del Bundesverfassungsgericht ed i limiti ad uno sviluppo secundum constitutionem dell'ordinamento sopranazionale)*, in *Rivista AIC*, n. 00, 2 luglio 2010, e R. BIFULCO, *Nota a prima lettura alla sentenza del Tribunale federale tedesco del 7 settembre 2011 sui meccanismi europei di stabilità finanziaria*, in *Rivista AIC*, n. 3/2011.

come si è precedentemente precisato, nell’enucleazione di veri e propri diritti sociali quali diritti a ricevere determinate prestazioni “assistenziali” e “di benessere” da parte dei pubblici poteri (art. 20, c. 1)³⁶.

Come si accennava, il Tribunale costituzionale ha considerato la *Ewigkeitsklausel* come formula propria dell’identità costituzionale tedesca, chiamata a salvaguardare la sovranità dello Stato anche rispetto a processi di integrazione sovranazionale, quale quello di integrazione europea, nell’ambito dei quali si impongono regole e principi potenzialmente in grado finanche di sovvertire i contenuti costituzionali ritenuti come fondamentali da parte dell’ordinamento. Le critiche non sono mancate, soprattutto da parte di chi ha ritenuto l’utilizzo della clausola un ingiustificato freno al processo di integrazione europea, ingiustificato in quanto non coerente con la *ratio* dell’art. 79, § 3, che avrebbe originariamente riguardato la protezione del sistema da deviazioni in senso autoritario assistite da una limitazione solo formale al potere di revisione costituzionale; d’altra parte, come è stato opportunamente evidenziato³⁷, oltre al fatto che la preservazione di una fundamentalità ordinamentale propria non impedisce di per sé un’integrazione, certamente è indubitabile che le finalità originariamente attribuite alle disposizioni possono lasciare spazio, nell’evoluzione del sistema, a *rationes* differenti e più attinenti al contesto giuridico-sociale e all’emergere di nuove esigenze costituzionalmente fondate.

La Costituzione spagnola individua invece due diversi procedimenti di riforma costituzionale, con finalità e conseguenze differenti. Da un lato, la “*reforma constitucional*” (artt. 166-167), che rappresenta la modalità di esercizio del potere (costituito) di revisione costituzionale, dall’altro la possibilità di una “*revisión total*” della Costituzione (art. 168), che pure rappresenterebbe esercizio concreto di quest’ultimo, essendo contemplata e disciplinata dallo stesso testo costituzionale. Mentre il primo tipo di intervento sarebbe limitato a specifici aspetti e disposizioni costituzionali, il secondo fenomeno riguarda invece un’integrale riscrittura del testo costituzionale, la cui stessa ipotizzabilità costituzionale esclude la presenza di limiti espliciti alla procedura di revisione costituzionale, sul modello delle Costituzioni italiana e tedesca, ma anche, pur in modo diverso come si vedrà, di quella francese. O meglio, esclude la presenza di limiti sostanziali, volti a sottrarre norme o principi costituzionali dallo spazio della rivedibilità e così determinare ambiti di sovracostituzionalità, richiedendo però un aggravamento procedurale

³⁶ Cfr. L. MEZZETTI, *La revisione costituzionale e i suoi limiti: l’esperienza tedesca* in *La revisione costituzionale e i suoi limiti*, a cura di S. Gambino e G. D’Ignazio, Milano, Giuffrè, 2007, 259-269, J. WOELK, *La Germania: tra numerose revisioni e nucleo essenziale protetto*, in *La manutenzione costituzionale*, a cura di F. Palermo, Padova, Cedam, 2007, 141-179.

³⁷ Cfr. F. SCHORKOPF, *The European Union as an Association of Sovereign States: Karlsruhe’s Ruling on the Treaty of Lisbon*, in *German Law Journal*, n.10/2009, 1222.

sia per la revisione totale, sia per la modifica di alcune parti ritenute fondamentali³⁸.

Lo stesso *Tribunal Constitucional* ha chiaramente ribadito l'impostazione che potrebbe definirsi procedurale, distinguendola da quelle fatte proprie dagli altri sistemi costituzionali considerati, affermando, nella sent. n. 48/2003, come l'ordinamento costituzionale, non sposando un modello di "democrazia militante", non imponendo cioè l'adesione positiva ai valori ordinamentali, ed *in primis* alla Costituzione, esclude l'esistenza di un "nucleo normativo inaccessibile ai procedimenti di riforma costituzionale" il quale, per la sua stessa intangibilità, possa ergersi ad autonomo parametro di legittimità tanto che qualsiasi intervento pur perfettamente rispettoso delle regole procedurali e procedimentali potrebbe essere considerato invalido per il fatto stesso di incidere sul contenuto di tale nucleo. E' proprio il *Tribunal* a confrontare la Costituzione spagnola con quelle francese e tedesca, sottolineando come la prima non escluda alcuna possibilità di riforma all'interno dei limiti formali procedimentali³⁹.

D'altra parte, com'è stato recentemente ricordato, nella Costituzione spagnola l'idea della "democrazia procedimentale" affonda "le proprie radici nella stessa genesi del processo di transizione costituzionale, il quale si è potuto realizzare attraverso una interpretazione formalistica, anziché teleologica, delle procedure di revisione costituzionale dell'anteriore regime franchista"⁴⁰.

Senza soffermarsi su una questione basilare per il diritto costituzionale, ma che evidentemente meriterebbe una riflessione a sé stante, quale il rapporto tra una scelta come questa e il ruolo attribuito al giudice costituzionale, e più in generale il rapporto tra giurisdizione costituzionale e principio de-

³⁸ Cfr. G. CORONA, *I problemi della revisione costituzionale in Spagna*, in *Quaderni costituzionali*, 1998, n. 1, 73-99, R. Punset, *Aporías de la reforma constitucional en España* in *Federalismi.it*, Anno XI, n. 1, 9 gennaio 2013.

³⁹ Significativa a questo proposito la sent. n. 103/2008, avente ad oggetto il c.d. *Plan Ibarretxe*, cioè il progetto di autodeterminazione unilaterale approvato dal Parlamento basco con la l. n. 9/2008, ma anche la più recente sent. n. 42/2014, con la quale il Tribunale afferma che la Catalogna non ha diritto di autoproclamarsi quale soggetto giuridico e politico sovrano, ma può perseguire l'aspirazione secessionistica nel rispetto delle regole formali e procedurali previste dall'ordinamento costituzionale spagnolo, in assenza di aspirazioni che non possono, sostanzialmente, essere perseguite.

⁴⁰ Cfr. R. IBRIDO, *Il "derecho a decidir" e il tabù della sovranità catalana. A proposito di una recente sentenza del Tribunale costituzionale spagnolo*, in *federalismi.it*, luglio 2014. Si veda peraltro L. ALVAREZ ALVAREZ, *La lealtad constitucional en la Constitución española de 1978*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008, che definisce il sistema spagnolo un sistema in cui vige la "lealtà procedurale", approccio costituzionale che intrinsecamente consentirebbe qualsiasi revisione costituzionale (nel rispetto delle procedure previste).

mocratico⁴¹, va però sottolineato come, da un lato, l'impostazione prescelta, pur non escludendo certamente l'interpretazione evolutiva del giudice costituzionale, la distingue dall'esercizio, da parte di quest'ultimo, di un potere “sostitutivo” nei confronti del titolare del potere di revisione costituzionale, fino, ad esempio, all'ampliamento del contenuto delle disposizioni costituzionali. D'altro lato, il *Tribunal Constitucional* non ha mancato di sottrarre alla disponibilità del legislatore costituzionale “costituito” settori fondamentali per l'ordinamento, come “la definizione stessa di cosa siano le potestà legislativa, regolamentare ed esecutiva comprese nelle competenze di quella che può nominarsi come la Comunità autonoma della Catalogna”: è il caso dell'assai nota sent. n. 31/2010 sullo Statuto di autonomia della Catalogna approvato nel 2006, che pure solleva numerose perplessità.

Insomma, l'assenza di un nucleo sostanziale di immodificabilità espresso, o almeno potremmo dire accennato, all'interno del testo costituzionale, non rende necessariamente impotente il giudice costituzionale, anzi potenzialmente ne rafforza il ruolo in sede di interpretazione evolutiva, e finanche creativa⁴².

Sul piano della fundamentalità, sembra potersi proporre due ordini di considerazioni.

L'affermata esclusione della natura “militante” della democrazia, che andrebbe peraltro discussa alla luce di alcune posizioni espresse dallo stesso *Tribunal Constitucional* quando si tratti di tutela della libertà di espressione⁴³, orienterebbe l'ordinamento verso una fundamentalità “debole” dei diritti che la Costituzione protegge, in quanto, non configurandosi alcun valore a tal punto fondativo da prevalere sulla democraticità del sistema, questa implicherebbe il “diritto” del potere politico, non soltanto sotto forma di potere (in quanto) costituente ma anche nei limiti procedurali fissati per il potere (in quanto) costituito, di modificare tutte le norme del patto costitu-

⁴¹ Cfr. F. RUBIO LLORENTE, *Rigidez y apertura en la Constitución*, in *La reforma constitucional: ¿hacia un nuevo pacto constituyente?*, Actas de las XIV Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional, TC y CEPC, Madrid, 2009, 26.

⁴² Esempio evidente è offerto dal tema del matrimonio omosessuale, su cui tra i numerosissimi contributi cfr. T. F. DE FREITAS - D. TEGA, *Judicial Restraint and Political Responsibility: A Review of the Jurisprudence of the Italian, Spanish and Portuguese High Courts on Same-Sex Couples*, in D. GALLO, L. PALADINI, P. PUSTORINO, *Same-Sex Couples before National, Supranational and International Jurisdictions*, Springer-Verlag, 2014, R. Ibrido, *I diritti degli omosessuali tra argomenti comparativi e pluralismo disciplinare*, in *Percorsi costituzionali*, n. 3/2012, e C. GUERRERO PICÒ, *Il matrimonio tra persone dello stesso sesso in alcuni Paesi europei. Spagna*, in P. Passaglia (a cura di), *Report*, Ufficio Studi Corte costituzionale, e A. SPERTI, *Omosessualità e diritti. I percorsi giurisprudenziali ed il dialogo globale delle Corti costituzionali*, Pisa, Pisa University Press, 2013.

⁴³ Il riferimento va qui alla sent. n. 235/2007 in materia di negazionismo, dove si ravvisa la legittimità della criminalizzazione della giustificazione dell'Olocausto, distinguendola dalla condotta di mera negazione.

zionale: anche i diritti sanciti dalla Costituzione, quindi, rientrerebbero nella piena disponibilità del legislatore e sarebbero tutelati alla condizione risolutiva del perdurante assenso da parte della maggioranza politica.

Al contempo, sul versante proprio dei diritti, la distinzione tra “amparabili” e non “amparabili”, istituisce una gerarchia tra norme che l’assenza del “nucleo di immodificabilità” aveva escluso, riproducendo forse, sebbene in altra forma e attraverso l’esclusivo strumento della giustiziabilità un sistema *two-tier* di regolazione costituzionale.

Oggi, la dottrina spagnola⁴⁴ mette in luce come pure in assenza di limiti sostanziali alla revisione costituzionale, di c.d. clausole di eternità, ed anzi in presenza di una clausola di revisione totale del testo costituzionale, anche il sistema spagnolo conosce in realtà un limite materiale costituito dai diritti contenuti nella Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea, e nell’assetto che si articola intorno al riparto di competenze tra Unione europea e Stati membri. La partecipazione all’ordinamento europeo, dunque, comporterebbe un’inevitabile “frammentazione del potere costituente”⁴⁵, che lungi dal mantenere le caratteristiche di originarietà e assolutezza che tradizionalmente gli vengono ricondotte, descrivendolo talvolta come forza dirompente, innovativa e conflittuale⁴⁶, troverebbe oggi un limite giuridico di fatto snaturante.

Se in senso passivo l’ordinamento europeo produrrebbe tale effetto, esso agirebbe anche per così dire in senso attivo⁴⁷, determinando le modifiche costituzionali che sono state introdotte al fine di integrare il diritto europeo all’interno del sistema costituzionale statale. A partire da quella del 1992, nella quale il diritto europeo ha agito in funzione di revisione costituzionale⁴⁸, per arrivare a quella del 2011⁴⁹, con la quale l’Unione europea manifesta un

⁴⁴ Si fa riferimento da ultimo all’intervento di F. BALAGUER CALLÈJON, *I principi supremi nella giurisprudenza della Corte costituzionale spagnola*, in Costantino Mortati, *Potere costituente e limiti alla revisione costituzionale*, convegno di studi, Università di Roma “La Sapienza”, 14 dicembre 2015.

⁴⁵ *Ibidem.*

⁴⁶ Si vedano le suggestive pagine di A. NEGRI, *Il potere costituente: saggio sulle alternative del moderno*, Castel San Pietro Romano, Manifestolibri, 2002.

⁴⁷ Cfr. F. BALAGUER CALLÈJON, cit.

⁴⁸ Si tratta della riforma costituzionale adottata a seguito della firma del Trattato di Maastricht da parte della Spagna. In quell’occasione venne riformulato l’art. 13 della Costituzione per poter offrire copertura costituzionale al diritto di elettorato attivo e passivo per i cittadini europei residenti in Spagna in occasione delle elezioni amministrative locali.

⁴⁹ Si tratta della modifica dell’art. 135 della Costituzione per l’introduzione del principio di equilibrio tendenziale di bilancio, approvata in entrambe le Camere con una maggioranza dei 3/5 richiesti dalla Costituzione (art. 167) e senza richiesta di referendum confermativo (richiedibile da un decimo dei componenti di ciascuna Camera). Hanno votato a favore, oltre ai Popolari, anche i Socialisti. La riforma ha poi previsto una legge organica con il compito di attuare i principi stabiliti nel nuovo articolo 135 della Costituzione, *Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera*, pubblicata sul Bollettino Ufficiale n. 103 del 30 aprile 2012.

vero e proprio potere costituente, un potere quindi non eteronomo ma autonomo, il cui fondamento risiederebbe invero nella crisi economica e nelle sue conseguenze fattuali dal punto di vista sociale e politico.

Accanto a questo limite materiale, opererebbe comunque, dall'interno del sistema costituzionale, un ulteriore limite ordinamentale relativo alla configurazione della forma di stato nel modello dello stato autonomico. Benché il principio del decentramento e dell'articolazione territoriale non sia presente nel testo costituzionale (ed anzi la Spagna si caratterizzi, com'è noto, per la previsione costituzionale di una forma di stato “aperta”, e basata su un principio dispositivo, o volontaristico), la creazione di nuclei di potere autonomo (sebbene non di sovranità, secondo la distinzione operata anche dal *Tribunal Constitucional* in particolare con riferimento alla questione della Catalogna), ciò che rappresentano le *Comunidades Autónomas*, costituirebbe ormai un elemento per lo meno politicamente immodificabile.

In Francia la questione è forse più complessa. In primo luogo, si sottolinea una discrepanza tra la dottrina (Favreau in particolare, come si vedrà) e la giurisprudenza costituzionale che, anche in funzione di definizione del proprio ruolo (ciò che – come diremo – riguarda anche l'esperienza italiana), ha negato, almeno in un primo momento, l'idea dell'esistenza di una dimensione di sovracostituzionalità, per poi accettarne una dimensione sfumata, e infine tornare a negarne l'operatività. D'altra parte, non deve sfuggire come la peculiarità del sistema francese derivi in gran parte dalla natura della legge referendaria del 1962, nella quale si incarnerebbe immediatamente la sovranità popolare, trattandosi di atto del popolo, e, ancor prima, dall'art. 3 della Costituzione⁵⁰, che imputa al popolo la sovranità, senza vincolarla al rispetto della Costituzione, e lasciando così sempre aperta la possibilità di superare il testo costituzionale da parte del sovrano, a prescindere dalla forza dell'atto di “revisione”. Così, nel caso della legge del 1962, la sua insindacabilità non nascerebbe tanto allora dalla sua “funzione” di revisione costituzionale, bensì dalla sua derivazione popolare diretta in un sistema in cui la sovranità appartiene al popolo *sic et simpliciter*, e dove quindi sovranità nazionale e sovranità popolare non coincidono.

Per quanto concerne i limiti sostanziali alla revisione costituzionale⁵¹, essi si rintracciano in quanto stabilito dal quinto comma dell'art. 89, dove si stabilisce, analogamente all'art. 139 Cost. italiana, che la forma repubblicana non possa essere oggetto di revisione costituzionale. Senza potersi qui soffer-

⁵⁰ Secondo il quale, si ricorda, la sovranità appartiene al popolo che la esercita attraverso i suoi rappresentanti e per mezzo del referendum.

⁵¹ Cfr. D. G. LAVROFF, *De l'abus des réformes: réflexions sur le révisionnisme constitutionnel*, in *Revue française de droit constitutionnel*, n. 5/2008, 55-71, A. LEVADE, *La révision du 23 juillet 2008*, in *Revue française de droit constitutionnel*, n. 2/2009, 299-316, S. Pierré-Caps, *La questione della revisione costituzionale in Francia: la sovranità del potere costituente alla prova del metodo*, in *La revisione costituzionale e i suoi limiti*, a cura di S. Gambino e G. D'Ignazio, Giuffrè, Milano, 2007, 309-327.

mare sull'origine storica della disposizione⁵², l'interpretazione della stessa ha proposto per una portata del comma che si estenda oltre la forma di governo in senso stretto⁵³.

Per quello che rileva ai nostri fini, l'aspetto centrale è quello della configurabilità o meno di una gerarchia all'interno delle norme costituzionali, che consenta così di determinare se e in che termini esista una fundamentalità da riconoscersi ad alcune disposizioni e, eventualmente, ad alcuni diritti, sulla base della loro irriducibilità. Nel sistema francese, la questione ruota intorno alla c.d. "*supraconstitutionnalité*"⁵⁴, sia per l'individuazione dell'esistenza o meno di una gerarchia, sia, quale passaggio successivo, per la determinazione di quali siano i contenuti costituzionali che effettivamente si porrebbero come costituzionalmente superiori agli altri, e se di questi facciano parte principi e valori da intendersi come limiti sostanziali impliciti, secondo l'idea, di Favoreu, che si imponga un insieme comune di principi e diritti identificabili e riconosciuti ai quali peraltro si ispirerebbero già i giudici costituzionali europei.

Se sul punto si cercano risposte dal *Conseil*, si riscontra come l'atteggiamento del giudice costituzionale sul punto attraversi varie fasi, prevalentemente caratterizzate da un generale scetticismo verso la possibile limitazione del potere di revisione costituzionale.

La decisione del 1962 avente ad oggetto la citata *loi référendaire* sull'elezione a suffragio universale diretto del Presidente della Repubblica sembrava negare radicalmente la possibilità dell'individuazione di limiti sostanziali, ma, come già accennato, non poteva essere considerata esaustiva per due ragioni: da un lato, perché essa risultava funzionale ad una delimitazione, da parte del *Conseil*, delle proprie attribuzioni, che avrebbero dovuto essere previste espressamente all'interno della Costituzione; dall'altro, perché quella legge assumeva una valenza tutt'affatto particolare, rappresentando un'espressione diretta della volontà popolare.

Trent'anni dopo, la decisione n. 92-312 DC, relativa al Trattato di Maastricht, afferma con nettezza che il potere costituente è sovrano, e si può

⁵² Cfr. P. PASSAGLIA, *La Costituzione dinamica, Quinta Repubblica e tradizione costituzionale francese*, Torino, Giappichelli, 2008, 278 ss.

⁵³ Secondo Passaglia, *ibidem*, si tratterebbe in effetti di un'interpretazione logica: poiché la natura permanente del potere costituente originario esclude una rottura ordinamentale a meno che non si incida sulla titolarità della sovranità in capo al popolo, e poiché i limiti sostanziali alla revisione *ex art. 89* mirano a dare stabilità all'ordinamento, e non già a favorirne la dissoluzione o la trasformazione profonda, la previsione dell'immodificabilità della forma repubblicana non può che andare oltre il mero rispetto formale del testo costituzionale. In questo senso l'*art. 89* trasferirebbe la sua operatività dalla forma di governo alla forma di stato, con particolare riferimento alla sua natura democratica.

⁵⁴ Cfr. M. TROPER, *Le problème de l'interprétation et de la théorie de la supralégalité constitutionnelle*, in *Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann*, Cujas, Paris, 1975, 133 ss. e L. FAVOREU, *Souveraineté et supraconstitutionnalité*, in *Pouvoirs*, n. 67, 1993, 71 ss.

esprimere nell’abrogazione, nella modifica o nell’integrazione delle disposizioni di valore costituzionale nella forma e nelle modalità che ritiene più appropriate, così come nulla si oppone all’introduzione all’interno del testo costituzionale di nuove disposizioni che siano in grado di derogare ad una regola o ad un principio di valore costituzionale, in maniera sia espressa che implicita, ciò però nel rispetto dei limiti espressamente stabiliti dalla Costituzione, di ordine tanto formale e temporale quanto sostanziale.

Insomma, la decisione non dava spazio alla “teoria” della *supraconstitutionalité*, e non considerava dunque l’emersione di principi e diritti che traessero linfa direttamente dal sistema nel suo complesso o dalla norma di cui all’art. 89, Cost., ma da questi ulteriormente si espandessero.

Un ulteriore capitolo della vicenda è segnato dalla *décision* n. 2003-469 DC, pronunciata con riguardo alla legge costituzionale sulla decentralizzazione/regionalizzazione: il *Conseil* afferma in maniera piuttosto lapidaria che non vi sono disposizioni costituzionali in grado di fondare il potere del giudice costituzionale di sindacare una revisione costituzionale. Sembra dunque che il potere costituente derivato (cioè il potere di revisione costituzionale) non abbia limiti, e condivida con il popolo una piena e assoluta sovranità⁵⁵.

In Italia, la questione sembra potersi articolare intorno a tre principali profili: (a) quello del rapporto tra revisione costituzionale e autoqualificazione del ruolo del giudice costituzionale, (b) quello relativo all’individuazione dei diritti immodificabili e dell’eventuale identificazione di tale categoria con quella, letteralmente conosciuta, dei diritti inviolabili, e (c) quello del rapporto tra Parte Prima e Parte Seconda nell’operatività della revisione costituzionale (evidentemente connessa alla topologia dei diritti e quindi all’indicatore che desume la fundamentalità dalla collocazione della disposizione normativa contenente il diritto), e dunque della configurabilità o meno della Costituzione come fonte “unitaria”.

In primo luogo, l’utilizzo dell’istituto della revisione costituzionale nella ricerca dei diritti fondamentali all’interno (e all’esterno) delle Costituzioni, e nella giurisprudenza costituzionale in particolare, deve tenere conto di come nel tracciare i suoi contorni i giudici costituzionali possano essere e siano spesso condizionati dall’esigenza di definire il proprio ruolo.

In particolare, a differenza della scelta operata da altre Corti (si pensi alla citata esperienza del *Conseil constitutionnel*), la Corte costituzionale italiana si è riconosciuta competente a giudicare la conformità ai principi supremi dell’ordinamento costituzionale sia delle leggi di revisione costituzionale, sia delle altre leggi costituzionali, in base all’assunto (evocativo della nota *Marbury vs. Madison*) per il quale se questo non fosse possibile “si perverrebbe all’assurdo di con-

⁵⁵ Come sottolinea Passaglia, cit., in realtà altre pronunce immediatamente successive hanno sostenuto l’idea dei limiti alla revisione costituzionale, v. *décision* n. 2003-478 DC, del 30 luglio 2003 (*considérant* 3), e poi nella *décision* n. 2004-490 DC, del 12 febbraio 2004 (*considérant* 8) e, infine, nella *décision* n. 2004-503 DC, del 12 agosto 2004 (*considérant* 9).

siderare il sistema di garanzie giurisdizionali della Costituzione come difettoso o non effettivo proprio in relazione alle sue norme di più elevato valore” (sent. n. 1146/1988).

L'*actio finium regundorum* comporta, posta l'assenza nel dettato costituzionale di elementi che inequivocabilmente enucleino i diritti e i principi da considerarsi parametro di legittimità per gli interventi riformatori, che la concreta determinazione di quali essi siano è rinviata per lo più alla valutazione da parte della Corte costituzionale, chiamata così, sebbene non in via esclusiva, a pronunciarsi sul nucleo di fundamentalità ordinamentale intorno al quale possono articolarsi modifiche e trasformazioni del diritto costituzionale vigente che non comportino l'esercizio, questo inammissibile, di un vero e proprio potere costituente⁵⁶.

Quindi, il giudice costituzionale afferma l'esistenza di limiti sostanziali alla revisione costituzionale non immediatamente riconducibili alla lettera della Carta, anche al fine di contestualmente affermare la propria competenza nella loro individuazione, autoqualificandosi in tal modo quale principale, se non unico, interprete della fundamentalità.

Circa l'individuazione dei diritti imm modificabili (b), si è già ricordato come la discussione affondi le proprie radici nell'interpretazione da attribuire all'art. 2 Cost., e nella circostanza per la quale da un lato la Costituzione stabilisce, genericamente, la natura “inviolabile” dei diritti dell'uomo (utilizzando quindi la nozione per così dire pre-ordinamentale di diritti umani), dall'altra ne specifica un elenco tramutando, almeno quelli espressamente sanciti, in diritti (potenzialmente) fondamentali⁵⁷, la cui fundamentalità può appunto essere valutata, tra l'altro, attraverso il canone della imm modificabilità attraverso le ordinarie (in quanto costituzionalmente previste) procedure di revisione costituzionale.

Guardando all'art. 2, Cost., va sottolineato innanzitutto che l'attributo “inviolabile” non è del tutto sovrapponibile a “irriducibile” o “immodificabile”, ed anzi un'eventuale identificazione tra gli aggettivi non sarebbe rintracciabile né nei lavori preparatori, in sede di Assemblea costituente, né sul fronte dottrinario⁵⁸. Peraltro, la logica di tale distinzione poserebbe sulla considerazione per cui “in una Costituzione rigida, la revisione di una disposizione costituzionale – se prevista dalla fonte competente, e cioè dalla stessa Costituzione, e se esercitata nel rispetto della procedura prevista – non può,

⁵⁶ Cfr. M. DOGLIANI, *Potere costituente e revisione costituzionale nella lotta per la Costituzione*, in *Il futuro della Costituzione*, Einaudi, Torino, 1996, 254 ss.

⁵⁷ Sul tema cfr. P.F. GROSSI, *Introduzione a uno studio sui diritti inviolabili nella Costituzione italiana*, Cedam, Padova, 1969, spec. 94 ss.

⁵⁸ Cfr. S. GAMBINO, *La revisione della Costituzione fra teoria costituzionale e tentativi (falliti) di 'decostituzionalizzazione'. Limiti sostanziali e 'costituzione materiale'*, in S. GAMBINO – G. D'IGNAZIO, *La revisione costituzionale e i suoi limiti. Fra teoria costituzionale diritto interno esperienze straniere*, Giuffrè, Milano, 62 ss.

per definizione, essere qualificata ‘in violazione’ della Costituzione, a meno che non contravenga ad eventuali limiti assoluti specificamente previsti in Costituzione”⁵⁹. I diritti inviolabili, in quanto tali, dunque non sarebbero necessariamente immodificabili (concorrendo a tale conclusione anche gli esiti del dibattito in Assemblea costituente e la bocciatura della proposta che li avrebbe sottratti alla revisione costituzionale⁶⁰), ma lo sarebbero nella misura in cui “costituiscono il nucleo essenziale del sistema; nel senso che, una volta modificato, muta il regime, si rompe la continuità del potere”⁶¹.

Se si sposa questa impostazione, si ritiene allora che i diritti inviolabili non siano necessariamente diritti fondamentali, e che l’individuazione di questi ultimi debba passare attraverso l’individuazione da un lato di quelli tra i diritti proclamati inviolabili che, in quanto strettamente identificativi del sistema costituzionale definito nel momento costituente, risultano fondamentali e dunque immodificabili, dall’altro dei contenuti essenziali degli altri diritti inviolabili. Che è poi la prospettiva che accolgo nella presente ricerca e tento di ricostruire attraverso l’utilizzo degli indicatori prescelti.

Sulla seconda operazione, si rinvia a quanto già rilevato in precedenza (v. 2.1.1).

La prima operazione pare invero ardua, e la variabilità delle soluzioni proposte dalla dottrina di ciò sarebbe testimonianza; l’unico dato per così dire incontrovertibile, anche perché derivante dalla giurisprudenza costituzionale, sembra essere quello che esclude la qualificazione di diritti fondamentali, nel senso di diritti imprescindibili per la garanzia della continuità costituzionale, alla totalità dei diritti espressi all’interno della Parte prima⁶².

Quello che manca è una controprova definitiva: una giurisprudenza nella quale la Corte sia chiamata direttamente a giudicare della legittimità di

⁵⁹ Cfr. A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali*, cit., 43.

⁶⁰ Si tratta della proposta avanzata da Benvenuti di introdurre un articolo 130-*bis* contenente il divieto espresso di modificare la disposizioni relative ai “diritti di libertà e del lavoro”, cfr. *Atti dell’Assemblea costituente, Discussioni*, CCCXVII, 4332, “Le disposizioni della presente Costituzione che garantiscono i diritti di libertà e del lavoro, rappresentando l’inderogabile fondamento per l’esercizio della sovranità popolare, non possono essere oggetto di procedimenti di revisione costituzionale, tendenti a misconoscere o a limitare tali diritti, ovvero a diminuirne le guarentigie”. La ragione del mancato successo della proposta risiede principalmente nell’idea per cui il nucleo di principi e valori sovracostituzionali, intangibili, e sottratti alla disponibilità del potere di revisione costituzionale, non possa essere definito positivamente, e circoscritto storicamente, in quanto “al di sopra delle mutevoli esigenze della vita politica”, cfr. intervento di Aldo Moro, 3 dicembre 1947, in *Atti dell’Assemblea costituente*, cit.

⁶¹ Cfr. A. CERRI, *Le fonti del diritto. Problemi generali*, Libreria goliardica, Trieste, 1990, 37.

⁶² Cfr. F. MODUGNO, *I ‘nuovi diritti’ nella giurisprudenza costituzionale*, Giappichelli, Torino, 1995, *passim*, che non utilizza però nel senso nostro la distinzione tra diritti inviolabili e fondamentali, qualificando come fondamentali, ma non nel senso di immodificabili, tutti i diritti espressi all’interno della Costituzione.

revisioni costituzionali che incidano su diritti della Parte Prima, che pure, va ricordato, non sono stati immuni da interventi, per quanto limitati, del legislatore costituzionale di revisione⁶³.

Un ultimo aspetto rilevante è quello (c) del rapporto tra Parte Prima e Parte Seconda.

Sotto questo profilo occorre distinguere tra ciò che ci suggerisce la teoria costituzionale, o meglio la Costituzione stessa, se interpretata nello spirito del costituzionalismo già incarnato nell'art. 16 della Dichiarazione dei diritti del 1789, e i "dati" che ci fornisce la nostra storia e la nostra attualità costituzionale.

Se è vero che i principi fondamentali hanno una valenza superiore non solo, o non tanto direi, per la fonte da cui derivano, ma soprattutto per il loro contenuto, in quanto enunciano i valori fondanti il sistema costituzionale nella sua interezza, e si impongono così anche alle leggi costituzionali e di revisione costituzionale, è vero allora che essi sono in grado di prevalere anche sulle altre norme costituzionali che, a differenza di questi, non traducono direttamente i paradigmi valoriali sui quali il sistema poggia: secondo questa prospettiva esisterebbe una gerarchia sostanziale tra norme, anche all'interno della Costituzione⁶⁴. Fin qui, *nulla quaestio* se il parametro contenutistico si applica anche a prescindere dalla collocazione della norma. A parte i principi fondamentali, una superiorità gerarchica sostanziale potrebbe infatti essere attribuita, in questa prospettiva, a tutte le disposizioni contenenti norme essenziali, dal punto di vista assiologico, indipendentemente dall'aspetto topologico. La stessa fundamentalità del diritto nella prospettiva della revisione costituzionale potrebbe dipendere dal contenuto proprio del diritto, e dalla sua maggiore o minore connessione con i principi fondamentali dell'ordinamento.

Compatibile con quest'idea è quella, che nasce appunto nell'art. 16 della Dichiarazione rivoluzionaria, per cui il modello istituzionale non sarebbe neutro rispetto all'effettiva tutela delle libertà fondamentali⁶⁵.

⁶³ Si ricorda infatti che sono stati modificati l'art. 27, c. 4, dalla l. cost. n. 1/2007, al fine di prevedere il divieto assoluto della pena di morte, prima consentita nei casi previsti dalle leggi militari di guerra; l'art. 48, c. 3, dalla l. cost. n. 1/2000, che ha introdotto il comma in cui si prevede che "La legge stabilisce requisiti e modalità per l'esercizio del diritto di voto dei cittadini residenti all'estero e ne assicura l'effettività. A tale fine è istituita una circoscrizione Estero per l'elezione delle Camere, alla quale sono assegnati seggi nel numero stabilito da norma costituzionale e secondo criteri determinati dalla legge."; l'art. 51, c. 1, secondo periodo, aggiunto dalla l. cost. n. 1/2003, che ha previsto che al fine di garantire la parità di accesso agli uffici pubblici e alle cariche elettive "La Repubblica promuove con appositi provvedimenti le pari opportunità tra donne e uomini."

⁶⁴ Cfr. S. BARTOLE, *La Corte pensa alle riforme istituzionali?*, in *Giurisprudenza costituzionale*, I, 1988, 5571.

⁶⁵ Cfr. A. CERRI, *Concezioni proceduralistiche e concezioni sostanzialistiche della Costituzione nel prisma della giurisprudenza costituzionale. Relazione*, in *Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, 2002.

La questione dei limiti sostanziali alla revisione costituzionale, dunque, è strettamente connessa al duplice criterio della continuità dell’ordinamento e dell’unitarietà della Costituzione⁶⁶.

La revisione costituzionale non si trasforma in esercizio di potere costituente se e solo se i principi e i valori costitutivi del sistema risultano intangibili e quindi imm modificabili, indipendentemente dalla collocazione nell’una o nell’altra parte del testo costituzionale.

L’aspetto più rilevante e convincente di una visione organicistica della Costituzione, e utile ai fini della presente indagine, sta nell’idea, mortatiana, per cui tali principi e valori non sarebbero astrattamente individuabili *una tantum*, ma andrebbero rinvenuti “storicamente”. Così come la fondamentalità presenterebbe un certo grado di relatività spazio-temporale, la stessa fondamentalità delle norme costituzionali tale da sottrarle ad eventuali revisioni andrebbe valutata caso per caso, verificando se e in che modo un eventuale intervento riformatore possa incidere sulla dimensione sostanziale della forma di Stato e, in particolare, sulle condizioni che debbono in ogni momento consentire, all’interno dell’ordinamento, una piena partecipazione politica e la conseguente espressione democratica della volontà popolare.

Applicando questo paradigma ci si rende presto conto che non è affatto detto che tutto quello che attiene alla forma di governo, ad esempio, sarebbe modificabile, così come non necessariamente tutti i diritti, o i doveri costituzionali, e i loro corollari, sarebbero imm modificabili (cosa che la stessa giurisprudenza costituzionale, articolandone l’applicazione e la dimensione attraverso l’interpretazione evolutiva in particolare, ha di fatto mostrato nel tempo).

3. Possibili risultati: uno statuto della fondamentalità.

L’analisi compiuta attraverso gli indicatori ha mostrato come la “fondamentalità” non possa essere considerata come un attributo intrinseco al diritto (in quanto come tale definito, o espressamente qualificato, o riconosciuto nel diritto positivo o dalla giurisprudenza), bensì come conseguenza derivante dal trattamento che il diritto riceve, vale a dire dalla sua concreta applicazione, ordinamento per ordinamento.

⁶⁶ Cfr. C. MORTATI, voce *Costituzione*, in *Enciclopedia dei diritto*, vol. XI, Giuffrè, Milano, 1962, e le riflessioni che, a partire dalla lettura di Mortati, suggerisce da ultimo G. AZZARITI, intervento, *Revisione costituzionale e rapporto tra parte prima e parte seconda della Costituzione*, in *Costantino Mortati. Potere costituente e limiti alla revisione costituzionale*, convegno di studi, Università di Roma “La Sapienza”, 14 dicembre 2015, cit. Per una critica all’opposta, recente ma non troppo, tendenza a frammentare il dettato costituzionale lasciando la Parte Seconda in balia di generalizzate modifiche tutte tese ad un presunto ammodernamento del sistema, cfr. ID., *Contro il revisionismo costituzionale*, Laterza, Roma, 2016.

La domanda di ricerca da cui prende le mosse il Convegno, “Che cos’è un diritto fondamentale?”, non può quindi trovare una risposta generale che non sia: diritto fondamentale è quel diritto che l’ordinamento mostra di ritenere tale in base al riconoscimento esplicito o implicito che ne opera (dove il riconoscimento espresso non è necessariamente sintomo di maggiore fondamentalità, nel caso in cui quello implicito risulti “coperto” da clausole di riconoscimento degli ulteriori diritti innominati ovvero da principi/valori fondamentali che direttamente lo comportano), alla collocazione costituzionale che ne offre, alle forme e modalità di tutela che la giurisprudenza costituzionale ne garantisce attraverso la sua attività interpretativa, e, infine, alla previsione o meno della sua immodificabilità all’interno di processi di revisione costituzionale e, quindi, nell’alveo del potere costituito.

La risposta dunque è necessariamente segnata da una *relatività di tipo spazio-temporale*, emersa dall’indagine svolta: il diritto qualificabile come fondamentale in un determinato ordinamento non lo è in un altro, e il diritto qualificato come fondamentale in un determinato ordinamento e in un particolare momento storico può non esserlo, anche all’interno di quello stesso ordinamento, in un momento storico diverso. Se uno dei motori principali della relatività temporale è certamente l’interpretazione evolutiva, la relatività spaziale non sembra essere messa in discussione né dalla proliferazione delle proclamazioni che a livello sovranazionale e internazionale tendono a globalizzare i diritti né dal processo di integrazione europea: che si ritenga o meno di sposare in linea teorica la ben nota idea dei controlimiti⁶⁷, non vi è dubbio che sia rispetto agli organi dell’Unione Europea, sia rispetto alla Cedu, resta, in termini diversi, la capacità degli Stati di continuare a definire la propria concezione di fondamentalità.

Un esempio su tutti, anche perché nessun altro è così esplicito: la nota sent. n. 238 del 2014 della Corte costituzionale italiana, nella quale l’accertamento che l’immunità giurisdizionale degli Stati, così come interpretata dalla Corte Internazionale di Giustizia, viola gli artt. 2 e 24 della Costituzione, immediatamente conduce all’attivazione dei controlimiti⁶⁸. Certo, nella pronuncia la Corte non esclude radicalmente che qualora sussistesse “un interesse pubblico potenzialmente preminente su un principio, quale quello dell’art. 24 Cost., annoverato tra i «principi supremi» dell’ordinamento costituzio-

⁶⁷ Com’è noto, in molti ne negano l’esistenza sul piano teorico, cfr. A. RUGGERI, *Fonti, norme, criteri ordinatori. Lezioni*, Giappichelli, Torino, 2005, 210, e *Le fonti del diritto europeo ed i loro rapporti con le fonti nazionali*, in P. COSTANZO-L. MEZZETTI-A. RUGGERI, *Lineamenti di diritto costituzionale dell’Unione europea*, Giappichelli, Torino, 2006, 289 ss., per lo meno nei termini conati da chi ne ha originariamente definito i tratti, cfr. M. Cartabia, *Principi inviolabili e integrazione europea*, Milano, 1995.

⁶⁸ Sulla sentenza, e su questo profilo in particolare tra i molti che la stessa presenta, cfr. P. FARAGUNA, *La sentenza n. 238 del 2014: i controlimiti in azione*, in *Quaderni costituzionali*, n. 4/2014, 899 ss.

nale” potrebbe allora prevalere l’immunità definita a livello internazionale, e dunque l’esito non sembra derivare da un rifiuto *ex ante* del bilanciamento bensì dal bilanciamento stesso tra il diritto alla tutela giurisdizionale e la sovranità riconosciuta ad uno Stato straniero. D’altra parte, l’elemento che sembra rendere quasi “definizionale” il bilanciamento è il fondamento che il diritto alla tutela giurisdizionale nel caso di specie rintraccia nella protezione della dignità umana. Ciò che, in ultima istanza, sembra guadagnarsi la vera coccarda della fundamentalità; ciò per lo meno quando si traduce all’interno di diritti “tradizionali” (come quello alla tutela giurisdizionale, appunto), poiché il discorso forse cambia, e lo si è sottolineato con riferimento alla tutela dei diritti sociali, quando la dignità si traduce in diritti la cui attuazione richiede un impegno anche finanziario dei pubblici poteri.

LIBERTÀ PERSONALE E INCRIMINAZIONE PENALE: STUDIO SULLA PORTATA GARANTISTA DEI DIRITTI FONDAMENTALI

di Marco Dani¹

PRIMA PARTE. Introduzione

L'aspirazione a limitare l'esercizio del potere politico costituisce un motivo ricorrente del pensiero liberale ed un tratto distintivo degli ordinamenti costituzionali che si rifanno a quella particolare tradizione politica e giuridica². La tutela dei diritti fondamentali svolge un ruolo essenziale a questo riguardo³, anche se la loro attitudine e la loro effettiva capacità a porsi ad argine del potere politico rimangono questioni controverse tanto nel dibattito teorico quanto nella prassi.

Questo saggio sviluppa una riflessione sull'effettiva capacità dei diritti fondamentali di adempiere alla loro funzione di garanzia nei confronti degli arbitri del potere politico, utilizzando come banco di prova la libertà personale quale limite alla potestà incriminatrice statale. In esito ad un percorso argomentativo alimentato da spunti teorici ed analisi empirica, si giunge a sostenere che non è opportuno coltivare troppe illusioni in merito all'effettiva portata garantista dei diritti fondamentali. Rispetto al potere di incriminazione penale, la libertà personale innalza un argine piuttosto precario che il potere politico, anche quando ispirato da motivazioni tutt'altro che coerenti con il disegno costituzionale, riesce piuttosto agevolmente a valicare. Uno sguardo disincantato sul ruolo dei diritti fondamentali nella prassi legislativa e nella giurisprudenza costituzionale porta comunque a suggerire, in conclusione, alcune soluzioni che potrebbero essere sperimentate per potenziarne la portata garantista.

La trattazione si apre con una sintetica ricostruzione del dibattito teorico sulla funzione di garanzia dei diritti fondamentali (seconda parte). A far da sfondo alla discussione sull'effettiva capacità della libertà personale di limitare il potere di incriminazione penale, si intravedono infatti impostazioni teoriche notevolmente diverse. Tra le numerose prospettazioni avanzate dalla dottrina, il saggio si sofferma in particolare sulla concezione dei diritti in sen-

¹ Si ringrazia per la preziosa collaborazione Giulia Pederzoli e, per commenti ad una precedente versione del testo, Giulio Itzcovich e Giuseppe Martinico.

² Si veda A. DE TOCQUEVILLE, *La democrazia in America* [1835] (BUR, 1996), 257-259.

³ Assieme al principio di separazione dei poteri, cfr. art. 16 della Dichiarazione dei diritti dell'Uomo e del Cittadino (1789).

so forte, secondo cui i diritti andrebbero intesi come limite invalicabile per il potere politico (II.1); sulla critica a questa concezione, elaborata da quanti ritengono che la garanzia dei diritti possa e debba essere assicurata esclusivamente in sede politica (II.2); e sulla posizione intermedia di chi sostiene che la garanzia dei diritti si risolva in limiti diretti ad assicurare un esercizio proporzionato del potere politico (II.3).

La riflessione teorica generale diviene quindi oggetto di una verifica sul campo, incentrata sul rapporto tra libertà personale e incriminazione penale (terza parte). Dopo aver esaminato i principi costituzionali rilevanti in materia e le principali posizioni teoriche sviluppate al riguardo dalla dottrina (III.1), il saggio propone una ricostruzione dei più recenti orientamenti di politica criminale così come emergenti da una serie di provvedimenti legislativi approvati nell'ultima decade (III.2). L'analisi empirica porta ad evidenziare un uso demagogico del diritto penale, già qualificato in dottrina come 'populismo penale', che si discosta in maniera significativa dalla concezione costituzionale del reato e della pena. Lo studio dei dibattiti parlamentari relativi a questi provvedimenti legislativi documenta la vulnerabilità dei diritti nel processo legislativo ordinario e ne dimostra la sostanziale incapacità a contrastare la diffusione di questo orientamento di politica criminale. Un po' più promettente, ma in fin dei conti comunque deludente, è la verifica della portata garantista dei diritti nella giurisprudenza costituzionale (III.3). Se è vero infatti che in questa sede l'applicazione dei principi costituzionali permette di censurare le scelte legislative più abnormi e irrazionali, è vero anche che il potenziale correttivo della giurisprudenza costituzionale è ridotto e, in fin dei conti, insoddisfacente. Nell'ambito dell'incriminazione penale, il legislatore gode di margini di discrezionalità molto estesi, in larga misura connaturati alle caratteristiche strutturali del controllo di legittimità costituzionale.

Ecco perché appare prudente non nutrire illusioni rispetto all'effettiva portata garantista dei diritti fondamentali (quarta parte). Un atteggiamento disincantato rispetto alle potenzialità dei diritti non porta inevitabilmente alla rassegnazione o ad una riconciliazione con l'esistente. In conclusione, il saggio ipotizza una risposta realista a fenomeni come il 'populismo penale': tanto il giudizio di legittimità costituzionale quanto il procedimento legislativo possono essere oggetto di sperimentazioni sul fronte dell'applicazione del principio di proporzionalità e della garanzia politica dei diritti che potrebbero rafforzare la garanzia della libertà personale nei confronti dell'incriminazione penale.

SECONDA PARTE. La portata garantista dei diritti fondamentali nel dibattito teorico

Il dibattito teorico sulla capacità dei diritti di limitare il potere politico registra una pluralità di posizioni che, pur condividendo una serie di presup-

posti, si distinguono rispetto ad una serie di questioni controverse. Se, infatti, un po'tutte le teorie aderiscono all'idea che un ordine democratico legittimo e funzionale richiede la limitazione del potere politico e la garanzia dei diritti fondamentali⁴, notevoli divaricazioni si riscontrano in merito alla ricostruzione della natura e, di riflesso, delle proprietà operative delle disposizioni costituzionali che riconoscono i diritti. Simili differenze corrispondono ad altrettanto diverse concezioni della democrazia e della costituzione, sicché il tema della portata garantista dei diritti fondamentali si trova inevitabilmente intrecciato a discussioni riguardanti la maggiore o minore rilevanza delle garanzie politiche nella tutela dei diritti, la funzione del controllo di legittimità costituzionale e gli standard di giudizio utilizzabili in questa sede.

Non è obiettivo di questo saggio elaborare un quadro esaustivo delle posizioni che alimentano il dibattito teorico sulla natura dei diritti fondamentali⁵. Quanto segue, perciò, non va inteso come trattazione completa e dettagliata di contributi teorici che richiederebbero analisi ben più approfondite. La loro sintetica esposizione va piuttosto considerata in funzione essenzialmente introduttiva e strumentale al tema oggetto del saggio. L'obiettivo è infatti quello di tracciare una serie di coordinate teoriche con cui successivamente si potrà più agevolmente affrontare il tema del rapporto tra libertà personale ed incriminazione penale.

1. Diritti fondamentali in senso forte

La prima concezione di cui è utile dar conto è quella dei diritti fondamentali in senso forte, così come sviluppata nelle teorie di Ronald Dworkin e Luigi Ferrajoli. Per quanto riconducibili ad impostazioni teoriche notevolmente diverse, entrambi questi autori considerano la garanzia dei diritti condizione imprescindibile di un ordine giuridico e politico democratico⁶. Oltre ad assicurare la garanzia delle più importanti situazioni giuridiche soggettive, i diritti fondamentali assurgono al rango di norme basilari che legittimano l'esercizio del potere politico. E' infatti attraverso la promessa alla minoranza che la sua dignità ed eguaglianza saranno sempre rispettate che la maggioranza ottiene la legittimazione necessaria ad imporre le proprie scelte politiche⁷.

⁴ M. LOUGHLIN, *Sword & Scales. An Examination of the Relationship Between Law & Politics* (Hart Publishing, 2000), 3-4. Cfr. anche L. FERRAJOLI, *Costituzionalismo principialista e costituzionalismo garantista*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2010, 55, 2771.

⁵ Per una trattazione più completa si veda, per esempio, C. ZURN, *Deliberative Democracy and Constitutional Review*, in *Law and Philosophy*, 2002, 21, 467-542.

⁶ R. DWORKIN, *Introduction: The Moral Reading and the Majoritarian Premise*, in ID., *Freedom's Law. The Moral Reading of the American Constitution* (Oxford University Press, 1996), 24. Cfr. anche L. FERRAJOLI, *supra* n. 4, 2784.

⁷ R. DWORKIN, *Taking Rights Seriously* (Duckworth & Co Ltd, 1978), 205.

Se questa è la funzione svolta dai diritti in una democrazia, la loro tutela non può allora essere lasciata alla mercé della classe dominante. Ne discende un esplicito rifiuto da parte degli autori richiamati delle concezioni maggioritarie della democrazia, ovvero di quelle concezioni ove la comunità si trova a dover accettare che la concreta misura della tutela dei diritti sia definita esclusivamente dalla maggioranza politica di turno⁸. Concepire i diritti in senso forte significa per essi accogliere una concezione costituzionale della democrazia, in cui i diritti fondamentali sono elevati al rango di entità autonome il cui contenuto è svincolato e prevalente sul circuito legislativo ordinario⁹. Intesi in questo senso, i diritti divengono entità che, in caso di conflitto, si impongono inderogabilmente sul potere legislativo¹⁰. Attribuire un significato forte ai diritti, infatti, può voler dire rinunciare in alcune circostanze a determinati benefici di utilità generale¹¹. Se si riconoscesse allo Stato il potere di limitare i diritti appellandosi all'interesse collettivo, la loro esistenza sarebbe messa a repentaglio, vanificando la promessa della maggioranza alla minoranza su cui, come detto, si fonda l'ordine democratico¹².

In base a queste considerazioni, si comprende allora perché la concezione forte dei diritti fondamentali ne valorizzi la dimensione giuridica e la giustiziabilità. In questa prospettiva, l'applicazione delle norme costituzionali non è presentata come attività qualitativamente diversa dall'applicazione delle norme legislative¹³. A poco importa, infatti, che i diritti costituzionali siano formulati con linguaggio vago ed in forma di principi: la loro applicazione, come del resto l'applicazione delle norme legislative, si esaurisce nell'attività di interpretazione affidata al giudice¹⁴. Nel modello delineato da Ferrajoli, l'interpretazione costituzionale rimane un'attività di carattere cognitivo che si risolve in operazioni di sussunzione¹⁵. Più creativo invece il ruolo assegna-

⁸ R. DWORKIN, *supra* n. 6, 16.

⁹ *Ibidem*, 17. Vedi anche L. FERRAJOLI, *supra* n. 4, 2782-2783, ove si osserva che la costituzione è fonte di limiti, le cui violazioni danno vita ad antinomie, e vincoli, le cui inadempienze generano lacune.

¹⁰ Osserva enfaticamente L. FERRAJOLI, *supra* n. 4, 2781, che «il costituzionalismo giuridico ha così soppresso l'ultima forma di governo degli uomini: quella che nella tradizionale democrazia rappresentativa si manifestava nell'onnipotenza della maggioranza».

¹¹ R. DWORKIN, *supra* n. 7, 191-193 e 199.

¹² *Ibidem*, 194.

¹³ Sostiene infatti L. FERRAJOLI, *supra* n. 4, 2800, che «proprio perché i diritti fondamentali sono universali (omnium), essi consistono in norme, interpretabili pur sempre come regole, cui corrispondono doveri assoluti (erga omnes) parimenti consistenti in regole». Il riconoscimento o meno del carattere peculiare dei principi costituzionali costituisce il discrimen fondamentale tra concezioni dei diritti basate sul bilanciamento (su cui cfr. *infra* II.3) o sull'interpretazione costituzionale, cfr. R. ALEXY, *Constitutional Rights, Balancing and Rationality*, in *Ratio Juris*, 2003, 16, 132.

¹⁴ L. FERRAJOLI, *supra* n. 4, 2806.

¹⁵ *Ibidem*, 2813.

to al giudice da Dworkin: nell'accostarsi al testo costituzionale, il giudice è chiamato ad un tipo di interpretazione morale che lo abilita a riempire le clausole generali ricorrendo esplicitamente a principi morali di natura astratta¹⁶. Nel contesto della costituzione degli Stati Uniti d'America, ad esempio, il giudice sarebbe autorizzato ad applicare la costituzione facendo riferimento ad idee politiche e giuridiche riguardanti l'eguaglianza e la dignità degli individui¹⁷.

In entrambi i casi, si nega che l'interpretazione della costituzione sfoci ineluttabilmente in giudizi arbitrari. Ferrajoli rifugge dall'attivismo giudiziario, assegnando rispettivamente alla giurisdizione costituzionale il compito di annullare le norme legislative invalide e al legislatore quello di riparare le lacune individuate in sede giurisdizionale¹⁸. Dworkin esprime invece fiducia nei limiti all'interpretazione costituzionale derivanti dalla storia costituzionale e dal dovere di integrità gravante sui giudici. L'interpretazione morale, a suo dire, non finirebbe per riflettere le convinzioni personali dei giudici, dovendosi porre in continuità con i precedenti ed in armonia con la struttura della costituzione¹⁹.

Concepita nell'orizzonte dell'applicazione di diritti intesi come entità dotate di consistenza autonoma prevalenti sulle scelte del legislatore, l'interpretazione della costituzione è attività incentrata sulla definizione del contenuto e dell'ambito applicativo dei diritti fondamentali²⁰. Da decisioni in merito ai confini e ai contenuti dei diritti dipende, in definitiva, la legittimità delle scelte politiche effettuate in sede legislativa. Laddove infatti la legislazione finisca per interferire e contrastare con un principio costituzionale, difficile è sfuggire ad un giudizio definitivo di incostituzionalità. Per le ragioni sopra enunciate, gli autori considerati esprimono infatti un deciso scetticismo rispetto ad eventuali operazioni di bilanciamento dei diritti²¹. Solo in presenza di ragioni cogenti e coerenti con la garanzia dei diritti se ne ammette la limitazione²². Per poter procedere in questa direzione, non sarebbe infatti suffi-

¹⁶ R. DWORKIN, supra n. 6, 2 e 7.

¹⁷ Ibidem, 7-8.

¹⁸ L. FERRAJOLI, supra n. 4, 2793. Questo A. non nasconde la propria preoccupazione per le conseguenze che l'indeterminatezza delle norme costituzionali può comportare sul principio di separazione dei poteri, Ibidem, 2814-2815.

¹⁹ R. DWORKIN, supra n. 6, 8-11. Coerente con questa posizione pare l'opinione espressa da A. BARAK, *The Judge in a Democracy* (Princeton University Press, 2006), 95, secondo cui «the judge gives expression to the values of the constitution as they are understood by the culture and tradition of the populace in its progress through history».

²⁰ S. GARDBAUM, *Limiting Constitutional Rights*, in *UCLA Law Review*, 2007, 54, 800-801.

²¹ Secondo R. DWORKIN, supra n. 7, 198-199, il modello del bilanciamento dei diritti sarebbe basato sulla confusione tra diritti individuali e diritti della società. Secondo L. FERRAJOLI, supra n. 4, 2807, il bilanciamento avrebbe come conseguenza lo svuotamento e la disapplicazione delle norme costituzionali.

²² R. DWORKIN, supra n. 7, 200.

ciente avanzare ragioni connesse al perseguimento di un obiettivo collettivo. Secondo Dworkin, la limitazione dei diritti sarebbe giustificabile solo per tre ordini di motivi²³: quando si dimostri che le interferenze della legislazione con un diritto sono deboli e non ne mettono in pericolo la tenuta; quando sia in questione la tutela di un diritto concorrente ritenuto di maggiore importanza e, infine, quando la tutela del diritto implica un costo per la società che va molto al di là del costo da quest'ultima originariamente preventivato per la sua tutela²⁴. Ma al di là di queste situazioni eccezionali, compito del giudice è assicurare la garanzia dei diritti, pena il loro depotenziamento e la sostanziale vanificazione della rigidità della costituzione²⁵.

2. Diritti fondamentali garantiti in sede politica.

La concezione dei diritti fondamentali in senso forte può esercitare un indubbio fascino in quanti hanno a cuore le sorti dei diritti e sono attratti da una concezione garantista della democrazia. Non sfuggono tuttavia i rischi connessi ad una simile impostazione teorica: davvero i diritti fondamentali vanno garantiti sempre anche a discapito dell'interesse collettivo? Davvero l'interpretazione della costituzione si sottrae a valutazioni arbitrarie del giudice? E' chiaro che se così non fosse, la concezione forte dei diritti si esporrebbe a critiche radicali poiché la costituzione, una volta sottoposta ad interpretazione di parte, finirebbe per trasformarsi da strumento di garanzia e convivenza in strumento di arbitrio e potenza²⁶.

Particolarmente sensibile a quest'ultimo pericolo è la critica alla concezione costituzionale dei diritti elaborata da Jeremy Waldron. Anche questo autore concepisce i diritti fondamentali come prescrizioni perentorie che, se garantite in sede giurisdizionale, finirebbero per disabilitare l'esercizio del potere legislativo²⁷. Proprio paventando le idiosincrasie connesse all'interpretazione costituzionale, Waldron sviluppa una teoria dei diritti fondamentali diametralmente opposta a quelle avanzate da Dworkin e Ferrajoli.

Si badi, Waldron non esprime una posizione scettica in merito alla tutela dei diritti né intende contestarne il ruolo costitutivo all'interno di un ordinamento democratico²⁸. Il suo obiettivo è piuttosto quello di criticare la scelta di affidarne la tutela alle corti²⁹. L'opposizione di Waldron al controllo

²³ Ibidem, 193-194.

²⁴ Ibidem, 200.

²⁵ L. FERRAJOLI, *supra* n. 4, 2801-2805.

²⁶ G. ZAGREBELSKY, V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale* (il Mulino, 2012), 101.

²⁷ J. WALDRON, *Law and Disagreement* (Oxford University Press, 1999), 217-221.

²⁸ J. WALDRON, *The Core of the Case against Judicial Review*, in *The Yale Law Journal*, 2006, 115, 1366; J. WALDRON, *supra* n. 2, 214-215.

²⁹ Bersaglio della critica di Waldron sono in particolare le forme forti di controllo di costituzionalità, cfr. J. WALDRON, *supra* n. 28, 1354. L'A. pare invece più aperto nei confronti

di costituzionalità si fonda sulla realistica constatazione che la definizione dei diritti è fisiologicamente esposta a conflitti che le dichiarazioni dei diritti lasciano in larga misura irrisolti³⁰. Questo dato della realtà lo porta a discostarsi dalla concezione costituzionale dei diritti proposta da Dworkin: è illusorio pensare che il circuito democratico si basi su una serie di diritti fondamentali che, una volta univocamente definiti, risulterebbero esclusi dal gioco democratico-maggioritario. Non esiste infatti una teoria sostanziale dei diritti condivisa da diversi settori della società che consenta di isolare i diritti dal confronto democratico³¹. Anche le dichiarazioni dei diritti risentono di questo fatto, come comprovato dalla persistente incertezza sussistente in merito allo specifico significato delle norme costituzionali³². A causa del loro pluralismo, le società contemporanee sono nella migliore delle ipotesi contraddistinte da un insieme di individui che in buona fede cercano di individuare il significato dei diritti costituzionali³³. Ma se così è, è tutto da dimostrare che il controllo di costituzionalità costituisca la procedura preferibile per decidere le questioni riguardanti la tutela dei diritti.

Due sono le criticità fondamentali del controllo di costituzionalità identificate da Waldron. In primo luogo, la garanzia giurisdizionale dei diritti ed il linguaggio tecnico impiegato dalle corti avrebbe l'effetto di distrarre i cittadini dalla sostanza dei conflitti generati dai diritti fondamentali³⁴. In secondo luogo, il controllo di costituzionalità, soprattutto se paragonato alle deliberazioni legislative, risulterebbe carente sul fronte della legittimazione democratica in quanto incapace di farsi sufficientemente carico del valore dell'eguaglianza politica dei cittadini³⁵. Meglio quindi affidarsi alle virtù de-

di forme di controllo di costituzionalità deboli come quella instaurata nel Regno Unito con lo Human Rights Act (1998), cfr. *Ibidem*, 1356-1357 e 1370. Sulla distinzione tra forme forti e deboli di controllo di costituzionalità, si veda M. TUSHNET, *Alternative Forms of Judicial Review*, in *Michigan Law Review*, 2003, 101, 2781-2802. Per una ricostruzione e valutazione alla luce della prassi applicativa delle forme deboli di controllo di costituzionalità si veda S. GARDBAUM, *Reassessing the New Commonwealth Model of Constitutionalism*, in *International Journal of Constitutional Law*, 2010, 8, 167-206.

³⁰ J. WALDRON, *supra* n. 28, 1366-1370.

³¹ J. WALDRON, *supra* n. 27, 245. In una società pluralista il massimo risultato a cui si può ambire è un "consenso conflittuale" ed uno "spazio simbolico comune" tra avversari politici, cfr. C. MOUFFE, *On the Political* (Routledge, 2005), 52.

³² *Ibidem*, 260-270.

³³ J. WALDRON, *supra* n. 28, 1400.

³⁴ *Ibidem*, 1381-1386.

³⁵ *Ibidem*, 1386-1395. In un'altra variante di questa impostazione teorica, la legittimità democratica delle corti è posta in dubbio vista la loro (supposta) propensione a garantire gli interessi di élite che si sentono minacciate dalle scelte compiute all'interno dei circuiti democratico-rappresentativi, cfr. R. HIRSCHL, *The Political Origins of the New Constitutionalism*, in *Indiana Journal of Global Legal Studies*, 2004, 11, 89-90. Per osservazioni critiche in merito a questa posizione, cfr. C. CLOSA, *Review "R. Hirschl, Towards Juristocracy"*, in *International Journal of Constitutional Law*, 2006, 4, 581-586.

mocratiche delle assemblee legislative, ritenute da Waldron sufficientemente attrezzate per affrontare in modo responsabile le questioni relative ai diritti anche senza il supporto tutelare delle corti³⁶.

Occorre a questo punto precisare che la riabilitazione dei parlamenti e delle garanzie politiche dei diritti fondamentali operata da Waldron non è incondizionata. A suo giudizio, i parlamenti possono essere sedi adeguate per la trattazione di questioni attinenti ai diritti fondamentali solo se sussistono quattro condizioni: a) devono esistere istituzioni rappresentative ragionevolmente funzionanti; b) il circuito delle corti ordinarie deve funzionare regolarmente; c) la maggior parte dei membri di una società (e, quindi, anche i loro rappresentanti) deve dimostrare una sufficiente sensibilità rispetto alla garanzia dei diritti individuali e a quelli delle minoranze; nonostante questo, d) la definizione della sostanza dei diritti rimane una questione che suscita conflitti tra parti della società egualmente motivate rispetto alla protezione dei diritti³⁷. In presenza di queste condizioni, dice Waldron, i parlamenti presentano vantaggi indiscutibili rispetto alle corti. Anzitutto sono i parlamenti (e non le corti) le istituzioni a cui l'ordinamento attribuisce in maniera diretta e pubblica la funzione di produrre diritto³⁸. In secondo luogo, i parlamenti rispondono ad un modello di legittimazione democratica ascendente che le corti difficilmente sono in grado di eguagliare³⁹. In terzo luogo, i parlamenti permettono di riflettere le diversità di punti di vista, di interessi e di conoscenze riscontrabili all'interno della società⁴⁰. I parlamenti promuovono rappresentanza e deliberazione, contribuendo a convogliare nei procedimenti decisionali la pluralità di interessi riscontrabili nella società e ad integrarli in vista del conseguimento di obiettivi collettivi⁴¹. È su questa base che Waldron elabora la propria difesa del principio di maggioranza, che a suo dire assicurerebbe la possibilità di pervenire ad una decisione democratica senza occultare il conflitto⁴².

Ma come rispondere all'obiezione di quanti vedono in una concezione maggioritaria della democrazia l'anticamera dell'arbitrio nella forma della tirannia della maggioranza? Chi difende una concezione maggioritaria della

³⁶ J. WALDRON, *supra* n. 28, 1349.

³⁷ *Ibidem*, 1359-1369.

³⁸ J. WALDRON, *Representative Lawmaking*, in *Boston University Law Review*, 2009, 89, 336-340.

³⁹ J. WALDRON, *supra* n. 27, 53-55. I parlamenti costituiscono la sede privilegiata per la garanzia del diritto di partecipazione, *cf.* *Ibidem*, 232.

⁴⁰ J. WALDRON, *supra* n. 38, 343-345.

⁴¹ *Ibidem*, 345-354.

⁴² J. WALDRON, *supra* n. 27, 99-102. Il procedimento legislativo permette di elaborare un testo che si legittima proprio come risultato di uno sforzo collettivo effettuato nelle circostanze conflittuali della politica.

democrazia ritiene in linea di principio esagerati o fuorvianti questi timori⁴³. Waldron, per esempio, osserva che l'evocazione della tirannia della maggioranza spesso non è riferita ad intollerabili violazioni dei diritti, ma maschera piuttosto un disaccordo essenzialmente politico rispetto all'esito di un procedimento deliberativo deciso a maggioranza⁴⁴. Questo non porta l'autore ad escludere del tutto l'eventualità che la tirannia della maggioranza possa effettivamente concretizzarsi. Ma in queste circostanze, si difende Waldron, ci troveremmo in carenza di una delle condizioni su cui si basa la sua teoria dell'autosufficienza delle assemblee legislative e delle garanzie politiche⁴⁵. Dovesse questo verificarsi, Waldron ammette che il controllo di costituzionalità potrebbe contribuire alla protezione dei diritti fondamentali, ma anche in questa ipotesi i suoi benefici sarebbero più asseriti che comprovati⁴⁶. Insomma, in linea di principio per Waldron tutto è e deve essere in gioco in una democrazia⁴⁷. Così anche la sorte dei diritti, da affidare più che all'attività delle corti, alla cultura politica e al *self-restraint* del legislatore⁴⁸.

3. Diritti fondamentali come principi.

Rispetto alle impostazioni antitetiche fin qui illustrate⁴⁹, la concezione dei diritti fondamentali come principi si situa in posizione intermedia. Dell'idea di diritti fondamentali in senso forte questa impostazione salvaguarda in qualche misura la loro autonomia e preordinazione nei confronti del circuito legislativo ordinario. Al contempo, nel concepire la costituzione in stretta relazione con il pluralismo assiologico esistente nella società⁵⁰, questa posizione pare almeno in parte farsi carico delle preoccupazioni sottostanti alla concezione politica dei diritti fondamentali, finendo così per attenuare il rischio che la costituzione possa essere usata come uno strumento di parte⁵¹.

Per i fautori di questa impostazione teorica⁵², solo un esiguo numero di

⁴³ R. HIRSCHL, supra n. 35, 71-72.

⁴⁴ J. WALDRON, supra n. 28, 1398.

⁴⁵ Ibidem, 1398.

⁴⁶ Ibidem, 1401-1406.

⁴⁷ J. WALDRON, supra n. 27, 302-306.

⁴⁸ Ibidem, 306-311. Così dicendo, pare che Waldron si inserisca nel solco di una tradizione di pensiero giuridico risalente al pensiero di Locke e Mill, cfr. M. LOUGHLIN, supra n. 4, 155-156.

⁴⁹ M. LOUGHLIN, supra n. 4, 9-12 e 218, dove si distinguono due analoghe concezioni del diritto (law as right e law as command or instrument of government).

⁵⁰ G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite* (Einaudi, 1992), 11-16, e R. BIN, *Che cos'è la Costituzione?*, in *Quaderni Costituzionali*, 2007, XXVII, 22-25 e 29-30.

⁵¹ S. GARDBAUM, supra n. 20, 823.

⁵² Il punto di riferimento principale è costituito dalle teorie di Robert Alexy (R. ALEXY, *A Theory of Constitutional Rights* (Oxford University Press, 2002)). Tuttavia, questa concezione trova ampi riscontri soprattutto nell'Europa continentale ispirando una pluralità di varianti di cui non è possibile qui dare conto in maniera esaustiva.

diritti fondamentali è espresso in forma di regole⁵³. Di norma, le costituzioni concepiscono i diritti come principi, ovvero come norme qualitativamente diverse da quelle contenute nella legislazione in ragione del loro maggior grado di indeterminatezza⁵⁴. Caratteristica tipica dei principi costituzionali è infatti quella di essere suscettibili di una pluralità di interpretazioni e di applicazione graduata⁵⁵. Se in passato l'indeterminatezza dei principi ha indotto un certo scetticismo in merito alla possibilità di assicurarne l'applicazione in sede giurisdizionale⁵⁶, nel presente essa è apprezzata quale garanzia di apertura della costituzione alla società e alla politica⁵⁷.

Ed è proprio grazie alla loro apertura che i diritti fondamentali riescono ad esprimere la propria dimensione relazionale⁵⁸. Intesi come principi costituzionali, i diritti non appaiono più come entità monolitiche isolate in perenne relazione dialettica con la politica. Certo, nel loro nucleo essenziale, essi continuano ad esprimere le aspirazioni più profonde di una comunità politica e, come tali, mantengono una propria autonomia e distanza critica rispetto al circuito politico ordinario. Ma per il resto, i diritti fondamentali vivono in un'incessante relazione con la realtà, alimentandosi di istanze sociali e politiche che ne ridefiniscono continuamente il contenuto concreto. All'interno di questa concezione, si ritiene perciò fisiologico che la legislazione, nel perseguire obiettivi di utilità generale, possa limitare i diritti fondamentali. I diritti come principi non sono entità granitiche che si impongono inderogabilmente sulla legislazione; essi sono piuttosto entità più malleabili la cui effettiva consistenza, se si eccettua il loro nucleo essenziale intangibile⁵⁹, è rimessa ad operazioni di bilanciamento⁶⁰.

Si può cogliere qui una significativa differenza tra la concezione dei diritti fondamentali come principi e la loro concezione in senso forte. Mentre quest'ultima, come si è visto⁶¹, pone una forte accento sul momento definitivo e sulla rigorosa interpretazione del testo costituzionale, la prima si affida a tecniche di ponderazione degli interessi che in misura significativa prescin-

⁵³ M. KUMM, *The Idea of Socratic Contestation and the Right to Justification: The Point of Rights-Based Proportionality Review*, in *European Journal of Legal Studies*, 2007, 1, 157.

⁵⁴ R. ALEXI, supra n. 52, 47-48.

⁵⁵ Ibidem.

⁵⁶ C. SCHMITT, *Dottrina costituzionale* [1928] (trad. it. A. CARACCILO, Giuffrè, 1984), 52-57.

⁵⁷ R. BIN, supra n. 50, 23-24. La capacità di favorire l'integrazione dei principi costituzionali era già stata evidenziata da R. SMEND, *Costituzione e diritto costituzionale* [1928] (trad. it. F. Fiore e J. Luther, Giuffrè, 1988), 103.

⁵⁸ Così, ad esempio, A. BARAK, supra n. 19, 83: «human rights are the rights of a human being as part of society. The rights of the individual must conform to the existence of society, the existence of a government, and the existence of national goals».

⁵⁹ G. PINO, *Proporzionalità, diritti, democrazia*, in *Diritto e Società*, 2014, 3, 618.

⁶⁰ S. GARDBAUM, supra n. 20, 791-792.

⁶¹ Cfr. supra II.1.

dono dall'attività interpretativa⁶². In questa prospettiva, la portata normativa dei principi e, di riflesso, la portata garantista dei diritti fondamentali ammette graduazioni e limitazioni che, se da un lato ne rendono meno chiaro il contenuto prescrittivo, dall'altro contribuiscono ad attenuarne l'impatto debilitante sui processi di decisione politica⁶³. E' doveroso infatti precisare che il bilanciamento è attività anzitutto affidata al legislatore⁶⁴, chiamato ad individuare gli obiettivi collettivi ed a predisporre i mezzi per il loro conseguimento. Già in questa fase il legislatore è tenuto a considerare i limiti costituzionali e a ridurre l'impatto della legge nei loro confronti⁶⁵. Solo in un momento successivo l'operazione di bilanciamento può essere espletata dalle corti⁶⁶, chiamate ad un compito più modesto diretto a verificare se la soluzione normativa concepita in sede politica si colloca all'interno delle soluzioni ammesse dal dettato costituzionale⁶⁷.

Più nello specifico, il giudizio di bilanciamento è normalmente strutturato in due fasi⁶⁸. La prima è condotta con gli strumenti dell'interpretazione giuridica ed è diretta a verificare se la legislazione integri una violazione *prima facie* del diritto fondamentale in questione. Qualora questo si verifichi, si apre una seconda fase nella quale la corte è chiamata a valutare la fondatezza delle giustificazioni avanzate dal legislatore alla luce del principio di proporzionalità e/o ragionevolezza. Come nello scenario dei diritti fondamentali in senso forte, anche qui il legislatore si imbatte in limiti giuridici di natura essenzialmente negativa⁶⁹. Tuttavia, nell'applicazione dei principi costituzionali, le corti difficilmente arrivano ad usurpare il ruolo del decisore politico sostituendo alla legge soluzioni normative costituzionalmente dovute⁷⁰. Il loro compito è piuttosto quello di correggere i prodotti dell'attività legislativa al fine di ricondurla all'interno dell'alveo delle soluzioni normative disponibili e meno invasive dei diritti⁷¹.

Lo svolgimento di questa funzione si presta ad approcci notevolmente di-

⁶² M. KUMM, *Constitutional rights as principles: On the structure and domain of constitutional justice*, in *International Journal of Constitutional Law*, 2004, 2, 576-578.

⁶³ La possibilità di procedere al bilanciamento è normalmente prevista dalla stessa formulazione delle disposizioni costituzionali attraverso la predisposizione di limiti generali (cfr. sect. 1 Canadian Charter of Rights and Freedoms o art. 52 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE) o puntuali ai diritti (cfr. in via esemplificativa gli artt. 5 e 12 del Grundgesetz, l'art. 21 della Costituzione italiana, l'art. 8 CEDU). Sul punto v. anche M. KUMM, supra n. 53, 157, e S. GARDBAUM, supra n. 100, 798-800.

⁶⁴ S. GARDBAUM, supra n. 20, 810-811.

⁶⁵ G. PINO, supra n. 59, 601-604.

⁶⁶ A. BARAK, supra n. 19, 4 e 175-176.

⁶⁷ S. GARDBAUM, supra n. 20, 814-815.

⁶⁸ Ibidem, 806.

⁶⁹ R. BIN, supra n. 50, 41.

⁷⁰ La costituzione non va infatti vista come il genoma che determina tutte le possibili decisioni politiche, cfr. M. KUMM, supra n. 62, 587-589. Cfr. anche R. BIN, supra n. 50, 29.

⁷¹ S. GARDBAUM, supra n. 20, 814-815.

versi. Esiste infatti una versione più rigorosa del bilanciamento che si colloca molto vicino all'applicazione dei diritti proposta dal modello forte di tutela dei diritti fondamentali. In questa si prevede che la limitazione dei diritti sia possibile solo per la tutela di altri diritti fondamentali o per il perseguimento di obiettivi politici particolarmente significativi, e anche il sindacato sulla proporzionalità dei mezzi è particolarmente selettivo⁷². Nelle versioni più moderate, si opera invece una selezione meno stringente degli obiettivi che possono giustificare una limitazione dei diritti, così come si ricorre a standard di giudizio meno esigenti al momento di valutare la proporzionalità dei mezzi⁷³.

In entrambe le ipotesi, comunque, le corti chiamate al controllo di costituzionalità sulle leggi emergono come interlocutore critico del legislatore⁷⁴. Spetta infatti ad esse il compito di incalzare incessantemente il legislatore attraverso protocolli argomentativi ispirati dal principio di proporzionalità, in modo da ottenere giustificazioni in merito agli oneri posti dalla legge sui diritti fondamentali⁷⁵. Come si è detto, raramente questa attività priva il legislatore della possibilità di esercitare le proprie prerogative. L'applicazione del principio di proporzionalità introduce piuttosto un filtro contro le argomentazioni fondate su pregiudizi o l'ideologia⁷⁶ e contro misure incongrue o sproporzionate. Almeno in linea teorica si pongono così le basi per una virtuosa sinergia tra parlamenti e corti⁷⁷ imperniata su un'idea di complementarità funzionale che, oltre a prevenire reciproche invasioni di campo, dovrebbe idealmente condurre all'adozione di misure normative dotate di maggiore legittimazione.

Parrebbe perciò che la concezione dei diritti fondamentali come principi riesca in qualche modo a far quadrare il cerchio, dissolvendo le difficoltà riscontrate nelle precedenti impostazioni teoriche. Tuttavia, occorre subito riconoscere che anche questa concezione è oggetto di molteplici riserve e critiche. Una prima difficoltà si riscontra qualora si osservi che i diritti come principi offrono una tutela solo in via presuntiva⁷⁸. All'interno di questa concezione, infatti, al titolare di un diritto fondamentale non è offerta con certezza la possibilità di soddisfare l'interesse sottostante al proprio diritto. In caso di limitazione da parte del potere legislativo, il diritto fondamentale si rivela come un bene più evanescente, poiché ad essere garantita con certezza è solo la possibilità di ricevere una giustificazione in merito al limite patito

⁷² *Ibidem*, 825-826.

⁷³ *Ibidem*, 826-827.

⁷⁴ Si è per esempio argomentato che il controllo di costituzionalità sulle leggi potrebbe costituire una sorta di istituzionalizzazione della pratica socratica della contestazione, M. KUMM, *supra* n. 53, 163-170.

⁷⁵ *Ibidem*, 163-165.

⁷⁶ *Ibidem*, 167-169.

⁷⁷ M. LOUGHLIN, *supra* n. 4, 17.

⁷⁸ S. GARDBAUM, *supra* n. 20, 816.

ed un sindacato sulla fondatezza di quest'ultima⁷⁹. Si comprendono perciò le critiche a questa impostazione per la scarsa consistenza che attribuirebbe ai diritti fondamentali⁸⁰ e per le incertezze e i possibili abusi connessi all'applicazione del principio di proporzionalità⁸¹.

Di converso, i sostenitori della concezione dei diritti in esame replicano a queste critiche osservando che una ricostruzione dei diritti in termini di regole porterebbe con sé criticità altrettanto se non più gravi, come il rischio di obsolescenza del testo costituzionale con conseguente perdita di normatività⁸². Anche con riferimento all'applicazione del principio di proporzionalità si ritiene che i rischi paventati siano esagerati. L'indeterminatezza dei principi non conduce inevitabilmente a giudizi arbitrari o all'usurpazione del potere politico⁸³, ma ben può essere gestita attraverso criteri di giudizio sufficientemente prevedibili e strutturati⁸⁴. In definitiva, la concezione dei diritti fondamentali come principi è sicuramente meno esposta della concezione forte dei diritti sul fronte del rispetto del principio democratico⁸⁵. A risentirne è però la portata garantista dei diritti, ovvero la possibilità di dare al loro contenuto e ambito applicativo un'interpretazione sufficientemente stabile, e di vincolare al loro rispetto il legislatore.

TERZA PARTE. Un'applicazione: incriminazione penale e libertà personale

1. Legalità costituzionale e incriminazione penale.

Un ambito fecondo per una verifica della fondatezza⁸⁶ delle teorie appena esaminate nel contesto costituzionale italiano è costituito dalla libertà personale e dai limiti a cui essa può soggiacere in virtù di leggi di incriminazione penale. Come noto, l'art. 13 della Costituzione prevede tanto l'inviolabilità della libertà personale quanto la possibilità per il legislatore di sottoporla

⁷⁹ M. KUMM, supra n. 62, 582.

⁸⁰ G. PINO, supra n. 59, 608.

⁸¹ Cfr. R. ALEXY, supra n. 13, 134-139 e M. KUMM, supra n. 62, 594-595.

⁸² Cfr. G. PINO, supra n. 59, 616, dove l'A. osserva molto opportunamente che le operazioni di definizione dell'ambito applicativo e del contenuto dei diritti non eliminano il bilanciamento ma lo occultano.

⁸³ M. LOUGHLIN, supra n. 4, 92.

⁸⁴ R. ALEXY, *Balancing, constitutional review, and representation*, in *International Journal of Constitutional Law*, 2005, 3, 572-581.

⁸⁵ S. GARDBAUM, supra n. 20, 823.

⁸⁶ Ove per fondatezza si deve intendere la capacità descrittiva ed esplicativa delle teorie in questione. Il presente contributo non discute invece la giustizia o la desiderabilità di queste teorie, sul presupposto che caratteristica imprescindibile di una teoria costituzionale sia anzitutto la sua capacità di spiegare criticamente la realtà giuridica. Questa impostazione, peraltro, non sembra precludere la formulazione di rilievi critici fondati anche su considerazioni di carattere normativo (cfr. infra IV).

a restrizioni⁸⁷. Ne risulta un'entità dalla consistenza incerta: bene rigorosamente garantito, ove si enfatizzi l'attributo dell'inviolabilità; entità più malleabile, ove si consideri la possibilità di limiti legislativi. Il dilemma, in realtà, è tale solo se della disposizione si dà un'interpretazione astratta. Una considerazione più pragmatica dell'art. 13 Cost. indica che la libertà personale può essere sottoposta a restrizioni ad opera del legislatore, ma che tale potere è sottoposto a limiti di ordine formale e sostanziale diretti ad assicurarne un ricorso selettivo⁸⁸. Sul versante formale, le restrizioni alla libertà personale sono coperte da riserva di legge assoluta⁸⁹, garanzia che offre tutela tanto nei confronti di possibili derive repressive dell'esecutivo quanto rispetto all'attivismo interpretativo dei giudici ordinari⁹⁰. A questo si deve aggiungere che la riserva di legge rinvia al principio democratico quale criterio di legittimazione politica delle scelte punitive dello stato⁹¹ e assicura su di esse il controllo della Corte costituzionale. Sul versante sostanziale, la Costituzione stabilisce il principio di irretroattività delle norme penali *in malam partem*⁹² ed il principio di colpevolezza⁹³, oltre a norme particolarmente rigorose in materia di detenzione ed esecuzione della pena: il divieto di pena di morte, il divieto di trattamenti contrari al senso di umanità e la tendenziale finalità rieducativa della pena⁹⁴.

All'interno di una cornice che, quindi, pare esigere un ricorso selettivo alle restrizioni alla libertà personale, il tema dei limiti all'incriminazione penale e, in stretta connessione, della legittimazione delle sanzioni detentive si presta a considerazioni in merito alla portata garantista dei diritti fondamentali che riecheggiano motivi già incontrati all'interno del dibattito teorico.

Una prima fondamentale questione attiene all'individuazione degli obiettivi che legittimano le restrizioni alla libertà personale consentite dalla Costituzione. Se in linea di principio, è largamente condivisa l'opinione che le restrizioni alla libertà personale si giustificano solo al fine di sanzionare fatti che ledano o pongano in pericolo beni giuridici particolarmente degni di tutela⁹⁵, più complesso è stabilire il criterio attraverso cui operare la selezione

⁸⁷ Cfr. anche art. 25 Cost. Le garanzie previste dalla Costituzione per la libertà personale trovano conferma e, in qualche misura, integrazione negli articoli 5 e 7 CEDU e, all'interno del suo ambito applicativo, negli articoli 6 e 49 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea.

⁸⁸ G. PINO, *L'insostenibile leggerezza della legalità penale*, in *Criminalia*, 2014, 175-176.

⁸⁹ G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, 2008, 51-54.

⁹⁰ *Ibidem*, 75-84.

⁹¹ G. FIANDACA, *Legalità penale e democrazia*, in *Quaderni Fiorentini*, 2007, XXXVI, 1249.

⁹² Cfr. art. 25 Cost.

⁹³ Cfr. art. 27 Cost.

⁹⁴ Cfr. artt. 27 e 13 Cost.

⁹⁵ G. FIANDACA, *supra* n. 91, 1249, dove si ricorda come la sanzione penale sia un'arma a doppio taglio che, se da un lato protegge beni giuridici meritevoli di tutela, dall'altra impone limiti ai diritti della persona.

di questi ultimi. A tal riguardo la Costituzione viene solo in parte in aiuto: se è vero infatti che, proprio grazie alla Costituzione, è prevalsa l'idea che la legge penale sia vincolata alla garanzia di beni giuridici ad essa preordinati⁹⁶, è vero anche che il tentativo di agganciare questi ultimi alle norme costituzionali è solo in parte riuscito. Alla prova dei fatti, ad esempio, anche coloro che aderiscono ad una teoria costituzionalmente orientata del bene giuridico ammettono la possibilità di estendere la tutela penale a beni solo implicitamente dotati di rilevanza costituzionale o, addirittura, a beni che, pur privi di un nesso di derivazione costituzionale, godono di ampio consenso sociale⁹⁷. Ne risulta un'attenuazione del vincolo finalistico a cui è soggetto il legislatore, tanto più accentuata se si considera l'estrema debolezza dimostrata a riguardo dal controllo di legittimità costituzionale⁹⁸.

L'intento della Costituzione di incoraggiare un ricorso selettivo alle sanzioni penali detentive trova riscontro anche in sede di definizione degli strumenti diretti al perseguimento di obiettivi meritevoli di tutela. Anzitutto, si ritiene che il legislatore non sia obbligato ad apprestare tutela penale ad ogni bene dotato di rilevanza costituzionale⁹⁹. Inoltre, si afferma che il ricorso allo strumento penale debba essere preceduto da valutazioni in merito alla sua adeguatezza, ovvero a verifiche riguardanti la congruità e la capacità concreta della sanzione penale di garantire il bene giuridico in questione. Un discorso analogo vale per i principi di sussidiarietà e di meritevolezza della pena, altri criteri costituzionali che dovrebbero guidare le scelte di incriminazione penale. Al fine di ridurre o prevenire ingiustificate o eccessive restrizioni ai diritti, il legislatore penale è tenuto a verificare se ed in quale misura il bene giuridico protetto può beneficiare di forme di tutela diversa da quella penale, così come a chiedersi se vi sia proporzione tra il grado di lesione sofferto dal bene giuridico ed il sacrificio imposto alla libertà personale¹⁰⁰.

Prevedibilmente, criteri di questo tipo si prestano ad interpretazioni e applicazioni assai diverse. Anche in epoca relativamente recente, il dibattito teorico dei penalisti che si riconoscono in una concezione costituzionale della pena è andato polarizzandosi in letture forti e deboli del dettato costituzionale. Chi sostiene una lettura forte delle norme costituzionali in materia penale muove dal presupposto dell'accentuata esposizione di questo ramo

⁹⁶ G. FIANDACA, E. MUSCO, *supra* n. 89, 12. Almeno in teoria, parrebbe quindi screditata la concezione opposta, secondo cui le scelte di incriminazione penale non sarebbero finalisticamente vincolate, essendo sufficienti nella selezione dei beni giuridici meritevoli di tutela le sole le garanzie offerte dal procedimento legislativo. Per una ricostruzione sintetica del dibattito storico, cfr. G. FIANDACA, E. MUSCO, *supra* n. 89, 4-11.

⁹⁷ *Ibidem*, 12-14.

⁹⁸ Cfr. *infra* III.3.

⁹⁹ G. FIANDACA, E. MUSCO, *supra* n. 89, 15.

¹⁰⁰ *Ibidem*, 29-31.

del diritto all'irrazionalità, alla violenza e alle degenerazioni autoritarie¹⁰¹. Questi pericoli giustificerebbero l'imposizione di vincoli costituzionali incisivi all'attività legislativa tanto in sede di individuazione dei beni giuridici protetti quanto nella selezione delle tecniche di tutela¹⁰². In questa prospettiva, la Costituzione arriva ad assumere efficacia orientativa vincolante¹⁰³, prefigurando non solo limiti in negativo alla legislazione penale, ma anche vere e proprie indicazioni positive che ne dovrebbero guidare l'elaborazione¹⁰⁴. Insomma, nel diritto penale come in altri settori dell'ordinamento, il legislatore sarebbe chiamato anzitutto ad un'opera di attuazione del programma costituzionale¹⁰⁵.

Di segno notevolmente diverso il rapporto tra legge e costituzione teorizzato dai sostenitori del modello costituzionale debole. Anche costoro prediligono un ricorso selettivo all'incriminazione penale. Tuttavia, la loro lettura delle norme costituzionali, più che valorizzarne il profilo programmatico-positivo, tende a valorizzarne il carattere aperto e, quindi, ad attenuarne la portata precettiva¹⁰⁶. In questa prospettiva, Costituzione e legge darebbero vita ad un'interazione più dialettica di quella riscontrata nel modello forte¹⁰⁷: piuttosto che prescrivere indicazioni positive da tradurre meccanicamente in legislazione, le norme costituzionali esplicherebbero la propria funzione di garanzia in senso essenzialmente negativo¹⁰⁸. La scelta di smorzare il rigore prescrittivo dei vincoli costituzionali e, di riflesso, di assegnare un ruolo secondario al controllo di legittimità costituzionale¹⁰⁹ troverebbe giustificazione nelle virtù associate alla riserva di legge assoluta. Per assicurare un ricorso razionale alla sanzione penale sarebbe sufficiente la dialettica politica sviluppata all'interno Parlamento¹¹⁰, soprattutto se le scelte punitive scaturissero da un rapporto collaborativo tra maggioranza ed oppo-

¹⁰¹ M. DONINI, *Principi costituzionali e sistema penale. Modello e programma*, in *Ius17@Unibo.it*, 2009, 422.

¹⁰² *Ibidem*, 424-426. In questa prospettiva, l'A. segnala l'esigenza di valorizzare contributi elaborati dalle scienze empiriche, cfr. M. DONINI, *Metodo democratico e metodo scientifico nel rapporto fra diritto penale e politica*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2001, 44, 46-47.

¹⁰³ G. FIANDACA, *supra* n. 91, 1263.

¹⁰⁴ *Ibidem*, 1267.

¹⁰⁵ *Ibidem*, 1268. Questo ruolo servente del legislatore rispetto alle norme costituzionali riecheggia considerazioni di carattere più generale svolte in M. FIORAVANTI, *Costituzione e popolo sovrano. La Costituzione italiana nella storia del costituzionalismo moderno* (il Mulino, 2004), 15-16.

¹⁰⁶ Così almeno nella ricostruzione critica di M. DONINI, *supra* n. 101, 426-427.

¹⁰⁷ G. FIANDACA, *supra* n. 91, 1263.

¹⁰⁸ *Ibidem*, 1267-1268.

¹⁰⁹ *Ibidem*, 1263.

¹¹⁰ *Ibidem*, 1250.

sizione¹¹¹. Non sfugge certo ai sostenitori del modello costituzionale debole che ormai da parecchi anni la prassi legislativa si è sviluppata allontanandosi in modo forse irrimediabile da questo modello virtuoso (e, probabilmente, idealizzato) di deliberazione democratica¹¹². Ma la sensazione è che chi sostiene questa posizione assista quasi rassegnato alla corrosione della dimensione democratico-garantista della legalità costituzionale¹¹³. Questo almeno se si considera lo scetticismo¹¹⁴ espresso nei confronti delle proposte di chi, dal fronte opposto, invita la scienza giuridica a riscoprire il proprio ruolo di “contropotere critico”¹¹⁵, e la Corte costituzionale a prendere atto che siffatta realtà potrebbe giustificare un’applicazione più incisiva delle garanzie costituzionali¹¹⁶.

2. Fenomenologia del populismo penale.

Che il circuito democratico-rappresentativo non offra oggi sufficienti garanzie di selettività nel ricorso all’incriminazione penale e che, di conseguenza, si avverta il bisogno di rafforzare le garanzie costituzionali della libertà personale è una tesi che è facile dimostrare attingendo alla produzione legislativa dell’ultima decade. Gli orientamenti di politica criminale che la ispirano sono prevalentemente caratterizzati da un «uso demagogico del diritto penale, diretto a riflettere e ad alimentare la paura quale fonte di consenso elettorale, tramite politiche e misure illiberali tanto indifferenti alle cause strutturali dei fenomeni criminali e inefficaci alla loro prevenzione, quanto promotrici di un sistema penale disuguale e pesantemente lesivo dei diritti fondamentali»¹¹⁷. Si è parlato a riguardo di populismo penale, ovvero di un fenomeno caratterizzato dalla tendenza a rispondere col rigore della sanzione penale a situazioni di emarginazione sociale, ad interpretare il valore della sicurezza esclusivamente nella dimensione attinente all’ordine pubblico e ad enfatizzare la paura e l’insicurezza dei cittadini¹¹⁸. Ci troviamo quindi in presenza di una pluralità di interventi normativi motivati da un’utopia rea-

¹¹¹ Ibidem, 1253-1254; in questo modello, osserva l’A., il voto a maggioranza semplice non dovrebbe costituire una normale evenienza, ma uno strumento da utilizzare solamente in casi eccezionali.

¹¹² Ibidem, 1255, dove si riscontra come un possibile fattore di degenerazione il passaggio ad un modello maggioritario di democrazia rappresentativa.

¹¹³ Ibidem, 1276.

¹¹⁴ Ibidem, 1265-1268.

¹¹⁵ M. DONINI, supra n. 101, 423.

¹¹⁶ M. DONINI, supra n. 102, 41. Cfr. infra IV.

¹¹⁷ L. FERRAJOLI, *Democrazia e paura*, in M. BOVERO, V. PAZÉ (a cura di), *La democrazia in nove lezioni* (Laterza, 2010), 115.

¹¹⁸ Ibidem, 118-121. Cfr. anche G. FIANDACA, *Populismo politico e populismo giudiziario*, in *Criminalia*, 2013, 97.

zionaria¹¹⁹, tanto più irrazionale e preoccupante se considerata in relazione ad una realtà sociale in cui il numero dei delitti, in particolare quelli contro la persona, è in costante declino¹²⁰. Ma siamo anche in presenza di un fenomeno scientificamente interessante, perché è proprio quando le paure e le passioni acquistano una forza dirompente che è cruciale verificare la tenuta dei freni inibitori dell'ordinamento costituzionale. Si comprende allora l'utilità di un'indagine sulla struttura ed i motivi ricorrenti del populismo penale, diretta ad illustrarne tanto i prodotti legislativi quanto le argomentazioni che ne hanno accompagnato l'approvazione.

A. Inasprimento sanzionatorio

Un primo elemento distintivo del populismo penale è il notevole inasprimento dell'apparato sanzionatorio. A questo riguardo, l'esempio più eclatante è probabilmente costituito dalla disciplina delle sostanze stupefacenti, dove la scelta di includere in un'unica tabella tutte le sostanze senza distinzione circa la loro pericolosità ha condotto ad esiti sanzionatori aberranti¹²¹. Solo per fare un esempio, la coltivazione non autorizzata di canapa indiana è passata dalla pena della reclusione da 2 a 6 anni alla pena della reclusione da 6 a 20 anni¹²².

Ma se l'irrigidimento sanzionatorio in materia di stupefacenti costituisce un classico della politica criminale¹²³, esistono casi recenti riguardanti altre materie che ugualmente documentano un progressivo aumento delle pene detentive. E' questo quanto accade, ad esempio, con la disciplina dell'omicidio colposo commesso in violazione delle norme sulla circolazione stradale (cd. omicidio stradale). A fronte di una disciplina risalente agli anni '60 che prevedeva la pena della reclusione da 1 a 5 anni¹²⁴, il legislatore è dapprima intervenuto nel 2006¹²⁵, elevando il minimo edittale a 2 anni e, quindi, nel 2008 innalzando il massimo edittale a 7 anni¹²⁶, che diventavano 10 anni qualora il fatto fosse stato commesso da soggetto in stato di ebbrezza alcolica o sotto l'effetto di sostanze stupefacenti¹²⁷. Non pago di questo aumento, il legisla-

¹¹⁹ L. FERRAJOLI, *supra* n. 117, 121-122, dove si ricorda come l'obiettivo dell'eliminazione del crimine spesso precede (o giustifica) involuzioni di tipo totalitario.

¹²⁰ *Ibidem*, 115-116.

¹²¹ Decreto legge 272/2005, convertito con la legge 49/2006.

¹²² Cfr. art. 73 D. P. R. 309/1990. La sent. 32/2014 ha avuto l'effetto di recuperare la distinzione dei valori sanzionatori equiparati con il decreto legge 272/2005.

¹²³ Già nel 1990 (con la legge 162/1990) il regime sanzionatorio delle sostanze stupefacenti era stato rafforzato rispetto alla legge 685/1975.

¹²⁴ Cfr. art. 589 c.p. come modificato dall'art. 1 dalla legge 296/1966.

¹²⁵ Cfr. legge 102/2006.

¹²⁶ Cfr. decreto legge 92/08, convertito con la legge 125/08.

¹²⁷ In questi casi anche il minimo edittale aumentava a 3 anni di reclusione.

tore ha rivisitato la materia nel 2016¹²⁸, per inasprire il trattamento sanzionatorio sia nella circostanza di guida in stato di ebbrezza o sotto effetto di stupefacenti (reclusione da 8 a 12 anni)¹²⁹, sia in una serie di gravi violazioni del codice della strada (reclusione da 5 a 10 anni)¹³⁰. Le pene applicabili a queste fattispecie aggravate possono poi essere oggetto di ulteriori aumenti nel caso di vittime plurime o qualora l'autore del fatto sia sprovvisto di patente di guida, di assicurazione o si dia alla fuga¹³¹. Nell'arco di otto anni il legislatore ha finito così per innalzare la pena massima per l'omicidio colposo plurimo da 12 agli attuali 18 anni¹³², raggiungendo livelli sanzionatori particolarmente elevati per condotte che comunque non sono dolose.

La razionalità di un simile inasprimento sanzionatorio può ingenerare perplessità anzitutto se paragonata ad altre fattispecie dolose che attentano al bene vita. E' questo il caso dell'istigazione o dell'aiuto al suicidio (reclusione da 5 a 12 anni, se il suicidio avviene)¹³³ o dell'infanticidio in condizioni di abbandono materiale e morale (reclusione da 4 a 12 anni)¹³⁴. Ed il raffronto suscita ulteriori dubbi se effettuato rispetto alla disciplina penale degli infortuni sul lavoro. Se infatti nelle due ipotesi la pena base è identica (reclusione da 2 a 7 anni), solo per l'omicidio stradale si è prevista la cd. "blindatura" delle circostanze aggravanti, ovvero l'impossibilità di contemperarle con eventuali attenuanti secondo l'ordinaria disciplina dell'art. 69 c.p.¹³⁵.

L'ansia incriminatrice del legislatore può infine essere documentata anche in relazione a condotte precedentemente oggetto di sola sanzione amministrativa. E' questo quanto è accaduto con l'introduzione del reato di ingresso e soggiorno illegale nel territorio dello stato (cd. reato di immigrazione clandestina)¹³⁶, fattispecie che solo ad uno sguardo superficiale pare risolversi nell'irrogazione di una sanzione pecuniaria senza incidere sulla libertà per-

¹²⁸ Cfr. legge 41/2016 con la quale si sono introdotti nel codice penale l'art. 589 bis (Omicidio stradale) e l'art. 590 bis (Lesioni personali stradali gravi o gravissime). Anche quest'ultima norma ha incrementato il trattamento sanzionatorio precedente.

¹²⁹ Cfr. art. 589 bis, c. 2 c.p. Qualora il tasso alcolemico rilevato sia superiore a 0,8 g/l e inferiore a 1,5 g/l il fatto è punito con la reclusione da 5 a 10 anni (art. 589bis, c. 4 c.p.)

¹³⁰ Questa la pena prevista, ad esempio, per la morte cagionata per colpa procedendo in centro urbano ad una velocità pari o superiore al doppio di quella consentita, per la morte di persona cagionata a seguito di manovra di inversione del senso di marcia in prossimità di intersezioni, curve o dossi o a seguito di sorpasso o per la morte del pedone cagionata da veicolo che circoli contromano, cfr. art. 589 bis, c. 5 c.p.

¹³¹ Cfr. art. 589 bis, c. 6 e 8 e 589 ter c.p.

¹³² La legge 41/2016 ha altresì previsto l'arresto facoltativo o obbligatorio in flagranza, irrigidito le pene accessorie (revoca della patente fino a 30 anni in caso di mancato soccorso o fuga del conducente), raddoppiato i termini di prescrizione.

¹³³ Cfr. art. 580 c.p.

¹³⁴ Cfr. art. 578 c.p.

¹³⁵ Cfr. art. 590 quater c.p.

¹³⁶ Cfr. art. 10 bis della L. 94/2009.

sonale¹³⁷. In questa materia, peraltro, atteggiamenti populistici si sono recentemente manifestati anche nella forma peculiare della mancata depenalizzazione. A fronte di un'espressa previsione in questo senso contenuta in una legge delega¹³⁸, il Governo ha deciso di non esercitare i poteri ad esso conferiti motivando questa scelta con considerazioni di opportunità politica che evocano argomenti cari al populismo penale¹³⁹.

B. In costante polemica con l'ordinamento vigente

Un legislatore incessantemente intento ad ampliare i confini dell'incriminazione e ad aumentare le pene è necessariamente un legislatore in costante polemica con le leggi in vigore. Questo atteggiamento si riscontra con gradazioni diverse in molte delle vicende riguardanti l'approvazione di fattispecie penali populiste.

In tutta una serie di situazioni, per esempio, il legislatore denuncia l'inadeguatezza del regime normativo vigente. E' questo quello che è accaduto al momento dell'introduzione del reato di immigrazione clandestina, quando si è lamentata l'inefficacia dissuasiva della sola sanzione amministrativa a fronteggiare gli ingressi illegali dei migranti¹⁴⁰. Ma un discorso analogo vale per la riforma della disciplina codicistica della legittima difesa, ritenuta inadeguata per gli impegnativi accertamenti in tema di necessità e proporzionalità a cui obbligava il giudice. Non fosse che il regime normativo approvato nel 2006, con cui si introduceva una presunzione di proporzionalità nell'ipotesi della legittima difesa abitativa¹⁴¹, a distanza di soli dieci anni sembrerebbe oggi richiedere un ulteriore intervento di manutenzione, diretto ad estenderne

¹³⁷ L'art. 10 bis punisce lo straniero che fa ingresso ovvero si trattiene nel territorio dello stato con la pena della sola ammenda (da 5.000 a 10.000 euro). Si consideri però che il mancato pagamento dell'ammenda si può tradurre in lavoro sostitutivo o in obbligo di permanenza domiciliare (art. 55 del decreto legislativo 274/2000) e che la stessa norma prevede la sanzione sostitutiva dell'espulsione (art. 16 del decreto legislativo 286/1998).

¹³⁸ Cfr. art. 2, c. 3 lett. b) della legge 67/2014.

¹³⁹ Cfr. la relazione allo schema di decreto legislativo recante disposizioni in materia di depenalizzazione, 17 Novembre 2015, 4 (disponibile a <<http://www.senato.it/service/PDF/PDFServer/BGT/950834.pdf>>), dove si afferma che «le ragioni sottese alla scelta di non attuare le direttive di depenalizzazione in merito ai sopra menzionati reati [tra cui il reato di immigrazione clandestina] sono di agevole comprensione: si tratta di fattispecie che intervengono su materia "sensibile" per gli interessi coinvolti, in cui lo strumento penale appare come indispensabile per la migliore regolazione del conflitto con l'ordinamento innescato dalla commissione della violazione».

¹⁴⁰ Oltre alla già citata relazione sulla mancata depenalizzazione (cfr. supra n. 219), si veda anche l'intervento del sen. Vizzini nella seduta n. 88 dell'11 Novembre 2008, dove si parla addirittura di «un passo importantissimo nella direzione di un più efficace contrasto alla criminalità diffusa e a quella organizzata».

¹⁴¹ Cfr. legge 59/2006.

l'ambito di applicazione alle immediate adiacenze della privata dimora e a rafforzare la presunzione di proporzionalità in presenza di offese poste in essere con modalità particolarmente aggressive¹⁴².

In altre circostanze la polemica con l'ordinamento vigente acquista toni più allarmati, talvolta dando luogo a vere e proprie mistificazioni. Troppe sono le ipotesi in cui il legislatore alimenta la suggestione di un sostanziale vuoto sanzionatorio che giustificerebbe il proprio intervento. Già si è detto dei ripetuti interventi in materia di omicidio stradale¹⁴³; eppure, nell'introdurre la più recente stretta sanzionatoria, non si è esitato a parlare di "lacuna normativa inaccettabile"¹⁴⁴. Analogo il caso delle mutilazioni genitali femminili, oggi oggetto di specifica sanzione penale in base all'art. 583 bis c.p.¹⁴⁵. Tali condotte erano già punibili con pene severe come lesioni personali gravi¹⁴⁶. Della circostanza era ovviamente consapevole il legislatore, ma a prevalere in sede di approvazione è stato l'obiettivo ulteriore di stigmatizzare con una norma penale specifiche condotte periodicamente oggetto di vivaci discussioni nell'opinione pubblica¹⁴⁷. La storia si ripete nel caso delle lesioni personali gravi al pubblico ufficiale in servizio in occasione di manifestazioni sportive. Tali condotte, oggi oggetto di specifica sanzione penale in base all'art. 584 quater c.p.¹⁴⁸, erano punibili come lesioni gravi, potendo già conseguirsi l'attuale carico sanzionatorio attraverso l'applicazione dell'aggravante generale riguardante i reati commessi contro pubblico ufficiale¹⁴⁹. Ed, infine, anche la condotta di negazionismo era già potenzialmente sussumibile all'interno di una pluralità di fattispecie criminose¹⁵⁰. Perché allora scomodarsi per formularne di nuove?

¹⁴² Si veda il disegno di legge S. 2155 presentato il 2.12.2015 dal sen. Giovanni Mauro ed attualmente in corso di discussione. Il 7.3.2016 la Camera dei deputati ha avviato una nuova discussione in merito alla c.d. legittima difesa abitativa a seguito della proposta di legge C.2892-A in cui sono state convogliate altre proposte di legge quali la C.3384 (Marotta e altri), C.3380 (La Russa e altri) e C.3434 (Fontana). Sul tema è attualmente in corso una raccolta di firme per una legge di iniziativa popolare.

¹⁴³ Cfr. supra III.2.A.

¹⁴⁴ Cfr. la relazione al Disegno di legge S. 859 (proposto al Senato il 20.6.2013). Di inadeguatezza del regime vigente parla invece il sen. Cucca, cfr. intervento nella riunione n. 461 del 9.6.2015.

¹⁴⁵ Introdotto con la legge 7/2006.

¹⁴⁶ A queste condotte erano infatti applicabili gli artt. 582, 583, 585, 576 e 577 c.p. L'applicazione di queste norme poteva portare ad una pena della reclusione di 12 anni.

¹⁴⁷ Si legga in proposito la relazione al disegno di legge C. 4249 presentato il 16 ottobre 1997 alla Camera dei Deputati. Occorre aggiungere che l'art. 583 bis c.p. estende la punibilità andando a colpire anche mutilazioni genitali effettuate all'estero.

¹⁴⁸ Introdotto in sede di conversione del decreto legge 8/2007 con la legge 41/2007.

¹⁴⁹ Cfr. art. 61 n. 10 c.p.

¹⁵⁰ Si pensi agli artt. 414 c.p. (istigazione a delinquere), art. 656 c.p. (pubblicazione o diffusione di notizie false, esagerate o tendenziose, atte a turbare l'ordine pubblico), art. 8 della legge 962/1967 (apologia del genocidio) e art. 3 della legge 654/1975, come modificato dalla legge 85/2006 (propaganda dell'odio razziale e istigazione a commettere atti di violenza per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi).

C. Tempistica

Già è possibile intuire alcune delle ragioni sottostanti a questi interventi sanzionatori. Ma prima di approfondire i profili motivazionali del legislatore penale populista, è interessante osservarne la tempistica.

In alcuni casi l'approvazione delle nuove fattispecie di reato segue a fatti di cronaca che provocano particolare allarme sociale. Il caso più emblematico è probabilmente quello del reato di lesioni a pubblico ufficiale in occasione di manifestazioni sportive, introdotto con decreto legge dopo le gravi violenze verificatesi in occasione del derby Catania-Palermo del 3 febbraio 2007¹⁵¹. Ma, a dire il vero, è tutto o gran parte del sistema punitivo della violenza sportiva¹⁵² ad essere il risultato di una sequela di interventi normativi frammentari concepiti all'indomani di altrettanti episodi violenti¹⁵³.

L'altro vero e proprio detonatore dell'attività legislativa populista sono le scadenze elettorali¹⁵⁴. Seguendo un copione fin troppo prevedibile, in vista delle elezioni il legislatore non sembra resistere alla tentazione di alimentare un clima di emergenza, per candidarsi a placarla con l'inasprimento delle pene o misure di carattere simbolico. Ecco allora che nei resoconti parlamentari affiora la minaccia di una criminalità comune sempre più violenta e spregiudicata¹⁵⁵. A poco conta poi che il più delle volte la relazione tra le emergenze,

¹⁵¹ Decreto legge 8/2007, convertito con la legge 41/2007. In conseguenza di quelle violenze non solo l'ispettore Filippo Raciti perdeva la vita, ma ben 70 agenti venivano feriti.

¹⁵² Si veda in proposito la puntuale denuncia dell'on. D'Elia nella seduta n. 130 del 20.3.2007. L'esigenza di una disciplina legislativa sistematica in materia è richiamata dall'on. Pecorella nella seduta n. 135 del 27.3.2007.

¹⁵³ Oltre all'intervento normativo citato nel testo, dal 2001 sono almeno quattro i decreti legge emanati in corrispondenza di specifici episodi di violenza sportiva: 1) il decreto legge 336/2001 (convertito con la legge 377/2001), approvato pochi mesi dopo che i tifosi dell'Inter avevano scaraventato sulle gradinate un motorino in occasione della partita Atalanta-Inter, istituiva il reato di lancio di materiale pericoloso, scavalco e invasione di campo in occasione di competizioni agonistiche; 2) il decreto legge 28/2003 (convertito con la legge 88/2003), emanato all'indomani delle violenze verificatesi in occasione della partita Torino-Milan, introduceva l'istituto del cd. arresto differito; 3) il decreto legge 187/2010 (convertito con la legge 217/2010), concepito a poche settimane dalle violenze compiute da un gruppo di tifosi serbi in occasione della partita Italia-Serbia, estendeva l'art. 583 quater a tutela degli incaricati di controllo negli stadi (steward); 4) il decreto legge 119/2014 (convertito con legge 146/2014), adottato a qualche mese alle violenze verificatesi in occasione della finale di Coppa Italia Napoli-Fiorentina, oltre ad inasprire le pene edittali previste per il reato di frode sportiva, estendeva la fattispecie di divieto di introduzione ed esposizione negli impianti sportivi di striscioni e cartelli incitanti alla violenza od altre scritte o immagini.

¹⁵⁴ La necessità di rispondere con un irrigidimento delle pene alla domanda di sicurezza dell'opinione pubblica in conformità alle promesse di tutti gli schieramenti politici in campagna elettorale è esplicitamente riconosciuta dalla relazione che accompagna il disegno di legge C.2055 (primo firmatario on. Cirielli), tradottosi poi nella legge 251/2005.

¹⁵⁵ La relazione accompagnatoria al disegno di legge S. 1889 (presentato per modificare

reali o presunte, ed i fenomeni sanzionati sia inconsistente o, comunque, scarsamente documentata. Per esempio, nessuno è in grado di provare l'efficacia dissuasiva del reato di immigrazione clandestina o di dimostrare il nesso tra immigrazione irregolare e insicurezza, ma il legislatore fa comunque propria l'equazione tra clandestinità e criminalità¹⁵⁶. Lo stesso accade nel caso degli omicidi stradali: nei dibattiti parlamentari non manca chi ricorda, statistiche alla mano, che in realtà gli incidenti mortali sono da anni in graduale e costante calo¹⁵⁷. Sotto elezioni ciò che veramente conta è gonfiare i muscoli e mostrarsi pronti a reagire, senza preoccuparsi troppo dell'ipertrofia, della sproporzione e, in definitiva, dell'inefficacia del sistema penale.

D. Simbolismo penale

In un'epoca che dice di essersi lasciata alle spalle le ideologie, ci si aspetterebbe anche dalla politica criminale un'adesione incondizionata alla filosofia del *problem-solving*¹⁵⁸. Ci troviamo invece in presenza di un legislatore tutt'altro che pragmatico e, anzi, decisamente sedotto dalla dimensione simbolica del diritto penale. Si badi, che il diritto penale svolga *anche* una funzione simbolica contribuendo alla riaffermazione dei principi fondamentali nella coscienza collettiva, non dovrebbe necessariamente costituire motivo di preoccupazione¹⁵⁹. A suscitare un certo allarme è piuttosto il suo uso *prevalentemente* simbolico. Questo è un vero e proprio motivo ricorrente della legislazione penale populista. A leggere i resoconti parlamentari, si ha la netta sensazione che coloro che spingono per l'approvazione di misure penali siano animati da furore ideologico e un'indefinita vocazione pedagogico-promozionale. In una paradossale inversione di ruoli, tocca semmai all'opposizione politica assumere un registro pragmatico ed impegnarsi in valutazioni critiche riguardanti l'adeguatezza e la congruità delle scelte pu-

l'art. 52 c.p. ed ampliare i confini della legittima difesa) esordisce con toni apocalittici: «con tragica monotonia si ripetono le rapine nelle case e nelle ville. Branchi di uomini feroci – italiani o stranieri che siano – non esitano a versare sangue innocente ed inerme, ad uccidere e torturare».

¹⁵⁶ Si vedano gli interventi dei sen. Vizzini (seduta n. 8 delle Commissioni 1 e 2 del Senato del 2.7.2008), Saltamartini (seduta n. 10 delle Commissioni 1 e 2 del Senato del 9.7.2008), Mugnai (seduta n. 89 del 12.11.2008), Mazzatorta (seduta n. 24 delle Commissioni 1 e 2 del Senato del 15.10.2008), Divina (seduta n. 4 della Commissione 3 del Senato del 18.6.2008), Vallardi (seduta n. 90 del 12.11.2008) e Rizzi (seduta n. 94 del 18.11.2008). In senso contrario si leggano gli interventi dei sen. Marinaro e Poretti (seduta n. 95 del 19.11.2008) e dei sen. Galperti e Della Monica (seduta n. 90 del 12.11.2008).

¹⁵⁷ Si vedano gli interventi dei on. Morani (seduta n. 510 del 26.10.2015) e dei sen. Malan (riunione n. 461 del 9.6.2015) e Nencini (riunione n. 462 del 10.6.2015).

¹⁵⁸ A. SOMEK, *Individualism. An Essay on the Authority of the European Union* (Oxford University Press, 2008), capitolo 9.

¹⁵⁹ M. DONINI, *supra* n. 102, 13.

nitive¹⁶⁰. Gli esempi si sprecano. Nel contesto della violenza negli stadi, si riconosce che il diritto penale difficilmente può restituire al calcio un'autenticità sportiva ormai perduta, ma l'importante è reagire al dolore e allo sdegno, allontanare i violenti e lanciare messaggi di fiducia ai veri sportivi¹⁶¹. Nel caso delle mutilazioni genitali femminili, si afferma esplicitamente che l'introduzione di un'autonoma figura di reato ha l'obiettivo di sensibilizzare gli immigrati e incoraggiare la denuncia delle pratiche mutilative¹⁶². Oltre ad essere caricato di una funzione pedagogica e deterrente¹⁶³, il diritto penale acquista così valenza stigmatizzante nei confronti di pratiche considerate inconciliabili con i valori fondamentali dell'ordinamento¹⁶⁴. E' questo, in fin dei conti, a giustificare la previsione di pene esemplari¹⁶⁵, perché solo ad allargare lo sguardo alle esperienze di altri stati europei ci si accorgerebbe dell'alto tasso di ineffettività di queste norme e, quindi, della loro sostanziale inadeguatezza¹⁶⁶.

Anche il tentativo di incriminare il negazionismo attinge a piene mani al capitale simbolico del diritto penale¹⁶⁷. Al riguardo va riconosciuto che, per una volta, molti sono stati i parlamentari che hanno espresso perplessità in merito all'incriminazione penale di questa condotta¹⁶⁸, forti anche delle riserve manifestate dagli storici¹⁶⁹ e dalla dottrina più attenta ad evidenziare

¹⁶⁰ A titolo di esempio, si vedano le considerazioni in merito all'incapacità dissuasiva del reato di immigrazione clandestina dell'on. Rossomando (seduta n. 169 del 30.4.2009) e del sen. Carofiglio (seduta n. 90 del 12.11.2008). Sull'incongruità della disciplina della legittima difesa abitativa si vedano le osservazioni dell'on. Finocchiaro (seduta n. 735 del 23.1.2006). Il limitato contributo dei reati colposi in materia di prevenzione è sottolineato nel dibattito sull'omicidio stradale dal sen. D'Ascola (seduta n. 463 del 10.6.2015).

¹⁶¹ Si veda l'intervento dell'on. Palomba nella seduta n. 135 della Camera dei Deputati del 27.3.2007.

¹⁶² Cfr. Relazione al disegno di legge C. 7157 del 2000.

¹⁶³ Si veda l'intervento del sen. Zancan nella seduta del 1.7.2004 della I e II commissione riunite.

¹⁶⁴ Di misura diretta a ribadire il principio di laicità dello stato e a garantire l'integrità e la salute della donna parla ad esempio il sen. Dalla Chiesa, cfr. seduta n. del 19.5.2005.

¹⁶⁵ Si veda l'intervento del sen. Alberti Casellati nella seduta del 1.7.2004 della I e II commissione riunite.

¹⁶⁶ Cfr. E. GHIZZI GOLA, *Multiculturalismo e diritti delle donne. Il trattamento giuridico delle mutilazioni genitali femminili in Europa: casi giurisprudenziali e soluzioni normative*, in *L'Altro diritto*, 2012, disponibile a <www.altrodiritto.unifi.it/ricerche/migranti/ghizzi>. Solo in Francia, paese in cui non è stata introdotta una disposizione incriminatrice specifica, si svolgono numerosi processi per mutilazioni genitali femminili. Ad oggi in Italia esiste solo un caso documentato di procedimento penale ex art. 583 bis c.p., peraltro definito con sentenza di assoluzione.

¹⁶⁷ L'intervento normativo in questione risponde all'obbligo stabilito dall'art. 1 della Decisione quadro 2008/913/GAI di sanzionare penalmente l'apologia, la negazione o la minimizzazione grossolana dei crimini di genocidio, dei crimini contro l'umanità e dei crimini di guerra.

¹⁶⁸ Si vedano gli interventi dei sen. Gotor e Giovanardi (seduta della Commissione Giustizia n. 53 del 15.10.2013), Corsini e Manconi (seduta n. 387 del 10.2.2015) e Palermo (seduta n. 388 del 11.2.2015).

¹⁶⁹ Il Senato ha sentito nel corso di audizioni informali i professori Luzzatto, Canfora e

l'inadeguatezza della sanzione e del processo penale ai fini della tutela della verità storica¹⁷⁰. Nondimeno, la vicenda del reato di negazionismo rivela un inaspettato risvolto procedimentale del simbolismo penale. La discussione del disegno di legge in questione ha dato luogo ad una 'calendarizzazione simbolica' che, nata per testimoniare la sensibilità delle istituzioni, rischia di certificarne in modo abbastanza grottesco l'inconcludenza. E' un esplicito intento commemorativo infatti quello che induce il Senato ad approvare in sede referente e ad assegnare alla commissione deliberante il disegno di legge in questione nel giorno del settantesimo anniversario del rastrellamento del Ghetto di Roma¹⁷¹. Solo che il giorno stesso l'esame del provvedimento ritorna in sede referente per essere ricalendarizzato in vista del Giorno della Memoria dell'anno successivo. Si dovrà attendere un altro anno per l'approvazione del disegno di legge da parte del Senato¹⁷², ma solo in corrispondenza del successivo anniversario del rastrellamento del Ghetto la Camera procederà all'approvazione di un testo notevolmente emendato¹⁷³.

E. Dalla parte di Abele

Sono molte le tentazioni a cui il legislatore populista non sa resistere. Oltre a cedere al simbolismo, il populismo penale si alimenta in maniera costante del dolore delle vittime. I resoconti parlamentari sono costellati di richiami a schierarsi dalla parte di Abele¹⁷⁴, e frequente è il ricorso a racconti struggenti di vicende pietose, quasi che l'approvazione di nuove norme penali non possa prescindere da un copione che prevede la rievocazione, più o meno pretestuosa, del dolore privato. E' così nel dibattito parlamentare sull'omicidio stradale, dove chi interviene si sente spesso in dovere di ripercorrere uno o più incidenti mortali con, immancabile, la denuncia dell'inadeguata risposta sanzionatoria dello stato¹⁷⁵. Ma è così anche in occasione della discussione sulla riforma della legittima difesa abitativa, dove trovano ampio spazio le disavventure di cittadini onesti colpevoli solo di essersi difesi¹⁷⁶.

Ginzburg.

¹⁷⁰ Cfr. E. FRONZA, *Negazionismo (diritto penale)*, in *Enciclopedia del Diritto*, Annali VIII, 654-656.

¹⁷¹ Si veda l'intervento del sen. Buccarella nella seduta n. 388 del 11.2.2015.

¹⁷² Il testo del disegno di legge è stato approvato l'11.2.2015.

¹⁷³ Solo con la legge 16 giugno 2016, n. 115 si è giunti all'introduzione di una circostanza aggravante al reato previsto dall'art. 3 della legge 654/1975 come modificato dalla legge 85/2006 (propaganda dell'odio razziale e istigazione a commettere atti di violenza per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi).

¹⁷⁴ Così, *expressis verbis*, il sen. Candiani nella riunione n. 461 del 9.6.2015.

¹⁷⁵ Si vedano, ad esempio, gli interventi della sen. Stefani e del sen. Scilipoti Isigrò nella riunione n. 461 del 9.6.2015.

¹⁷⁶ Si vedano in proposito gli interventi dell'on. Ascierto nella riunione n. 735 del 23.1.2006 e dell'on. Perrotta nella riunione della Camera dei Deputati n. 712 del 28.11.2005.

Si riscontra qui una manifestazione concreta del ‘paradigma vittimario’¹⁷⁷, ovvero della tendenza a contrapporre alla dimensione pubblica della pena il dolore privato delle vittime che ha per risultato quello di ostacolare la realizzazione del disegno costituzionale della pena quale strumento di recupero sociale del reo¹⁷⁸. E’ questo uno dei profili più insidiosi del populismo penale. Accreditando l’idea della sanzione penale come omaggio al dolore delle vittime¹⁷⁹, il legislatore rinuncia a svolgere il compito di razionalizzare il bisogno umano di difesa e vendetta¹⁸⁰. Reinterpretata dall’angolo visuale privato delle vittime, la pena ritorna ad essere pensata in funzione principalmente (se non esclusivamente) retributiva¹⁸¹. In una regressione che porta a rivalutare l’autotutela, se non addirittura la vendetta, appare del tutto coerente proteggere la vittima anche quando questa è tutt’altro che vulnerabile o inerme. Ecco quindi spiegata la continua attenzione del legislatore penale al tema legittima difesa. Enucleato nel domicilio un ambito svincolato dal rispetto del principio di proporzione tra offesa e difesa, il legislatore restituisce alla vittima la possibilità di ricorrere più facilmente alla violenza. Con il rischio, nemmeno troppo remoto, di favorirne la metamorfosi in carnefice¹⁸².

F. I soliti sospetti

Speculare all’adesione al paradigma vittimario è la propensione tipica del populismo penale a prendere di mira specifiche figure di reo. E’ questo un orientamento che si rinviene in una pluralità di fattispecie congegnate più che per sanzionare determinati fatti, per perseguire specifici autori. Questa è, ad esempio, la strategia che pare ispirare molti dei reati connessi all’immigrazione¹⁸³. Sanzionare l’ingresso illegale dell’immigrato, magari anche se vittima di tratta; punire il trattenimento indebito nel territorio nazionale, senza accordare rilevanza al giustificato motivo, e stabilire obblighi di denuncia della

¹⁷⁷ A. PUGIOTTO, *Cortocircuiti da evitare. Dimensione costituzionale della pena e dolore privato delle vittime*, in F. CORLEONE, A. PUGIOTTO (a cura di), *Il delitto della pena. Pena di morte ed ergastolo, vittime del reato e del carcere* (Ediesse, 2012), 157-177.

¹⁷⁸ Ibidem, 158-159.

¹⁷⁹ Si vedano in via esemplificativa gli interventi del sen. Cucca e Lumia nella riunione n. 461 del 9.6.2015 in materia di omicidio stradale. Di riconoscenza alle vittime e ai testimoni dell’Olocausto parla la sen. Valentini nella seduta n. 387 del 10.2.2015.

¹⁸⁰ M. DONINI, supra n. 102, 30.

¹⁸¹ A. PUGIOTTO, supra n. 177, 167-168, sottolinea come proprio la pubblicità sia garanzia di emancipazione della pena dalla dimensione vendicativa privata.

¹⁸² Per un’opportuna esemplificazione degli esiti abnormi della disciplina vigente della legittima difesa abitativa si veda l’appello dei docenti di diritto penale disponibile a <<http://www.osservatoriosullalegalita.org/05/acom/10ott1/0533legittimadifesa.htm>>.

¹⁸³ Si veda a riguardo l’intervento del sen. Rizzi nella seduta n. 94 del 18.11.2008. Denuncia i rischi di deriva verso un diritto penale del tipo d’autore l’on. Turco nella seduta n. 175 del 12.5.2009.

clandestinità in capo ai pubblici ufficiali ad altro non serve che a rendere la vita intollerabile e ad aumentare l'isolamento di individui appartenenti ai segmenti più vulnerabili della società¹⁸⁴.

L'intento di colpire duramente e marginalizzare i soliti sospetti utilizzando la carcerazione in chiave esclusivamente repressiva ispira anche l'irrigidimento della disciplina della recidiva¹⁸⁵. E' un legislatore che in fin dei conti si lava la coscienza quello che, di fronte a biografie criminali che dovrebbero far sorgere interrogativi sull'effettiva capacità rieducativa delle pene, decide di calcare la mano con aumenti di pena fissi¹⁸⁶, limiti al riconoscimento delle circostanze attenuanti¹⁸⁷, un regime di prescrizione sfavorevole¹⁸⁸ e modifiche altrettanto penalizzanti dell'ordinamento penitenziario¹⁸⁹. Che poi le statistiche dimostrino che proprio la carcerazione sia la via maestra per la recidiva¹⁹⁰, è circostanza che si ritiene conveniente trascurare, soprattutto se la preoccupazione principale è quella di inferire su devianza sociale e marginalità con misure che poco hanno a che vedere con la vocazione inclusiva della Costituzione¹⁹¹.

G. Rimozione della libertà personale e complesso accusatorio

Già, ma quale ruolo svolge la Costituzione all'interno della discussione di provvedimenti legislativi che in maniera così insistente ne mettono alla prova

¹⁸⁴ F. VIGANÒ, *Diritto penale e immigrazione: qualche riflessione sui limiti di discrezionalità del legislatore*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 2010, 13-36.

¹⁸⁵ Legge 251/2005.

¹⁸⁶ L'applicazione della recidiva rimane facoltativa. Tuttavia, una volta applicata essa comporta aumenti di pena spesso previsti in misura fissa e notevolmente più elevati che in passato: la recidiva semplice porta ad un aumento di un terzo della pena (in precedenza l'aumento era fino ad un sesto); nei casi di recidiva pluriaggravata l'aumento della pena è della metà (in precedenza era fino a metà); nei casi di recidiva reiterata semplice l'aumento è pari a metà della pena, mentre è di due terzi nei casi di recidiva reiterata aggravata.

¹⁸⁷ La nuova disciplina della recidiva reiterata limita fortemente la possibilità di applicare le circostanze attenuanti generiche (cfr. art. 62 bis, c. 2 c.p.) e la possibilità di far prevalere le circostanze attenuanti su quelle aggravanti (art. 69, c. 4 c.p.). Entrambi i profili sono stati almeno in parte corretti da interventi della Corte Costituzionale.

¹⁸⁸ Cfr. art. 157 c.p.

¹⁸⁹ In caso di recidiva reiterata è previsto il divieto di sospensione dell'ordine di carcerazione ed un regime sfavorevole per la concessione di permessi premio, della detenzione domiciliare, la semilibertà ed i benefici penitenziari.

¹⁹⁰ F. LEONARDI, *Le misure alternative alla detenzione tra inserimento sociale e abbattimento della recidiva*, in *Rassegna penitenziaria e criminologica*, 2007, 2, 24. Si veda anche l'intervento del guardasigilli Orlando agli Stati generali dell'esecuzione penale del 18.4.2016, dove si sottolinea che «i detenuti che provengono da una precedente esperienza carceraria sono infatti circa il 56%; il 67% tra gli italiani, il 37% tra gli stranieri».

¹⁹¹ L'impatto negativo sul principio di eguaglianza della riforma della recidiva è sottolineata in particolare dagli on. Bonito (seduta n. 382 del 3.11.2003), Pisapia (seduta n. 559 del 14.12.2004) e Russo Spena (seduta. 702 del 9.11.2005).

la tenuta? Un primo profilo da sottolineare è la sostanziale marginalizzazione dei diritti fondamentali, oscurati da discussioni che seguono traiettorie alternative o ne depotenziano la portata garantista fino a renderli insignificanti. Colpisce, in particolare, che sia proprio la libertà personale, il diritto che più di tutti dovrebbe rilevare nella discussione di norme di incriminazione penale, a subire un processo di vera e propria rimozione. Nei dibattiti parlamentari di libertà personale sorprendentemente non si parla¹⁹², né sembra che, al di là della sua evocazione esplicita, questo diritto fondamentale riesca ad indurre una qualche misura di cautela in chi con pervicacia interviene per inasprire le pene o espandere il perimetro del penalmente rilevante¹⁹³.

E' questa probabilmente una conseguenza del complesso accusatorio che sembra essersi impadronito del legislatore¹⁹⁴. La tendenza ad estendere all'agire politico la logica accusatoria tipica del pubblico ministero non porta soltanto a ridefinire una parte non piccola delle politiche pubbliche in termini di politica criminale¹⁹⁵, ma induce surrettiziamente a pensare che la libertà personale in gioco sia sempre e soltanto quella di una parte della società di cui in fondo si farebbe volentieri a meno. Talvolta questo succede perché i soliti sospetti godono di scarsa rappresentanza all'interno del Parlamento. Più spesso questo accade per l'irresistibile propensione del legislatore populista a schierarsi con le vittime o, comunque, con la parte sana della società¹⁹⁶. Solo in rari momenti¹⁹⁷ capita al legislatore di assumere anche la prospettiva del reo¹⁹⁸ e di non vivere con insofferenza quelle garanzie costituzionali che dovrebbero indurre ad una visione più articolata della politica criminale.

¹⁹² La libertà personale fa capolino nel dibattito sulla disciplina delle sostanze stupefacenti nell'intervento dell'on. Finocchiaro (seduta delle Commissioni Giustizia e Affari Sociali del 1.2.2006), peraltro con riferimento ad un aspetto secondario, ovvero per denunciare le eccessive limitazioni previste in via amministrativa a carico di soggetti incriminati per l'uso di droghe leggere.

¹⁹³ In modo analogo, è raro che il dibattito si concentri sulla finalità rieducativa della pena. Si vedano però, all'interno del dibattito sulla riforma della recidiva, gli interventi dell'on. Fanfani (seduta n. 382 del 3.11.2003), Ranieli (seduta n. 561 del 16.12.2004), Pisapia (seduta n. 559 del 14.12.2004) e del sen. Zancan (seduta n. 837 del 7.7.2005).

¹⁹⁴ G. FIANDACA, *supra* n. 118, 99.

¹⁹⁵ *Ibidem*.

¹⁹⁶ *Ibidem*, 103. Cfr. *supra* III.2.E.

¹⁹⁷ Si veda a riguardo l'intervento del sen. Giovanardi nel dibattito sul reato di omicidio stradale in cui, considerata l'eventualità per qualsiasi individuo di trovarsi tanto nei panni della vittima quanto dell'autore di un incidente stradale mortale, si auspica un diverso bilanciamento fra le esigenze delle vittime e degli autori del reato (seduta n. 461 del 9.6.2005).

¹⁹⁸ Salvo non dover intervenire su reati che lo riguardano più da vicino, come nel caso delle norme in materia di falsi elettorali introdotte con la legge 61/2004, con cui si è proceduto ad una sostanziale diminuzione di pena decisamente incoerente col rigore sanzionatorio applicato ad analoghi tipi di falso. Si vedano a riguardo gli interventi degli on. Boato e Mascia (seduta n. 340 del 15.7.2003).

Che sia difficile resistere al complesso accusatorio è provato anche dal fatto che la stessa opposizione ne pare in qualche misura influenzata. A leggere i resoconti dei dibattiti parlamentari non sembra infatti che la libertà personale e, più in generale, la garanzia dei diritti siano in grado di alimentare argomentazioni efficaci idonee a contrastare i motivi, le pulsioni e le spregiudicate strategie che ispirano il populismo penale¹⁹⁹. Di solito, le critiche dell'opposizione tendono ad evidenziare l'inadeguatezza, l'irrazionalità o la sproporzione degli interventi proposti dalla maggioranza²⁰⁰. Più difficile che i diritti fondamentali inducano a contestare gli obiettivi di queste misure. Ma se da un lato questa scelta rende la critica più incisiva e penetrante²⁰¹, dall'altro può essere interpretata come un chiaro sintomo di subalternità ideologica²⁰². Difendere le garanzie di Caino può costare caro in termini elettorali; meglio quindi ricorrere ad argomentazioni più tecniche che, per quanto puntuali ed efficaci, evitano di innalzare il livello dello scontro e sfidare il populismo penale anche sul terreno ideologico.

H. Sussidiarietà e meritevolezza della pena come risorse di opposizione politica

In tutto coerente con l'arretramento dall'avamposto dell'aperta rivendicazione dei diritti fondamentali, è la strategia diretta a contestare il rispetto del principio di sussidiarietà. Negli interventi di chi si oppone al populismo penale frequente è il richiamo all'elaborazione di strumenti alternativi alla sanzione penale. In una prima serie di contributi, il principio di sussidiarietà ispira considerazioni di natura squisitamente politica. E'così quando, nell'ambito della discussione dell'ennesimo intervento in materia di violenza sugli stadi, si afferma l'opportunità di adeguate politiche dirette ad affronta-

¹⁹⁹ Costituiscono un esempio abbastanza isolato gli interventi dei sen. Zancan (seduta n. 668 del 6.10.2004), Brutti (seduta n. 835 del 6.7.2005), Pisapia e Russo Spina (seduta n. 735 del 23.1.2006) in tema di proporzionalità presunta della legittima difesa abitativa. La tutela del diritto di difesa affiora anche negli interventi dei sen. Maritati (seduta n. 9 delle Commissioni Affari Costituzionali e Giustizia dell'8.7.2008), Casson (seduta n. 89 del 12.11.2008) e Carofiglio (seduta n. 90 del 12.11.2008) nel dibattito sul reato di immigrazione clandestina. La tutela della libertà di espressione e ricerca scientifica compare invece negli interventi dell'on. Capacchione (seduta n. 132 del 24.20.2013) e dei sen. Scilipoti, Barani Corsini (seduta n. 387 del 10.2.2015) nel dibattito sul reato di negazionismo.

²⁰⁰ Cfr. infra III.2.H.

²⁰¹ Si vedano, ad esempio, le considerazioni del sen. Li Gotti sull'impatto abnorme del reato di immigrazione clandestina sull'organizzazione giudiziaria (seduta n. 124 del 14.1.2009).

²⁰² Ricorrente è, ad esempio, nel dibattito sul reato di immigrazione clandestina l'argomento contrario all'incriminazione penale, ma sostanzialmente convergente rispetto all'obiettivo di evitare gli ingressi e le permanenze irregolari. Cfr., ex multis, l'intervento del sen. Galperti nella seduta n. 90 del 12.11.2008.

re il disagio giovanile²⁰³. Ma lo stesso accade quando, in luogo dell'inasprimento delle pene, si invita il legislatore ad assicurare le risorse di carattere organizzativo necessarie a magistratura e forze di polizia per rispondere alla criminalità²⁰⁴. In una seconda serie di interventi, la prospettazione delle alternative da parte dell'opposizione assume una connotazione più tecnica. In luogo dell'intervento sulla legittima difesa abitativa, per esempio, vi è chi propone di introdurre una causa di non punibilità a tutela di chi, all'interno del proprio domicilio, usa un mezzo non manifestamente sproporzionato per contrastare l'offesa²⁰⁵. In tema di immigrazione clandestina, diversi sono gli interventi che contestano l'utilità del ricorso allo strumento penale per contenere i flussi migratori²⁰⁶.

Considerazioni prevalentemente di natura tecnico-giuridica sono anche quelle che investono la ragionevolezza e la proporzionalità delle proposte in discussione. Diverse sono le situazioni in cui i parlamentari di opposizione rilevano l'irragionevole disparità di trattamento di fatti analoghi. E' una vera e propria levata di scudi quella che, ad esempio, vede le opposizioni contestare l'introduzione di una fattispecie di reato specifica per le lesioni a pubblico ufficiale circoscritta ai fatti commessi in occasione di manifestazione sportive, con chiara disparità di trattamento rispetto ad analoghe violenze commesse in diverso tipo di manifestazioni²⁰⁷. Così come nel dibattito sull'omicidio stradale diversi sono gli interventi diretti a lamentare l'incomprensibile esclusione dagli aggravamenti di pena di tutta una serie di condotte di guida altrettanto spericolate e spregiudicate di quelle soggette a sanzione più severa²⁰⁸. In altre

²⁰³ Si veda l'intervento dell'on. Pecorella nella seduta n. 135 del 27.3.2007. In senso analogo il richiamo dell'on. Pisapia (seduta n. 559 del 14.12.2004) a privilegiare politiche preventive o riabilitative nei confronti dei tossicodipendenti in luogo delle misure repressive.

²⁰⁴ Così ad esempio l'on. Finocchiaro (seduta n. 560 del 15.12.2004). In senso analogo gli interventi dei sen. Albano (seduta n. 461 del 9.6.2015) e Barani (seduta n. 463 del 10.6.2015) con cui si osserva l'esigenza di garantire maggiori controlli da parte delle forze dell'ordine, interventi di educazione stradale ed apposite tecnologie al fine di incrementare la sicurezza stradale. Si veda anche l'intervento del sen. Airola (seduta n. 387 del 10.2.2015) nel dibattito sul reato di negazionismo, dove rilevando l'inadeguatezza della risposta penale, si propone un investimento maggiore nell'istruzione.

²⁰⁵ In questo senso l'emendamento (respinto) 1.101 proposto dai sen. Fassone e Calvi.

²⁰⁶ Cfr. l'intervento del sen. Carofiglio nella seduta n. 90 del 12.11.2008.

²⁰⁷ Si vedano gli interventi degli on. Cirielli, Ascierio, Bono, Benedetti Valentini, Bosi (seduta n. 135 del 27.3.2007), dei sen. Brutti, Centaro (seduta del 28.3.2007) delle Commissioni Affari Costituzionali e Giustizia) e dei sen. Di Lello, Sinisi e Schifani (seduta n. 135 del 3.4.2007). Nonostante l'ampio consenso riscontrato da queste valutazioni anche nel governo e nella maggioranza, il decreto legge 8/2007 non veniva emendato sul punto in sede di conversione in ragione del rischio, paventato dal Governo, di decadenza dell'intero decreto. Nonostante l'impegno esplicito a procedere in un momento successivo alla correzione (cfr. gli interventi del Ministro dell'Interno Amato e della sen. Finocchiaro nella seduta n.135 del 3.4.2007), la disciplina a suo tempo introdotta con il decreto legge 8/2007 risulta tuttora invariata.

²⁰⁸ Si vedano gli interventi dei sen. Orellana, Lo Moro, Ferraresi e Malan (seduta n. 461

ipotesi, considerazioni in merito alla ragionevolezza portano invece a lamentare la mancata distinzione di situazioni diverse, come nel caso dell'equiparazione sanzionatoria di condotte potenzialmente assai diverse come l'ingresso illegale e il trattenimento indebito nel territorio nazionale, o l'incriminazione di condotte riguardanti le droghe leggere e droghe pesanti²⁰⁹.

Ridotte sono infine le ipotesi in cui si censura l'effettiva meritevolezza o la sproporzione delle pene²¹⁰. Gli interventi ispirati dal principio di ragionevolezza tendono piuttosto ad evidenziare vere e proprie contraddizioni generate dal furore ideologico del legislatore penale. E' per questa via, ad esempio, che si denuncia l'applicabilità del reato di ingresso illegale anche agli stranieri vittime di tratta, la punizione di consumatori di sostanze stupefacenti per uso terapeutico o il fatto che il trattamento sanzionatorio della recidiva semplice (aumento di un terzo) possa risultare superiore a quello della recidiva qualificata (aumento sino alla metà)²¹¹.

I. Sfiducia nei confronti del giudice e svalutazione della legalità costituzionale

Un ultimo profilo a cui è opportuno far cenno riguarda la tendenza del populismo penale a circoscrivere la discrezionalità del giudice. Emerge a questo riguardo con nettezza un atteggiamento di sfiducia per una magistratura rappresentata come lassista nei confronti della criminalità ed insensibile alla domanda di sicurezza dei cittadini. Lo si può constatare, per esempio, nel caso dell'introduzione della presunzione di proporzionalità in caso di legittima difesa abitativa, quando il relatore parla di irrazionale applicazione giurisprudenziale dell'art. 52 c.p. e di trasformazione di un istituto diretto a tutelare le vittime in uno strumento che giova agli aggressori²¹². Così è anche nel caso della riforma della recidiva, concepita come risposta alla tendenza della giurisprudenza di concedere indiscriminatamente le circostanze atte-

del 9.6.2015) in cui si rileva come non siano soggetti ad aumento di pena l'omicidio cagionato da guida distratta dall'uso di apparecchiature elettroniche, dal mancato arresto del veicolo al posto di blocco o dall'ingresso non autorizzato in zona pedonale.

²⁰⁹ Si vedano gli interventi degli on. Mantini (seduta delle Commissioni Giustizia e Affari Sociali del 1.2.2006), Zanella e Fanfani (seduta n. 746 del 7.2.2006). L'unico argomento addotto a sostegno della scelta di superare la differenziazione di trattamento tra droghe pesanti e droghe leggere sarebbe il consistente aumento di principio attivo rilevato nei sequestri più recenti di sostanze come la cannabis, cfr. l'intervento dell'on. Anedda alle Commissioni II e XII del 31.1.2006.

²¹⁰ Perplexità sui nuovi limiti edittali applicati all'omicidio stradale sono espresse dai sen. De Cristofaro, Lo Moro. Insoddisfatti invece per il non sufficiente rigore delle sanzioni accessorie sono i sen. Stefani e Cappelletti (seduta n. 461 del 9.6.2015).

²¹¹ Si veda l'intervento del sen. Fassone (seduta n. 852 del 25.7.2005).

²¹² Intervento dell'on. Rossi alla riunione della Commissione Giustizia del 21.7.2005.

nuanti generiche²¹³. Ma anche l'introduzione del reato di omicidio stradale è in fondo un intervento diretto ad assicurare che le oscillazioni della giurisprudenza tra dolo eventuale e colpa cosciente non si risolvano in un trattamento sanzionatorio mite in favore del reo²¹⁴.

Si badi, non è solo la magistratura ad essere bersaglio della *vis polemica* del populismo penale. Analoga svalutazione investe la dimensione tecnica della legislazione penale e, più in generale, il complesso delle garanzie costituzionali²¹⁵. Siamo in presenza a questo riguardo di un profilo costitutivo del populismo, consistente nella sfiducia nei confronti dei saperi tecnici e nella svalutazione di orientamenti normativi percepiti come esclusiva espressione di élite autoreferenziali²¹⁶. Individuando nella magistratura ed in chi professa una concezione costituzionale del diritto penale l'élite corrotta da combattere²¹⁷, il populismo penale dimostra tutto il proprio potenziale corrosivo. Ed è difficile in questa materia essere indulgenti o, addirittura, fiduciosi nei confronti dell'avanzata del populismo. Se infatti in altri ambiti è (forse) lecito esprimere fiducia rispetto a forze politiche che esprimono istanze di genuina e benefica ribellione nei confronti di un assetto politico nei fatti sempre più post-democratico²¹⁸, in materia penale un simile atteggiamento porta ad esiti paradossali. Nel sistema politico ed istituzionale vigente il populismo penale è tutt'altro che la voce di segmenti sociali marginalizzati che cercano di farsi spazio in un contesto che li esclude. No, il populismo penale è influente e ben rappresentato. Proprio questa scomoda realtà induce a volgere lo sguardo verso il giudizio di costituzionalità, per comprendere se quella sia (o possa essere) una sede in cui la libertà personale riceve una più rigorosa protezione.

3. Il limitato potenziale correttivo della giurisprudenza costituzionale

La giurisprudenza costituzionale sui limiti all'incriminazione penale non sembra tuttavia offrire rassicurazioni sufficienti. Anche in sede di controllo di costituzionalità, la libertà personale rivela una portata garantista ridotta, dissolvendosi nell'applicazione di una versione particolarmente deferente del principio di ragionevolezza²¹⁹. L'incriminazione penale diviene perciò domi-

²¹³ Si vedano gli interventi degli on. Vitali (seduta n. 382 del 3.11.2003) e Palma (seduta n. 561 del 16.12.2004).

²¹⁴ Si veda l'intervento del sen. Cucca nella seduta n. 461 del 9.6.2015.

²¹⁵ G. FIANDACA, *supra* n. 118, 101.

²¹⁶ *Ibidem*, 98.

²¹⁷ È tipica del populismo la tendenza a rappresentare la società come composta da un popolo puro e da una élite corrotta, cfr. M. ANSELMI, *Populismo e populismi*, in S. ANASTASIA, M. ANSELMI, D. FALCINELLI (a cura di), *Populismo penale: una prospettiva italiana* (Cedam, 2015), 6-7.

²¹⁸ Per una rivalutazione in questo senso del populismo, si veda E. LACLAU, *On Populist Reason* (Verso, 2007).

²¹⁹ G. Fiandaca, *supra* n. 91, 1263, dove si osserva come la giurisprudenza costituzionale

nio esclusivo della politica²²⁰: che si tratti di sindacare la definizione dei fatti punibili²²¹ o di valutarne il trattamento sanzionatorio²²², di verificare il rispetto del principio di offensività²²³ o l'adeguatezza di un reato a tutelare un bene giuridico²²⁴, la Corte Costituzionale pare irremovibile nel riconoscere al legislatore ampi margini di manovra, limitandosi a censurare solo le violazioni più gravi del principio di ragionevolezza²²⁵.

Nell'approfondire l'analisi di questa giurisprudenza, occorre quindi premettere che la libertà personale è trattata alla stregua di un principio e che il giudizio sulle leggi di incriminazione penale non è esentato dalla pervasiva applicazione del principio di ragionevolezza che caratterizza la giustizia costituzionale italiana²²⁶. Qui come altrove il giudice costituzionale non sembra seguire un criterio di giudizio lineare e strutturato²²⁷. Nulla tuttavia impedisce di ricostruirne l'operato facendo riferimento ai consueti canoni in cui si articola il giudizio di ragionevolezza o proporzionalità. Attraverso una simile impostazione è possibile individuare gli ambiti in cui la Corte Costituzionale è più propensa ad intervenire e, di conseguenza, il tipo di contributo che è ragionevole aspettarsi da essa nella tutela della libertà personale.

Poco o nulla ci si può attendere, ad esempio, dal sindacato sugli obiettivi perseguiti dal legislatore, ossia sulla legittimità dei beni giuridici che giustificano le restrizioni alla libertà personale. In tutta una serie di pronunce è semplice per la Corte Costituzionale ancorare la fattispecie punitiva a beni

abbia fatto proprio un orientamento mediano tra libertà politica e neo-giusnaturalismo costituzionale.

²²⁰ V. Manes, *I recenti tracciati della giurisprudenza costituzionale in materia di offensività e ragionevolezza*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2012, 100.

²²¹ Cfr. ad esempio, la sent. 250/2010, § 5 e 6.3 in materia di reato di immigrazione clandestina, dove la Corte afferma: «Determinare quale sia la risposta sanzionatoria più adeguata a tale illecito, e segnatamente stabilire se esso debba assumere una connotazione penale, anziché meramente amministrativa [...], rientra nell'ambito delle scelte discrezionali del legislatore, il quale ben può modulare diversamente nel tempo – in rapporto alle mutevoli caratteristiche e dimensioni del fenomeno migratorio e alla differente pregnanza delle esigenze ad esso connesse – la qualità e il livello dell'intervento repressivo in materia».

²²² Cfr. ad esempio, la sent. 9/1972, § 7, in materia di commercio e detenzione di sostanze stupefacenti.

²²³ Cfr. sent. 225/2008, § 3 riguardante il reato di possesso ingiustificato di chiavi alterate o grimaldelli.

²²⁴ Cfr. sent. 250/2010, § 10.

²²⁵ Di qui la frequente prassi di rigettare le questioni di costituzionalità per manifesta infondatezza, cfr. ad esempio l'ord. 262/2005, in tema di omessa o ritardata comunicazione dei nominativi degli ospiti di un albergo.

²²⁶ M. CARTABIA, *I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana*, Intervento alla Conferenza trilaterale delle Corti costituzionali italiana, portoghese e spagnola, 24-26 ottobre 2013, 1-2.

²²⁷ *Ibidem*, 14-15.

giuridici di sicuro fondamento costituzionale²²⁸. In altre, per quanto la rilevanza costituzionale del bene giuridico protetto non sia immediata, la Corte pare comunque disponibile ad allargare le maglie dei principi costituzionali e a riconoscere la legittimità degli obiettivi perseguiti dal legislatore²²⁹. Solo in casi estremi si arriva a dichiarare che il comportamento punito non compromette alcun bene giuridico meritevole di tutela e che, quindi, le limitazioni alla libertà personale sono ingiustificate²³⁰.

Non molto più promettente è il sindacato sull'adeguatezza delle leggi di incriminazione penale, ovvero sulla loro effettiva capacità di assicurare protezione ai beni giuridici in questione. Sono infatti davvero poche e riguardanti casi tutto sommato marginali le pronunce in cui la Corte Costituzionale rileva lo scarso contributo del reato in questione alla tutela di un determinato bene giuridico²³¹. Su questo specifico punto, si sconta probabilmente la scelta della Corte Costituzionale di prediligere un uso argomentativo dei principi costituzionali, senza valorizzare contributi conoscitivi di natura empirica²³². Accade così che la Corte si ritenga soddisfatta dall'accertamento della pericolosità in astratto dell'attività sanzionata, rimettendo semmai al giudice ordinario la puntuale verifica dell'effettiva pericolosità della condotta in questione²³³. In questa prospettiva, solo in presenza di scelte manifestamente inadeguate la garanzia costituzionale alla libertà personale riacquista una qualche consistenza²³⁴.

²²⁸ E' questo il caso, ad esempio, delle norme che punivano l'obiezione di coscienza totale all'obbligo di servizio militare, incardinate negli artt. 2 e 52 della Costituzione (cfr. sent. 409/1989).

²²⁹ Difficile quindi che i principi costituzionali riescano ad operare come filtro nella selezione degli obiettivi che ispirano l'incriminazione penale. E' frequente infatti che si attribuisca rilevanza costituzionale implicita al bene giuridico protetto. Questo è, ad esempio, il caso del reato di immigrazione clandestina, diretto a tutelare l'interesse dello stato al controllo e alla gestione dei flussi migratori, bene ritenuto strumentale ad un bene giuridico finale di sicuro rilievo costituzionale quale la sovranità dello stato, cfr. sent. 250/2010, § 6.3. Analogo è il caso del reato di mendicizia invasiva, diretto a tutelare il bene giuridico della tranquillità pubblica e lo spontaneo adempimento del dovere di solidarietà (cfr. sent. 519/1994, § 4).

²³⁰ Si veda, ad esempio, la sent. 120/1968, dove si è dichiarata l'incostituzionalità del divieto di inserzione nei giornali di corrispondenze o avvisi amorosi, e la sent. 189/1987, riguardante il reato di esposizione non autorizzata di bandiere dei paesi stranieri.

²³¹ Si veda, ad es., la sent. 370/1996, § 2, dove si è rilevata l'inadeguatezza della contravvenzione di possesso ingiustificato di valori rispetto all'obiettivo di contrastare fenomeni di arricchimento personale ottenuto mediante vie illecite ed occulte.

²³² M. DONINI, supra n. 102, 39.

²³³ Si veda in proposito la sent. 360/1995 in materia di coltivazione di stupefacenti. In questa circostanza, la Corte Costituzionale si è accontentata di accertare la pericolosità in astratto della coltivazione per la salute umana, attribuendo al giudice di merito il compito di verificare in concreto l'offensività delle specifiche condotte di coltivazione nel presupposto che in alcuni casi sia possibile ritenerle penalmente irrilevanti in base all'art. 49 c.p.

²³⁴ Per un recente esempio, si veda la sent. 74/2016, dove il divieto di prevalenza della

Un discorso analogo vale per il controllo sul rispetto del principio di sussidiarietà. Per quanto in questo ambito la Corte Costituzionale non esiti ad esortare il legislatore ad un uso selettivo della sanzione penale²³⁵, il più delle volte questo accade in situazioni in cui la scelta di incriminare determinate condotte risulta giustificata²³⁶. Più rara è invece l'applicazione in chiave critica del principio di sussidiarietà, anche qui riservata ad episodi in fin dei conti poco significativi²³⁷.

Per incontrare pronunce ispirate a criteri di giudizio più incisivi è necessario rivolgere l'attenzione ad alcune decisioni riguardanti la ragionevolezza e la proporzionalità della sanzione penale. Si può ricordare, ad esempio, la sentenza con cui si è dichiarata manifestamente sproporzionata la quantificazione della pena della reclusione per chi rifiuta il servizio militare in tempo di pace per motivi di coscienza in relazione alle minori pene previste per chi manca alla chiamata al servizio militare senza motivo o per motivi futili²³⁸. E proprio la disponibilità di un *tertium comparationis* ha permesso alla Corte Costituzionale di censurare l'irragionevolezza del trattamento sanzionatorio più severo della violazione di vincoli su beni paesaggistici individuati in via provvedi-

circostanza attenuante della collaborazione per i reati di narcotraffico sulla recidiva reiterata è stata considerata manifestamente irragionevole in relazione all'obiettivo di favorire la dissociazione e la collaborazione.

²³⁵ Si veda, ad esempio, la sent. 409/1989, § 4, dove la Corte afferma: «non v'è dubbio, infatti, che il legislatore non è sostanzialmente arbitro delle sue scelte criminalizzatrici ma deve, oltre che ancorare ogni previsione di reato ad una reale dannosità sociale, circoscrivere, per quanto possibile, tenuto conto del rango costituzionale della (con la pena sacrificata) libertà personale, l'ambito del penalmente rilevante ma è anche indubbio che le valutazioni, dalle quali dipende la riduzione del numero delle incriminazioni, attengono a considerazioni generali (sulla funzione dello Stato, sul sistema penale, sulle sanzioni penali) e particolari (sui danni sociali contingentemente provocati dalla stessa esistenza delle incriminazioni, dal concreto svolgimento dei processi e dal metodo d'applicazione delle sanzioni penali) che, per loro natura, sono autenticamente ideologiche e politiche e, pertanto, non formalmente controllabili in questa sede. La non applicazione, da parte del legislatore ordinario, dei criteri informativi di politica criminale (quale quello di "sussidiarietà" del diritto penale) costituzionalmente sanciti, possono, infatti, essere censurati da questa Corte solo per violazione del criterio di ragionevolezza e per indebita compressione del diritto fondamentale di libertà costituzionalmente riconosciuto».

²³⁶ Così è nel caso del giudizio sul reato di obiezione di coscienza totale (sent. 409/1989), ma si veda anche il giudizio sul regime sanzionatorio del responsabile di gestione dell'acquedotto in caso di fornitura di acqua priva dei requisiti di qualità stabiliti a tutela della salute umana, cfr. sent. 317/96, § 2-3.

²³⁷ Il ricorso allo strumento penale è stato ritenuto abnorme nel caso del reato di mendicizia non invasiva, suggerendo come risposta più adeguata al fenomeno sociale della mendicizia la predisposizione di interventi ispirati al valore costituzionale della solidarietà, cfr. sent. 519/1995, § 3. Per un esito analogo si veda anche la sent. 189/1987, § 4, dove si è dichiarata la manifesta irrazionalità della contravvenzione che punisce l'esposizione non autorizzata di bandiere straniere.

²³⁸ Cfr. sent. 409/1989, § 6.

mentale rispetto alla violazione di vincoli riguardanti beni tutelati per legge²³⁹.

Ma è soprattutto nel giudizio riguardante la circostanza aggravante della clandestinità che i principi di ragionevolezza e proporzionalità dimostrano di poter essere impiegati utilmente nel contrasto di misure penali populiste²⁴⁰. La pronuncia in questione muove infatti da premesse decisamente garantiste: dopo aver affermato che la condizione giuridica dello straniero non giustifica un trattamento diversificato e peggiorativo nella tutela dei diritti fondamentali, la Corte rileva la contrarietà al principio di eguaglianza di un trattamento penale più severo motivato solo da qualità personali del reo estranee al fatto-reato²⁴¹. L'introduzione da parte dell'aggravante in questione di una distinzione fondata sulle condizioni personali e sociali del reo, ovvero su uno dei parametri esplicitamente previsti nel nucleo duro del principio di eguaglianza, induce la Corte ad una valutazione stringente del rispetto del principio di ragionevolezza. Si osserva allora che l'aggravante non individua un maggior danno o pericolo per i beni giuridici tutelati dalle norme penali, né pare che essa consenta di contrastare in maniera più efficace l'immigrazione irregolare²⁴². La Corte rileva poi che l'aggravante, cumulandosi al reato di immigrazione clandestina, determina una intensificazione sproporzionata del carico sanzionatorio²⁴³. L'inserimento nell'ordinamento di quella che, in fondo, è una presunzione generale assoluta di pericolosità sociale, oltre a poter contribuire ad esiti punitivi arbitrari nel caso singolo, ha un effetto stigmatizzante che prescinde del tutto dalla condotta del reo²⁴⁴.

Non sempre l'applicazione del principio di ragionevolezza conduce ad esiti così soddisfacenti. Occorre infatti riconoscere che, oltre ad ispirare pronunce così puntuali sul fronte della garanzia dei diritti fondamentali, il principio di ragionevolezza è all'origine di pronunce più accomodanti nei confronti di scelte di politica criminale più che discutibili. Spiccano, a questo riguardo, una serie di decisioni in materia di reati riguardanti le sostanze stupefacenti. Il principio di ragionevolezza, per esempio, non porta a censurare l'equiparazione nel trattamento sanzionatorio di condotte così diverse come

²³⁹ Si veda la sent. 56/2016. L'indisponibilità di un *tertium comparationis* che permettesse di individuare una soluzione costituzionalmente obbligata ha portato la Corte Costituzionale a dichiarare l'inammissibilità dell'equiparazione del trattamento sanzionatorio di droghe leggere e droghe pesanti, cfr. sent. 23/2016.

²⁴⁰ Si veda la sent. 249/2010.

²⁴¹ *Ibidem*, § 4.1 e 4.2.

²⁴² *Ibidem*, § 5. Emerge, quindi, in relazione all'inefficacia dell'aggravante anche un profilo riguardante la sua incongruità-inadeguatezza.

²⁴³ *Ibidem*, § 6.

²⁴⁴ *Ibidem*, § 9. A questo riguardo, diverso è invece l'esito del giudizio riguardante il reato di immigrazione clandestina, in cui la Corte ha ritenuto essere sanzionata non una qualità personale ma una condotta (ingresso illegale o indebito trattenimento), cfr. sent. 250/2010, § 6.2.

la detenzione a fini di spaccio e la detenzione per uso personale²⁴⁵. Sempre l'applicazione del principio di ragionevolezza permette alla Corte di giustificare la disparità di trattamento sanzionatorio di condotte come la coltivazione di sostanze stupefacenti per uso personale (sottoposta a sanzione penale) e l'importazione, l'acquisto o la detenzione per uso personale (depenalizzate a seguito di referendum)²⁴⁶, o di ammettere che in caso di detenzione ai fini di spaccio di quantitativi ridotti di sostanza stupefacente non sia doveroso valorizzare la distinzione tra droghe leggere e droghe pesanti rilevante in caso di detenzione di maggiori quantità di sostanza stupefacente²⁴⁷. Insomma, il principio di ragionevolezza si dimostra strumento facilmente manipolabile che si presta sia ad interventi correttivi nei confronti della legislazione penale, sia a pronunce meno coraggiose e convincenti sul fronte della garanzia della libertà personale.

Quarta parte. Diritti fondamentali senza illusioni

Lo studio sulla portata garantista della libertà personale e sui limiti all'incriminazione penale induce a considerare empiricamente infondata la tesi dei diritti fondamentali in senso forte. La libertà personale è un diritto programmaticamente esposto a restrizioni legislative che si giustificano non solo in vista della tutela di beni giuridici radicati nella Costituzione, ma di un più ampio ventaglio di interessi autonomamente individuati dal legislatore.

Anche la tesi opposta, quella della concezione politica dei diritti fondamentali, mostra tutti i suoi limiti. Nel campo dell'incriminazione penale, il procedimento legislativo offre garanzie insufficienti ad assicurare un ricorso selettivo allo strumento penale. Inoltre, tale tesi è smentita con riferimento al teorizzato effetto disabilitante del controllo di costituzionalità sull'attività legislativa. Lungi dal porre una difficoltà contromaggioritaria, la giurisprudenza costituzionale non sembra discostarsi in maniera significativa dal sentimento medio dell'opinione pubblica²⁴⁸. Semmai, il sindacato sull'incrimi-

²⁴⁵ Cfr. la sent. 9/1972, § 7, dove il trattamento legislativo uniforme è giustificato alla luce della tutela del diritto (ma più appropriato, in questo caso, sarebbe dire il dovere) alla salute e dell'obiettivo della lotta alla droga.

²⁴⁶ Cfr. sent. 360/1995. A fronte della segnalata disparità di trattamento, la Corte Costituzionale si era inizialmente espressa con una dichiarazione di inammissibilità motivata dalla possibilità di estendere in via interpretativa alla coltivazione la depenalizzazione della detenzione per uso personale (cfr. sent. 443/1994). Dopo che la Corte di Cassazione aveva rigettato questa soluzione, la Corte Costituzionale ha sostenuto l'eterogeneità delle condotte in questione rilevando l'assenza nel caso della coltivazione del nesso di immediatezza con l'uso personale riscontrabile invece nella detenzione (cfr. sent. 360/1995, § 5 e 6).

²⁴⁷ Cfr. sent. 23/2016, § 2.4. È interessante notare la distanza di questa pronuncia da quanto deciso nella sent. 9/1972, § 4, quando la Corte aveva ritenuto giustificate le differenziazioni del trattamento sanzionatorio basate sulla diversa pericolosità delle sostanze stupefacenti.

²⁴⁸ A. BARAK, *supra* n. 19, 107.

nazione penale dimostra l'esistenza di una difficoltà maggioritaria, ovvero di una tendenziale incapacità della Corte Costituzionale di contrastare derive che rischiano di corrodere i diritti delle minoranze e, più in generale, i principi costituzionali²⁴⁹. Di conseguenza, anche se i diritti fondamentali possono essere tutelati attraverso il controllo di costituzionalità, molto e, forse, troppo è ancora nella disponibilità del legislatore. Di questo è difficile rallegrarsi: in un periodo in cui la sensibilità garantista lascia parecchio a desiderare, è poco rassicurante affidare le sorti dei diritti in maniera quasi esclusiva al circuito democratico-rappresentativo.

Maggiore fondatezza va riconosciuta alla tesi dei diritti fondamentali come principi e, più nello specifico, al modello costituzionale debole del diritto penale. Dal punto di vista teorico, questa concezione consentirebbe ai diritti fondamentali di esplicitare la propria portata garantista tanto in sede legislativa quanto in sede giurisdizionale essenzialmente per il tramite del principio di proporzionalità. Al lato pratico, però, anche questa impostazione si rivela poco appagante: nei confronti delle restrizioni operate dal legislatore, essere titolari della libertà personale significa solo poter esigere una giustificazione, poiché solo in presenza di provvedimenti legislativi abnormi è possibile ottenere un rimedio giurisdizionale. Dalla Corte Costituzionale, infatti, non è ragionevole attendersi né l'esercizio di una funzione di filtro con riferimento ad incriminazioni connesse a beni giuridici scollegati dal testo costituzionale, né un argine di fronte all'uso simbolico del diritto penale. In modo analogo, la Corte pare poco propensa ad applicare in maniera rigorosa il principio di sussidiarietà²⁵⁰, e solo in qualche caso circoscritto arriva a censurare l'inadeguatezza delle incriminazioni o irragionevoli contraddizioni esistenti tra fattispecie assimilabili. Insomma, in tema di garanzia della libertà personale non c'è da coltivare troppe illusioni nei confronti di un assetto istituzionale che, una volta investito da derive populiste, fatica a trovare le risorse per un'efficace reazione.

Proprio l'affacciarsi del populismo penale può giustificare sforzi diretti a potenziare la portata garantista dei diritti fondamentali. Non credo si tratti qui di addossare alla concezione dei diritti come principi responsabilità che solo in parte le appartengono, né ritengo sia produttivo invocare un passaggio ad una concezione teorica forte dei diritti. Le carenze e le criticità rilevate in questo studio giustificano tentativi teoricamente più modesti ma, forse, al lato pratico più efficaci.

²⁴⁹ M. DORF, *Majoritarian Difficulty and Theories of Constitutional Decision Making*, in *University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law*, 2010-2011, 13, 287-288. Si veda, in termini analoghi, anche l'incubo giuspositivista paventato da G. IRZCOVICH, *Nobili sogni e incubi. Teorie dell'interpretazione costituzionale e contesto istituzionale*, in corso di pubblicazione su *Rivista di Filosofia del Diritto*.

²⁵⁰ La prevalente portata politica e non giustiziabilità del principio di sussidiarietà è rilevata da M. DONINI, *supra* n. 101, 430.

A fronte delle non esaltanti prestazioni del legislatore, pare ad esempio utile riflettere su possibili meccanismi idonei ad accentuare la garanzia dei diritti fondamentali all'interno del procedimento legislativo. Nell'ordinamento dell'Unione Europea, ad esempio, da tempo si è iniziato a sottoporre le iniziative legislative a valutazioni d'impatto alla luce del principio di proporzionalità²⁵¹ e, più recentemente, dei diritti fondamentali riconosciuti dalla Carta di Nizza²⁵². Si tratta per ora di tentativi non scevri da ambiguità²⁵³ che, comunque, sembrano indirizzarsi verso una trasformazione dell'*ethos* legislativo dell'Unione ed una maggiore sensibilità rispetto alla cultura dei diritti²⁵⁴.

Ancora più significativa è l'esperienza britannica di applicazione in sede legislativa dello *Human Rights Act (1998)*. Oltre a richiedere a governo e parlamento di esaminare l'impatto sui diritti fondamentali dei propri provvedimenti²⁵⁵, l'istituzione di un *Joint Committee on Human Rights* ha reso sistematico il controllo indipendente sul rispetto dei diritti all'interno del procedimento legislativo²⁵⁶. Il tentativo di instillare una maggiore consapevolezza in merito alla tutela dei diritti a monte dell'eventuale (e, anche in quell'ordinamento, debole) controllo giurisdizionale ha prodotto risultati di rilievo: nel corso della propria attività, il *Joint Committee on Human Rights* non solo ha ispirato l'approvazione di emendamenti correttivi ai provvedimenti legislativi più controversi, ma è riuscito ad affermarsi come una sede aperta alle istanze della società civile organizzata interessata a promuovere il rispetto dei diritti fondamentali²⁵⁷. Non sfugge come la sperimentazione di dispositivi analoghi potrebbe rafforzare la garanzia dei diritti fondamentali anche nell'ordinamento costituzionale italiano. In presenza di un circuito

²⁵¹ Si vedano l'art. 5 del Protocollo sull'applicazione dei principi di sussidiarietà e proporzionalità e la Comunicazione della Commissione "Legiferare meglio per ottenere risultati migliori – Agenda dell'UE" COM (2015) 215 final. Incentrato sulla valutazione di impatto è anche il recente Accordo interistituzionale tra Parlamento europeo, Consiglio e Commissione sul Better Law-Making, cfr. <ec.europa.eu/smart-regulation/better_regulation/documents/iii_blm_final_en.pdf>.

²⁵² Cfr. Comunicazione "Strategia per un'attuazione effettiva della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea" COM (2010) 573 def.

²⁵³ Le valutazioni di impatto previste nell'ambito dell'iniziativa Better Law-Making sembrano principalmente dirette a minimizzare i costi delle misure di regolamentazione per le imprese. Cfr. in particolare la Comunicazione "The REFIT Platform – Structure and Functioning" C(2015) 3260 final.

²⁵⁴ Per una prima verifica a riguardo si veda I. BUTLER, Ensuring compliance with the Charter of Fundamental Rights in legislative drafting: the practice of the European Commission, in *European Law Review*, 2012, 37, 397.

²⁵⁵ Cfr. *Human Rights Act*, sect. 19.

²⁵⁶ Sull'attività del *Joint Committee on Human Rights* si veda J. L. HIEBERT, *Parliament and the Human Rights Act: Can the JCHR help facilitate a culture of rights?*, in *International Journal of Constitutional Law*, 2006, 4, 1-38.

²⁵⁷ *Ibidem*, 36-37.

democratico-rappresentativo più permeabile alla cultura dei diritti fondamentali, anche la scelta della Corte Costituzionale di mantenere un atteggiamento deferente nei confronti di un legislatore che spesso non lo merita apparirebbe più convincente di quanto non lo sia ora.

Ma, al di là di auspicabili correttivi all'interno del procedimento legislativo, anche i criteri di giudizio impiegati dalla Corte in materia di limiti all'incriminazione penale possono essere oggetto di una rivisitazione critica. Si badi, a suscitare perplessità non è tanto o solo la deferenza con cui la Corte affronta il controllo di costituzionalità delle leggi penali, quanto l'uniformità dei criteri di giudizio impiegati in presenza di una pluralità di variabili che potrebbero invece giustificare una gamma più diversificata di standard di giudizio. Davvero di fronte a reati introdotti con decreto legge o decreto legislativo la Corte deve impiegare gli stessi criteri di giudizio utilizzati per reati approvati con legge? Davvero il controllo di costituzionalità su incriminazioni che prevedono la pena detentiva deve seguire gli stessi criteri utilizzati per misure che prevedono solo sanzioni pecuniarie? Davvero non esiste una relazione tra intensità del controllo di costituzionalità e qualità e quantità della pena? Qualora si ritenesse di predisporre correttivi giurisdizionali più efficaci contro il populismo penale, queste sono alcune delle domande da cui si potrebbe partire.

LA DOPPIA DIMENSIONE DEI DIRITTI FONDAMENTALI*

di Alessandra Di Martino

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Alcune esperienze costituzionali a confronto. – 2.1. L'esperienza tedesca. – 2.2. L'esperienza statunitense – 2.3. L'esperienza italiana. – 3. Osservazioni conclusive: dimensioni dei diritti fondamentali e doveri costituzionali.

1. Introduzione

La prospettiva delle “dimensioni” dei diritti fondamentali non sembra aver goduto, presso la dottrina italiana, di grande attenzione, essendo stato piuttosto preferito il punto di vista delle “generazioni”, che vede nell’approvazione di carte e cataloghi dei diritti la risposta a lotte storicamente determinate¹. A ben vedere, tuttavia, riferimenti più o meno diretti all’aspetto dimensionale non sono mancati, sia nell’ambito di una rielaborazione del rapporto tra libertà negativa e libertà positiva, sia con riferimento alla struttura dei diritti e alle relative garanzie, sia osservando i diritti fondamentali come valori e principi costituzionali. In una luce siffatta, il discorso sulle dimensioni dei diritti appare non incompatibile ma complementare a quello sulle generazioni².

Nel corso di questa relazione, farò riferimento a una duplice dimensione dei diritti, quella individuale e quella istituzionale o ordinamentale. La prima attiene anzitutto al profilo soggettivo e difensivo, tipico della tradizione liberale, ma riguarda anche la libertà positiva come autonomia. Questa, peraltro, può richiedere per la propria realizzazione misure attive da parte dei poteri pubblici, e quindi si proietta sulla dimensione istituzionale. La seconda contiene a sua volta una serie di profili, i quali presentano come tratti comuni il presupposto del radicamento sociale dei diritti, il legame con la funzione di integrazione e l’impulso, indirizzato dalla costituzione agli organi statali, ad assicurare la più ampia effettività e la promozione dei diritti stessi.

Se la questione delle dimensioni dei diritti fondamentali interseca quella delle garanzie, e quindi chiama in causa il ruolo del giudice e quello del legislatore, ai fini di protezione e conformazione, essa non può non tocca-

¹ * Questo testo rappresenta una versione ridotta della relazione tenuta al convegno di Cassino. Il testo integrale, comprensivo di ulteriori approfondimenti e riferimenti bibliografici, è rinvenibile su gruppodipisa.it.

V., per tutti, N. BOBBIO, *L'età dei diritti*, Einaudi, Torino, 1990, VII ss., e pt. I.

² P. RIDOLA, *Diritti fondamentali. Un'introduzione*, Giappichelli, Torino, 2006, 3 ss.

re anche i problemi dell'interpretazione costituzionale e degli equilibri tra parlamenti e corti costituzionali, problemi che, a loro volta, si ricollegano a determinate teorie dei diritti fondamentali e della costituzione.

La prospettiva della multidimensionalità dei diritti fondamentali è stata esplorata con maggiore attenzione nelle democrazie pluralistiche della seconda metà del Novecento. Il significato ordinamentale dei diritti era tuttavia conosciuto fin dall'epoca rivoluzionaria, quando si è affiancato – in misura diversa a seconda dei contesti – al profilo individuale³. L'esperienza weimariana ha rappresentato un prezioso laboratorio in questa materia. Per ragioni di spazio, nei paragrafi seguenti restringerò l'analisi ad alcune esperienze contemporanee, cercando di individuare gli aspetti comuni e le specificità dei singoli paesi, spiegandone le ragioni alla luce dei contenuti delle singole costituzioni e delle diverse culture costituzionali⁴. In particolare, metterò a fuoco l'esperienza tedesca, dalla quale è pervenuta la letteratura più copiosa sull'argomento, quella statunitense, che appare a prima vista la più distante dall'approccio dimensionale, e quella italiana, che ha sviluppato una dinamica originale rispetto al modello tedesco⁵. Proverò, infine, a trarre alcune conclusioni in ordine al rapporto tra le singole dimensioni dei diritti.

2. Alcune esperienze costituzionali a confronto

La discussione weimariana sui diritti, di cui sono state protagoniste figure come Carl Schmitt, Rudolf Smend, Richard Thoma ed Hermann Heller⁶, ha preannunciato l'importanza crescente che la questione della multidimensionalità dei diritti ha assunto nello stato costituzionale. La dogmatica e la teoria dei diritti fondamentali sono andate di pari passo, anche se non sono mancati tentativi di mostrarne la reciproca indipendenza. Colpisce, peraltro, come il tema sia stato affrontato in modo non omogeneo dagli studiosi dei vari paesi: se, per un verso, i costituzionalisti tedeschi hanno dedicato ampia attenzione alla discussione delle dimensioni dei diritti fondamentali, tanto che alcuni

³ Ivi, 35 ss., 57 ss., M. FIORAVANTI, *Appunti di storia delle costituzioni moderne. Le libertà fondamentali*, 3ª ed., Giappichelli, Torino, 2014; P. COSTA, *Diritti fondamentali (Storia)*, in *Enc. Dir., Annali*, II, t. II, Giuffrè, Milano, 2008, 365 ss.; G. OESTREICH, *Storia dei diritti umani e delle libertà fondamentali* (1978), a cura di G. Gozzi, Laterza, Roma Bari, 2001.

⁴ Sulle culture costituzionali come chiave del percorso comparativo cfr., con specifico riferimento ai diritti fondamentali, P. HÄBERLE, *Grundrechtsgeltung und Grundrechtsinterpretation im Verfassungsstaat. Zugleich zur Rechtsvergleichung als "fünfter" Auslegungsmethode* (1989), in Id., *Rechtsvergleichung im Kraftfeld des Verfassungsstaates*, Duncker & Humblot, Berlin, 1992, 31 ss.

⁵ Per un approfondimento del profilo storico, dell'esperienza weimariana e degli ordinamenti europei cfr. la relazione integrale, par. 2 e 3.4.

⁶ Su questo dibattito cfr. il testo integrale, par. 2.

hanno parlato di un *Sonderweg* tedesco in questa materia⁷, l'argomento è sembrato assente dalla riflessione degli autori statunitensi, mentre è affiorato, con una frequenza limitata ma progressiva, nelle indagini degli studiosi italiani. Sia negli Stati Uniti che in Italia, comunque, la questione è riemersa muovendo da nodi problematici differenti ma correlati, come quello della distinzione tra libertà negativa e libertà positiva. Tale dottrina è stata tematizzata, a conclusione della seconda guerra mondiale, per ribadire il primato della libertà negativa, intesa come assenza di interferenza, rispetto alla libertà positiva, intesa come autonomia e sviluppo della volontà senza coartazioni esterne. Una ricostruzione siffatta, tuttavia, risentiva del contesto storico di provenienza, e in particolare della preoccupazione di un nuovo scivolamento verso forme di totalitarismo⁸.

La polivalenza del concetto di libertà, negli ultimi decenni, è stata ripensata a fondo. Se il significato di libertà negativa può cogliersi in maniera più immediata, quello di libertà positiva comprende accezioni diverse, che includono, accanto alla libertà politica, anche una libertà «reale» e «promozionale». Essa consegue alla presa d'atto di una disparità nell'esercizio dei diritti che dipende dalle condizioni economiche degli individui e dal loro radicamento sociale, ed esprime l'esigenza che i poteri pubblici siano indirizzati a far fronte a fondamentali esigenze dei cittadini (di sopravvivenza, ma anche di conservazione e miglioramento delle proprie condizioni). Gli studi sull'argomento hanno mostrato come le diverse declinazioni della libertà non stiano in contrapposizione tra loro ma diano luogo invece a un rapporto di reciproca implicazione⁹.

Spunti interessanti sono pervenuti dalla riflessione sulla struttura dei diritti fondamentali e delle libertà costituzionali, ma la novità principale di questa fase appare forse la considerazione dei diritti fondamentali come valori e principi costituzionali, i quali contribuiscono a legittimare la costituzione complessiva, svolgono un compito di integrazione, fondano compiti per i

⁷ R. WAHL, *Die objektiv-rechtliche Dimension der Grundrechte im internationalen Vergleich*, in D. Merten, H.J. Papier (hg.), *Handbuch der Grundrechte*, v. I, Müller, Heidelberg, 2004, 754 ss. Diversamente T. RENSCHMANN, *Wertordnung und Verfassung*, Mohr, Tübingen, 2007, 90 ss., 134 ss., 161 ss., 266 ss.; nel senso di quest'ultimo W. KAHL, *Grundrechte*, in O. Depenheuer, C. Grabenwarter (hg.), *Verfassungstheorie*, Mohr, Tübingen, 2010, 835-836.

⁸ Cfr. I. BERLIN, *Due concetti di libertà* (1958), Milano, Feltrinelli, 2000, 11 ss. V. altresì N. BOBBIO, *Della libertà dei moderni comparata a quella dei posteri*, in A. Passerin d'Entrèves (a cura di), *La libertà politica*, Ed. di Comunità, Milano, 1974, 67 ss.

⁹ Cfr., oltre agli autori che verranno richiamati nei paragrafi seguenti, G. PECES-BARBA, *Teoria dei diritti fondamentali*, a cura di V. Ferrari, Giuffrè, Milano, 1993, 195 ss. ed ivi, 202 ss., sulla «libertà promozionale»; F. NEUMANN, *Lo stato democratico e lo stato autoritario* (1957), il Mulino, Bologna, 1973, 33 ss.; R. DAHRENDORF, *La libertà che cambia*, Laterza, Roma Bari, 1980 e, più recentemente e in un contesto diverso, A. SEN, *Lo sviluppo è libertà*, Mondadori, Milano, 2000. Per una considerazione critica dell'uso dei termini libertà «negativa» e «positiva» v. L. FERRAJOLI, *Diritti fondamentali*, Laterza, Roma Bari, 2001, 288 ss.

poteri pubblici, sviluppano i propri effetti nelle diverse branche dell'ordinamento e nei rapporti interprivati.

2.1. L'esperienza tedesca

Nella dottrina costituzionalistica tedesca, il filone di studi sulle dimensioni dei *Grundrechte* è ormai cospicuo¹⁰. Benché le classificazioni non siano sempre coincidenti tra loro, l'assunto di fondo, condiviso da molti, riguarda l'impossibilità di esaurire il significato dei diritti fondamentali nella sola dimensione dell'*Abwehrrecht*, soggettiva e difensiva, e la necessità di dover considerare, accanto ad essa, una dimensione oggettiva e istituzionale. Quest'ultima, a sua volta, viene articolata in una pluralità di ulteriori sotto-dimensioni, che vanno da quella dell'irradiazione e dell'efficacia dei diritti fondamentali nei rapporti tra privati (*Austrahlungswirkung* e *Drittwirkung*), a quella dei diritti di prestazione (*Leistungsrechte*), da quella delle misure procedimentali e organizzative (*Organisations- und Verfahrensrechte*), a quella degli obblighi di protezione (*Schutzpflichten*), fino a quella democratico-partecipativa (*Teilnahmerechte*). A monte di tutte queste, sta la comprensione dei diritti fondamentali come un sistema di valori costituzionali, capace di imprimere allo stato direttive e impulsi e di influenzare tutti i settori dell'ordinamento. Tale *Wertsystem* ha trovato la sua espressione più efficace nella sentenza Lüth del *Bundesverfassungsgericht* (BVerfG) del 1958¹¹. In seguito, il riferimento esplicito al "sistema di valori" o all'"ordinamento di valori" si è in parte attenuato, in favore di formule meno pregnanti, come quella degli "elementi dell'ordine oggettivo" della costituzione¹².

Le matrici culturali di questa giurisprudenza appaiono, più che il giusnaturalismo, l'etica materiale dei valori – della quale è stato però messo da parte il rigido ontologismo¹³ –, e soprattutto la teoria smendiana, sia per il nes-

¹⁰ Per un panorama complessivo cfr. R. ALEXY, *Theorie der Grundrechte* (1985), Suhrkamp, Frankfurt a.M., 1994; ID., *Grundrechte als subjektive Rechte und als objektive Normen*, in *Der Staat* 1990, 49 ss.; H. DREIER, *Dimensionen der Grundrechte*, Juristische Studiengesellschaft, Hannover, 1993; H.D. JARASS, *Funktionen und Dimensionen der Grundrechte*, in D. Merten, H.J. Papier (hg.), *Handbuch der Grundrechte*, v. II, Müller, Heidelberg, 2006, 625 ss.; ID., *Die Grundrechte: Abwehrrechte und objektive Grundsatznormen*, in *Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht*, Mohr, Tübingen, 2001, 35 ss.; WAHL, *Die objektiv-rechtliche Dimension*, cit., 446 ss.; C. CALLIESS, *Dimensions of Fundamental Rights – Duty to Respect versus Duty to Protect*, in H. Pünder, C. Waldhoff (eds.), *Debates in German Public Law*, Hart, Oxford, 2014, 27 ss.; KAHL, *Grundrechte*, cit.

¹¹ BVerfGE, 7, 198, spec. 204-205.

¹² Significativo in proposito K. HESSE, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 20ª ed., Müller, Heidelberg, 1999, 127, 135. Su questo mutamento v. DREIER, *Dimensionen*, cit., 21 ss. Una valutazione in parte diversa in KAHL, *Grundrechte*, cit., 819-820.

¹³ DREIER, *Dimensionen*, cit., 12 ss.; M. STOLLEIS, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland*, v. IV (1945-1990), Beck, München, 194 ss.

so tra diritti fondamentali e integrazione costituzionale, sia per l'assenza di prospettive gerarchiche nella ricostruzione dei *Grundrechte*¹⁴. Il BVerfG ha infatti insistito, da una parte, sulla natura non extragiuridica ma pienamente positiva dei valori costituzionali, che trovano uno specifico riconoscimento nel testo e nei principi della legge fondamentale¹⁵. Dall'altra parte, la sua giurisprudenza ha mostrato il carattere non gerarchico delle relazioni tra i valori, suscettibili di combinarsi reciprocamente nelle operazioni di ponderazione. Anche la dottrina ha ormai superato l'iniziale impostazione di Günter Dürig, che aveva strutturato il sistema dei *Grundrechte* in un assetto gerarchico avente come vertice il principio della dignità umana (*Menschenwürde*) di cui all'art. 1 comma 1 GG¹⁶, e tende ad affermare invece, sulla scorta di una pluridecennale prassi del Tribunale, l'esistenza di un ordinamento potenzialmente fluido, ancorché compatto, e l'assenza di rapporti gerarchici definitivi tra i valori costituzionali. La *Menschenwürde* continua ad avere una portata sistemica, ma, al pari degli altri diritti costituzionali, è ora suscettibile di entrare nelle ponderazioni del BVerfG, essendosi ridimensionata la sua concezione assolutistica¹⁷.

Rispetto alla costituzione weimariana, quella di Bonn contiene un catalogo di diritti più breve – circoscritto ai diritti civili e politici – ma assistito da forti garanzie (vincolatività per tutti i poteri pubblici e azionabilità tramite ricorso diretto al BVerfG), nella convinzione che la proclamazione di diritti “meramente programmatici” (tali erano da molti ritenuti, durante la repubblica di Weimar, quelli sociali) sarebbe stata controproducente. E, tuttavia, la dottrina non ha potuto fare a meno di attingere alle elaborazioni teoriche di più ampio respiro degli autori weimariani, tipiche di un contesto in cui l'effettività dei diritti non poteva essere assicurata da una corte costituzionale, ma richiedeva anzitutto la loro interiorizzazione da parte della società¹⁸.

Le specificità dei *Grundrechte* nella legge fondamentale spiegano una delle principali manifestazioni della dimensione istituzionale, e cioè quella dei diritti di prestazione. Non essendovi nel *Grundgesetz* disposizioni specifiche sui diritti sociali, salvo quella sul principio dello stato sociale (art. 20 comma 1 GG), avente la natura di una norma di scopo (*Staatszielbestimmung*), la loro protezione è

¹⁴ DREIER, *Dimensionen*, cit. In merito all'influenza, sulla giurisprudenza del BVerfG, della concezione smendiana dei *Grundrechte* v. altresì H. SCHULZE-FIELITZ, *Das Lüth Urteil – nach 50 Jahren*, in *Jura* 2008, 52 ss.; KAHL, *Grundrechte*, cit., 820.

¹⁵ DREIER, *Dimensionen*, cit., *passim*.

¹⁶ Cfr. G. DÜRIG, *Der Grundrechtssatz von der Menschenwürde*, in *AöR* 1955/1956, 117 ss.

¹⁷ Il punto, sul quale si registrano talora alcuni equivoci in Italia, è ribadito, tra gli altri, da ALEXY, *Theorie*, cit., 138 ss. Sull'evoluzione della giurisprudenza e della dottrina sulla *Menschenwürde* v. RIDOLA, *Diritto comparato*, cit., 102 ss.

¹⁸ Il doppio atteggiamento nei confronti dell'esperienza weimariana è sottolineato da B.O. BRYDE, *Programmatik und Normativität der Grundrechte*, in D. Merten, H.J. Papier (hg.), *Handbuch der Grundrechte*, v. I, cit., 686 ss.

passata, nella giurisprudenza costituzionale, attraverso gli altri *Grundrechte*, dai quali è stata appunto estratta la dimensione dei diritti di prestazione¹⁹. Di particolare importanza, a questo proposito, sono state le pronunce sul *numerus clausus* nelle università²⁰ e quelle sull'*Existenzminimum*²¹: le prime hanno tratto, dal diritto a scegliere la propria professione e il luogo della formazione (art. 12 GG), un diritto all'ammissione alle università nel rispetto del principio di parità delle *chances*; le seconde hanno elaborato, da una lettura congiunta del principio della dignità umana e di quello sullo stato sociale, un diritto individuale di prestazione al minimo esistenziale. Notevole interesse ha suscitato il più recente sviluppo giurisprudenziale di quest'ultimo: il BVerfG ha infatti riconosciuto un diritto «di garanzia» (*Gewährleistungsrecht*), avente ad oggetto le condizioni materiali minime idonee ad assicurare la propria esistenza fisica e la partecipazione alla vita sociale, politica e culturale della comunità, fondandolo appunto sui principi della dignità umana e dello stato sociale. Si tratta di un diritto indisponibile nel suo fondamento, che però, ai fini della relativa concretizzazione, necessita dell'intervento conformativo del legislatore. Questi, dovendo tenere conto del livello delle risorse della comunità e delle condizioni di vita complessive, ha uno spazio di manovra, il quale è però assoggettato a vincoli procedurali e di trasparenza, incidenti sulla determinazione dell'ammontare delle somme prestate.

Salvi i due ambiti appena richiamati, la dottrina ha continuato a inquadrare i diritti di prestazione nell'ambito di norme costituzionali di principio che fissano scopi e imprimono direttive, facendo leva sul dato testuale e sull'ampio margine conformativo del legislatore, anche alla luce della materiale dipendenza di quest'ultimo dalle risorse del bilancio statale, conformemente al *Vorbehalt des Möglichen*²². Tra le ricostruzioni dogmatiche più originali dei diritti di prestazione va ricordata quella di Peter Häberle il quale, aggiornando la teoria jellinekiana, ha rinvenuto il risvolto sociale dei *Grundrechte* nello *status activus processualis*. Quest'ultimo si riferisce a diritti di partecipazione a procedimenti che consentono agli individui di intervenire nella composizione dei diversi interessi in gioco²³. In altre parole, mirando ad

¹⁹ Cfr. ALEXI, *Theorie*, cit., 395 ss., 454 ss.; RENSMANN, *Wertordnung*, cit., 177 ss.

²⁰ BVerfGE, 33, 303; 43, 291.

²¹ BVerfGE, 125, 175; 132, 134, ma v. già BVerfGE, 40, 121. Sul *Gewährleistungsrecht* all'*Existenzminimum* v. T. MAYEN, *Das Grundrecht auf Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums*, in M. Sachs, H. Siekmann (hg.), *Der Grundrechtsgeprägte Verfassungsstaat*, Duncker & Humblot, Berlin, 2012, 1451 ss.

²² D. MURSWIEK, *Grundrechte als Teilhaberechte, soziale Grundrechte*, in J. Isensee, P. Kirchhof (hg.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, v. V, Müller, Heidelberg, 1992, 262 ss. Per una ricostruzione delle diverse posizioni dottrinali sul principio dello stato sociale e sui diritti sociali cfr., con riguardo a singole fasi della storia della Repubblica federale, J.P. THURN, *Welcher Sozialstaat?*, Mohr, Tübingen, 2013, 99 ss., 119 ss., 271 ss.

²³ P. HÄBERLE, *Grundrechte im Leistungsstaat*, in VVDStL (1971), de Gruyter, Berlin, 1972, 66 ss.

assicurare l'effettività dei diritti di prestazione attraverso la partecipazione a procedimenti, lo *status activus processualis* appare un chiaro riflesso del compito, posto dallo stato sociale, di realizzare l'eguaglianza delle *chances*²⁴. Non sono peraltro mancati autori che hanno risposto positivamente alla questione della derivabilità, a partire dal principio dello stato sociale, di posizioni soggettive, sostenendo la necessaria correlazione di esse con un obbligo statale²⁵. Il carattere precettivo delle norme di scopo²⁶ è comunque rappresentativo della funzione promozionale e direttiva propria di alcuni diritti costituzionali, sulla cui importanza la dottrina – specie quella di ascendenza smendiana, che ravvisa nella costituzione non solo limiti ma anche impulsi – ha da tempo richiamato l'attenzione²⁷.

Più in generale, lo *status activus processualis* rafforza la dimensione procedurale e organizzativa, la quale è volta non già ad assorbire nel procedimento il contenuto materiale di protezione dei diritti fondamentali, ma a potenziarne l'effettività attraverso un obbligo dello stato di predisporre istituzioni e procedimenti adeguati alla loro tutela, nell'idea che la più ampia partecipazione dell'individuo contribuisca all'assunzione di decisioni più giuste²⁸. Sono emblematiche, in proposito, le pronunce in materia di libertà della scienza e della ricerca nelle università, di diritto all'autodeterminazione informativa e radiotelevisione²⁹. In questi casi, peraltro, la dimensione organizzativa e procedimentale è strettamente legata a quella degli obblighi di protezione.

Proprio questi ultimi (le *Schutzpflichten*) hanno suscitato crescente attenzione. Essi hanno in comune con i diritti di prestazione l'oggetto, ossia l'ottenimento di un'azione positiva da parte dello stato. Al contempo, però, se ne discostano perché sono volti alla protezione di una sfera di libertà tipicamente liberale e non a un rafforzamento dell'eguaglianza e dei diritti sociali della persona³⁰. Alcuni autori ne hanno rinvenuto il fondamento costituzionale nel

²⁴ Ivi, 73 ss., 80 ss. Sul ravvicinamento delle posizioni di Häberle e Böckenförde nell'ambito dello stato sociale rimando alla versione integrale del lavoro, par. 3.1, e a THURN, *Welcher Sozialstaat?*, cit., 146 ss., 180 ss.

²⁵ Cfr. ALEXY, *Theorie*, cit., 401 ss. e, con riguardo a «diritti sociali minimi», ivi, 465 ss.

²⁶ Su cui v., per tutti, K.P. SOMMERMANN, *Staatsziele und Staatszielbestimmungen*, Mohr, Tübingen, 1997.

²⁷ V. da ultimo BRYDE, *Programmatik*, cit., 691-692, 696 ss.; H.P. SCHNEIDER, *Grundrechte und Verfassungsdirektiven*, in D. Merten, H.J. Papier (hg.), *Handbuch der Grundrechte*, v. III, Müller, Heidelberg, 2009, 708 ss.

²⁸ H. GÖRLICH, *Grundrechte als Verfahrensgarantien*, Nomos, Baden-Baden, 1981; E. DENNINGER, *Staatliche Hilfe zur Grundrechtsausübung durch Verfahren, Organisation und Finanzierung*, in J. Isensee, P. Kirchhof (hg.), *Handbuch des Staatsrechts*, v. V, cit., 292 ss.; E. SCHMIDT ASSMANN, *Grundrechte als Organisations- und Verfahrensgarantien*, in D. Merten, H.J. Papier (hg.), *Handbuch der Grundrechte*, v. II, cit., 993 ss.; ALEXY, *Theorie*, cit., 428 ss.

²⁹ V. rispettivamente BVerfGE 35, 79; 65, 1; 57, 295 e 73, 118.

³⁰ ALEXY, *Theorie*, cit., 410 ss.; più recentemente M. GERBIG, *Grundrecht auf staatlichen Schutz*, Duncker & Humblot, Berlin, 2014, 20 ss.

compito statale di garantire la sicurezza, assurta talora, recuperando una più risalente tradizione costituzionale, a vero e proprio diritto fondamentale³¹. Il BVerfG e la restante parte della dottrina hanno invece individuato il fondamento delle *Schutzpflichten* nella dimensione oggettiva dei *Grundrechte*, oppure nel principio di dignità umana. Dinanzi ai tentativi di circoscrivere l'operatività delle *Schutzpflichten* ad alcuni diritti come quello alla vita, all'integrità fisica, o all'ambiente, sui quali si è all'inizio concentrato il Tribunale costituzionale³², l'indirizzo prevalente sembra invece essere quello di associare tale dimensione, in via potenziale, a tutti i diritti fondamentali. Trattandosi di derivare dai singoli *Grundrechte* obblighi positivi in capo allo stato, la specificazione in concreto delle azioni richieste è mediata dal legislatore, al quale spetta un rilevante margine di valutazione e conformazione, mentre al Tribunale costituzionale è riservato uno scrutinio che oscilla tra il controllo di violazione manifesta (che censura la totale assenza o la palese inidoneità della misura) e il rispetto di un livello minimo di tutela, comprensivo della sua efficacia e adeguatezza (*Untermaßverbot*). È ormai riconosciuto, inoltre, che a una *Schutzpflicht* dello stato corrisponde una pretesa soggettiva azionabile mediante *Verfassungsbeschwerde*³³. La dogmatica degli obblighi di protezione ha sviluppato negli ultimi decenni una portata espansiva. E, tuttavia, occorre maneggiare la categoria degli obblighi di protezione con una certa cautela, specie se la si invoca in relazione al compito di sicurezza dello stato, perché più si estende l'operatività delle *Schutzpflichten*, più si aprono ambiti di azione per il potere statale, suscettibili di soffocare le libertà in nome della completa eliminazione dei rischi³⁴.

Alcuni autori fanno rientrare tra le dimensioni dei diritti anche quella democratico-partecipativa. Essa è riferita al diritto di voto e ai diritti che vivificano lo spazio pubblico (libertà di espressione, libertà di riunione e associazione, libertà sindacali), contribuendo alla pre-formazione della volontà politica, senza tuttavia piegarsi a un vincolo funzionale, poiché ciò comporterebbe la perdita della spontaneità dell'esercizio dei diritti e una compressione dell'uguaglianza delle *chances*³⁵. Ma tale dimensione è stata evocata anche a proposito di diritti in apparenza più distanti, inerenti originariamente

³¹ J. ISENSEE, *Das Grundrecht als Abwehrrecht und staatliche Schutzpflicht*, in J. Isensee, P. Kirchhof (hg.), *Handbuch des Staatsrechts*, v. V, cit., 157 ss., 186 ss.; ID., *Das Grundrecht auf Sicherheit*, De Gruyter, Berlin, 1983.

³² Cfr. BVerfGE, 39, 1; 46, 160; 49, 89; 53, 30; 56, 54; 77, 170.

³³ J. DIETLEIN, *Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten*, 2ª ed., Duncker & Humblot, Berlin, 2005, I ss. e *passim*; ISENSEE, *Das Grundrecht als Abwehrrecht*, cit., 181 ss.; C. CALLIESS, *Schutzpflichten*, in D. Merten, H.J. Papier (hg.), *Handbuch der Grundrechte*, v. II, cit., 963 ss.

³⁴ ISENSEE, *Das Grundrecht auf Sicherheit*, cit., 41-42; C. GUSY, *Gewährleistung von Freiheit und Sicherheit im Lichte unterschiedlicher Staat- und Verfassungsverständnisse*, in VVD-StRL (2003), de Gruyter, Berlin, 2004, 160; RIDOLA, *Diritti fondamentali*, cit., 135, 141 ss.

³⁵ Cfr. HESSE, *Grundzüge*, cit., 72, 131; DREIER, *Dimensionen*, cit., 38 ss.

alla sfera privata, come quello all'autodeterminazione informativa³⁶. Un'evoluzione importante che ha riguardato di recente la dimensione democratico-partecipativa dei diritti si è avuta nella giurisprudenza sull'integrazione europea, nella misura in cui il BVerfG ha affermato l'azionabilità del diritto di voto attraverso una *Verfassungsbeschwerde*, per far valere la relativa lesione non già dal punto di vista soggettivo, ma da quello oggettivo e istituzionale, e ciò ha comportato l'ammissibilità di un ricorso diretto per asserita violazione del principio democratico (una sorta di *Recht auf Demokratie*)³⁷.

Un accenno merita infine la dimensione dell'irradiamento dei diritti fondamentali negli altri settori dell'ordinamento. Il caso Lüth sembra aver risolto la controversia, apertasi fin dall'entrata in vigore del *Grundgesetz*, sull'efficacia diretta o indiretta dei diritti fondamentali nei rapporti fra privati³⁸, in favore della seconda alternativa, ossia per un'efficacia mediata attraverso le clausole generali del diritto civile. Col tempo, peraltro, la contrapposizione tra le due prospettive si è stemperata. La giurisprudenza ha mostrato una variazione nel peso dell'*Austrahlungswirkung* a seconda dell'intensità dello svantaggio sofferto dalla parte privata: più attenuato se il pregiudizio è riconducibile all'autonomia contrattuale, più incisivo se invece esso è la conseguenza di fattori esterni come la presenza di dislivelli socio-economici e di disparità nel potere negoziale, oppure se sono coinvolti diritti della personalità³⁹. Nella sua versione mediata, l'*Austrahlungswirkung* rappresenta una forma di interpretazione conforme ai diritti fondamentali ed è quindi un caso particolare dell'interpretazione conforme a costituzione, un tema che in Germania, per ragioni anche istituzionali (soprattutto il controllo più stretto che il BVerfG esercita, attraverso la *Urteilsverfassungsbeschwerde*, sull'interpretazione dei giudici comuni), sembra aver dato luogo a esiti meno controversi che in Italia⁴⁰.

Nell'ambito di questo quadro si muovono le riflessioni dei costituzionalisti tedeschi in materia di diritti fondamentali, al cui interno si distingue un filone più critico nei confronti dell'espansione delle dimensioni dei *Grundrechte*, e uno invece più favorevole. I due filoni hanno fatto capo, in una prima fase, rispettivamente alla scuola schmittiana e a quella smendiana⁴¹.

³⁶ Cfr. BVerfGE 65, 1, cit.

³⁷ BVerfGE 89, 155; 123, 267; 129, 124; 132, 95; BVerfG, 2 BvE 2728/13, cit. Sulla questione v. R. LEHNER, *Die "Integrationsverfassungsbeschwerde" nach Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG: prozessuale und materiell-rechtliche Folgefragen zu einer objektiven Verfassungsbeschwerde*, in *Der Staat* 2013, 535 ss.

³⁸ Per una ricostruzione più recente v. R. POSCHER, *Grundrechte als Abwehrrechte*, Mohr, Tübingen, 2003, 48 ss.; H.J. PAPIER, *Drittwirkung der Grundrechte*, in Id., D. Merten, (hg.), *Handbuch der Grundrechte*, v. II, cit., 1331 ss.

³⁹ ALEXY, *Theorie*, cit., 475 ss.; W. RÜFNER, *Grundrechtsadressaten*, in J. Isensee, P. Kirchhoff (hg.), *Handbuch des Staatsrechts*, v. V, cit., 554 ss.; JARASS, *Grundrechte*, cit., 42-43; ID., *Funktionen*, cit., 650 ss. Cfr. BVerfGE, 81, 242; 89, 214.

⁴⁰ JARASS, *Funktionen*, cit., 649; WAHL, *Die objektiv-rechtliche Dimension*, cit., 758 ss.

⁴¹ Per una ricostruzione v. POSCHER, *Grundrechte*, cit., 48 ss.; S. ROSSI, *Contenuti e meto-*

Il primo orientamento, il cui maggiore esponente è stato Ernst-Wolfgang Böckenforde, muove dall'idea liberale secondo cui la libertà individuale corrisponde a una sfera prestatuale che lo stato è tenuto a preservare⁴². La dimensione propria dei diritti fondamentali è quella dell'*Abwehrrecht* e lo stato ha l'obbligo di astenersi dal pregiudicarla. La legge è vista soprattutto come fonte di limitazione e al contempo di garanzia del diritto, nel senso che quest'ultimo può essere limitato solo da una legge il cui contenuto sia conforme alla riserva contemplata dalla costituzione. La giurisprudenza del BVerfG sulla *Wertordnung* e le elaborazioni dottrinali sulle dimensioni oggettive dei diritti sono considerate con una certa preoccupazione. Böckenforde fa proprie le critiche all'ordinamento di valori, formulate inizialmente da Schmitt e Forsthoff, aventi ad oggetto la sua impossibilità cognitiva, l'arbitraria individuazione di un sistema assiologico chiuso, la soggettività delle operazioni di *Abwägung*, la restrizione dei diritti di libertà in nome di istanze istituzionali o assiologiche onnicomprensive, le asimmetrie nei rapporti privati indotte dall'*Austrahlungswirkung*, il rischio di uno *Jurisdiktionsstaat*⁴³. Tali motivi sono stati ripresi da altri autori, che hanno variamente sottolineato la perdita di normatività dei diritti nella loro dimensione difensiva, il rischio di una *Konstitutionalisierung* dell'intero ordinamento, l'ingenerazione di uno squilibrio nell'assetto dei poteri costituzionali a vantaggio del BVerfG, la compressione dei margini di azione del legislatore e quindi del processo politico-democratico⁴⁴. Con-

di dei diritti fondamentali in Germania, Aracne, Roma, 2012, 142 ss. Con riguardo ai profili dell'interpretazione e concretizzazione dei diritti v. anche V. BALDINI, *La concretizzazione dei diritti fondamentali*, Editoriale scientifica, Napoli, 2016, 41 ss., 105 ss. Sulla posizione centrale della scuola schmittiana e di quella smendiana nel costituzionalismo tedesco del dopoguerra v. F. GÜNTHER, *Denken vom Staat her. Die bundesdeutsche Staatsrechtslehre zwischen Dezision und Integration (1949-1970)*, Oldenbourg, München, 2004. Sia consentito inoltre il rinvio a A. DI MARTINO, *Konrad Hesse nella dottrina costituzionalistica tedesca*, in Ead., G. Repetto (a cura di), *L'unità della costituzione. Scritti scelti di Konrad Hesse*, Editoriale scientifica, Napoli, 2014, 179 ss. e, con particolare riguardo ai diritti fondamentali, G. REPETTO, *Costituzione, diritti, interpretazione: il contributo di Konrad Hesse al dibattito costituzionale tedesco del dopoguerra*, ivi, 37 ss.

⁴² Cfr. E. W. BÖCKENFÖRDE, *Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation* (1974), in Id., *Wissenschaft, Politik, Verfassungsgericht*, Suhrkamp, Berlin, 2011, 160 ss., 185 ss. Sull'orientamento più autenticamente liberale di Böckenforde rispetto a quello di Schmitt v. almeno J. HACKE, *Philosophie der Bürgerlichkeit*, Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht, 2008, 22, 184 ss.

⁴³ BÖCKENFÖRDE, *Grundrechtstheorie*, cit., 166 ss.; ID., *Grundrechte als Grundsatznormen* (1989), in Id., *Wissenschaft, Politik, Verfassungsgericht*, cit., 189 ss. Per una rassegna delle critiche alla *Wertrechtsprechung* cfr. ora U. DI FABIO, *Zur Theorie eines grundrechtlichen Wertesystems*, in D. Merten, H.J. Papier (hg.), *Handbuch der Grundrechte*, v. II, Müller, Heidelberg, 2006, 1034 ss.

⁴⁴ Cfr. almeno B. SCHLINK, *Freiheit durch Eingriffsabwehr*, in *EuGRZ* 1984, 457 ss.; POSCHER, *Grundrechte*, cit., 153 ss., 315 ss.; G. LÜBBE-WOLF, *Die Grundrechte als Eingriffsabwehrrechte*, Nomos, Baden-Baden, 1988; B. RUSTEBERG, *Die grundrechtliche Gewährleistungsgewalt*, Mohr, Tübingen, 2009.

gruente con questo approccio è la contrarietà alla ri-soggettivizzazione della dimensione oggettiva dei *Grundrechte*, ovvero la traduzione di quest'ultima in diritti soggettivi di rilievo costituzionale azionabili tramite la *Verfassungsbewerderung*, una soluzione che invece è stata adottata nella prassi dal BVerfG ed è condivisa da buona parte della dottrina⁴⁵.

Il secondo orientamento, rappresentato inizialmente soprattutto da Häberle, prende invece le mosse dalla convinzione del necessario superamento del modello liberale, a vantaggio di un'idea di libertà non astratta ma reale che presuppone un'immagine dell'uomo come *homo situé*: un essere umano non più isolato nella sua individualità ma inserito nella comunità e al centro di una serie di rapporti sociali⁴⁶. Il reciproco condizionamento di individuo e comunità implica quello tra libertà e ordine sociale. In questa prospettiva, accanto alla dimensione difensiva acquista un ruolo decisivo la dimensione istituzionale dei *Grundrechte*. Questi ultimi, infatti, non proteggono sfere di libertà pregiudiziali e pre-statali, ma ambiti di vita sociale che necessitano, per un pieno esercizio dei diritti e in maniera differenziata tra loro, di complessi normativi posti in essere dal legislatore. Pertanto, la legge statale non è più osservata prevalentemente come limite dei diritti fondamentali ma come fonte della conformazione di questi, in vista di una concretizzazione dei diritti e dell'attualizzazione dei valori costituzionali. Se la legge svolge una duplice funzione di limite e conformazione, entrambe sono riconducibili all'idea di attuazione della costituzione, nella misura in cui la funzione di limite oltrepassa la logica restrittiva del rapporto tra individuo e stato (e dell'interferenza di quest'ultimo nello spazio di libertà del primo), ed è considerata prevalentemente come l'inveramento di altri diritti e interessi di rango costituzionale, della cui protezione può beneficiare anche il titolare del diritto limitato⁴⁷. Pochi anni dopo Häberle, Niklas Luhmann ha tematizzato la dimensione istituzionale da un'altra angolatura, scorgendo nei *Grundrechte* i presidi della differenziazione sociale e dell'autonomia dei singoli sottosistemi rispetto alle tendenze espansive di alcuni di essi⁴⁸.

Se, per Häberle, la legge è vista come una *Konkretisierung* dei *Grundrechte*, tale ruolo è assolto anche dalla giurisprudenza costituzionale, nella

⁴⁵ V. rispettivamente BÖCKENFÖRDE, *Grundrechte*, cit., 207 ss., da un lato, e JARASS, *Die Grundrechte*, cit., 46 ss.; ID., *Funktionen*, cit., 638 ss.; KAHL, *Grundrechte*, cit., 816-817, dall'altro.

⁴⁶ P. HÄBERLE, *Die Wesensgehaltgarantie des Artikels 19 Abs. 2 Grundgesetz*, 3ª ed., Müller, Heidelberg, 1983 [la prima edizione è del 1962], 8 ss.; ID., *Grundrechte im Leistungsstaat*, cit., 45 ss. Per un recente approfondimento teorico della libertà "reale" o "sociale", che si svolge nell'ambito di istituzioni e di una cultura politica dinamica v. A. HONNETH, *Il diritto della libertà. Lineamenti per un'eticità democratica*, Codice edizioni, Torino, 2015, 45 ss., 358 ss.

⁴⁷ HÄBERLE, *Die Wesensgehaltgarantie*, cit., 96 ss., 180 ss.

⁴⁸ N. LUHMANN, *I diritti fondamentali come istituzione* (1965), a cura di G. Palombella e L. Pannarale, Dedalo, Bari, 2002.

misura in cui quest'ultima porta allo scoperto i limiti immanenti dei diritti fondamentali attraverso le operazioni di *Abwägung* e il principio di proporzionalità, limiti derivabili dal sistema complessivo dei valori costituzionali. Una ricostruzione siffatta, che conduce al carattere dichiarativo della clausola del contenuto essenziale (art. 19 comma 2 GG), presuppone l'adesione all'idea della costituzione come ordinamento di valori e la convinzione, sulla scia dell'insegnamento smendiano, della conoscibilità di questi ultimi attraverso un approccio di tipo *geisteswissenschaftlich*⁴⁹. Le ponderazioni sono state al centro degli studi di Robert Alexy, che ha offerto un'ulteriore elaborazione dei *Grundrechte* come elementi oggettivi dell'ordinamento, ravvisando in essi principi normativi (o meglio, una combinazione di regole e principi di ottimizzazione), il cui rapporto è guidato dal principio di proporzionalità, secondo relazioni di preferenza condizionata. Da questo punto di vista, l'antidoto al soggettivismo del giudice costituzionale è rinvenuto sul terreno dell'argomentazione costituzionale e del controllo razionale delle sue motivazioni⁵⁰.

Nella dottrina successiva, la distanza tra i due approcci, pur se ravvivata dal dibattito sullo *Schutzbereich* e sul *Gewährleistungsgehalt*⁵¹, è stata in parte ridimensionata. Per un verso, i fautori della libertà individuale hanno tenuto conto della multidimensionalità dei diritti nella dogmatica dell'*Abwehrrecht*⁵². Per l'altro, i sostenitori della tesi istituzionalista hanno messo a fuoco le interazioni tra funzione limitativa e funzione conformativa della legge, evitando al contempo che questa finisse per sostituirsi, nella determinazione del contenuto del diritto, alla stessa costituzione. Hanno dunque valorizzato i caratteri specifici della legge di conformazione, sottolineando la non esclusività dei due modelli: una legge, cioè, può apparire come limitativa o conformativa a seconda dei diritti coinvolti (promuovendone alcuni e comprimendone altri) e a seconda della dimensione in cui uno stesso diritto è toccato (interferendo, dal punto di vista difensivo, con i diritti già esistenti e con le legittime aspettative che essi hanno generato, e incentivando invece, dal punto di vista conformativo, la promozione dei diritti in capo a soggetti

⁴⁹ HÄBERLE, *Die Wesensgehaltgarantie*, cit., 31 ss.

⁵⁰ ALEXY, *Theorie*, cit., 493 ss; ID., *Theorie der juristischen Argumentation* (1978), Suhrkamp, Frankfurt a.M., 1983, 259 ss. V. altresì M. BOROWSKI, *Grundrechte als Prinzipien*, Nomos, Baden-Baden, 1998. Sul principio di proporzionalità v. P. LERCHE, *Übermaß und Verfassungsrecht*, 2^a ed., Goldbach, Keip, 1999; D. MERTEN, *Verhältnismäßigkeitsgrundsatz*, in Id., H.J. Papier (hg.), *Handbuch der Grundrechte*, v. III, Müller, Heidelberg, 2009, 518 ss.

⁵¹ Cfr. rispettivamente E.W. BÖCKENFÖRDE, *Schutzbereich, Eingriff, verfassungsimmanente Schranken*, in Id., *Wissenschaft, Politik, Verfassungsgericht*, cit., 230 ss.; W. HOFFMANN-RIEM, *Enge oder Weite Gewährleistungsgehalte der Grundrechte?* (2004), in I. Augsberg, S. Unger (hg.), *Basistexte: Grundrechtstheorie*, Nomos, Baden-Baden, 2012, 317 ss.; ID., *Grundrechtsanwendung unter Rationalitätsanspruch*, in *Der Staat* 2004, 203 ss.

⁵² V. *supra*, n. 44.

ulteriori). Il parametro costituzionale va dunque considerato separatamente in entrambi i casi: sul versante della dimensione individuale e della legge limitativa opera il principio di proporzionalità; sul versante della dimensione istituzionale e della legge conformativa opera un principio di congruenza con il fine da raggiungere, oppure il principio del contenuto essenziale o quello dell'*Untermaßverbot*. Anche se la prima dimensione tende ad attrarre la seconda, quest'ultima conserva una specifica sfera di azione⁵³. Quanto, poi, all'ambito più circoscritto delle vere e proprie garanzie di istituto, esse si sono emancipate dalla ricostruzione schmittiana: sebbene relative a diritti tradizionali (proprietà, matrimonio, insegnamento universitario etc.), tali garanzie sono state rilette alla luce dei principi costituzionali del *Grundgesetz* e sono state intese come una forma di protezione dell'autonomia delle relazioni che si sviluppano nell'ambito della garanzia stessa. È stato quindi ampiamente riconosciuto che il profilo individuale e quello istituzionale non sono incompatibili ma complementari. Anche nella giurisprudenza costituzionale, il primo non appare più assorbito dal secondo ma offre impulsi per l'evoluzione della disciplina legislativa di conformazione (sono significative, a questo proposito, le vicende in materia di diritto di famiglia)⁵⁴.

Da ultimo, merita ricordare un indirizzo dottrinale peculiare, influenzato dalla teoria dei sistemi e ideologicamente neo-liberale, in cui la critica alle ponderazioni si è nutrita di una critica alla concezione individuale dell'*Abwehrrecht*. Per gli esponenti di tale orientamento, guidato da Karl Heinz Ladeur, l'*Abwehrrecht* non va costruito intorno al modello dell'individuo singolo e isolato, contrapposto a uno stato personificato parimenti in un individuo, perché il diritto protegge non i singoli ma una sfera di auto-organizzazione sociale capace di coordinarsi e produrre autonomamente prassi e norme. In quest'ottica, i bilanciamenti (sia del legislatore sia del giudice) appaiono non solo plasmati su un modello che non risponde alla realtà delle interazioni sociali, ma anche il frutto prevalente della volontà dello stato e del suo paternalismo. Poiché ciò che conta è il risultato della cooperazione spontanea individuale, viene preferita una ricostruzione dei diritti in termini processuali. Ne consegue che i diritti sociali perdono la loro caratteristica di diritti a prestazioni dovute dallo stato, assumendo invece una struttura simile ai diritti di libertà: anch'essi sono dunque l'esito dell'auto-organizzazione sociale, mentre il compito dello stato si riduce a un controllo della trasparenza di questi processi e a un intervento (solo) in caso di palesi malfunzionamenti.

⁵³ M. CORNILS, *Die Ausgestaltung der Grundrechte*, Mohr, Tübingen, 2005, spec. 586 ss., 633 ss.; C. BUMKE, *Ausgestaltung von Grundrechten*, Mohr, Tübingen, 2009; ID., *Der Grundrechtsvorbehalt*, Nomos, Baden-Baden, 1998, 104 ss., 180 ss.

⁵⁴ MAGER, *Einrichtungsgarantien*, cit., 405 ss. anche per la relazione con le altre dimensioni ed ivi, 195 ss., sulla famiglia.

menti⁵⁵. Un approccio siffatto, però, sottovaluta oltremisura il compito positivo di rimozione delle diseguaglianze che può essere efficacemente svolto dai poteri pubblici.

2.2. L'esperienza statunitense

È piuttosto diffusa la convinzione che, in materia di diritti fondamentali, la costituzione statunitense presenti delle peculiarità concernenti il primato della libertà negativa su quella positiva⁵⁶ e un più generale *exceptionalism* relativo al contenuto e all'interpretazione dei diritti⁵⁷. Tali peculiarità vengono abitualmente ricondotte al maggiore rilievo assunto negli Stati Uniti dalla tradizione liberale, caratterizzata da una elevata fiducia nell'iniziativa individuale, negli effetti benefici della diffusione del diritto di proprietà e nel governo limitato⁵⁸.

Una prospettiva siffatta, però, se assunta in maniera unilaterale, rischia di offrire un quadro parziale della cultura giuridica degli Stati Uniti. Anzitutto, sarebbe riduttivo circoscrivere la matrice ideale della costituzione e del *Bill of Rights* alla sola componente liberale; non meno importante è infatti quella repubblicana, dove l'interesse individuale riveste un significato secondario rispetto al conseguimento del bene comune e alla partecipazione all'autogoverno della repubblica⁵⁹. L'eredità del repubblicanesimo, comunitario e democratico, continua a scorrere sotto traccia nel corso della storia costituzionale statunitense, tanto che l'idea di una intima connessione tra la libertà e il suo radicamento sociale (nel senso di *ordered liberty*) ha rappresentato il filo conduttore per l'elaborazione di diritti non enumerati a partire dalla clausola

⁵⁵ Cfr., tra i molti lavori, K.H. LADEUR, *Die Beobachtung der kollektiven Dimension der Grundrechte durch eine liberale Grundrechtstheorie*, in *Der Staat* 2011, 493 ss.; ID., *Die transsubjektive Dimension der Grundrechte*, in T. Vesting, S. Koriath, I. Ausberg (hg.), *Grundrechte als Phänomene kollektiver Ordnung*, Mohr, Tübingen, 2014, 17 ss. Sulla critica neo-liberale ai bilanciamenti v. RIDOLA, *Diritti fondamentali*, cit., 162 ss.

⁵⁶ V., da prospettive diverse, BERLIN, *Due concetti*, cit., 12 ss.; *Jackson v. City of Joliet*, 715 F.2d 1200, 1203 (7th Cir. 1983).

⁵⁷ Cfr. M. IGNATIEFF (ed.), *American Exceptionalism and Human Rights*, PUP, Princeton, 2005.

⁵⁸ Cfr. L. HARTZ, *La tradizione liberale in America*, Feltrinelli, Milano, 1960; C. BENTLEY, *Constrained by the Liberal Tradition*, in *BYU L. Rev.* 2007, 1721 ss. Sul primato della libertà rispetto alla dignità v. J.Q. WHITMAN, *The Two Western Cultures of Privacy*, in *Yale L. J.*, 2004, 1160 ss.; ID., *"Human Dignity" in Europe and the United States: the Social Foundations*, in G. Nolte (ed.), *European and US Constitutionalism*, CUP, Cambridge, 2005, 108 ss.; G. BOGNETTI, *The Concept of Human Dignity in European and US Constitutionalism*, ivi, 85 ss.; E.J. EBERLE, *Dignity and Liberty: Constitutional Visions in Germany and the United States*, Praeger, Westport, 2002, 256 ss.

⁵⁹ B. BAILYN, G.S. WOOD, *Le origini degli Stati Uniti*, il Mulino, Bologna, 1987; G.G.A. POCOCK, *Il momento machiavelliano. Il pensiero politico fiorentino e la tradizione repubblicana anglosassone*, v. II, il Mulino, Bologna, 1980.

del *due process* di cui al XIV emendamento⁶⁰. La coesistenza di diversi filoni ideali del costituzionalismo americano è testimoniata inoltre da recenti lavori che hanno ricercato un equilibrio tra le tesi del *legal constitutionalism* e quelle del *political constitutionalism*. Tali lavori hanno delineato una possibile coesistenza di diritti, autonomia e responsabilità, rinsaldata dalla funzione promozionale dello stato⁶¹.

Ad esempio, è significativo che nella recente sentenza sul diritto delle coppie omosessuali al matrimonio (*Obergefell*), la Corte abbia ricavato un diritto a contenuto positivo facendo ricorso a una concezione molto ampia della *liberty* di cui alla *due process clause*, superando il consolidato approccio secondo cui il riconoscimento di un nuovo diritto, a partire dal XIV emendamento, possa avvenire soltanto con riferimento alle libertà negative e non positive. In questo caso, il diritto richiesto non esige – come in *Lawrence* – l’astensione da comportamenti invasivi nella sfera privata, ma, per un verso, è espressione di autonomia e autorealizzazione individuale e, per l’altro, implica un’azione positiva dello stato (la celebrazione e il riconoscimento di matrimoni contratti in altri stati, nonché dei diritti connessi, anche patrimoniali)⁶². Per certi versi simile è la critica che una parte della dottrina ha rivolto alla configurazione delle libertà riproduttive secondo una concezione prettamente negativa del *right to privacy*, teso unicamente a proteggere la donna da interferenze da parte dei pubblici poteri. Un’impostazione siffatta legittimerebbe infatti una sorta di irresponsabilità dello stato per ciò che concerne la creazione delle precondizioni economico-sociali di una «giustizia riproduttiva» e di una cittadinanza egualitaria, precondizioni che riguardano la dimensione istituzionale e sono oggetto di diritti positivi⁶³.

Occorre, inoltre, ricordare che l’ordinamento statunitense non è affatto indifferente né ai valori personalistici né al principio della dignità umana, quale espressione delle legature sociali dell’uomo e delle istanze egualitarie, avendo essi fatto lentamente ingresso nella giurisprudenza della Corte Supre-

⁶⁰ Cfr. la classica formulazione in US S.Ct., *Palko v. Connecticut*, 302 U.S. 319, 325 (1937).

⁶¹ J.E. FLEMING, L.C. McCLAIN, *Ordered Liberty. Rights Responsibilities and Virtues*, HUP, Cambridge Mass., 2013, cercando una sintesi tra il liberale R.M. DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, HUP, Cambridge Mass., 1977 e la comunitaria M.A. GLENDON, *Rights Talk. The Impoverishment of Political Discourse*, Free Press, New York, 1993.

⁶² Cfr. rispettivamente U.S. S.Ct., *Obergefell v. Hodges*, 576 U.S. (2015) e *Lawrence and Garner v. Texas*, 539 U.S. 558, 586 (2003), su cui v. L. TRIBE, *Lawrence v. Texas: The Fundamental Right That Dare not Speak its Name*, in *Harv. L. Rev.* 2004, 1893 ss. Per questa interpretazione di *Obergefell v. K. YOSHINO*, *A New Birth of Freedom?: Obergefell v. Hodges*, in *Harv. L. Rev.* 2015, 150, 159 ss., 167 ss.

⁶³ Cfr. FLEMING, McCLAIN, *Ordered Liberty*, cit., 75 ss., facendo proprie le posizioni di Robin West (ma il tema ritorna con diversi accenti presso le giuriste *feminist*, tra cui R. SIEGEL, *Reasoning from the Body: A Historical Perspective on Abortion Regulation and Questions of Equal Protection*, in *Stan. L. Rev.* 1992, 261 ss.).

ma⁶⁴. Quanto al compito statale di protezione, diversi studiosi hanno contestato la tesi circa il primato della dimensione negativa e liberale dei diritti costituzionali⁶⁵, sostenendo che il diritto costituzionale statunitense conosca sia un *duty of protection* dello stato sia un principio espansivo di efficacia dei diritti nei rapporti tra privati, e denunciando l'apparente neutralità valoriale della concezione meramente negativa, poiché essa finirebbe col consolidare lo *status quo*⁶⁶. Il dovere di protezione ha radici sia nel *common law* sia nelle dottrine contrattualistiche e ha trovato un inequivoco riconoscimento dapprima nelle costituzioni statali approvate poco dopo l'indipendenza e poi nel XIV emendamento. La sua esistenza non può peraltro escludersi sulla sola base di una minore giustiziabilità da parte delle corti⁶⁷.

Venendo al tema dell'efficacia orizzontale dei diritti, molte critiche sono state mosse, a partire dagli anni cinquanta e sessanta, alla *state action doctrine*, che paralizza le azioni intentate da un privato per violazione di un diritto costituzionale, salvo che non si provi uno stretto nesso tra il comportamento del privato e l'organizzazione statale, oppure lo svolgimento, da parte del privato, di una funzione sostanzialmente pubblica⁶⁸. E, tuttavia, quella dottrina è sembrata a molti anacronistica ed incoerente⁶⁹. È stato del resto dimostrato come l'efficacia orizzontale dei diritti fondamentali si produca nell'ordinamento americano per vie alternative a quella dell'applicazione diretta, come l'interpretazione più espansiva, in puntuali costellazioni, del medesimo requisito della *state action*, l'imposizione allo stato di obblighi di prestare servizi a persone che versano in condizioni di particolare vulnerabilità, il ruolo integrativo e complementare del principio di eguaglianza, il principio di supremazia della costituzione e del diritto federale. Anche se l'organiz-

⁶⁴ Cfr. già, con riferimento al diritto alla *privacy*, S.D. WARREN, L.D. BRANDEIS, *The Right to Privacy*, in *Harv. L. Rev.* 1890, 193 ss. In una prospettiva comparativa più generale v. C. McCrudden, *Human Dignity and Judicial Interpretation of Human Rights*, in *EJIL* 2008, 684 ss.; A. BARAK, *Human Dignity. The Constitutional Value and the Constitutional Right*, CUP, Cambridge, 2015, 192 ss.

⁶⁵ Riaffermata vigorosamente da US S.Ct., *De Shaney v. Winnebago County Department of Social Services*, 489 U.S. 189 (1989).

⁶⁶ Cfr., tra i molti, S. BANDES, *The Negative Constitution: A Critique*, in *Mich. L. Rev.* 1990 2271 ss.; S.J. HEYMAN, *The First Duty of Government: Protection, Liberty and the Fourteenth Amendment*, in *Duke L.J.* 1991-1992, 507 ss.; E. CHEMERINSKY, *Rethinking State Action*, in *Nw. U. L. Rev.* 1985, 503 ss.

⁶⁷ Cfr. HEYMAN, *The First Duty of Government*, cit., *passim*; F.I. MICHELMAN, *The Protective Function of the State in the United States*, in G. Nolte (ed.), *European and US Constitutionalism*, cit., 175 ss.

⁶⁸ Cfr. più recentemente M. KUMM, V.F. COMELLA, *What is So Special About Constitutional Rights in Private Litigation? A Comparative Analysis of the Function of State Action Requirements and Indirect Horizontal Effect*, in A. Sajó, R. Uitz (eds.), *The Constitution in Private Relations: Expanding Constitutionalism*, Eleven International Publishing, Utrecht, 2005, 265 ss.

⁶⁹ CHEMERINSKY, *Rethinking State Action*, cit., *passim*.

zazione del potere giudiziario e i meccanismi di *constitutional adjudication* non assicurano sempre alla Corte Suprema un controllo sull'interpretazione del diritto statale, la clausola di supremazia e il carattere generalista della corte sono fattori che stimolano il prodursi, concretamente, di una efficacia orizzontale dei diritti di tipo indiretto⁷⁰. Semmai, può condividersi il rilievo secondo cui l'efficacia dei diritti fondamentali verso i privati, anche indiretta, è più frequente e intensa negli ordinamenti la cui costituzione riconosce i diritti sociali (o comunque il principio dello stato sociale), non ultimo per un più sistematico coinvolgimento del legislatore a questo fine⁷¹.

A riprova di come la distinzione tra diritti a contenuto negativo e positivo sia in fondo relativa, è stato osservato, in uno studio che ha avuto molto seguito anche in Italia, come non sia corretto attribuire alle tradizionali libertà civili (dal diritto di proprietà alla libertà contrattuale, dalla libertà personale ai diritti processuali) l'unica natura di diritti negativi, dal momento che siffatte libertà necessitano, per rivelarsi effettive, di misure statali di carattere normativo, organizzativo e finanziario, e cioè di leggi sui presupposti e sulle modalità di esercizio dei diritti, di corti e altre istituzioni, di personale e risorse adeguate. Ciò presuppone l'esistenza di obblighi positivi in capo ai poteri pubblici e la raccolta di ingenti somme di denaro attraverso la tassazione⁷².

Non sembra, dunque, che un elemento decisivo di differenziazione tra l'ordinamento americano e gli altri possa rinvenirsi sul piano della struttura dei diritti costituzionali. Semmai, una specificità può individuarsi sul piano sostanziale, con riguardo al riconoscimento e all'interpretazione di alcuni di essi. Il caso paradigmatico è quello della libertà di manifestazione del pensiero, assurta a *preferred freedom*. Tale qualifica implica una presunzione di illegittimità per gli interventi restrittivi da parte dei poteri pubblici⁷³, ma non una incondizionata prevalenza della dimensione individuale. In primo luogo, nell'ambito delle interpretazioni della libertà di espressione è riemersa con particolare pregnanza la matrice repubblicana del costituzionalismo americano, che ha sottolineato il legame inscindibile della libertà di manifestazione

⁷⁰ Insiste per un livellamento dell'*exceptionalism* statunitense, da questo punto di vista, S. GARDBAUM, *The Myth and Reality of American Constitutional Exceptionalism*, in *Mich. L. Rev.* 2008, 391 ss. V. altresì D.P. CURRIE, *Positive and Negative Constitutional Rights*, in *U. Chi. L. Rev.* 1986, 864 ss.; M. TUSHNET, *The Issue of State Action/Horizontal Effect*, in *ICON* 2003, 79 ss.

⁷¹ Ivi, 88 ss.

⁷² S. HOLMES, C.R. SUNSTEIN, *Il costo dei diritti*, il Mulino, Bologna, 2000; C.S. SUNSTEIN, *Why Does the American Constitution Lack Social and Economic Guarantees?*, in M. Ignatieff (ed.), *American Exceptionalism*, cit., 93-95.

⁷³ V. per tutti F. SCHAUER, *The Exceptional First Amendment*, in M. Ignatieff (ed.), *American Exceptionalism*, cit., 29 ss. Per l'idea della ricerca della libertà attraverso la competizione delle opinioni v. *Abrams v. United States*, 250 U.S. 616, 624 (1919), *Holmes dissenting*.

del pensiero con la deliberazione pubblica e con il processo democratico⁷⁴. In secondo luogo, proprio il caso che ha dato il via al *free speech* come *preferred freedom*, ossia *New York Times v. Sullivan*, ha stabilito una penetrante efficacia verso terzi della libertà di espressione. In terzo luogo, la tesi relativa a una presunta assolutezza del I emendamento, deducibile dall'assenza di limiti espressi nel testo costituzionale, è stata alla fine recessiva, avendo la Corte Suprema individuato una serie di limiti impliciti ad esso e affermato la sua bilanciabilità con altri diritti e interessi generali, attraverso una serie di *tests* in relazione al tipo di diritto coinvolto e all'intensità dell'interferenza. Sebbene il bilanciamento statunitense abbia una matrice filosofica più pragmatica rispetto alle ponderazioni tedesche e sia meno strutturato rispetto al principio di proporzionalità, esso si articola comunque in diversi tipi di scrutinio e presuppone che i giudici tengano conto di un quadro costituzionale pluralistico e considerino i diritti in maniera non isolata, ma nel loro formare un insieme unitario dal rilievo ordinamentale⁷⁵.

L'altro profilo per il quale può parlarsi di una specificità americana è quello dell'assenza in costituzione dei diritti sociali. Tale assenza è riconducibile a diverse e concorrenti ragioni: l'antichità e la brevità del *Bill of Rights*; la difficoltà di emendare il testo costituzionale e il timore di un'interpretazione di nuovi emendamenti in senso conservatore da parte del potere giudiziario; la diffidenza verso la codificazione di diritti non immediatamente azionabili; la contingenza dell'elezione presidenziale di Nixon e delle sue nomine alla Corte Suprema; l'operatività del *welfare state* attraverso misure legislative. Il debole impegno pubblico per il finanziamento del *welfare*, insieme all'ostruzionismo e alla frammentazione della burocrazia, ha canalizzato le domande per la tutela dei diritti sociali sulle corti, le cui modalità di azione non appaiono però le più adeguate a tale fine⁷⁶. Occorre comunque ricordare che i diritti sociali sono contemplati da molte costituzioni statali e che la Corte Suprema ha avviato, seppur cautamente, un percorso di riconoscimento indiretto, attraverso la loro riconduzione a posizioni proprietarie e l'applicazione della *due process clause*. Particolarmente incisiva è stata inoltre la giurisprudenza costituzionale in materia di desegregazione razziale nelle scuole, i cui risul-

⁷⁴ A. MEIKLEJOHN, *Free Speech and its Relation to Self-Government* (1948), The Law-book Exchange, Union, 2000, ma già U.S. S.Ct., *Whitney v. California*, 247 U.S. 357 (1927), Brandeis *concurring*.

⁷⁵ Cfr. P. YOWELL, *Proportionality in United States Constitutional Law*, in L. Lazarus, C. McCrudden, N. Bowles (eds.), *Reasoning Rights. Comparative Judicial Engagement*, Hart, Kindle ed., Oxford, 2014, ch. 5; M. COHEN-ELIYA, I. PORAT, *Proportionality and Constitutional Culture*, CUP, Cambridge, 2013; T.A. ALENIKOFF, *Constitutional Law in the Age of Balancing*, in *Yale L.J.* 1987, 943 ss.

⁷⁶ Cfr. C.R. SUNSTEIN, *The Second Bill of Rights*, Basic Books, New York, 2004; ID., *Why Does*, cit., 95 ss.; GARDBAUM, *The Myth and the Reality*, cit., 446 ss.; J. KING, *American Exceptionalism over Social Rights*, in L. Lazarus et al. (eds.), *Reasoning Rights*, cit., ch. 18.

tati non sono stati revocati in dubbio da un orientamento sulle *affirmative actions* bensì più oscillante negli esiti, ma fermo nel ribadire la centralità del valore della *diversity* nelle scuole e nelle università⁷⁷.

Quanto appena detto evoca un aspetto significativo della dimensione istituzionale dei diritti, e cioè l'intervento del legislatore al fine della loro promozione, il cui ruolo è stato rimarcato più recentemente e con vigore da Bruce Ackerman, con particolare riferimento ai *landmark statutes* del *New Deal* e della *Civil Rights Revolution*⁷⁸. Ora, per quanto si possa mettere in discussione la capacità di tenuta delle conquiste del *New Deal*, e sottolineare lo slittamento delle funzioni del governo dal polo dell'intervento a quello della regolazione⁷⁹, non si può negare che alcune delle leggi approvate dal Congresso, sostenute da una consistente e durevole mobilitazione popolare, appoggiate dal Presidente e salvate dalla Corte Suprema, abbiano dato corpo a una codificazione dei diritti e allo svolgimento di principi costituzionali (soprattutto la *due process clause* e la *equal protection clause*), finendo per rientrare nel canone costituzionale⁸⁰. Ci si può chiedere, quindi, se l'*Affordable Care Act* (la legge di riforma sanitaria voluta dal presidente Barack Obama) possa essere ascritto alla categoria dei *landmark statutes*. Per un verso, tale normativa ha superato, seppur con alcune significative precisazioni, due decisivi giudizi davanti alla Corte Suprema, e ciò consente di affermare che il diritto alla salute goda oggi, nell'ordinamento statunitense, di una protezione più estesa ed efficace rispetto ad alcuni anni fa, grazie al complesso quadro che risulta dall'intreccio della disciplina statale e di quella federale, dal coinvolgimento di attori pubblici e privati, dall'azione di corti statali e federali⁸¹. Per l'altro verso, l'assenza di un ancoraggio costituzionale di tali diritti rende la loro tutela più precaria e rimanda, per la loro effettività, al continuo sostegno da parte degli organi politici, delle corti e della società. Uno degli aspetti più problematici della tesi di Ackerman è invero il rapporto tra la

⁷⁷ Sull'estensione del *due process* alle prestazioni sociali cfr. US S.Ct., *Goldberg v. Kelly*, 397 U.S. 254 (1970); *Mathews v. Eldridge*, 424 U.S. 319 (1976); sulla desegregazione cfr. *Brown v. Bd. of Education I*, 347 U.S. 483 (1954); *Aaron v. Cooper*, 357 U.S. 566 (1958); *Green v. New Kent County*, 391 U.S. 430 (1968); *Swann v. Charlotte Mecklenburg Board of Education*, 402 U.S. 1 (1971); sulle *affirmative actions* in ambito educativo v. *Regents of the University of California v. Bakke*, 438 U.S. 265 (1978); *Grutter v. Bollinger*, 539 U.S. 306 (2003); *Fisher v. University of Texas*, 579 U.S. (2016).

⁷⁸ Cfr. soprattutto B. ACKERMAN, *We The People, II-III*, The Belknap Press of HUP, Cambridge Mass., 1998 e 2014.

⁷⁹ Cfr. M.V. TUSHNET, *The New Constitutional Order*, PUP, Princeton, 2003.

⁸⁰ ACKERMAN, *We the People, III, The Civil Rights Revolution*, cit., 32 ss. e *passim*.

⁸¹ Cfr. US S.Ct., *National Federation of Independent Business et al. v. Sebelius et al.*, 567 U.S. (2012); *King v. Burwell*, 576 U.S. (2015). Configura l'*Affordable Care Act* come *Framework Statute*, assimilabile alla legislazione sociale del *New Deal* e al *Civil Right Act* del 1964, J. BALKIN, *The Supreme Court Reaffirms the Social Contract: the ACA as a Framework Statute*, in *balkin.blogspot.com* (giugno 2015).

costituzione, il *landmark statute* e il diritto di natura legislativa o giudiziaria venuto in essere successivamente, mentre l'*entrenchment* di mutamenti costituzionali informali richiede una verifica su un arco di tempo relativamente lungo. Molto dipenderà, dunque, dalle scelte dei *political branches* nel prossimo decennio. La recentissima elezione di Donald Trump, con la contestuale maggioranza repubblicana in entrambe le camere, fa temere un ridimensionamento dell'*Affordable Care Act*, anche se il neo-presidente sembra aver escluso un'abrogazione totale della riforma di Obama⁸². In assenza di diritti sociali costituzionalmente garantiti, e con un corpo di precedenti che inerisce soprattutto alla base competenziale della legge federale, sarà comunque difficile per la Corte Suprema – destinata ad avere una nuova maggioranza *conservative* – attrarre la riforma sanitaria nel canone costituzionale.

2.3. L'esperienza italiana

Ragionare di “dimensioni” dei diritti fondamentali non è stato immediato nemmeno per la dottrina italiana, che si è trovata inizialmente ad affrontare il tema delle libertà costituzionali con gli strumenti della cultura giuridica fino ad allora prevalente, cioè la giuspubblicistica legata allo stato di legislazione, soprattutto nella sua matrice tedesca, mediata da autori come Vittorio Emanuele Orlando, Santi Romano e Oreste Ranelletti⁸³. Pur nel mutato contesto costituzionale, alcune teorie dei diritti fondamentali sono state edificate sulla base della sistematica jellinekiana, e in particolare sull'*Abwehrrecht*. Altre teorie, invece, sono state costruite intorno a un modello strutturale che ha risentito fortemente della sistemazione privatistica delle situazioni giuridiche soggettive⁸⁴. Alcune di queste posizioni, peraltro, si sono caratterizzate per una marcata diffidenza rispetto alla dimensione oggettiva dei diritti, muovendo dalla preoccupazione, di origine liberale, di una inaccettabile funzionalizzazione delle libertà individuali, e segnatamente della libertà di manifestazione del pensiero⁸⁵.

⁸² Cfr. M. LANGLEY, G. BAKER, *Donald Trump, in Exclusive Interview, Tells WSJ He is Willing to Keep Parts of Obama Health Law*, in *wsj.com* (consultato l'11 novembre 2016).

⁸³ Cfr. criticamente G. AMATO, *Libertà (dir. cost.)*, in *Enc. Dir.*, v. XXIV, Giuffrè, Milano, 1974, 272-273; A. BARBERA, *Art. 2*, in *Commentario della costituzione. Principi fondamentali*, a cura di G. Branca, Zanichelli, Bologna, 1975, 59 ss.; BALDASSARRE, *Diritti della persona*, cit., 47 ss., 223 ss., 272; RIDOLA, *Diritti fondamentali*, cit., 79-80.

⁸⁴ Cfr. rispettivamente P. GROSSI, *I diritti di libertà ad uso di lezioni*, v. I, 2^a ed., Giappichelli, Torino, 1991, 235 ss., 269 ss.; ID., *Il diritto costituzionale tra principi di libertà e istituzioni*, 2^a ed., Cedam, Padova, 2008, 22 ss. e A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte generale*, 3^a ed. agg., Cedam, 2003, Padova, 59 ss., 94 ss.

⁸⁵ C. ESPOSITO, *La libertà di manifestazione del pensiero nell'ordinamento italiano*, Giuffrè, Milano, 1958, spec. 8; PACE, *Problematica*, cit., 83 ss.; ID., in *Id.*, M. Manetti, *Art. 21*, in *Commentario della costituzione*, a cura di G. Branca e A. Pizzorusso, Zanichelli, Bologna, 2006, 37 ss., 316 ss.

Non stupisce, quindi, che a partire dagli anni sessanta si siano manifestati tentativi di inquadrare il problema delle libertà costituzionali e dei diritti fondamentali da prospettive metodologiche che fossero maggiormente in sintonia con la costituzione democratico-pluralista. A quest'ultima si addice la formula dell'*homme situé*⁸⁶, un individuo immerso in un universo di valori, che forma la propria identità attraverso legami sociali, partecipa al processo politico su basi di eguaglianza e a tal fine aspira a un miglioramento delle proprie condizioni materiali. Alla luce di ciò, un gruppo consistente di autori ha spostato l'attenzione sul contenuto dei diritti fondamentali, sul loro rilievo sistematico e ordinamentale, e sugli strumenti di garanzia per renderne effettiva la tutela⁸⁷.

L'inquadramento dei diritti fondamentali come valori ha risentito – in maniera più o meno diretta – dell'esperienza tedesca, sia nella versione della teoria smendiana che in quella dell'etica materiale dei valori⁸⁸. Ma non sono mancate variazioni significative, che hanno riferito i valori – più che a orientamenti giusnaturalistici – alla loro affermazione nella storia e nella cultura, riprendendo in questo campo la teoria mortatiana della costituzione materiale⁸⁹. Anche nel caso italiano, peraltro, si ritiene che i valori siano rilevanti in quanto positivizzati dalla costituzione e tradotti in principi costituzionali⁹⁰. La chiave di volta del sistema costituzionale di protezione dei diritti è rappresentata dagli art. 2 e 3 comma 2 Cost., in cui vengono sanciti il principio-valore personalista, quello pluralista, quello solidarista e quello di eguaglianza sostanziale. Se, da un lato, i valori pongono in primo piano il contenuto del diritto, dall'altro rafforzano la funzione di integrazione della costituzione. Ma la dimensione assiologica dei diritti è percepibile anche in diversi ambiti della giurisprudenza costituzionale: significative sono anzitutto le pronunce

⁸⁶ V. anche *supra*, n. 46.

⁸⁷ Oltre a P. VIRGA, *Libertà giuridica e diritti fondamentali*, Giuffrè, Milano, 1947, 143 ss., 215 ss., cfr. soprattutto AMATO, *Libertà*, cit., 276 ss.; BARBERA, *Art. 2*, cit., 50 ss.; CASSETTA, *Diritti*, cit., 795 ss.; A. BALDASSARRE, *Le ideologie costituzionali dei diritti di libertà*, in *Dem. Dir.* 1976, 291 ss.; ID., *Diritti della persona*, cit., *passim*; RIDOLA, *Diritti fondamentali*, cit., 96 ss. e, con particolare attenzione alla multidimensionalità dei diritti, *ivi*, 148 ss.; ID., *Garanzie dei diritti e trasformazioni del costituzionalismo*, in *Parolechiave* 1999, 42 ss.; ID., *Diritti di libertà*, cit., 1 ss. V. altresì CHessa, *Libertà fondamentali*, cit., 197 ss., 309 ss.; A. D'ALOIA, *Introduzione. I diritti come immagini in movimento: tra norma e cultura costituzionale*, in Id. (a cura di), *Diritti e costituzione. Profili evolutivi e dimensioni inedite*, Giuffrè, Milano, 2003, VII ss.

⁸⁸ Particolarmente evidente è il nesso tra valori e diritti fondamentali in BALDASSARRE, *Diritti della persona*, cit., XVI-XVII, 13 ss., 21 ss., 44 ss., 234 ss., 299 ss.

⁸⁹ BARBERA, *Art. 2*, cit., 85, 91, 121.

⁹⁰ Diversamente dal contesto tedesco, in quello italiano alcuni autori tendono a prospettare una marcata divaricazione tra valori e principi costituzionali: cfr., tra gli altri, G. ZAGREBELSKY, *Diritto per: valori, principi o regole? (a proposito della dottrina dei principi di Ronald Dworkin)*, in *Quaderni fiorentini* 2002, 872 ss. Contesta il carattere finalistico dei valori in nome della loro incondizionata idealità BALDASSARRE, *Diritti della persona*, cit., 302-303.

sui nuovi diritti, che hanno fatto leva su un principio di autodeterminazione o di libertà-dignità e che, diversamente dal BVerfG, hanno ricondotto tale principio ai diritti enumerati, non elaborando un diritto generale della personalità e ridimensionando la disputa circa la natura aperta o chiusa della clausola sui diritti involabili⁹¹. Occorre ricordare, inoltre, il filone sui principi supremi che, esprimendo il nucleo dell'identità costituzionale, individua un limite all'integrazione con altri ordinamenti e alle revisioni costituzionali⁹², quello sull'uso del canone di ragionevolezza, che implica un raffronto tra la disciplina legislativa, i fatti del caso concreto e il sistema di valori della costituzione⁹³, e infine lo stesso porsi dei diritti come parametro costituzionale⁹⁴.

Nella misura in cui la dimensione assiologica dei diritti riporta al principio di ragionevolezza, riemergono tutte le questioni relative al bilanciamento osservate più in alto (par. 2.1.), inerenti al potenziale svilimento del significato del testo costituzionale, alla relativizzazione della normatività della costituzione, all'appiattimento dei profili dogmatici dei singoli diritti e alla discrezionalità del giudice costituzionale. Credo, peraltro, che operazioni siffatte siano consustanziali alle costituzioni pluralistiche contemporanee e che, anziché contrastarle a priori, occorra invece insistere sul perfezionamento dei protocolli argomentativi che le corti costituzionali hanno elaborato per controllare razionalmente il percorso motivazionale.

Una strada parallela è percorsa da chi ha inquadrato i diritti non come situazioni soggettive, ma come «istituzioni della libertà». Si tratta di un approc-

⁹¹ F. MODUGNO, *I "nuovi diritti" nella giurisprudenza costituzionale*, Giappichelli, Torino, 1995. Sul binomio libertà-dignità v. altresì BALDASSARRE, *Diritti della persona*, cit., 280 ss. Cfr. inoltre A. RUGGERI, A. SPADARO, *Dignità dell'uomo e giurisprudenza costituzionale (prime notazioni)*, in *Pol. Dir.* 1991, 343 ss.; più recentemente, in una prospettiva storica, RIDOLA, *Diritto comparato*, cit., 86 ss., 132 ss. e, con considerazioni generali, S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Laterza, Roma Bari, 2012, 179 ss.

⁹² Cfr. F. MODUGNO, *I principi costituzionali supremi come parametro nel giudizio di legittimità costituzionale*, in Id., A.S. Agrò, A. Cerri (a cura di), *Il principio di unità nel controllo sulle leggi nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, Giappichelli, Torino, 1997, 280 ss.; G. PINO, *Diritti e interpretazione. Il ragionamento giuridico nello stato costituzionale*, il Mulino, Bologna, 2010, 151 ss.; P. FARAGUNA, *Ai confini della costituzione: principi supremi e identità costituzionale*, Franco Angeli, Milano, 2015.

⁹³ La bibliografia sul tema è ormai sterminata. Mi limito a richiamare L. PALADIN, *Ragionevolezza (Principio di)*, in *Enc. dir.*, Agg., v. I, Giuffrè, Milano, 1997, 899 ss.; A. CERRI, *Ragionevolezza delle leggi*, in *Enc. Giur.*, Ist. Enc. it., Roma, 1994 e 2005; R. BIN, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1992; G. SCACCIA, *Gli strumenti della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, Giuffrè, Milano, 2000; L. D'ANDREA, *Ragionevolezza e legittimazione del sistema*, Milano, Giuffrè, 2005; A. MORRONE, *Bilanciamento (giustizia costituzionale)*, in *Enc. Dir.*, *Annali*, II, t. II, cit., 185 ss.; F. MODUGNO, *Ragione e ragionevolezza*, ESI, Napoli, 2009.

⁹⁴ In questa angolatura può apprezzarsi la tesi dei diritti costituzionali come norme di riconoscimento di tipo sostanziale formulata da G. PALOMBELLA, *L'autorità dei diritti*, Laterza, Roma Bari, 2002, 7 ss., 25 ss., 102 ss. V. altresì RIDOLA, *Diritti fondamentali*, cit., 171.

cio che, muovendo da una concezione sociale di quest'ultima, ha richiamato l'attenzione non solo sulla compresenza, in tali istituzioni, di posizioni differenti che necessitano di una disciplina normativa per essere conservate nel loro equilibrio, ma anche di un'azione del legislatore in funzione promozionale volta al potenziamento, attraverso le istituzioni, dell'effettività dei diritti stessi⁹⁵. È chiaro che una prospettiva siffatta si è lasciata alle spalle la concezione schmittiana delle garanzie di istituto, considerata di scarsa pertinenza con riguardo alla costituzione dell'Italia repubblicana, alla quale è insito un progetto di trasformazione sociale che richiede mutamenti normativi sostanziali⁹⁶. Non necessariamente, dunque, le garanzie di istituto si accompagnano a una matrice ideologica conservatrice⁹⁷. Occorre peraltro ricordare come nella costituzione italiana, più che nella legge fondamentale tedesca, alcune garanzie di istituto siano radicate anche nella protezione delle formazioni sociali di cui all'art. 2⁹⁸.

Gli ambiti di riferimento privilegiati della prospettiva istituzionale restano comunque il diritto di proprietà, la libertà di stampa e il matrimonio. Quanto al primo, la costituzione contempla, accanto alla tradizionale libertà negativa (che ha perso il carattere della fundamentalità) e all'obbligo di indennizzo in caso di espropriazione, un esteso compito del legislatore di conformazione a fini sociali. La giurisprudenza costituzionale, a sua volta, ha delineato i criteri per distinguere la riserva di legge a fini conformativi da quella a fini sostanzialmente espropriativi⁹⁹.

⁹⁵ Cfr. BARBERA, *Art. 2*, cit., 57 ss., 67 ss.; BALDASSARRE, *Diritti della persona*, cit., 98 ss., 243-244, 291 ss. (limitatamente ad alcuni diritti e con alcune cautele dinanzi ai rischi di letture pan-istituzionaliste); RIDOLA, *Diritti fondamentali*, cit., 168 ss.; ID., *Diritti di libertà*, cit., 6 ss. Per una valorizzazione recente della dimensione istituzionale v., da angolazioni differenti, PALOMBELLA, *L'autorità dei diritti*, cit., 39 ss., 131 ss. e G. ZAGREBELSKY, *Prefazione all'edizione italiana*, in Honneth, *Il diritto della libertà*, cit., XI ss.

⁹⁶ Sul punto v., con riferimento alla libertà d'impresa, M. LUCIANI, *La produzione economica privata nel sistema costituzionale*, Cedam, Padova, 1983, 47 ss.

⁹⁷ Cfr. BARBERA, *Art. 2*, cit., 72 ss.; BALDASSARRE, *Le ideologie costituzionali*, cit., 299-300; ID., *Diritti della persona*, cit., 98, n. 223 p. 99; RIDOLA, *Diritti fondamentali*, cit., 169-170; ID., *Diritti di libertà*, cit., 11 ss.

⁹⁸ V. soprattutto C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, 9ª ed., v. II, Cedam, Padova, 1976, 1158; ID., *Note introduttive ad uno studio sulle garanzie dei diritti dei singoli nelle formazioni sociali*, in *Scritti in onore di Salvatore Pugliatti*, v. III, Giuffrè, Milano, 1978, 1565 ss. (Cfr. altresì BARBERA, *Art. 2*, cit., 101 ss.; E. ROSSI, *Art. 2*, in R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti (a cura di), *Commentario alla costituzione*, v. I, Utet, Torino, 2006, 50 ss.

⁹⁹ Cfr. Corte cost., sentt. nn. 6/1966, 20/1967, 55/1968, 56/1968, 37/1969, 79/1971, su cui v. A.M. SANDULLI, *I limiti della proprietà privata nella giurisprudenza costituzionale*, in *Giur. Cost.* 1971, 962 ss. Da un punto di vista diverso, ma ancora nell'ambito della prospettiva istituzionale, v. S. RODOTÀ, *Art. 42*, in Id., F. Galgano (a cura di), *Rapporti economici*, t. II, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca, Zanichelli, Bologna Roma, 1972, 104 ss., 121 ss. Torna sul problema della tensione tra potere conformativo e potere espropriativo del legislatore R. NANIA, *Libertà economiche: impresa e proprietà*, in Id., P. Ridola (a cura di), *I diritti costituzionali*, v. I, 2ª ed., Giappichelli, Torino, 2006, 211 ss.

Relativamente alla libertà di stampa, le costituzioni del pluralismo hanno segnato il passaggio da una concezione individualistica e liberale del diritto, in cui l'attività creativa ed espressiva individuale veniva protetta rispetto a restrizioni preventive da parte dello stato, a una concezione democratica e sociale, nella misura in cui il testo della costituzione e la giurisprudenza hanno riconosciuto, per un verso, il significato imprescindibile della stampa per la formazione dell'opinione pubblica e, per l'altro, il ruolo decisivo della proprietà dei mezzi di comunicazione ai fini della materiale trasmissione delle opinioni. Di qui, l'esigenza di norme che assicurino il rispetto della concorrenza e della parità delle *chances*, il valore del pluralismo, l'accesso alle informazioni e l'equilibrio tra le posizioni giuridiche di soggetti diversi. Il rilievo della dimensione istituzionale e quindi il vincolo sull'operatore dell'informazione (in misura maggiore per il concessionario del servizio pubblico e minore per le imprese private titolari di licenza) cresce ulteriormente nel settore radiotelevisivo, dove la mediazione statale si rende necessaria a fronte della scarsità delle frequenze utilizzabili, per assicurare l'eguale opportunità di accesso al mezzo e il rispetto del principio del pluralismo. Per contro, lo sviluppo della tecnologia digitale ha favorito processi di indifferenziazione e convergenza dei mezzi di comunicazione, ridimensionando i problemi relativi all'assegnazione di risorse scarse¹⁰⁰.

Per quanto riguarda l'istituzione del matrimonio, un banco di prova per mettere allo scoperto i nodi che si celano dietro la garanzia di istituto è la giurisprudenza costituzionale in materia di matrimonio omosessuale e divorzio imposto, nonché la legge sulle unioni civili¹⁰¹. Sia i più recenti studi tedeschi sulla garanzia di istituto, sia i contributi italiani sul concetto di formazione

¹⁰⁰ Cfr. A. BALDASSARRE, *Libertà di stampa e diritto all'informazione nelle democrazie contemporanee (con particolare riguardo a Francia, RFT e USA)*, in *Pol. dir.* 1986, 579 ss. V. altresì M. LUCIANI, *La libertà di informazione nella giurisprudenza costituzionale italiana*, in *Pol. dir.* 1989, 605 ss.; P. BARILE, E. CHELI (a cura di), *La stampa quotidiana tra crisi e riforma*, il Mulino, Bologna, 1976; P. COSTANZO, *Stampa (libertà di)*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, v. XIV, Utet, Torino, 1999, 525 ss. Per un'impostazione della libertà di stampa più prossima al modello individualistico v. A. PACE, in *Id.*, M. Manetti, *Art. 21*, cit., 316 ss., 345 ss. I diversi approcci alla libertà di manifestazione del pensiero sono chiariti da M. MANETTI, *La libertà di manifestazione del pensiero*, in P. Ridola, R. Nania (a cura di), *I diritti costituzionali*, v. II, 2^a ed., Giappichelli, Torino, 2006, 767 ss.

¹⁰¹ Sulla questione v. tra i molti A. SCHILLACI (a cura di), *Omosessualità, eguaglianza, diritti*, Carocci, Roma, 2014; D. GALLO, L. PALADINI, P. PUSTORINO (a cura di), *Same-sex Couples before National, Supranational and International Jurisdictions*, Springer, Berlin, 2014; A. SPERTI, *Omosessualità e diritti: i percorsi giurisprudenziali ed il dialogo globale delle Corti costituzionali*, Pisa University Press, Pisa, 2013; B. PEZZINI, *Dentro il mestiere di vivere: uguali in natura o uguali in diritto?*, in R. Bin, G. Brunelli, A. Guazzarotti, A. Pugiotta, P. Veronesi (a cura di), *La "società naturale" e i suoi "nemici". Sul paradigma eterosessuale del matrimonio*, Giappichelli, Torino, 2010, 1 ss.; F. BIONDI, *Famiglia e matrimonio. Quale modello costituzionale*, in *gruppodipisa.it* (giugno 2013), par. 9 ss.

sociale, hanno evidenziato la complementarità del momento individuale e di quello istituzionale, con una tendenza anche giurisprudenziale a una più netta valorizzazione del primo. Nonostante la Corte costituzionale abbia sbarrato la strada a un'estensione del matrimonio alle coppie omosessuali¹⁰², la tutela dell'autonomia di una particolare sfera della vita sociale – in quanto oggetto della garanzia di istituto – ammette però che tale estensione possa essere disposta dal Parlamento, nello svolgimento del compito conformativo ad esso affidato, con norme legislative che, nel controllo di costituzionalità, dovranno rispettare il contenuto essenziale del diritto. Ciò richiederebbe che l'interpretazione dell'art. 29 Cost. non segua un approccio originalista o storicista ma evolutivo¹⁰³, capace di riconoscere i mutamenti avvenuti nella coscienza sociale, tanto più se incorporati in una legge parlamentare. Gli esempi che provengono dal panorama comparato sembrano del resto andare in questa direzione¹⁰⁴. Quanto alle unioni civili, la biforcazione della tutela, additata dalla Consulta, induce a escludere una configurazione di esse alla luce della garanzia di istituto (proprio perché questa resterebbe riservata, tramite l'art. 29, alle coppie eterosessuali). Ciò non toglie, però, che la legge n. 76 del 2016 possa godere di una protezione rafforzata, laddove la si intenda, riprendendo categorie elaborate dalla giurisprudenza in materia di referendum abrogativo, come legge costituzionalmente necessaria o a contenuto costituzionalmente vincolato¹⁰⁵.

Qualora poi si valorizzi la funzione conformativa della legge parlamentare per l'insieme dei diritti fondamentali, la legge ordinaria è bensì chiamata a svolgere il contenuto della costituzione e contestualmente a interpretarla¹⁰⁶, ma una parte dei rischi rilevati dalla dottrina tedesca in merito al rapporto tra legge e costituzione può essere in Italia ridimensionata. La costituzione italiana, infatti, appresta argini più saldi rispetto a un eventuale svuotamento del contenuto del diritto fondamentale da parte della disciplina legislativa, argini rappresentati da una fitta presenza di riserve rinforzate, che assicurano «la priorità del valore personalista [...] sulle tecniche della democrazia procedurale»¹⁰⁷. Un rilievo siffatto presuppone, nel contesto italiano, l'assenza di una differenziazione netta, ai fini dell'operatività della riserva di legge, tra la

¹⁰² Corte cost., sentt. nn. 138/2010 e 174/2014.

¹⁰³ Sull'interpretazione evolutiva delle garanzie di istituto v. MORTATI, *Note introduttive*, cit., 179, 182, anche se non con immediato riferimento al matrimonio.

¹⁰⁴ Cfr. rispettivamente TCE, sent. n. 198/2012 e, facendo leva sul principio di eguaglianza, BVerfGE 105, 313; 124, 199; 128, 109; 131, 239; 133, 59; 133, 377.

¹⁰⁵ Sull'ambivalenza del rapporto tra tali categorie e il contenuto essenziale v. D. MESSINEO, *La garanzia del "contenuto essenziale" dei diritti fondamentali*, Giappichelli, Torino, 2012, 89 ss.

¹⁰⁶ Cfr. F. MODUGNO, *Interpretazione giuridica*, 2^a ed., Cedam, Padova, 2012, 307 ss.

¹⁰⁷ Sul punto v. RIDOLA, *Diritti di libertà*, cit., 9, 14 ss.; ID., *Garanzie*, cit., 46-47; ID., *Diritti fondamentali*, cit., 135. V. anche AMATO, *Libertà*, cit., 276-278, 283.

funzione limitativa e quella conformativa e implica, anzi, la capacità della riserva di legge di operare come «precetto bidirezionale»¹⁰⁸. È chiaro, peraltro, che il problema si riannoda al diverso significato della riserva di legge nello stato costituzionale rispetto allo stato liberale, laddove la *ratio* tradizionale e garantistica della riserva viene ridimensionata in favore di quelle di protezione delle minoranze (in cui permangono aspetti garantistici), di espressione del principio democratico e di pubblicità¹⁰⁹.

Se, relativamente alla dimensione istituzionale, il ruolo del legislatore nella protezione concreta del diritto appare centrale, esso non è meno importante nella prospettiva assiologica, laddove il valore necessita, per realizzarsi concretamente, di una mediazione «della [...] struttura formale con la variabile prassi sociale e politica»¹¹⁰. A ben vedere, i due approcci sono intimamente legati: entrambi mostrano come la protezione dei diritti non passi soltanto attraverso l'attività dei giudici comuni (o della Corte costituzionale), ma richieda un intervento attivo e promozionale del legislatore, che dia attuazione alle direttive e ai principi di orientamento contenuti nelle norme sui diritti. Una siffatta funzione promozionale, che come detto trova la sua stella polare nel disegno di trasformazione sociale di cui all'art. 3 comma 2, viene prevista esplicitamente o assunta implicitamente in diverse disposizioni costituzionali¹¹¹.

Sempre nell'ottica di un potenziamento dell'effettività dei diritti, è significativa la dimensione organizzativa e procedurale, la quale, come si è visto sopra (par. 2.1.), richiede un intervento del legislatore nel predisporre assetti organizzativi e procedimenti che rendano concretamente possibile l'esercizio del diritto ma che siano al contempo assoggettabili a un più penetrante scrutinio di costituzionalità¹¹². A tale proposito, assumono di nuovo rilevanza la

¹⁰⁸ Riprendo l'espressione, calandola in un contesto solo parzialmente diverso, da LUCIANI, *La produzione*, cit., 168-169.

¹⁰⁹ Cfr. rispettivamente S. FOIS, *La "riserva di legge". Lineamenti storici e problemi attuali*, Giuffrè, Milano, 1963, 291 ss. e A. DI GIOVINE, *Introduzione allo studio della riserva di legge*, Giappichelli, Torino, 1969, 23 ss., 64 ss.

¹¹⁰ BALDASSARRE, *Le ideologie costituzionali*, cit., 297 (da dove è tratta la citazione); ID., *Diritti della persona*, cit., 299-300, 305-306.

¹¹¹ Sulla funzione promozionale del diritto v. N. BOBBIO, *La funzione promozionale del diritto* (1969), in Id., *Dalla struttura alla funzione*, Laterza, Roma Bari, 2007, 3 ss., e ivi, spec. 13-14. Sul compito trasformativo dell'art. 3 comma 2 v., da ultimo, G.U. RESCIGNO, *Il progetto consegnato nell'art. 3, comma 2, della costituzione italiana*, in E. Ghera, A. Pace (a cura di), *L'attualità dei principi fondamentali della costituzione in materia di lavoro*, Jovene, Napoli, 2009, 120 ss. Sulla «finalizzazione dei diritti» alla luce dei lavori dell'Assemblea costituente v. F. PIZZOLATO, *Finalismo dello stato e sistema dei diritti nella costituzione italiana*, Vita e Pensiero, Milano, 1999, 99 ss. Cfr. altresì gli art. 4 comma 1, 9 comma 1, 31 comma 1, 35 comma 3, art. 45 comma 1 Cost.

¹¹² RIDOLA, *Diritti di libertà*, cit., 20 ss.; ID., *Diritti fondamentali*, cit., 147.

libertà di informazione attraverso il mezzo radiotelevisivo¹¹³, la protezione della *privacy* e la tutela dei dati personali¹¹⁴. Ma bisogna menzionare anche il diritto di difesa e la libertà personale, che esigono l'istituzione di tribunali e carceri, l'assunzione di personale e il regolare funzionamento dell'ordinamento giudiziario¹¹⁵. Si consideri l'esempio della dignità delle persone detenute: l'art. 27 comma 3 Cost. contiene sia una libertà negativa, che vieta allo stato l'infrazione di trattamenti inumani e degradanti nei confronti del detenuto, sia il compito dei poteri pubblici di intervenire positivamente, e di farlo in una doppia direzione: da un lato, approntando gli strumenti processuali adeguati alla tutela del diritto a un trattamento conforme al principio di umanità della pena, dall'altro predisponendo complessi architettonici idonei e rimodulando le politiche penali, al fine di evitare un cronico sovraffollamento carcerario¹¹⁶. Tutto ciò implica l'esistenza, anche per i più tradizionali diritti civili, di obblighi di prestazione in capo ai poteri pubblici e la destinazione di risorse economiche per la loro tutela, e induce a mettere in discussione la divaricazione, quantomeno dal punto di vista strutturale, tra diritti civili e diritti sociali¹¹⁷.

Considerazioni ulteriori possono farsi per le altre tre dimensioni che la dottrina tedesca ascrive ai diritti fondamentali: quella degli obblighi di protezione, quella democratico-partecipativa e quella dei diritti di prestazione. Quanto alla prima, non sembra che la categoria sia stata recepita, dalla dottrina e dalla giurisprudenza italiana, nella stessa latitudine di quella usata in Germania. È chiaro che essa appare pertinente a questioni legate al diritto ambientale o alle biotecnologie – vi si fa riferimento indiretto quando si tratta di prevenire rischi dalla portata incerta –, ma è rimasta estranea al nostro orizzonte la tematizzazione di un obbligo generale di intervento dello stato fondato su un generico diritto individuale alla sicurezza, sul corrispondente compito statale, o ancora su un principio di dignità umana dalla portata sistemica.

Apparentemente più simile è invece l'esito del confronto con riferimento alla dimensione democratico-partecipativa, la quale appare manifesta nel diritto di voto ma è sottesa anche alle libertà politiche e associative. In esse,

¹¹³ Cfr. almeno, per l'evoluzione giurisprudenziale in questa materia, Corte cost., sentt. nn. 59/1960, 225/1974, 202/1976, 826/1988, 420/1994, 155/2002, 466/2002; ll. nn. 416/1981, 223/1990, 249/1997, 112/2004, 220/2015, d.lgs. nn. 177/2005 e 259/2003 e *supra*, n. 100.

¹¹⁴ Cfr. S. RODOTÀ, *Persona, riservatezza, identità. Prime note sistematiche sulla protezione dei dati personali*, in *Riv. cr. dir. pr.* 1997, pp. 583 ss., ma v. già V. FROSINI, *La protezione della riservatezza nella società informatica*, in N. Matteucci (cur.), *Privacy e banche dati*, Il Mulino, Bologna, 1981, 37 ss.

¹¹⁵ Da ultimo, per tutti, BALDINI, *La concretizzazione*, cit., 105-107.

¹¹⁶ M. RUOTOLO, *Dignità e carcere*, Napoli, ESI, 2014, 22 ss., 42 ss., 63 ss. Cfr. in particolare Corte cost., sent. n. 279/2013.

¹¹⁷ Sulla questione cfr., per tutti, M. LUCIANI, *Sui diritti sociali*, in *Studi in onore di Manlio Mazzotti*, v. II, Cedam, Padova, 1995, 120-121.

il profilo individuale e quello collettivo e istituzionale sono complementari, e una siffatta complementarità è rafforzata dal principio pluralista di cui all'art. 2. Semmai, una differenza rispetto all'esperienza tedesca può cogliersi in relazione al tipo di pluralismo che connota (o ha connotato maggiormente in passato) le rispettive costituzioni, e cioè più organizzato, integrato e coeso quello tedesco, più garantista, dinamico e conflittuale quello italiano¹¹⁸.

Maggiormente distanti sono i modelli attinenti ai diritti di prestazione. Qui le differenze tra la costituzione italiana e quella tedesca sono apparentemente più marcate, anche se sono state in parte colmate, nel corso del tempo, dalla giurisprudenza costituzionale e dalla legislazione: soltanto la prima contiene infatti un principio di eguaglianza in cui il profilo formale e quello sostanziale sono saldati attraverso la clausola della pari dignità sociale, un principio solidarista che attiva le istituzioni pubbliche a fini inclusivi, e un catalogo molto ricco di diritti sociali. Tutti e tre gli elementi rappresentano il frutto di precise rivendicazioni della classe lavoratrice e dei partiti popolari dopo la seconda guerra mondiale e hanno rappresentato un elemento di forte originalità nello scenario comparatistico. Se la definizione dogmatica di tali diritti ha creato particolari difficoltà alla dottrina, non può ora revocarsi in dubbio che essi assurgano alla qualifica di diritti fondamentali al pari delle altre libertà costituzionali, per quanto abbiano una struttura prevalentemente pretensiva e implicito, per la relativa realizzazione, un più cospicuo intervento del legislatore e dell'amministrazione. I diritti sociali occupano poi un ruolo di primo piano nello svolgimento della funzione di integrazione¹¹⁹. L'espressa previsione in costituzione e la loro qualificazione in termini di diritti ha però reso superflua l'elaborazione di una dimensione ulteriore a partire dalle libertà civili.

Semmai può farsi un discorso inverso rispetto a quello tedesco. Se, cioè, i diritti sociali hanno una dimensione spiccatamente relazionale e istituzionale, e richiedono spesso, per la propria concreta realizzazione, l'approntamento di misure legislative, organizzative e procedurali, essi hanno altresì una dimensione individuale, che può rientrare sia nell'ambito della libertà ne-

¹¹⁸ Sul punto P. RIDOLA, *Democrazia pluralistica e libertà associative*, Giuffrè, Milano, 1987, 164 ss. ed ivi, n. 84 p. 181-182; BALDASSARRE, *Le ideologie costituzionali*, cit., 300-301.

¹¹⁹ V. almeno M. BENVENUTI, *Diritti sociali*, in *Digesto Disc. Pubbl.*, Agg., v. V, Utet, Torino, 2012, 219 ss.; A. GIORGIS, *La costituzionalizzazione dei diritti all'uguaglianza sostanziale*, Jovene, Napoli, 1999; B. PEZZINI, *La decisione sui diritti sociali*, Giuffrè, Milano, 2001, 3 ss., 128 ss., 189 ss.; D. BIFULCO, *L'inviolabilità dei diritti sociali*, Jovene, Napoli, 2003; C. SALAZAR, *Dal riconoscimento alla garanzia dei diritti sociali*, Giappichelli, Torino, 2000, 9 ss. Sulla fundamentalità dei diritti sociali e sull'equiordinazione di questi ai diritti di libertà v. già LUCIANI, *Sui diritti sociali*, cit., 97 ss. ed ora ID., *Diritti sociali e livelli essenziali delle prestazioni pubbliche nei sessant'anni della Corte costituzionale*, in *Rivistaaic.it* 3/2016. Sul principio solidarista v. S. GALEOTTI, *Il valore della solidarietà*, in *Dir. soc.* 1996, 1 ss.; B. PEZZINI, *Dimensioni e qualificazioni nel sistema costituzionale di solidarietà (a proposito di eguaglianza ed effettività dei diritti e tematizzazione della differenza)*, in Ead., C. Sacchetto (a cura di), *Il dovere di solidarietà*, Giuffrè, Milano, 2005, 93 ss., e gli autori richiamati *infra*, nn. 131 e 133.

gativa, sia in quello della libertà positiva. Ciò è chiaro, per il primo aspetto, con riferimento al diritto alla salute, dove la stessa costituzione evidenzia la dimensione soggettiva come «fondamentale diritto dell'individuo», affiancando ad essa quella della salute come «interesse della collettività» (art. 32 Cost.), per la realizzazione del quale si sono resi necessari l'istituzione del sistema sanitario nazionale nonché l'intervento sussidiario dei privati. Tale diritto ricomprende invero un fascio di posizioni diverse: il diritto soggettivo alla propria integrità fisica, idoneo a fondare giudizialmente la pretesa risarcitoria del danno biologico, il diritto alle prestazioni sanitarie di prevenzione e di cura, che presuppone strutture e risorse idonee, ma anche il diritto a non essere curato e l'interesse della collettività che giustifica i trattamenti sanitari obbligatori. Infine, un rilievo particolare occupa il diritto all'ambiente salubre, che rileva sia come interesse collettivo sia come diritto individuale¹²⁰. Ma la dimensione individuale si può ricollegare anche a una libertà positiva, ad esempio con riguardo al diritto all'istruzione che, oltre a richiedere l'edificazione di scuole e l'esplicitamento di concorsi per il personale docente, costituisce un presupposto dell'autorealizzazione e dell'autonomia individuale¹²¹. Non può dimenticarsi, infine, a proposito della dimensione individuale dei diritti sociali, l'ambito lavoristico e, in particolare, il diritto all'equa retribuzione o (nei primi anni dopo l'approvazione della costituzione) il divieto di recesso *ad nutum*, che hanno alimentato l'iniziale riflessione sull'efficacia dei diritti fondamentali verso i privati¹²².

In proposito, nella seconda metà degli anni sessanta uno studioso italiano aveva sostenuto che l'efficacia diretta dei diritti fondamentali nei confronti dei terzi fosse cosa diversa dall'operatività indiretta tramite le clausole generali del diritto privato, la quale finiva per sovrapporre interamente il problema della *Drittwirkung* a quello dell'interpretazione conforme a costituzione, o per lasciare la determinazione del contenuto delle clausole generali a una mobile coscienza sociale inidonea a stabilizzarsi in norme giuridiche¹²³. Se egli concordava con quegli autori tedeschi che riconoscevano uno specifico campo di azione alla *Drittwirkung* ma non alla *Austrahlungswirkung*, per un altro aspetto se ne distanziava in maniera significativa. Egli riteneva infatti che tale efficacia non operasse per tutti i diritti fondamentali ma solo per

¹²⁰ Sulla questione v. le più ampie considerazioni di M. LUCIANI, *Il diritto costituzionale alla salute*, in *Dir. Soc.* 1980, 769 ss.; ID., *Salute, I*) – *Dir. cost.*, in *Enc. Giur.*, v. XXVII, Ist. Enc. it., Roma, 1991, 1 ss. Sulla dimensione istituzionale del diritto alla salute cfr. R. NANIA, *Il diritto alla salute tra attuazione e sostenibilità*, in M. Sesta (a cura di), *L'erogazione della prestazione medica tra diritto alla salute, principio di autodeterminazione e gestione ottimale delle risorse sanitarie*, Maggioli, Rimini, 2014, 29 ss.; P. MEZZANOTTE, *Tutela della salute tra compiti pubblici, autonomia privata e principio di sussidiarietà*, *ivi*, 45 ss.

¹²¹ Particolarmente significativa, a tale riguardo, Corte cost., sent. n. 383/1998.

¹²² G. LOMBARDI, *Potere privato e diritti fondamentali*, Giappichelli, Torino, 1967, 26 ss.

¹²³ *Ivi*, 61 ss.

alcuni, rispetto ai quali poteva riscontrarsi in costituzione un collegamento normativo tra gli art. 2 e 3 comma 2, da una parte, e le norme dalle quali risultava la protezione di soggetti deboli a fronte dell'esercizio del potere privato, dall'altra. In altre parole, alla coeva dottrina tedesca egli muoveva la critica di prospettare un'efficacia orizzontale generale e indifferenziata, mentre la costituzione italiana spingeva verso una soluzione più selettiva, nel senso di circoscrivere tale tipo di efficacia ai rapporti di supremazia privata che davano luogo a soggezione¹²⁴. Se il campo di azione privilegiato era chiaramente quello dei rapporti di lavoro all'interno dell'impresa, rilevanti erano anche gli ambiti della famiglia e della scuola¹²⁵. La sfera lavoristica ha comunque continuato a rappresentare un terreno di elezione per l'efficacia orizzontale dei diritti, ma nel corso del tempo ad essa si sono affiancati altri settori, tra cui quello contrattuale (soprattutto, ma non soltanto, attraverso l'integrazione della clausola di buona fede con il principio di solidarietà) e quello della responsabilità civile, in relazione alla risarcibilità del danno biologico per violazione del diritto costituzionale alla salute e, più recentemente, del danno non patrimoniale per lesione di un diritto inviolabile, del quale deve darsi tuttavia una lettura compatibile con il principio di autonomia privata¹²⁶.

Le riflessioni dei costituzionalisti sull'efficacia orizzontale sono state particolarmente approfondite negli anni in cui, in assenza di leggi di svolgimento dei principi costituzionali, il compito di applicarli direttamente è ricaduto in prima battuta sui giudici. Con l'approvazione di leggi di sistema, come lo statuto dei lavoratori, la riforma del diritto di famiglia, l'istituzione del sistema sanitario nazionale, le normative sull'istruzione e l'ordinamento penitenziario, il legislatore si è fatto carico dell'attuazione di quei principi. Quanto alla Corte costituzionale, è noto che in materia di diritti sociali il suo scrutinio è tendenzialmente più debole rispetto a quello relativo ai diritti di libertà, ristretto dal principio di gradualità e dai vincoli finanziari. Al contempo, però, appare significativo l'orientamento giurisprudenziale che ha insistito sul rinvenimento di un nucleo essenziale del diritto come limite invalicabile per il legislatore. Si tratta di un canone che valorizza il nesso tra il contenuto del diritto e il principio di dignità – nel senso pregnante che la dignità sociale assume nella nostra costituzione – contenuto che non può

¹²⁴ Nel frattempo, come si è visto, anche il *Bundesverfassungsgericht* ha elaborato una linea giurisprudenziale volta a porre rimedio ai rapporti contrattuali strutturalmente squilibrati: v. *supra*, n. 39.

¹²⁵ LOMBARDI, *Potere privato*, cit., 86 ss., 104 ss.

¹²⁶ Cfr., da prospettive complementari, GIORGIS, *La costituzionalizzazione*, cit., 92 ss.; M. MANETTI, *La libertà eguale nella costituzione italiana*, in *Riv. tr. dir. pubbl.* 2009, 635 ss.; G. COMANDÉ, *Diritto privato europeo e diritti fondamentali*, in Id. (a cura di), *Diritto privato europeo e diritti fondamentali*, Giappichelli, Torino, 2004, 21 ss.; e da ultimo E. NAVARRETTA, *Diritti inviolabili e responsabilità civile*, in *Enc. Dir., Annali*, v. VII, Giuffrè, Milano, 2014, 343 ss., ed *ivi*, 349 ss.

essere scalfito nel bilanciamento con altri valori costituzionalmente rilevanti, tra i quali il principio di equilibrio finanziario¹²⁷. L'effettività di tale clausola è apparsa rafforzata laddove ha operato insieme a quella sui livelli essenziali delle prestazioni di cui all'art. 117 comma 2, lett. m) Cost., benché tale costellazione non sia andata esente da risvolti problematici in ordine al riparto di competenze tra stato e regioni¹²⁸. Un ulteriore profilo critico riguarda – non diversamente dalla pronuncia tedesca sull'*Existenzminimum* –, una possibile interpretazione riduttiva di tale nucleo che, nell'appiattare il contenuto essenziale su quello “minimo”, giustifica un'estensione del margine di discrezionalità legislativa su ciò che dal nucleo resta fuori, rinsaldando così un'interpretazione individualistico-liberale del diritto sociale in questione¹²⁹.

4. Osservazioni conclusive: dimensioni dei diritti fondamentali e doveri costituzionali

L'analisi svolta nei paragrafi precedenti ha mostrato come la dimensione individuale e quella istituzionale dei diritti fondamentali siano complementari. Alle origini del costituzionalismo moderno, i diritti hanno assunto un significato fondativo e progettuale, oltre che difensivo. Quest'ultimo, peraltro, non poteva considerarsi esclusivo nemmeno per il periodo dello stato liberale. Nelle costituzioni contemporanee, caratterizzate dall'apertura verso una società pluralistica e conflittuale e dalla sensibilità per una concezione reale e promozionale della libertà, il tema della multidimensionalità dei diritti ha mostrato profili più articolati. Fin dal tempo della costituzione weimariana sono emerse, accanto ai diritti individuali di difesa, le garanzie di istituto e la funzione materiale di integrazione dei diritti. Il peso relativo di ciascuna dimensione dipende comunque dai diritti interessati: se, per alcuni di essi, tende a prevalere la dimensione individuale (è il caso della libertà personale e di quella di opinione), in altri è maggiormente rilevante la dimensione istituzionale (i diritti sociali), in altri ancora l'una e l'altra sono più strettamente intrecciate (la proprietà, la libertà di stampa

¹²⁷ La questione si intreccia con quella relativa alla tutela dei diritti sociali nell'ordinamento europeo, su cui v. la versione integrale della relazione, par. 3.4.

¹²⁸ Cfr., da ultimo, Corte cost., sentt. nn. 166/2008, 10/2010, 62/2013, ma v. già sent. n. 282/2002. Sul legame della garanzia con il principio di dignità v. MESSINEO, *La garanzia del “contenuto essenziale”*, cit., 43 ss., al quale rimando per ulteriori indicazioni bibliografiche.

¹²⁹ Su queste ambivalenze v. I. MASSA PINTO, *Contenuto minimo essenziale dei diritti costituzionali e concezione espansiva della costituzione*, in *Dir. Pubbl.* 2001, 1095 ss.; MESSINEO, *La garanzia del “contenuto essenziale”*, cit., 80 ss.; I. CIOLLI, *Le ragioni dei diritti e il pareggio di bilancio*, Aracne, Roma, 2012, 120 ss. Per una valutazione comparativa con l'esperienza tedesca v. F. SAITTO, *Quando l'esigenza di tutela fonda, nell'emergenza economica, la competenza statale*, in *Giur. cost.* 2010, 185 ss. Sui rischi di paternalismo insiti nell'elargizione di prestazioni assistenziali senza un adeguato controllo democratico v. C. PINELLI, *“Social card”, o del ritorno alla carità di stato*, in G. Brunelli, A. Pugiotto, P. Veronesi (a cura di), *Il diritto costituzionale come regola e limite al potere*, Napoli, Jovene, 2009, 1177 ss.

e degli altri *media*, le libertà associative, il diritto di voto, il diritto di difesa).

L'esame delle singole esperienze costituzionali ha consentito di mettere in luce alcuni aspetti comuni, quali la considerazione dei diritti come principi e valori costituzionali, il ricorso a canoni di bilanciamento e la ponderazione da parte dei giudici, il compito conformativo del legislatore, la predisposizione di prestazioni, misure organizzative e procedimenti, nonché l'efficacia orizzontale dei diritti, immediata o mediata. Ma si sono osservati anche elementi di differenza, tra i quali, con riferimento alla costituzione tedesca, una concezione più compatta del sistema assiologico, un'operatività più estesa degli obblighi di protezione e una distinzione più netta tra funzione limitativa e funzione conformativa della legge. Nel contesto italiano, si è evidenziata una struttura meno avvolgente dei valori costituzionali, un'attenzione più puntuale per le garanzie e un più chiaro legame dei diritti con i compiti di trasformazione sociale. Relativamente agli Stati Uniti, l'indagine ha preso bensì le mosse da una maggiore resistenza dell'idea di libertà negativa, ma ha altresì messo in luce una serie di manifestazioni significative della dimensione ordinamentale.

Alle due grandi dimensioni dei diritti corrispondono rispettivamente una tradizione liberale e una tradizione comunitaria. Tali tradizioni non definiscono in maniera esclusiva le singole esperienze costituzionali ma sono compresenti in ciascuna di esse, nella misura in cui la realizzazione della libertà non presuppone una persona isolata, ma un ordine sociale i cui membri sono uniti da una rete di legami¹³⁰. Quello che cambia è la loro conformazione specifica: ad esempio, la tradizione liberale ha avuto tratti più marcati negli Stati Uniti, dove è stata fortemente permeata dal valore della libertà individuale, mentre nei paesi europei è stata riletta attraverso il principio di dignità. Quest'ultimo, a sua volta, è stato declinato in Germania prevalentemente nel senso dell'autonomia morale e in Italia nel senso dell'eguaglianza sociale. Per converso, la tradizione comunitaria ha avuto una connotazione più repubblicana negli Stati Uniti, più organicistica in Germania e più pluralistico-solidaristica in Italia. E, tuttavia, anche queste conclusioni appaiono per certi versi limitate, se è vero che le culture costituzionali non sono statiche e chiuse ma dinamiche e permeabili, caratterizzate da cambiamenti e influenze reciproche.

Tali conclusioni appaiono avvalorate se si estende l'analisi all'ulteriore elemento dei doveri costituzionali e dei relativi rapporti con i diritti fondamentali¹³¹. Anche a questo riguardo, vi sono differenze nei vari contesti: nella

¹³⁰ Cfr. U. VOLKMAN, *Freiheit und Gemeinschaft*, in D. Merten, H.J. Papier (hg.), *Handbuch der Grundrechte*, v. II, cit., 341 ss.; W. BRUGGER, *Communitarianism as the Social Legal Theory Behind the German Constitution*, in *ICon* 2004, 431 ss. Significativa la tendenziale convergenza, da punti di partenza diversi, di R.M. DWORKIN, *Liberal Community*, in *Cal. L. Rev.* 1989, 479 ss. e P. SELZNICK, *Kommunitarischer Liberalismus*, in *Der Staat* 1995, 487 ss.

¹³¹ Tra le ricostruzioni generali v. almeno H. HOFMANN, *Grundpflichten und Grun-*

costituzione federale degli Stati Uniti mancano norme specifiche sui doveri, ma permane l'eredità del repubblicanesimo e del contrattualismo, nella cui logica i doveri dei cittadini sono finalizzati ad assicurare la protezione statale dei diritti¹³². In Germania, il ruolo apparentemente recessivo dei doveri nella legge fondamentale si spiega non solo come una reazione al nazionalsocialismo e come una distinzione rispetto agli stati socialisti, ma esso è dovuto anche alla riluttanza nell'introdurre in costituzione norme non direttamente azionabili dai singoli. E, tuttavia, per un verso i doveri sono considerati un presupposto implicito dello stato e per l'altro puntuali riferimenti ad essi non mancano nemmeno nel *Grundgesetz* (dalla declinazione della proprietà in termini obbliganti al dovere di istruzione). La categoria dei doveri fondamentali è stata comunque accolta dalla dottrina tedesca maggioritaria, che ha valorizzato una delle principali innovazioni della costituzione weimariana, riconsiderando i classici doveri dello stato liberale alla luce del costituzionalismo sociale. Un significato di indubbio rilievo assumono poi i doveri inderogabili nella costituzione italiana, dove non solo hanno una struttura precettiva omogenea rispetto a quella dei diritti inviolabili, ma sono anche immediatamente associati al principio solidaristico, nel suo profilo politico, economico e sociale, caratterizzato da una componente partecipativa. Più ancora che negli altri paesi, spicca in Italia il significato dei doveri costituzionali come veicolo per il raggiungimento di una base minima di omogeneità sociale in un contesto fortemente pluralizzato e conflittuale: se, in passato, tale conflittualità era riconducibile prevalentemente alle contrapposizioni politiche, oggi essa segue anche le fratture sociali o religiose, amplificate dal fenomeno migratorio¹³³.

drechte, in J. Isensee, P. Kirchhof (hg.), *Handbuch des Staatsrechts*, v. V, cit., 322 ss.; O. LUCHTERHANDT, *Grundpflichten als Verfassungsproblem in Deutschland*, Duncker & Humblot, Berlin, 1988; G. LOMBARDI, *Contributo allo studio sui doveri costituzionali*, Giuffrè, Milano, 1967; C. CARBONE, *I doveri pubblici individuali nella costituzione*, Giuffrè, Milano, 1968. Nella dottrina italiana più recente v. inoltre L. VIOLANTE, *Il dovere di avere doveri*, Einaudi, Torino, 2014; G. BASCHERINI, *Doveri costituzionali*, in *treccani.it* (2014); A. POGGI, *Corte costituzionale e doveri*, in F. Dal Canto, E. Rossi (a cura di), *Corte costituzionale e sistema istituzionale*, Giappichelli, Torino, 2011, 39 ss.; R. BALDUZZI, M. CAVINO, E. GROSSO, J. LUTHER (a cura di), *I doveri costituzionali: la prospettiva del giudice delle leggi*, Giappichelli, Torino, 2007; nonché G. ZAGREBELSKY, *Diritti per forza*, Einaudi, Torino, 2017, 93 ss.

¹³² Cfr. l'art. 10 della costituzione del Massachusetts del 1780, sul punto v. HOFMANN, *Grundpflichten und Grundrechte*, cit., 324; ID., *Grundpflichten als verfassungsrechtliche Dimension*, in *VVDStRL* 1982, de Gruyter, Berlin, 1983, 47-48.

¹³³ La posizione classica è di LOMBARDI, *Contributo*, cit., 45 ss., 144 ss. Sull'evoluzione più recente v. A. APOSTOLI, *Il consolidamento della democrazia attraverso la promozione della solidarietà sociale all'interno della comunità*, in *costituzionalismo.it* 1/2016, 1 ss.; G. BASCHERINI, *La solidarietà politica nell'esperienza costituzionale repubblicana*, ivi, 125 ss.; E. GROSSO, *I doveri costituzionali*, in AIC, *Annuario* 2009, *Lo statuto costituzionale del non cittadino*, Jovene, Napoli, 2010, 229 ss.

Ci si può chiedere, a questo punto, in che modo il discorso sui doveri intersechi quello sulle dimensioni dei diritti. I rapporti tra diritti e doveri possono invero essere impostati in modo diverso, a seconda di come si intendano i diritti stessi. Se, infatti, si concepiscono i diritti prevalentemente nella loro dimensione difensiva, il rapporto con i doveri viene inquadrato per lo più in maniera antitetica. Era questo, ad esempio, ciò che accadeva nelle teorie giuspositivistiche dominanti della seconda metà del XIX secolo e nella dottrina della *Verteilungslehre* schmittiana¹³⁴. Diversamente, Heller e Smend avevano colto la reciproca implicazione tra i doveri e la valenza ordinamentale dei diritti, soprattutto con riferimento alla dimensione democratico-partecipativa e a quella assiologica¹³⁵. Se, quindi, la prevalenza della dimensione difensiva spinge a contrapporre i diritti ai doveri, una considerazione della pluridimensionalità dei diritti mette a fuoco i molteplici nessi tra gli uni e gli altri, nesi che possono essere meglio specificati.

Nella prospettiva individuale del diritto di libertà, il dovere tende a confondersi con i limiti del diritto: il singolo deve astenersi o sopportare quelle interferenze che siano giustificate dalla tutela dei diritti altrui o dall'interesse della collettività. Nonostante l'analogia efficacia restrittiva nei confronti dei diritti fondamentali, il significato dei doveri non coincide tuttavia con i limiti di questi ultimi, rimandando a un coinvolgimento diretto del singolo, tramite obblighi positivi di azione per il raggiungimento del bene comune. Ciò appare evidente nei doveri che trovano riconoscimento nella gran parte delle esperienze costituzionali, come quelli di prestazione tributaria, di istruzione e di difesa¹³⁶. Da questa prospettiva, i doveri stanno in una relazione molto stretta con le dimensioni istituzionali dei diritti, dato che il loro adempimento è strumento necessario per l'organizzazione della protezione dei diritti stessi e quindi per la loro effettività. Per converso, le dimensioni istituzionali dei diritti implicano una «accentuazione del profilo doveroso» dei diritti di libertà, che coinvolge non solo il potere pubblico ma anche i soggetti privati¹³⁷: si pensi all'efficacia orizzontale dei diritti, che richiede di esercitarli nell'osservanza di valori costituzionali potenzialmente confliggenti, o agli obblighi di protezione, che impongono al soggetto «perturbatore» l'assunzione di cautele nei confronti del soggetto «vittima», o ancora alla dimensione democratico-partecipativa, che investe il diritto-dovere di voto e implica un dovere di fedeltà verso i valori costituzionali, o infine alla dimensione istituzionale in senso stretto, secondo

¹³⁴ Cfr. LUCHTERHANDT, *Grundpflichten*, cit., 281 ss., 319 ss.

¹³⁵ Ivi, 321 ss. (327-328); SMEND, *Bürger und Burgeois*, cit., 316. Cfr. altresì GÖTZ, *Grundpflichten*, cit., 9 ss.

¹³⁶ Ivi, 13 ss.; HOFMANN, *Grundpflichten und Grundrechte*, cit., 339 ss.; LUCHTERHANDT, *Grundpflichten*, cit., 463 ss.; ma cfr. altresì LOMBARDI, *Contributo*, cit., 36-38. Sui doveri come limiti ai diritti v. CARBONE, *I doveri pubblici*, cit., 305 ss.

¹³⁷ E. DENNINGER, *Freiheitsordnung – Wertordnung – Pflichtordnung*, in *JZ* 1975, 547.

cui il titolare del diritto deve esercitarlo lungo i binari tracciati dalla conformazione legislativa. Alla luce di tale legame non stupisce che in Germania, in assenza di un fondamento costituzionale esplicito per i doveri fondamentali, esso sia stato rinvenuto in alcune norme sui diritti (e cioè quelle sulla reciprocità dell'autonomia individuale e sulla dignità umana), e nemmeno che in Italia i doveri di solidarietà siano stati considerati espressione del principio personalistico¹³⁸. Ma appare chiaro altresì che diritti e doveri si incontrano nell'assicurare entrambi effettività al principio democratico e a quello solidaristico. Ciò non significa, peraltro, che diritti e doveri siano perfettamente complementari, nel senso di essere i termini di un rapporto sinallagmatico di scambio, perché lo stato costituzionale si caratterizza pur sempre per un'asimmetria, non teorica ma contenutistica, in favore del principio di libertà – pur restando l'adempimento dei doveri indispensabile per la formazione e la tenuta di una comunità politica – e perché le norme sui doveri vanno interpretate alla luce del principio di tassatività e in una prospettiva garantistica¹³⁹.

Se, per un verso, la sintesi dei diritti e dei doveri in capo a uno stesso soggetto è rappresentata dallo *status* di cittadinanza, per l'altro il loro anello di congiunzione, qualora essi riguardino soggetti diversi, è costituito dai principi di solidarietà e di responsabilità. Questi ultimi rimandano bensì a matrici culturali differenti – quella protestante, in Germania, per la responsabilità, quella cattolica e quella delle sinistre, in Italia, per la solidarietà –, ma presentano altresì aspetti comuni, nella misura in cui prendono le mosse da un *Menschenbild* che si regge sui legami interpersonali, che concepisce ciascun individuo come responsabile non solo *della* propria libertà ma anche *per* la libertà degli altri, e che tende a mobilitare le energie di uomini e donne per estendere le reti dell'inclusione sociale e dei processi democratici. I principi di responsabilità e solidarietà assicurano l'effettività della multidimensionalità dei diritti, attraverso l'imposizione mirata e reciproca di doveri sia orizzontalmente, ai membri della comunità, sia verticalmente, alle istituzioni pubbliche. Meno radicato è forse questo profilo negli Stati Uniti, dove il pensiero repubblicano è stato all'origine di un'idea di lealtà costituzionale sì eticamente fondata, ma dalla più debole connotazione solidaristico-redistributiva¹⁴⁰.

¹³⁸ V. rispettivamente HOFMANN, *Grundpflichten und Grundrechte*, cit., 340 ss.; LUCHTERHANDT, *Grundpflichten*, cit., 444 ss.; LOMBARDI, *Contributo*, cit., cit., 51-52.

¹³⁹ GÖTZ, *Grundpflichten*, cit., 12 ss.; HOFMANN, *Grundpflichten und Grundrechte*, cit., 343 ss.; ID., *Grundpflichten als verfassungsrechtliche Dimension*, cit., 54 ss., 68 ss.; LUCHTERHANDT, *Grundpflichten*, cit., 532 ss.; LOMBARDI, *Contributo*, cit., 12 ss., 39 ss., 465 ss.; CARBONE, *I doveri pubblici*, cit., 35 ss.

¹⁴⁰ V. almeno P. SALADIN, *Verantwortung als Staatsprinzip*, Haupt, Bern Stuttgart, 1984, 67 ss., 197 ss.; S. RODOTÀ, *Solidarietà. Un'utopia necessaria*, Laterza, Roma Bari, 2014, 17, 28, 32, 48 ss.; PEZZINI, *Dimensioni*, cit.; F. GIUFFRÉ, *I doveri di solidarietà sociale*, in R. Balduzzi et al. (a cura di), *I doveri costituzionali*, cit., 3 ss.; S. LEVINSON, *Constitutional Faith*, PUP, Princeton, 1988.

Concludendo, credo che la domanda circa la prevalenza della dimensione individuale o di quella istituzionale dei diritti sia forse fuorviante, se posta in termini assoluti, nel senso che alle democrazie pluralistiche contemporanee sono consustanziali entrambe, così come lo sono i rispettivi meccanismi di garanzia (attività del giudice comune, del legislatore e della corte costituzionale), senza che possa dirsi che l'una prevalga nettamente sull'altra. Le esperienze del passato hanno insegnato che un totale assorbimento della dimensione individuale in quella ordinamentale rischia di compromettere il significato del principio di libertà come argine e contropotere di fronte agli arbitri statali. Appaiono quindi condivisibili i rilievi della giurisprudenza – a cominciare dalla sentenza Lüth – e della dottrina, secondo cui i diritti fondamentali sono in primo luogo diritti di difesa contro lo stato. Ma è vero anche l'inverso, e cioè che una considerazione dei diritti soltanto nella prospettiva individuale e difensiva sarebbe parziale e priverebbe di una tutela effettiva un ampio spettro di posizioni e un'ampia fascia di persone. Nessuna delle due dimensioni, dunque, prevale in maniera netta e definitiva sull'altra, ma esse si pongono in una relazione di mutuo contenimento e rafforzamento. Così come il rapporto tra diritti e doveri, anche quello tra dimensione individuale e istituzionale, che del primo è per certi versi un'implicazione, è strutturato e riempito di senso dai principi di responsabilità e solidarietà. Non è di poco momento che l'attivazione di questi ultimi appaia oggi la via principale, benché non priva di ostacoli, per assicurare una qualche prospettiva di sviluppo al processo di integrazione europea¹⁴¹, prospettiva che passa anche per la salvaguardia di un equilibrio tra la dimensione individuale e quella istituzionale dei diritti.

¹⁴¹ Cfr. la versione integrale della relazione, par. 3.4, in coda, e J. HABERMAS, *Nella spirale tecnocratica. Un'arringa per la solidarietà europea*, Laterza, Roma Bari, 2014, 30 ss.

IL DIRITTO ALLA CULTURA: APPUNTI PER UNA RICOSTRUZIONE

di Giorgio Repetto

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. La lenta affermazione del diritto alla cultura e il problema dei rapporti tra art. 9 e art. 33 Cost. – 3. La cultura tra promozione e libertà: il disegno costituzionale – 4. Le difficoltà della prassi: la debole tipizzazione del diritto alla cultura e l'esigenza della sua concretizzazione – 5. La valorizzazione/fruizione dei beni culturali come esempio di concretizzazione legislativa del diritto alla cultura – 6. La fondamentale del diritto alla cultura e il disegno di democratizzazione della "funzione culturale" – 7. Le diverse dimensioni del diritto alla cultura come diritto fondamentale: spunti per una ricostruzione – 8. Il problema della risorse: un approccio relativo?

1. Premessa

Chi si accinga oggi a interrogarsi sul "diritto alla cultura" come diritto fondamentale deve fare preliminarmente i conti con una serie di difficoltà definitorie e ricostruttive. Malgrado l'enfasi posta di frequente sulla dimensione culturale dei diritti fondamentali e, più sullo sfondo, sulla cultura come elemento costitutivo dello stato costituzionale¹, non pare che dai principi e dalle norme costituzionali che si occupano di promozione e libertà della cultura siano ancora state tratte tutte le conseguenze necessarie per poter parlare, in termini unitari, di un "diritto alla cultura". Certo, da innumerevoli punti di vista il fattore culturale è al centro della riflessione più recente sui diritti, sia quando esso viene in discussione come tratto costitutivo dell'identità personale o collettiva di soggetti vulnerabili o minoritari (diritti *culturali*), sia quando esso è riferito alle variabili organizzative che incidono sull'accesso e sulla fruizione dei beni del patrimonio culturale (diritti/o *della cultura*).

Non sono tuttavia queste le accezioni in cui si parlerà qui del diritto *alla* cultura come diritto fondamentale. Nel tentativo, infatti, di ricostruire le componenti di esso per come si ricavano da una (ri)lettura delle norme costituzionali di riferimento, si porrà innanzi tutto l'attenzione sulla necessità di valorizzare le linee portanti del disegno costituzionale in materia culturale. La tesi di fondo di questo contributo è infatti che il diritto alla cultura, nelle sue diverse dimensioni (*in primis* quella negativa e quella pretensiva), costituisce l'esito della convergenza e della fusione tra il compito di promozione affidato

¹ Per tutti v. P. HÄBERLE, *Stato costituzionale. I) Principi generali*, in *Enc. Giur.*, s.v., Roma, 2000, 7 ss.

dall'art. 9 Cost. alla Repubblica e la libertà *positiva* dell'arte e della scienza per come deve ricavarsi da una lettura sistematica dell'art. 33, cpv. Cost.

2. La lenta affermazione del diritto alla cultura e il problema dei rapporti tra art. 9 e art. 33 Cost.

Diverse e facilmente intuibili sono le ragioni della mancata affermazione, per un lungo periodo, del diritto alla cultura come figura autonoma tra i diritti costituzionalmente garantiti. Stretta tra le difficoltà di attribuire un significato non meramente programmatico all'art. 9 Cost. e l'attenzione mostrata ad altri diritti relativi ad ambiti comunque "culturalmente" rilevanti (primi fra tutti quelli in materia di istruzione), la cultura è infatti venuta in discussione nella riflessione sui diritti e sulle libertà in modo occasionale e frammentario.

Pur dopo il superamento delle iniziali resistenze nei confronti dell'attribuzione ai principi dell'art. 9 Cost. di un valore propriamente normativo, non ha sicuramente giovato la ricostruzione del rapporto tra quelle norme di principio e il diritto più immediatamente riferibile alla sfera culturale (il primo comma dell'art. 33 Cost.) nei termini di una conferma della dimensione solamente negativa della libertà di arte e scienza. In particolare, si riteneva che quella funzione di promozione dello sviluppo culturale non fosse di per sé idonea ad attribuire significati ulteriori all'art. 33 cit. rispetto alla garanzia dalle intromissioni del potere pubblico nei procedimenti di formazione e di manifestazione del prodotto artistico o scientifico. Se da un lato, infatti, il modello costituzionale escludeva recisamente gli opposti modelli di politica culturale sposati in passato, quello astensionista di impronta liberale e quello fascista di "cattura pubblica" dell'arte e della scienza, dall'altro si riteneva sì necessario che fra l'attività di "condizionamento delle pubbliche istituzioni" e "la libertà delle manifestazioni culturali" si dovesse individuare un complesso punto di equilibrio, ma accanto a ciò si prendeva atto che questo punto di equilibrio venisse "razionalizzato dalla Carta costituzionale soltanto con riferimento all'istruzione"².

Questa complessa elaborazione di Fabio Merusi, che si riannodava in larga parte alla riflessione di Bobbio³, si è venuta ulteriormente chiarendo quando questi ha predicato, quale suo esito finale, l'impossibilità di tracciare un modello costituzionalmente rilevante dei rapporti tra istituzioni pubbliche

² F. MERUSI, *Art. 9*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di G. Branca, Bologna-Roma, 1975, 436. A restar fuori dal disegno razionalizzatore affidato ai rapporti tra art. 9 e art. 33 non sarebbe soltanto "il ruolo della cultura nella fase ascendente di determinazione dell'indirizzo politico", ma anche "il punto di equilibrio fra azione dei pubblici poteri e libertà della ricerca scientifica".

³ Ed in particolare a *Politica e cultura*, Torino, 1955.

e cultura, perché si tratterebbe di un equilibrio instabile, “lasciato alla libera determinazione dialettica delle forze e della realtà sociale”¹.

Le implicazioni di un simile rapporto fra promozione e libertà in materia culturale andavano nel senso di qualificare in termini tutto sommato residuali gli spazi dell'intervento pubblico di incentivazione, tenuto conto dei rischi che ciò avrebbe necessariamente comportato per la libera esplicazione dell'arte e della scienza viste come espressioni particolarmente qualificate (e quindi meritevoli di protezione) della personalità individuale. Tenuto conto di ciò, pertanto, all'azione pubblica andava riservato un compito meramente esterno, mirante a creare le condizioni affinché esse potessero liberamente e autonomamente svilupparsi².

Le sorti del principio di cui al primo comma dell'art. 9 Cost., più che delle dispute teoriche, risentiranno da un certo momento in poi piuttosto dei percorsi di attuazione legislativa che condurranno al superamento di un modello che, non solo in materia di beni culturali, risale in larga parte al periodo fascista. Il “disgelo” dell'art. 9 cit. è stato infatti determinato principalmente dalle riforme di settore intervenute negli anni '70 e '80³ che hanno rappresentato il primo momento di effettiva (per quanto ancora indiretta e incompleta) attuazione del principio in questione. Senza questo intervento, non si può infatti comprendere come la Corte costituzionale sia passata, alla fine degli anni '70, da un sostanziale silenzio sul punto ad impiegare il principio di cui all'art. 9 Cost. per la prima volta quale parametro di una decisione di incostituzionalità⁴, sino a riconoscere in esso la consacrazione di un “valore estetico-culturale” ritenuto primario nel complessivo contesto dell'ordinamento⁵.

Anche l'esigenza di sistematizzare queste ed altre iniziative di riforma ha quindi condotto a porre in termini diversi rispetto al passato i rapporti tra “promozione” e “libertà” e, più sullo sfondo, i contorni del modello costituzionale di politica culturale⁶.

¹ F. MERUSI, op. cit., 437.

² F. MERUSI, op. cit., 435. Echi di questa impostazione si possono cogliere chiaramente in S. MERLINI, *La “politica culturale” della Repubblica e i principi della Costituzione*, in *Diritti, nuove tecnologie, trasformazioni sociali. Scritti in memoria di Paolo Barile*, Padova, 2003, 509 e, per certi versi, in A. CERRI, *Arte e scienza (libertà di)*, in *Enc. Giur.*, s.v., Roma, 1988, 6 (ove vengono evidenziati i rischi del “mecenatismo pubblico”).

³ Si pensi, tra l'altro, al d.P.R. n. 616 del 1977 (su cui si tornerà più avanti) e all'istituzione del Ministero per i Beni culturali e ambientali nel 1974.

⁴ Sent. n. 20 del 1978.

⁵ Sentt. n. 239 del 1982 e nn. 151, 152 e 153 del 1986.

⁶ Di questa nuova sensibilità è espressione un rinnovato interesse, dalla fine degli anni '80, per i problemi costituzionali della cultura e dell'arte, viste non più nell'ottica della libertà di espressione (artistica o scientifica) ma in quella dell'incentivazione e della promozione delle relative attività, testimoniato soprattutto dai lavori di M. AINIS, *Cultura e politica. Il modello costituzionale*, Padova, 1991 e di F. RIMOLI, *La libertà dell'arte nell'ordinamento italiano*, Padova, 1992.

La prima conseguenza di questi sviluppi è stata quella di favorire una diversa lettura dei due commi dell'art. 9 Cost., fino a quel momento incentrata sulla separazione tra le funzioni conservative e di tutela richiamate dal secondo comma (ritenute propriamente precettive) e quelle invece puramente “promozionali” di cui al primo comma, dotate invece – secondo l'opinione prevalente – di una portata puramente programmatica⁷. Il superamento della frattura tra tutela e promozione⁸ è infatti avvenuto grazie alla lettura dei due commi “in una traiettoria circolare”⁹: l'attività promozionale, di intervento attivo, presuppone necessariamente che venga tenuta viva la memoria delle espressioni culturali del passato attraverso la loro tutela e la loro valorizzazione, mentre è auspicabile (anche se non garantito) che quale esito dell'attività di promozione e incentivazione delle attività culturali possano derivare beni e testimonianze meritevoli, in futuro, di divenire oggetto di tutela e di valorizzazione perché ormai rientranti nel “patrimonio storico e artistico della Nazione”¹⁰.

Questi sviluppi si ripercuotono anche sui percorsi di individuazione e di riconoscimento del diritto alla cultura. I nuovi contenuti attribuiti all'art. 9 Cost. rendono infatti insostenibile il contenimento della sfera di libertà di arte e scienza al solo piano della libertà negativa. Tra i due poli della “promozione” e della “libertà” si viene affermando un nesso di reciproca implicazione, nel senso che mentre la *promozione* dello sviluppo della cultura è rivolta finalisticamente a garantire la libertà delle varie forme in cui essa si manifesta (arte, scienza, insegnamento, istruzione), la *libertà* in questione¹¹ non deve

⁷ V. già A. PREDIERI, *Significato della norma costituzionale sulla tutela del paesaggio*, in *Studi per il ventesimo anniversario dell'Assemblea Costituente. 2, Le libertà civili e politiche*, Firenze, 1969, 388.

⁸ Frattura ancora avvertita da S. MERLINI, *La promozione della cultura e della scienza nella Costituzione italiana*, in AA. VV., *Libertà costituzionali e limiti amministrativi*, Padova, 1990, 395.

⁹ M. FIORILLO, *Le attività culturali*, in M. AINIS e M. FIORILLO, *L'ordinamento della cultura*, Milano, 2015, 311.

¹⁰ M. CECCHETTI, *Art. 9*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, vol. I, Torino, 2006, 221. Il nesso tra promozione, intesa come stimolo alla creazione culturale, e i compiti di conservazione e fruizione del patrimonio culturale è stato enfatizzato anche da G. CLEMENTE DI SAN LUCA, *Libertà dell'arte e potere amministrativo. I. L'interpretazione costituzionale*, Napoli, 1999, 121.

¹¹ In questa chiave si viene chiarendo anche in quale accezione debba essere intesa qui la nozione di “cultura”. Se da un lato, infatti, non si può non essere d'accordo con chi ha ritenuto “veramente inutili” i tentativi di distillare una e una sola nozione di cultura costituzionalmente rilevante (così M. S. GIANNINI, *Sull'articolo 9 Cost. (la promozione culturale)*, in *Scritti in onore di Angelo Falzea*, vol. III, t. 1, Milano, 1991, 442), dall'altro si deve identificare la cultura in quanto oggetto del diritto in questione come riferita alle “manifestazioni superiori dell'intelletto” da individuarsi nelle “espressioni culturali che raggiungono il livello dell'arte e della scienza”, senza con ciò in alcun modo riproporre una nozione valutativa di cultura “alta” o “bassa” (perché anche la cultura popolare, il folklore o – aggiungerei oggi – la *street art* o l'arte digitale sono legittime manifestazioni culturali: così M. AINIS, *Cultura e politica*, cit., 73 e, adesivamente, M. CECCHETTI, *Art. 9*, cit., 223, mentre in senso contrario v. S. MERLINI, *La “politica culturale”*, cit., 515 s.).

essere limitata al suo versante difensivo, ma acquista una dimensione più ampia, in cui a venire in gioco è l'uguale godimento di quelle libertà, con tutte le conseguenze che ne derivano in termini di riequilibrio (garantito dall'azione pubblica) tra forme di produzione artistica e culturale ritenute minoritarie o comunque non in grado di accedere alle risorse economiche idonee a garantirne l'autonoma sopravvivenza¹². In questo orizzonte, la libertà di arte e scienza acquista il significato di una libertà anche *positiva*, sia perché essa richiede l'intervento di politiche redistributive funzionalizzate al perseguimento di un'uguaglianza di *chances*¹³, sia perché ad essa viene assegnata una vocazione "conformativa" della funzione giuridica di promozione: il suo versante positivo sta, in particolare, nell'indicare il fine, l'orizzonte di senso che conforma e orienta l'assetto teleologico del potere di promozione¹⁴.

3. La cultura tra promozione e libertà: il disegno costituzionale

La sintesi tra "promozione" e "libertà", tuttavia, non può ritenersi data una volta per tutte perché richiede una complessa e continua opera di razionalizzazione del rapporto tra i due poli in discussione, che miri a ritagliare un ruolo attivo per i poteri pubblici, pur sempre nel presupposto che arte, scienza e cultura debbano "esteriorizzarsi, senza subire orientamenti ed indirizzi univocamente e autoritativamente imposti"¹⁵.

Quel disegno di razionalizzazione, quindi, presuppone che l'equilibrio che sorregge il diritto alla cultura inteso come libertà positiva, innervato di una matrice negativa e di una matrice sociale, fuoriesca dal confine del rapporto tra gli artt. 9 e 33 Cost., e si affidi alle interazioni con gli altri principi di struttura del testo costituzionale e ai vincoli finalistici che da essi discendono, così da fissarne i contorni e i contenuti di volta in volta ammissibili in tutte le sue varie componenti¹⁶.

Innanzitutto, l'equilibrio tra promozione e libertà deve essere delineato sulla base dell'esigenza di salvaguardare la stretta inerenza del fenomeno culturale, nei vari versanti in cui esso si manifesta (fruizione e produzione, arte e

¹² Per tutti v. M. AINIS, *Cultura e politica*, cit., 116 e F. RIMOLI, *La libertà dell'arte*, cit., 161.

¹³ Il nesso tra libertà negativa e libertà positiva inteso come caratteristica essenziale del passaggio dallo stato liberale allo stato democratico-sociale e, con esso, alla figura della "persona totale" è colto prima di altri da A. BALDASSARRE, *Libertà*, in *Enc. Giur.*, Roma, 1990, poi in Id., *Diritti della persona e valori costituzionali*, Torino, 1997, 269 ss. e in part. 278. In una prospettiva più ampia, e per una maggior attenzione alle componenti dinamiche del rapporto tra libertà e inclusione sociale, v. da ultimo le riflessioni di P. RIDOLA, *Diritti fondamentali. Un'introduzione*, Torino, 2006, 110 ss e 154 ss.

¹⁴ G. CLEMENTE DI SAN LUCA, *Libertà dell'arte*, cit., 102 e 107.

¹⁵ Così Corte cost., sent. n. 57 del 1976.

¹⁶ M. AINIS, *Cultura e politica*, cit., 115. Sulle coordinate fondamentali di questo disegno v. ora M. CECCHETTI, *Art. 9*, cit., 230.

scienza, libertà e patrimonio), al *libero sviluppo della personalità dell'individuo* così come desumibile dall'art. 2 Cost. La libertà di arte e scienza, infatti, non è altro che uno svolgimento di questo principio supremo in un ambito che, per sua natura, investe aspetti primari della personalità e quindi richiede ancora di più che del rispetto di essa si dia primariamente cura l'azione pubblica di incentivazione e promozione.

Un perno di quel disegno razionalizzatore deve, poi, essere individuato nella garanzia del principio di *uguaglianza*, inteso anch'esso come direttiva costituzionale che orienta il senso e la direzione dell'intervento pubblico in materia culturale. Quest'ultimo deve essere rivolto a consentire il raggiungimento delle finalità di cui all'art. 3, comma 2, Cost. e pertanto impone un compito di riequilibrio rispetto alle asimmetrie prodotte dalle dinamiche sociali e di mercato. Questo vuol dire prima di tutto intervento suppletivo, volto a garantire parità di *chances* rispetto a culture deboli o minoritarie, siano esse tali perché si distanziano dalle correnti culturali di maggioranza, sia perché sono strutturalmente inadatte ad essere supportate dal mercato¹⁷.

La correzione rispetto ai disequilibri prodotti dalle dinamiche di mercato è poi ulteriormente qualificata dalla connessione tra i compiti di promozione culturale e il principio *lavorista*, che in quanto finalizzato al progresso non solo materiale, ma anche *spirituale* della società, impone di supportare manifestazioni della cultura anche prive di un'immediata utilità e di tenere vive tutte le diverse branche dell'attività culturale e artistica. Solo attraverso un'adeguata funzione di supporto e di promozione di politiche culturali orientate in questa direzione, infatti, pare possibile salvaguardare il contenuto minimo che, anche in relazione al lavoro intellettuale, può trarsi dall'art. 4 Cost.: far salve "occasioni" di lavoro e garantire la libertà di scelta della propria occupazione allorché per la tipologia delle relative attività non ci si possa aspettare un'adeguata offerta di lavoro da parte del settore privato¹⁸.

Un ulteriore vincolo finalistico è poi connesso al principio di tutela delle *minoranze linguistiche* di cui all'art. 6 Cost. e alla necessità della valorizzazione delle relative tradizioni artistiche¹⁹, cui pare possibile anche associare gli artt. 8 e 19 Cost. in relazione alle minoranze religiose.

¹⁷ M. AINIS, *Cultura e politica*, cit., 118. In quest'ultimo caso, in particolare, è necessario che i compiti di riequilibrio e di redistribuzione vengano condotti "prescindendo ... da ogni criterio di gestione economica, e privilegiando anzi proprio quegli interventi che si rivolgono ad attività prive di riscontro commerciale immediato" (F. RIMOLI, *La libertà dell'arte*, cit., 172).

¹⁸ M. AINIS, *Cultura e politica*, cit., 126, ove il riferimento anche al rafforzamento delle relative politiche pubbliche in presenza della clausola di cui all'art. 35, comma 2, Cost., che riferisce alla Repubblica il compito di curare "la formazione e l'elevazione professionale dei lavoratori".

¹⁹ M. AINIS, *Cultura e politica*, cit., 127 ss, ma più di recente anche A. PIZZORUSSO, *Diritto della cultura e principi costituzionali*, in *Quad. cost.*, 2000, 317 ss. e G. FAMIGLIETTI, *Diritti culturali e diritto della cultura. La voce cultura dal campo delle tutele a quello della tutela*, Torino, 2010.

Il tema delle minoranze apre, infine, il capitolo forse più rilevante del discorso, concernente il rapporto tra promozione culturale e principio *pluralista*²⁰, connesso sia alla necessaria pluralità di opinioni, di correnti e di indirizzi culturali da sostenere (*pluralismo sociale*), sia alla diversificazione e articolazione dei soggetti pubblici cui è demandato il compito di incentivare la produzione e l'attività culturale (*pluralismo istituzionale*).

La questione del rapporto col principio pluralista appare centrale perché dai suoi diversi modi di atteggiarsi possono scaturire conseguenze diverse, ed al limite opposte, sui termini di esercizio del diritto alla cultura²¹.

Da un lato, infatti, il ricorso al pluralismo è stato inteso nel senso di salvaguardare e tenere ferma la condizione oggettiva di pluralità di orientamenti presenti all'interno del sottosistema culturale, che la Repubblica si impegna a tutelare, ritagliandosi un ruolo di vigile esterno, attraverso il ricorso a canoni procedurali ispirati al rispetto dell'imparzialità amministrativa²². Dall'altro lato, il pluralismo è stato inteso in un senso più pregnante, come senso e direzione delle misure di intervento volte al riequilibrio delle posizioni *anche al di là* delle dinamiche interne al sottosistema culturale. La Repubblica, in questa chiave, diventa un garante attivo del pluralismo culturale, ispirando la sua azione alla finalità di articolare progressivamente la varietà degli attori e delle tendenze operanti nei vari settori di intervento²³.

L'orientamento al pluralismo, di conseguenza, dovrebbe tenere ferma la peculiarità del fenomeno artistico e culturale inteso come manifestazione di tratti della personalità individuale segnati da caratteri di assoluta fondamentalità, che si traducono – nella prospettiva della natura e dei limiti dell'intervento pubblico – nella necessità di combinare finalità *lato sensu* riequilibratrici con la primaria garanzia dell'autonomia degli attori culturali e dei relativi linguaggi. Andando al di là delle alternative, ormai logore, tra modelli astensionisti e modelli interventisti, sembra rispondere maggiormente alle peculiarità del fenomeno culturale in tutta la sua complessità l'accentuazione sul rispetto dell'autocomprensione (*Selbstverständnis*) dell'artista (e dello scienziato) intesa come attività (auto-)riflessiva del singolo e della comunità di riferimento in grado di segnare il carattere "aperto" dei relativi concetti costituzionali, senza per questo renderli privi di spessore giuridico²⁴.

²⁰ Su cui v. già P. BARILE, *Libertà di manifestazione del pensiero e libertà dell'arte nell'ordinamento italiano*, in G. CLEMENTE DI SAN LUCA (a cura di), *Tutela, promozione e libertà dell'arte in Italia e negli Stati Uniti*, Milano, 1990, 195.

²¹ Un *caveat* essenziale sui rapporti tra pluralismo e libertà è quello espresso, come noto, da V. CRISAFULLI, *Pluralismo*, in ID., *Stato Popolo Governo. Illusioni e delusioni costituzionali*, Milano, 1985, 326.

²² Così E. SPAGNA MUSSO, *Lo Stato di cultura*, Napoli, 1961, 61 ss.

²³ M. AINIS, *Cultura e politica*, cit., 135 s.

²⁴ V. sul punto le fondamentali riflessioni di P. HÄBERLE, *Die Freiheit der Kunst im Verfassungsstaat* (1985), in ID., *Rechtsvergleichung im Kraftfeld des Verfassungsstaates*, Berlin,

Vi è poi un ulteriore versante dei rapporti tra incentivazione del fenomeno culturale e pluralismo, legato questa volta alla pluralità dei soggetti investiti dei relativi compiti pubblici di promozione. Il dibattito che si è registrato sull'argomento, come è facilmente intuibile, investe essenzialmente il significato del riferimento alla "Repubblica" all'interno dell'art. 9 cpv. Cost. e, a partire da qui, si riflette anche sull'assetto delle competenze legislative tra Stato e Regioni nelle materie in vario modo culturalmente connotate. Sul punto, hanno sicuramente influito sia i termini essenziali del dibattito costituente²⁵, sia l'esiguo spazio lasciato all'autonomia legislativa regionale nel testo dell'art. 117 Cost. precedente al 2001, che ad essa riservava solamente, tra le materie di competenza concorrente, i musei e le biblioteche degli enti locali. Pur costituendo il pluralismo istituzionale un valore di indubbia rilevanza nella materia in questione, l'assenza di un diaframma ulteriore nella parte organizzativa della Costituzione rispetto alla scarna dicitura dell'art. 117 Cost. vecchio testo ha spinto a ritenere che, nella sostanza, la questione della diffusione dei relativi poteri restasse in fondo indefinita, perché affidata di volta in volta a quanto stabilito dalle relative norme sulla competenza legislativa approntate dal legislatore di revisione costituzionale²⁶.

Rispetto a questo orientamento, sembra potersi sostenere che, seppure non convinca del tutto l'idea di trarre dalla sola nozione di "Repubblica" di cui all'art. 9 cpv. tutte le conseguenze necessarie in termini di pluralismo istituzionale²⁷, quella spinta all'articolazione territoriale e funzionale dei compiti di promozione culturale può essere ricavata non solo da un'interpretazione sistematica estesa ad altre norme di principio della Costituzione (prima fra queste l'art. 5 Cost.)²⁸, ma anche dalla presa d'atto che, a seguito della riforma del 2001, l'estensione delle competenze legislative delle Regioni in materia culturale (con riferimento alla "valorizzazione dei beni culturali" nonché alla

1992, 462 s. e di M. MORLOK, *Selbstverständnis als Rechtskriterium*, Tübingen, 1993, 448 ss. Una critica nei confronti della categoria del *Selbstverständnis* in relazione al godimento dei diritti fondamentali viene oggi da V. BALDINI, *La concretizzazione dei diritti fondamentali. Tra limiti del diritto positivo e sviluppi della giurisprudenza costituzionale e di merito*, Napoli, 2015, 116.

²⁵ A seguito del quale si sostituì la Repubblica allo Stato nel corpo dell'art. 9 Cost. solamente per lasciare impregiudicata la questione dell'autonomia regionale: sui frangenti in cui è stato presentato il relativo subemendamento Lussu nella seduta del 30 aprile 1947 (quando la questione regionale era ancora largamente irrisolta) v. M. CECCHETTI, *Art. 9*, cit., 219.

²⁶ Tanto si può trarre dall'analisi di M. AINIS, *Cultura e politica*, cit., 220 ss., dove, benché si riconosca che "l'intervento regionale non è che un corollario del principio pluralista" (p. 221), viene censurata nei termini riassunti nel testo la prassi dell'epoca di ampliare in modo incontrollato, attraverso i decreti di trasferimento delle relative funzioni amministrative, le competenze regionali in materia al di là dei ristretti ambiti di cui al citato art. 117 Cost. ante 2001.

²⁷ F. MERUSI, *Art. 9*, cit., 438.

²⁸ Su questo aspetto insiste in particolare G. CLEMENTE DI SAN LUCA, *Libertà dell'arte*, cit., 266 ss.

“promozione e organizzazione di attività culturali” di cui all’art. 117, terzo comma, Cost.) testimonia la realizzazione di un disegno pluralistico iscritto (seppure in potenza) nel testo costituzionale del 1948 e oggi giunto ad un grado adeguato di compimento²⁹.

4. Le difficoltà della prassi: la debole tipizzazione del diritto alla cultura e l’esigenza della sua concretizzazione

Sulla base di quanto sostenuto nei paragrafi precedenti, la relazione che si viene a stabilire tra sfera soggettiva della libertà e funzione di promozione e sviluppo, sebbene non connoti ancora il diritto alla cultura come una specifica e circoscritta situazione giuridica protetta, fa tuttavia emergere un insieme eterogeneo di posizioni protette e di direttive costituzionali rivolte all’azione dei pubblici poteri, unite insieme in un nesso difficilmente districabile solamente in virtù della lettura dei parametri costituzionali di riferimento³⁰. Prima di arrivare a isolare le sue diverse dimensioni, pare tuttavia necessario comprendere più nel dettaglio il ruolo da attribuire all’attività di concretizzazione di esso, anche in conseguenza del suo risultare in ragione di quanto detto un diritto a “debole tipizzazione”³¹.

²⁹ Rispetto a tale quadro, e al di là della resa che esso ha offerto nella giurisprudenza costituzionale (su cui *infra*), non si può non rimarcare il significativo arretramento che si sarebbe avuto con la legge di revisione costituzionale c.d. Renzi-Boschi. Nel testo di riforma dell’art. 117 Cost., infatti, dalla scomparsa del criterio della competenza concorrente discendeva un riaccentramento delle funzioni legislative in materia, oltre che di tutela, anche di valorizzazione dei beni culturali e paesaggistici, restando di competenza regionale la “disciplina, per quanto di interesse regionale, delle attività culturali, della promozione dei beni ambientali, culturali e paesaggistici”. Appare evidente come un simile modello si prestasse a ridurre drasticamente i margini di svolgimento del pluralismo territoriale in materia culturale. Da un lato, perché la congiunzione di tutela e valorizzazione in seno allo Stato finiva per assorbire la quasi totalità degli ambiti di intervento legislativo in materia, essendo la stessa funzione di “promozione” (secondo quanto stabilito anche di recente dalla Corte costituzionale con la sent. n. 140 del 2015) una specificazione della valorizzazione e, di conseguenza, un’attribuzione “assolutamente impalpabile” (S. MABELLINI, *La tutela dei beni culturali nel costituzionalismo multilivello*, Torino, 2016, 247). Dall’altro lato perché, anche prescindendo dagli altri fattori di potenziale compressione dell’autonomia legislativa regionale (*in primis* la c.d. clausola di salvaguardia di cui all’art. 117, co. 4, del testo di riforma), era significativa la limitazione “per interesse” anche dell’unico ambito potenzialmente oggetto di intervento regionale, vale a dire quello delle attività culturali (la cui disciplina è affidata in via esclusiva alle Regioni, appunto, “per quanto di interesse regionale”). Sul punto v. A. D’ATENA, *Luci e ombre della riforma costituzionale Renzi-Boschi*, in *Rivista AIC*, 2/2015, 10 ss.

³⁰ Sulla cui indeterminatezza ha opportunamente insistito F. RIMOLI, *La libertà dell’arte*, cit., 167.

³¹ E, in effetti, non può sfuggire l’assenza, nelle diverse classificazioni anche recenti in materia di diritti sociali, del diritto alla cultura (o altra accezione similare): v. per tutti A. BALDASSARRE, *Diritti sociali*, in *Enc. giur.*, Roma, 1990, poi in ID., *Diritti della persona*, cit., 159 ss., P. CARETTI, *I diritti fondamentali. Libertà e Diritti sociali*, III ed., Torino, 2011, M. BENVENUTI, *Diritti sociali*, Torino, 2013 e S. SCAGLIARINI, “L’incessante dinamica della vita moderna”. I

Alla doverosità dell'azione di promozione di cui all'art. 9 cit., infatti, non viene affiancata una connessa figura di diritto soggettivo in grado di elevare la proclamazione di quel vincolo programmatico per il legislatore a precetto normativo che di per sé garantisce un diritto a una prestazione positiva, le cui modalità di godimento e i cui limiti *devono* essere determinati dalla legge³². Il problema, quindi, va al di là della tradizionale questione classificatoria sulla natura condizionata o meno delle singole figure di diritti sociali disciplinate nella Costituzione³³, posto che quella classificazione si riferisce pur sempre a figure soggettive espressamente previste, e non riesce a cogliere adeguatamente i risvolti che discendono dalle diverse dimensioni di un diritto (come quello in discussione) inteso come libertà positiva.

Secondo un'opinione autorevolmente sostenuta, la debole tipizzazione³⁴ da cui sarebbe contrassegnato il diritto alla cultura non sarebbe altro che la conseguenza del fatto che, fermo quanto detto finora, il compito di promozione culturale abbia trovato svolgimenti compiuti nel testo costituzionale solo nel momento in cui ad essa si sono collegati diritti e libertà ampiamente strutturati nei termini di apposite garanzie istituzionali, prima fra tutte il diritto all'istruzione. Mentre per quest'ultimo, infatti, le diverse componenti negative e positive del diritto si sono saldate e aggregate in un ordinamento particolare che la Costituzione ha inteso tutelare nella sua specifica consistenza istituzionale come diritto fondamentale che include obblighi di prestazione³⁵, con riferimento al diritto alla cultura l'assenza di una simile strutturazione ne ha inevitabilmente pregiudicato le sorti, soprattutto per l'assenza di una specifica clausola cui riferire la direttiva promanante dall'art. 9 cit. nei termini di un diritto *sociale* alla cultura³⁶.

Ciò, tuttavia, non dovrebbe essere di per sé d'ostacolo a derivare da detti principi un diritto non scritto, in grado di vincolare il legislatore sull'*an* e sul *quid* del riconoscimento, fermo poi restando il controllo sul *quando* e sul *quomodo* operato in sede giurisdizionale, analogamente a quanto avvenuto in passato per altri diritti non enunciati, come quello ad un ambiente salubre o quello all'abitazione³⁷. A deporre verso questo esito, infatti, non è soltanto

nuovi diritti sociali nella giurisprudenza costituzionale, in E. CAVASINO, G. SCALA, G. VERDE (a cura di), *I diritti sociali dal riconoscimento alla garanzia. Il ruolo della giurisprudenza*, Napoli, 2013, 235 ss.

³² Così, in generale sul punto, v. A. BALDASSARRE, *Diritti sociali*, cit., 213.

³³ Su cui v. in generale A. BALDASSARRE, *Diritti sociali*, cit., 214. Per un'efficace critica alla distinzione in parola v. B. PEZZINI, *La decisione sui diritti sociali. Indagine sulla struttura costituzionale dei diritti sociali*, Milano, 2001, 198.

³⁴ Uso l'espressione tipizzazione nell'accezione di cui in F. MODUGNO, *I «nuovi diritti» nella giurisprudenza costituzionale*, Torino, 1995, 9.

³⁵ Così A. BALDASSARRE, *I diritti inviolabili*, cit., 101.

³⁶ Così F. MODUGNO, *Principi generali dell'ordinamento*, in *Enc. Giur.*, s.v., Roma, 1989, 22.

³⁷ Sul punto v. già, chiaramente, F. MODUGNO, *I «nuovi diritti»*, cit., 71.

il significato che si è progressivamente attribuito all'art. 9 Cost. e al valore estetico-culturale che esso incarna nelle sue relazioni con l'art. 33 Cost. (su cui si tornerà nei paragrafi conclusivi), ma anche i percorsi di concretizzazione³⁸ legislativa e giurisprudenziale che i contenuti e il valore del diritto alla cultura hanno seguito, operando così quali criteri identificativi rilevanti (anche se non esaustivi) per tracciare il perimetro e il contenuto delle garanzie che ad esso possono associarsi nell'evoluzione dell'ordinamento.

5. La valorizzazione/fruizione dei beni culturali come esempio di concretizzazione legislativa del diritto alla cultura

Fino all'approvazione di alcune norme di principio contenute nel *Codice dei beni culturali e del paesaggio* (approvato con D. lgs. n. 42 del 2004), per lungo tempo è mancata una normativa di sistema da cui si potessero ricavare le linee di intervento dei poteri pubblici anche con riguardo alle politiche attive di promozione, oltre che (come tradizionalmente è avvenuto) di conservazione e di tutela del patrimonio storico e artistico³⁹.

Di fatto, per lungo tempo, l'unica disciplina di sistema, accanto alle leggi Bottai (LL. n. 1089 del 1939 e n. 1497 del 1939) per la tutela delle "cose di interesse storico e artistico" e la protezione delle "bellezze naturali", sono stati i regolamenti interni e le leggi istitutive dei Ministeri del turismo e dello spettacolo (1959) e dei beni culturali e l'ambiente (1974), dai quali ancora oggi si possono ricavare alcune direttive e linee d'intervento dell'azione pubblica nel settore culturale e artistico, pur con tutti i limiti di una normativa che spiega i suoi effetti esclusivamente sul piano organizzativo e interno all'amministrazione centrale⁴⁰.

Accanto a questi, è innegabile che il maggior contributo alla definizione di uno statuto costituzionale del diritto alla cultura venga dalla successione di

³⁸ Per una ricostruzione del rapporto tra legislazione e conformazione/attuazione/concretizzazione dei diritti fondamentali v. per tutti K. HESSE, *Grundzüge des Verfassungsrechts der BRD*, 20. Aufl., Heidelberg, 1999, ora in *L'unità della Costituzione. Scritti scelti di Konrad Hesse*, Napoli, 2014, 123 ss. Sulle implicazioni di questo orientamento rimando a G. REPETTO, *Costituzione, diritti, interpretazione: il contributo di Konrad Hesse al dibattito costituzionale del secondo dopoguerra*, ivi, 53 ss.

³⁹ Sull'evoluzione storica della disciplina in materia di beni culturali e sull'affiorare dei diversi modelli di tutela v. S. CASSESE, *I beni culturali da Bottai a Spadolini*, in ID., *L'amministrazione dello Stato*, Milano, 1976, 153 ss., V. PIERGIGLI, *I "beni culturali": interpretazione evolutiva di una nozione giuridica consolidata*, in EAD. e A. L. MACCARI (a cura di), *Il codice dei beni culturali e del paesaggio tra teoria e prassi*, Milano, 2006, 17 ss., B. ZANARDI, *La mancata tutela del patrimonio culturale in Italia*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2011, 431 ss.

⁴⁰ Ne è prova, tra gli altri, il fatto che è nella legge istitutiva del Ministero per i beni culturali e ambientali che compare uno dei primi richiami al compito di "tutela e valorizzazione del patrimonio culturale del Paese" (art. 2, comma 1, del D.L. n. 657 del 1974, convertito in legge dalla L. n. 5 del 1975).

leggi in materia di beni culturali e paesaggistici, sfociati da ultimo nel citato Codice del 2004 (e nei successivi interventi di modifica). Anche in questo caso, è però da notare come nel lungo processo di assestamento della normativa abbia avuto un rilievo centrale il processo di trasferimento di compiti amministrativi alle Regioni e agli enti locali, al punto che è spettato alle diverse ondate di trasferimento (dal d.P.R. n. 616 del 1977 fino al D. lgs. n. 112 del 1998) dare veste organica a interventi promozionali strutturati fino a quel momento in modo del tutto estemporaneo e occasionale.

Basti pensare, per fare un primo esempio, al settore delle attività culturali disciplinate per la prima volta dall'art. 49 del d.P.R. del 1977. Concepite originariamente come quelle manifestazioni della cultura umana sforate di rilievo patrimoniale perché immateriali, prive di una relazione organica con la *res*, esse vennero disciplinate in termini unitari come insieme delle attività "di promozione educativa e culturale attinenti precipuamente alla comunità regionale", includendo in esse le attività di prosa, musicali e cinematografiche. Il valore di questa classificazione, cui non ha successivamente fatto seguito l'adozione di leggi di riforma dei diversi settori coinvolti, non deve essere limitato all'ambito di intervento tutto sommato ristretto, se è vero che con essa, da un lato, si è riconosciuto per la prima volta un rilievo autonomo alle manifestazioni immateriali della cultura e, dall'altro lato, l'attribuzione di compiti alle Regioni ha conseguito l'effetto di "compensare, sul piano delle attività, il mantenimento di politiche centralistiche a livello di tutela dei *beni culturali*"⁴¹. L'itinerario avviato dall'art. 49 cit. ha trovato poi un'ulteriore consacrazione nell'art. 148 del D. lgs. n. 112 del 1998, che ha definito le attività in questione come "quelle rivolte a formare e diffondere espressioni della cultura e dell'arte", identificandosi nella promozione di "ogni attività diretta a suscitare e sostenere le più variegate manifestazioni culturali e artistiche"⁴². Il consolidamento della nozione, che ha successivamente condotto a riservare alla competenza legislativa concorrente la "promozione e organizzazione di attività culturali", deve anche essere apprezzato per il fatto che, a differenza della materia dei beni

⁴¹ M. FIORILLO, *Le attività culturali*, in M. AINIS e ID., *L'ordinamento della cultura*, cit., 312.

⁴² Tale funzione di promozione veniva successivamente articolata, nel corpo dell'art. 153 del D. Lgs. n. 112 cit., seguendo una connotazione marcatamente finalistica: Stato, Regioni e enti locali, ciascuno nel proprio ambito erano infatti chiamati a esercitare compiti e funzioni di promozione di dette attività concernenti, tra l'altro, gli interventi di sostegno alle attività culturali mediante ausili finanziari (co. 3, lett. a), l'organizzazione di iniziative dirette ad accrescere la conoscenza delle attività culturali ed a favorirne la migliore diffusione (lett. b), l'equilibrato sviluppo delle attività culturali tra le diverse aree territoriali (lett. c), lo sviluppo delle nuove espressioni culturali ed artistiche e di quelle meno note, anche in relazione all'impiego di tecnologie in evoluzione (lett. e). Non sono però mancate critiche all'impianto dell'intervento in questione, soprattutto con riferimento ai rischi di una finalizzazione delle attività all'obiettivo di garantire una formazione ed educazione collettiva (D. AMIRANTE, *Le attività culturali: una nozione da ricostruire*, in A. CATELANI e S. CATTANEO (a cura di), *I beni e le attività culturali*, Padova, 2002, 757).

culturali, scissa come noto tra tutela e valorizzazione, quello di attività culturale è rimasto un ambito tutto sommato delimitato, nei rapporti tra Stato e Regioni, più dal livello territoriale dell'interesse in gioco che dall'intreccio con le competenze statali⁴³, malgrado anche qui (come in altri casi) il problema si sia piuttosto rivelato quello del sottofinanziamento di dette attività⁴⁴.

Ulteriore percorso normativo che, dietro all'esigenza di predisporre parametri organizzativi per l'azione dei poteri pubblici, detta anche criteri di azione idonei a delineare i contorni del diritto alla cultura è quello che ha condotto alla individuazione di compiti di *valorizzazione* dei beni culturali come distinti da quelli di *tutela*.

La distinzione tra tutela e valorizzazione, come è noto, è risalente ed è stata tradizionalmente impostata, coerentemente con una prevalenza delle istanze conservative in materia di beni culturali, nei termini di una supremazia della prima rispetto alla seconda, intesa per lo più in termini residuali come tutto ciò che *non* fosse, anzi tutto, tutela e conservazione⁴⁵. Progressivamente, la valorizzazione è venuta assumendo il significato di incrementare le condizioni di godimento pubblico del bene culturale, salvaguardando così la naturale vocazione di esso alla fruizione collettiva. Lungo questa strada si muoveva, ad es., l'art. 148, comma 1, lett. c)⁴⁶ ed e)⁴⁷, del D. Lgs n. 112 del 1998, che per la prima volta equiparava le due nozioni, seguito a distanza di pochi anni dall'articolo di apertura del Codice del 2004, che oggi prevede solennemente (art. 1, comma 1) che "in attuazione dell'articolo 9 della Costituzione, la Repubblica tutela e valorizza il patrimonio culturale". Questo esito testimonia, in generale, l'acquisita pariordinazione tra le due funzioni e l'irreversibilità della natura combinata di tutela e valorizzazione, per cui queste sono chiamate a coordinarsi e ad armonizzarsi "nel nome del principio fondamentale dello sviluppo culturale, in uno scambio costante di fili visibili"⁴⁸.

⁴³ Come è dimostrato dall'attivismo delle Regioni negli interventi in materia: per una rassegna v. S. OGGIANU, *La disciplina pubblica delle attività artistiche e culturali nella prospettiva del federalismo*, Torino, 2012.

⁴⁴ Ed in particolare il fatto, notato da M. FIORILLO, *Le attività culturali*, cit., p. 332, della mancata attribuzione di quest'ambito a quello coperto dalla determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali di cui all'art. 117, co. 2, lett. m), Cost., che garantirebbe un maggiore coinvolgimento dello Stato, chiamato a garantire livelli paritari nell'accesso alle risorse pubbliche in questa materia come affermazione del principio di uguaglianza sostanziale.

⁴⁵ Per un'accezione quantitativa, secondo cui si ha valorizzazione "quando si 'potenziano' le tecniche di gestione o di tutela, tradizionalmente usate o maggiormente diffuse nel territorio" v. F. S. MARINI, *Lo statuto costituzionale dei beni culturali*, Milano, 2002, 282.

⁴⁶ Per cui tutela era intesa come "ogni attività diretta a riconoscere, conservare e proteggere i beni culturali e ambientali".

⁴⁷ Ove per "valorizzazione" si intendeva "ogni attività diretta a migliorare le condizioni di conoscenza e conservazione dei beni culturali e ambientali e ad incrementarne la fruizione".

⁴⁸ M. AINIS e M. FIORILLO, *I beni culturali*, in ID., *L'ordinamento della cultura*, cit., 227.

Non mancano, del resto, altre disposizioni di principio del Codice da cui emerge anche con maggiore chiarezza lo spessore di una connotazione finalistica della valorizzazione, ad esempio quando si prevede che “[l]a tutela e la valorizzazione del patrimonio culturale concorrono a *preservare* la memoria della comunità nazionale e del suo territorio e a *promuovere* lo sviluppo della cultura” (art. 1, comma 2); che la tutela “consiste nell’esercizio delle funzioni e nella disciplina delle attività dirette ... ad individuare i beni costituenti il patrimonio culturale ed a garantirne la protezione e la conservazione per *fini di pubblica fruizione*” (art. 3); e che, ancora, la valorizzazione “consiste nell’esercizio delle funzioni e nella disciplina delle attività *dirette a promuovere la conoscenza* del patrimonio culturale e ad assicurare le migliori condizioni di utilizzazione e fruizione pubblica del patrimonio stesso, anche da parte delle persone diversamente abili, *al fine di promuovere lo sviluppo della cultura*” (art. 6).

Sicuramente, la compenetrazione delle diverse funzioni entro una struttura qualificata dal perseguimento di questi beni-obiettivo (fruizione e sviluppo della cultura) non ha reso agevole la separazione delle sfere di competenza tra i diversi attori coinvolti⁴⁹, ma è pur vero (ai nostri fini) che tutto ciò disegna con chiarezza un quadro in cui la valorizzazione emerge come *finalizzazione dell’accesso e della fruizione dei beni culturali al perseguimento di valori di primaria rilevanza costituzionale*⁵⁰, come emerge dal frequente collegamento delle relative funzioni pubbliche con l’art. 9 Cost. nelle disposizioni di apertura del Codice.

Questa connotazione finalistica della valorizzazione si può poi ulteriormente apprezzare da tre ulteriori prospettive. Innanzi tutto, merita di riportare l’opinione di chi ha ritenuto, portando alle necessarie conclusioni i dati testuali appena riferiti, che la linea di confine tra tutela e valorizzazione debba essere individuata “alla luce del rapporto tra l’interesse pubblico perseguito dalla norma (o dal potere che essa conferisce) e le situazioni soggettive degli amministrati”⁵¹. La distinzione è rilevante perché, mentre riserva alla *tutela* tutte le azioni pubbliche miranti a limitare o comunque conformare la sfera soggettiva dei destinatari che possono variamente compromettere il

⁴⁹ Come riconosce M. CECCHETTI, *Ambiente, paesaggio e beni culturali*, in G. CORSO e V. LOPILATO (a cura di), *Il diritto amministrativo dopo le riforme costituzionali, Parte speciale*, Vol. I, Milano, 2006, 345.

⁵⁰ La connessione tra valorizzazione dei beni culturali e diritti sociali, non frequente in dottrina, è al centro della riflessione di L. DEGRASSI, *La razionalizzazione dello stato sociale nell’ordinamento dei servizi alla persona e alla comunità*, Milano, 2004, 134 ss.

⁵¹ La tesi risale a N. AICARDI, *L’ordinamento amministrativo dei beni culturali. La sussidiarietà nella tutela e nella valorizzazione*, Torino, 2002, 98 ss. Dello stesso A. v. anche *Recenti sviluppi sulla distinzione tra “tutela” e “valorizzazione” dei beni culturali e sul ruolo del Ministero per i Beni e le Attività culturali in materia di valorizzazione del patrimonio culturale di appartenenza statale*, in *Aedon*, 1/2003.

valore culturale insito in determinati beni, la *valorizzazione* viene riferita a “tutte le tipologie di intervento pubblico su un bene culturale o paesaggistico che producano effetti di ampliamento delle situazioni soggettive dei destinatari o comunque dei fruitori di servizi concernenti questi beni”⁵².

Da un ulteriore punto di vista, appare centrale l'accostamento, che pervade l'intero Codice e di cui già si è data menzione, della valorizzazione alla *fruizione* dei beni culturali⁵³. Basti pensare, tra gli altri, alle disposizioni che individuano un diritto del singolo e della collettività a fruire dei beni del patrimonio storico-artistico (art. 2, comma 4), cui si associa l'articolo 102 dello stesso Codice, volto a riconoscere specificamente un diritto, posto a carico dello Stato e delle Regioni, alla fruizione dei beni presenti negli istituti e nei luoghi di cultura di cui all'articolo precedente (ricomprensenti musei, biblioteche, archivi, parchi archeologici e complessi monumentali).

La fruizione, che emerge sempre di più come canone in ascesa nel sistema regolativo dei beni culturali, rappresenta quindi ai nostri fini il più evidente precipitato di un'impostazione che supera il paradigma precedente, incentrato sulla tutela del bene culturale intesa come un'esigenza di disciplina tutta interna al settore dell'apparato pubblico e dei diversi livelli di governo, per approdare ad un modello in cui l'accesso e la fruizione pubblica costituiscono il terminale ultimo della complessiva azione dei pubblici poteri⁵⁴, al punto da cogliere in questa dimensione uno degli elementi qualificanti di un possibile diritto fondamentale alla cultura⁵⁵.

Terzo e ultimo punto di vista da cui si può guardare al rinnovato accento sulla valorizzazione dei beni culturali è infine legato ai limiti, da essa discendenti, sulle forme di alienazione del patrimonio culturale pubblico. Come noto, a partire dall'istituzione della Patrimonio dello Stato s.p.a.⁵⁶ sono proliferate le iniziative del legislatore volte ad allargare il concetto di valorizzazione, associando ad esso anche forme di gestione e di alienazione miranti a trasferire, senza formalmente intaccare le ragioni della tutela e la destinazione pubblica, la proprietà e l'uso del bene a privati⁵⁷. In questo contesto, pur meritevole di ulteriori approfondimenti, vale la pena almeno segnalare come i fondati rischi che da ciò derivasse una compromissione delle ragioni della

⁵² Così, adesivamente, M. CECCHETTI, *Ambiente, paesaggio e beni culturali*, cit., 348.

⁵³ Su cui in generale v. L. CASINI, *Valorizzazione e fruizione dei beni culturali*, in *Giorn. dir. amm.*, 2004, 569 ss.

⁵⁴ Sulla fruizione come “fine della valorizzazione” v. L. DEGRASSI, *La “fruizione” dei beni culturali nell'ordinamento italiano e comunitario*, in EAD. (a cura di), *Cultura e istituzioni. La valorizzazione dei beni culturali negli ordinamenti giuridici*, Milano, 2008, 146 ss.

⁵⁵ In questi termini M. CARCIONE, *Dal riconoscimento dei diritti culturali nell'ordinamento italiano alla fruizione del patrimonio culturale come diritto fondamentale*, in *Aedon*, 2/2013.

⁵⁶ Avvenuta con l'art. 7 della l. 15 giugno 2002, n. 112.

⁵⁷ Per un primo esame di queste evoluzioni v. P. BILANCIA (a cura di), *La valorizzazione dei beni culturali. Modelli giuridici e gestione integrata*, Milano, 2006.

funzione pubblica sono stati ridotti sia per effetto di una serie di rinnovati limiti, formali e sostanziali, alla dismissione a privati del patrimonio culturale⁵⁸, sia in conseguenza di un limite generale, rappresentato dalla verifica dell'interesse culturale di cui all'art. 12 del Codice⁵⁹. In quest'ottica, anche queste evoluzioni sembrano testimoniare l'emersione di una rilettura in termini di diritto della pretesa alla fruizione dei beni culturali⁶⁰, posto che non sembra estranea ad una simile legislazione vincolistica l'idea per cui la portata del diritto alla prestazione culturale e la sua necessaria garanzia esplichino effetti anche nei rapporti tra soggetti (anche solo formalmente) privati⁶¹.

6. La fundamentalità del diritto alla cultura e il disegno di democratizzazione della “funzione culturale”

Se il settore dei beni culturali è quello dove si sono manifestate con maggiore evidenza le direttive di concretizzazione del diritto alla cultura, lo stesso fatica a dirsi per altri settori, primo fra tutti quello delle attività culturali, dove l'azione del legislatore (statale e regionale) è stata invece molto meno organica e incisiva, restando affidata il più delle volte a interventi lacunosi e occasionali⁶².

Ciò, tuttavia, non dovrebbe indurre a conclusioni scettiche o rassegnate sulle sorti (o, ancora prima, sull'utilità) del diritto in questione, poiché ai fragili percorsi di concretizzazione legislativa di esso deve essere affiancata, in un'ottica di rafforzamento del suo contenuto di valore, una rilettura delle premesse normative e valoriali di esso, con particolare riferimento alle differenti dimensioni in cui si articola.

⁵⁸ Su di essi si concentra la dettagliata analisi di S. MABELLINI, *La “valorizzazione” come limite costituzionale alla dismissione dei beni culturali pubblici e come “funzione” della proprietà pubblica del patrimonio storico-artistico*, in *Dir. soc.*, 2012, 214 ss.

⁵⁹ Su cui richiama l'attenzione L. DEGRASSI, *La razionalizzazione dello stato sociale*, cit., 142.

⁶⁰ Di particolare interesse è oggi il contenuto dell'art. 01 del D. L. 20 settembre 2015, n. 146 (conv. in legge, con modif., dalla l. 12 novembre 2015, n. 182), secondo il quale “[i]n attuazione dell'articolo 9 della Costituzione, la tutela, la fruizione e la valorizzazione del patrimonio culturale sono attività che rientrano tra i livelli essenziali delle prestazioni di cui all'articolo 117, secondo comma, lettera m), della Costituzione”. Si tratta di una disposizione che, se per un verso apre la strada ad una ancora più marcata centralizzazione della valorizzazione dei beni culturali (in linea con l'orientamento che la Corte costituzionale ha fatto proprio sul punto, a partire dalle sentenze n. 282 del 2002, n. 423 del 2004, n. 120 del 2005), dall'altro potrebbe consacrare definitivamente, attraverso la successiva individuazione di detti livelli e delle prestazioni ad essi collegate, un diritto costituzionalmente garantito alla fruizione dei beni del patrimonio culturale.

⁶¹ Del resto, un simile effetto di *Drittwirkung* costituisce una prerogativa di quei diritti sociali, anche condizionati, che abbiano ricevuto “piena attuazione nell'ordinamento legislativo”: v. A. BALDASSARRE, *Diritti sociali*, cit., 220 s.

⁶² M. FIORILLO, *Le attività culturali*, cit., 307 ss.

Per far questo, pare innanzi tutto necessario riflettere sulla possibilità di attribuire la qualifica della fundamentalità al diritto in questione o, ancora meglio, a quel complesso intreccio di profili negativi e positivi di tutela e di godimento in materia culturale che si cercherà di ricostruire in una figura soggettiva unitaria nelle pagine che seguono.

Senza pensare di poter ripercorrere il dibattito intorno ai caratteri e alle implicazioni della fundamentalità (qui intesa almeno come sinonimo di *inviolabilità*) dei diritti riconosciuti e garantiti dal testo costituzionale, pare possibile stabilire almeno un punto comune alle diverse ricostruzioni, secondo il quale essa è da ritenersi come *il predicato dell'inerenza di un diritto costituzionalmente garantito ai caratteri essenziali della forma di stato democratica e pluralistica disegnata dal Costituente*.

Muovendo da questa premessa, anche sulla base di quanto detto nelle pagine precedenti appare quindi necessario inquadrare i caratteri essenziali del diritto alla cultura all'interno dei tratti distintivi della forma di stato. E questo è tanto più vero, quanto più si fa discendere questa inerenza non tanto (o non solo) dall'inserimento espresso di un principio fondamentale come l'art. 9 Cost., quanto anche (e per certi aspetti soprattutto) dal significato di cui quell'inserimento è espressione, colto nell'evoluzione dallo "stato di cultura" alla "costituzione culturale".

È infatti innegabile quanto intuì a suo tempo Giannini, secondo il quale l'attribuzione di compiti di promozione culturale alle istituzioni pubbliche è una caratteristica ben più risalente delle costituzioni che l'hanno codificata nel secondo dopoguerra, rientrando negli attributi essenziali dello Stato moderno, che dell'azione in campo culturale ha sempre fatto uno dei centri dell'attività dei pubblici poteri: poteri che hanno visto ampliare il loro raggio d'azione in coincidenza dell'avvento degli stati pluriclasse⁶³. Muovendo da questa constatazione, si comprendono le ragioni della dottrina assolutamente maggioritaria, che ha contestato anche duramente il tentativo di importare in Italia la formula dello "Stato di cultura"⁶⁴. La posizione di Spagna Musso, così come di Ernst Huber prima di lui, era in realtà fortemente caratterizzata da un'esaltazione organicistica e integratrice della funzione culturale, ritenu-

⁶³ M. S. GIANNINI, *Sull'articolo 9 Cost.*, cit., 439 s. Sulla eccentricità del modello italiano rispetto alle variabili liberalismo/interventismo in ambito culturale v. in generale almeno G. BOLLATI, *L'italiano. Il carattere nazionale come storia e come invenzione*, Torino, 1983 e, con specifico riferimento al periodo statutario, U. ALLEGRETTI, *Profilo di storia costituzionale italiana*, Bologna, 1989, 539.

⁶⁴ Giudizi fortemente critici nei confronti della formula usata da Spagna Musso possono leggersi non solo in Merusi (che parla di "espressione ... infelice" e di una "cattiva traduzione ... di cattive letture tedesche", op. cit., 441), ma anche in M. S. GIANNINI, *Sull'articolo 9 Cost.*, cit., 440 e nt. 2, per cui l'espressione "Stato di cultura" va "maneggiata con molta cautela: ha un suo significato preciso, da Hegel ai giuristi nazisti, e non significa affatto lo Stato che promuove la cultura".

ta capace di riassumere le direttive dell'azione statale in un ambito decisivo per il consolidamento delle proprie premesse istituzionali⁶⁵.

Rispetto a questo orientamento, lo spostamento della prospettiva da una visione, in fondo, funzionalizzata dello stato di cultura all'idea per cui la promozione culturale mira a garantire, prima di tutto, il libero sviluppo della personalità, coglie un tratto di fondo dello stato costituzionale del dopoguerra. La democratizzazione del disegno di promozione culturale è il prodotto di un ribaltamento di prospettive operato dal disegno costituzionale, che mira a far convergere l'azione di promozione e di incentivazione dei pubblici poteri nella direzione del soddisfacimento e della realizzazione di un diritto (a questo punto può ben dirsi *fondamentale*) "alla cultura", affidato primariamente alla direttiva costituzionale scaturente dall'art. 9 Cost. e alla sua combinazione con i contenuti di libertà derivanti dall'art. 33 Cost. In questo modo, l'impegno della Repubblica alla promozione culturale perde qualsiasi connotazione organicistica o funzionalistica perché quel disegno costituzionale fa dello sviluppo culturale dell'individuo (e del godimento dei diritti ad esso connessi) *una delle condizioni della sua libertà*, con la conseguenza che i termini dell'intervento pubblico si riassetano in funzione della salvaguardia e della promozione della personalità individuale nei processi di integrazione sociale e politica⁶⁶.

In definitiva, quindi, se non si colgono i termini essenziali del capovolgimento introdotto dalla Costituzione repubblicana, che ha messo al centro della "funzione culturale" la sua strumentalità rispetto alla garanzia e all'ampliamento degli spazi di libertà individuali e collettivi, non si possono com-

⁶⁵ Da qui, ad esempio, la grande attenzione nei confronti del rilievo pubblicistico della libertà di insegnamento e della funzione educativa che vede compartecipare la famiglia e la scuola: E. SPAGNA MUSSO, *Lo Stato di cultura*, cit., 73 ss.

⁶⁶ È emblematico di questo sviluppo il caso tedesco, dove pur in assenza di una clausola di principio assimilabile all'art. 9 Cost. it., il fondamento dei compiti di promozione e incentivazione culturale è stato rinvenuto nei primi due articoli della Legge fondamentale, dedicati alla garanzia della dignità umana e del libero sviluppo della personalità: v. per tutti D. GRIMM, *Kulturauftrag im staatlichen Gemeinwesen*, in *Veröffentlichungen der Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer*, Heft 42, Berlin-New York, 1984, 67. Sulla complessiva transizione dallo stato di cultura (*Kulturstaat*) al "diritto costituzionale della cultura" (*Kulturverfassungsrecht*) resta ancora oggi fondamentale l'opera di P. HÄBERLE, *Vom Kulturstaat zum Kulturverfassungsrecht*, in *Id.*, *Kulturstaatlichkeit und Kulturverfassungsrecht*, Darmstadt, 1982, 1 ss., di cui v. in italiano almeno *Per una dottrina della costituzione come scienza della cultura*, trad. it. di J. Luther, Roma, 2001 e *Le libertà fondamentali nello stato costituzionale*, Roma, 1993 211 ss. ("I 'diritti fondamentali' come parte del diritto costituzionale della cultura"). È stato merito, più di recente, di G. Zagrebelsky aver sottolineato come nel predicato della libertà di arte e scienza di cui all'art. 33 Cost. debba essere intravista la manifestazione più evidente del percorso di democratizzazione indotto dal complesso dei valori costituzionali sulla "funzione culturale", intesa come invariante antropologica (accanto all'economia e alla politica) delle società umane: G. ZAGREBELSKY, *Fondata sulla cultura. Arte, scienza e Costituzione*, Torino, 2014, in part. 11 e 23.

prendere le ragioni che spingono a far rientrare anche il diritto alla cultura nel novero dei diritti fondamentali (o inviolabili).

Il punto, semmai, è comprendere come porre rimedio all'assenza di una clausola in grado di "tipizzare" il contributo di principio scaturente dall'art. 9 Cost. riferendolo anche a quelle dimensioni del diritto alla cultura che rappresentano il correlato, per i titolari del diritto in questione, degli oneri di intervento attivo e suppletivo demandato all'autorità.

Quest'assenza, tuttavia, merita di essere considerata non tanto l'espressione di una mancanza di considerazione per i profili "attivi" del diritto alla cultura, quanto piuttosto la prova indiretta che la sfera della produzione culturale, in quanto spazio di autoriproduzione sociale, è *strutturalmente inidonea a tradursi in un predeterminato disegno organizzativo*, pena il rischio di una funzionalizzazione delle relative libertà e di una "cattura" pubblica sui relativi processi di creazione e elaborazione dei contenuti. Se la debole tipizzazione del diritto alla cultura, in altre parole, deve essere vista come una specifica risposta all'assoluta peculiarità delle sfere garantite dall'art. 33, comma 1, Cost., lo sforzo di ricostruzione dei contenuti di esso non può che rivolgersi nella direzione di un'articolazione su più fronti del significato della "libertà" posta per essa come unico presidio dall'articolo in questione, avvalendosi a tal fine anche dei contributi che promanano dai percorsi legislativi di concretizzazione del diritto in questione.

7. Le diverse dimensioni del diritto alla cultura come diritto fondamentale: spunti per una ricostruzione

Per operare una ricostruzione dei contenuti del diritto, pare quindi utile innanzi tutto individuare queste dimensioni a partire da un'interpretazione sistematica dei parametri considerati, che cerchi soprattutto di valorizzare i diversi svolgimenti che possono essere attribuiti alla libertà, con particolare riferimento alla concezione che vuole i diritti fondamentali rivolti a garantire, oltre che ambiti di libertà individuale e pretese a prestazioni, anche specifiche attribuzioni oggettivo-istituzionali⁶⁷. Ad imporre un approfondimento

⁶⁷ Sul punto, potrebbe essere sufficiente ribadire come l'approccio seguito in queste pagine sia influenzato prevalentemente dalle riflessioni della dottrina di lingua tedesca, ed in particolare da P. HÄBERLE (di cui specificamente v., in relazione all'ambito dei diritti alla cultura, *Le libertà fondamentali*, cit., 213 ss. e, *amplius*, *Die Freiheit der Kunst*, cit., 469 ss.), da H. DREIER, *Dimensionen der Grundrechte. Von der Wertordnungsjudikatur zu den objektiv-rechtlichen Grundrechtsgehalten*, Hamburg, 1993 e, più di recente, da H.-P. SCHNEIDER, *Grundrechte und Verfassungsdirektiven*, in D. MERTEN, H.-J. PAPIER (Hrsg.), *Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa*, Band I, Heidelberg, 2004, 707 ss. Si tratta, in realtà, di un filone di riflessione che non ha mancato di esercitare un'influenza anche nella dottrina (e non solo nella dottrina) italiana, come è dimostrato dai più volte richiamati contributi di Antonio Baldassarre, ma che (lo nota lo stesso A.) ha mancato di svilupparsi compiutamente anche in ragione della

in questa direzione, infatti, è la natura del tutto peculiare del diritto in questione. I delicati equilibri che sorreggono i caratteri essenziali del diritto alla cultura, infatti, appaiono in fondo razionalizzabili solamente a condizione di riversare sulle diverse dimensioni di questo gli equilibri e i contrappesi che presidiano in generale il rapporto tra politica e libertà in ambito culturale.

A) Da un primo punto di vista, a venire in discussione è quindi il diritto alla cultura inteso come *libertà negativa*. In prima battuta, questo ambito si rivolge alla garanzia della libertà dell'individuo, singolo o associato, di formare liberamente i contenuti dei propri prodotti e attività culturali, senza risentire in ciò delle costrizioni e dei condizionamenti discendenti dall'esercizio del pubblico potere. Questa dimensione, largamente coincidente con la libertà d'arte e di scienza classicamente intese, è però arricchita da un contenuto ulteriore, consistente in un'articolazione oggettiva della stessa libertà negativa, secondo la quale nel diritto alla cultura rientra anche un'istanza di salvaguardia del fenomeno culturale (comprensivo qui di arte e scienza⁶⁸) come un ambito geneticamente e funzionalmente interno alla società e,

presenza, nella Costituzione italiana, di un catalogo di diritti più ricco e strutturato di quello della Legge fondamentale, soprattutto in relazione ai diritti sociali (ID., *Diritti sociali*, cit., 208 s.). Sui termini della ricezione in Italia di questi orientamenti v. P. RIDOLA, *Diritti fondamentali*, cit., 171, dove si osserva come la discussione si sia piuttosto incentrata sull'estensione e sul significato dell'attributo dell'invulnerabilità dei diritti. Sul punto v. anche A. DI MARTINO, *La doppia dimensione dei diritti fondamentali*, in questo *Volume*. Del resto, la presa in carico di problemi in fondo analoghi era ben presente già nella prima riflessione crisafulliana sulla portata precettiva dei principi costituzionali, ad esempio quando viene operata una distinzione tra quelli che "enunciano principi generali già in atto" perché rivolti "in modo diretto o immediato a determinare o a definire riassuntivamente modi di essere attuali dell'ordinamento giuridico" e quelli che, al contrario, sono da ritenersi "puramente programmatici" perché precisano "le linee fondamentali dello sviluppo avvenire in ordine a certe materie". Con riferimento a questi ultimi, Crisafulli nota significativamente che "man mano che l'ordinamento giuridico si va evolvendo secondo le linee direttive stabilite dalla Costituzione, una serie sempre più numerosa di principi programmatici si verranno via via trasformando in principi generali *tout court*, assumeranno cioè il comune valore e la comune funzione di principi generali costituzionali disciplinanti *modi di essere attuali (che saranno diventati attuali)* dell'ordinamento giuridico" (in *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Milano, 1952, 37, cors. agg.).

⁶⁸ Benché, infatti, il mandato promozionale di cui all'art. 9 Cost. si venga specificando nell'art. 33 cpv. Cost. con riferimento tanto alla scienza quanto all'arte, pare preferibile ritenere che dalla libertà di scienza non si vengano dispiegando tutti i contenuti positivi e pretensivi che discendono da detto articolo, da riferirsi pertanto – nei punti successivi – prevalentemente (quando non esclusivamente) alla libertà dell'arte. Per i più diretti e immediati rischi che derivano al ricercatore dai tentativi di funzionalizzazione della sua attività, infatti, prevale l'idea che l'oggetto della libertà in questione finisca per coincidere con il "diritto di conoscenza" del ricercatore e dello scienziato, dei quali andrebbero individuati e conseguentemente garantiti alcuni *status* (così, per tutti, A. ORSI BATTAGLINI, *Libertà scientifica, libertà accademica e valori costituzionali*, in *Nuove dimensioni dei diritti di libertà*, cit. 98). Nella prospettiva dei diritti dei soggetti estranei alla comunità scientifica, la libertà di scienza, a differenza della

quindi, costitutivamente *non* pubblicizzabile. Questo aspetto del diritto alla cultura è tradizionalmente associato ai timori che della libertà in questione, come di altre affini (ed *in primis* della libertà di manifestazione del pensiero⁶⁹), venga prospettata una lettura funzionalizzata alla realizzazione delle premesse di valore dello stato democratico⁷⁰, da cui la conseguenza (tra le altre) dell'impossibilità di trapiantare in quest'ambito limiti forgiati per altre libertà (come il buon costume). A ben vedere, tuttavia, questi esiti non costituiscono altro che la cristallizzazione di una componente oggettiva del versante negativo del diritto alla cultura, consistente nella consapevolezza che, nella prospettiva del loro godimento individuale, la cultura, l'arte e la scienza rappresentano prima di tutto *fini in sé*, che sviluppano e arricchiscono la personalità individuale al di là delle forme in cui si manifestano e dei contenuti che veicolano, e che sono quindi meritevoli di essere perseguiti e coltivati in modo libero indipendentemente dagli obiettivi cui mirano⁷¹.

B) Strettamente connessa a questo aspetto, viene poi in discussione, da un secondo punto di vista, la dimensione propriamente *oggettiva* del diritto alla cultura. È questo il versante del diritto più direttamente connesso alla realizzazione del mandato promozionale ricompreso nell'art. 9 Cost. e si traduce di conseguenza nella natura obbligatoria e vincolata del compito gravante sul legislatore, chiamato ad attuare quel mandato e a farlo nel rispetto dei vincoli finalistici elencati nei paragrafi precedenti. Tra le diverse dimensioni del diritto, quella in questione è rivolta essenzialmente a porre le condizioni per realizzare la piena efficacia del principio e in larga parte coincide con l'assunto tradizionale che vuole i principi costituzionali dotati di una loro precisa precettività, chiamata a esplicitarsi sia nei confronti del legislatore che dell'interprete (e in primo luogo della Corte costituzionale). In questa prospettiva, il diritto alla cultura si afferma come la *cristallizzazione in termini di libertà del principio di cui all'art. 9 Cost.* e di esso indica il senso e la direzione della tutela e della promozione cui sono chiamati, con modalità e in misura ovviamente diverse, il legislatore e il giudice.

Nei confronti del legislatore, innanzi tutto, la componente oggettivo-istituzionale del diritto alla cultura costituisce un *vincolo finalistico*, perché indirizza l'intervento legislativo di attuazione al rispetto dei contenuti sia negativi che positivi della libertà, contenendo per l'effetto gli spazi di discre-

libertà dell'arte, presenta più robuste ed evidenti connessioni con altri diritti e altre libertà (ad es. il diritto alla salute) di cui può pertanto dirsi parte integrante quando a venire in discussione sono le prestazioni collegate a quei diritti: sul punto v. comunque L. CHIEFFI, *Ricerca scientifica e tutela della persona*, Napoli, 1993, 46 ss.

⁶⁹ Su cui v. già classicamente C. ESPOSITO, *La libertà di manifestazione del pensiero nell'ordinamento italiano* (1958), ora in ID., *Diritto costituzionale vivente*, Milano, 1992, 113 ss.

⁷⁰ F. RIMOLI, *La libertà dell'arte*, cit., 162.

⁷¹ Su questi aspetti v. A. CERRI, *Arte e scienza*, cit., 1.

zionalità nell'individuazione, oltre che del *se* e del *quando*, anche del *cosa* e del *come* promuovere. Si pensi, ancora una volta, alla portata da assegnare alle funzioni di "valorizzazione" dei beni culturali e di "promozione" delle attività culturali. Lette nella prospettiva del godimento del diritto, da "semplici" criteri di riparto delle competenze legislative tra Stato e Regione, esse dovrebbero assumere un connotato ulteriore, consistente primariamente nell'idea per cui la perimetrazione delle materie non è, in un caso del genere, un'attività neutra⁷², perché presuppone (anche) un vincolo per il legislatore, sia statale che regionale, alla realizzazione delle condizioni di piena efficacia del diritto stesso⁷³. Ad esempio, facendo coincidere la valorizzazione con la fruizione tendenzialmente universalistica dei beni culturali e non con la loro "messa a valore" economica; oppure identificando la promozione delle attività culturali con la garanzia di un'incentivazione reale e articolata pluralisticamente delle forme di produzione culturale. Non altro significato che questa funzionalizzazione alla garanzia di un diritto alla cultura, infatti, dovrebbe in fondo essere attribuito alla tante volte ribadita natura finalistica di queste materie (in quanto "materie-valore"). Da un ulteriore punto di vista, si potrebbe ritenere che un vincolo (indiretto) sull'azione del legislatore si espliciti in ragione della qualifica della legislazione attuativa come "costituzionalmente necessaria"⁷⁴, ad esempio rispetto ad una eventuale richiesta di abrogazione referendaria.

Nei confronti dell'interprete, e del giudice delle leggi in particolare, il versante oggettivo si traduce poi essenzialmente nel vincolo a che le norme dettate dal legislatore di attuazione, e tutte le altre che comunque influiscono sul godimento del diritto in questione, vengano interpretate alla luce di una norma costituzionale da far valere *magis ut valeat*. Anche qui, non si tratta di un rilievo di poco conto, se solo si considera il vasto *corpus* normativo che disciplina la materia in questione e, quindi, la possibilità che esso possa essere

⁷² Ancora attuali, sul punto, le osservazioni svolte a suo tempo da S. BARTOLE, *Principi del diritto – dir. cost.*, in *Enc. dir.*, vol. XXXV, Milano, 1986, 518.

⁷³ Del resto, benché non mancassero nella giurisprudenza costituzionale spunti in tal senso anche in pronunce precedenti al 2001 (v. per tutte sent. n. 921 del 1988), nel vigore dell'attuale art. 117 Cost. lo spessore finalistico della ripartizione di competenze legislative in materia di beni culturali e di organizzazione delle attività culturali ha fatto emergere significative direttrici di concretizzazione di alcuni aspetti del diritto alla cultura. Si pensi, ad esempio, alla valorizzazione delle "espressioni di una memoria particolare" intesa come esercizio delle funzioni dirette alla migliore conoscenza, utilizzazione e fruizione del patrimonio locale (sent. n. 194 del 2013, ma v. anche sentt. n. 94 del 2003 e n. 232 del 2005) e alle implicazioni pluralistiche che discendono dall'estensione degli strumenti concertativi tra Stato e Regioni (anche in applicazione dell'art. 118, co. 3, Cost.) nella materia delle attività culturali: v. sentt. nn. 255 e 256 del 2004 (in materia di spettacolo) e n. 285 del 2005 (in materia cinematografica). Una dinamica diversa, ben più sensibile agli effetti di centralizzazione, è invece quella che ha contrassegnato la disciplina delle fondazioni lirico-sinfoniche (sent. n. 153 del 2011).

⁷⁴ Su questi sviluppi, in generale, v. di recente V. BALDINI, *La concretizzazione*, cit., 128.

interpretato (e conseguentemente applicato) favorendo le soluzioni più evidentemente rivolte alla realizzazione del diritto alla cultura e dei suoi contenuti di libertà, sia negativa che positiva. Questo può tradursi, ad esempio, in una serie di vincoli gravanti sull'attività interpretativa, tra cui possono essere ricordati: a) quello ad interpretare la normativa di attuazione, soprattutto per gli aspetti più direttamente incidenti sul legame promozione-libertà, in un senso conforme a Costituzione, garantendo così quanto più possibile le condizioni per l'affermazione e lo sviluppo del diritto alla cultura come libertà positiva⁷⁵; b) il vincolo, in relazione agli ambiti di diretta pertinenza del Giudice delle leggi, a orientare i termini del bilanciamento tra interessi contrapposti nella direzione che meglio realizza i contenuti del diritto⁷⁶ (quando ad esempio vengano in questione esigenze di bilancio ovvero si ponga l'alternativa tra fruizione pubblica o "valorizzazione" puramente economica); c) il vincolo, infine, a guidare analogamente il giudizio di ragionevolezza (meritano di essere sovraincidentate forme d'arte capaci di provvedere al proprio autofinanziamento rispetto a forme emergenti e sottofinanziate?).

C) L'attenzione ai risvolti propriamente oggettivi del diritto alla cultura non deve far dimenticare che questo si traduce anche in un *diritto sociale a prestazione*. Ora, è bene precisare subito che l'oggetto della pretesa ovviamente non si identifica e non può identificarsi (per il fruitore) con il diritto di accedere ad un'adeguata offerta culturale ovvero (per l'artista) con il diritto di realizzare un certo prodotto culturale. Che l'oggetto della prestazione richiesta all'autorità non si identifichi con il prodotto è escluso non solo da quanto detto prima (l'arte e la cultura sono fattori di autoriproduzione di contenuti interni alla società), ma anche e soprattutto per il fatto che, assai significativamente, l'art. 9 Cost. demanda alla Repubblica il compito di promuovere "lo sviluppo" della cultura, non "la" cultura. Ciò si traduce nella necessità che le prestazioni che identificano e danno corpo ad esso siano intese diversamente da quanto avviene per le più classiche forme di erogazione di beni o servizi relative ad altri diritti sociali e variamente affidate alla cura dei poteri pubblici⁷⁷.

⁷⁵ Sull'interpretazione conforme come strumento "nato proprio per offrire ristoro ai diritti sociali "dimenticati dal legislatore" v. C. SALAZAR, *Crisi economica e diritti fondamentali*, Relazione al XXVIII Convegno annuale dell'AIC, in www.rivistaaic.it, 4/2013, 8.

⁷⁶ Ciò porta, ad esempio, a riflettere sulla possibilità di tornare ad una lettura espansiva e *magis ut valeat* delle clausole di principio in materia di politica culturale contenute negli Statuti regionali, su cui già si era soffermato D. AMIRANTE, *Le attività culturali: una nozione da ricostruire*, cit., 754, nt. 35. Indicazioni utili in questa direzione in S. BARTOLE, *Possibili usi normativi delle norme a valore meramente culturale o politico*, in *le Reg.*, 2005, 12.

⁷⁷ Sull'impossibilità di ricavare dal sistema costituzionale una categoria unitaria di diritti sociali v. del resto C. SALAZAR, *Dal riconoscimento alla garanzia dei diritti sociali. Orientamenti e tecniche decisorie della Corte costituzionale a confronto*, Torino, 2000, 15 ss.

A queste forme più tradizionali si avvicinano sicuramente di più i diritti del *fruitore* dei contenuti culturali, come tipizzati ad esempio nella normativa di settore dei beni culturali. Ciò, se da un lato si traduce nella pretesa a che il titolare del diritto fondamentale in questione sia messo in condizione di godere e di fruire delle strutture esistenti (come musei, biblioteche, archivi), non vuol dire, dall'altro lato, che si possa configurare un diritto a godere *in generale* di un'adeguata offerta di contenuti culturali (distinta da quella avente ad oggetto i luoghi di fruizione). Che questo obiettivo si raggiunga o meno, infatti, può essere *solamente l'effetto non predeterminabile ex ante* di una politica di incentivazione adeguatamente sostenuta e improntata (come si vedrà tra poco) al rispetto di canoni decisionali dell'attività amministrativa guidati dal principio di imparzialità di cui all'art. 97 Cost. (ad esempio sul fronte dell'incentivazione a singole iniziative culturali).

Dal punto di vista del *creatore* di contenuti culturali, specularmente, la componente pretensiva del diritto sociale fondamentale alla cultura non si traduce, con tutta evidenza, in un diritto ad accedere ai fondi, ma in un diritto a essere messo in condizioni di partecipare alla ripartizione delle forme di incentivazione pubblica, salvaguardando – dai diversi punti di vista in cui può venire in discussione – la sua effettiva e non solo proclamata uguaglianza di *chances*. In questa chiave, sembra si debba fortemente dubitare (per fare un esempio) che l'attuale disciplina degli incentivi allo spettacolo sia rispettosa di questa componente del diritto alla cultura, per il fatto di prediligere produzioni più per le loro prospettive di incasso che per la natura dei contenuti o la natura innovativa o sperimentale del prodotto⁷⁸.

Il diritto sociale alla cultura dovrebbe poi identificare le *prestazioni minime* che corrispondono al godimento del diritto nel suo nucleo essenziale. L'individuazione di questa soglia minima del godimento dovrebbe innanzi tutto tradursi nella garanzia che del patrimonio culturale pubblico sia possibile fruire al massimo delle sue potenzialità e che, quindi, le varie forme in cui si manifesta la gestione di beni culturali da parte di privati dovrebbero comunque fare salve non solamente le medesime condizioni di fruizione del bene, ma anche la più complessiva finalizzazione del suo uso e della sua valorizzazione al soddisfacimento delle istanze connesse al diritto in questione (libero sviluppo della personalità, tutela anche delle forme culturali minoritarie o emergenti) più che alle sole prospettive di rendita economica⁷⁹. Per il

⁷⁸ In questa direzione, v. di recente TAR Lazio, Sez. II-quater, sent. 6.7.2016, n. 7479, che ha annullato il D.M. 1 luglio 2014 recante la nuova disciplina del Fondo Unico per lo spettacolo dal vivo, perché nell'assegnare un peso preponderante agli indici organizzativi rispetto a quelli qualitativi si rivela irragionevole riguardo al perseguimento degli obiettivi sottesi agli artt. 9 e 33 Cost.

⁷⁹ Suscita interesse, in questo senso, il contenuto della relazione della Corte dei conti del 4 agosto 2016 (n. 8/2016/G) su "Iniziative di partenariato pubblico-privato nei processi di valorizzazione dei beni culturali".

creatore di contenuti culturali, invece, non può che ritenersi sostanzialmente lesivo di questo nucleo essenziale il pressoché sistematico sottofinanziamento delle misure di incentivazione a favore delle attività culturali, soprattutto a livello locale, con l'effetto negativo che tutto ciò produce in termini di sottorappresentazione del pluralismo dell'offerta culturale. Un effetto poi amplificato, oltre che dalla scarsità di fondi, dalla dipendenza che questa scarsità ingenera negli attori della vita culturale rispetto ai grandi centri di smistamento delle risorse provenienti dall'incentivazione culturale pubblica, per lo più attualmente coincidenti con le strutture governative centrali.

D) Un'ultima dimensione in cui viene in discussione il diritto fondamentale alla cultura è poi quella associata alla sua componente più strettamente *organizzativa e procedurale*⁸⁰. Tenuto conto della più volte ribadita peculiarità dell'incentivazione culturale e della diretta attinenza delle forme e dei procedimenti mediante questa si esplica ad aspetti primari del diritto in questione, non può infatti non rientrare nei termini essenziali del suo godimento anche l'attribuzione agli individui che ne beneficiano di uno *status activus processualis*⁸¹. Questo si scinde nella materia che ci occupa in almeno due distinte direzioni. La prima, più propriamente organizzativa, investe l'articolazione (territoriale e istituzionale) dei soggetti pubblici cui deve ritenersi demandato un compito di incentivazione, mentre la seconda, riguardante più da vicino gli aspetti propriamente procedimentali, va riferita ai canoni cui deve essere improntata l'azione amministrativa di incentivazione e di promozione.

Dal primo punto di vista, il godimento del diritto alla cultura si qualifica per la necessità che a farsi portatori delle relative politiche di promozione sia una sfera più ampia possibile di soggetti istituzionali, a partire, accanto allo Stato, da Regioni e enti locali (c.d. *Kulturträgerpluralismus*). È questo l'aspetto, già preso in esame, tradizionalmente coincidente con l'interpretazione da accordare alla "Repubblica" come titolare del compito di cui all'art. 9 Cost., e che oggi, per le ragioni già viste e per il suo diretto collegamento con una dimensione qualificante del diritto alla cultura (quella del pluralismo, appunto, istituzionale), dovrebbe condurre a ritenere che ad enti diversi dallo Stato debbano comunque venire imputati responsabilità e compiti attivi di promozione in materia di arte e cultura.

Dal secondo punto di vista, si ritiene indispensabile che la disciplina dei procedimenti amministrativi che variamente sovrintendono alla concessione di misure di incentivazione in campo culturale (premi, contributi, agevola-

⁸⁰ Su cui in generale v. E. DENNINGER, *Staatliche Hilfe zur Grundrechtsausübung durch Verfahren, Organisation und Finanzierung*, in J. ISENSEE, P. KIRCHHOF (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Band IX, 3. Aufl., Heidelberg, 2011, 621 ss.

⁸¹ Su cui ha insistito, in questa materia, P. HÄBERLE, *Die Freiheit der Kunst*, cit., 476.

zioni) sia rispettosa della atipicità ed eccezionalità della materia artistica e culturale rispetto alle altre nelle quali l'autorità pubblica interviene in forme similmente premiali. La dottrina che più ha approfondito questi aspetti⁸² ha messo opportunamente in luce come ciò debba in fondo tradursi in una valorizzazione della portata garantistica del canone dell'imparzialità amministrativa da almeno due prospettive diverse. La prima attiene alla composizione delle diverse commissioni o gruppi cui vengono affidate funzioni selettive e/o decisionali, che dovrebbero riflettere un modello di autogestione della comunità artistica più che rispondere solamente a competenze di diretta emanazione del soggetto titolare del potere di decisione. Ciò, ovviamente, non basta ad escludere che il giudizio possa riprodurre, in sede amministrativa, quelle distorsioni o quelle strettoie da cui il giudizio degli esperti non è di per sé immune. Può almeno ridurle, o comunque contrastarle, la presenza di meccanismi di nomina e di selezione improntati ad una rappresentanza pluralistica dei diversi settori e dei diversi orientamenti, per quanto ciò – non lo si può non riconoscere – ponga specifici problemi sull'identificazione dei criteri più idonei⁸³. La seconda prospettiva è poi relativa all'autonomia che necessariamente deve caratterizzare la formazione del giudizio sul merito della misura promozionale, che dovrebbe rispecchiare non canoni di intrinseca meritevolezza “contenutistica” dell'opera d'arte o del prodotto culturale coincidenti con l'apprezzamento estetico del singolo, quanto piuttosto richiedere – come ben è stato detto – “una immedesimazione del soggetto giudicante ai codici propri dell'oggetto esaminato”⁸⁴.

8. Il problema delle risorse: un approccio relativo?

Un'ultima questione, per molti aspetti trasversale rispetto alle diverse dimensioni appena esaminate, è poi quella delle risorse economiche necessarie a rendere concreto ed effettivo il diritto alla cultura nei termini anzidetti.

Molto di quanto già detto sui caratteri essenziali del diritto in questione dovrebbe rendere evidente come esso risenta delle caratteristiche e dei complessi intrecci che caratterizzano, dalla prospettiva del suo conflitto con esigenze di bilancio, gli altri classici diritti “condizionati”: la sua natura fondamentale, in quanto agganciata ad un principio costituzionale da far valere *magis ut valeat*, non è incompatibile con una riserva al legislatore del compi-

⁸² A partire dai più volte richiamati contributi monografici di M. AINIS, F. RIMOLI e G. CLEMENTE DI SAN LUCA.

⁸³ A favore di un modello improntato sostanzialmente alla cooptazione si è espresso a suo tempo M. AINIS, *Cultura e politica*, cit., 168.

⁸⁴ F. RIMOLI, *La libertà dell'arte*, cit., 248, da cui discende, secondo l'A., l'inapplicabilità nella materia *de qua* del canone della discrezionalità tecnica, che invece si tradurrebbe in un “adeguamento del fatto medesimo secondo schemi derivanti dall'uso di regole prefissate entro una disciplina accettata e codificata nei suoi contorni tecnici”.

to di realizzare le condizioni per l'attuazione del diritto nel rispetto dei principi elaborati nel tempo dalla Corte costituzionale (da quello di gradualità alla c.d. riserva del possibile).

È sin troppo evidente, tuttavia, come negli ultimi anni la spesa pubblica nel settore culturale abbia risentito più che in altri settori di drastiche riduzioni, frutto per lo più di un giudizio sulla superfluità, in tempi di crisi, delle prestazioni ad essa collegate⁸⁵. Al di là del dato politico (che tuttavia andrebbe criticamente meditato), ciò rispecchia il convincimento per cui la spesa pubblica in campo culturale è una spesa debole, siccome associata il più delle volte a forme di accesso a prestazioni giudicate non essenziali, con tutte le conseguenze che ne derivano per la discrezionalità delle relative decisioni di bilancio. A questa debolezza si associa poi l'assenza di una normativa di settore dalla quale poter ricavare delle precise linee d'intervento del legislatore cui successivamente commisurare un eventuale giudizio della Corte costituzionale, analogamente a quanto tradizionalmente avviene per altri settori connessi a diritti sociali di prestazione (ad esempio tramite lo scrutinio di ragionevolezza o il giudizio di gradualità). Questa difficoltà, infine, è ulteriormente aggravata, nella situazione attuale, dal generale indebolimento dei criteri di controllo usati dalla stessa Corte rispetto all'uso della discrezionalità legislativa in tempi di crisi, considerato che nel bilanciamento tra i termini di godimento dei diritti sociali e la salvaguardia dell'equilibrio finanziario risulta sempre meno incisivo il *test* della manifesta irrazionalità⁸⁶, al punto che si è parlato, in argomento, di una "stagione chiusa" sulla ricerca dei rimedi alle omissioni incostituzionali del legislatore, almeno quando si tratti di diritti "costosi"⁸⁷.

Aver tentato di riabilitare il rilievo del diritto alla cultura e lo *status* delle connesse prestazioni dovrebbe quindi portare a ritenere almeno che, a differenza di quanto avvenuto sino ad oggi in questo ambito, "il condizionamento cui si dichiarano soggetti i diritti costituzionali a prestazione pubblica" non debba tradursi "in una sorta di resa allo stato delle cose, facilitata dai limiti di cognizione del giudizio di costituzionalità"⁸⁸.

Certo, non ci si possono nascondere le difficoltà che un tale processo può comportare. Da un lato, infatti, pare evidente per quanto detto che le prestazioni che si possono associare al diritto alla cultura, se guardate dal punto di vista dell'adempimento del principio costituzionale di promozione dello sviluppo culturale, si trovano ad essere sicuramente meno strutturate

⁸⁵ Cfr. il quadro non confortante che emerge dal rapporto del Dipartimento per lo sviluppo e la coesione economica della Presidenza del Consiglio (aggiornato al 2013) su *I flussi finanziari pubblici nel settore cultura e servizi ricreativi*, in www.agenziacoesione.gov.it

⁸⁶ Coniato, come si sa, da Corte cost. sent. n. 180 del 1982.

⁸⁷ Così C. SALAZAR, *Crisi economica e diritti fondamentali*, cit., 11.

⁸⁸ C. PINELLI, *Diritti costituzionali condizionati, argomento delle risorse disponibili, principio di equilibrio finanziario*, in A. RUGGERI (a cura di), *La motivazione delle decisioni della Corte Costituzionale*, Torino, 1994, 548.

rispetto agli altri ambiti d'elezione dei diritti sociali, dalla salute, al lavoro all'istruzione. Da qui, oltre ad altro, la difficoltà di individuare dei vincoli troppo stringenti a carico del legislatore per un'attuazione prioritaria dei relativi compiti, anche con una destinazione preferenziale di risorse⁸⁹, a meno che si sia in presenza di un'omissione assoluta⁹⁰. Dall'altro lato, pare legittimo non nutrire troppe illusioni sul fatto che l'uscita dalla condizione di minorità del diritto alla cultura, soprattutto per la sua componente attiva e pretensiva, possa venire dall'inclusione del settore culturale nel sistema dei livelli essenziali delle prestazioni⁹¹. Oltre alla necessità di comprendere in che termini questi ultimi verranno concretamente congegnati e individuati, a quali beni saranno riferiti e quali ambiti e attività verranno fatti rientrare nella nozione di "patrimonio culturale", non manca chi da tempo ha messo in luce l'inidoneità di questo strumento a farsi tramite per l'individuazione di un nucleo essenziale dei diritti di volta in volta presi in considerazione, soprattutto per quelli che richiedono l'erogazione di prestazioni⁹².

Queste difficoltà risultano in fondo coincidenti con i tradizionali problemi legati all'inattuazione legislativa dei diritti condizionati e risultano aggravate dalla sostanziale impossibilità, in questa materia e per il tipo di interventi di cui si discute, di bypassare l'omissione o l'incompletezza dell'azione legislativa per il tramite della mediazione del giudice.

A fronte di ciò, fermo restando il vincolo alla realizzazione delle condizioni di effettivo godimento del diritto, sembra quindi preferibile affrontare il problema delle risorse da un punto di vista almeno *relativo*. In questa chiave, attualizzando l'intuizione classica per cui il contenuto minimo dei principi di natura programmatica sta almeno nel vietare al legislatore una misura che sia di ostacolo alla realizzazione di esso, sul legislatore dovrebbe almeno gravare il limite riguardante le modalità di impiego delle risorse disponibili, onde verificare, ad esempio, se queste vengano usate per finalità coerenti col quadro degli obiettivi e delle finalità che si possono ricavare dagli artt. 9 e 33 Cost.⁹³ Per quanto non ci si possano nascondere le difficoltà che questo

⁸⁹ L. CARLASSARE, *Priorità costituzionali e controllo sulla destinazione delle risorse*, in *Costituzionalismo.it*, 1/2013.

⁹⁰ Di *absolute Untätigkeit* come giustificazione dello scrutinio scrive H.-P. SCHNEIDER, *Grundrechte und Verfassungsdirektiven*, cit., 730.

⁹¹ V. *supra*, nt. 63.

⁹² C. PINELLI, *Sui "livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali" (art. 117, secondo comma, lett. m), Cost.*, in *Dir. pubbl.*, 2002, 895 ss. e, più di recente, C. PANZERA, *I livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti sociali*, in G. CAMPANELLI, M. CARDUCCI, N. GRASSO, V. TONDI DELLA MURA (a cura di), *Diritto costituzionale e diritto amministrativo. Un confronto giurisprudenziale*, Torino, 2010, 60 s.

⁹³ In questa chiave, accrescere le forme di incentivazione fiscale ai privati in un periodo di diminuzione delle risorse pubbliche espone alla critica – avanzata in dottrina da F. RIMOLI, *Le libertà culturali*, in P. RIDOLA e R. NANIA, *I diritti costituzionali*, 2. Ed., vol. III, Torino, 2006, 905 – per cui risorse altrimenti destinate all'erario vengono impiegate secondo opzioni

controllo comporta concretamente, dal punto di vista dell'accesso alla Corte costituzionale e della conseguente possibilità di ingabbiare la discrezionalità legislativa in materia, sembra quanto meno necessario tenere ferma l'esigenza che le risorse disponibili vengano finalizzate all'inveramento di quella funzione riequilibratrice dell'azione pubblica che costituisce la premessa e la direzione di senso del diritto alla cultura (e che ben può riassumersi nella più volte evocata fundamentalità del "valore estetico-culturale" rispetto ad altre, contrapposte esigenze).

Viste le frequenti e gravi distorsioni che emergono dalla prassi, potrebbe non essere poca cosa.

e preferenze interamente rimesse al privato, cui difficilmente potrà essere imposto di operare a favore delle espressioni deboli.

I DIRITTI DELLO STRANIERO E LA DEMOCRAZIA

di Roberto Cherchi

SOMMARIO: 1. I diritti dello straniero nell'ordinamento italiano. 2. I diritti dello straniero e lo schema del "contratto": la regolazione dei presupposti dell'ingresso e dell'allontanamento. 3. Lo schema del "contratto" e le norme sul soggiorno dello straniero. 4. Diritti inviolabili o fondamentali e condizione giuridica dello straniero irregolarmente soggiornante. 5. I diritti dello straniero e la stabilità del soggiorno regolare. 6. Diritti dello straniero, integrazione sociale e integrazione politica. 7. I diritti politici dello straniero. 8. Il diritto dell'immigrazione e lo stato di eccezione: l'afflusso di migranti dal medio-oriente e dal Nord Africa e la sospensione delle garanzie costituzionali. Il caso dei "punti di crisi". 9. Conclusioni.

1. I diritti dello straniero nell'ordinamento italiano

La ricognizione e l'analisi dei diritti dello straniero impone di fare riferimento a una pluralità di fonti del diritto, interne e internazionali. Tra le fonti interne viene in evidenza, in primo luogo, la Costituzione. Secondo l'art. 10, comma 2 Cost., la condizione giuridica dello straniero è regolata dalla legge in conformità delle norme e dei trattati internazionali. Alcune disposizioni costituzionali fanno esplicito riferimento al cittadino: la prima parte della Costituzione è rubricata "diritti e doveri dei cittadini"; inoltre, l'art. 3 Cost. afferma che tutti i cittadini sono uguali di fronte alla legge¹; infine, le disposizioni costituzionali relative ai diritti politici e di incolato fanno esplicito riferimento al cittadino. Di contro, l'art. 2 Cost. riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo, sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità. Infine, numerose disposizioni disciplinano diritti senza circoscriverne l'ambito soggettivo.

Secondo un orientamento, le Costituzioni sono un "fatto politico" che presuppone l'esistenza dello Stato nazionale e la distinzione tra cittadino e straniero. In coerenza con queste premesse l'art. 3, comma 1 Cost., affermando l'uguaglianza dei cittadini di fronte alla legge, sancirebbe la non illegittimità delle norme che differenzino cittadini e stranieri nella regolazione

¹ Differenziandosi, in ciò, dall'art. 3 della legge fondamentale tedesca, secondo la quale "tutti gli uomini sono uguali di fronte alla legge". Parimenti la Costituzione degli Stati Uniti utilizza con frequenza la formula *person*, interpretata dalla giurisprudenza statunitense come fonte di diritti per lo straniero: sul punto v. F. SCUTO, *I diritti fondamentali della persona quale limite al contrasto dell'immigrazione irregolare*, Giuffrè, Milano, 2012, 8-9.

delle situazioni giuridiche soggettive². In ogni caso, si sottolinea come la legge incontri il limite generale posto dal canone di razionalità/ragionevolezza, essendo questo divenuto un limite generale di validità di tutte le norme di rango legislativo³; un ulteriore limite deriverebbe dalle norme e dai trattati internazionali che regolano la condizione giuridica dello straniero, cui la legge deve essere conforme (art. 10, comma 2 Cost.)⁴. Questa lettura del rapporto tra lo Stato e lo straniero deriva dalla premessa secondo la quale il controllo delle frontiere e dei flussi migratori è espressione dell'esercizio di poteri sovrani ed è essenziale per la sopravvivenza dello Stato; essa, inoltre, è ascrivibile alla relazione che, a partire dall'Ottocento, è venuta in essere tra le idee di Costituzione, Stato e popolo⁵.

² Cfr. A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte generale*, Padova, Cedam, 2003, 316.

³ Cfr. A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali*, cit., 317; ID., *Dai diritti del cittadino ai diritti fondamentali dell'uomo*, in *Rivista Aic*, 2010, 7; sulla ragionevolezza come limite generale di validità v. altresì R. BIN, *Diritti e Argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1992, 43.

⁴ Cfr. A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali*, cit., 319; in senso analogo v. P. STANCATI, *Le libertà civili del non cittadino: attitudine conformativa della legge, assetti irriducibili di garanzia, peculiarità degli apporti del parametro internazionale*, in Associazione dei costituzionalisti, *Annuario 2009. Lo statuto costituzionale del non cittadino. Atti del XXIV Convegno annuale. Cagliari, 16-17 ottobre 2009*, Jovene, Napoli, 2010, 26 ss., 38 ss.

⁵ Così, secondo l'approccio statualistico di Jellinek alla protezione dei diritti costituzionali, i diritti costituzionali sono diritti pubblici soggettivi garantiti in forza di norme costituzionali che comportano l'autolimitazione dello Stato. Il popolo – e non la popolazione – è uno degli elementi costitutivi dello Stato; da ciò ben si può affermare che l'autolimitazione dei poteri sovrani sia prevista dalla Costituzione nei confronti del cittadino (e non dello straniero). È significativo, in questo senso, il pensiero di Jellinek, per il quale “mediante il potere unitario dello Stato la pluralità dei membri si assomma nell'unità del popolo. Questa unità è quella del popolo dello Stato, della moltitudine statalmente unificata. Ed è questa la ragione per cui il popolo, nel senso giuridico, non può affatto concepirsi al di fuori dello Stato; e così parimenti il territorio è possibile soltanto nello Stato come estensione spaziale di questo” (cfr. G. JELLINEK, *La dottrina generale dello Stato*, tr. it. di M. Petrozziello, Giuffrè, Milano, 1949, 31 ss., in part. 36-37). A simili conclusioni si giunge altresì seguendo il modello individualistico di protezione dei diritti, in base al quale il “contratto” è lo strumento per la fondazione dello Stato in funzione di garanzia della libertà originaria dell'individuo. Secondo Rousseau, “l'uomo è nato libero e ovunque è in catene” (Cfr. J. J. ROUSSEAU, *Il contratto sociale*, edizione a cura di Tito Magri, Laterza, Bologna-Roma, 1992, 60), ma con il contratto sociale è possibile per gli individui associarsi in funzione della garanzia della libertà e dei beni (*Ibidem*, 74, dove si afferma che è necessario “trovare una forma di associazione che protegga e difenda con tutta la forza comune la persona e i beni di ciascun associato, mediante la quale ognuno unendosi a tutti non obbedisca tuttavia che a se stesso e resti libero come prima. Ecco il problema fondamentale di cui il contratto sociale dà la soluzione”). Il discorso dell'autore muove dalla premessa secondo la quale il popolo è costituito dai cittadini (cfr. J. J. ROUSSEAU, *Il contratto sociale*, cit., 78, secondo cui gli associati “prendono collettivamente il nome di popolo, mentre, in particolare, si chiamano cittadini, in quanto partecipano dell'autorità sovrana, e sudditi, in quanto soggetti alle leggi dello Stato. Ma questi termini spesso si confondono e vengono scambiati;

Un diverso orientamento afferma invece che la Costituzione contiene diritti dell'uomo e diritti del cittadino, in continuità con la tradizione costituzionale che trae origine dalla Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789. In questo senso si esprimono la dottrina maggioritaria⁶ e la giurisprudenza costituzionale (a partire da Corte cost. 120/1967 e 104/1969), secondo i quali il combinato disposto degli artt. 2, 3 e 10 Cost. determinerebbe l'estensione del principio di uguaglianza agli stranieri nella regolazione dei "diritti fondamentali" (Corte cost. sent. 120/1967) o, con una formula forse più restrittiva, dei "diritti inviolabili" (Corte cost. 104/1969).

basta saperli distinguere quando sono usati in tutta la loro esattezza"). Date queste premesse, ben può essere il contratto sociale diretto a escludere lo straniero dall'ambito soggettivo di applicazione delle sue norme. In questa prospettiva, quindi, sarebbe necessario un nuovo e diverso "contratto" tra lo Stato e lo straniero, distinto rispetto al contratto sociale originario e regolato unilateralmente con legge, diretto a disciplinare i rispettivi diritti ed obblighi.

⁶ In questo senso, *ex plurimis*, cfr. G. D'ORAZIO, *Effettività dei diritti e condizione dello straniero*, in *Dir. Soc.*, 1973, 955, 962-963; ID., *Lo straniero nella Costituzione italiana (asilo - condizione giuridica - estradizione)*, Cedam, Padova, 1992, 116-117; A. BARBERA, *Sub Art. 2*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione. Principi fondamentali. Artt. 1-12*, Zanichelli, Bologna-Roma, 1975, 116; A. CASSESE, *Sub artt. 10-12*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione. Principi fondamentali. Artt. 1-12*, cit., 513 ss.; P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Il Mulino, Bologna, 1984, 31 e 74; G. SIRIANNI, *La polizia degli stranieri*, Giappichelli, Torino, 1999, 23 ss.; C. CORSI, *Diritti fondamentali e cittadinanza*, in *Dir. pubbl.*, 2000, 793 ss.; ID., *Lo Stato e lo straniero*, Cedam, Padova, 2001, 115 ss.; S. NICCOLAI, *Straniero*, in M. AINIS (a cura di), *Dizionario costituzionale*, Roma-Bari, Laterza, 2000, 453; P. BONETTI, *I principi, i diritti e doveri. Le politiche migratorie*, in B. NASCIMBENE (a cura di), *Diritto degli stranieri*, Cedam, Padova, 2004, 85 e ID., *Diritti fondamentali degli stranieri in Italia*, in G. BATTISTELLA (a cura di), *Migrazioni. Dizionario socio-pastorale*, San Paolo Edizioni, Cinisello Balsamo, 2010, 404; G. BUCCI, *Una circolare per circolare. A proposito delle politiche sull'immigrazione*, in *Costituzionalismo.it*, 1/2004, 4; F. CERRONE, *La cittadinanza e i diritti*, in R. NANIA, P. RIDOLA (a cura di), *I diritti costituzionali*, Giappichelli, Torino, 2006, 332; E. GROSSO, *Straniero (status dello)*, in S. CASSESE (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, vol. VI, Giuffrè, Milano, 2006, 5790; B. PEZZINI, *Una questione che interroga l'eguaglianza: i diritti sociali del non-cittadino*, in Associazione dei costituzionalisti, *Annuario 2009. Lo statuto costituzionale del non cittadino*, cit., 212 ss.; A. PUGIOTTO, «Purché se ne vadano». *La tutela giurisdizionale (assente o carente) nei meccanismi di allontanamento dello straniero*, in Associazione dei costituzionalisti, *Annuario 2009. Lo statuto costituzionale del non cittadino*, cit., 335 ss.; A. APOSTOLI, *Irragionevoli scelte legislative versus decisioni giudiziarie di ripristino della legalità costituzionale: il «non-cittadino» nell'ordinamento italiano*, in *Rivista Aic*, 4/2011, 2; P. CARETTI, *I diritti fondamentali. Libertà e diritti sociali*, Giappichelli, Torino, 2011, 94 ss.; B. NASCIMBENE, *La capacità dello straniero: diritti fondamentali e condizione di reciprocità*, in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 2011, 307; F. SCUTO, *I diritti fondamentali della persona quale limite al contrasto dell'immigrazione irregolare*, cit., 15; G. CORSO, *La disciplina dell'immigrazione tra diritti fondamentali e discrezionalità del legislatore nella giurisprudenza costituzionale*, in Corte costituzionale, *La condizione giuridica dello straniero nella giurisprudenza della Corte costituzionale. Atti del seminario svoltosi in Roma. Palazzo della Consulta, 26 ottobre 2013*, Giuffrè, Milano, 2013, 1 ss.

⁷ In senso critico rispetto all'uso approssimativo dei termini "fondamentale" e "inviolabile" v. M. LUCIANI, *Cittadini e stranieri come titolari dei diritti fondamentali. L'esperienza*

All'estremo opposto si colloca, infine, quell'orientamento dottrinale che ritiene riduttiva l'applicazione agli stranieri del principio di uguaglianza solo con riferimento alla regolazione di un diritto inviolabile o fondamentale. Taluni giungono a queste conclusioni in base alla premessa secondo cui non esisterebbe certezza su quali siano i diritti fondamentali (si pensi alle teorie che leggono l'art. 2 Cost. come norma a fattispecie aperta, o alla comune qualificazione dei diritti politici come diritti del solo cittadino e, al tempo stesso, come diritti fondamentali)⁸; una diversa opinione riconduce i diritti costituzionali a una "cittadinanza costituzionale" che sarebbe propria di tutti gli individui residenti sul territorio nazionale⁹; altri, infine, affermano l'esistenza di un diritto fondamentale - proprio, quindi, anche dello straniero - a non subire discriminazioni fondate su criteri soggettivi¹⁰ o, più in generale, disparità di trattamento nella libertà e nella dignità¹¹. Il diritto a non essere discriminati sarebbe da ricostruirsi in base a frammenti normativi interni (il principio della pari dignità sociale di cui all'art. 3, comma 1 Cost.¹²; le disposizioni di cui agli artt. 43 e 44 TUI, che prevedono il divieto di discriminazione in base alla nazionalità e l'azione civile contro la discriminazione¹³), di diritto internazionale consuetudinario¹⁴ e di diritto internazionale pattizio

italiana, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1992, 225.

⁸ In questo senso v. M. CUNIBERTI, *La cittadinanza. Libertà dell'uomo e libertà del cittadino nella Costituzione italiana*, Cedam, Padova, 1997, 159 ss. e ID., *L'illegittimità costituzionale dell'esclusione dello straniero dalle prestazioni sociali previste dalla legislazione regionale*, in *Le Regioni*, 2006, 516.

⁹ Cfr. L. RONCHETTI, *La cittadinanza costituzionale degli stranieri: una questione d'efficacia costituzionale*, in ID. (a cura di), *La Repubblica e le migrazioni*, Giuffrè, Milano, 2014, 25 ss.

¹⁰ Cfr. G. BRUNELLI, *Minori immigrati, integrazione scolastica, divieto di discriminazione*, in *Dir. Imm. Citt.*, 1/2010, 59 ss., che evidenzia come questo indirizzo interpretativo trovi un fondamento nella giurisprudenza della Corte costituzionale (in particolare nella sentenza n. 163/1993).

¹¹ In questo senso v. A. CERRI, *L'eguaglianza nella giurisprudenza della Corte costituzionale. Esame analitico ed ipotesi ricostruttive*, Giuffrè, Milano, 1976, 75.

¹² E' evidente, in questa lettura, una prospettiva svalutativa della formula "cittadini" contenuta nell'art. 3, comma 1 Cost., che trova una giustificazione nella premessa secondo cui il Costituente non avrebbe sempre utilizzato tale parola in senso tecnico: sul punto v. F. CERRONE, *Identità civica e diritti degli stranieri*, in *Pol. Dir.*, 1995, 441 ss.; C. CORSI, *Lo Stato e lo straniero*, cit., 69-70; G. BASCHERINI, *Immigrazione e diritti fondamentali. L'esperienza italiana tra storia costituzionale e prospettive europee*, Jovene, Napoli, 2007, cit., 105 ss.; M. LUCIANI, *La partecipazione politica e i migranti*, in L. RONCHETTI (a cura di), *La Repubblica e le migrazioni*, cit., 81.

¹³ Cfr. A. GUZZAROTTI, *Lo straniero, i diritti, l'eguaglianza*, in *Quest. giust.*, 1/2009, 95-96.

¹⁴ Si veda la sentenza Corte cost. sent. 306/2008. In senso critico rispetto all'affermazione secondo cui sarebbe effettiva tale norma consuetudinaria v. P. BONETTI, *Intervento*, in Corte costituzionale, *La condizione giuridica dello straniero nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, cit., 145. Sull'impossibilità di individuare un generale divieto di discriminazione tra

(in particolare gli artt. 1 e 7 della dichiarazione universale dei diritti dell'uomo; gli artt. 2, 3 e 26 del patto sui diritti civili e politici; gli artt. 2 e 3 del Patto sui diritti economici, sociali e culturali; l'art. 14 Cedu): da esso discenderebbe un imperativo di uguaglianza tra cittadino e straniero anche nella regolazione legislativa di interessi non ascrivibili ai diritti inviolabili.

Accanto alla Costituzione vi sono le fonti internazionali. L'art. 10, comma 2 Cost. contiene una riserva di legge rinforzata che implica l'illegittimità costituzionale delle disposizioni di legge che siano in contrasto con norme e trattati internazionali che regolano la condizione giuridica dello straniero. Tra queste convenzioni viene in evidenza la Convenzione OIL 143/1975 sul trattamento dei lavoratori migranti, cui ha fatto seguito l'adozione della legge 943/1986; la successiva convenzione internazionale sulla protezione dei diritti dei lavoratori migranti e dei membri delle loro famiglie (1990), che reca numerose disposizioni attributive di diritti applicabili anche allo straniero irregolarmente soggiornante, pur essendo entrata in vigore nel 2003, non è stata ancora ratificata dall'Italia. Inoltre, come è noto, le sentenze "gemelle" (Corte cost. sentt. 348 e 349 del 2007) hanno sancito la natura di parametro interposto della Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Viene in evidenza, infine, la Carta dei diritti dell'Unione europea, il cui ambito di applicazione è limitato dalla competenza dell'Unione europea (art. 51 della Carta dei diritti).

L'espansione del novero dei diritti dello straniero è anche una conseguenza dell'adozione di atti legislativi che non si limitano a regolare i presupposti e le procedure di ingresso e di espulsione, ma che attribuiscono allo straniero la titolarità di diritti. La prima legge repubblicana in questo senso è la già menzionata legge 943/1986, cui ha fatto seguito la legge 39/1990 (legge Martelli) e la legge 40/1998 (c.d. legge Turco-Napolitano), che costituisce l'architettura del d. lgs. 286/1998 (testo unico sull'immigrazione). Il testo unico riconosce allo straniero regolarmente soggiornante un articolato catalogo di diritti civili e sociali, che va oltre i diritti espressamente definiti dal Costituente come "inviolabili" o "fondamentali", con la previsione di alcuni diritti inviolabili anche in capo allo straniero irregolarmente soggiornante.

Date queste premesse, non stupisce che le trattazioni relative ai diritti dello straniero riconoscano allo stesso un complesso catalogo di diritti, da cui sono da ritenersi esclusi solo i diritti politici e di incolato¹⁵. A dispetto

cittadino e straniero nelle convenzioni internazionali v. anche L. S. BOSNIAK, *Human Rights, State Sovereignty and the Protection of Undocumented Migrants Under the International Migrant Workers Convention*, in *The International Migration Review*, Vol. 25, No. 4, 1991, 754 ss.

¹⁵ Tra i diritti riconosciuti allo straniero devono essere menzionati il diritto alla vita; la libertà personale (art. 13 Cost., *ex plurimis*, con specifico riferimento allo straniero, sent. 105/2001; art. 6 della Carta dei diritti e art. 5 Cedu); la libertà personale come limite massimo della durata della carcerazione preventiva (Corte cost., sent. n. 147/1973); il diritto a non

delle riscontrate tendenze espansive nel riconoscimento dei diritti, tuttavia, l'uguaglianza tra cittadini e stranieri non costituisce il principale schema interpretativo delle disposizioni vigenti. In questo scritto ci si propone quindi di offrire alcune chiavi di lettura delle tecniche di riconoscimento e garanzia dei diritti dello straniero e, altresì, degli elementi di uguaglianza e di disuguaglianza riscontrabili nei regimi giuridici applicabili ai cittadini e agli stranieri, per poi giungere all'enucleazione di elementi funzionali alla ricostruzione della nozione giuridica di diritto fondamentale.

2. I diritti dello straniero e lo schema del “contratto”: la regolazione dei presupposti dell'ingresso e dell'allontanamento.

Si è visto che, secondo un orientamento dottrinale, lo straniero non sarebbe titolare di diritti costituzionali, ma solo dei diritti previsti dalla legge, senza che dalla Costituzione possa evincersi un imperativo di uguaglianza con il cittadino. Questo orientamento dottrinale è assimilabile a quello, di matrice statunitense, secondo il quale il rapporto tra lo Stato e lo straniero sarebbe regolato esclusivamente dalla legge, che definirebbe i contenuti di un “contratto” tra lo Stato e lo straniero. Lo schema del “contratto” è una delle chiavi di lettura utilizzate dalla dottrina americana per spiegare l'approccio negativo o riduttivo dei diritti costituzionali dello straniero e dell'uguaglianza con il cittadino. Secondo questo approccio, il “contratto sociale” su cui si fonda la Costituzione ha come parti i soli cittadini, e nuovi “contratti sociali”

essere sottoposto a trattamenti inumani e degradanti (art. 13, comma 4 Cost., art. 27, comma 3, Cost., art. 3 Cedu); la libertà e segretezza di corrispondenza e di ogni altra forma di comunicazione (art. 15 Cost., Corte cost., sent. 366/1991); la libertà di coscienza e di religione (artt. 19 e 20 Cost., art. 9 Cedu, art. 10 Carta dei diritti, Corte cost., sentt. 14/1973 e 188/1975); la libertà di pensiero (art. 21 Cost., art. 9 Cedu, art. 10 Carta dei diritti, Corte cost., sent. 168/1971); il diritto alla difesa (art. 24 Cost., art. 6, commi 3 e 5 Cedu, artt. 47 e 48 Carta dei diritti, Corte cost., sentt. 29/1962, 11/1971, 50/1972, 109/1974, 177/1974, 125/1979); la natura personale della responsabilità e la presunzione di non colpevolezza (art. 27 Cost., Corte cost., sent. 120/1967); la libertà dal licenziamento in caso di contrazione di matrimonio (artt. 2, 31 e 37 Cost., Corte cost., sent. 27/1969); il diritto al matrimonio (art. 29 Cost., art. 12 Cedu, art. 9 Carta dei diritti, Corte cost., sentt. n. 27/1969 e 245 del 2011); il diritto alla vita privata e familiare (artt. 14 e 15 Cost., art. 8 Cedu, art. 7 Carta dei diritti); il diritto alla salute (art. 32 Cost., Corte cost., sent. 252/2001); il diritto all'istruzione (artt. 33 e 34 Cost., art. 2 protocollo n. 1 Cedu e art. 14 della Carta dei diritti); il diritto al proprio decoro, onore, rispettabilità, riservatezza, intimità e reputazione (Corte cost., sent. n. 38/1973); il diritto alle misure alternative alla pena detentiva (Corte cost., sent. n. 78/2007). Per una ricostruzione del catalogo dei diritti dello straniero v. P. BONETTI, *La giurisprudenza costituzionale sui diritti fondamentali degli stranieri e sulle discriminazioni (Sasso Marconi 23 settembre 2011)*, in *www.asgi.it*, 13 ss. e ID., *Diritti fondamentali degli stranieri in Italia*, cit., 408 ss.; P. CARETTI, *I diritti fondamentali*, cit., 95; L. CIAURRO, *I diritti fondamentali dello straniero*, in *Federalismi.it*, 2008, 28-29; F. SCUTO, *I diritti fondamentali della persona quale limite al contrasto dell'immigrazione irregolare*, cit., 58 ss.

sono negoziati con gli stranieri, giorno per giorno, con contenuti determinati dalla legge; nessun “contratto” (e nessun diritto) può essere pertanto invocato dallo straniero giunto sul territorio nazionale senza “invito” e, quindi, irregolarmente presente. La stessa presenza sul territorio nazionale dello straniero sarebbe, quindi, priva di ogni rilevanza giuridica e l’ordinamento, in virtù di una *fiction iuris*, potrebbe considerarlo come se fosse ancora fuori dal territorio nazionale¹⁶. Allo schema contrattuale si collega altresì quella parte della giurisprudenza della Corte Suprema statunitense, relativa alle norme sull’immigrazione, che tradizionalmente perseguiva il *self restraint* a garanzia del *plenary power* riconosciuto alle altre due branche del *federal Government*¹⁷ (pur se nella giurisprudenza più recente si è assistito all’erosione di questo approccio deferente)¹⁸. Discorrendo di “contratto” non si fa quindi riferimento a un documento legalmente vincolante, il cui contenuto sia oggetto di una negoziazione tra le parti in causa, ma a un complesso di diritti e obblighi determinato unilateralmente dalla legge, nel rispetto delle norme e dei trattati internazionali (ex. art. 10, comma 2, Cost.) e dell’ulterio-

¹⁶ Cfr. D. A. MARTIN, *Due process and membership in the national community: political asylum and beyond*, *U. Pitt. L. Rev.*, 1983, 231; nello stesso senso v. la *dissenting opinion* del Justice Scalia in *Zadvydas v. Davis* 533 U.S. 678 (2001).

¹⁷ Sullo schema contrattuale come criterio esplicativo della legislazione relativa all’immigrazione e alla condizione giuridica dello straniero, sulla giurisprudenza che riconosce al potere legislativo e al potere esecutivo federale il *plenary power*, sul collegamento tra riconoscimento del *plenary power* ed esercizio di poteri sovrani e sull’inesistenza di diritti costituzionali in capo allo straniero irregolarmente presente, cfr. L. OREN, *The Legal Status of Undocumented Aliens: In Search of a Consistent Theory*, in *Immigr. & Nat'lity L. Rev.*, 1980-1981, 455; P. H. SCHUCK, *The transformation of immigration law*, in *Columbia law review*, 1984, 1 ss., in part. 6 e 44; S. H. LEGOMSKY, *Immigration law and the principle of plenary congressional power*, in *The Supreme Court Review*, 1984, 255 ss.; V. C. ROMERO, *United States immigration policy: contract or human rights law?*, in *Nova law review*, 2008, 309 ss.; ID., *Everyday law for immigrants*, Paradigm publishers, Boulder, London, 2009, 5 ss.

¹⁸ Sull’erosione della dottrina del *plenary power* nella giurisprudenza della Corte Suprema degli ultimi decenni, in particolare a partire dalla decisione *Zadvydas v. Davis*, in cui la Corte Suprema ha riconosciuto allo straniero oggetto di detenzione amministrativa il diritto al *substantial due process of law*, v. R. CANTY, *The new world of immigration custody determinations after Zadvydas v. Davis*, in *Georgetown Immigration Law Journal*, 2003-2004, 470 ss.; J. W. GARDNER, *Halfway There: Zadvydas v. Davis Reins in Indefinite Detentions, but Leaves Much Unanswered*, in *Cornell International Law Journal*, 2003-2004, 177 ss.; G. MARTINEZ, *Indefinite detention of immigrant information: federal and State overreaching in the interpretation*, in *The Yale law journal*, 2010, 667 ss.; A. BRAMANTE, *Ending indefinite detention of non-citizens*, in *Case western reserve law review*, 2011, 933 ss. P. J. SPIRO, *Explaining the end of plenary power*, in *Georgetown Immigration Law Journal*, 339 ss.; sull’erosione del *plenary power* con specifico riferimento ai “nemici combattenti” detenuti al di fuori dal territorio nazionale si veda la sentenza della Corte Suprema *Boumediene v. Bush*, su cui, *ex plurimis*, v. S. H. JOSEPH, *Hasta la vista? An assessment of the California governor’s proposal to send undocumented inmates to Mexico*, in *Boston College International & Comparative Law Review*, 2011, 186 ss.

re limite costituito dal generale imperativo della razionalità/ragionevolezza degli enunciati normativi.

Lo schema del “contratto” è un’utile chiave di lettura di talune disposizioni del testo unico: alcune di esse sono state introdotte da novelle successive, ossia la legge 189/2002 (cosiddetta legge Bossi-Fini), il decreto legge 92/2008, convertito nella legge 125/2008, e la legge 94/2009, architrave del cosiddetto “pacchetto sicurezza” della XVI legislatura.

Vengono in evidenza, in primo luogo, le norme di legge che regolano l’ingresso e l’allontanamento dello straniero. E’ infatti pacifico che tra i diritti dello straniero, secondo le norme internazionali e interne, non vi è né il diritto all’ingresso – salvo quanto previsto dalle norme sul riconoscimento della protezione internazionale¹⁹ – né il diritto di incolato. E’ quindi coerente con queste premesse che la regolazione dei presupposti dell’ingresso e dell’allontanamento sia rimessa alla discrezionalità del legislatore, nel rispetto delle norme e dei trattati internazionali, lasciando spazio a una dimensione contrattuale in cui, unilateralmente, sono determinati i presupposti dell’ingresso e dell’allontanamento. In base a quanto previsto dal testo unico nella sua formulazione originaria, era ammesso l’ingresso in Italia dello straniero che soddisfacesse una serie di requisiti, tra i quali il non essere una minaccia per l’ordine pubblico e la sicurezza dello Stato (art. 4, comma 3 TUI)²⁰. L’accertamento di tale pericolosità era espressione di attività amministrativa discrezionale, per cui le eventuali condanne per la commissione di reati non determinavano, *sic et simpliciter*, l’adozione di un provvedimento sfavorevole inerente all’ingresso nel territorio o al permesso di soggiorno. Il disegno originario è stato superato con l’introduzione di elementi di automatismo: in seguito alle modifiche apportate all’art. 4, comma 3 TUI dalla legge 189/2002 (cosiddetta legge Bossi-Fini), la condanna *con sentenza definitiva* per alcuni reati previsti dal medesimo articolo venne a precludere l’ingresso e il soggiorno dello straniero sul territorio nazionale, come esito di attività amministrativa vincolata (salvo che non fosse riscontrabile un divieto di respingimento)²¹. In seguito, la stessa disposizione è stata modificata dalla l. 94/2009

¹⁹ Sul carattere non assoluto del diritto degli Stati di proteggere i confini, dovendo lo stesso essere bilanciato dall’esigenza del rispetto degli obblighi derivanti dal diritto internazionale e da considerazioni di carattere umanitario, cfr. S. TREVISANUT, *Which borders for the EU Immigration policy? Yardsticks of international protection for EU joint borders management*, in L. AZOULAI, K. DE VRIES (edited by), *EU Immigration law. Legal complexities and political rationales*, Oxford University press, Oxford, 2014, 136 ss.

²⁰ Gli ulteriori requisiti per l’ingresso erano (e tuttora sono): il possesso di idonea documentazione atta a confermare lo scopo e le condizioni del soggiorno, la disponibilità di mezzi di sussistenza sufficienti per la durata del soggiorno e, fatta eccezione per i permessi di soggiorno per motivi di lavoro, anche per il ritorno nel Paese di provenienza (art. 4 TUI). I mezzi di sussistenza sono definiti con apposita direttiva da parte del Ministro dell’interno.

²¹ Il respingimento dello straniero è vietato: 1) se sono state adottate misure di protezio-

e attualmente prevede come ostativa per l'ingresso e il soggiorno il non aver subito la condanna, anche *non definitiva*, per determinati reati (oltre che la condanna, in questo caso però con sentenza definitiva, per alcuni reati inerenti alla tutela del diritto d'autore)²².

Analoghe considerazioni possono essere espresse con riferimento all'espulsione. Poiché le condizioni di ingresso devono essere rispettate anche durante il soggiorno (art. 5, comma 5 TUI), la sentenza di condanna per uno dei reati previsti come ostativi per l'ingresso o l'inverarsi di ulteriori presupposti per l'espulsione previsti dalla legge²³ dovrebbe determinare, quale esito di un'attività amministrativa vincolata²⁴, un provvedimento amministrativo

ne temporanea per rilevanti esigenze umanitarie (art. 20 TUI); 2) nel caso in cui lo straniero chieda asilo politico, il riconoscimento dello status di rifugiato o l'adozione di misure di protezione temporanea per motivi umanitari (art. 10, c. 4 TUI); 3) se lo straniero corre il rischio di essere perseguitato, nel paese di provenienza, a causa di razza, sesso, lingua, cittadinanza, religione, opinioni politiche, condizioni personali o sociali, o se rischia di essere rinvio verso un altro Stato nel quale non sia protetto dalla persecuzione (art. 19, c. 1 TUI); 4) qualora lo straniero abbia un permesso di soggiorno o un visto di rientro emesso da un altro paese dell'area Schengen; 5) nel caso in cui sia destinatario di una misura cautelare o di una sentenza penale di condanna esecutiva emesse dall'autorità giudiziaria. E' altresì previsto che l'esecuzione del respingimento (e dell'espulsione) di persone vulnerabili (individui affetti da disabilità, anziani, minori, componenti di famiglie monoparentali con figli minori, vittime di gravi violenze psicologiche o sessuali) deve avere luogo "con modalità compatibili con le singole situazioni personali, debitamente accertate" (art. 19, c. 2-*bis*, TUI, aggiunto dall'art. 3, c. 1 lett. g), d.l. 89/2011, convertito nella legge 129/2011).

²² Secondo l'art. 4 TUI, è causa ostativa all'ingresso la condanna, anche con sentenza non definitiva, per un delitto per il quale sia previsto l'arresto in flagranza o per reati inerenti agli stupefacenti, alla libertà sessuale, al favoreggiamento dell'immigrazione clandestina verso l'Italia e dell'emigrazione clandestina dall'Italia verso altri Stati o per reati diretti al reclutamento di persone da destinare alla prostituzione o allo sfruttamento della prostituzione o di minori da impiegare in attività illecite. E' infine ostativa all'ingresso anche la condanna, con sentenza irrevocabile, per uno dei reati previsti dalle disposizioni del titolo III, capo III, sezione II, della *legge 22 aprile 1941, n. 633*, relativi alla tutela del diritto di autore, e degli articoli 473 e 474 del codice penale. E' bene però precisare che il diniego di rilascio, di rinnovo o la revoca del permesso di soggiorno può essere fondato anche su una valutazione discrezionale della pericolosità dello straniero per l'ordine pubblico e la sicurezza dello Stato, che è un requisito per l'ingresso (e quindi anche per il soggiorno) previsto dall'art. 4, comma 3 TUI e che può essere riscontrato anche in assenza della commissione di uno dei reati tipici previsti dalla medesima disposizione. La decisione in questo caso trova la propria base su segnalazioni di polizia, procedimenti penali in corso o condanne per reati per i quali non operano automatismi espulsivi: sulla discrezionalità di tali atti cfr. Consiglio di Stato, sent. n. 3683 del 27 luglio 2015.

²³ Come l'essere lo straniero appartenente ad alcune categorie di soggetti pericolosi: cfr. art. 13, comma 2, lett. c, TUI.

²⁴ Secondo l'art. 19 TUI: 1) non è ammessa l'espulsione (o il respingimento) verso uno Stato in cui lo straniero possa essere oggetto di persecuzione per motivi di razza, di sesso, di lingua, di cittadinanza, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali o sociali, o qualora possa rischiare di essere rinvio verso un altro Stato nel quale non sia protetto dalla persecuzione. La norma è applicabile non solo a chi abbia presentato istanza di protezione internazionale, ma a

sfavorevole inerente al permesso di soggiorno (diniego di rilascio, di rinnovo o revoca del titolo di soggiorno) e la conseguente espulsione dello straniero (sempre che non sia accertato un fatto ascrivibile a un divieto di espulsione: art. 19 TUI)²⁵.

La predeterminazione delle condizioni d'ingresso e di soggiorno e la previsione di meccanismi "automatici" da cui discende l'adozione di un provvedimento sfavorevole (respingimento; revoca o mancato rinnovo del permesso di soggiorno; espulsione) rientra in una logica "contrattuale". Lo straniero "promette" di soddisfare determinate condizioni (come l'astenersi dal commettere alcuni tipi di reato) e se l'impegno non è rispettato il "contratto" non si perfeziona o è risolto. Eccezione rispetto a questo disegno "contrattuale" del rapporto tra lo Stato e lo straniero, come si è anticipato, è la previsione di alcuni divieti di respingimento o di espulsione, che è funzionale a garantire il rispetto di diritti fondamentali o umani dello straniero (art. 19 TUI). La

qualunque straniero che si trovi in questa situazione di pericolo; 2) non è ammessa l'espulsione degli stranieri minori di diciotto anni, salvo il diritto a seguire il genitore o l'affidatario espulsi; 3) non è ammessa l'espulsione degli stranieri in possesso della carta di soggiorno, fatta eccezione per quelle ipotesi che si sono in precedenza esaminate; 4) non è ammessa l'espulsione degli stranieri conviventi con parenti entro il secondo grado o con il coniuge, di nazionalità italiana; 5) non è ammessa l'espulsione delle donne in stato di gravidanza o nei sei mesi successivi alla nascita del figlio cui provvedono (art. 19, commi 1 e 2, TUI).

²⁵ L'ordinamento conosce due tipi di espulsione amministrativa, l'espulsione ministeriale e l'espulsione prefettizia. L'espulsione ministeriale è decisa per "motivi di ordine pubblico o di sicurezza dello Stato" (art. 13, c. 1, T.U.I.) e per "motivi di prevenzione del terrorismo" (art. 3, c. 1, l. 155/2005). Si tratta di una decisione contraddistinta da un elevato tasso di discrezionalità e la giurisdizione ad essa relativa è del giudice amministrativo (TAR Lazio). L'espulsione prefettizia è decisa dal prefetto. Il prefetto decide sull'espulsione qualora ricorra uno dei seguenti presupposti legali: a) lo straniero che abbia fatto ingresso nel territorio nazionale sottraendosi ai controlli di frontiera e non sia stato adottato nei suoi confronti un provvedimento di respingimento, anche "differito"; b) sia stata omessa la comunicazione sostitutiva del nulla osta al lavoro (prevista con riferimento all'ingresso di alcune categorie di lavoratori in casi particolari); c) lo straniero soggiorni in Italia e non abbia presentato domanda di permesso di soggiorno, sempre che il ritardo non sia dovuto a forza maggiore; d) il permesso di soggiorno sia stato revocato o annullato o ne sia stato rifiutato il rilascio o negato il rinnovo, o sia scaduto da più di sessanta giorni senza che ne sia stato chiesto il rinnovo; e) lo straniero non abbia dichiarato la propria presenza, in occasione dell'ingresso per soggiorno breve per visite, affari, turismo e studio o, se proveniente da un Paese dell'area Schengen, entro otto giorni dall'ingresso, rispettivamente all'autorità di frontiera o al questore della provincia in cui si trova (art. 1, cc. 2 e 3, l. 68/2007); f) lo straniero abbia soggiornato per un periodo più lungo rispetto a quanto permesso dal visto di ingresso per soggiorno di breve durata (art. 3, c. 1, lett. c, n. 1, del d.l. 89/2011) g) lo straniero sia reputato, a causa della propria condotta e in base a elementi di fatto, un individuo socialmente pericoloso (ad esempio, lo straniero abitualmente dedito a traffici delittuosi; lo straniero che, per la condotta e il tenore di vita, debba ritenersi viva dei proventi di attività delittuose; lo straniero che è dedito alla commissione di reati che offendono o mettono in pericolo l'integrità fisica o morale dei minorenni, la sanità, la sicurezza o la tranquillità pubblica).

natura vincolata dell'attività amministrativa inerente al respingimento o all'espulsione dovrebbe, quindi, escludere ogni valutazione discrezionale che tenga conto di altri interessi, non ascrivibili ai divieti di espulsione. Chiamata a giudicare della legittimità dell'automatismo espulsivo, la Corte costituzionale lo ha ritenuto non illegittimo utilizzando un argomento tipicamente contrattuale: l'analitica previsione per legge dei presupposti dell'espulsione, infatti, sarebbe un corollario del principio di "stretta legalità" discendente dall'art. 10, comma 2 Cost., che "permea l'intera disciplina dell'immigrazione e che costituisce, anche per gli stranieri, presidio ineliminabile dei loro diritti" (Corte cost., sent. 148/2008)²⁶. E' evidente la lettura garantista che in questa sentenza della Consulta viene data dello schema "contrattuale". Il "contratto" comporta obblighi per entrambe le parti (il dovere dello straniero di rispettare le regole su ingresso e soggiorno, il dovere per lo Stato di rispettare il diritto dello straniero al soggiorno, in assenza di violazione delle condizioni "contrattuali"), laddove invece l'indeterminatezza dei presupposti di ingresso e soggiorno esporrebbe lo straniero all'arbitrio del pubblico ufficiale chiamato ad assumere la decisione. La rigidità dei meccanismi automatici di respingimento e di espulsione dello straniero è stata tuttavia da ultimo minata da alcune direttive europee e dalla più recente giurisprudenza della Corte costituzionale (in part. Corte cost. sent. 202/2013)²⁷.

²⁶ In senso analogo v. la sentenza Corte cost., 353/1997 e l'ordinanza Corte cost. 146/2002. La sentenza della Corte costituzionale 148/2008 ha «spazzato via le posizioni più 'coraggiose' di alcuni TAR» e ha posto le basi per un nuovo orientamento del Consiglio di Stato, che ha escluso margini di discrezionalità nel giudizio sulla pericolosità dello straniero: così A. DEFENU, *La condizione giuridica dello straniero nel «dialogo» tra Corte costituzionale e giudice amministrativo*, in G. CAMPANELLI, M. CARDUCCI, N. GRASSO, V. TONDI DELLA MURA (a cura di), *Diritto costituzionale e diritto amministrativo: un confronto giurisprudenziale. Atti del convegno svoltosi a Lecce il 19-20 giugno 2009*, Giappichelli, Torino, 2010, 124. Da ultimo, la Corte di Cassazione ha qualificato l'espulsione come attività vincolata, anche se ha evidenziato che, con specifico riferimento all'ascrivibilità di uno straniero a determinate categorie di soggetti pericolosi suscettibili di essere espulsi (ai sensi dell'art. 13, c. 2, lett. c), TUI) e alla contestuale verifica della sussistenza di un divieto di espulsione e di respingimento (art. 19 TUI), il giudizio del giudice di pace sul decreto di espulsione è un giudizio a cognizione piena, volto ad accertare la sussistenza dei presupposti di legge in base a cui è stata disposta la misura (art. 13, c. 2, lett. c), TUI), così come l'eventuale applicabilità dell'art. 19 TUI, relativo alle condizioni di inespellibilità.

²⁷ Le prime direttive europee che hanno introdotto norme in deroga al principio dell'automatismo espulsivo sono la direttiva sul ricongiungimento familiare (direttiva 2003/86/Ce) e la direttiva sul permesso di soggiorno Ue per soggiornanti di lungo periodo (2003/109/CE). Entrambe queste direttive impongono all'amministrazione procedente di porre in essere, nei procedimenti inerenti al permesso di soggiorno e nei procedimenti di espulsione, un bilanciamento tra l'interesse all'espulsione e l'interesse ascrivibile al diritto alla vita privata e familiare. In senso analogo il considerando numero 6 della direttiva europea rimpatri prevede che le decisioni sull'espulsione devono essere assunte «caso per caso, secondo criteri obiettivi, non limitandosi a prendere in considerazione il semplice fatto del soggiorno irregolare», e il testo

Allo schema contrattuale sono ascrivibili anche alcune norme procedurali sul respingimento e sull'esecuzione dell'espulsione dello straniero. La legge che regola il respingimento sembra muovere dalla premessa secondo la quale lo straniero respinto non è titolare di diritti costituzionali. Se non suscita dubbi di legittimità costituzionale il respingimento ai valichi di frontiera da parte della polizia, in quanto esso limita la libertà di circolazione²⁸, al contrario il respingimento "differito" incide sulla libertà personale, poiché la sua esecuzione è successiva al fermo dello straniero e si traduce nel suo accompagnamento alla frontiera da parte della forza pubblica²⁹. Le norme vigenti non rispettano né la riserva di giurisdizione di cui all'art. 13, comma 2 Cost., né il procedimento di convalida giurisdizionale *ex post*, secondo il modello dell'art. 13, comma 3 Cost.³⁰ Analogamente, il testo unico nella sua formulazione originaria sembrava considerare il potere di espulsione come una *species* del potere di ammettere. Così la norma che prevedeva il provvedimento questorile con cui si decide l'accompagnamento coattivo alla frontiera dello straniero espulso, benché incidente sulla libertà personale, non rispettava le garanzie costituzionali di cui all'art. 13, commi 2 e 3 Cost. (la disciplina

unico attualmente prevede che l'espulsione prefettizia è disposta in seguito a una valutazione "caso per caso" (art. 13, c. 2 TUI, così come modificato dall'art. 3, comma 1, lett. c), n. 1), lett. a), D.L. 23 giugno 2011, n. 89). La Corte di Cassazione ha precisato che la decisione di rimpatrio non può essere assunta in forza della "semplice considerazione del soggiorno irregolare", ma solo in base a una valutazione "caso per caso" che deve fondarsi su "criteri obiettivi" e dovrà tenere nella "debita considerazione" interessi di rilievo costituzionale come il diritto alla vita privata e familiare, ma anche l'interesse superiore del bambino e le condizioni di salute del cittadino di un paese terzo interessato (Cass. 15362 del 22 luglio 2015). *Last but not least*, a queste norme ha fatto seguito la sentenza della Corte costituzionale 202/2013, sentenza additiva che ha esteso il principio del bilanciamento tra l'interesse all'espulsione e l'interesse alla protezione dei legami familiari in tutti i procedimenti inerenti al rilascio o il rinnovo del permesso di soggiorno, e non solo in quelli relativi allo straniero che ha esercitato il diritto al ricongiungimento familiare o al familiare ricongiunto (Corte cost. sent. 202/2013). Date queste premesse possiamo affermare che, nella pratica amministrativa e giurisdizionale, la rigidità dell'automatismo espulsivo è stata erosa e in molti casi cede il passo alle valutazioni caso per caso, alla discrezionalità amministrativa.

²⁸ Cfr. M. CUNIBERTI, *Espulsione dello straniero e libertà costituzionali*, in *Dir. pubbl.*, 2000, 822.

²⁹ Il respingimento differito è disposto con decreto questorile nei confronti dello straniero che sia stato fermato, al momento dell'ingresso o "subito dopo", mentre cercava di entrare in Italia sottraendosi ai controlli di frontiera o nei confronti dello straniero che sia stato temporaneamente ammesso sul territorio nazionale per necessità di pubblico soccorso (art. 10, c. 2, TUI).

³⁰ Su questi dubbi di legittimità costituzionale v. C. CORSI, *Lo Stato e lo straniero*, cit., 158-159; P. BONETTI, *Ingresso, soggiorno e allontanamento. Profili generali e costituzionali*, in B. NASCIMBENE, (a cura di), *Diritto degli stranieri*, cit., 287 e 530; S. ROMANOTTO, P. BONETTI, *Respingimenti*, in *www.asgi.it*, 5; F. VASSALLO PALEOLOGO, *Il Respingimento differito disposto dal questore e le garanzie costituzionali*, in *Dir. imm. citt.*, 2009, 2, 17 ss.; A. PUGIOTTO, *Purché se ne vadano*, cit., 353.

è stata successivamente adeguata all'art. 13, comma 3 Cost.: v. *infra*, par. 4).

Infine, condividono la logica contrattuale le norme speciali che differenziano le condizioni di ingresso avendo riguardo alle competenze professionali³¹ (si entra “su invito” e le condizioni non sono uguali per tutti); la norma, introdotta dalla l. 94/2009, che ha previsto il reato di ingresso e soggiorno irregolare nel territorio dello Stato, sanzionando anche penalmente l'ingresso o il soggiorno in assenza di “contratto” (art. 10-*bis* TUI, introdotto dall'art. 1, comma 16, lett. a, l. 94/2009); la norma che ha introdotto, nel 2008, la circostanza aggravante della commissione del reato da parte di persona che si trovi illegalmente sul territorio nazionale (dichiarata illegittima dalla Corte costituzionale con la sentenza 249/2010), che muoveva dalla premessa, di matrice contrattuale, secondo cui la disparità di trattamento tra cittadini e stranieri (privi di “contratto”) sarebbe ammissibile anche nell'ambito del diritto penale (art. 61, comma 1, n. 11-*bis*, c.p., introdotto dall'articolo 1, lett. f, del d. l. 92/2008, convertito nella legge 125/2008)³².

3. Lo schema del “contratto” e le norme sul soggiorno dello straniero.

Lo schema contrattuale è anche un'utile chiave di lettura delle norme vigenti relative al soggiorno dello straniero.

Un primo elemento attiene al regime giuridico dei *titoli di soggiorno*. Tali titoli sono infatti diversi per durata³³, per attività che possono essere svolte

³¹ Ad esempio, si è previsto che l'ingresso e il soggiorno per più di tre mesi è consentito, al di fuori dei limiti imposti dalle quote dell'annuale “decreto flussi” (art. 3, comma 4, TUI) agli stranieri “altamente qualificati” che siano in possesso di determinati titoli e che intendano svolgere attività lavorativa sotto la direzione o il coordinamento di una persona fisica o giuridica (art. 27-*quater*, comma 1, TUI).

³² La circostanza aggravante della commissione del reato da parte di persona che si trovi illegalmente sul territorio nazionale, che comportava l'aumento fino a un terzo della pena prevista per il reato base e l'inapplicabilità della sospensione all'esecuzione della pena (art. 656, comma 9, lettera a, c.p.p.). Anche in questo caso il legislatore muoveva dalla premessa, di matrice contrattualistica, della carenza di diritti costituzionali dello straniero e della conseguente non illegittimità della disparità di trattamento tra cittadino e straniero nel godimento di un diritto “inviolabile” come la libertà personale. La Corte costituzionale, tuttavia, muovendo dall'idea secondo la quale i diritti inviolabili sono propri anche dello straniero e che le disparità di trattamento per “condizioni personali e sociali” (art. 3, comma 2 Cost.) nel godimento di tali diritti devono essere assoggettate a uno scrutinio stretto di ragionevolezza, ha dichiarato la disposizione illegittima in quanto discriminatoria (Corte cost. sent. 249/2010).

³³ La durata del permesso di soggiorno è quella indicata nel visto d'ingresso. E' poi prevista una durata massima, che è di tre mesi per visite, affari e turismo; non più di un anno per la frequenza di un corso di studio o formazione (ferma restando la facoltà di rinnovo annuale nel caso di corsi pluriennali); in relazione alle esigenze documentate negli altri casi. La durata del permesso di soggiorno per motivi di lavoro non può superare i nove mesi per i contratti stagionali; un anno per il lavoro subordinato a tempo determinato; due anni per il lavoro autonomo, il lavoro subordinato a tempo indeterminato e i ricongiungimenti familiari (art. 5,

da parte dello straniero³⁴ e per la possibilità di conversione in altro titolo³⁵. Anche quando il motivo del rilascio del permesso di soggiorno è lo stesso, il regime giuridico può essere differenziato. Ad esempio, i titolari del permesso di soggiorno per i “lavoratori stranieri altamente qualificati” (carta blu Ue) “beneficiano di un trattamento uguale a quello riservato ai cittadini” (art. 27-*quater*, comma 15, TUI)³⁶ e godono quindi di un regime giuridico più favorevole di quello connesso all’ordinario permesso di soggiorno per lavoro subordinato; parimenti, condizioni diverse per il rilascio delle autorizzazioni al lavoro, dei visti di ingresso e dei permessi di soggiorno per lavoro subordinato sono previste per categorie speciali di lavoratori stranieri (art. 27 TUI).

In secondo luogo, lo schema contrattuale è utile per la lettura delle disposizioni sui *presupposti del rilascio del permesso di soggiorno*, rimodulati dalle novelle del 2002 e del 2009. Si pensi all’istituto del *contratto di soggiorno*, che è stipulato dallo straniero con un datore di lavoro entro otto giorni dall’ingresso in Italia e comporta l’assunzione di alcuni obblighi da parte del datore di lavoro (art. 5-*bis* TUI, inserito dall’art. 6, comma 1, l. 189/2002). Si pensi all’istituto dell’*accordo di integrazione*, che lo straniero richiedente un permesso di soggiorno deve stipulare entro il termine perentorio di otto giorni dall’ingresso. Tale accordo, articolato per crediti, comporta l’impegno a conseguire specifici obiettivi di integrazione (art. 4-*bis* TUI, inserito dall’art. 1, comma 25, l. 94/2009). Lo schema contrattuale è evidente: nel primo caso, il rilascio del permesso di soggiorno è subordinato all’assunzione di alcuni obblighi da parte del datore di lavoro³⁷; nel secondo caso è lo straniero

commi 3 e 3-*bis* e 3-*quater*, TUI).

³⁴ Di regola, il permesso di soggiorno consente solo lo svolgimento delle attività per le quali esso è rilasciato; tuttavia alcuni permessi (per motivi di lavoro subordinato, di lavoro autonomo e per motivi familiari) possono essere utilizzati anche per le altre attività consentite allo straniero, senza che sia necessaria la conversione o la modifica del titolo medesimo (art. 14, comma 1, d.p.r. 294/1999). Il titolare di Carta blu UE, limitatamente ai primi due anni di occupazione legale sul territorio nazionale, esercita esclusivamente attività lavorative conformi alle condizioni di ammissione e limitatamente a quelle per le quali è stata rilasciata la Carta blu Ue: i cambiamenti di datore di lavoro nel corso dei primi due anni sono soggetti all’autorizzazione preliminare da parte delle competenti direzioni territoriali del lavoro (art. 27-*quater*, comma 13, TUI). Dopo i primi due anni il titolare di Carta blu Ue può svolgere qualsiasi attività lavorativa.

³⁵ Ad esempio, secondo l’art. 6, comma 1, TUI, “il permesso di soggiorno rilasciato per motivi di studio e formazione può essere convertito, comunque prima della sua scadenza ... in permesso di soggiorno per motivi di lavoro nell’ambito delle quote stabilite a norma dell’articolo 3, comma 4, secondo le modalità previste dal regolamento di attuazione”.

³⁶ Unica eccezione a tale parificazione è che, per i primi due anni, i cambiamenti di datore di lavoro sono soggetti all’autorizzazione preliminare da parte delle competenti Direzioni territoriali del lavoro (art. 27-*quater*, comma 13, TUI).

³⁷ Con la stipulazione del contratto di soggiorno, il datore di lavoro presta garanzia che il lavoratore abbia la disponibilità di un alloggio conforme ai parametri minimi previsti dalla legge per gli alloggi di edilizia residenziale pubblica e si fa carico delle spese necessarie per

che assume l'impegno a maturare crediti di integrazione, e l'eventuale perdita integrale dei crediti si traduce nella revoca del permesso di soggiorno e nell'espulsione dal territorio nazionale³⁸. Si pensi, altresì, alla previsione del pagamento, oltre che delle spese per la procedura di rilascio o di rinnovo del permesso di soggiorno, anche di un ulteriore contributo, fissato da un decreto ministeriale che è stato annullato in sede di giurisdizione amministrativa (art. 5, comma 2-ter, TUI, inserito dall'art. 1, comma 22, lett. b, l. 94/2009)³⁹.

In terzo luogo, alcune norme prevedono la "sanzione" del provvedimento sfavorevole inerente al permesso di soggiorno come conseguenza della mancata osservanza da parte dello straniero degli "impegni" assunti con il "contratto"⁴⁰.

il rientro del lavoratore nel proprio paese (art. 5-bis TUI, aggiunto dall'art. 6, comma 1, l. 189/2002).

³⁸ Il testo unico collega le vicende del permesso di soggiorno a quelle dell'accordo di integrazione. Entro il mese successivo a quello di stipula dell'accordo, lo straniero partecipa gratuitamente alla sessione di formazione civica e di informazione sulla vita civile in Italia. La sessione ha una durata non inferiore a cinque e non superiore a dieci ore. La mancata partecipazione a tale sessione comporta la perdita di quindici dei sedici crediti iniziali (art. 2, comma 5; art. 3). Lo straniero può acquisire punti mediante la frequenza di corsi e giornate di formazione; di contro può subire una decurtazione per effetto di provvedimenti di condanna penale (anche non definitivi), dell'applicazione anche non definitiva di misure di sicurezza personale e dell'applicazione di sanzioni pecuniarie definitive di importo non inferiore ai 10mila euro (artt. 4 e 5). L'accordo ha una durata di due anni. Un mese prima della scadenza si procede alla verifica dello stesso. Lo straniero deve presentare allo sportello unico per l'immigrazione la documentazione necessaria al riconoscimento dei crediti e quella relativa all'adempimento dell'obbligo scolastico da parte dei figli, o la prova di essersi adoperato a tal fine (art. 6, comma 1). In assenza di idonea documentazione, lo straniero può comunque ottenere l'accertamento del livello di conoscenza della lingua attraverso il superamento di un test di italiano, cultura civica e vita civile organizzato dallo sportello unico per l'immigrazione. L'accordo è estinto nel caso di conseguimento dei trenta crediti previsti, sempre che sia attestata la conoscenza richiesta dell'italiano, della cultura civica e della vita civile. Se i crediti conseguiti sono superiori a zero e inferiori a trenta, l'accordo è prorogato di un anno (art. 6, comma 3). E' evidente, anche in questo caso, l'utilità dello schema contrattuale: lo straniero assume un impegno a perseguire un percorso di integrazione, attestato dalla maturazione di un numero minimo di crediti in due anni. Il percorso è scandito da incentivi (attività il cui svolgimento può comportare la maturazione di crediti) e di disincentivi (atti da cui può discendere la perdita di crediti); la perdita totale dei crediti comporta la revoca del permesso di soggiorno e l'espulsione dal territorio nazionale.

³⁹ Cfr. Tar Lazio sentenza n. 06095/2016, confermata da Consiglio di Stato, III sezione, sentenza del 26 ottobre 2016.

⁴⁰ Si pensi, in tema di lavoro stagionale, alla norma secondo la quale allo straniero che dimostri di essere giunto in Italia almeno due anni di seguito per lavoro stagionale può essere rilasciato un permesso pluriennale (fino a tre annualità), per la durata temporale di cui ha usufruito nell'ultimo dei due anni precedenti, ma nel caso in cui lo straniero violi le disposizioni del testo unico, "il permesso è revocato immediatamente" (art. 5, comma 3-ter, TUI, così modificato dall'art. 5, comma 1, lett. a, l. 189/2002). Si pensi, altresì, all'art. 9, comma 7, lett. a) e b), TUI, secondo il quale il permesso di soggiorno Ue per soggiornanti di lungo periodo è revoca-

E' tuttavia nella regolazione dei diritti dello straniero irregolarmente soggiornante che l'approccio "contrattuale" ha trovato il terreno più fertile. A tal proposito, si rende necessario distinguere il disegno originario del testo unico dalle modifiche successivamente apportate, secondo una logica contrattuale, dalle novelle della XIV e della XVI legislatura. Se infatti, secondo lo schema del "contratto", lo straniero regolarmente soggiornante è titolare dei diritti allo stesso riconosciuti dalla legge (in assenza di vincoli costituzionali che non siano il principio di ragionevolezza della legge), l'altra faccia di tale approccio è quella di ritenere costituzionalmente non illegittima la negazione di ogni diritto allo straniero che non abbia "stipulato" un "contratto" e la radicale disparità di trattamento con il cittadino. Una visione così radicale non è stata portata alle sue estreme conseguenze dalle novelle del 2002, del 2008 e del 2009, ma ne costituisce sicuramente la matrice giuridico-culturale.

Tra le norme successive all'entrata in vigore del testo unico viene in evidenza quella, sostanzialmente negativa del diritto fondamentale al matrimonio, che subordinava le pubblicazioni matrimoniali alla presentazione di «un documento attestante la regolarità del soggiorno nel territorio italiano» (art. 116 c.c., così come modificato dall'art. 1, comma 15, l. 94/2009, dichiarato illegittimo *in parte qua* da Corte cost., sent. 245/2011); la norma, limitativa del diritto fondamentale all'abitazione⁴¹, che ha introdotto sanzioni penali a

to se "è stato acquisito fraudolentemente" o in caso di espulsione. Parimenti secondo l'art. 18, comma 4, TUI, lo speciale permesso di soggiorno per motivi di protezione sociale, rilasciato dal questore per consentire allo straniero di sottrarsi alla violenza e ai condizionamenti di un'organizzazione criminale e di partecipare ad un programma di assistenza ed integrazione sociale, "è revocato in caso di interruzione del programma o di condotta incompatibile con le finalità dello stesso". Inoltre, secondo l'art. 18-bis, comma 4, TUI, il permesso di soggiorno per le vittime di violenza domestica "è revocato in caso di condotta incompatibile con le finalità dello stesso". Infine, secondo l'art. 22, comma 12-*quinquies*, il permesso di soggiorno rilasciato allo straniero vittima di particolare sfruttamento lavorativo "è revocato in caso di condotta incompatibile con le finalità dello stesso". Con riferimento al permesso di soggiorno per lavoro autonomo, tale permesso è revocato e lo straniero è espulso in caso di condanna per alcuni delitti previsti a tutela del diritto d'autore e dagli artt. 473 e 474 c.p. (art. 26, commi 7 e 7-bis TUI). Con riferimento al permesso di soggiorno Ce per soggiornanti di lungo periodo, è previsto che esso è revocato se è stato acquisito fraudolentemente e in caso di espulsione (art. 9, comma 7, lett. a) e b). Con riferimento ai lavoratori altamente qualificati, titolari di permesso di soggiorno denominato "Carta blu UE", è previsto il diniego di rilascio, di rinnovo o la revoca del permesso di soggiorno in caso di frode del "contraente" (se il permesso "è stato ottenuto in maniera fraudolenta o è stato falsificato o contraffatto"), o altresì nel caso in cui lo straniero non soddisfi o non soddisfi più le condizioni per l'ingresso, se nei primi due anni non ha esercitato attività coerenti con quanto autorizzato dal permesso o quando non abbia risorse sufficienti per mantenere sé stesso e i suoi familiari senza fare ricorso all'assistenza sociale nazionale (art. 27-*quater*, comma 12, TUI).

⁴¹ Sul carattere fondamentale del diritto all'abitazione v. Corte cost., sentt. 404/1988 e 61/2011 e art. 25 della dichiarazione universale dei diritti dell'uomo; sul punto v., altresì, A. CIERVO, *I diritti sociali degli stranieri: un difficile equilibrio tra principio di non discriminazio-*

carico di chi dà in alloggio o cede (anche in locazione) un immobile di cui abbia la disponibilità a uno straniero irregolarmente soggiornante, purché a titolo oneroso e in presenza di dolo specifico (art. 5, d. l. 92/2008, convertito nella l. 125/2008)⁴²; la norma, negativa del diritto fondamentale al nome, che subordina la formazione degli atti di stato civile alla presentazione del titolo di soggiorno⁴³. Negativa della stessa capacità giuridica dello straniero è poi la norma, tuttora in vigore, che subordina l'accesso ai servizi pubblici (come i servizi sociali, i servizi pubblici locali, il trasporto pubblico locale, l'erogazione di energia elettrica, gas, acqua) alla presentazione del titolo di soggiorno, con l'eccezione delle attività sportive e ricreative, delle prestazioni sanitarie e delle prestazioni scolastiche obbligatorie (art. 6, comma 2 TUI, così come modificato dall'art. 1, comma 22, lett. g, l. 94/2009). Il progetto di negazione dei diritti fondamentali dello straniero irregolarmente soggiornante in origine era peraltro ancor più radicale. Il disegno di legge A.S. 733, che costituisce la matrice della l. 94/2009, subordinava alla regolarità del soggiorno l'accesso a tutti i servizi pubblici, anche, quindi, a quelli scolastici e sanitari (l'eccezione relativa a questi due servizi è stata introdotta nel corso del procedimento legislativo)⁴⁴; inoltre, lo stesso disegno di legge disponeva

ne e pari dignità sociale, in F. ANGELINI, M. BENVENUTI, A. SCHILLACI (a cura di), *Le nuove frontiere del diritto dell'immigrazione: integrazione, diritti, sicurezza*, Jovene, Napoli, 2011, 367 e P. BONETTI, *Il diritto all'abitazione*, in G. CAGGIANO (a cura di), *I percorsi giuridici per l'integrazione. Migranti e titolari di protezione internazionale tra diritto dell'Unione e ordinamento italiano*, Giappichelli, Torino, 2014, 547 ss.

⁴² Occorre evidenziare che in questo caso la disparità di trattamento, a svantaggio dello straniero irregolarmente soggiornante, investe l'abitazione non solo come diritto sociale ma anche come diritto di libertà negativa, protetto nel suo contenuto *erga omnes*, sia nei confronti dello Stato che nei confronti di ogni altro soggetto pubblico o privato. La norma *de qua*, quindi, appare lesiva del contenuto minimo del diritto in esame.

⁴³ Con riferimento alla formazione dell'atto di nascita, la norma *de qua* appare in conflitto con il valore costituzionale della protezione dell'infanzia e della gioventù (art. 31 Cost.), così come degli artt. 7 e 8 della Convenzione di New York sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza del 20 novembre 1989, che prevede la registrazione del fanciullo al momento della nascita, il diritto a un nome, a una cittadinanza, a preservare la propria identità (ivi compresa la propria nazionalità, il proprio nome e le proprie relazioni familiari). Un'antinomia è ravvisabile anche con riferimento all'art. 24, comma 2 del Patto internazionale sui diritti civili e politici, secondo il quale ogni fanciullo, dopo la nascita, deve essere registrato e deve avere un nome. Al fine di ovviare alle conseguenze di un'interpretazione letterale della disposizione, l'art. 3 della Circolare n. 19 del 7 agosto 2009, Ministero dell'Interno, Dipartimento per gli Affari Interni e Territoriali, ha previsto che «per lo svolgimento delle attività riguardanti le dichiarazioni di nascita e di riconoscimento di filiazione (registro di nascita – dello stato civile) non devono essere esibiti documenti inerenti al soggiorno trattandosi di dichiarazioni rese, anche a tutela del minore, nell'interesse pubblico della certezza delle situazioni di fatto».

⁴⁴ Cfr. Senato della Repubblica, XVI legislatura, Dossier di documentazione, Servizio studi, Dipartimento giustizia, Disposizioni in materia di sicurezza pubblica, disegno di legge A.S. n. 733-B, 77. La disposizione è stata poi emendata al Senato con l'inserimento dell'esenzione riferita alle prestazioni sanitarie, e dalla Camera dei deputati con l'approvazione dell'e-

l'abrogazione del divieto di segnalazione alle autorità per gli operatori sanitari di cui all'art. 35, comma 5, TUI (la disposizione soppressiva non è poi stata approvata dalla Camera dei deputati⁴⁵).

4. Diritti inviolabili o fondamentali e condizione giuridica dello straniero irregolarmente soggiornante.

Si è visto che secondo una lettura della Costituzione, condivisa dalla dottrina maggioritaria e dalla giurisprudenza costituzionale, lo straniero, anche se irregolarmente soggiornante, sarebbe titolare dei diritti "inviolabili" o "fondamentali" ex art. 2 Cost. Tali diritti sarebbero propri della persona in quanto tale, in virtù della semplice presenza sul territorio e non della regolarità del soggiorno. Questi diritti si cumulano con i diritti previsti dalle norme e dai trattati internazionali ratificati dall'Italia, che assurgono al rango di norma interposta ai sensi degli artt. 10, comma 2 Cost. e 117, comma 1 Cost.⁴⁶

senzione relativa alle prestazioni scolastiche obbligatorie. Sul punto v. anche G. BRUNELLI, *Minori immigrati, integrazione scolastica, divieto di discriminazione*, cit., 59.

⁴⁵ Cfr. Senato della Repubblica, XVI legislatura, Dossier di documentazione, Servizio studi, Dipartimento giustizia, Disposizioni in materia di sicurezza pubblica, disegno di legge A.S. n. 733-B, 107.

⁴⁶ Sull'utilità dello schema che riconosce i diritti allo straniero in base alla mera presenza sul territorio come chiave di lettura della legislazione e della giurisprudenza statunitense v. L. S. BOSNIAK, *Exclusion and membership: the dual identity of the undocumented worker under United States law*, in *Wisconsin Law Review*, 1988, 955 ss., in part. 983: "the law's protection and recognition of undocumented immigrants in certain contexts demonstrates that these immigrants have a legal identity distinct from that of alien, distinct, that is, from that defined by the nation's exclusionary project. This identity derives from their personhood and their territorial presence, and it demarcates a certain sphere of formally protected activity accorded to acknowledged community members. It is within this protected sphere that large numbers of undocumented workers have constructed lives that are often extensively integrated into the United States at both the economic and community levels" (enfasi aggiunta). V. anche ID., *Membership, equality, and the difference that alienage makes*, in *New York University Law Review*, 1994, 1055 ss.; M. SCAPERLANDA, *Polishing the tarnished golden door*, in *Wisconsin Law Review*, 1993, 982 ss., 991; D. ABRAHAM, *The Good of Banality? The Emergence of Cost-Benefit Analysis and Proportionality in the Treatment of Aliens in the US and Germany*, in *Citizenship Studies*, 2000, 241. Ad analoghe conclusioni giunge H. MOTOMURA, *Federalism, International Human Rights, and Immigration Exceptionalism*, in *U. Colo. L. Rev.*, 1999, 1392 ss., che è scettico sull'influenza che le convenzioni internazionali possono esercitare sulla garanzia dei diritti dello straniero, essendo le norme che li regolano "poorly suited to express fundamental concepts of American immigration and citizenship", e propone, invece, l'espansione della *judicial review* a tutela dei diritti dello straniero sul territorio. Sulla decisione della Corte Suprema degli Stati Uniti *Zadvidas versus Davis* (2001), e sul riconoscimento nella stessa del *substantial due process* "to all 'persons' within the United States, including aliens, whether their presence here is lawful, unlawful, temporary or permanent", v. J. W. CARLISLE, *What should we do with them: the Supreme Court answers the "very different question" of inadmissible aliens and 8 u.s.c.a. sec. 123 I*, in *Cumberland law review*, 2004, 565 ss.

Questa matrice giuridico-culturale - i diritti inviolabili o fondamentali da riconoscersi in base alla mera presenza sul territorio - è presente nel testo unico sull'immigrazione. La norma generale è quella di cui all'art. 2, comma 1, TUI, secondo la quale "allo straniero comunque presente alla frontiera o nel territorio dello Stato sono riconosciuti i diritti fondamentali della persona umana previsti dalle norme di diritto interno, dalle convenzioni internazionali in vigore e dai principi di diritto internazionale generalmente riconosciuti". Nel testo unico sono poi espressamente previsti e regolati i seguenti diritti fondamentali dello straniero irregolarmente soggiornante: il diritto alla protezione diplomatica e consolare nelle forme e nei limiti previsti dal diritto internazionale (art. 2, comma 7, TUI); il diritto di difesa (art. 2, comma 5, TUI); il diritto alla salute (art. 35, comma 3, TUI); il diritto all'istruzione (art. 38, TUI). Ulteriori norme prevedono la possibilità del rilascio di un permesso di soggiorno per motivi umanitari (art. 5, comma 6, TUI e art. 11, comma 1, lett. *c-ter*, d.P.R. 394/99) e pongono divieti di respingimento o di espulsione dello straniero presente sul territorio, a garanzia di suoi diritti costituzionali e/o umani (art. 19 TUI)⁴⁷. I diritti costituzionali inviolabili o fondamentali, così come i diritti umani previsti dalle convenzioni internazionali, sono inoltre il fondamento e il limite di validità delle norme europee e interne che regolano il diritto di asilo.

Significative ambiguità emergono, tuttavia, con riferimento al *quantum* di protezione riconosciuta. In questo ambito viene in rilievo il potenziale conflitto tra la retorica del riconoscimento e della garanzia dei diritti fondamentali dell'uomo, lo schema contrattuale e la sovranità nazionale sui confini e sul territorio. Se infatti taluni autori ritengono che la semplice presenza continuativa in un Paese determini l'associazione *de facto* alla comunità politica, da cui discenderebbe la piena titolarità dei diritti fondamentali previsti dalle norme *costituzionali* ed *internazionali*, al contrario altri autori, muovendo dalla premessa dell'estraneità dello straniero irregolarmente soggiornante al contratto sociale, concludono che esisterebbe la necessità di riconoscergli solo uno *standard minimo* di protezione, con una conseguente

⁴⁷ In particolare, secondo il testo unico "in nessun caso può disporsi l'espulsione o il respingimento verso uno Stato in cui lo straniero possa essere oggetto di persecuzione per motivi di razza, di sesso, di lingua, di cittadinanza, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali o sociali, ovvero possa rischiare di essere rinvio verso un altro Stato nel quale non sia protetto dalla persecuzione"; parimenti è sancito il divieto di espulsione del minorenne, salvo il suo diritto a seguire il genitore o l'affidatario espulsi (art. 19, comma 2, lett. a, TUI); inoltre, è fatto divieto di espulsione delle donne in stato di gravidanza o nei sei mesi successivi alla nascita del figlio (art. 19, comma 2, lett. d, TUI). Infine, secondo l'art. 19, comma 2-*bis*, TUI, "il respingimento o l'esecuzione dell'espulsione di persone affette da disabilità, degli anziani, dei minori, dei componenti di famiglie monoparentali con figli minori nonché dei minori, ovvero delle vittime di gravi violenze psicologiche, fisiche o sessuali sono effettuate con modalità compatibili con le singole situazioni personali, debitamente accertate".

riduzione dei contenuti e delle garanzie dei diritti costituzionali a quelli, di regola più poveri, assicurati dalle norme internazionali. Si afferma, inoltre, che lo Stato non ha potuto esercitare il proprio potere sovrano di decisione sull'ammissione dello straniero irregolarmente soggiornante; di conseguenza, esso godrebbe di un potere di differenziare lo straniero dal cittadino assai più forte quando lo straniero è irregolarmente soggiornante⁴⁸. Nel conflitto tra il potere sovrano di controllo delle frontiere ed i diritti dello straniero irregolarmente soggiornante, la scelta del legislatore italiano sembra essere stata - in prevalenza - quella della declinazione di tali diritti entro il limite del loro contenuto minimo, in condizioni, quindi, di disuguaglianza non solo con il cittadino, ma anche con lo straniero regolarmente soggiornante.

Viene in primo luogo in evidenza il rapporto tra i diritti costituzionali e le norme che regolano le procedure di espulsione. Queste norme sono applicabili, per definizione, solo allo straniero (irregolarmente soggiornante) e non anche al cittadino. La disparità di trattamento è quindi *in re ipsa*. Cionondimeno, la legge nel regolare queste procedure dovrebbe assicurare la piena effettività del diritto di libertà personale e del diritto di difesa, che sono invece declinati in chiave riduttiva.

Si pensi all'istituto dell'esecuzione dell'espulsione mediante accompagnamento coattivo alla frontiera (artt. 13 TUI) e, altresì, al trattenimento nei centri di identificazione e di espulsione (art. 14 TUI), le cui norme sono di dubbia compatibilità con le garanzie della libertà personale di cui all'art. 13 Cost. L'esecuzione dell'espulsione può aver luogo attraverso la "partenza volontaria", che implica la fissazione da parte del prefetto di un termine per la partenza (da sette a trenta giorni), su istanza dell'interessato (art. 14, comma 5.1, TUI), oppure mediante l'accompagnamento alla frontiera da parte della forza pubblica, deciso dal questore con proprio decreto⁴⁹.

⁴⁸ Con riferimento al primo approccio v., *ex plurimis*, M. SELBY, *Human Rights and Undocumented Immigrant Workers in Japan*, in *Stanford Journal of International Law*, 1989, 325 ss.; Z. LAYTON-HENRY, *Citizenship or Denizenship for Migrant Workers?*, in ID. (a cura di), *The Political Rights of Migrant Workers in Western Europe*, Sage, Londra, 1990, 189; A. BLUS, *Beyond the Walls of Paper. Undocumented Migrants, the Border and Human Rights*, in *European Journal of Migration and Law*, 2013, 419. Con riferimento al secondo approccio vedi, invece, D. A. MARTIN, *Due process and membership in the national community: political asylum and beyond*, cit., 231; P. H. SCHUCK, R. M. SMITH, *Citizenship Without Consent*, Yale University Press, New Haven, 1985, 131 ss.

⁴⁹ Il d. l. 89/2011 ha recepito la direttiva rimpatri (direttiva 2008/115/Ce), tradendo, però, il *favor* per la partenza volontaria in essa contenuto; di conseguenza, nella prassi applicativa la regola generale è l'accompagnamento coattivo (che è obbligatorio nei casi di espulsione ministeriale e di espulsione giudiziale). L'accompagnamento coattivo alla frontiera è disposto dal questore con proprio decreto: 1) nei casi di espulsione ministeriale (ai sensi degli artt. 13, c. 1, TUI e 3, c. 1, l. 155/2005) o di espulsione dello straniero socialmente pericoloso; 2) in presenza di un rischio di fuga, secondo quanto previsto dall'art. 13, c. 4-bis, TUI; 3) quando la domanda di permesso di soggiorno è stata respinta in quanto manifestamente infondata o

Secondo l'art. 13 Cost. la decisione sulla limitazione della libertà personale deve essere assunta, come regola generale, dall'autorità giudiziaria (art. 13, comma 2 Cost.). Solo in casi eccezionali di necessità e di urgenza, tassativamente disciplinati dalla legge, è consentito all'autorità di pubblica sicurezza di assumere provvedimenti provvisori da comunicare entro quarantotto ore all'autorità giudiziaria, la quale procede all'eventuale convalida nelle successive quarantotto ore (art. 13, comma 3, Cost.). Tale rapporto tra regola ed eccezione, che implica un *favor* per l'attività giurisdizionale rispetto a quella amministrativa, non viene rispettato dalle norme legislative sull'esecuzione dell'espulsione⁵⁰. Nel disegno originario del testo unico, il decreto questorile di accompagnamento alla frontiera non era soggetto ad alcuna convalida giurisdizionale. Avendo la Corte costituzionale lasciato intendere l'illegittimità costituzionale di tale regime giuridico (nella motivazione della sentenza Corte cost. 105/2001), il Governo con decreto-legge ha modificato questa disciplina prevedendo l'obbligo di comunicare il provvedimento al tribunale in composizione monocratica immediatamente e comunque entro quarantotto ore, con eventuale convalida nelle successive quarantotto ore (art. 13, comma 5-*bis*, TUI, introdotto dall'art. 2, d.l. 51/2002, convertito con modificazioni nella legge 106/2002 e poi modificato dal d.l. 241/2004, che ha attribuito la competenza al giudice di pace). In tal modo il legislatore si è conformato alle garanzie di cui all'art. 13, comma 3 Cost., eludendo però il rispetto dell'art. 13, comma 2 Cost.

Analoghe considerazioni possono essere formulate con riferimento al trattenimento dello straniero nei centri di identificazione e di espulsione. La decisione è assunta *in ogni caso* dal questore (art. 14 TUI) ed è oggetto di con-

fraudolenta; 4) se lo straniero, senza giustificato motivo, non ha osservato il termine concesso per la partenza volontaria in base all'art. 13, c. 5, TUI; 5) qualora lo straniero abbia violato una delle misure disposte dal questore in correlazione alla concessione del termine per la partenza volontaria o in alternativa al trattenimento nei CIE (*ex art. 13, c. 5.2 o ex art. 14, c. 1-bis, TUI*); 6) in tutte le ipotesi di espulsione giudiziaria (artt. 15 e 16 TUI e quando l'espulsione costituisce una sanzione penale o una conseguenza di una sanzione penale); 7) nel caso in cui lo straniero non abbia chiesto il termine per la partenza volontaria (art. 13, c. 5.1, TUI). Il rischio di fuga di cui al punto 2) è stato disciplinato in termini così ampi da determinare la sussunzione nella fattispecie astratta dell'allontanamento alla frontiera di quasi tutte le fattispecie concrete di allontanamento dello straniero. Secondo il testo unico, il "pericolo di fuga" è riscontrabile: a) se lo straniero non possiede il passaporto o altro documento equipollente, in corso di validità; b) se non vi è idonea documentazione che dimostri la disponibilità di un alloggio da parte dello straniero, nel quale questi possa essere rintracciato; c) se lo straniero ha in precedenza dichiarato o attestato false generalità; d) se lo straniero ha violato il divieto di reingresso; e) se lo straniero non ha rispettato gli obblighi imposti dal questore in correlazione alla concessione di un termine per la partenza volontaria o in luogo del trattenimento in un CIE (art. 13, c. 4-*bis*, TUI).

⁵⁰ Sull'interpretazione dei commi 2 e 3 dell'art. 13 Cost. nel senso di una preferenza per l'attività giurisdizionale, cfr. V. ANGIOLINI, *Riserva di giurisdizione e libertà costituzionali*, Cedam, Padova, 1992, 73 ss.

valida da parte dell'autorità giudiziaria nel rispetto dei termini di cui all'art. 13, comma 3, Cost.⁵¹ Inoltre, la regolazione dei casi e modi del trattenimento dello straniero nei Cie non è affidata solo alla legge e agli atti aventi forza di legge, come impone la riserva di legge assoluta di cui all'art. 13 Cost., ma è rimessa quasi esclusivamente a fonti secondarie del diritto e lascia eccessivi margini di discrezionalità all'autorità amministrativa⁵².

⁵¹ Nel senso dell'illegittimità di tali norme v. P. BONETTI, *Ingresso, soggiorno e allontanamento*, cit., 601.

⁵² In primo luogo, l'art. 13, commi 2 e 3 Cost. prevede che sia la legge a determinare i casi in cui può aver luogo la limitazione della libertà personale. E' possibile che la legge lasci all'autorità competente dei margini di discrezionalità, che hanno la funzione di consentire l'adattamento della misura alla persona, in modo che la restrizione della libertà personale sia decisa solo se inevitabile (Corte cost. sentt. 126/72, 64/77, sul punto v. anche A. CERRI, *Libertà personale (dir. cost.)*, in *Enc. Giur.*, XXI, 1991, 11); i presupposti del provvedimento, però, devono essere delineati in modo esauriente e tassativo. La regolazione del trattenimento dello straniero non appare coerente con queste premesse, in quanto i suoi presupposti sono eccessivamente ampi e ravvisabili in quasi tutti i procedimenti di allontanamento. In carenza di presupposti tassativamente definiti, è l'autorità amministrativa a scegliere quali stranieri devono essere trattenuti, e ciò avviene in osservanza di criteri non legalmente determinati, che sono essenzialmente due: a) la pericolosità del soggetto trattenuto (desumibile dal fatto che è in corso un'espulsione giudiziale, o dall'esistenza di precedenti penali, o dal fatto che in corso un procedimento penale); b) la ragionevole probabilità dell'esecuzione del provvedimento di rimpatrio, che dipende soprattutto dalla nazionalità dello straniero. I criteri così definiti sono elementi di *soft law* e quindi, proprio perché informali, sono suscettibili di non essere sempre rispettati, né se ne potrà invocare la violazione innanzi a un giudice. A ciò deve essere aggiunto il fatto che il numero di posti disponibili nei centri per il trattenimento è estremamente ridotto, per cui in molti casi il trattenimento deciso dal questore non può avere luogo per carenza di un posto disponibile (sul punto v. AA. Vv., *Documento programmatico sui centri di identificazione e di espulsione – Ministero dell'interno*, Roma, 2013, in http://www.a.sgi.it/public/parser_download/save/1_013_doc_cie_documenti.pdf, 14). È quindi non l'applicazione delle norme di legge, ma «la casualità a determinare i trattenimenti nonché i conseguenti accompagnamenti alla frontiera» (in questo senso si veda il *Rapporto De Mistura*, in <http://www1.interno.gov.it>, 5). In secondo luogo, secondo l'art. 13 Cost., non solo i casi, ma anche i modi della limitazione della libertà personale devono essere previsti dalla legge. Mentre il regime penitenziario è regolato dalla legge, cui si saldano un regolamento di esecuzione (regolamento penitenziario d. p. r. 230/2000) e i regolamenti d'istituto, di contro le norme sul trattenimento sono quasi esclusivamente regolamentari. Il testo unico prevede solo che «lo straniero è trattenuto nel centro con modalità tali da assicurare la necessaria assistenza e il pieno rispetto della sua dignità» e che «è assicurata in ogni caso la libertà di corrispondenza anche telefonica con l'esterno». Tutte le altre norme sono di rango secondario: si tratta del d. p. r. 394/1999, regolamento governativo che conferisce ai prefetti il potere di allestire e gestire i centri «anche mediante la stipula di apposite convenzioni con l'ente locale o con soggetti pubblici o privati che possono avvalersi dell'attività di altri enti, di associazioni del volontariato e di cooperative di solidarietà sociale» (art. 22, comma 2, d. p. r. 394/1999); del decreto del Ministro dell'interno del 21 novembre 2008, recante le linee guida per la predisposizione dei capitolati delle gare d'appalto, attraverso i quali sono individuati i servizi che devono essere assicurati da parte del soggetto aggiudicatario. Infine, l'ingresso nei centri è stato disciplinato mediante circolari: la «circolare Maroni» (Circolare del Ministero dell'interno, 1 aprile 2011,

Analogo approccio riduttivo, con riferimento alla garanzia del diritto di difesa, si evince dalla lettura delle norme procedurali sull'allontanamento, che tradisce l'aspirazione a soddisfare l'interesse a una sollecita definizione dei giudizi relativi ai provvedimenti di espulsione, che è collegato «all'interesse generale a un razionale ed efficiente controllo dell'immigrazione da Paesi extracomunitari» (Corte Cost. sent. 161/2000), in alcune ipotesi anche con pregiudizio delle garanzie della difesa. Sovente, nel conflitto tra *lex* e *iura*, Corte costituzionale e Corte di Cassazione hanno proposto interpretazioni adeguatrici delle disposizioni di legge vigenti; tali interpretazioni, però, non sono sempre recepite in modo uniforme dai giudici di pace.

Si pensi al regime di convalida del decreto questorile di esecuzione dell'espulsione. Si è visto che il testo unico nella sua formulazione originaria non prevedeva che il decreto di espulsione fosse immediatamente esecutivo. In seguito a una modifica del 2002, è ora prevista l'immediata esecutività del decreto di espulsione, con la conseguenza che il giudizio di convalida del decreto di esecuzione dell'espulsione potrebbe aver luogo dopo che, in seguito all'avvenuto accompagnamento alla frontiera da parte della forza pubblica, lo straniero non si trovi più sul territorio nazionale (art. 13, comma 3, TUI dalla legge 189/2002). Sul punto la Corte costituzionale ha affermato, con una sentenza additiva, che il giudizio di convalida del decreto di accompagnamento alla frontiera deve svolgersi, nel rispetto del principio del contraddittorio e con le garanzie del diritto di difesa, prima dell'esecuzione dello stesso (Corte cost. sent. 222/2004). Criticità ulteriori sono ravvisabili, sempre con riferimento alla garanzia del diritto di difesa, nella devoluzione al giudice di pace – un giudice non togato – della competenza in ordine ai giudizi di opposizione al decreto di espulsione, di convalida del decreto di accompagnamento alla frontiera, di convalida del decreto di trattenimento nel Cie⁵³; nella mancata

n. 1305), che ha vietato l'ingresso nei Cie (e nei Cara) ai mezzi di informazione, alle organizzazioni indipendenti (tranne alcune menzionate nella stessa circolare) e a esponenti della società civile; la circolare Cancellieri (Direttiva n. 11050/110 del 13 dicembre 2011, Ministro dell'interno), che ha vincolato l'ingresso di giornalisti ed esponenti di associazioni alla previa autorizzazione del prefetto, rilasciata dopo la comunicazione dell'istanza al dipartimento per le libertà civili e l'immigrazione. Come è noto, sia in vigenza di una riserva di legge assoluta che di una riserva di legge relativa, la legge deve regolare l'oggetto della sua competenza e non può rimettere la disciplina del proprio oggetto esclusivamente a fonti secondarie (sul punto, *ex plurimis*, cfr. V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale. Le fonti normative*, Cedam, Padova, 1993, 62 ss).

⁵³ Il giudice di pace è competente a giudicare nei giudizi su tutti i provvedimenti adottati nel procedimento di espulsione: il giudizio di opposizione al decreto di espulsione, il giudizio di convalida del decreto questorile di accompagnamento alla frontiera, il giudizio di convalida del decreto questorile di trattenimento in un Cie e la decisione in ordine alla proroga di trattenimento. Come è noto, il giudice di pace non è un giudice togato, è un giudice nato per conciliare posizioni distanti nella società che non gode delle stesse garanzie di autonomia e indipendenza proprie del giudice togato. In senso critico sulle competenze del

previsione legislativa del potere del giudice di sospendere l'efficacia del decreto di espulsione⁵⁴; nella mancata previsione legislativa di un'udienza per le proroghe del trattenimento dello straniero nei Cie⁵⁵.

L'analisi delle norme vigenti che regolano le procedure di allontanamento rivela quindi una visione, se non propriamente negativa, quanto meno riduttiva di alcuni diritti costituzionali, quasi che le norme costituzionali sui diritti non recassero garanzie e limiti all'azione dei pubblici poteri, ma principi generali da rispettare nella misura di quanto è possibile e nel quadro del

giudice di pace v. P. MOROZZO DELLA ROCCA, P. COGNINI, *Immigrazione: profili normativi e orientamenti giurisprudenziali*, Utet, Torino, 2005, 35; I. GJERGJI, *Il trattenimento dello straniero in attesa di espulsione: una «terra di nessuno» tra ordine giuridico e fatto politico*, in *Costituzionalismo.it*, 3/2006, 26; E. ZAMBELLI, *Lo straniero di fronte all'esecuzione del provvedimento amministrativo di espulsione: principi costituzionali e discutibili scelte legislative*, in *Le istituzioni del federalismo*, 2006, 169; G. SAVIO, *Respingimento, espulsione, trattenimento e accompagnamento alla frontiera (i presupposti e le procedure), la revoca ed il reingresso, la segnalazione Shengen*, in P. MOROZZO DELLA ROCCA (a cura di), *Immigrazione e cittadinanza. Profili normativi e orientamenti giurisprudenziali*, Utet, Torino, 2008, 151; L. MASERA, «Terra bruciata» attorno al clandestino, in O. MAZZA, F. VIGANÒ, *Il «pacchetto sicurezza» 2009*, Giappichelli, Torino, 2009, 81; F. VASSALLO PALEOLOGO, *Il Respungimento differito disposto dal questore e le garanzie costituzionali*, cit., 17, R. CROCE, *L'espulsione amministrativa dello straniero*, in F. ANGELINI, M. BENVENUTI, A. SCHILLACI (a cura di), *Le nuove frontiere del diritto dell'immigrazione: integrazione, diritti, sicurezza*, cit., 216; ci si consenta altresì di rinviare a R. CHERCHI, *Lo straniero e la Costituzione. Ingresso soggiorno e allontanamento*, Jovene, Napoli, 2012, 185.

⁵⁴ La legge non prevede il potere giudiziale di sospendere l'efficacia del decreto di espulsione. Nel silenzio della legge la Corte costituzionale, con una sentenza interpretativa di rigetto, ha sostenuto che il giudice può sospendere l'efficacia del decreto in base alle norme già esistenti nell'ordinamento giuridico in presenza dei presupposti del *fumus boni iuris* e del *periculum in mora* (Corte cost. sent. 161/2000). In mancanza di una norma espressa, tuttavia, accade che solo alcuni giudici sospendano in via cautelare l'efficacia del decreto.

⁵⁵ Per ciò che concerne il trattenimento dello straniero nei Centri di identificazione di espulsione, il testo unico prevede che la convalida del decreto questorile di trattenimento da parte del giudice di pace, nel rispetto dei termini di cui all'art. 13, comma 3 Cost., è assunta con udienza in Camera di consiglio, con le garanzie del contraddittorio. Lo straniero ha diritto a essere rappresentato da un difensore di fiducia, è ammesso al gratuito patrocinio e, se è privo di un difensore di fiducia, è difeso da un avvocato d'ufficio. Se è necessario, è assistito da un interprete (art. 14, c. 4, TUI). La convalida del decreto comporta il trattenimento dello straniero per un periodo di trenta giorni. Il testo unico non prevede la celebrazione dell'udienza per le eventuali proroghe (fino a un massimo di novanta giorni di trattenimento). Nel silenzio del legislatore, la Corte di Cassazione ha affermato che l'udienza deve essere celebrata anche con riferimento alle domande questorili di proroga (Cfr. Cass. civ., sez. I, 24 febbraio 2010, n. 4544; da ultimo si veda Corte di Cassazione, Ordinanza n. 15279 del 21 luglio 2015), ma la carenza di una regola formale fa sì che solo alcuni giudici celebrino tali udienze. In alcuni casi il giudice di pace avvisa e ascolta il difensore, senza però disporre l'audizione dell'interessato (su questa prassi v. G. SAVIO, *Prassi e giurisprudenza in materia di immigrazione*, Torino, in "giustizia.piemonte.it", 11). Da ultimo, la Corte di Cassazione ha ribadito che sono violate le garanzie difensive anche in quest'ultimo caso, ossia se non viene garantita la partecipazione dell'interessato (cfr. Cass. civ., sez. VI, ord. 26 febbraio – 18 giugno 2013, n. 15223).

bilanciamento con il dominante interesse pubblico all'esecuzione del respingimento o dell'espulsione.

Analoghe considerazioni possono essere formulate con riferimento al diritto alla salute. Allo straniero regolarmente soggiornante è riconosciuto, a seconda del titolo di soggiorno, il diritto/dovere di iscriversi al servizio sanitario nazionale con "parità di trattamento e piena uguaglianza di diritti e doveri rispetto ai cittadini italiani", o il diritto/dovere di stipulare una polizza assicurativa⁵⁶. A vantaggio dello straniero irregolarmente soggiornante, invece, è previsto il diritto al godimento delle cure ambulatoriali ed ospedaliere *urgenti o comunque essenziali*, ancorché continuative, per malattia ed infortunio, fermo restando il divieto di qualunque segnalazione all'autorità da parte delle strutture sanitarie (art. 35, comma 3, TUI).

Se si muove dalla prospettiva che ammette che il contratto sociale possa perfezionarsi anche per fatti concludenti, cui si collega una lettura espansiva della protezione dei diritti fondamentali e del principio di uguaglianza, sarebbe necessario tener conto della costruzione di legami con il territorio che vengono in essere, a prescindere dalla regolarità del soggiorno, come conseguenza di un soggiorno prolungato. E' in virtù di questo rapporto che lo straniero, ancorché irregolarmente soggiornante, contribuisce, se lavora, al progresso materiale e spirituale della società, non di rado in condizioni di particolare sfruttamento. Se invece si muove dall'idea secondo cui l'unico contratto sociale ipotizzabile tra lo Stato e lo straniero è quello legale, allo straniero debbono essere riconosciuti solo "standard minimi" di protezione dei diritti costituzionali o internazionali. La giurisprudenza della Corte

⁵⁶ Il diritto/obbligo di iscrizione al servizio sanitario nazionale, la parità di trattamento e la piena uguaglianza di diritti e doveri rispetto ai cittadini italiani per quanto attiene all'obbligo contributivo, all'assistenza erogata in Italia e alla sua validità temporale è previsto con riferimento a: a) gli stranieri regolarmente soggiornanti che abbiano in corso regolari attività di lavoro subordinato o di lavoro autonomo o siano iscritti nelle liste di collocamento; b) gli stranieri regolarmente soggiornanti o che abbiano chiesto il rinnovo del titolo di soggiorno, per lavoro subordinato, per lavoro autonomo, per motivi familiari, per asilo politico, per asilo umanitario, per richiesta di asilo, per attesa adozione, per affidamento, per acquisto della cittadinanza. Lo straniero regolarmente soggiornante, non rientrante tra le categorie indicate nei commi 1 e 2; è tenuto ad assicurarsi contro il rischio di malattie, infortunio e maternità mediante stipula di apposita polizza assicurativa con un istituto assicurativo italiano o straniero, valida sul territorio nazionale, ovvero mediante iscrizione al servizio sanitario nazionale valida anche per i familiari a carico. Per l'iscrizione al servizio sanitario nazionale deve essere corrisposto a titolo di partecipazione alle spese un contributo annuale, di importo percentuale pari a quello previsto per i cittadini italiani, sul reddito complessivo conseguito nell'anno precedente in Italia e all'estero. L'ammontare del contributo è determinato con decreto del Ministro della sanità, di concerto con il Ministro del tesoro, del bilancio e della programmazione economica e non può essere inferiore al contributo minimo previsto dalle norme vigenti. L'iscrizione volontaria al servizio sanitario nazionale può essere altresì richiesta dagli stranieri soggiornanti in Italia per motivi di studio e dagli stranieri regolarmente soggiornanti collocati alla pari (art. 34, comma 4, TUI).

costituzionale ammette la non illegittimità delle norme che limitano il godimento del diritto alla salute entro il contenuto minimo (*ex plurimis*, Corte cost. sent. 252/2001), ma afferma anche che le norme relative a quanto eccede tale nucleo possono introdurre regimi differenziati in ragione delle diverse categorie dei beneficiari solo nel rispetto del canone di ragionevolezza (*ex plurimis*, Corte cost. sent. 232/2005). Le ragioni giustificative della disparità di trattamento possono essere individuate nella limitatezza delle risorse pubbliche disponibili, alla cui costituzione lo straniero irregolarmente soggiornante concorre solo attraverso il pagamento delle imposte indirette, e l'esigenza di impedire il fenomeno del "turismo sanitario". Se questi sono i motivi giustificativi, la norma escludente è comunque da ritenersi illegittima nella parte in cui non prevede la possibilità per lo straniero irregolarmente soggiornante di iscriversi al servizio sanitario nazionale, pagando una tariffa determinata dal Ministero della salute, attraverso una procedura che ne garantisca l'anonimato: facoltà, questa, che è riconosciuta agli stranieri regolarmente soggiornanti per motivi di studio o collocati alla pari (art. 34, comma 4, TUI). Tale norma bilancerebbe l'interesse all'equilibrio della finanza pubblica con l'interesse ascrivibile al diritto alla salute, ed eviterebbe inoltre che la domanda di prestazioni sanitarie da parte di stranieri irregolarmente soggiornanti ricada esclusivamente sul pronto soccorso. L'ipotesi di un cofinanziamento delle spese pubbliche da parte dello straniero irregolarmente soggiornante non è del resto nuova: da molti anni, negli Stati Uniti, l'*internal revenue service* ha predisposto una procedura per il pagamento dell'*income tax* da parte degli stranieri irregolarmente soggiornanti⁵⁷.

Nessuna limitazione formale è prevista per ciò che concerne il diritto di difesa, riconosciuto allo straniero a prescindere dalla regolarità del soggiorno (art. 2, comma 5, TUI), anche se come si è visto esso è declinato in modo riduttivo dalle norme che regolano le procedure di espulsione. Nella prassi accade che il diritto, che può dirsi effettivo nei giudizi penali e in quelli relativi alla protezione internazionale o all'espulsione, divenga sostanzialmente ineffettivo innanzi ad altre controversie – pensiamo a quelle che possono venire in essere a causa del lavoro irregolare – in quanto il timore di essere segnalati ed espulsi è tale da scoraggiarne l'esercizio⁵⁸.

⁵⁷ Si vedano le relative istruzioni in <https://www.irs.gov/individuals/international-taxpayers/pay-for-personal-services-performed>

⁵⁸ È questa una paura fondata, se si considera che il soggiorno irregolare costituisce reato. Il fatto è punito solo con una sanzione pecuniaria, ma la sua previsione come reato comporta l'insorgere di un obbligo di segnalazione, in capo al pubblico ufficiale o all'incaricato di pubblico servizio che venga a conoscenza della condizione di irregolarità nell'esercizio delle sue funzioni (ex artt. 361 e 362 c. p.), essendo la denuncia alle autorità non ammessa solo da parte degli operatori sanitari (art. 35, comma 5, TUI). La previsione di tale reato comporta, quindi, l'ingenerarsi di uno stato di timore nell'esercizio di alcuni diritti riconosciuti come propri anche dello straniero irregolarmente soggiornante (non solo il diritto di difesa, ma anche, ad

Infine, come si è visto scorrendo dell'approccio "contrattuale", alcune norme entrate in vigore con le novelle al testo unico della XVI legislatura hanno negato allo straniero irregolarmente soggiornante la titolarità di alcuni diritti non espressamente definiti dalla Costituzione come inviolabili o fondamentali, ma il cui carattere fondamentale si desume dalla giurisprudenza costituzionale e dalle carte internazionali dei diritti. Facciamo riferimento alle norme relative al diritto al matrimonio (la norma è stata dichiarata costituzionalmente illegittima da Corte cost. sent. 245/2011); al diritto all'abitazione; al diritto al nome; al diritto al riconoscimento della capacità giuridica nei rapporti con la pubblica amministrazione, con l'eccezione delle attività sportive e ricreative, delle prestazioni sanitarie e delle prestazioni scolastiche obbligatorie (v. *supra*, par. 3).

Fa eccezione a questo approccio negativo o riduttivo il riconoscimento del diritto all'istruzione dei minori stranieri irregolarmente soggiornanti, in condizioni di parità con il cittadino⁵⁹. Si è scelto di non limitare l'accesso alla

esempio, il diritto all'istruzione), timore che è incompatibile con l'idea secondo la quale tali diritti sarebbero diritti costituzionali fondamentali propri dell'uomo in quanto tale, mentre è coerente con l'approccio contrattuale secondo il quale l'*an* e il *quantum* di un diritto riconosciuto allo straniero irregolarmente soggiornante dipende esclusivamente dalla disposizione legislativa, la cui libertà nei fini incontrerebbe l'unico limite del divieto di recare norme manifestamente irragionevoli. Un precedente è in questo senso significativo: due stranieri genitori, irregolarmente soggiornanti, hanno agito in giudizio ai sensi dell'art. 31, co. 3, TUI, innanzi al Tribunale per i minorenni di Bari, chiedendo, nell'interesse del figlio minore, il rilascio di uno specifico permesso di soggiorno per il soggiorno in Italia. Il Tribunale per i minorenni ha in seguito comunicato alla Procura della Repubblica la *notitia criminis* dell'irregolarità del soggiorno, appresa nell'esercizio delle proprie funzioni. Nel giudizio di primo grado per questo reato, il giudice di pace ha ritenuto che si fosse perfezionato il reato di cui all'art. 10-*bis* TUI; il tribunale di Bari, in sede di appello, ha invece escluso la responsabilità dei genitori in quanto la condotta sarebbe stata posta in essere nell'adempimento del dovere giuridico di accudire il figlio. Sulla vicenda v. D. BELLUCCIO, *Se la legge inibisce l'esercizio dei diritti fondamentali. Ancora sull'art. 10 bis TU n. 286/98 ed i suoi effetti*, in *Dir. Imm. Citt.*, voll. 3-4, 2014, 124 ss.

⁵⁹ Il diritto all'istruzione è previsto dalla Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo (art. 26), dal Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali (art. 13), dalla Convenzione internazionale sull'eliminazione di tutte le forme di discriminazione razziale (art. 5, lett. e, lett. v), dalla Convenzione sui diritti del fanciullo (art. 28), dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (art. 14). E' inoltre previsto, *last but not least*, dall'art. 2 del Protocollo n. 1 CEDU, primo periodo, che fa divieto di privare chiunque del diritto all'istruzione, senza eccezione alcuna (per la giurisprudenza che esclude l'ammissibilità di una lettura riduttiva del diritto v. Leyla Sahin c. Turchia, sentenza del 10.11.2005, Grande Camera, ric. n. 44774/98, par. 137). Sul diritto all'istruzione come diritto costituzionale fondamentale e come diritto umano nell'ordinamento internazionale v. B. PEZZINI, *Una questione che interroga l'eguaglianza: i diritti sociali del non-cittadino*, cit., 32. Sul diritto sociale fondamentale all'istruzione vedi V. ONIDA, *Eguaglianza e diritti sociali*, in AA. Vv., *Corte costituzionale e principio di eguaglianza. Atti del Convegno in ricordo di Livio Paladini*. Padova 2.4.2001, Cedam, Padova, 2002, 108; G. BRUNELLI, *Minori immigrati, integrazione scolastica, divieto di discriminazione*, cit., 60.

scuola al contenuto minimo del diritto (i primi otto anni degli studi, secondo l'art. 34 Cost.⁶⁰), e di statuire la piena uguaglianza tra cittadino e straniero non solo nella titolarità, ma anche nel godimento del diritto. In questa norma l'idea secondo cui da un contratto sociale "di fatto" tra lo Stato e lo straniero irregolarmente soggiornante discende la piena titolarità dei diritti fondamentali sembra essere stata prevalente rispetto a quella, sostanzialmente escludente, che riconnette la piena titolarità dei diritti, in condizioni di uguaglianza con il cittadino, ai soli stranieri regolarmente soggiornanti. La ragione di questo mutamento di prospettiva è che il diritto all'istruzione è un diritto fondamentale funzionale all'inclusione sociale, e quindi deve esserne assicurato il godimento pieno, in condizioni di uguaglianza con il cittadino, a prescindere dalla regolarità del soggiorno (v. *infra*, par. 6).

Pare quindi potersi affermare che il legislatore ha dato dei diritti "inviolabili" o "fondamentali" dello straniero irregolarmente soggiornante una declinazione negativa – nell'ottica contrattuale - o "riduttiva" (con l'unica eccezione del diritto all'istruzione). Da questo punto di vista, quindi, i due approcci "contrattuale" e "individualista" hanno in comune il sostanziale disconoscimento dell'uguaglianza tra lo straniero irregolarmente soggiornante, da una parte, e lo straniero regolarmente soggiornante e il cittadino, dall'altra. Deve essere tuttavia ribadito che le tendenze negative o riduttive dei diritti fondamentali o inviolabili non sono costituzionalmente vincolate. Le norme di legge che negano un diritto fondamentale sono manifestamente illegittime; le norme di legge che invece regolano in senso riduttivo un diritto fondamentale (si pensi al diritto alla salute) devono bilanciare in modo equilibrato gli interessi in gioco; parimenti, l'estensione delle prestazioni sociali a favore degli stranieri irregolarmente soggiornanti, come previsto da alcune leggi regionali, è stato dichiarato costituzionalmente non illegittimo (Corte cost. sentt. 269/2010, 299/2010 e 61/2011).

Di segno diverso è stata, invece, la declinazione da parte della Corte costituzionale dei diritti costituzionali inviolabili o fondamentali dello straniero irregolarmente soggiornante. L'approccio giurisprudenziale tradizionale era deferente nei giudizi il cui oggetto erano norme direttamente connesse all'interesse al controllo delle frontiere e dei flussi migratori⁶¹, in particolare

⁶⁰ Sul punto cfr. V. Onida, *Eguaglianza e diritti sociali*, cit., 108, il quale sottolinea che la norma di cui all'art. 34 Cost. "regola anche il contenuto e l'estensione temporale del diritto (istruzione inferiore gratuita impartita per almeno otto anni) e definisce i destinatari (gratuità per tutti)".

⁶¹ Con riferimento alle norme direttamente connesse all'interesse al controllo delle frontiere e alla regolazione dei flussi migratori la Corte costituzionale seguiva un approccio deferente, fondato sulla premessa secondo cui tali norme sarebbero collegate a svariati interessi statali primari come "la sicurezza e la sanità pubblica, l'ordine pubblico, i vincoli di carattere internazionale e la politica nazionale in tema di immigrazione" (Corte cost. 62/1994), il cui bilanciamento è rimesso alla discrezionalità del legislatore, e potrebbero quindi essere dichia-

norme che regolano i presupposti e le procedure di ingresso e di allontanamento. La giurisprudenza costituzionale successiva all'entrata in vigore del testo unico rivela, tuttavia, i primi segni di erosione di tale *self restraint*, in particolare nei giudizi relativi alle norme procedurali su ingresso e allontanamento in cui si lamentava la violazione della libertà personale o del diritto di difesa⁶². La giurisprudenza più recente, in particolare quella successiva alle sentenze "gemelle" (Corte Cost. sentt. 348 e 349 del 2007), ha poi visto emergere importanti decisioni caratterizzate dall'abbandono della tradizionale deferenza anche in altri casi in cui la Consulta si è trovata a giudicare della legittimità di norme relative ai presupposti dell'allontanamento, tradizional-

rate illegittime solo per *manifesta irragionevolezza* (v. altresì Corte cost. sent. 206/2006 e ord. 361/2007). In questo *self restraint* giurisprudenziale si avvertiva l'eco dell'idea secondo la quale la regolazione dell'ingresso e dell'allontanamento sarebbe ascrivibile alla sovranità e di conseguenza può essere oggetto di un sindacato di legittimità costituzionale solo limitato. E' parimenti forte la similitudine con la giurisprudenza statunitense più risalente, caratterizzata dal *self restraint* giurisprudenziale rispetto al *plenary power* riconosciuto al potere legislativo ed esecutivo in materia (v. *supra*, par. 2).

⁶² In particolare, nelle decisioni in cui assurgeva a parametro il diritto inviolabile di libertà personale, la Corte costituzionale ha affermato almeno in linea di principio la prevalenza del diritto di libertà sull'interesse al controllo delle frontiere e alla regolazione dei flussi migratori. E' in questo senso particolarmente significativa la sentenza 105/2001. In tale decisione, in cui oggetto del giudizio era una norma direttamente connessa alla regolazione e al controllo dei flussi migratori e parametro del giudizio era l'art. 13 Cost., la Corte costituzionale ha escluso che il bilanciamento dell'interesse alla libertà personale e degli altri interessi di rilievo costituzionale possa essere rimesso alla discrezionalità del legislatore, poiché "per quanto gli interessi pubblici incidenti sulla materia della immigrazione siano molteplici e per quanto possano essere percepiti come gravi i problemi di sicurezza e di ordine pubblico connessi a flussi migratori incontrollati, non può risultarne minimamente scalfito il carattere universale della libertà personale, che, al pari degli altri diritti che la Costituzione proclama inviolabili, spetta ai singoli non in quanto partecipi di una determinata comunità politica, ma in quanto esseri umani". Dubbi sulla corrispondenza tra la dichiarazione di principio e l'effettivo scrutinio posto in essere sono tuttavia avanzati da G. BASCHERINI, *Accompagnamento alla frontiera e trattenimento nei centri di permanenza temporanea: la Corte tra libertà personale e controllo dell'emigrazione*, in *Giur. Cost.*, 2001, 1680 ss. e A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali*, cit., 318. Nelle decisioni in cui è stata invocata la lesione del diritto di difesa la Consulta ha posto in essere uno scrutinio "intermedio" tra lo scrutinio stretto e lo scrutinio deferente di ragionevolezza: pur non rimettendo la regolazione degli interessi in gioco alla discrezionalità del legislatore, ha comunque seguito un approccio prudente, evocando l'esigenza di un bilanciamento tra l'interesse ascrivibile a tale diritto e l'interesse a una sollecita definizione dei giudizi inerenti ai provvedimenti di espulsione, a sua volta connesso con "l'interesse generale di un razionale ed efficiente controllo dell'immigrazione da Paesi extracomunitari" (Corte cost. sent. 161/2000). La delicatezza degli interessi coinvolti quindi ha spesso indotto la Corte costituzionale a fare uso dello strumento delle decisioni di interpretazione conforme a Costituzione, ritenuto meno invasivo rispetto alla discrezionalità, ma a ben vedere anche meno efficace ai fini della tutela delle situazioni giuridiche soggettive, in quanto poggia su un elevato livello di sensibilità e di aggiornamento da parte di magistrati e avvocati. Sul punto v. G. BASCHERINI, *Immigrazione e diritti fondamentali*, cit., 217 ss., spec. 232.

mente ascritte alla sovranità dello Stato. Questa linea di tendenza si spiega con il venire in essere di una rinnovata legittimazione politica della Consulta, derivante dalla contaminazione tra Costituzione e norme sovranazionali, in particolare norme della Cedu. Manifesto di questo rinnovato approccio individualista alla tutela dei diritti dello straniero (anche irregolarmente soggiornante) nei giudizi di legittimità costituzionale, sono le parole conclusive della sentenza 202/2013, con la quale la Corte costituzionale ha giudicato in ordine al conflitto tra il principio dell'automatismo espulsivo e il diritto alla vita privata e familiare, secondo cui "la giurisprudenza costituzionale ... affida a questa Corte, nello svolgimento del proprio infungibile ruolo, il compito di effettuare una valutazione «sistemica e non frazionata» dei diritti fondamentali, in modo da assicurare la «massima espansione delle garanzie» esistenti di tutti i diritti e i principi rilevanti, costituzionali e sovranazionali, complessivamente considerati, che sempre si trovano in rapporto di integrazione reciproca".

5. I diritti dello straniero e la stabilità del soggiorno regolare.

Fino alla metà degli anni Settanta l'Italia è stata prevalentemente un Paese di emigrazione. In quel contesto, la presenza di stranieri era reputata come una questione di ordine pubblico, piuttosto che come un tema di carattere economico e sociale: non a caso, le uniche norme relative allo straniero si trovavano nel testo unico di pubblica sicurezza e disciplinavano esclusivamente l'espulsione (r. d. 773/1931)⁶³. La stabilizzazione della residenza sul territorio nazionale di milioni di stranieri ha suggerito l'approvazione di nuove leggi per regolare non solo l'immigrazione in senso stretto (ingresso e allontanamento), ma anche la condizione giuridica dello straniero, regolarmente o irregolarmente soggiornante. La terza matrice giuridico-culturale delle norme legislative sui diritti dello straniero, dopo quella che li fa discendere da un "contratto" e quella che li collega alla presenza sul territorio, è quella che riconosce allo straniero il diritto ad essere titolare di diritti anche non fondamentali, in condizioni di uguaglianza con il cittadino. Numerose disposizioni di legge sono espressione della contaminazione di questo approccio con quello di matrice contrattuale e, quindi, riconoscono allo straniero la titolarità di diritti non fondamentali, in condizioni di parità con il cittadino, ponendo, tuttavia, due condizioni per l'acquisto di tali diritti: a) la regolarità del soggiorno; b) il carattere stabile del soggiorno, ossia né episodico né occasionale⁶⁴.

⁶³ Sul punto v. G. BASCHERINI, *L'immigrazione e i diritti*, in R. NANIA, P. RIDOLA (a cura di), *I diritti costituzionali*, cit., 425.

⁶⁴ In senso analogo, per ciò che concerne l'applicazione dei principi del *due process of law* e della *equal protection* agli stranieri regolarmente soggiornanti negli Stati Uniti, v. P. SCHUCK,

La premessa di questo discorso è che i titoli di soggiorno sono differenziati per ciò che concerne la loro durata⁶⁵. Dalla durata del permesso di soggiorno la legge fa discendere la titolarità di alcuni diritti.

Vi sono diritti che sono riconosciuti solo allo straniero che sia titolare di un permesso di soggiorno non di breve durata, ossia per un periodo non inferiore a un anno. Si pensi a quanto previsto dall'art. 41 TUI, secondo il quale “gli stranieri titolari della carta di soggiorno o di permesso di soggiorno di durata non inferiore ad un anno, nonché i minori iscritti nella loro carta di soggiorno o nel loro permesso di soggiorno, sono equiparati ai cittadini italiani ai fini della fruizione delle provvidenze e delle prestazioni, anche economiche, di assistenza sociale, incluse quelle previste per coloro che sono affetti da morbo di Hansen o da tubercolosi, per i sordomuti, per i ciechi civili, per gli invalidi civili e per gli indigenti”⁶⁶. Tali diritti sono quindi riconosciuti solo allo straniero che è titolare di un permesso di soggiorno per

the transformation of immigration law, cit., 4; L. BOSNIAK, *Exclusion and membership: the dual identity of the undocumented worker under United States law*, cit., 955; D. A. MARTIN, *Due process and membership in the national community: political asylum and beyond*, cit., 178; M. SCAPERLANDA, *Polishing the tarnished golden door*, cit., 966.

⁶⁵ La scadenza del permesso di soggiorno è quella stabilita nel visto d'ingresso (anche se il permesso di soggiorno per motivi di lavoro è rinnovabile in ragione del perdurare del rapporto di lavoro). E' poi prevista dalla legge una durata massima: non più di tre mesi per visite, affari e turismo; non più di un anno per la frequenza di un corso di studio o formazione (ferma restando la facoltà di rinnovo annuale nel caso di corsi pluriennali); non più di nove mesi per i contratti stagionali; non più di un anno per il lavoro subordinato a tempo determinato; non più di due anni per il lavoro autonomo, il lavoro subordinato a tempo indeterminato e i ricongiungimenti familiari (art. 5, commi 3 e 3-bis e 3-quater, TUI).

⁶⁶ Si pensi altresì all'art. 28 TUI, secondo il quale “il diritto a mantenere o a riacquistare l'unità familiare nei confronti dei familiari stranieri è riconosciuto, alle condizioni previste dal presente testo unico, agli stranieri titolari di carta di soggiorno (*rectius*: permesso di soggiorno Ue per soggiornanti di lungo periodo) o di permesso di soggiorno di durata non inferiore a un anno rilasciato per motivi di lavoro subordinato o autonomo, ovvero per asilo, per studio, per motivi religiosi o per motivi familiari”; all'art. 29 comma 4, il quale sancisce che “è consentito l'ingresso, al seguito dello straniero titolare di carta di soggiorno o di un visto di ingresso per lavoro subordinato relativo a contratto di durata non inferiore a un anno, o per lavoro autonomo non occasionale, ovvero per studio o per motivi religiosi, dei familiari con i quali è possibile attuare il ricongiungimento, a condizione che ricorrano i requisiti di disponibilità di alloggio e di reddito”; all'art. 34, commi 1 e 2, TUI, che riconosce il diritto/obbligo di iscrizione al servizio sanitario nazionale, in condizioni di uguaglianza con i cittadini, ai titolari di un permesso di soggiorno di non breve durata (titolari – o in attesa di rilascio o di rinnovo – del permesso di soggiorno per motivi di lavoro, per attesa occupazione, per motivi familiari, per asilo, attesa adozione, affidamento, acquisto della cittadinanza, per gravidanza e puerperio; minori inespellibili e familiari a carico degli stranieri appartenenti a queste categorie); all'art. 42 TUI, secondo il quale le istituzioni repubblicane favoriscono la realizzazione di convenzioni con associazioni per l'impiego all'interno delle proprie strutture di stranieri titolari della carta di soggiorno o di un permesso di soggiorno di durata non inferiore a due anni, in qualità di mediatori culturali.

motivi di lavoro subordinato, di lavoro autonomo, di lavoro subordinato a tempo determinato e per motivi familiari. Fa eccezione solo una norma che subordina l'acquisto del diritto di accesso agli alloggi di edilizia residenziale pubblica alla titolarità del permesso di soggiorno Ue per soggiornanti di lungo periodo o di un *permesso di soggiorno biennale* per lavoro subordinato o per lavoro autonomo, con conseguente esclusione, quindi, dei lavoratori a tempo determinato, anche quando il loro soggiorno si protrae per più anni: sotto questo profilo, la norma è di dubbia legittimità costituzionale (art. 40, comma 6, TUI)⁶⁷.

Vi sono poi norme che prevedono l'acquisto di un determinato permesso di soggiorno in correlazione allo *svolgimento di determinate attività* sul territorio nazionale⁶⁸, oppure a favore di *minori stranieri*⁶⁹ o come conseguenza

⁶⁷ Cfr. B. PEZZINI, *Una questione che interroga l'eguaglianza: i diritti sociali del non-cittadino*, cit., 182-183. Peraltro la Corte costituzionale, con ordinanza 22 - 26 febbraio 2010, n. 76, ha dichiarato la manifesta inammissibilità della questione di legittimità costituzionale dell'art. 40, comma 6, nel testo modificato dall'art. 27, comma 1, della legge 30 luglio 2002, n. 189, sollevata in riferimento all'art. 3 della Costituzione.

⁶⁸ Lo straniero che ha conseguito in Italia il dottorato o il master universitario ovvero la laurea triennale o la laurea specialistica, alla scadenza del permesso di soggiorno per motivi di studio, può essere iscritto nell'elenco anagrafico delle persone in cerca di lavoro (di cui all'articolo 4 reg. 442/2000), per un periodo non superiore a dodici mesi, ovvero, in presenza dei requisiti previsti dal presente testo unico, può chiedere la conversione in permesso di soggiorno per motivi di lavoro (art. 22, comma 11-*bis*, TUI). Parimenti, secondo l'art. 24, comma 3-*bis*, TUI, in tema di lavoro stagionale, si è previsto che l'autorizzazione al lavoro stagionale si intende prorogata e il permesso di soggiorno può essere rinnovato in caso di nuova opportunità offerta dallo stesso o da altro datore di lavoro; inoltre, secondo l'art. 24, comma 4, TUI, il lavoratore stagionale ha diritto di precedenza per il rientro in Italia nell'anno successivo per ragioni di lavoro stagionale, rispetto ai cittadini del suo stesso Paese che non abbiano mai fatto regolare ingresso in Italia per motivi di lavoro; questi può inoltre convertire il permesso di soggiorno per lavoro stagionale in permesso di soggiorno per lavoro subordinato a tempo determinato o indeterminato, qualora se ne verifichino le condizioni.

⁶⁹ Così in caso di morte del familiare in possesso dei requisiti per il ricongiungimento e in caso di separazione legale o di scioglimento del matrimonio, se il figlio non può ottenere la carta di soggiorno, al compimento del diciottesimo anno di età, il permesso di soggiorno può essere convertito in permesso per lavoro subordinato, per lavoro autonomo o per studio, fermi restando i requisiti minimi di età per lo svolgimento di attività di lavoro (art. 30, comma 5, TUI). Parimenti, secondo l'art. 32 TUI, al compimento della maggiore età, allo straniero che sia stato iscritto nel permesso di soggiorno dei genitori o dell'affidatario e che al compimento della maggiore età abbia conseguito un permesso di soggiorno per motivi familiari, può essere rilasciato un permesso di soggiorno per motivi di studio di accesso al lavoro, di lavoro subordinato o autonomo, per esigenze sanitarie o di cura. Inoltre, secondo l'art. 32, comma 1-*bis*, TUI, lo stesso permesso di soggiorno può essere rilasciato ai minori stranieri non accompagnati, affidati ai sensi dell'articolo 2 della legge 4 maggio 1983, n. 184, ovvero sottoposti a tutela, che siano stati ammessi per un periodo *non inferiore a due anni* in un progetto di integrazione sociale e civile gestito da un ente pubblico o privato che abbia rappresentanza nazionale e che comunque sia iscritto nel registro istituito presso la Presidenza del Consiglio dei ministri ai sensi dell'articolo 52 del decreto del Presidente della Repubblica 31 agosto 1999,

del *decorso di un determinato periodo di tempo di soggiorno regolare*⁷⁰. In queste ipotesi, ai requisiti della regolarità, non episodicità e non occasionalità del soggiorno se ne aggiunge uno ulteriore: l'associazione al territorio, di cui è sintomo l'attività svolta, la giovane età dello straniero e il periodo di tempo trascorso. Di regola, quindi, l'associazione al territorio non è il presupposto per il riconoscimento allo straniero di diritti civili o sociali, ma costituisce il presupposto per il rilascio di un determinato permesso di soggiorno. Emblematico, in questo senso, è il permesso di soggiorno Ue per soggiornanti di lungo periodo, un permesso di soggiorno a tempo indeterminato (art. 9, comma 2, TUI) che è concesso una volta decorso un periodo di tempo di soggiorno regolare e continuo reputato indice di un livello potenzialmente elevato di integrazione sociale (cinque anni)⁷¹. In ultima analisi, la disciplina

n. 394. L'ente gestore dei progetti deve garantire e provare con idonea documentazione, al momento del compimento della maggiore età del minore straniero di cui al comma 1-bis, che l'interessato si trova sul territorio nazionale da *non meno di tre anni*, che ha seguito il progetto per *non meno di due anni*, ha la disponibilità di un alloggio e frequenta corsi di studio ovvero svolge attività lavorativa retribuita nelle forme e con le modalità previste dalla legge italiana, ovvero è in possesso di contratto di lavoro anche se non ancora iniziato.

⁷⁰ Ad esempio, secondo l'art. 30, comma 1, lett. b, TUI, gli stranieri regolarmente soggiornanti ad altro titolo da *almeno un anno* che abbiano contratto matrimonio nel territorio dello Stato con cittadini italiani o di uno Stato membro dell'Unione europea o con cittadini stranieri regolarmente soggiornanti hanno diritto al rilascio del permesso di soggiorno per motivi familiari. Si pensi altresì all'art. 5, comma 3-ter, TUI, in tema di lavoro stagionale, che prevede la possibilità del rilascio, a favore dello straniero che dimostri di essere venuto in Italia *almeno due anni di seguito* per prestare lavoro stagionale in impieghi ripetitivi, di un permesso pluriennale, fermo restando che il permesso è revocato immediatamente nel caso in cui lo straniero violi le disposizioni del testo unico. Analogamente, secondo l'art. 24, comma 2-bis, TUI, sempre in tema di lavoro stagionale, è previsto che il datore di lavoro debba presentare richiesta nominativa allo sportello unico per l'immigrazione e che la richiesta si intende accolta nel caso in cui essa *sia stata già autorizzata l'anno precedente* e il lavoratore stagionale sia stato regolarmente assunto e abbia rispettato le condizioni previste nel permesso di soggiorno. Inoltre, secondo l'art. 27, comma 1, lett. e, TUI, i collaboratori familiari aventi regolarmente in corso all'estero, *da almeno un anno*, rapporti di lavoro domestico a tempo pieno con cittadini italiani o di uno degli Stati membri dell'Unione europea residenti all'estero che si trasferiscono in Italia, proseguono il rapporto di lavoro domestico. Parimenti, secondo l'art. 27-*quater*, comma 17, TUI, *dopo diciotto mesi* di soggiorno legale in un altro Stato membro, lo straniero titolare di Carta blu UE, rilasciata da tale Stato, può fare ingresso in Italia senza necessità del visto, al fine di esercitare un'attività lavorativa. Infine, l'art. 39, comma 4-bis, TUI, prevede il diritto all'ingresso per soggiorni superiori a tre mesi dello straniero che sia in possesso di un titolo di soggiorno per studio rilasciato da uno Stato appartenente all'Unione europea, senza necessità del visto per proseguire gli studi già iniziati nell'altro Stato o per integrarli con un programma di studi ad esso connessi, purché partecipi ad un programma di scambio comunitario o bilaterale con lo Stato di origine ovvero sia stato autorizzato a soggiornare per motivi di studio in uno Stato appartenente all'Unione europea per *almeno due anni*.

⁷¹ Il previo soggiorno deve essere tendenzialmente continuo: le assenze dello straniero dal territorio nazionale non interrompono la durata del periodo prescritto e sono incluse nel computo del medesimo periodo quando sono *inferiori a sei mesi consecutivi* e non superano

vigente riconnette la titolarità di diritti costituzionali non fondamentali alla regolarità e stabilità del soggiorno e prevede il decorso di un certo periodo di tempo solo come presupposto per il rilascio di un determinato titolo di soggiorno. In questo senso, quindi, declina il principio di uguaglianza con il cittadino a vantaggio dello straniero regolarmente e stabilmente soggiornante e a svantaggio dello straniero regolarmente (ma non stabilmente) soggiornante, così come dello straniero irregolarmente soggiornante.

Date queste premesse possiamo quindi chiederci se, al di fuori delle ipotesi considerate, la titolarità dei diritti civili o sociali possa essere legittimamente subordinata alla stabilità del soggiorno. Per la Corte costituzionale non è illegittimo subordinare la titolarità di un diritto a un soggiorno che sia “non episodico e di non breve durata”. Non è quindi da ritenersi incostituzionale, ad esempio, il disposto di cui all’art. 41 TUI, che subordina l’accesso alle prestazioni sociali a un permesso di soggiorno la cui durata è considerata indice di un soggiorno non episodico e non occasionale. La Corte costituzionale ha invece reputato illegittime alcune norme di legge che subordinavano l’accesso a determinate prestazioni alla cittadinanza o alla titolarità del permesso di soggiorno Ue di lungo periodo (che presuppone il raggiungimento di un certo reddito e un periodo di soggiorno regolare di almeno cinque anni).

A tal proposito viene in evidenza, in primo luogo, quanto disposto dall’art. 80, comma 19, l. 388/00 (legge finanziaria 2001), che subordinava l’accesso alle prestazioni sociali alla titolarità del permesso di soggiorno Ue per soggiornanti di lungo periodo. La Corte costituzionale ha dichiarato illegittima l’esclusione dello straniero regolarmente e stabilmente soggiornante (anche se privo del permesso di lungo soggiorno) con riferimento all’indennità di accompagnamento

complessivamente *dieci mesi nel quinquennio*, salvo che detta interruzione sia dipesa dalla necessità di adempiere agli obblighi militari, da gravi e documentati motivi di salute ovvero da altri gravi e comprovati motivi (art. 9, comma 6, TUI). Sono poi presupposti del rilascio di tale permesso il soddisfacimento di determinati requisiti di reddito, la disponibilità di un alloggio idoneo (ai sensi dell’art. 9 TUI) e il superamento di un test di conoscenza della lingua italiana (art. 9, comma 2-*bis*, TUI). Inoltre, il permesso di soggiorno Ce per soggiornanti di lungo periodo non può essere rilasciato agli stranieri pericolosi per l’ordine pubblico o la sicurezza dello Stato, desumibile dall’essere lo straniero appartenente ad alcune categorie di soggetti qualificati come pericolosi o dall’aver riportate condanne, non definitive, per determinati reati (art. 9, comma 4, TUI). L’associazione al territorio dello straniero non è solo il presupposto del rilascio del permesso di soggiorno, ma anche quello della sua conservazione: in caso di assenza dal territorio dell’Unione per un periodo di *dodici mesi consecutivi*, il permesso è revocato, salva la possibilità di riacquistarlo, previo soddisfacimento dei requisiti necessari, decorso un periodo di tre anni di residenza sul territorio nazionale (art. 9, comma 8, TUI). Allo straniero cui sia stato revocato tale tipo di permesso e nei cui confronti non debba essere adottato un decreto di espulsione, la legge prevede il rilascio di un altro tipo di permesso di soggiorno (art. 9, comma 9, TUI). Il titolare di questo permesso di soggiorno ha *diritto alla stabilità del soggiorno*: il permesso di soggiorno Ue è infatti un permesso di soggiorno a tempo indeterminato e lo straniero può sì essere espulso dal territorio nazionale, ma nei suoi confronti non opera alcuna forma di automatismo espulsivo (art. 9, commi 10 e 11, TUI).

(Corte cost. sentt. 306/2008 e n. 40/2013), alla pensione di inabilità (Corte cost. sentt. 11/2009 e 40/2013), all'assegno mensile di invalidità (Corte cost. sent. 187/2010), all'indennità di frequenza (Corte cost. sent. n. 329/2011), all'assegno di invalidità (Corte cost. sent. 22/2015)⁷². Parimenti, per la Corte costituzionale sono illegittime le norme di legge regionale che subordinano l'accesso alle prestazioni sociali alla titolarità dello status di cittadino (Corte cost. sent. 432/2005) o di straniero soggiornante di lungo periodo (Corte cost. sent. 4/2013), così come sono state dichiarate illegittime le norme di legge regionale o provinciale che subordinavano l'accesso a determinate prestazioni alla residenza (o dimora stabile) sul territorio regionale o provinciale protratta per un periodo minimo di tempo, escludendo gli stranieri che non avessero maturato tale requisito (trentasei mesi nel caso di Corte cost. sent. 40/2011; cinque anni nel caso di Corte cost. 2/2013). Per la Consulta la previsione di un simile presupposto non risulta rispettosa dei principi di ragionevolezza e di uguaglianza, in quanto «introduce nel tessuto normativo elementi di distinzione arbitrari, non essendovi alcuna ragionevole correlazione tra la durata della residenza e le situazioni di bisogno o di disagio, riferibili direttamente alla persona in quanto tale, che costituiscono il presupposto di fruibilità delle provvidenze in questione» (Corte cost. sent. 2/2013).

In conclusione, la Corte costituzionale sembra ritenere ammissibile la disparità di trattamento tra straniero regolarmente e stabilmente soggiornante, da una parte, e lo straniero regolarmente e occasionalmente soggiornante o lo straniero irregolarmente soggiornante, dall'altra, con riferimento alla titolarità e al godimento dei diritti costituzionali non fondamentali e alla spettanza delle prestazioni eccedenti il nucleo minimo dei diritti fondamentali. Al contrario ha ritenuto illegittime, perché in violazione dell'art. 3, comma 1, Cost., sotto il profilo della ragionevolezza (Corte cost. sentt. 432/2005, 306/2008, 11/2009, 40/2011, 2/2013, 4/2013, 230/2015), o perché in contrasto con una consuetudine internazionale che recherebbe il divieto di discriminazione in base alla nazionalità (Corte cost. sent. 306/2008), o infine perché in conflitto con il divieto di discriminazione di cui all'art. 14 Cedu (Corte cost. sent. 187/2010; 40/2013; 22/2015, 230/2015), le norme volte a restringere ai cittadini o agli stranieri soggiornanti di lungo periodo la titolarità di un diritto costituzionale non fondamentale o il godimento di un diritto costituzionale fondamentale per la parte eccedente il suo contenuto minimo.

6. Diritti dello straniero, integrazione sociale e integrazione politica.

Un'ultima categoria di diritti riconosciuti allo straniero è quella dei *diritti per l'integrazione*. Tali diritti sono funzionali a creare condizioni di inclusione

⁷² Dopo queste sentenze e diverse pronunce di merito sfavorevoli, l'Inps ha adottato il messaggio n. 13983 del 4 settembre 2013, in cui ha riconosciuto quale unico requisito per le prestazioni il permesso di soggiorno di validità annuale ex art. 41 TUI.

sociale degli stranieri e il loro godimento è, pertanto, riconosciuto in misura eccedente al loro contenuto minimo, in alcune ipotesi a prescindere dalla regolarità del soggiorno. La premessa da cui muove la previsione di questi diritti è quella secondo cui, una volta che uno straniero diviene parte di una comunità politica, deve essere trattato come un “cittadino potenziale”, e pertanto gli debbono essere riconosciuti diritti per la graduale costruzione, nella prospettiva diacronica, di un sempre maggiore attaccamento alla comunità⁷³. A conferma della adeguatezza solo relativa delle categorie di cui si discorre, i diritti per l’integrazione attraversano trasversalmente le dicotomie finora incontrate (diritti fondamentali e diritti non fondamentali; diritti dello straniero regolarmente soggiornante e diritti dello straniero irregolarmente soggiornante).

Si pensi al diritto all’istruzione dei minori stranieri. Tale diritto, come si è visto, è un diritto fondamentale che è riconosciuto nella misura eccedente il contenuto minimo anche allo straniero irregolarmente soggiornante, in quanto si tratta di un diritto funzionale ad assicurare l’inclusione sociale. La *ratio* giustificativa del riconoscimento di questo diritto a tutti i minori stranieri, in condizione di parità con i cittadini, è proprio quella della costruzione nella scuola di un percorso di inclusione sociale, al fine di evitare la formazione di un’ampia fascia di “nuovi italiani” socialmente esclusi e con poche prospettive di miglioramento delle proprie condizioni di vita a causa del mancato accesso all’istruzione.

Si pensi, altresì, al diritto a non essere discriminati⁷⁴. L’azione civile *de qua* può essere esperita quando la discriminazione è posta in essere non solo dal pubblico ufficiale o dall’incaricato di pubblico servizio, ma anche da un soggetto di diritto nelle relazioni privatistiche, in numerosi ambiti della vita sociale (art. 28, comma 1, lett. b, TUI). Anche questo è un diritto fondamentale riconosciuto a tutti gli stranieri, a prescindere dalla regolarità del soggiorno⁷⁵, e costituisce uno strumento di partecipazione e integrazione sociale, di promozione dell’uguaglianza con il cittadino.

⁷³ Su questo approccio che promuove la “costruzione” della cittadinanza nella prospettiva diacronica v. L. S. BOSNIAK, *Membership, equality, and the difference that alienage makes*, in *New York University law review*, 1994, 1121 ss. che, sulle orme del pensiero di Michael Walzer, sottolinea come “once immigrants reside within a political community and labor there, they must be treated as *members of that community*. If they are not yet full members, they must be on a *swift path to citizenship*, or full membership. Justice requires that ‘every immigrant and every resident [be] a *citizen too* or at least a *potential citizen*. To the extent that immigrants who live and work within a national community are not recognized as members, they are subject to nothing short of tyranny” (enfasi aggiunte).

⁷⁴ Questo diritto è riconosciuto in opposizione ad ogni comportamento che determini una distinzione, esclusione, restrizione o preferenza basata sulla razza, il colore, l’ascendenza o l’origine nazionale o etnica, le convinzioni e le pratiche religiose, e che abbia lo scopo o l’effetto di distruggere o di compromettere il riconoscimento, il godimento o l’esercizio, in condizioni di parità, dei diritti umani e delle libertà fondamentali in campo politico, economico, sociale e culturale e in ogni altro settore della vita pubblica (art. 43 TUI).

⁷⁵ Sul punto v. M. FERRERO, *La tutela contro le discriminazioni*, in P. MOROZZO DELLA ROCCA (a cura di), *Immigrazione, asilo, cittadinanza*, Maggioli, Santarcangelo di Romagna, 2015, 360.

Un altro diritto strumentale all'inclusione sociale è il diritto all'unità familiare. Pur essendo un diritto fondamentale⁷⁶, esso è riconosciuto ai soli stranieri regolarmente soggiornanti titolari del permesso di lungo soggiorno o di un permesso di soggiorno di durata non inferiore a un anno (artt. 28 e ss. TUI). Anche questo diritto è funzionale all'inclusione sociale, in quanto il suo esercizio ha come effetto quello di rafforzare la stabilità del soggiorno, incentivando la costruzione di legami economici, sociali e culturali con il Paese di arrivo, in particolare nel caso in cui vi siano figli minori⁷⁷.

Ulteriori diritti di inclusione sociale – non fondamentali – sono riconosciuti allo straniero regolarmente soggiornante, a prescindere dalla durata del titolo di soggiorno. Viene in evidenza, in primo luogo, l'accesso ai corsi di lingua italiana, di alfabetizzazione, di istruzione e di formazione professionale (art. 38 TUI). Si pensi, altresì, al diritto di accesso ai centri di “prima accoglienza”, che danno ospitalità agli stranieri regolarmente soggiornanti per motivi diversi dal turismo e provvedono, ove possibile, ai servizi sociali e culturali idonei a favorire l'autonomia e l'inserimento sociale degli ospiti, con la finalità di renderli nel più breve tempo possibile autosufficienti (art. 40 TUI)⁷⁸. Tale diritto è proprio dello straniero in regola con le norme sul soggiorno (art. 40, comma 1-*bis*, TUI, inserito dall'art. 27, comma 1, lett. b, l. 30 luglio 2002, n. 189)⁷⁹. Parimenti allo straniero regolarmente soggiornante è riconosciuto il diritto di accedere agli alloggi di “seconda accoglienza”, alloggi sociali, collettivi o privati, aperti ad italiani e stranieri, aventi la funzione di offrire una sistemazione alloggiativa dignitosa a pagamento, secondo quote calmierate, nell'attesa del reperimento di un alloggio ordinario in via definitiva (art. 40, comma 4, TUI)⁸⁰.

⁷⁶ Sul punto v. Corte cost. 28/1995, 203/1997, 379/2000.

⁷⁷ Sul rapporto tra il ricongiungimento familiare e l'inclusione sociale v. G. G. VALTOLINA, *Ricongiungimento familiare*, in G. BATTISTELLA (a cura di), *Migrazioni*, cit., 898.

⁷⁸ I centri di accoglienza sono strutture alloggiative che, anche gratuitamente, provvedono alle immediate esigenze alloggiative ed alimentari, nonché, ove possibile, all'offerta di occasioni di apprendimento della lingua italiana, di formazione professionale, di scambi culturali con la popolazione italiana, e all'assistenza socio-sanitaria degli stranieri impossibilitati a provvedervi autonomamente per il tempo strettamente necessario al raggiungimento dell'autonomia personale per le esigenze di vitto e alloggio nel territorio in cui vive lo straniero.

⁷⁹ L'art. 40, comma 1, TUI nella sua formulazione originaria prevedeva che il sindaco, quando vengano individuate situazioni di emergenza, può disporre l'alloggiamento nei centri di accoglienza di stranieri non in regola con le disposizioni sull'ingresso e sul soggiorno nel territorio dello Stato, ferme restando le norme sull'allontanamento dal territorio dello Stato degli stranieri in tali condizioni.

⁸⁰ Connesse a questa esigenza di integrazione sono poi le norme che prevedono l'istituzione di un fondo nazionale per le politiche migratorie, che finanzia le attività culturali, formative, informative, di integrazione e di promozione di pari opportunità promosse dallo Stato, dalle regioni, dalle province e dai comuni (art. 45 TUI), e l'istituzione della Commissione per le politiche di integrazione, che ha il compito di predisporre per il Governo il rapporto annuale sullo stato di attuazione delle politiche per l'integrazione, di formulare proposte di

7. I diritti politici dello straniero.

Tra i *diritti per l'integrazione* possono essere annoverati anche i diritti politici e tra questi, in particolare, il diritto di voto. Secondo l'ordinamento vigente, al cittadino di uno Stato dell'Unione europea che sia residente in Italia spettano il diritto di elettorato attivo e passivo alle elezioni comunali ed europee⁸¹. Nessun diritto politico è invece riconosciuto ai cittadini di Paesi terzi. Il disegno di legge Turco-Napolitano prevedeva il riconoscimento dell'elettorato amministrativo, attivo e passivo, allo straniero titolare della carta di soggiorno, ma tale disposizione non fu approvata⁸². Attualmente, nel testo unico non sono quindi regolati i diritti politici: l'unica disposizione rilevante è quella secondo cui "lo straniero regolarmente soggiornante partecipa alla vita pubblica locale" (art. 2, comma 4 e art. 9, comma 12, TUI).

Il primo quesito cui è necessario rispondere è se sia costituzionalmente ammissibile riconoscere per legge allo straniero i diritti politici, in particolare il diritto di voto. Le disposizioni costituzionali relative ai diritti politici fanno riferimento al cittadino. Secondo un orientamento, in forza di un'interpretazione *a contrariis*, se il cittadino è costituzionalmente titolare dei diritti politici, la legge non può attribuire tali diritti allo straniero senza incorrere in illegittimità costituzionale⁸³. Di contro, alcuni autori hanno ipotizzato che dalle disposizioni costituzionali non derivi un divieto al legislatore di estendere il diritto di voto agli stranieri⁸⁴; tra questi, vi è chi ha sostenuto l'ammissibilità del solo diritto di voto amministrativo⁸⁵. All'estremo opposto, vi è

interventi di adeguamento di tali politiche e di fornire risposta a quesiti posti dal Governo concernenti le politiche per l'immigrazione, interculturali, e gli interventi contro il razzismo (art. 46 TUI).

⁸¹ Si vedano rispettivamente il d. l. 408/1994 (convertito con modificazioni dalla legge 483/1994), adottato in recepimento della direttiva 93/109/Ce del 6/12/1993, ed il d. lgs. 197/1996, adottato in recepimento della direttiva Ce 94/80 del 19/12/1994.

⁸² Sul diritto di elettorato attivo e passivo nel disegno di legge Turco-Napolitano si veda l'analisi di G. BASCHERINI, *L'immigrazione e i diritti*, cit., 443.

⁸³ Cfr. G. D'ORAZIO, *Lo straniero nella Costituzione italiana. Asilo – condizione giuridica – estradizione*, Cedam, Padova, 1992, 307 ss. e F. LANCHESTER, *Voto (diritto di): a) diritto Pubblico*, in *Enc. Dir.*, vol. XLVI, Giuffrè, Milano, 1993, 1124.

⁸⁴ In questo senso v. M. LUCIANI, *Cittadini e stranieri come titolari dei diritti fondamentali*, cit., 451; E. GROSSO, *La titolarità del diritto di voto: partecipazione e appartenenza alla comunità politica nel diritto costituzionale europeo*, Giappichelli, Torino, 2001, 40 ss., 53 ss.; ID., *Straniero (status dello)*, cit., 5793; A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali*, cit., 84-85, 93-94, 319; G. BASCHERINI, *L'immigrazione e i diritti*, cit., 429; ID., *Immigrazione e diritti fondamentali*, cit., 109; V. RAPARELLI, *Recenti sviluppi del dibattito sul diritto di voto agli stranieri immigrati*, in *Federalismi.it*, n. 2/2006, 8 ss.; P. BONETTI, *Diritti fondamentali degli stranieri in Italia*, cit., 429.

⁸⁵ In questo senso v. M. LUCIANI, *Intervento*, in Associazione italiana costituzionalisti, *Annuario 2009. Lo statuto costituzionale del non cittadino*, cit., 423 e ID., *La partecipazione politica e i migranti*, cit., 77 ss., in part. 81 e 83, in cui sottolinea come "l'essenza della sovranità

chi ha sostenuto che sarebbe costituzionalmente necessaria l'estensione del diritto di voto politico agli stranieri⁸⁶.

Sulla non illegittimità del riconoscimento del diritto di voto agli stranieri esistono una pluralità di argomenti.

In primo luogo, l'argomento letterale non è dirimente. Le disposizioni che riconoscono diritti politici ai cittadini possono essere oggetto di interpretazione *a contrariis*, al fine di escludere l'ammissibilità del diritto di voto in capo allo straniero⁸⁷, ma possono anche essere oggetto di un'interpretazione per principi. Tra le disposizioni rilevanti viene in evidenza, in primo luogo, quella di cui all'art. 1, comma 1 Cost., secondo cui l'Italia è una Repubblica *democratica* fondata *sul lavoro*. Se la natura *democratica* della forma di stato impone la rappresentatività delle Assemblee elettive, c'è da chiedersi in quale misura sia tollerabile una così profonda divaricazione tra corpo elettorale, popolo e popolazione in un contesto come quello attuale in cui ci sono milioni di stranieri regolarmente soggiornanti sul territorio nazionale, laddove il principio democratico presupporrebbe una tendenziale corrispondenza tra governanti e governati⁸⁸. Inoltre l'aggettivo *democratica*, utilizzato per definire la Repubblica, deve essere interpretato alla luce del secondo elemento qualificante la forma di stato (*fondata sul lavoro*), formula questa idonea a ricomprendere ogni sorta di attività lavorativa, materiale e spirituale, e da chiunque offerta, a prescindere dalla cittadinanza, purché ascrivibile alla Repubblica. In questo senso, è stato rilevato, il valore lavoro "assume ... la funzione di conferire allo Stato ... una sua specifica coloritura contrassegnando i lineamenti funzionali ed organizzativi che caratterizzano il tipo di democrazia voluta realizzare"⁸⁹.

Inoltre, è d'uopo considerare l'art. 3, comma 2 Cost., per il quale "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 e l'effettiva partecipazione dei *lavoratori*

sta nel dare leggi a tutti e a ciascuno"; poiché la sovranità appartiene al popolo, e "non vi è dubbio che, dal punto di vista formale, il popolo sia l'insieme dei cittadini", e poiché le leggi sono atti di sovranità, sarebbe da escludersi la legittimità costituzionale di norme di legge che attribuiscono allo straniero il diritto di voto per le elezioni politiche, mentre non vi sarebbe alcun ostacolo al riconoscimento, anche con legge ordinaria, del diritto di voto nelle elezioni locali.

⁸⁶ Cfr. A. ALGOSTINO, *I diritti politici dello straniero*, Jovene, Napoli, 2006, 155 ss. e *passim*; ID., *Il ritorno dei meteci: migranti e diritto di voto*, in *Costituzionalismo.it*, fascicolo 1/2010, 10 ss.; V. ONIDA, *Lo statuto costituzionale del non cittadino*, in Associazione dei costituzionalisti, *Annuario 2009. Lo statuto costituzionale del non cittadino*, cit., 19.

⁸⁷ Su questo approccio cfr. V. ANGIOLINI, *Costituente e costituito nell'Italia repubblicana*, Cedam, Padova, 1995, 232.

⁸⁸ In questo senso v. A. ALGOSTINO, *I diritti politici dello straniero*, cit., 158 e ss.

⁸⁹ Così C. MORTATI, *Sub Art. 1*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione. Principi fondamentali. Art. 1-12*, cit., 14.

all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese". Quale che sia il significato che si intenda conferire alla parola lavoratori – in senso estensivo, come “cittadini attivi”⁹⁰, o in senso restrittivo, come “lavoratori salariati”⁹¹, è certo che alla categoria sono ascrivibili larga parte degli stranieri regolarmente soggiornanti, ai quali – con l'unica eccezione dei titolari del permesso di soggiorno per motivi familiari – il titolo di soggiorno di regola è rilasciato per lavoro o per lo svolgimento di qualche attività. Proprio l'uso, nella medesima disposizione, delle parole “cittadini” e “lavoratori”, la prima potenzialmente escludente, la seconda tendenzialmente inclusiva degli stranieri, dovrebbe indurre a non interpretare la parola “cittadino” *a contrariis*⁹².

Viene in evidenza, in terzo luogo, il disposto dell'art. 67 Cost., secondo il quale il parlamentare rappresenta la *nazione*, e dell'art. 49 Cost., secondo il quale i cittadini aggregati in partiti possono concorrere con metodo democratico a determinare la *politica nazionale*. Per ciò che concerne la *nazione*, deve essere rilevato come si tratti di una parola polisemica; se si aderisce alla tesi tradizionale secondo la quale la nazione sarebbe la “ideologia dello Stato burocratico accentrato”, nel quale “la funzione dell'idea di nazione è quella di creare e di mantenere un comportamento di fedeltà dei cittadini verso lo Stato” e che implica la prevalenza del “sentimento italiano” su altre caratterizzazioni come “borghese”, “proletario”, “cattolico”, “socialista”, etc.⁹³, l'attribuzione del diritto di voto avrebbe la funzione di creare, attraverso il riconoscimento dell'opportunità di una partecipazione attiva, il “sentimento italiano” negli stranieri prima della concessione della cittadinanza e in preparazione dei presupposti per l'acquisto della cittadinanza.

Un argomento di segno contrario sembra invece potersi desumere dal disposto dell'art. 1, comma 2 Cost., secondo cui la *sovranità* appartiene al *popolo*, in quanto esiste una tradizione interpretativa che identifica il popolo con la collettività dei cittadini. Per ciò che attiene al concetto di popolo, si può ipotizzare che esso sia inteso non solo come insieme dei cittadini⁹⁴, ma anche, secondo un'interpretazione evolutiva, come l'articolata e plurale composizione di diversi individui, i titolari di diritti fondamentali⁹⁵, o i tito-

⁹⁰ Così C. ESPOSITO, *Costituzione italiana. Saggi*, Cedam, Padova, 1954, 63.

⁹¹ Così C. MORTATI, *Il lavoro nella Costituzione*, in *Dir. Lav.*, 1954, I, 154-155.

⁹² Sul rapporto tra democrazia, partecipazione politica e lavoro nella Costituzione come fondamento di nuove norme che riconoscano la cittadinanza a coloro che, radicati sul territorio, concorrono allo sviluppo materiale e spirituale della Repubblica, v. F. SORRENTINO, *Uguaglianza e immigrazione*, in L. RONCHETTI (a cura di), *La Repubblica e le migrazioni*, cit., 117.

⁹³ Su questa accezione della cittadinanza v. F. ROSSOLILLO, *Nazione*, in N. BOBBIO, N. MATTEUCCI, G. PASQUINO (a cura di), *Il Dizionario di politica*, Utet, Torino, 2004, 614-615.

⁹⁴ Cfr. M. LUCIANI, *La partecipazione politica e i migranti*, cit., 81.

⁹⁵ Sul punto v. L. FERRAJOLI, *Principia iuris. 1. Teoria del diritto*, Laterza, Bari, 2007, 928 ss.: “il popolo ... non è un ‘corpo politico’ organico cioè una sorta di macrosoggetto dotato

lari di diritti politici, se si ammette che questi diritti possano essere legislativamente attribuiti anche in base a criteri diversi rispetto alla nazionalità⁹⁶. Anche il concetto di *sovranità* può essere declinato non come sovranità dello Stato-soggetto o come sovranità del popolo, inteso come soggetto unitario⁹⁷,

di un'impossibile e impensabile unità e volontà unitaria. Al contrario ... esso è un soggetto collettivo i cui componenti sono accomunati soltanto dalla titolarità delle medesime modalità costitutive o aspettative costituite. Ne consegue - possiamo ora precisare, rovesciando l'idea che la Costituzione supponga un *demos* del quale sarebbe espressione - che il popolo, non diversamente dalla sfera pubblica, è costituito proprio dalla comune titolarità, in capo a ciascuno dei suoi componenti, dei medesimi diritti fondamentali. [...] E' dunque l'eguaglianza nei diritti fondamentali, e non già una supposta volontà comune di una supposta entità collettiva organica, che genera l'unità di un popolo, nell'unico senso in cui una tale unità si può parlare in democrazia". Per l'autore, i diritti fondamentali possono essere concepiti come "frammenti di sovranità popolare in capo a tutti e a ciascun cittadino" (*op. cit.*, 11). La disposizione secondo cui la sovranità appartiene al popolo, avrebbe una valenza garantista: opera "come garanzia negativa, nel senso che la sovranità, come afferma per esempio la Costituzione italiana, 'appartiene al popolo' e a nessun altro, sicché nessun titolare di pubblici poteri - assemblea elettiva o presidente eletto - può appropriarsene e usurparla; e come garanzia positiva, nel senso che, non essendo il popolo un macrosoggetto ma l'insieme di milioni di persone in carne ed ossa, la sovranità si identifica con quei frammenti di poteri e contropoteri sovrani di tutti e di ciascuno che sono appunto i diritti costituzionali a tutti e a ciascuno attribuiti": così L. FERRAJOLI, *Dodici questioni intorno ai principia iuris*, in S. ANASTASIA (a cura di), *Diritto e democrazia nel pensiero di Luigi Ferrajoli*, Giappichelli, Torino, 2011, 193. Per una ricostruzione del pensiero dell'autore con riferimento ai concetti di popolo, Costituzione e diritti fondamentali, v. F. CERRONE, *In margine ai principia iuris di Luigi Ferrajoli*, in S. ANASTASIA (a cura di), *Diritto e democrazia nel pensiero di Luigi Ferrajoli*, cit., 27 ss., in part. 30.

⁹⁶ Sul punto v. H. KELSEN, *La democrazia*, Il Mulino, Bologna, 1984, 62 ss., in cui l'autore sottolinea come la differenza tra il popolo inteso come insieme di soggetti a regole obbligatorie e come insieme dei soggetti titolari di diritti politici "rappresenta una grandezza notevole e può essere ridotta fino alla democrazia". L'autore sottolinea come "il popolo come insieme dei titolari di diritti politici, anche in una democrazia radicale, rappresenta soltanto una piccola frazione della cerchia degli individui sottoposti all'ordine statale". Tra i criteri in virtù dei quali si restringe la collettività dei titolari dei diritti politici vi è quello della nazionalità: "il privilegio che l'istituzione della nazionalità fonda appare come a sé stante perché - per un errore che non ha per minima causa la tendenza indicata a limitare i diritti politici - si considera questa istituzione legata alla nozione stessa di Stato. Tuttavia l'esperienza della più recente evoluzione costituzionale insegna che *i diritti politici non debbono essere affatto legati alla nazionalità*. La Costituzione della Russia sovietica ha abbattuto, per esempio, una barriera secolare, e garantisce *la piena uguaglianza dei diritti politici anche a tutti gli stranieri che si trovano in Russia a scopo di lavoro*. Nel caratteristico sviluppo giuridico che, nella sua lenta evoluzione, compie l'idea di umanità, per cui il cittadino straniero, dapprima considerato come 'fuori legge', finisce in seguito per acquistare, gradualmente, l'uguaglianza dei diritti civili, quantunque oggi, quasi ovunque, non possa ancora godere di quelli politici, il passo compiuto in questo capo dall'Unione sovietica rappresenta un fatto di importanza storica" (enfasi aggiunta).

⁹⁷ Per una critica alla nozione unitaria di popolo in senso schmittiano, che si fonderebbe su una presunzione indimostrata e che tradisce, nel contesto pluralista esistente in regime di suffragio universale, un "carattere propriamente autoritario", v. G. AZZARITI, *Critica della democrazia identitaria*, Laterza, Bologna-Roma, 2005, 127. Sul carattere disomogeneo e plurale del popolo nella Costituzione v. da ultimo G. BRUNELLI, *Ancora attuale. Le ragioni giuridiche*

ma come sovranità della Costituzione⁹⁸ o come sovranità dei soggetti che sono titolari di diritti fondamentali.

Una legge che riconoscesse i diritti politici allo straniero – o ad alcune categorie di stranieri – avrebbe una valenza interpretativa delle disposizioni costituzionali evocate, concorrendo al rinnovamento dei significati alle stesse attribuibili⁹⁹. Al tempo stesso, se un nuovo, diffuso consenso sui significati costituzionali di cui la legge si facesse portatrice non fosse venuto in essere, la legge potrebbe essere censurata come foriera di un'operazione non interpretativa, ma sostanzialmente modificativa (e quindi illegittima) delle disposizioni costituzionali che distinguono il cittadino dallo straniero e sanciscono l'appartenenza della sovranità al popolo, inteso come collettività dei cittadini.

Gli argomenti fin qui considerati non appaiono quindi dirimenti. La tesi della non illegittimità delle norme di legge che regolino i diritti politici dello straniero può essere a nostro avviso più solidamente fondata sulla ricostruzione dei confini della competenza legislativa statale in tema di cittadinanza (art. 117, comma 2, lett. i, Cost.). Come è noto, la legge 91/1992 prevede, per gli stranieri adulti regolarmente soggiornanti per dieci anni in Italia, la possibilità di acquisto della cittadinanza come esito di un provvedimento concessorio (art. 9 l. 91/1992). Ben potrebbe accadere che, nell'esercizio della discrezionalità che gli è propria, una legge qualifichi l'acquisto della cittadinanza da parte dello straniero come diritto soggettivo, esito del mero accertamento di presupposti legali nell'esercizio di attività amministrativa vincolata (con conseguente radicamento della giurisdizione in capo al giudice ordinario). Considerata l'ampia discrezionalità di cui gode il legislatore nel regolare i presupposti e i procedimenti di acquisto della cittadinanza, non credo che potrebbe essere considerata illegittima una legge che riconoscesse la cittadinanza in base a criteri laschi, per esempio a vantaggio di tutti gli

della perdurante vitalità della Costituzione, in G. BRUNELLI, G. CAZZETTA (a cura di), *Dalla Costituzione "inattuata" alla Costituzione "inattuale"? Potere costituente e riforme costituzionali nell'Italia repubblicana. Materiali dall'incontro di studio. Ferrara, 24-25 gennaio 2013*, Giuffrè, Milano, 2013, 12, che ne parla come di un insieme di "cittadini e gruppi politici e sociali portatori di interessi variegati e conflittuali".

⁹⁸ Sul punto v. G. SILVESTRI, *La parabola della sovranità. Ascesa, declino e trasfigurazione di un concetto*, in *Dir. Pubbl.*, 1995, 70.

⁹⁹ Il fenomeno è stato così rappresentato da R. BIN, *Diritti e argomenti*, cit., 23: "il collegamento sistematico tra l'ordinamento costituzionale e l'ordinamento di settore opera nelle forme di un rinvio 'mobile' ai concetti di quest'ultimo, consentendo che le innovazioni normative che intervengono a livello di legislazione ordinaria riflettano il loro spirito innovatore anche sul piano costituzionale". Tale collegamento tra Costituzione e legge è spesso praticato dalla Corte costituzionale, nella cui giurisprudenza "è costante ... lo sforzo di non interrompere i legami tra i due ordinamenti, in modo che le evoluzioni dell'uno svecchino le categorie dell'altro, ma anche che, nel verso opposto, i principi del secondo impongano la coerenza sistematica nello sviluppo del primo" (*ibidem*, 24).

stranieri regolarmente soggiornanti da un certo numero di anni (salvo il diritto di rifiuto). Se quindi le “maglie” della legge sulla cittadinanza possono essere allargate fino all’ipotesi estrema di prevedere un riconoscimento sostanzialmente *ope legis* a larga parte dei cittadini stranieri residenti (una sorta di editto di Caracalla del XXI secolo), non si vede perché, come il più comprende il meno, alla legge non debba essere consentito regolare le condizioni di acquisto dei diritti politici da parte dello straniero.

De iure condendo, ad avviso di chi scrive la riduzione della divaricazione tra corpo elettorale, popolo e popolazione dovrebbe essere perseguita, in primo luogo, attraverso la rivisitazione delle regole sull’acquisto della cittadinanza. E’ noto che nelle ultime legislature sono stati presentati alle Camere disegni di legge recanti nuove norme sulla cittadinanza, che prevedono l’acquisto della stessa *iure soli* per i figli di stranieri regolarmente soggiornanti nati in Italia; la configurazione dell’acquisto da parte degli stranieri regolarmente soggiornanti che non siano nati in Italia come diritto soggettivo, che viene in essere all’inverarsi di presupposti legalmente predefiniti; l’acquisto *iure culturae* da parte dei minori stranieri irregolarmente soggiornanti¹⁰⁰. Fatta questa premessa, il diritto di voto *amministrativo* potrebbe essere riconosciuto agli stranieri che soggiornano regolarmente per un certo numero di anni (come previsto in numerosi ordinamenti di Paesi dell’Unione europea¹⁰¹), senza alcun collegamento – ad avviso di chi scrive - con il reddito percepito: non solo, quindi, agli stranieri titolari del permesso di soggiorno Ue per soggiornanti di lungo periodo. Il percorso per l’acquisto del diritto di voto *politico* potrebbe invece essere collegato a quello per l’acquisto della cittadinanza, riconoscendosi la titolarità dello stesso solo agli stranieri che, dopo un soggiorno regolare di durata determinata, abbiano presentato una pre-istanza di naturalizzazione. Verrebbe in questo modo in essere una figura intermedia tra il cittadino e lo straniero, quella dell’*intending citizen* (straniero in attesa di cittadinanza), che ha manifestato l’intenzione di costruire un legame di lealtà e di affiliazione alla Repubblica e può quindi essere destinatario di un regime giuridico privilegiato¹⁰². L’attribuzione *sic et simpliciter*

¹⁰⁰ Sui disegni di legge presentati nella XVI legislatura v. A. SCHILLACI, *La riforma della legge sulla cittadinanza*, in F. ANGELINI, M. BENVENUTI, A. SCHILLACI (a cura di), *Le nuove frontiere del diritto dell’immigrazione: integrazione, diritti, sicurezza*, cit., 338 ss., e, *ibidem*, E. PAPARELLA, *Accesso alla cittadinanza e seconde generazioni dell’immigrazione*, 358 s.

¹⁰¹ Per una panoramica sul tema v. D. SARDO, *I diritti politici dei non cittadini*, in F. ANGELINI, M. BENVENUTI, A. SCHILLACI (a cura di), *Le nuove frontiere del diritto dell’immigrazione: integrazione, diritti, sicurezza*, cit., 322.

¹⁰² Negli Stati Uniti, dal 1795 al 1952, dopo due anni di residenza legale negli Usa, lo straniero poteva presentare una *declaration of intention* e, decorsi due ulteriori anni, poteva presentare l’istanza di naturalizzazione. In questo periodo la *declaration of intention* era un prerequisito per la naturalizzazione; dopo il 1952 tale dichiarazione è divenuta opzionale. Sul punto vedi Corte Suprema degli Stati Uniti, *Ambach v. Norwick*, 441 U.S. 68, 80-81 (1979), in

del diritto di voto politico allo straniero regolarmente e stabilmente soggiornante rappresenterebbe, invece, una misura eccessiva rispetto alla volontà espressa dallo straniero e avrebbe un effetto disincentivante l'acquisto della cittadinanza, che diverrebbe sostanzialmente inutile.

Questo approccio pragmatico e gradualista trova la propria giustificazione nel fatto che l'arrivo in un nuovo paese non è il momento in cui una persona cessa di essere parte di una comunità e diviene membro di un'altra. E' piuttosto un processo incrementale in cui, passo dopo passo, la vita di un soggetto si sposta in un altro Paese, fino al punto in cui una nuova affiliazione può venire in essere. Non di rado la nuova appartenenza convive con quella originaria, anche a causa di fenomeni migratori che infrangono i confini tra gli Stati (la migrazione di ritorno, la migrazione circolare), e questa duplice appartenenza può essere suggellata dalla coesistenza di due cittadinanze¹⁰³. Abbiamo visto che la "associazione al territorio" è il criterio in virtù del quale sono rilasciati alcuni tipi di permesso di soggiorno, tra cui il permesso di soggiorno Ue per soggiornanti di lungo periodo. Analogamente, in una dimensione incrementale e progressiva, potrebbe maturare l'acquisto dei diritti politici da parte dello straniero prima dell'acquisto della cittadinanza.

Sia le norme sull'acquisto della cittadinanza che quelle sui diritti politici avrebbero, quindi, la funzione di creare un modello di integrazione pragmatico, graduale e costruito attraverso incentivi e opportunità da cogliere nel tempo, differente tanto da quello monoculturale-assimilazionista, che evoca il traumatico abbandono della propria cultura e identità, che da quello multiculturalista, che prefigura l'esistenza di comunità separate, di piccole patrie all'interno della nazione¹⁰⁴. Non si possono certo disconoscere le difficoltà costituzionali che tale percorso comporta. La prima di queste è collegata alla degenerazione della cultura politica e alla sempre maggiore diffusione della figura del "cittadino non educato". Se infatti all'estensione del diritto di voto è stato storicamente attribuito anche un valore educativo, perché attraverso il suo esercizio alla "cultura da sudditi", orientata "verso i benefici che l'elettore spera di trarre dal sistema politico", dovrebbe subentrare la "cultura partecipante", orientata "verso gli *input*, che è propria degli elettori che si considerano politicamente impegnati nell'articolazione delle domande e della formazione delle decisioni", oggi una parte rilevante degli aventi diritto di voto non esercita tale diritto o preferisce

cui si è ritenuto non illegittimo il trattamento privilegiato per gli stranieri che manifestino la volontà di divenire cittadini; su questa decisione cfr. The Harvard Law Review Association, *Development in the law. Immigration policy and the rights of aliens*, in *Harvard law review*, 1983, 1405.

¹⁰³ Sul ripensamento dell'istituto della cittadinanza in termini di "cittadinanza transnazionale" v. L. ZANFRINI, *Cittadinanza*, in G. BATTISTELLA (a cura di), *Migrazioni*, cit., 155.

¹⁰⁴ Su questo possibile rapporto tra un'idea forte di comunitarismo e il multiculturalismo v. B. PANZÉ, *Il comunitarismo*, Laterza, Roma-Bari, 2004, 93.

il “voto di scambio” al “voto di opinione”¹⁰⁵. Rispetto ai cittadini italiani e agli stranieri, pertanto, sarebbero necessarie nuove politiche sociali, culturali ed educative volte a migliorare la quantità e la qualità della partecipazione politica. La seconda criticità attiene alla struttura del sistema dei partiti. Dopo l’attenuazione delle grandi fratture su cui il primo sistema dei partiti repubblicano era sorto, è possibile che su nuove fratture - quella religiosa tra cristiani e mussulmani, quella etnica, quella linguistica - si formino nuovi partiti¹⁰⁶. Poiché tuttavia, di tutti i nuovi *cleavages*, quello cui l’opinione pubblica sembra essere più sensibile è quello religioso, deve essere ricordato che gli stranieri che professano la religione islamica sono attualmente una minoranza della minoranza straniera¹⁰⁷.

In ultima analisi, se la Costituzione riconosce la diversità di status tra cittadino e straniero e, al tempo stesso, assolve al compito di integrazione “del pluralismo sociale in unità politica”¹⁰⁸, il rafforzamento della partecipazione attraverso il graduale riconoscimento di diritti politici appare un percorso costituzionalmente orientato. In quest’ottica, quindi, il diritto di voto sarebbe da riconoscersi prima dell’acquisto della cittadinanza, come diritto afferente a uno status intermedio tra quello di straniero e quello di cittadino, al fine di incentivare la partecipazione politica dello straniero e di porre le condizioni per l’acquisto dello status di cittadino.

8. Il diritto dell’immigrazione e lo stato di eccezione: l’afflusso di migranti dal medio-oriente e dal Nord Africa e la sospensione delle garanzie costituzionali. Il caso dei “punti di crisi”.

E’ nota l’affermazione di Carl Schmitt secondo cui “sovrano è chi decide sullo stato di eccezione”¹⁰⁹. La Costituzione italiana del 1947, scritta all’indomani della caduta del fascismo e della fine del conflitto bellico, certo non contiene una disposizione analoga a quella di cui all’art. 48 della Costituzione di Weimar, considerata dall’autore come il fondamento delle “competenze eccezionali” del Capo dello Stato¹¹⁰. Eppure, l’elevato afflusso di stranieri dal Nord-Africa e dall’Asia verso l’Europa a partire dal 2014 ha comportato

¹⁰⁵ Cfr. N. BOBBIO, *Il futuro della democrazia*, Einaudi, Torino, 1995, 20 ss.

¹⁰⁶ Sul punto si vedano le considerazioni di M. LUCIANI, *La partecipazione politica e i migranti*, cit., 79, secondo il quale “i diritti politici servono all’integrazione solo se non conducono alla competizione tra liste etniche, perché se questo accadesse si innescherebbe un fenomeno opposto, che aggraverebbe, anziché risolvere, i problemi dell’integrazione”.

¹⁰⁷ Sul punto v. P. CIARLO, *Nuovi cittadini e vecchie sudditanze*, in *Costituzionalismo.it*, 2012.

¹⁰⁸ In questo senso G. ZAGREBELSKY, *Diritto costituzionale. Il sistema delle fonti del diritto*, Utet, Torino, 1990, IX.

¹⁰⁹ Cfr. C. SCHMITT, *Le categorie del politico. Saggi di teoria politica a cura di Gianfranco Miglio e Pierangelo Schiera*, Il Mulino, Bologna, 1972, 33.

¹¹⁰ Cfr. C. SCHMITT, *Le categorie del politico*, cit., 38.

l'adozione di norme e prassi applicative lesive di diritti "inviolabili" o "fondamentali", rispetto a cui la possibilità di una tutela giurisdizionale interna è di fatto inesistente; in questo senso, pertanto, acquista una particolare importanza la tutela giurisdizionale presso la Corte edu¹¹¹.

Occorre ricordare i capisaldi della disciplina europea e nazionale in tema di diritto di asilo: il principio secondo cui la competenza all'esame della domanda di protezione internazionale, in carenza di minori o ricongiungimenti familiari, è del paese di primo ingresso; il principio secondo cui lo straniero richiedente asilo può essere trattenuto, sebbene il semplice fatto della richiesta di asilo non possa giustificare la detenzione amministrativa; il principio secondo cui la libertà di circolazione sul territorio nazionale del Paese che ha preso in carico lo straniero può essere limitata. Per quanto riguarda gli status, deve essere evidenziata: l'introduzione di un concetto ampio di protezione internazionale, che include lo "status di rifugiato", già previsto dalla Convenzione di Ginevra del 1951, e quello di "beneficiario della protezione sussidiaria", introdotto dalla direttiva "qualifiche" (cui devono essere aggiunte le eventuali figure complementari di protezione internazionale regolate dalle normative nazionali); la tendenziale parificazione del regime giuridico di queste due figure; il riconoscimento di un articolato catalogo di diritti a favore del richiedente e del beneficiario del diritto di asilo; l'accesso da parte dei beneficiari di protezione internazionale al permesso di soggiorno Ue per soggiornanti di lungo periodo.

Questo disegno normativo è stato parzialmente incrinato dall'eccezionale afflusso di stranieri avvenuto a partire dal 2014¹¹². L'emergenza ha portato all'adozione di alcuni atti europei e nazionali: l'agenda europea per l'immigrazione, atto informale della Commissione europea del maggio 2015 (Com 2015/240); due decisioni europee (Dec 2015/1523, Dec 2015/1601)¹¹³;

¹¹¹ Tra i precedenti riguardanti l'Italia, in tema di respingimenti in mare, è nota la sentenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo del 23 febbraio 2012 - Ricorso n. 27765/09 - Hirsi Jamaa e altri c. Italia.

¹¹² I numeri degli stranieri che sono entrati nel territorio nazionale dei Paesi Ue senza passare dai valichi di frontiera sono progressivamente crescenti: nel 2013 si trattava di poco più di 100mila migranti, nel 2014 sono saliti a 284mila; nel 2015 sono giunte 1 milione e 200mila persone (218mila nel solo mese di ottobre): la metà di queste sono arrivate in Grecia e quasi 1/5 in Italia.

¹¹³ Il fondamento giuridico di questi atti sono l'art. 80 Tfu, che sancisce il principio di solidarietà e di equa ripartizione della responsabilità tra gli Stati membri in queste politiche europee, e l'art. 78, par. 3, Tfu che facoltizza l'adozione di misure europee temporanee in caso di emergenza. A essere posti in discussione sono il principio secondo cui il controllo delle frontiere e la decisione sull'ingresso e il soggiorno di uno straniero è esclusivamente nazionale. Le nuove misure che concorrono a determinare il superamento della dimensione nazionale nell'accoglienza dei richiedenti protezione internazionale sono: l'azione di soccorso in mare e le attività di fermo, ispezione, confisca e sequestro delle barche utilizzate per il traffico di persone (attraverso le operazioni Triton e Poseidon); l'istituzione degli *hotspots* o "punti di crisi", in

sul piano nazionale, la *roadmap* italiana del settembre 2015. Dall'analisi di queste misure (e delle prassi applicative ad esse collegate) emerge una tendenza negativa o riduttiva dei diritti costituzionali e umani dello straniero. Sono stati infatti istituiti gli *hotspot* o "punti di crisi", luoghi in cui funzionari delle agenzie europee (Frontex, Europol, Easo) e ufficiali italiani o greci cooperano nell'opera di identificazione, registrazione, selezione e rimpatrio dei migranti nel quadro di processi compositi, in parte nazionali e in parte europei¹¹⁴. In questa sede i migranti sono divisi tra migranti richiedenti protezione internazionale, che sono poi destinati ad essere accolti nei centri di seconda accoglienza o *regional hubs* fino alla decisione ad essi relativa da parte della competente commissione territoriale, e migranti "economici", per

cui funzionari nazionali ed europei sovrintendono alle procedure di prima accoglienza, identificazione e classificazione dei migranti; la "ricollocazione" dei migranti politici che dovrebbe comportare il trasferimento di persone richiedenti asilo dall'Italia e dalla Grecia verso altri Paesi europei (la decisione n. 2015/1523 prevede la ricollocazione di 40mila richiedenti asilo in due anni da Italia e Grecia, mentre la decisione n. 2015/1601 delinea un piano biennale di "ricollocazione" per 120mila persone); un temporaneo meccanismo di reinsediamento in Europa di poco più di 20mila profughi ospitati da paesi terzi; il rilancio della cooperazione internazionale con i paesi terzi; un maggiore sforzo finanziario per promuovere gli accordi di riammissione; la costituzione di una rete di funzionari dislocati nei principali Paesi di provenienza (*European immigration liaison officers*); nuove proposte su un controllo comune delle frontiere esterne (*European border coast guard*). In virtù di tali misure, quindi, il soccorso in mare non è più solo statale, ma anche europeo, in quanto è posto sotto la guida dell'Agenzia europea Frontex; i procedimenti statali di prima accoglienza sono coordinati e controllati da organi misti, in cui siedono funzionari europei e statali (*migration management and support teams*); i meccanismi di ricollocazione sono basati su una pianificazione che si articola in procedimenti complessi, nazionali e internazionali. Anche il rafforzamento della dotazione finanziaria e la costituzione di una rete di referenti nei principali Paesi di origine dei flussi va nella direzione della centralizzazione del *migration management* in capo all'Ue. A ciò va aggiunta la proposta della Commissione europea di modificare il regolamento Dublino III, al fine di inserire un meccanismo permanente di *relocation* in situazioni di crisi (Doc. COM (2015) 450 del 9.9.2015). Va tuttavia detto che la più rilevante di queste misure – il "ricollocamento" degli stranieri dall'Italia e dalla Grecia verso altri Paesi europei – è circoscritta agli stranieri appartenenti "a una nazionalità per la quale la percentuale di decisioni di riconoscimento della protezione internazionale, in base agli ultimi dati medi trimestrali Eurostat relativi a tutta l'UE, è pari o superiore al 75%", ossia, in sintesi, eritrei, iracheni e siriani. Inoltre la misura non ha avuto successo: di 40mila stranieri da "ricollocare" (art. 1. Dec 2015/1523), dopo i primi cinque mesi, solo 885 sono stati ricollocati (sul punto v. R. CARTA, *Il migration management: strumento di gestione o di controllo del fenomeno migratorio?*, *Un'analisi delle recenti misure comunitarie: gli hotspot e il ricollocamento*, in corso di pubblicazione). La ragione di questo fallimento è soprattutto la mancata previsione di sanzioni per i Paesi che non accettano il ricollocamento, se non il rischio dell'ordinario procedimento di infrazione esperito dalla Commissione europea. Per una analisi delle misure europee e nazionali adottate a partire dal maggio 2015 v. M. SAVINO, *Giornale di diritto amministrativo*, 6/2015, 729 ss. e R. CARTA, *Il migration management: strumento di gestione o di controllo del fenomeno migratorio?*, cit.

¹¹⁴ In Italia i "punti di crisi" sono attualmente quattro e sono situati a Lampedusa, Pozzallo, Porto Empedocle e Trapani.

i quali sono poste in essere le ordinarie procedure di allontanamento. E' in questa nuova porzione del diritto dell'immigrazione che si registra la maggiore difficoltà a conciliare la teoria dei diritti fondamentali con la normativa e la pratica dei poteri e processi amministrativi sovranazionali.

Viene in evidenza, in primo luogo, la violazione delle garanzie della libertà personale di cui all'art. 13 Cost. Gli *hotspot* o "punti di crisi" sono, secondo quanto previsto dalla *roadmap* italiana del settembre 2015, "luoghi chiusi" in cui sono trattenuti di fatto¹¹⁵ gli stranieri che rifiutano di sottoporsi al fotosegnalamento¹¹⁶. Il carattere chiuso del luogo e la natura coercitiva del trattenimento sono indice del fatto che il provvedimento incide sulla libertà personale, diritto proprio anche dello straniero comunque presente sul territorio nazionale. A essere violate sono quindi sia la garanzia della riserva di legge che quella della riserva di giurisdizione, considerato che non è neppure previsto un controllo giurisdizionale *ex post* nelle forme dell'art. 13, comma 3 Cost.

Inoltre l'Unione europea, con un documento informale, ha chiesto ai Paesi come l'Italia di procedere al prelievo coercitivo delle impronte digitali, ma questa prassi, in base all'art. 13 Cost., potrebbe aver luogo solo in forza di una norma di legge che lo preveda e nel rispetto della riserva di giurisdizione¹¹⁷.

Ulteriori criticità emergono dalle prassi applicative nei punti di crisi. Sebbene infatti dal divieto di espulsioni collettive derivi l'obbligo di un esame individuale e accurato delle singole domande, la distinzione tra migranti richiedenti asilo e migranti economici viene fatta mediante un'istruttoria superficiale e con l'ausilio di questionari non adeguatamente esplicativi¹¹⁸. Criticità

¹¹⁵ La prassi del trattenimento di fatto, è stato evidenziato, esisteva già nei "centri di prima accoglienza": cfr. L. MASERA, *Lampedusa violazione sistematica delle libertà personali*", in *Diritti Umani e Diritto Internazionale*, 1/2014, 83 ss.

¹¹⁶ L'art. 8 co. 2, d.Lgs. 142/15 prevede che "le funzioni di soccorso e prima accoglienza, nonché di identificazione continuano ad essere svolte nelle strutture allestite ai sensi del d. l. 451/95, convertito dalla legge 563/95": null'altro dispone il decreto legislativo riguardo alla primissima fase di accoglienza. Il legislatore ha quindi deciso in sostanza di non regolamentare, almeno a livello di fonti primarie, questa fase decisiva dell'accoglienza (che riguarda tanto i richiedenti asilo che i migranti economici), limitandosi ad un rimando alla cd. legge Puglia (legge 563/95), che a sua volta non fa che prevedere la possibilità di istituire tali Centri, senza nulla dire riguardo al loro funzionamento.

¹¹⁷ Cfr. COM (2015) 679, *Relazione sull'attuazione dei punti di crisi (hotspot) in Italia*, laddove si afferma che «le autorità italiane dovrebbero accelerare gli sforzi, anche sul piano legislativo, per fornire un quadro giuridico più solido ai fini dello svolgimento delle attività presso i punti di crisi, in particolare per consentire l'uso della forza e prevedere disposizioni in materia di trattenimento a più lungo termine nei confronti dei migranti che rifiutano di fornire le impronte digitali. L'obiettivo del 100% dei migranti in ingresso sottoposti a rilevamento delle impronte va raggiunto senza ulteriori indugi». Per una ricostruzione del rapporto tra questi documenti informali europei e le garanzie di cui all'art. 13 Cost., v. R. CARTA, *Il migratory management: strumento di gestione o di controllo del fenomeno migratorio?*, cit.

¹¹⁸ Allo straniero viene infatti consegnato un questionario da compilare nel quale si chiede

costituzionali emergono altresì dall'accordo tra l'Unione europea e la Turchia del marzo 2016. In base a tale accordo, numerosi stranieri sono trasferiti dalla Grecia alla Turchia, che si impegna ad accoglierli fino all'espletamento delle procedure di esame delle domande di asilo. L'accordo è di dubbia conformità con il divieto di espulsioni collettive (art. 4, protocollo 4 della Cedu e art. 14 della Carta dei diritti) e con il divieto di tortura e di trattamenti inumani e degradanti (art. 3 Cedu e art. 4 della Carta dei diritti), che impone di non allontanare una persona verso un Paese non sicuro sotto questo profilo.

In ultima analisi, la vicenda rivela in primo luogo la difficoltà esistente a conciliare il profilo soggettivo e quello istituzionale dei diritti dello straniero e, in particolare, del diritto di asilo: il profilo soggettivo attiene alla posizione del singolo migrante, titolare di un diritto alla protezione internazionale secondo le norme vigenti; il profilo istituzionale, invece, si collega alla gestione del fenomeno migratorio collettivo e sottintende l'esigenza di un grande sforzo organizzativo per l'accoglienza di queste persone, compatibilmente con le risorse disponibili, in un contesto reso politicamente difficile dalla rinascita dei nazionalismi, dal successo dei partiti xenofobi e dalla riluttanza alla cooperazione di alcuni Stati non frontalieri. Dal conflitto tra la dimensione istituzionale e la dimensione soggettiva è emersa una rinnovata lettura negativa o riduttiva di alcuni diritti, fatto questo che conferma quanto sia più debole la posizione dello straniero alla frontiera che, privo di un "contratto" per l'ingresso legale o di legami costruiti con il soggiorno irregolare nel territorio, può invocare "solo" la titolarità dei diritti costituzionali e umani. Nel conflitto tra *lex* e *iura*, la tutela dei secondi è affidata invece esclusivamente alle giurisdizioni nazionali e sovranazionali.

9. Conclusioni.

Si è visto come, in virtù di norme ascrivibili a tre differenti approcci alla regolazione dei diritti (il "contratto", il riconoscimento e la garanzia dei diritti inviolabili o fondamentali, l'uguaglianza nella titolarità e nel godimento

di indicare la ragione del viaggio tra le seguenti indicate: a) lavoro; b) riunificazione familiare; c) asilo; d) fuga dalla povertà; e) altro. Vi sono, però, poche persone che spiegano il significato delle formule utilizzate e accade che talvolta lo straniero indichi "lavoro" in quanto aspira a integrarsi senza essere un peso per la comunità che lo accoglie, laddove invece quella risposta è considerata indice del carattere "economico" del migrante. La formula asilo, inoltre, è certo corretta ma troppo sintetica; meglio sarebbe se fosse affiancata da formule quali "fuga dalla guerra" e "fuga dalle persecuzioni", in virtù delle quali il questionario diventerebbe più chiaro e facilmente intelligibile. Sulla prassi dell'identificazione e i dubbi relativi all'esistenza di una efficace informazione degli stranieri in ordine al diritto di chiedere asilo politico e a quello di contattare le organizzazioni umanitarie v. Documento ASGI 21-10-2015, Garantire i diritti degli stranieri sbarcati e soccorsi in mare, http://www.meltingpot.org/IMG/pdf/2015_documento-asgi-hot-spot-road-map-21-ottobre-def.pdf

di diritti anche non fondamentali), la legge riconosca agli stranieri una pluralità di diritti, senza che ciò si accompagni all'affermazione dell'uguaglianza tra gli appartenenti a diverse categorie di straniero e tra lo straniero e il cittadino. La titolarità da parte dello straniero dei diritti costituzionali, così come, di conseguenza, l'uguaglianza con il cittadino, è negata dalla teoria contrattuale. L'approccio che collega la titolarità dei diritti inviolabili o fondamentali alla presenza sul territorio riconosce gli stessi diritti allo straniero anche irregolarmente soggiornante, ma il legislatore ne ha dato una declinazione tendenzialmente riduttiva, con conseguente disuguaglianza rispetto allo straniero regolarmente soggiornante e al cittadino. L'approccio che riconosce l'uguaglianza tra cittadino e straniero nella titolarità e nel godimento dei diritti non fondamentali, nella sua traduzione legislativa implica la disuguaglianza a svantaggio dello straniero irregolarmente soggiornante e dello straniero regolarmente (ma non stabilmente) soggiornante.

Date queste premesse, possiamo quindi provare a rispondere ad alcune domande.

La prima è se, utilizzando come prisma le norme di legge e la giurisprudenza costituzionale relative all'immigrazione e alla condizione giuridica dello straniero, i diritti fondamentali costituiscano una categoria distinta rispetto a quella dei diritti non fondamentali. La risposta è necessariamente in senso positivo in quanto, secondo la legge e la giurisprudenza costituzionale, in linea di principio solo i diritti inviolabili o fondamentali spettano a tutte le categorie di stranieri, a prescindere dalla regolarità del soggiorno. La ricognizione dei diritti fondamentali dello straniero e la definizione del loro contenuto minimo presenta, tuttavia, margini di incertezza. Per il legislatore, questi diritti sembrano coincidere con i diritti letteralmente definiti dalla Costituzione come inviolabili o fondamentali e con il diritto all'istruzione. La giurisprudenza costituzionale ha invece valorizzato come diritti fondamentali anche diritti non espressamente previsti come tali (ad esempio, il diritto al matrimonio e il diritto alla vita privata e familiare), in forza della stratificazione tra la Costituzione e le norme e i trattati internazionali (in particolare la Cedu). Non mancano però linee di tendenza volte a superare questa distinzione: il diritto all'unità familiare è, al tempo stesso, un diritto fondamentale ed un diritto proprio del solo straniero regolarmente soggiornante; inoltre, per la giurisprudenza costituzionale non è ammessa la disparità di trattamento tra cittadino e straniero stabilmente soggiornante, anche nella titolarità e nel godimento di diritti non fondamentali (o nella parte eccedente il contenuto minimo di un diritto fondamentale).

Il secondo quesito è se sia costituzionalmente non illegittima la disparità di trattamento tra cittadini e stranieri. Come si è detto, è generalmente condiviso l'assunto secondo cui lo straniero irregolarmente soggiornante è titolare esclusivamente di diritti fondamentali o inviolabili. Al contrario, la disparità di trattamento tra cittadino e straniero regolarmente (e stabilmen-

te) soggiornante, anche con riferimento ai diritti non fondamentali, è stata ritenuta discriminatoria. La disuguaglianza è quindi parte del diritto dell'immigrazione e dello straniero. Tali disparità di trattamento sono, ad avviso di scrive, tollerabili e ragionevoli se e nei limiti in cui si preveda il godimento dei diritti inviolabili e fondamentali da parte dello straniero irregolarmente soggiornante in misura non limitata al contenuto minimo, o comunque - per ciò che concerne il diritto alla salute - in forme che consentano un equo contemperamento tra il pieno godimento del diritto e l'equilibrio della finanza pubblica. Inoltre, la disparità di trattamento è costituzionalmente ammissibile solo se è assicurata una prospettiva di accesso a quote crescenti di uguaglianza con il cittadino attraverso il mutamento dello status. Da questo punto di vista, quindi, le lacune principali della normativa vigente sono l'assenza di una procedura di regolarizzazione e la carenza di norme che, previa definizione dei presupposti, qualificano l'acquisto della cittadinanza come diritto soggettivo.

Infine, c'è da chiedersi se sia costituzionalmente ammissibile il riconoscimento di diritti politici in capo allo straniero. La nostra idea è che tale riconoscimento sia costituzionalmente non illegittimo. E' ben vero, tuttavia, che non tutti gli stranieri desiderano portare il percorso di associazione alla comunità fino alla conquista dei diritti di partecipazione politica, e che un automatico riconoscimento dei diritti politici renderebbe sostanzialmente inutile l'acquisto della cittadinanza. Pertanto l'attribuzione di tali diritti, e in particolare del diritto di voto politico, potrebbe essere regolata secondo un approccio pragmatico che valorizzi la progressiva associazione al territorio della persona attraverso l'istituzione di uno status intermedio tra quello di straniero regolarmente soggiornante e quello di cittadino. Questi diritti sarebbero così previsti nel contesto di un percorso normativo per l'acquisto della cittadinanza e, quindi, di una piena e definitiva uguaglianza.

IL DIRITTO AI BENI VITALI CIBO E ACQUA: NUOVI DIRITTI FONDAMENTALI?

di Benedetta Vimercati

SOMMARIO: 1. I fondamenti teorici. – 1.1. Il contributo del pensiero giuridico-filosofico e della scienza economica nella definizione dei beni vitali. – 1.3. I beni vitali nella giurisprudenza della Corte costituzionale italiana: una chiave di lettura. – 2. Una riflessione pratica: dal generale al particolare. – 2.1. Il diritto al cibo. – 2.2. Il diritto all'acqua. – 3. Nuove sfide e nuove metodologie. – 3.1. L'ecocentrismo sudamericano (nuevo costitucionalismo andino). – 3.2. I beni comuni. – 4. Alcune riflessioni conclusive. Diritti fondamentali in divenire?

1. I fondamenti teorici.

«Sono “diritti fondamentali” tutti quei diritti soggettivi che spettano universalmente a “tutti” gli esseri umani in quanto dotati dello status di persone, o di cittadini o di persone capaci d'agire»¹.

Tra le moltissime definizioni dei diritti fondamentali presenti nella storia del pensiero giuridico (e non), quella “teorico-strutturale o formale” di Ferrajoli ha il pregio di evitare l'eterno e insolubile dibattito sul fondamento ontologico di tali diritti, concentrando l'attenzione sulla loro “avalutativa” universalità. Sotto questo profilo, la definizione dell'Autore permette, su un piano teorico, di affermare come il concetto di “universalità” dei diritti fondamentali evidenzia una certa indipendenza «dalla loro previsione da parte del diritto positivo di un dato ordinamento»². Tale concezione consente, inoltre, dal punto di vista strutturale o formale, di provare a prescindere, nel riconoscimento dei diritti fondamentali, dalla «natura degli interessi e dei bisogni tutelati». Questa doppia indipendenza dei diritti fondamentali dalla loro positivizzazione e dalla “fondamentalità” dei beni, o dei valori loro sottesi, contribuisce a rendere tale definizione “ideologicamente neutrale”³.

A ben guardare, il legame tra fondamentalità dei diritti e fondamentalità dei beni sembra però in qualche modo inscindibile come riconosciuto, in al-

¹ L. FERRAJOLI, *Diritti fondamentali, un dibattito teorico*, Laterza, 2001, p. 5. Sull'universalità dei diritti fondamentali v. altresì M. CARTABIA, *Gli strumenti di tutela dei diritti fondamentali*, in *Iustitia*, 2008, p. 399 ss.

² L. FERRAJOLI, *Una definizione del concetto di diritti fondamentali*, in *www.ristretti.it*.

³ Secondo Mazzaresse, «una definizione teorica (...) quale ad esempio quella di Ferrajoli (...), non per questo perde le proprie connotazioni e implicazioni assiologiche. (...) anche e soprattutto perché i diritti fondamentali, tutelano beni, valori, bisogni essenziali» (cit. T. MAZZARESE, *Diritti fondamentali*, in U. POMARICI (a cura di), *Atlante di filosofia del diritto*, Giappichelli, 2013, p. 83).

tra sede, dallo stesso Ferrajoli⁴. Quale che sia il fondamento ideale dei diritti fondamentali, non può non evincersi come la loro universalità dipenda, in qualche misura, dal riconoscimento generale dell'importanza di quei beni o bisogni sostanziali ritenuti necessari alla pacifica convivenza. Sotto quest'ultimo profilo, compito del diritto costituzionale sarebbe (o dovrebbe essere) quello di dare "compimento" ai beni considerati fondamentali, offrendo loro un'adeguata effettività derivante dalla loro costituzionalizzazione⁵.

Tale considerazione presuppone, necessariamente e logicamente, una ricostruzione sistemica di cosa sia un bene vitale, il cui autentico elemento di problematicità risiede nel tentativo di comprendere, anzitutto, il significato degli aggettivi "vitale", "fondamentale", "essenziale", "primario" che spesso seguono il sostantivo "bene". La domanda che accompagna l'indagine sul significato dei beni vitali riguarda pertanto la loro (im)modificabilità storica: posto che la fundamentalità di tali beni è radicata nel rapporto che instaurano con il soggetto a cui si riferiscono – l'essere umano – occorre domandarsi se essi trascendano il tempo e lo spazio o se, al contrario, lo sviluppo economico, scientifico-tecnologico ma anche etico-morale di una comunità incidano nel loro processo di definizione⁶. La risposta a tale quesito non è in sé semplice e il livello di sofisticazione si fa ancor più significativo considerando che la garanzia e la tutela di beni considerati vitali coinvolge direttamente l'eterno tema della funzione e del ruolo dello Stato.

1.1. Il contributo del pensiero giuridico-filosofico e della scienza economica nella definizione dei beni vitali.

Un'indagine sulla natura ultima dei beni vitali non può prescindere dal contributo di altre scienze, quali il pensiero filosofico e la scienza economica. Per quanto riguarda il pensiero sulla teoria dello Stato, esso ha contribuito ad arricchire il linguaggio giuridico riguardante l'inestricabile relazione tra i beni vitali e i diritti (e doveri) fondamentali in una prospettiva teorica

⁴ «La formula universale, inalienabile, indisponibile e costituzionale di questi diritti si rivela (...) come la tecnica – o garanzia – apprestata a tutela di ciò che nel patto costituzionale viene riconosciuto "fondamentale": ossia di quei bisogni sostanziali la cui soddisfazione è condizione della convivenza civile e insieme causa o ragione sociale di quell'artificio che è lo Stato» (L. FERRAJOLI, *Diritti fondamentali*, op.cit., p. 8). Analogamente, ID., *Sull'acqua come bene vitale*, in *www.contrattoacqua.it*, 2014.

⁵ Cfr. C. COLAPIETRO, M. RUOTOLO, *Diritti e libertà*, Giappichelli, 2014, p. 3: l'idea base del costituzionalismo è quella di «sottoporre il potere a regole, subordinando quest'ultimo ai bisogni della società o degli individui».

⁶ Cfr. F. VIOLA, *Politeismo dei valori e diritti umani*, in G. SADUN BORDONI (a cura di), *Diritti dell'uomo e dialogo interculturale nel Mediterraneo*, ESI, 2009, p. 94; G. FONTANA, *Dis-eguaglianza e promozione sociale: bisogno e merito (diverse letture del principio di eguaglianza nel sistema costituzionale)*, in *www.gruppodipisa.it*, 2015; M. WALZER, *L'uguaglianza complessa*, in S. VECA (a cura di), *Giustizia e liberalismo politico*, Feltrinelli, 1996, p. 150.

amplissima, che chiama in gioco il compito stesso dello Stato di diritto nel riconoscimento dei suoi principi fondativi di giustizia sociale, uguaglianza e democrazia⁷. Pur non essendo questa la sede per dar conto della storia del pensiero filosofico occidentale (continentale), è possibile individuare alcuni momenti utili a comprendere i principali nodi teorici che complicano ancora oggi la definizione di “bene vitale”.

Se già nell’antica Grecia l’importanza dei beni vitali è stata da subito connessa alla nascita dello Stato (*polis*)⁸, non diverso appare, a molti secoli di distanza, il riconoscimento dei bisogni fondamentali operato dai moti della Rivoluzione francese e scaturito dal desiderio condiviso dalla popolazione (o quanto meno dalla borghesia parigina) di ricostruire un ordine sociale più giusto⁹. Benché nelle Costituzioni liberali di fine Settecento da qui mutate l’importanza dell’approvvigionamento dei beni vitali fosse considerato una funzione costituzionale dell’ordinamento, essa è poi cresciuta con l’avvento dello Stato social-democratico quando il principio di eguaglianza ha assunto una corposità inedita. L’individuo sente come (paradossalmente) stretto “l’essere messo nelle condizioni di accedere ai beni fondamentali” di matrice liberale ed auspica di diventare diretto beneficiario di beni che ritiene necessari attraverso una distribuzione operata dalle istituzioni pubbliche secondo un’ideale di giustizia sociale. Perché questo ideale di giustizia sociale possa essere tradotto in azioni concrete, occorre comprendere di che cosa sia questa eguaglianza¹⁰; domanda intorno alla quale si edifica una parte del pensiero di Rawls. L’Autore individua i beni primari in quei beni che possono dirsi tali non solo per un dato di natura ma anche in virtù del diffuso riconoscimento della loro fundamentalità da parte di tutti i componenti della società¹¹. Si

⁷ Come affermato da HEGEL, *Lineamenti di filosofia del diritto*, p. 197, il riconoscimento dell’universalità dei bisogni «contiene immediatamente l’esigenza dell’uguaglianza con gli altri in questo campo; il bisogno di questa uguaglianza, da una parte, e l’adeguarsi, l’imitazione; come, d’altra parte, il bisogno della particolarità di farsi valere mediante una distinzione, diviene esso stesso una effettiva fonte della moltiplicazione dei bisogni e della loro diffusione».

⁸ Platone propone una prima classificazione dei bisogni fondamentali: «Ora il primo e principale dei nostri bisogni è la provvista di cibo per l’esistenza e la vita. Il secondo è l’abitazione e il terzo è l’abbigliamento e cose simili» (PLATONE, *Repubblica*, II, 369 d; cfr. altresì ARISTOTELE, *Politica*, I, 2, 1252 b).

⁹ V. art. 21 Cost. del 1793. Cfr. altresì G. DE RUGGIERO, *Storia del liberalismo europeo*, Laterza, p. 67.

¹⁰ «Eguaglianza di che cosa?» riprendendo il quesito posto da A. SEN, *La diseguaglianza. Un riesame critico*, Il Mulino, 1994. Cfr. Q. CAMERLENGO, *Costituzione e promozione sociale*, Il Mulino, 2013.

¹¹ «I beni primari sono quelle cose che si suppone un individuo razionale voglia qualsiasi altra cosa egli voglia. (...) Con più di questi beni, generalmente gli uomini possono garantirsi un maggior successo nel realizzare le proprie intenzioni e nel raggiungere i propri fini, quali che essi siano. (...) Essi sono beni sociali per via della loro connessione con la struttura fondamentale» (J. RAWLS, *A theory of justice*, Harvard University Press, 1971, trad. it. U. SANTINI, *Una teoria della giustizia*, Feltrinelli, p. 90).

tratta, pertanto, di beni che acquistano una connotazione sociale, sintomo del fatto che parlare di beni vitali implica, man mano che ci si avvicina verso il costituzionalismo contemporaneo, parlare di Stato sociale.

La riflessione sui diritti fondamentali – e sui beni vitali che tramite essi ricevono tutela – non si può infatti affrancare dal modello di forma di Stato in cui essa si contestualizza¹²; l'azione dello Stato sociale entro queste coordinate comporta che suo precipuo compito sia quello di tendere all'appianamento dell'antagonismo sociale, della disuguaglianza e, conseguentemente, alla salvaguardia dei presupposti sociali per l'implementazione della libertà che deve aspirare a divenire libertà reale¹³. Questi presupposti, afferma Böckenförde, altro non sono che «l'equilibrio e la redistribuzione sociale, così come la garanzia di una quota minima di partecipazione ai beni vitali»¹⁴, nel cui novero – in una sorta di sovrapposizione tra beni vitali e diritti sociali – sono ricompresi il lavoro, l'alloggio, l'istruzione, la previdenza in caso di malattia etc.

La redistribuzione a cui fa riferimento Böckenförde impone di non confinare l'orizzonte ad un punto di vista giuridico-costituzionale ma di ampliarlo coinvolgendo profili di tipo economico. A partire dal XIX sec.¹⁵, la scienza economica si è interrogata sulla natura dei bisogni/beni umani, proponendo una distinzione tra beni primari e secondari. Secondo tale classificazione, mentre i primi sono strutturalmente connessi all'esistenza e alla conservazione degli individui, i beni secondari riguardano la soddisfazione di esigenze che, non direttamente legate alla sopravvivenza, incidono in senso migliorativo sulla qualità di vita¹⁶. La stessa scienza economica, tuttavia, ha ben presto compreso come tale classificazione non sia in grado di tracciare una

¹² In questa prospettiva, pregevoli sono le riflessioni di G. BOGNETTI, *Diritti fondamentali nell'esperienza costituzionale*, in M. IACOMETTI (a cura di), *Scritti in onore di Giovanni Bogneri*, Giuffrè, 2014. Sul rapporto tra diritti fondamentali e forma di Stato v. altresì F. MODUGNO, *I nuovi diritti nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, Giappichelli, 1995 e L. CARLASSARE, *Forma di Stato e diritti fondamentali*, in *Quad. Cost.*, 1995, p. 33 ss.

¹³ E.W. BÖCKENFÖRDE, *Stato, costituzione, democrazia: studi di teoria della costituzione e di diritto costituzionale*, M. NICOLETTI, O. BRINO (a cura di), Giuffrè, 2006. Sulla libertà reale come fine della Costituzione si rimanda a P. HABERLE, *Le libertà fondamentali nello Stato costituzionale*, La Nuova Italia Scientifica, 1993, p. 49: «La Costituzione vuole tutelare la libertà "reale". (...) Al diritto costituzionale deve corrispondere una realtà costituzionale, in cui i titolari dei diritti fondamentali non devono essere esclusi dalla partecipazione alla vita della comunità per motivi di carattere materiale. Ne risulterebbe colpita non soltanto l'essenza dei diritti fondamentali come libertà, ma anche l'essenza dei diritti fondamentali come diritti, se essi non venissero attualizzati tramite l'effettivo esercizio da parte di tutti».

¹⁴ E.W. BÖCKENFÖRDE, *Stato, costituzione, democrazia, op.cit.*, p. 493. Cfr. L. VON STEIN, *Geschichte der sozialen Bewegung im Frankreich von 1789 bis zum unsere Tage, vol. III*, a cura di G. SALOMON, Hildesheim, 1959: la libertà può dirsi autenticamente reale solo in chi «possiede i beni materiali e spirituali come presupposto dell'autodeterminazione».

¹⁵ Cfr. HEGEL, *Lineamenti di filosofia del diritto*, Bompiani, 2006, che definisce la costruzione del sistema dei bisogni come il primo fondamentale momento della società civile.

¹⁶ Cfr. P. SPAGNOLETTI, *Economia politica*, 2015.

rigida distinzione tra le categorie, essendo possibile che beni ritenuti a lungo secondari vengano attratti nella sfera di quelli primari. La tesi sostenuta da Condillac nel 1816, per cui i bisogni umani possiedono una duplice origine che attiene sia all'aspetto costitutivo/fisiologico degli individui sia alla loro sfera cognitivo-sociale¹⁷, ha favorito la genesi delle due grandi correnti che condizionano in termini anche conflittuali la definizione teorica e teoretica dei beni/bisogni vitali o fondamentali e, di conseguenza, le modalità politiche della distribuzione di tali beni alla luce del principio di uguaglianza: una concezione *essenzialistica*, secondo la quale i bisogni nascono dalle esigenze della specie umana¹⁸ e una concezione *convenzionalista*, per la quale i beni primari sono socialmente e storicamente determinabili¹⁹.

Un nuovo approccio teorico al tema dei beni primari, che scardina i principi su cui si è retta la dottrina economica dominante, è quello fornito da Amartya Sen. Egli sposta il baricentro della sua indagine ed indirizza l'attenzione verso un diverso oggetto: non verso i beni in sé necessari alla garanzia della qualità della vita, quanto piuttosto verso la libertà e la capacità di scelta del singolo che, tramite il loro esercizio, preferirà quei beni potenzialmente adeguati a sostenere lo sviluppo della sua persona²⁰. I bisogni o beni fondamentali non vengono dunque ritenuti sussumibili entro una predeterminata elencazione, dal momento che alla loro determinazione concorrono una pluralità di fattori, tra i quali un peso fondamentale viene giocato, come già ricordava Smith²¹, dal sistema culturale da cui l'individuo inferisce la fundamentalità di un determinato bene.

Il contributo fornito dalla scienza economica consente così di comprendere come sia oggi difficile, all'interno dei sistemi democratici complessi, tracciare una rigida demarcazione tra i beni considerati vitali e beni secondari, la cui soddisfazione non dipende, necessariamente, da un intervento positivo dello Stato.

¹⁷ E'.B. DE CONDILLAC, *Il commercio e il governo considerati l'uno relativamente all'altro*, 1816.

¹⁸ Cfr. H.J. McCLOSKEY, *Human needs, rights and political values*, in *American philosophical quarterly*, 1976, p. 1 ss.

¹⁹ Cfr. P. TOWNSEND, *Poverty in the United Kingdom: a survey of household resources and standards of living*, Berkeley, 1979, p. 413.

²⁰ Sen propone una distinzione tra *functionings* and *capabilities*. I primi consistono nei risultati che il singolo ottiene sul piano fisico e intellettuale e che ritiene meritevoli e degni per la propria vita mentre le capacità riguardano le abilità che il singolo possiede (A. SEN, *Inequality Reexamined*, Harvard University Press, 1995, p. 81).

²¹ «Per cose necessarie, io intendo non solo quelle indispensabili per mantenersi in vita, ma anche tutto ciò di cui, secondo gli usi del paese, è considerato indegno che la gente rispettabile, anche dell'ordine più basso, sia priva» (cit. A. SMITH, *La ricchezza delle nazioni*, 1776, p. 862).

1.3. I beni vitali nella giurisprudenza della Corte costituzionale italiana: una chiave di lettura

Nell'affrontare il delicato rapporto tra Stato di diritto e riconoscimento dei beni vitali dei cittadini, l'interprete deve tenere in considerazione la forma di Stato scelta, individuando quali sono le specifiche funzioni che il patto costituente affida, storicamente, agli ordinamenti positivi. Come questo si delinea nel concreto assetto democratico/sociale accolto in Costituzione? Guardando alla giurisprudenza della Corte costituzionale, non è dato rinvenire una discussione organica sui beni vitali né una definizione unitaria né, tanto meno, una classificazione dei beni ritenuti vitali nell'attuale assetto ordinamentale. Ciononostante, ricco è l'elenco delle decisioni in occasione delle quali i giudici costituzionali hanno attribuito a taluni beni/bisogni una simile qualifica. Oltre ad alcuni beni, oggetto e contenuto dei classici diritti di libertà e dei diritti sociali (libertà personale, salute, assistenza), la Corte si esprime nel senso dell'essenzialità di alcuni beni, tra i quali è agevole annoverare, *ex multis*, l'abitazione, l'ambiente, il paesaggio, l'acqua e il bisogno minimo alimentare, quasi con un percorso cronologicamente inverso rispetto al riconoscimento che la loro fundamentalità ha trovato nella scienza economica e nello sviluppo del pensiero sulla teoria dello Stato.

Da questa giurisprudenza si possono identificare due modalità di intervento che rispecchiano la diversa pervasività con cui i giudici costituzionali si sono espressi; se talvolta la Corte si è limitata a vagliare la bontà di una determinata disciplina o di un istituto usando come metro di giudizio la finalità di garanzia di beni primari, a loro volta strumentali alla soddisfazione di un diritto fondamentale (sent. 187/2010)²², talaltra la qualifica di un bene come primario ha consentito di rendere quel bene direttamente contenuto di un diritto fondamentale (sent. 217/1988)²³.

Con la sua giurisprudenza la Corte, pur non offrendo una risolutiva risposta alla domanda su cosa e quali siano i beni vitali, esplicita una necessaria

²² V. altresì la sent. 256/2006.

²³ Se nella precedente sent. 252/1983 la Corte si era "limitata" a rinvenire nell'abitazione un bene primario, nella sent. 217/1988 i giudici costituzionali hanno esplicitato l'esistenza di un diritto all'abitazione. Per alcuni riferimenti in dottrina v. T. MARTINES, *Il diritto alla casa*, in N. LIPARI (a cura di), *Tecniche giuridiche e sviluppo della persona*, Laterza, 1974, p. 391 ss.; U. BRECCIA, *Il diritto all'abitazione*, Giuffrè, 1980; G.F. FERRARI, "Diritto alla casa" e interesse nazionale, in *Giur. Cost.*, 1988, p. 833 ss.; F. MODUGNO, *I "nuovi diritti" nella giurisprudenza costituzionale*, op.cit.; P. CARETTI, *I diritti fondamentali. Libertà e Diritti sociali*, Giappichelli, 2002; S. BARTOLE, *Interpretazioni e trasformazioni della Costituzione repubblicana*, Il Mulino, 2004; M. AINIS, *Se la casa è un diritto*, in *Quad. Cost.*, 2007, p. 837 ss.; A. GIORGIS, *Il diritto costituzionale all'abitazione. I presupposti per una immediata applicazione giurisprudenziale*, in *Quest. Giust.*, 2007, p. 1129 ss.; M. MEZZANOTTE, *Quando la casa è un diritto*, in *Quad. Cost.*, 2009; F. BILANCIA, *Brevi riflessioni sul diritto all'abitazione*, in *Istit. Fed.*, 2010, p. 231 ss.; P. BONETTI, *Il diritto all'abitazione*, in G. CAGGIANO (a cura di), *I percorsi giuridici dell'integrazione*, Giappichelli, 2014, p. 547 ss.

chiave di lettura: riconducendo tra i compiti «cui lo Stato non può abdicare», il «contribuire a che la vita di ogni persona rifletta ogni giorno e sotto ogni aspetto l'immagine universale della dignità umana»²⁴, la Corte permette di legare la qualifica di beni vitali al fatto che essi determinano la possibilità di tutelare quello sviluppo della persona umana posto come obiettivo della Repubblica ai sensi dell'art. 3 c. 2 Cost.²⁵ e, in particolare, quel binomio libertà-dignità su cui si costruiscono i moderni costituzionalismi²⁶.

Tale chiave di lettura non conduce però immediatamente ad un'univoca interpretazione della locuzione beni vitali poiché l'ancoraggio al principio di dignità umana e all'intenzione finalistica del patto costituzionale non sradica l'irrisolto dilemma che colora il rapporto tra dignità umana, diritti fondamentali e beni vitali. Parlare di dignità non esclude *in nuce* l'accoglimento di una nozione di bene vitale legata alla sussistenza e non impedisce un ampliamento, finanche potenzialmente inarginabile, di ciò che sono i beni vitali. La declinazione in una prospettiva dignitaria dei beni vitali sconta infatti due elementi di complessità: in primo luogo, l'evanescenza di un'univoca concezione di dignità umana, unitamente alla fluidità del suo presupposto antropologico²⁷ che è in grado di suggestionare anche il problema definitorio degli stessi diritti fondamentali (il principio personalista può imprimere all'apparato costituzionale di tutela dei diritti fondamentali un'accezione dinamica, che si presta ad una crescente domanda di tutela di beni idonei a confluire

²⁴ Corte cost., sent. 217/1988. Tra le numerose sentenze che richiamano il primato della persona umana come fondamento dell'ordinamento costituzionale v. le nn. 561/1987, 390/1999, 159/2001, 448/2002, 341/2006. Altrettanto ricco è l'elenco delle pronunce in cui la Corte richiama il principio di dignità umana (*ex multis*, nn. 479/1987, 364/1988, 167/1991, 368/1992, 81/1993, 224/1996, 267/1998, 309/1999, 509/2000, 252/2001, 432/2005, 148/2008, 40/2011). Cfr. C. DRIGO, *La dignità umana*, in L. MEZZETTI (a cura di), *Diritti e doveri*, Giappichelli, p. 161 ss.

²⁵ Sullo sviluppo della persona umana quale concetto che supera i confini del giuridicamente definibile si rimanda a B. CARAVITA, *Oltre l'eguaglianza formale*, Cedam, 1984, p. 105 ss.

²⁶ F. MODUGNO, *I "nuovi diritti" nella giurisprudenza costituzionale*, *op.cit.*, p. 107. Sul valore della persona nella Costituzione si rimanda a N. OCCHIOCUPO, *Liberazione e promozione umana nella Costituzione. Unità di valori nella pluralità di posizioni*, Giuffrè, 1984. In tema di dignità come valore fondativo dei rapporti tra Stato e individui v. C. AMIRANTE, *La dignità dell'uomo nella Legge fondamentale tedesca e nella Costituzione italiana*, Milano, 1971; P. GROSSI, *La dignità nella Costituzione italiana*, in *Dir. Soc.*, 2008, p. 31; F. POLITI, *Diritti sociali e dignità umana nella Costituzione Repubblicana*, Giappichelli, 2011.

²⁷ In dottrina v. J. LUTHER, *Ragionevolezza e dignità umana*, in *Polis working papers*, 2006; G. MONACO, *La tutela della dignità umana: sviluppi giurisprudenziali e difficoltà applicative*, in *Pol. Dir.*, 2011, p. 45 ss. Parla di arduo concetto di persona umana A. SPADARO, *Il problema del "fondamento" dei diritti "fondamentali"*, in *I diritti fondamentali oggi*, Giuffrè, 1995, p. 246. Cfr. inoltre P. RIDOLA, *La dignità dell'uomo e il "principio libertà" nella cultura costituzionale europea*, in R. NANIA (a cura di), *L'evoluzione costituzionale delle libertà e dei diritti fondamentali. Saggi e casi di studio*, Giappichelli, 2012, p. 124.

entro la dimensione garantista dei diritti fondamentali²⁸); in secondo luogo, l'annosa problematica della sostenibilità economica, potenzialmente assunta quale criterio dirimente nella determinazione del contenuto dei diritti fondamentali e nella comprensione della locuzione beni vitali. L'aspirazione ideale verso ciò che garantisca un'esistenza rispondente ai progetti di vita del singolo si scontra con il dato reale di una contrazione di risorse²⁹, potendo far propendere per una definizione di tipo essenzialista³⁰.

2. Una riflessione pratica: dal generale al particolare

All'esito della ricostruzione dei fondamenti teorici, la risposta alla domanda quali siano i beni vitali e se essi possano divenire contenuto di diritti fondamentali rimane aperta. Se il punto a cui guarda il costituzionalismo è la persona nella concretezza della sua vita e delle sue esigenze³¹, quel che è richiesto è forse allora un approccio più pragmatico. La domanda originale da generale deve farsi particolare: non se i beni vitali assurgano a contenuto di diritti fondamentali ma se alcuni specifici beni, assunti come vitali – prima ancora che nel diritto – nell'esperienza umana, siano posti nell'ordinamento quali diritti fondamentali. A tal fine, si circoscriverà l'analisi intorno a due beni, cibo e acqua, accomunati dal paradosso di costituire bisogni ancestrali dell'uomo (in un'accezione minimalista e potenzialmente massimalista) ma di essere generalmente ricondotti nella categoria dei diritti di più recente generazione.

Dal punto di vista metodologico, l'analisi verrà condotta seguendo due diverse metodologie; in un primo momento, il contributo si dedicherà alla ricostruzione per ognuno dei beni di tre elementi fondamentali che compongono la complessa trama dei diritti e che corrispondono ai cd. statuti nor-

²⁸ Cfr. S. SCAGLIARINI, *L'incessante dinamica della vita moderna. I nuovi diritti sociali nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in AA. VV., *I diritti sociali: dal riconoscimento alla garanzia. Il ruolo della giurisprudenza*, ESI, 2013, p. 247.

²⁹ In questo senso v. sent. BVerfG, 1 BvL 1/09 vom 9.2.2010. Cfr. P. RIDOLA, *La dignità dell'uomo, op.cit.*, p. 123 ss. laddove afferma l'esistenza di una «divaricazione fra l'ampiezza delle potenzialità racchiuse nel principio di dignità dell'uomo e la differenziazione dell'intensità della tutela di esso».

³⁰ Analoghe problematiche si riscontrano nel dibattito sull'introduzione nel nostro ordinamento di strumenti di sostegno al reddito (M. RUOTOLO, *La lotta alla povertà come dovere dei pubblici poteri Alla ricerca dei fondamenti costituzionali del diritto ad un'esistenza dignitosa*, in *Dir.Pubb.*, 2011; E. VIVALDI, *Il minimo vitale tra tentativi di attuazione e prospettive future*, in *Dir.Soc.*, 2014; C. TRIPODINA, *Il diritto a un'esistenza libera e dignitosa. Sui fondamenti costituzionali del reddito di cittadinanza*, Giappichelli, 2013; F. PIZZOLATO, *Il minimo vitale. Profili costituzionali e processi attuativi*, Giuffrè, 2004, p. 80 ss.).

³¹ Una Costituzione che deve essere vissuta come esperienza e che deve essere capace di rispondere alle "incognite del tempo" (cfr. M. ROSENFELD, *Interpretazioni. Diritto ed etica*, 2001, p. 442; C. PINELLI, *L'interpretazione costituzionale tra teoria e giurisprudenza*, in *Studi in memoria di L. Paladini*, Jovene, 2004).

mativo/costituzionale³², sostanziale³³ e pratico/di effettività³⁴. In un secondo momento, l'analisi si aprirà a nuove metodologie, il nuovo costituzionalismo andino e le teorie sui beni comuni, in cui si pone in maniera innovativa la problematica dell'inquadramento giuridico di tali beni.

2.1. Il diritto al cibo

La non espressa codificazione costituzionale del cibo quale diritto fondamentale non è sintomatica dell'estraneità dei bisogni alimentari dall'attenzione dei Costituenti³⁵, per i quali il cibo rappresentava il presupposto fondamentale per la tutela della vita e della dignità del singolo nonché per la tutela di altri numerosi diritti fondamentali. Un bene il cui godimento poteva realizzarsi tramite due strumenti costituzionalmente affermati: il lavoro e la possibilità di svolgere il lavoro sulla terra. Pur esercitando quest'ultimo un peso significativo nella soddisfazione di tale bene vitale, non è solamente nelle disposizioni che esprimono il principio laburista³⁶ e il suo "alter ego"

³² Il fatto che la Legge fondamentale non tuteli in maniera nominale e diretta un particolare bene non basta di per sé ad escludere esso possa costituire oggetto di un diritto fondamentale. Si potrebbe trattare di un diritto la cui fundamentalità è rinvenibile nelle maglie delle disposizioni della "Costituzione vivente" (L. PALADIN, *Le fonti del diritto nel pensiero di Carlo Esposito*, in *Giur. Cost.*, 1991) e il cui statuto costituzionale è stato postulato in un secondo momento, tant'è che come afferma Bin «quando si parla (...) di diritti di una o dell'altra "generazione", non sono i "diritti" ad essere classificati, ma l'evento storico del loro riconoscimento giuridico» (R. BIN, *Diritti e fraintendimenti*, in *Scritti in onore di G. Berti*, Jovene, 2005). Un primo problema che si pone è quindi se tali beni, nella veste di "nuovi diritti", trovino spazio – in un processo di "gemmazione" dall'art. 2 – nella Costituzione.

³³ Rifuggire alla ricostruzione dello statuto sostanziale, ovverosia del contenuto del diritto, può innescare un cortocircuito sul piano del diritto costituzionale, di tal che affermazioni corrette su un piano valoriale rischiano di rimanere imbrigliate in dichiarazioni retoriche lontane dal riconoscimento di un diritto tecnicamente inteso.

³⁴ L'affermazione del valore costituzionale di tali beni deve accompagnarsi alla comprensione di come essi possano e debbano essere declinati concretamente in termini di diritti e di obblighi. Il mondo dei diritti si connota infatti per quella «tensione tra validità e fattualità» (J. HABERMAS, *Fatti e norme. Contributi a una teoria discorsiva del diritto e della democrazia*, Guerini e Associati, Milano, 1996, p. 25) o, secondo la definizione di Ceppa, nella tensione tra universalismo della dimensione normativa e realismo pragmatico della forza (L. CEPPA, *Avvertenza del traduttore*, in J. HABERMAS, *Fatti e norme, op.cit.*).

³⁵ Fu infatti proprio in concomitanza ai lavori in Costituente che venne diffuso lo slogan "La Costituzione vi darà pane e lavoro".

³⁶ C. MORTATI, *Scritti sulle fonti del diritto e sull'interpretazione*, 1972, p. 26; ID., *Art. 1*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, 1975; C. ESPOSITO, *Commento all'art. 1*, in *La Costituzione italiana*, Cedam, 1954; G.U. RESCIGNO, *Lavoro e Costituzione*, in *Dir.Pubb.*, 2009, p. 42 ss.; M. BENVENUTI, *Lavoro (principio costituzionale del)*, in *Enc.Giur.*, 2009; G. PROSPERETTI, *Dall'art. 3 agli artt. 35 ss. Cost.*, in E. GHERA, A. PACE (a cura di), *L'attualità dei principi fondamentali della Costituzione in materia di lavoro*, Jovene, 2009, p. 81.

(diritto all'assistenza)³⁷ che si può trovare un ancoraggio del cibo alla Carta costituzionale. Ulteriori riferimenti possono essere rinvenuti negli artt. 13, 29, 32 Cost., a seconda della diversa accezione con cui in uno specifico contesto si declina tale bene, nonché nelle disposizioni che regolamentano l'iniziativa economica e il diritto di proprietà³⁸. In ultimo, si rammenti l'art. 117 co. 1, canale di accesso nell'ordinamento di fonti internazionali, quelle stesse fonti che, prima di quelle interne, hanno sancito un riconoscimento del cibo quale diritto fondamentale dell'uomo³⁹.

Questo plurale ancoraggio costituzionale, che si riflette sullo statuto sostanziale di tale bene, è sintomatico dell'ontologica complessità di cui vive il cibo nella sua declinazione giuridica e della sua capacità di intercettare una pluralità di bisogni e di interessi a loro volta riconducibili ad altrettanti diritti fondamentali, ai quali esso si appoggia dando vita a molteplici posizioni giuridiche soggettive: quale diritto di libertà (libertà di scelta nell'assunzione o meno di determinati alimenti) e quale vero e proprio diritto sociale (diritto di accesso a cibi qualitativamente e quantitativamente adeguati)⁴⁰.

Tale molteplicità di senso si coglie, *in primis*, guardando alla regolamentazione di matrice internazionalistica; affinando la definizione racchiusa nella Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo (art. 25) e nel Patto sui diritti economici, sociali e culturali del 1966 (art. 11)⁴¹, il General comment n. 12 del 1999 offre una fotografia del diritto al cibo da cui traspare la ricchezza dei suoi contenuti: «*The right to adequate food is realized when every man, woman and child, alone or in community with others, has physical and economic access at all times to adequate food or means for its procurement*»⁴². Oltre

³⁷ Se il nostro sistema costituzionale si fonda, secondo alcuni Autori, su un modello ergo-centrico (E. ALES, *Il lavoro di scarsa qualità*, in C. PINELLI (a cura di), *Esclusione sociale. Politiche pubbliche e garanzie dei diritti*, Passagli, 2012, p. 217), secondo altri questa interpretazione non è l'unica possibile (C. TRIPODINA, *Il diritto a un'esistenza libera e dignitosa*, op.cit.).

³⁸ Tale ancoraggio si può inserire attraverso una lettura forse un po' forzata del dettato costituzionale. Cfr. C. DRIGO, *Il diritto al cibo adeguato: fra strumenti normativi vaghi e difficile giustiziabilità, quale ruolo per gli enti territoriali?*, in www.federalismi.it, 2016. Secondo Bottiglieri il diritto al cibo è qualificabile come diritto economico e limite alla libertà economica (M. BOTTIGLIERI, *La protezione del diritto al cibo adeguato nella Costituzione italiana*, in www.forumcostituzionale.it, 2016).

³⁹ Cfr. L. KNUTH, M. VIDAR, *Constitutional and legal protection of the right to food around the world*, in www.fao.org, 2011.

⁴⁰ Questa natura polimorfa non riguarda il solo elemento oggettivo ma anche quello soggettivo; pur potendosi leggere quale diritto individuale, esso può essere altresì visto come interesse collettivo, specialmente ove il cibo venga posto in relazione alle tematiche ambientali.

⁴¹ Se bene si leggono le norme di diritto internazionale si evince come l'affermazione del cibo quale diritto non fosse presente nelle prime dichiarazioni. È solo nei Patti del 1966 che il cibo acquisisce una qualificazione in termini di diritto, ancorché di "diritto derivato" (M. FASCIGLIONE, *La tutela del diritto all'alimentazione in situazioni di crisi economico-finanziaria: alcune riflessioni*, in *Dir. Um. Dir. Int.*, 2014, p. 435).

⁴² Questa definizione è stata poi arricchita dall'allora Special Rapporteur (J. ZIEGLER,

ai caratteri di disponibilità e di accessibilità, è l'adeguatezza che consente di estendere il contenuto del diritto al di là della mera sussistenza. Il diritto al cibo adeguato non si deve esaurire nel più basilico diritto alla libertà dalla fame ma deve includere la possibilità di una piena realizzazione della propria personalità e del proprio progetto di vita⁴³.

Un così ampio riconoscimento del diritto al cibo – almeno sulla carta – si stenta a rinvenire a livello europeo ove l'attività normativa sembra scontare la mancanza di una riflessione su questo bene in chiave costituzionalistica⁴⁴, concependo per lo più il cibo quale merce e i soggetti coinvolti nella filiera alimentare quali produttori e consumatori⁴⁵.

Il quadro qui sommariamente tratteggiato non va slegato dal quello nazionale dove l'assenza di una codificazione del diritto al cibo non ha impedito che esso divenisse parte di alcune pronunce della Corte costituzionale. Se in un primo momento il tema del cibo viene solo sfiorato nelle argomentazioni della Corte (sent. 54/1967)⁴⁶, nella giurisprudenza in materia di minimo pensionistico il tema del bisogno alimentare viene legato ai diritti fondamentali di previdenza e assistenza, rispetto ai quali si misura (sent. 31/1986) la diversa gradazione offerta a garanzia delle esigenze alimentari, lemma a cui viene conferito un significato ampio, non solo comprensivo del bisogno alimentare strettamente inteso⁴⁷. Forse proprio la multidimensionalità del bene cibo e la sua strumentalità rispetto ai più classici diritti fondamentali hanno influito sul fatto che la Corte non si sia mai espressa nel senso del riconoscimento

Dalla parte dei deboli. Il diritto all'alimentazione, Milano, 2004): il diritto al cibo consiste nel diritto «ad avere un accesso regolare, permanente, libero, sia direttamente sia tramite acquisti monetari, a cibo quantitativamente e qualitativamente adeguato e sufficiente, corrispondente alle tradizioni culturali della popolazione di cui fa parte il consumatore e in grado di assicurare una vita psichica e fisica, individuale e collettiva, priva di angoscia, soddisfacente e degna».

⁴³ Si delineano a tal scopo tre livelli di obbligazioni incombenti sugli Stati: l'obbligo di rispettare, proteggere e soddisfare pienamente il diritto al cibo.

⁴⁴ In questo senso v. A. MORRONE, *Ipotesi per un diritto costituzionale dell'alimentazione*, in *Ambiente, energia, alimentazione. Modelli giuridici comparati per lo sviluppo sostenibile*, Cesifin, 2016, p. 31 ss.

⁴⁵ Come sembra trasparire dal reg. 178/2002, art. 5. È stato solo a seguito della crisi economica che si è iniziato a prendere consapevolezza dell'inconciliabilità della sola prospettiva economica con la poliformità di cui si costituisce il diritto al cibo. Si faccia riferimento alle recenti politiche europee in materia di lotta alla povertà e al relativo stanziamento di risorse per il periodo 2014-2020, attinte dal FEAD (€8,3 miliardi) e dal FSE (€86 miliardi).

⁴⁶ Con tale pronuncia la Corte riconosceva l'illegittimità del ritardo con cui il datore di lavoro aveva provveduto al pagamento dei salari, alla luce del fatto che questi ultimi «hanno precipuo carattere alimentare». Precedentemente v. sent. 209/1984. Su impulso delle pronunce dei giudici costituzionali, v. sent. Corte cass. civ., sez. I, 7713/2000 (diritto al mantenimento del figlio).

⁴⁷ Se l'art. 38 co. 1 evoca il minimo esistenziale, il co. 2, riferendosi ai «mezzi adeguati alle esigenze di vita», sembra rimandare ad un bisogno ulteriore rispetto a quello conferente la pura sussistenza (cfr. L. VIOLINI, *Art. 38*, in R. BIFULCO, M. OLIVETTI, A. CELOTTO (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Utet, 2006, p. 789).

del cibo quale autonomo diritto fondamentale, nonostante talune parziali e caute aperture nella più recente giurisprudenza “della crisi”; tra queste la più significativa è la nota sentenza 10/2010 che secondo alcuni Autori⁴⁸ rappresenta – *rebus sic stantibus* – il momento in cui la Corte costituzionale ha definito l’esistenza di un non ben precisato diritto a togliersi la fame. La torsione di competenza operata nel caso *de quo*⁴⁹, giustificata sulla base del «diritto a conseguire le prestazioni sociali imprescindibili per alleviare situazioni di estremo bisogno – in particolare alimentare»⁵⁰, non sembra però sufficiente a sostenere l’affermazione di un autonomo diritto fondamentale al cibo avendo, forse più correttamente, la Corte voluto proporre un ampliamento dal punto di vista soggettivo di un già consacrato diritto all’assistenza⁵¹.

Ciò posto, occorre ora chiedersi se la non univocità e non uniformità dello statuto sostanziale delineato possa esercitare un risvolto pratico sull’*an* e sul *quomodo* della sua effettività. Le forme di tutela maggiormente organiche del diritto al cibo hanno natura extranazionale. Questa derivazione esterna degli strumenti di tutela del diritto al cibo è tuttavia foriera di problematiche proprio in punto di effettività del diritto a motivo della strutturalmente scarsa incisività degli strumenti di controllo⁵². Tra le fonti transnazionali, le più pregnanti sono quelle di matrice europea e, in particolare, le norme derivanti dalla legislazione secondaria sulla sicurezza alimentare⁵³. L’intersezione di questo apparato normativo con molteplici ed eterogenei piani che fondono la tutela del bene cibo con altri diritti e interessi (diritto alla salute, dei consumatori, all’iniziativa economica e alla proprietà privata oltre che ambientale)

⁴⁸ V. A. LORENZETTI, *Il diritto al cibo, fra tutela del diritto al lavoro e tutela dell’ambiente*, in *www.aggiornamentisociali.it*; M. RUOTOLO, *La lotta alla povertà come dovere dei pubblici poteri, op.cit.*, p. 405, che vede nella sentenza l’approdo ad un diritto essenzialissimo quale quello alimentare.

⁴⁹ Di torsione di competenza parla A. RUGGERI, “Livelli essenziali” delle prestazioni relative ai diritti e ridefinizione delle sfere di competenza di Stato e Regioni in situazioni di emergenza economica) a prima lettura di Corte cost. n. 10 del 2010), in *www.forumcostituzionale.it*, 2010.

⁵⁰ Corte cost. sent. 10/2010.

⁵¹ La Corte potrebbe aver voluto tracciare pretoriamente «una sorta di contenuto minimo inderogabile del diritto sociale all’assistenza sociale consistente nel sostegno al bisogno estremo» (F. PIZZOLATO, *La social card all’esame della Corte costituzionale*, in *Riv. Dir. Sic. Soc.*, 2010, p. 351). L’art. 38 Cost. configurerebbe così una norma residuale in materia di protezione sociale, a prescindere dallo specifico *status* ricavabile dalla lettera della norma (C. TRIPODINA, *Il diritto a un’esistenza libera e dignitosa, op.cit.*, p. 219).

⁵² Tale scarsa effettività è riconducibile ad una lontana ma ancora incisiva resistenza da parte degli Stati alla costruzione di un unitario sistema giurisdizionale di protezione dei diritti umani oltre che da un’endemica aspecificità dei documenti internazionali nella previsione di obblighi e divieti (F. PIZZOLATO, *Il diritto all’alimentazione. Un bisogno fondamentale povero di tutele*, in *Agg.Soc.*, 2015, p. 137).

⁵³ Si rimanda al Reg. (CE) 178/2002 attraverso cui si stabiliscono i principi e i requisiti generali della legislazione alimentare, si istituisce l’EFSA e si determinano le procedure nel campo della sicurezza alimentare.

apre a spazi di giustiziabilità anche nelle sentenze della Corte di Giustizia⁵⁴.

Spostando lo sguardo dentro i confini nazionali, ci si avvede di come le dinamiche di effettività e di giustiziabilità che si riscontrano nell'Unione europea si ripropongano quasi specularmente nel nostro ordinamento. Sul piano interno, forti sono le ripercussioni dell'attenzione dell'Europa al tema della sicurezza alimentare, a seguito della quale il recepimento di direttive e regolamenti ha favorito il superamento dell'apparato normativo interno risalente alla fine del XIX sec. L'adeguamento del diritto interno ha prodotto talune rilevanti conseguenze per quel che concerne il sistema di controlli⁵⁵ e il sistema sanzionatorio in materia civile e penale⁵⁶.

La connotazione di adeguatezza del cibo non si limita però a declinarsi esclusivamente quale obbligo per gli ordinamenti di garantire una sana alimentazione⁵⁷ ma si innesta altresì sul formante culturale o religioso. Immerisa nella nostra trama ordinamentale, l'adeguatezza del cibo trova copertura

⁵⁴ *Ex multis*, le sentt. Corte Giust., *Cassis de Dijon* (1979); *Commissione c. Germania*, C-178/84; *Drei Glocken*, C-407/85; *Zoni*, C-90/86; *Smanor*, C-298/87; *Van der Laan*, C-383/97; *Guimont*, C-448/98; *Commissione c. Spagna*, C-12/00; *Commissione c. Italia*, C-14/00; *De Groot*, C-147/04 (v. S. BARONCELLI, *Giurisprudenza della CGE in materia di sicurezza e qualità degli alimenti*, in *Cons.Dir.Merc.*, 2007, p. 136 ss.). Sempre nell'ottica della giustiziabilità a livello sovranazionale, degne di nota sono le pronunce della Cedu che, non potendo rinvenire un appiglio diretto per la tutela del diritto al cibo nelle disposizioni convenzionali, si è ritagliata margini di manovra, assecondando le specificità dei singoli casi sottoposti alla sua attenzione, e ha ricondotto la garanzia di quel bene ora nell'alveo dell'art. 3, ora dell'art. 8, ora dell'art. 9, ora dell'art. 2.

⁵⁵ Si pensi, a titolo esemplificativo, all'attribuzione alle autorità nazionali e locali della gestione e dei controlli relativi al rischio connesso all'assunzione di cibo (art. 2 d.lgs. 193/2007) nonché all'istituzione dell'Agenzia Nazionale per la sicurezza alimentare (attuazione reg. CE 178/2002, cfr. S. CASSESE, *Proposte per un'autorità nazionale per la sicurezza alimentare*, in *Giorn.Dir.Amm.*, 2002, p. 799 ss.).

⁵⁶ L'articolato sistema sanzionatorio contribuisce a creare un'apposita branca della scienza giuridica definita "diritto alimentare" che guarda non solo alla dimensione dell'adeguatezza del cibo nel suo rapporto con il diritto alla salute ma anche alle tematiche ambientali ed economiche. Sul piano civilistico il riferimento è al filone giurisprudenziale sul risarcimento per violazione dei diritti del consumatore o in caso di lesione del diritto alla salute (E. AL MUREDEN, *Sicurezza alimentare e responsabilità civile tra armonizzazione del diritto dell'Unione europea e prospettive del Transatlantic Trade and Investment Partnership (TTIP)*, in C. BOTTARI (a cura di), *La sicurezza alimentare*, Maggioli, 2015, p. 137 ss.) mentre in ambito penale si parla espressamente di frodi alimentari come di condotte illecite dirette alla "adulterazione", "sofisticazione", "contraffazione", "alterazione" dei prodotti alimentari (S. CANESTRARI, D. CASTRONUOVO, *Sicurezza alimentare e diritto penale*, in C. BOTTARI (a cura di), *La sicurezza alimentare*, Maggioli, 2015, p. 113 ss.)

⁵⁷ Come affermava Max Weber il cibo è «*l'un des moyens de produire une fraternité religieuse, voire, en certains cas, ethnique et politique*» (M. WEBER, *Économie et société*, Plon, 1995, p. 185). L'acuirsi del problema religioso nel suo rapporto con l'alimentazione trova tra le sue principali cause l'imponente fenomeno migratorio, il multiculturalismo e la crescente richiesta delle religioni di riappropriarsi del proprio peso sociale (cfr. F. PASTORE, *Principio costituzionale di laicità della Repubblica italiana e trattamento giurisdizionale delle discriminazioni religiose*, in www.dirittifondamentali.it, 2012; P. BILANCIA, *Società multiculturale: i diritti delle donne nella vita familiare*, in www.dirittifondamentali.it, 2012).

costituzionale nel diritto fondamentale alla libertà religiosa e nel principio di laicità. Quest'ultimo, con il suo *favor religionis*⁵⁸, porta a prevedere un livello di tutela almeno minimo, in virtù della quale un soggetto non può essere costretto a consumare un pasto difforme dai propri precetti religiosi⁵⁹, soprattutto all'interno di luoghi pubblici in cui la permanenza sia, per così dire, obbligata (scuole, luoghi di detenzione, luoghi di cura o caserme)⁶⁰.

La ricostruzione dello statuto di effettività permette di cogliere come il cibo viva di una sua effettività e giustiziabilità, sebbene non propriamente compiuta. Uno statuto di effettività che non si disegna autonomamente ma che sembra piuttosto trovare concretizzazione grazie al continuo rimando, a seconda delle fattispecie di volta in volta considerate, ad altri specifici diritti fondamentali ai quali il cibo si appoggia. Secondo questa prospettiva, il diritto al cibo presenta una significativa similitudine con il percorso che ha avuto come protagonista l'ambiente e il diritto all'ambiente salubre. Si potrebbe infatti impostare una sorta di equazione dove l'ambiente sta al cibo come l'ambiente salubre sta al cibo sano, al cibo culturalmente o religiosamente adeguato etc. Il cibo, come l'ambiente, può essere guardato secondo un approccio olistico, qualificandolo in termini di valore con un contenuto ultimamente sfuggente; un valore che ha la capacità di coagulare un fascio di specifiche situazioni giuridiche soggettive, il cui contenuto appare più agilmente determinabile.

5. Il diritto all'acqua

Non dissimilmente rispetto al cibo, è esperienza comune che l'acqua rappresenti un bene indispensabile per la vita, sia nella sua forma di alimento allo

⁵⁸ Corte cost. sent. 203/1989. Per una disamina sulla nozione di laicità v. L.P. VANONI, *Laicità e libertà di educazione. Il crocifisso nelle aule scolastiche in Italia e in Europa*, Giuffrè, 2013; di segno diverso, le posizioni di G. DI COSIMO, *Laicità e democrazia*, in *Scritti in onore di Michele Scudiero*, Jovene, p. 946 ss.

⁵⁹ Si possono registrare tendenze opposte tra Comuni che non prevedono tramite regolamento o nei capitolati d'appalto la somministrazione di diete etico-religiose e Comuni che, contrariamente, attuano un incremento di tutela (es. distribuzione di carne *halal* nelle mense scolastiche del comune di Sarzana).

⁶⁰ Una simile tutela, oggetto di un parere del 2006 del Comitato Nazionale di Bioetica, trova riscontro in una serie di interventi nazionali (ma anche regionali/locali) per lo più settoriali o relativi a specifici accordi tra lo Stato e le confessioni religiose (l. 101/1989 "Norme per la regolazione dei rapporti tra lo Stato e l'Unione delle Comunità ebraiche italiane", l. 663/1986 "Modifiche alla legge sull'ordinamento penitenziario e sull'esecuzione delle misure privative e limitative della libertà", decr. Min. Giust. 306/2006, all. 11 "Disciplina del trattamento dei dati sensibili e giudiziali", Linee Guida nazionali sulla ristorazione scolastica). Sempre nell'ambito del rapporto tra cibo ed elemento culturale/religioso, rilevante è il dibattito sulla macellazione rituale (A. ROCCELLA, *I musulmani in Italia: macellazione e alimentazione*, in *www.olir.it*, 2003; A.G. CHIZZONITI, M. TALLACCHINI (a cura di), *Cibo e religione: diritto e diritti*, 2010, p. 273 ss.; A. FERRARI, *Cibo, diritto, religione. Problemi di libertà religiosa in una società plurale*, in *www.statoecheme.it*, 2016).

stato liquido sia quale strumento per la conduzione di molteplici attività umane. Più che per il cibo, si è però consolidata negli ultimi decenni la percezione che l'acqua costituisca una risorsa scarsa e finita; tale consapevolezza ha portato anche il diritto costituzionale ad interrogarsi sulle possibili implicazioni giuridiche derivanti dalla mancanza di un'esplicita collocazione dell'acqua nel complesso di diritti fondamentali protetti dalla Carta costituzionale.

Se considerassimo l'acqua quale alimento liquido, la ricostruzione del suo statuto costituzionale seguirebbe una strada analoga a quella del cibo, potendosi quasi tracciare una sovrapposizione tra statuti costituzionali. La presenza di molteplici consonanze tra cibo e acqua si impone anche nell'operazione di tracciabilità di un autonomo statuto costituzionale dell'acqua: l'attività interpretativa ha infatti ricondotto tale bene, oltre agli artt. 2 e 3, anche all'art. 32⁶¹, all'art. 9 e, infine, all'art. 117, sia laddove ricomprende, nella protezione del paesaggio e dell'ambiente, la tutela delle acque sia nella sua apertura a fonti europee ed internazionali.

E sono proprio le fonti internazionali a costituire un primo strumento di ausilio nella delimitazione dei contorni del diritto all'acqua (statuto sostanziale). Non presente nella Dichiarazione e nei Patti del 1966, il diritto all'acqua è stato ricavato dalla dottrina quale diritto derivato⁶². Tale interpretazione ha ricevuto una prima conferma – eccetto alcune convenzioni settoriali⁶³ – solo nel 2002 con il General comment n. 15. Nel definire la base legale di tale diritto, il General comment ne propone contestualmente una qualificazione: «*The human right to water entitles everyone to sufficient, safe, acceptable, physically accessible and affordable water for personal and domestic uses. An adequate amount of safe water is necessary to prevent death from dehydration, to reduce the risk of water-related disease and to provide for consumption, cooking, personal and domestic hygienic requirements*». Quest'ampia definizione (che sembra ricalcare quella offerta dal Comitato per il diritto al cibo) consente di inferire tre caratteri fondamentali del diritto all'acqua: la disponibilità, la qualità e l'accessibilità, garantiti dai medesimi obblighi che il General comment n. 12 aveva imposto a garanzia del diritto al cibo. Superate numerose resistenze⁶⁴, un più completo riconoscimento

⁶¹ Vi è poi chi menziona l'art. 44 nella parte in cui si chiede alla legge di promuovere ed imporre la bonifica delle terre (T.E. FROSINI, *Dare un diritto agli assetati*, in *www.archivio.rivistaaic.it*, 2010).

⁶² A. CAHILL-RIPLEY, *The human right to water and its application in the occupied Palestinian territories*, 2011, p. 52.

⁶³ Tra i molteplici documenti: Convenzione sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione della donna (1979), Convenzione sui diritti dell'infanzia (1989), Convenzione di Ginevra sul trattamento dei prigionieri di guerra e dei civili in tempo di guerra (1949).

⁶⁴ Numerosi paesi si sono astenuti o non si sono presentati alla votazione (122 favorevoli, 41 astenuti, 29 assenti) avanzando contestazioni di carattere formale e sostanziale (es. Regno Unito, Canada, Stati Uniti). Cfr. A. PICCONE, *Riflessioni intorno alla configurabilità di un*

dell'acqua quale diritto fondamentale, rimasto a lungo una mera «norma di diritto internazionale consuetudinario»⁶⁵, ha trovato compimento con la Risoluzione dell'Assemblea Generale delle Nazioni Unite n. 64/292 del 2010⁶⁶.

Sul piano europeo, nel silenzio della Carta di Nizza, tale diritto potrebbe essere connesso ad alcune sue disposizioni che richiamano – sul piano dei contenuti – le medesime disposizioni costituzionali a cui viene ricondotto lo statuto normativo/costituzionale del diritto all'acqua: il riferimento è agli artt. 2 (diritto alla vita), 35 (diritto alla salute), 37 (tutela dell'ambiente e sviluppo sostenibile). A queste si possono altresì aggiungere l'art. 38 che tutela i consumatori⁶⁷ e l'art. 36 che comprende nei doveri di solidarietà l'accesso ai servizi di interesse economico generale (tra i quali il servizio idrico)⁶⁸. Ciononostante, la politica europea sull'acqua non si realizza sul piano del diritto primario quanto, piuttosto, su quello del diritto secondario. Il frammentario quadro politico disegnato dai numerosi interventi normativi succedutisi dagli anni '70⁶⁹ è stato ricondotto a organicità grazie alla Direttiva quadro sulle acque del 2000⁷⁰ dalla quale nondimeno sembra trasparire, neppure con l'ausilio delle pronunce della Corte di Giustizia⁷¹, la volontà di sancire un diritto fondamentale all'acqua.

Malgrado le summenzionate fonti internazionalistiche ed europee siano tutt'oggi lontane dal fornire lo strumentario adeguato per assicurare l'effettività del diritto, esse contribuiscono alla comprensione dello statuto sostanziale. Escludendo la possibile qualificazione nei termini di diritto naturale⁷²,

diritto umano all'acqua, in C. RICCI (a cura di), *La tutela multilivello del diritto alla sicurezza e qualità degli alimenti*, Giuffrè, 2012, p. 111 ss.

⁶⁵ S. DE VIDO, *The European Contribution to the Recognition of the Human Right to Water*, in *European Yearbook on Human Rights*, 2012, p. 197 ss.

⁶⁶ Ris. ONU A/RES/64/292 (2010) “The human right to water and sanitation”. A questa Risoluzione ne sono seguite altre: Ris. ONU A/RES/68/157 (2013), Ris. ONU A/RES/70/1 (2015), Ris. ONU A/RES/70/169 (2015). Parallelamente alle Ris. Onu, anche il Comitato dei diritti umani ha redatto alcune Risoluzioni: n. 7/22 (2008); n. 12/8 (2009); n. 15/9 (2010); n. 27/7 (2014).

⁶⁷ Critico sulla connotazione mercantilistica del bene acqua è R. PETRELLA, *Le grandi sfide mondiali dell'acqua*, in *www.costituzionalismo.it*, 2006.

⁶⁸ Il possibile ancoraggio ai Trattati si rinviene negli artt. 2 TUE e 191 TFUE.

⁶⁹ Tra le numerose direttive: Dir. Cons. n. 75/440/CEE; Dir. Cons. n. 91/676 del 1991; Dir. Cons. n. 98/83/EC del 1998; Dir. Parl. e Cons. n. 2008/105/CE del 2008; Dir. Parl. e Cons. n. 2007/60/EC del 2007; Dir. Parl. europeo e Cons. n. 2014/23/UE del 2014.

⁷⁰ Dir. Parl. e Cons. n. 2000/60/CE.

⁷¹ V. la sent. Corte Giust. *Commission v. French*, C-266/1999 (2001): l'adempimento della Dir. 75/440 implica la riduzione nell'acqua di sostanze nocive (un implicito diritto alla salubrità dell'acqua). Cfr. altresì le sentt. relative alla causa C-398/14 (2016), in materia di acque reflue e alla causa C-207/14 (2015) sulla commercializzazione delle acque minerali naturali. In dottrina v. M.A.S. SALMAN, S. MCLNERNEY-LANKFOR, *The human right to water. Legal and policy dimensions*, 2004.

⁷² Sul punto si confrontano posizioni diverse: da una parte vi è chi sostiene come l'acqua sia oggetto di un diritto naturale, la cui titolarità è collegata ai membri dell'intera umanità in una sorta di “giusnaturalismo idrologico” (V. SHIVA, *Water wars: privatisation, pollution and*

l'acqua si va configurando quale diritto sociale che richiede l'intervento dello stato attraverso l'erogazione di prestazioni volte a garantire l'approvvigionamento e l'accesso ad un bene scarso ma funzionale alla sussistenza oltre che all'esercizio della libertà economica e la cui garanzia, al pari di salute, istruzione, abitazione, viene svincolata da una dinamica naturale per assumere i connotati di un fatto sociale⁷³.

Nel nostro ordinamento, la mancanza di una giurisprudenza costituzionale in cui si possa riscontrare la tensione verso il riconoscimento di tale bene quale diritto fondamentale e, *a fortiori*, quale diritto sociale fondamentale rende ancora incerto il terreno su cui si muove il diritto all'acqua. L'attuale giurisprudenza costituzionale in materia si sviluppa per lo più nell'ambito della soluzione di controversie in punto di riparto di competenza Stato/Regioni. Laddove l'occasione è stata invece favorevole, la Corte non si è comunque mai spinta fino alla codificazione in via pretoria di un diritto fondamentale all'acqua, ad eccezione dell'apertura posta nella sent. 273/2010, in occasione della quale è stato menzionato un universalistico diritto di accedere all'acqua⁷⁴ che non sembra però aver trovato un rafforzamento, in tali termini, nella successiva giurisprudenza.

L'attività della Corte ha semmai contribuito a disacerbare il percorso di consapevolezza della fundamentalità del bene acqua che, «bene primario della vita dell'uomo», si configura «quale "risorsa" da salvaguardare, sui rischi da inquinamento, sugli sprechi e sulla tutela dell'ambiente, in un quadro complessivo caratterizzato dalla natura di diritto fondamentale a mantenere integro il patrimonio ambientale»⁷⁵. Questo legame dell'acqua alle tematiche ambientali fa altresì emergere una peculiare connotazione dell'acqua come diritto: accanto alla dimensione di diritto sociale individuale, affiora una dimensione collettiva, dove il collettivo assume una sfumatura forse inedita; esso non si riferisce esclusivamente alla titolarità di un diritto a soggetti in quanto parti di un gruppo ma a diritti che «il gruppo come tale, attraverso i

profit, South End Press, Cambridge, 2002, trad. it. Feltrinelli, Milano, 2003), dall'altra chi mette invece in discussione la connotazione naturalistica di tale diritto (D. ZOLO, *Il diritto all'acqua come diritto sociale e come diritto collettivo*, in *Dir.Pubb.*, 2005, p. 125 ss.), affermando la non perfetta simmetria tra bene naturale e diritto naturale (S. STAIANO, *Note sul diritto fondamentale all'acqua*, *op.cit.*, p. 5-6).

⁷³ Cfr. D. ZOLO, *Il diritto all'acqua come diritto sociale e come diritto collettivo*, *op.cit.*, p. 133: «oggi sopravvivere non è più un fatto naturale, ma un fatto sociale».

⁷⁴ Corte cost. sent. 273/2010 che parla di bene appartenente «in principio alla collettività».

⁷⁵ Corte cost. sent. 259/1996. La Corte riconduce le problematiche concernenti il servizio idrico alla sfera ambientale anche in altre pronunce: sentt. 246/2009, 325/2010, 187/2011 e 67/2013. Lo stretto legame tra acqua e ambiente emerge anche nella giurisprudenza della Corte cass. (sent. sez. III, 10127/2015). In una precedente pronuncia (306/1988), la Corte ha invece sussunto le acque potabili nell'alveo dei beni essenziali per l'alimentazione umana e ha da qui derivato la necessità di una regolamentazione volta a fissare i requisiti minimi di qualità delle acque a tutela del diritto alla salute.

suoi rappresentanti, può esercitare a nome di tutti i suoi membri all'interno di un determinato ordinamento giuridico»⁷⁶. Tale diversa connotazione del carattere collettivo del diritto sociale non è priva di conseguenza dal momento che implica un'estensione delle coordinate geografiche-giuridiche entro cui può esserne invocata la tutela. Se la garanzia del diritto sociale individuale trova i propri presupposti tutelativi all'interno dell'ordinamento nazionale, così come la garanzia del diritto sociale collettivo, qualora il bisogno di tutela emerga nel rapporto tra collettività infrastatali, laddove invece le collettività sia identificabile nella collettività statale, il livello di tutela deve necessariamente travalicare i confini nazionali sconfinando nel diritto internazionale il quale, d'altra parte, non può soprassedere dal considerare le specifiche esigenze di garanzia del diritto all'acqua che possono assumere declinazioni del tutto particolari a seconda della collettività cui ineriscono⁷⁷.

L'esigenza di affermare la natura di diritto fondamentale del bene acqua si riscontra analizzandone lo statuto di effettività. La scarsità del bene⁷⁸ e il crescere del suo valore economico in una contingenza quale quella attuale, dove diviene talora impossibile accedere all'erogazione di un servizio vitale, ha portato alla luce la necessità di un intervento legislativo che ha trovato corpo con la proposta di legge n. 2212 «Principi per la tutela, il governo e la gestione pubblica delle acque e disposizioni per la ripubblicizzazione del servizio idrico, nonché delega al Governo per l'adozione di tributi destinati al suo finanziamento»⁷⁹. La proposta interviene su alcuni capisaldi quali il regime proprietario, il sistema di gestione e la tariffazione a partire da una premessa sostanziale: l'acqua è un diritto inalienabile e «non può essere proprietà di nessuno, ma deve essere un bene condiviso equamente da tutti»⁸⁰.

Nel consacrare il processo di deprivatizzazione delle acque innescato dal codice civile del 1865⁸¹, la proposta sancisce che «tutte le acque superficiali e sotterranee sono pubbliche e non mercificabili e costituiscono una risorsa che è salvaguardata e utilizzata secondo criteri di efficienza, solidarietà, responsabilità e sostenibilità. Qualsiasi uso delle acque è effettuato

⁷⁶ D. ZOLO, *Il diritto all'acqua come diritto sociale e come diritto collettivo*, op.cit.

⁷⁷ V. SHIVA, *Water wars: privatisation, pollution and profit*, op.cit.; per l'Autrice il diritto all'acqua può assumere un peso analogo nelle diverse comunità a quello che assumono il diritto all'identità del gruppo e alla propria lingua.

⁷⁸ Cfr. E. BOSCOLO, *Le politiche idriche nella stagione della scarsità: la risorsa comune tra demanialità custodiale, pianificazioni e concessioni*, Giuffrè, 2012, p. 101 ss.

⁷⁹ La proposta, depositata alla Camera nel 2014, è stata approvata in prima lettura e trasmessa al Senato il 22 aprile 2016.

⁸⁰ V. la Relazione introduttiva alla proposta di legge. Recentemente, la stessa Corte cost. ha definito l'acqua quale bene comune o, più velatamente, quale bene di tutti (sentt. 273/2010 e 64/2014). Nello stesso senso si esprime il Manifesto dell'acqua di Lisbona (1998).

⁸¹ Altre fondamentali tappe sono state la legge Galli del '94 e il codice ambientale del 2006 (v. T.E. FROSINI, *Dare un diritto agli assetati*, op.cit.).

salvaguardando le aspettative e i diritti delle generazioni future a fruire di un integro patrimonio ambientale» (art. 2 co. 2). Quasi come naturale conseguenza benché opzione non costituzionalmente obbligata⁸², non slegando il tema della titolarità della proprietà da quello della gestione del servizio idrico, quest'ultima veniva sottratta al mercato e al principio della libera concorrenza⁸³. Nel corso della discussione in Commissione ambiente, la classificazione del servizio idrico è stata però oggetto di modifiche: benché sia stata mantenuta la dizione di servizio pubblico locale di interesse economico generale assicurato alla collettività, è stata espunta l'ulteriore precisazione "privo di rilevanza economica". Da questo emendamento è scaturita, con un effetto a cascata, la rimodulazione del modello di gestione e di governo che nella versione originaria prevedeva il finanziamento attraverso meccanismi di fiscalità generale nonché l'inseparabilità tra gestione ed erogazione del servizio idrico integrato e, quindi, l'affidamento esclusivo ad enti di diritto pubblico. La proposta di risulta spezza il legame tra proprietà e gestione: il bene acqua rimane un bene di natura pubblica, la cui gestione prevede il coinvolgimento di società di capitale che dovrebbero erogare il servizio ad un prezzo determinato dall'Autorità per l'elettricità, il gas e il servizio idrico⁸⁴. Uno degli elementi rimasti inalterati è, invece, quello attinente alla definizione di un nucleo essenziale del diritto all'acqua (art. 2 co. 3; art. 7)⁸⁵, inteso come diritto all'erogazione gratuita di un quantitativo minimo vitale necessario al soddisfacimento dei bisogni essenziali⁸⁶; un diritto, si aggiunga, non riferito

⁸² Sia alcuni costituzionalisti sia alcuni scienziati economici osservano come il tema della natura e della proprietà pubblica dell'acqua vadano distinti dalle modalità di gestione del servizio, ben potendo il bene rimanere pubblico nonostante il servizio venga concesso in affidamento ad un privato (cfr. S. STAIANO, *Note sul diritto fondamentale all'acqua, op.cit.*).

⁸³ Cfr. G. AZZARITI, *Ri-pubblicizzare il servizio idrico, Audizione presso la Commissione ambiente*, in *www.osservatorioaic.it*, 2015, per il quale la natura di bene essenziale alla sopravvivenza dell'acqua, legato alla soddisfazione dei diritti fondamentali delle persone, nonché la qualità di risorsa universale scarsa, può indurre a sottrarre il diritto all'acqua dalle logiche del mercato.

⁸⁴ Se nella prima versione tale compito era affidato al Ministero dell'ambiente, unitamente alle funzioni di controllo e di governo delle risorse idriche, in quella risultante rimane di competenza dell'organo governativo il solo controllo sul rispetto della disciplina in materia di tutela delle risorse e di salvaguardia ambientale. Allo stato attuale la proposta va ad incidere sull'art. 149 *bis* da poco introdotto dal dl. Sblocca Italia (133/2014) nel d.lgs. 152/2006, stabilendo che «L'affidamento può avvenire anche in via diretta a favore di società interamente pubbliche, in possesso dei requisiti prescritti dall'ordinamento europeo per la gestione *in house*, comunque partecipate da tutti gli enti locali ricadenti nell'ambito territoriale ottimale» (individuati dalle Regioni). Cfr. M. SANTISE, *Coordinate ermeneutiche di diritto amministrativo*, Giappichelli, 2016, p. 58 ss.

⁸⁵ In dottrina v. S. SANDRI, *L'acqua: una risorsa strategica?*, in *Riv. Giur. Amb.*, 2003, p. 7 ss.

⁸⁶ Questo quantitativo minimo, definito tramite dPCM, dovrà rimanere nel limite massimo di 50 l giornalieri per persona e tenere conto dei valori storici di consumo e di dotazione *pro capite*. I minori introiti derivanti verranno coperti dalla tariffa che, agendo sui consumi

ad una ristretta cerchia di soggetti (i morosi) ma universalisticamente esteso a ciascun individuo in forza di un espresso diritto sociale⁸⁷.

Tale proposta ha dunque il pregio di inserirsi, rafforzandolo, in uno statuto di effettività non del tutto compiuto e che fa leva, reticolarmente, su altri diritti fondamentali⁸⁸; un rafforzamento che stenta ancora a portare al riconoscimento di un panottico diritto all'acqua, il quale – rispetto ad una definizione di diritto tecnicamente inteso – sconta di una connaturale e forse eccessiva generalità ed astrattezza ma che, al contempo, aiuta a definire i contorni della tutela di uno specifico profilo attinente al bene acqua che ne manifesta la natura di bene strettamente vitale.

3. Nuove sfide e nuove metodologie

Parallelamente al metodo classico di ricostruzione dei diritti fondamentali, lo studio di beni quali acqua e cibo ha visto imporsi, soprattutto negli ultimi anni, nuove metodologie funzionali al loro riconoscimento giuridico che – quantunque difficilmente inquadrabili – meritano di essere prese in considerazione per verificare se e come siano in grado di incidere concretamente sul riconoscimento giuridico di diritti giustiziabili aventi ad oggetto beni vitali. L'importanza di queste nuove metodologie, ovverosia del costituzionalismo andino e delle teorie costituzionali sui beni comuni, sta nell'aver inserito elementi di rottura all'interno del binomio autorità-libertà. Da un lato, il costituzionalismo andino ha aggiunto la natura al tradizionale rapporto tra Stato e cittadino⁸⁹; dall'altra, le teorie sui beni vitali intervengono nella relazione tra bene pubblico e privato, introducendo una nuova forma di proprietà e di gestione finalizzata a corrispondere più specificamente alle esigenze di garanzia dei beni vitali.

superiori ai 50 l, verrà stabilita secondo criteri di progressività e di incentivazione al risparmio della risorsa.

⁸⁷ Per quanto riguarda i morosi, con l'art. 61 l. 221/2015 era stata introdotta una previsione attraverso cui si impegnava l'Autorità ad adottare direttive destinate a contenere la morosità degli utenti e a garantire che fosse salvaguardata la possibilità di usufruire di un quantitativo minimo vitale. L'attuazione di tale disposizione è stata oggetto di un atto di sindacato ispettivo (n. 4-05746 del 2016) concernente le intenzioni d'azione del Ministero dell'ambiente nelle more della definizione delle direttive di cui all'art. 61, a fronte di alcune recenti pronunce giurisprudenziali con cui si è negato il ripristino dell'erogazione del servizio sospeso a danno di cittadini morosi che non avevano fornito prova della condizione di disagio economico.

⁸⁸ Cfr. R. LOUVIN, *La dimensione sociale ed ecologica del diritto all'acqua*, in S. GAMBINO (a cura di), *Diritti sociali e crisi economica. Problemi e prospettive*, Giappichelli, 2015, p. 531.

⁸⁹ Cfr. M. CARDUCCI, *Costituzionalismo e sopravvivenza umana*, in *www.diritticomparati.it*, 2014.

3.1. L'ecocentrismo sudamericano (nuevo constitucionalismo andino)

L'elemento di macroscopica innovazione portato dal costituzionalismo andino è l'aver inquadrato la natura quale nuovo soggetto titolare di diritti, tramite un'operazione di costituzionalizzazione delle tradizioni autoctone da cui trapela «un'idea cosmocentrica dove l'uomo è cosciente di avere un ruolo passivo e subordinato rispetto all'ordine delle cose»⁹⁰. È in questa diversa declinazione giuridica dell'endiadi uomo-natura che risiede l'elemento di rottura con il fondamento assiologico su cui il costituzionalismo classico si è storicamente sviluppato, quel rapporto tra individuo e Stato, tra libertà e autorità⁹¹.

Paradigmatiche in questo senso sono le Costituzioni di Ecuador (2008) e Bolivia (2009) che hanno codificato con gradazioni giuridiche differenti la cosmovisione andina e il richiamo ad un'ideale di vita dignitosa, in armonia con la natura, nelle sue molteplici dimensioni sociale, economica, culturale etc. (filosofia del *buen vivir*). La vocazione spiccatamente cosmocentrica o ecocentrica propria della Costituzione ecuadorena⁹² viene infatti mitigata nella Costituzione boliviana ove l'essenza di principio orientativo – e più flebilmente normativo – del *buen vivir* traspare dalla non esplicitazione dei diritti prestazionali della natura, codificati in fonti legislative di rango inferiore⁹³.

Nonostante sia al momento prematuro determinare l'effettività di tali prescrizioni, che mirano a non rimanere un mero costituzionalismo retorico⁹⁴,

⁹⁰ S. LANNI, *Sistema giuridico latinoamericano e diritti dei popoli indigeni*, in S. LANDINI (a cura di), *I diritti dei popoli indigeni in America Latina*, ESI, 2011; cfr. altresì M. PETERS MELO, *Neocostituzionalismo e "nuevo constitucionalismo" in America Latina*, in *DPCE*, 2012, p. 351; C. CARDUCCI, *Il "nuevo constitucionalismo" andino tra alterità indigenista e ideologia ecologista*, in *DPCE*, 2012, p. 319.

⁹¹ Cfr. S. BALDIN, *I diritti della natura nelle costituzioni di Ecuador e Bolivia*, in *Visioni Latino-Americane*, 2014, p. 30: «La grande scommessa del nuovo costituzionalismo andino risiede in un diverso contratto sociale che (...) viene ora stipulato tra la natura stessa e le persone».

⁹² Nel Capo II, Tit. I si sanciscono il diritto ad acqua, cibo e ambiente salubre. Ancora più interessanti sono l'art. 10 co. 2 Cost. e gli artt. da 71 a 74 Cost. Nel primo si afferma che «La natura sarà titolare dei diritti che le sono riconosciuti dalla Costituzione» (Cap. VII del Tit. II), mentre nei secondi si prevedono interventi di riparazione e strumenti di tutela di tipo precauzionale e sanzionatorio.

⁹³ Il che potrebbe indurre a ritenere sussistente una «ben distinta graduazione dei diritti a livello attuativo, suscettibile di variazioni legate alla discrezionalità del legislatore» (S. BALDIN, *I diritti della natura: i risvolti giuridici dell'Etica ambiental exigente in America Latina*, in www.forumcostituzionale.it, 2015, p. 14).

⁹⁴ Nelle due Costituzioni è prevista un'*accion de proteccion*, volta a far valere in giudizio la violazione dei diritti della natura. Anche sul versante dell'azionabilità, i due Paesi mantengono delle differenziazioni. Se in Ecuador essa dipende dalla lesione di uno dei diritti della natura, in Bolivia il ricorso si fonda sulla lesione di un diritto la cui titolarità rimane in capo all'essere umano (art. 88 Cost. Ecuador che ha trovato attuazione con il caso del fiume

il nuovo costituzionalismo andino sembra esercitare un fascino tale da aver acceso anche in Europa il dibattito sul ruolo della natura e sugli strumenti, sulle politiche e sulle strategie destinate alla sua tutela, persino in un'ottica di possibile esportazione del modello⁹⁵. La mutuabilità di tale modello non può però soprassedere dal fatto che il riconoscimento forte dei diritti della natura perpetuato dalle Costituzioni dei paesi andini è figlio di una storia⁹⁶ e di una tradizione propria delle comunità di quei paesi, in assenza delle quali sarebbe difficilmente accettabile il trapianto costituzionale di un simile mutamento assiologico in altri ordinamenti.

L'idea ecocentrica propria di queste Costituzioni sembra stridere con la concezione antropocentrica che ha contraddistinto fino ad oggi il costituzionalismo occidentale, in costanza del quale «i diritti fondamentali costituiscono il patrimonio irretirabile della persona umana»⁹⁷. La prospettiva antropocentrica si pone come «presupposto obbligato» perché trova fondamento nell'art. 3 co. 2 Cost.⁹⁸. Questo baricentro personalistico, che può tradursi in un antropocentrismo debole non escludente *a priori* il tema della sostenibilità e della responsabilità⁹⁹, permette altresì di evitare l'insorgere di problematiche conseguenze derivanti dalla capacità deontica attribuita ai diritti della natura, avendo riguardo in particolare ai possibili esiti di un bilanciamento tra diritti riconducibili in punto di titolarità a soggetti assiologicamente equivalenti e, potenzialmente, portatori di interessi contrapposti.

Tali considerazioni sollevano dubbi sul fatto che il nuovo costituzionalismo andino possa rispondere alla domanda originaria da cui muove il presen-

Vilcabamba e art. 34 Cost. Bolivia). Un punto di convergenza sembra potersi rinvenire nelle previsioni che istituiscono e disciplinano un soggetto giuridico, assimilabile all'*ombudsman* che protegge la natura, grazie anche ad un apposito fondo pubblico.

⁹⁵ V. in questo senso S. BAGNI, *L'armonia tra il sé, l'altro e il cosmo come norma. La costituzionalizzazione della cultura tradizionale dei paesi andini in una prospettiva comparata*, in *Governare la paura*, 2013, p. 226; S. GRASSI, *Problemi di diritto costituzionale dell'ambiente*, Giuffrè, 2012, p. 17.

⁹⁶ Dopo decenni di sfruttamento delle risorse naturali questi popoli hanno riaffermato il valore dell'ecosistema nella lotta sociale relativa al riconoscimento delle loro tradizioni di vita. La Costituzione diventa così strumento per esorcizzare la *deminutio* di tutela dai diritti fondamentali operata dai regimi degli anni '80 (cfr. M. IACOMETTI, *Il diritto all'acqua negli ordinamenti dell'America Latina*, in corso di pubblicazione in *Atti del Seminario di studio sul diritto all'acqua*).

⁹⁷ Corte cost. 11/1965. In dottrina v. N. OCCHIOCUPO, *Liberazione e promozione umana nella Costituzione*, *op.cit.*, p. 55; R. DICKMANN, *La ricchezza della Costituzione. Democrazia e persona umana*, Soveria Mannelli, 2012.

⁹⁸ M. TALLACCHINI, *Diritto per la natura. Ecologia e filosofia del diritto*, Giappichelli, 1996, p. 160.

⁹⁹ In questo modo, la persona conserverebbe nell'ordinamento «una centralità e un'eccellenza che valgono ad esprimere la posizione dell'uomo come unico in grado di assumere la "responsabilità" di tutto ciò che lo circonda e del mantenimento delle relazioni di equilibrio ecologico» (M. CECCHETTI, *La disciplina giuridica della tutela ambientale come "diritto dell'ambiente"*, in *www.federalismi.it*, p. 57).

te contribuito. Esse, oltre ad estendere il terreno di valutazione (il mutamento di paradigma operato dal costituzionalismo andino porterebbe implicare lo studio dei beni vitali non più quali beni vitali per l'uomo ma anche quali beni vitali per la natura), pongono ulteriori domande che acquiscono la delicatezza e la problematicità di una possibile risposta. Quale sarebbe l'esito del bilanciamento se nei termini già in campo si inserissero i diritti costituzionali della natura¹⁰⁰? Quali sono i limiti entro cui il diritto della natura è apprezzabile a discapito del diritto dell'individuo e della collettività? Su quali basi si determina? Su basi scientifiche o, anche in questo caso, l'elemento politico non deve venir meno?

3.2. I beni comuni

I beni vitali come cibo e acqua possiedono una natura complessa. Se da una parte essi sono strumentali al soddisfacimento dei primari bisogni umani e diventano oggetto di utilizzo da parte del singolo e della collettività, dall'altra, tale uso si scontra con la finitezza delle risorse¹⁰¹. Questo legame tra utilizzo dei beni vitali e loro disponibilità scandisce come un ritornello le norme delle leggi e delle Costituzioni dei paesi andini¹⁰² che sanciscono la non mercificabilità e la non suscettibilità di appropriazione privata delle risorse naturali, richiamando la distinzione di romanistica memoria tra *res in commercio* e *res extra commercium*¹⁰³.

La limitatezza delle risorse ha favorito l'esponenziale crescente dialettica sui beni comuni¹⁰⁴ che si inserisce, come terza categoria, nella dicotomia obbligata pubblico-privato¹⁰⁵ proposta da Hardin¹⁰⁶. Il presupposto delle teorie

¹⁰⁰ Ulteriore problematica concerne l'individuazione dei soggetti portatori dei diritti della natura (cfr. S. GRASSI, *Problemi di diritto costituzionale dell'ambiente*, op.cit., p. 23).

¹⁰¹ G. HARDIN, *The tragedy of the commons*, in *Science*, 1968, p. 1243 ss.: «Un mondo finito può sostenere unicamente una popolazione finita; (...) potrà essere realizzato l'obiettivo benthamiano del "massimo benessere per il maggior numero di persone"?».

¹⁰² Si rimanda a M. FORONI, *Beni comuni e diritti di cittadinanza. Le nuove Costituzioni sudamericane*, 2014.

¹⁰³ Cfr. A. DANI, *Il concetto giuridico di "beni comuni" tra passato e presente*, in *Historia et ius*, 2014.

¹⁰⁴ A questo sviluppo hanno concorso più fattori: la globalizzazione, la crisi economica del 2008 nonché le crescenti problematiche ambientali (L. FERRAJOLI, *La democrazia costituzionale*, in *Revus*, 2012, p. 69 ss.; A. CIERVO, *I beni comuni*, Ediesse, 2012; L. D'ANDREA, *I beni comuni nella prospettiva costituzionale: note introduttive*, in *www.rivistaaic.it*, 2015).

¹⁰⁵ Secondo l'espressione di N. BOBBIO, *La grande dicotomia: pubblico/privato*, in N. BOBBIO (a cura di), *Stato, governo, società*, Einaudi, 1985.

¹⁰⁶ Hardin ha teorizzato che la sovrautilizzazione e l'estinzione di risorse scarse investe gli ordinamenti sociali umani del compito di limitare l'interesse individuale e di regolare l'accesso ai beni scarsi. A partire da tali considerazioni sono state ipotizzate due opposte alternative: la privatizzazione dei beni o la loro piena pubblicizzazione (G. HARDIN, *The Tragedy of the Commons*, op.cit., p. 1243 ss.). La stessa Ostrom, commentando Hardin, rileva questa

sui beni comuni è infatti quello di trovare un'efficace opzione tra la «diffusa insoddisfazione per l'assenza di alternative tra il pubblico, del quale si lamentano inefficienza e scarsa democraticità, e il privato, troppo spesso ispirato alla pura logica mercantile ed escludente del profitto»¹⁰⁷. Se nel pensiero della Ostrom questa opzione non ambiva a intervenire sulla qualificazione giuridica del legame tra «appropriatori» e beni collettivi¹⁰⁸, è ai successivi sviluppi della teoria che si deve l'ampliamento del tema al profilo proprietario e la succedanea messa in discussione del tradizionale binomio proprietà pubblica/proprietà privata. Dalla «decostruzione dello strumentario concettuale» che ne è derivata e che sembra assumere i contorni di una vera e propria palinogenesi giuridico-istituzionale, il diritto costituzionale non può dirsi estraneo¹⁰⁹.

Le teorie sui beni comuni presentano numerosi punti di contatto con il progetto unitario del nostro sistema costituzionale di perseguimento del pieno sviluppo della persona umana attraverso il principio dell'eguaglianza sostanziale¹¹⁰; al contempo, esse possono non combaciare con la perentoria alternativa tra proprietà pubblica o privata di cui all'art. 42 Cost.¹¹¹ e possono

netta alternativa (E. OSTROM, *Governare i beni collettivi*, Marsilio, 2006, p. 21) che ha dato vita a due posizioni radicali: coloro che ritengono il pubblico l'unica valida soluzione (scuola neo-comunitarista, v. C. ROSE, *The Comedy of the Commons: Custom, Commerce, and Inherently Public Property*, in *University of Chicago Law Review*, 1986, p. 711 ss.) e coloro che spingono verso la privatizzazione (es. la Scuola di Chicago).

¹⁰⁷ Cit. P. CHIRULLI, *I beni comuni, tra diritti fondamentali, usi collettivi e doveri di solidarietà*, in *Giustamm.it*, 2012. Rispetto alla specifica vicenda italiana della gestione del servizio idrico, per Marella la politica che ha contrapposto il pubblico al privato ha fatto scivolare in secondo piano la collettività quale «vera e unica destinataria della risorsa e della sua gestione» (M.R. MARELLA, *Introduzione. Per un diritto dei beni comuni*, in M.R. MARELLA (a cura di), *Oltre il pubblico e il privato. Per un diritto dei beni comuni*, 2012, p. 7).

¹⁰⁸ La Ostrom individua alcuni principi progettuali (E. OSTROM, *Come alcune comunità hanno evitato la tragedia delle risorse comuni*, in *Le Terre civiche tra l'istituzionalizzazione del territorio e il declino dell'autorità locale di sistema*, Cedam, 1998, p. 50) nei quali risiede il contributo innovativo dell'Autrice: «La bellezza e la popolarità della tesi della Ostrom (...) risiede (...) nel suggerimento liberatorio (...) che la gestione delle risorse comuni sia non una claustrofobica sequela di rigide scelte dicotomiche (pubblico/privato, organizzazione/anarchia), ma bensì la ricerca di soluzioni ottimali su un continuum di infinite combinazioni possibili» (C.A. RISTUCCIA, *Alla ricerca di un buon modello per l'uso delle risorse comuni. Una verifica storica tra open fields system, regole ampezzane e partecipanze emiliane*, in E. OSTROM (a cura di), *Governare i beni collettivi*, 2006, p. X).

¹⁰⁹ A. CIERVO, *I beni comuni*, op.cit., p. 39.

¹¹⁰ A. ALGOSTINO, *Riflessioni sui beni comuni tra il "pubblico" e la Costituzione*, in *www.costituzionalismo.it*, 2013: «Il discorso sui beni comuni (...) come emblema dei rapporti fra persona, bisogni, diritti, proprietà e sistema economico, nuovi, ma con il sapore di un ritorno alla Costituzione, al suo progetto di trasformazione ed emancipazione». Similmente, S. RODOTÀ, *Beni comuni: una strategia globale contro lo human divide*, in M.R. MARELLA (a cura di), *Oltre il pubblico e il privato. Per un diritto dei beni comuni*, 2012, p. 325).

¹¹¹ A. CIERVO, *I beni comuni*, op.cit., a parere del quale tale frizione potrebbe essere temperata dal raccordo del primo con il secondo comma oltre che con l'art. 43 Cost.

entrare in tensione con il profilo individualistico proprio dei diritti fondamentali degli ordinamenti costituzionali contemporanei¹¹².

Ciononostante, la dialettica sui beni comuni ha trovato terreno fertile nel nostro ordinamento, complice l'esito referendario del 2011¹¹³ nonché la nota sentenza 3665/2011, attraverso cui le SSUU della Suprema Corte civile, conferendo più ampio respiro alla tassonomia dei beni pubblici e demaniali attraverso il richiamo al principio personalista e solidarista¹¹⁴, hanno gettato le basi per lo sviluppo di un pensiero giuridico sui beni comuni. A tale pensiero aveva già cercato di fornire il suo contributo la Commissione Rodotà¹¹⁵, la quale ha dovuto fronteggiare le perduranti zone grigie che rendono tutt'oggi complesso fornire le precise coordinate entro cui collocare i beni comuni: in primo luogo, la fluida identità dogmatica della categoria "beni comuni"¹¹⁶ e, in secondo luogo, il delicato profilo della titolarità del bene e le relative conseguenze in punto di gestione.

Per quel che concerne l'identità dogmatica, la scelta operata dalla Commissione di connettere la definizione di beni comuni all'elemento finalistico di garanzia nell'esercizio di diritti fondamentali e di sviluppo della persona¹¹⁷ rischia di non essere risolutiva. Alla luce di una concezione dignitaria e mas-

¹¹² Critici rispetto al superamento della dialettica pubblico e privato sono A. D'ANDREA, *I beni comuni*, op.cit., p. 10 e M. FIORAVANTI, *Pubblico e privato. I principi fondamentali della Costituzione*, Ed. scient., 2014, p. 7.

¹¹³ Tra i numerosi contributi in dottrina v. M. MUSSELLI, *I servizi idrici dopo il referendum: prime considerazioni*, in www.federalismi.it, 2011; S. STAIANO, *Note sul diritto fondamentale all'acqua*, op.cit.; P. SABBIONI, *Il ripristino della disciplina abrogata con referendum: il caso dei servizi pubblici locali di rilevanza economica*, in www.forumcostituzionale.it, 2011; A. AVINO, *I servizi pubblici locali a rilevanza economica tra la sent. n. 325 del 2010 della Corte costituzionale e il referendum abrogativo*, in www.costituzionalismo.it, 2011; M. CAPANTINI, *I referendum sulla "privatizzazione dell'acqua" e degli altri servizi pubblici*, in *Quad. Cost.*, 2011, p. 409 ss.

¹¹⁴ Cfr. F. CORTESE, *Dalle valli da pesca ai beni comuni: la Cassazione rilegge lo statuto dei beni pubblici?*, in *Gior.Dir.Amm.*, 2011, p. 1170 ss.

¹¹⁵ Commissione istituita dal Governo Prodi (2007) per la modifica del Capo II, Tit. I, Libro III c.c.

¹¹⁶ Un'inafferrabilità che ha portato ad argomentazioni di ordine giuridico maggiormente coerenti nella fase *destruens* del ragionamento piuttosto che in quella *costruens* (cfr. V. CERULLI IRELLI, L. DE LUCIA, *Beni comuni e diritti collettivi*, in *Pol.Dir.*, 2014, p. 3 ss.).

¹¹⁷ Nella categoria rientrerebbero sia beni materiali (acqua, ambiente, suolo) sia beni immateriali (creazioni intellettuali, genoma, internet) sia istituzioni (università, sanità) nonché beni peculiari come le città o la stessa democrazia. Cfr. V. CAMPION, F. BASSANINI, *Istruzione bene comune. Idee per la scuola di domani*, Passigli, 2011; C. HESSE, E. OSTROM, P. FERRI (a cura di), *La conoscenza come bene comune. Dalla teoria alla pratica*, Mondadori, 2009; L. RAMPA, Q. CAMERLENGO, *I beni comuni tra diritto ed economia: davvero un tertium genus?*, in *Pol.Dir.*, 2014, p. 253 ss.; W. GASPARRI, *Suolo, bene comune? Contenimento del consumo di suolo e funzione sociale della proprietà privata*, in *Dir.Pubb.* 2016, p. 69 ss. Tra coloro che reputano positiva l'apertura della definizione di beni comuni v. U. MATTEI, *Beni comuni. Un manifesto*, Laterza, 2011, p. 54.

simalista del principio di tutela dello sviluppo della persona umana¹¹⁸, i beni comuni assumerebbero una capacità espansiva potenzialmente illimitata e potrebbero persino sovrapporsi a livello definitorio ai beni vitali¹¹⁹. Analogo grado di problematicità attiene alla titolarità del bene che, in raccordo con la summenzionata definizione di beni comuni, dovrebbe essere ricondotta al soggetto che necessita di quel bene per rispondere ad un suo diritto fondamentale. Si accede però così, nuovamente, ad un labirinto del quale si fatica a trovare la via di uscita e che potrebbe rivelare la propria incompatibilità rispetto la duplice dimensione pubblica e privata su cui la Costituzione incardina il sistema proprietario¹²⁰; incompatibilità che potrebbe essere forse superata concentrando l'attenzione non tanto su un mutato paradigma proprietario quanto, piuttosto, su una diversa sistematizzazione delle strutture organizzative orientate alla partecipazione dei fruitori del bene nel momento gestionale¹²¹.

Pur essendo il tema dei beni comuni avvolto da molteplici dubbi irrisolti, rimane la percezione dell'afflato buono racchiuso nei suoi presupposti teorici; anche ponendosi in un angolo prospettico diverso da quello proprio del diritto costituzionale (modalità gestionale) e senza esaurire la domanda originaria (i beni vitali sono diritti fondamentali?), la teoria dei beni comuni contribuisce alla maturazione della domanda stessa nella coscienza politica e sociale, in quanto strettamente legata alla persona umana che è l'autentico valore in grado di supportare le scelte del costituzionalismo.

4. Alcune riflessioni conclusive. Diritti fondamentali in divenire?

Acqua e cibo possiedono numerosi profili di comunanza, su tre dei quali è opportuno concentrare l'attenzione, nelle battute finali di questo contributo, nel tentativo di comprendere se essi costituiscano diritti fondamentali.

Un primo carattere riconducibile a tali beni, più marcatamente rispetto ad altri, è la dinamicità e l'apertura a problematiche sempre nuove e diverse, suscitate anche dalla interazione con il dato scientifico. La scarsità di questi beni e il rischio di una diminuita accessibilità pongono l'accento sulla necessità del potenziamento di una dimensione di responsabilità che deve essere intesa nella sua duplice anima: accanto alla responsabilità imputata allo Stato di farsi carico dell'inveramento del contenuto dei diritti o della tutela di ta-

¹¹⁸ L. D'ANDREA, *I beni comuni, op.cit.*, p. 15.

¹¹⁹ Ferrajoli parla di "coacervo di valori benefici eterogenei" (L. FERRAJOLI, *Beni fondamentali*, in AA.VV., *Tempo di beni comuni*, 2013, p. 139). In senso critico v. E. VITALE, *Contro i beni comuni. Una critica illuministica*, Laterza, 2013.

¹²⁰ L. D'ANDREA, *I beni comuni, op.cit.*, il quale non ritiene sufficiente a tal fine l'apertura solidaristica di cui all'art. 43 Cost.

¹²¹ Questa linea di azione viene suggerita dalla Ostrom che spinge per un modello gestionale cooperativo e partecipativo (cfr. C.A. RISTUCCIA, *Alla ricerca di un buon modello, op.cit.*). A titolo esemplificativo v. il *Localism Act* del Regno Unito, 2011.

luni beni, si impone una responsabilità dell'intera collettività nei modi della fruizione di un bene e nel godimento di un relativo diritto. Ad una solidarietà pubblica o paterna si affianca una solidarietà doverosa o fraterna¹²², di cui si trova un pregevole esempio nella recente legge sugli sprechi alimentari¹²³.

Se poi parlassimo di questi beni in termini di diritti fondamentali, questi potrebbero trovare un legame per il fatto di essere diritti dell'individuo e della comunità umana, assumendo una connotazione globale capace di ripercuotersi sulla tipologia della loro tutela. Non mutano solo le coordinate soggettive ma anche le coordinate territoriali di tali diritti che, senza voler scindere il «rapporto di corrispondenza biunivoca tra diritti fondamentali e Costituzione»¹²⁴, devono fare aggio su una dimensione globale. Rispetto ad alcuni profili di tutela confacenti alle specifiche di tali beni¹²⁵, le maglie del diritto nazionale si fanno troppo strette, rischiando finanche di privare di efficacia il riconoscimento a livello costituzionale di un diritto fondamentale.

Questa peculiarità dell'oggetto incide altresì sulla definizione del suo contenuto. È di tutta evidenza come tali beni possiedano una natura poliedrica. Essi si stagliano in panorama vasto e molteplice nel quale si delineano una varietà di situazioni giuridiche soggettive che esprimono esigenze di tutela che trovano o aspirano di trovare risposta nell'ordinamento. Come per l'ambiente, anche per il cibo si potrebbe affermare che esso non costituisca «un oggetto predefinito o predefinibile in astratto, ma un oggetto affatto particolare, com-

¹²² V. TONDI DELLA MURA, *La solidarietà, l'etica e l'estetica. Evoluzione di un principio*, in M. ESPOSITO, A. LOIODICE, I. LOIODICE, V. TONDI DELLA MURA (a cura di), *Temi di diritto costituzionale*, Giappichelli, 2013, p. 214; sul dovere di solidarietà si rimanda, *ex multis*, a G. LOMBARDI, *Contributo allo studio dei doveri costituzionali*, Giuffrè, 1970; B. PEZZINI, *Il dovere di solidarietà*, in B. PEZZINI, C. SACCHETTO (a cura di), *Atti del convegno di Bergamo*, Giuffrè, 2005; A. BARBERA, *Art. 2, op.cit.*; A. MORELLI, *I principi costituzionali relativi ai doveri inderogabili di solidarietà*, in www.forumcostituzionale.it, 2015.

¹²³ L. 166/2016 «Disposizioni concernenti la donazione e la distribuzione di prodotti alimentari e farmaceutici a fini di solidarietà sociale e per la limitazione degli sprechi» che prevede per gli operatori del settore alimentare la facoltà – e non l'obbligo come in altri Paesi europei – di cedere a titolo gratuito le eccedenze alimentari, con il vincolo che esse vengano destinate al consumo di soggetti che versano in condizione di indigenza. La donazione viene incentivata attraverso strumenti di semplificazione burocratica oltre che attraverso la previsione di agevolazioni fiscali.

¹²⁴ A. RUGGERI, *Sovranità dello Stato e sovranità sovranazionale, attraverso i diritti umani, e prospettive di un diritto europeo "intercostituzionale"*, in DPCE, 2001, p. 549. Si apre qui il tema del possibile approdo ad un costituzionalismo globale, ad una democrazia costituzionale internazionale o ad uno spazio globale multilivello (L. FERRAJOLI, *Ipotesi per una democrazia cosmopolitica*, in M.G. CAZZANIGA (a cura di), *Metamorfosi della sovranità*, ETS, 1999, p. 98; S. CASSESE, *Lo spazio giuridico globale*, Laterza, 2002; ID., *Il diritto globale*, Einaudi, 2009).

¹²⁵ La continuità territoriale delle problematiche attinenti a cibo e acqua necessita una continuità territoriale nella loro tutela (v. P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, *op.cit.*, p. 23; G. SILVESTRI, *Costituzionalismo e crisi dello Stato-nazione. Le garanzie possibili nello spazio globalizzato*, in *Riv. Trim. Dir. Pub.*, 2013, p. 905 ss.).

plesso, variegato, a molteplici dimensioni e frutto, esso stesso, di delicate operazioni di ponderazione tra fattori ed elementi assai diversificati»¹²⁶. Tale bene lambisce, infatti, una pluralità di ambiti, innervandosi di volta in volta nel tronco di svariati diritti fondamentali (vita, salute, assistenza, libertà religiosa, etc.). Muovendo dal presupposto che è l'oggetto a suggerire la strada più adeguata per la sua tutela, pare arduo configurare un diritto fondamentale al cibo e all'acqua *tout court*; più i contorni di un diritto si sfumano, più sfuma la sua capacità prescrittiva¹²⁷. Ciò che potrebbe essere giuridicamente possibile sarebbe provare a definire singole situazioni giuridiche soggettive analoghe al diritto all'ambiente salubre, ipotizzando un diritto al cibo e all'acqua quale minimo vitale, un diritto al cibo e all'acqua salubre, un diritto alla libertà di assumere cibo culturalmente/religiosamente conforme e così via. Se però per l'ambiente salubre è identificabile una giurisprudenza in grado di riconoscere l'effettività di tale bene come diritto fondamentale¹²⁸, questo non sembra attualmente possibile in riferimento alle molteplici declinazioni giuridiche dell'acqua e del cibo.

Così ricostruito lo stato dall'arte, l'indagine suggerisce forse due diverse letture. In primo luogo, tanto per il cibo quanto per l'acqua è possibile classificare gli interventi disposti dall'ordinamento come i primi passi di un percorso ancora in divenire. Gli interventi legislativi già messi in campo o *in fieri* hanno il pregio di offrire risposte a talune esigenze concrete e le declinazioni giuridiche che acquistano tali beni ricevono almeno una parziale copertura grazie al continuo rimando ad altri diritti fondamentali classici da cui derivano prestazioni e obblighi giuridici essenziali alla loro tutela. Nondimeno, la debole giustiziabilità, a cui si affianca la scarsità e la non compiuta incisività delle pronunce della Corte costituzionale su tali beni, contribuisce a rendere la parabola non del tutto compiuta. In secondo luogo, le soluzioni offerte dalla legislazione e dalla giurisprudenza sembrano rafforzare la tutela giuridica di tali beni mettendola in connessione con il concetto di persona umana di cui all'art. 2 Cost. ma, specialmente, con puntuali libertà costituzionali che pro-manano dall'esigenza di garanzia della personalità umana (diritto alla salute, all'assistenza, alla libertà religiosa etc.). Il cibo e l'acqua ricavano quindi la

¹²⁶ M. CECCHETTI, *Audizione sulla riforma dell'art. 9 Cost.*, 2003, in www.federalismi.it.

¹²⁷ F. RIMOLI, *Universalizzazione dei diritti fondamentali e globalismo giuridico: qualche considerazione critica*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it.

¹²⁸ Nella ricca giurisprudenza della Cort. cost. v.: 210/1987, 127/1990, 345/1995. Per riferimenti nella sterminata dottrina in materia: G. GRASSO, *Profili comuni (e intersezioni) tra tutela dell'ambiente e tutela della salute: una nuova ipotesi di legislazione concorrente?*, in *Quad.Reg.*, 2003, p. 501; B. CARAVITA, *Diritto pubblico dell'ambiente*, Il Mulino, 2005; G. CORDINI, *Principi costituzionali in tema di ambiente e giurisprudenza della Corte costituzionale italiana*, in *Riv.Giur.Amb.*, 2009, p. 611 ss.; D. CARDONE, *Diritto alla salute e salubrità dell'ambiente*, in www.teoriaestoriadeldirittoprivato.com, 2010; D. AMIRANTE, *Profili di diritto costituzionale dell'ambiente*, in P. DELL'ANNO, E. PICOZZA (diretto da), *Trattato di diritto dell'ambiente, Principi generali*, Cedam, 2012; M. CECCHETTI, *La disciplina giuridica*, op.cit.

loro fundamentalità dal legame che instaurano con libertà della persona già codificate.

Dinanzi a queste due letture, e assecondando le proposte di legge avanzate in tal senso¹²⁹, ci si potrebbe interrogare sull'utilità di una codificazione costituzionale e "promozionale" di tali beni volta ad evitarne l'«indifferentismo giuridico»¹³⁰. Tenendo però conto dell'incompiutezza della parabola di cibo e acqua e degli ostacoli che lungo questa strada si possono incontrare, pare di poter affermare come una simile codificazione sia ad oggi prematura. La *vis* espansiva di questi potenziali diritti fondamentali, derivante dalla poliformità del loro contenuto oggettivo, impone un confronto con il tipo di forma di Stato in cui tale tutela deve contestualizzarsi. Senza mettere in discussione la forma di Stato democratico-sociale, il grado di pervasività dell'intervento statale può tingersi di tonalità differenti¹³¹: uno Stato sociale "complessivamente moderato"¹³² o, a fronte di una più pregnante forza espansiva dei diritti fondamentali¹³³, uno stato sociale maggiormente pervasivo, a sua volta condizionato dal tema della sostenibilità economica¹³⁴.

Non si vuole con ciò negare la reciproca influenza tra dimensione positivo/normativa, sostanziale e di effettività, come a scandire una successione temporale tra le tre dimensioni. Tuttavia, fermo rimane che, prima ancora

¹²⁹ *Ex multis*, ddl C. 3133/2015 (cibo) e ddl S. 1883/2015 (acqua).

¹³⁰ P. CARETTI, G. TARLI BARBIERI, *I diritti fondamentali. Libertà e diritti sociali*, Giappichelli, 2011; P. BARILE, *I diritti umani come diritti costituzionali*, in Id. (a cura di), *Libertà, giustizia, Costituzione*, Cedam, 1993.

¹³¹ G. BOGNETTI, *Diritti fondamentali nell'esperienza costituzionale*, op.cit., p. 68.

¹³² G. BOGNETTI, *Per una storia autentica e integrale della Costituzione repubblicana e della sua evoluzione*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it.

¹³³ Cfr. P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, op.cit., p. 40; A. CORASANITI, *Note in tema di diritti fondamentali. I diritti fondamentali, inviolabili dell'uomo*, in *Dir.Soc.*, 1990, p. 214.

¹³⁴ La bibliografia su diritti fondamentali, diritti sociali e crisi economica è pressoché sterminata; *inter alia*: C. PINELLI, *Diritti costituzionali condizionati, argomento delle risorse disponibili, principio di equilibrio finanziario*, in A. RUGGERI (a cura di), *La motivazione delle decisioni della Corte costituzionale*, Giappichelli, 1994, p. 550 ss.; E. LONGO, *I diritti sociali al tempo della crisi*, in *Giur. Cost.*, 2010, p. 166 ss.; M. MIDIRI, *Diritti sociali e vincoli di bilancio nella giurisprudenza costituzionale*, in AA.VV. *Studi in onore di Franco Modugno*, Ed. scient., 2011, p. 2241 ss.; I. CIOLLI, *I diritti sociali al tempo della crisi economica*, in www.costituzionalismo.it, 2012; G. RAZZANO, *Lo "statuto" costituzionale dei diritti sociali*, in E. CAVASINO, G. SCALA, G. VERDE (a cura di), *I diritti sociali dal riconoscimento alla garanzia. Il ruolo della giurisprudenza*, Ed. scient., 2013, p. 25 ss.; A. MANGIA, *I diritti sociali tra esigibilità economica e provvista finanziaria*, in E. CAVASINO, G. SCALA, G. VERDE (a cura di), *I diritti sociali dal riconoscimento alla garanzia. Il ruolo della giurisprudenza*, Ed. scient., 2013, p. 581 ss.; C. SALAZAR, *Crisi economica e diritti fondamentali*, in www.rivistaaic.it, 2013; S. GAMBINO (a cura di), *Diritti sociali e crisi economica. Problemi e prospettive*, Giappichelli, 2015; E. CATELANI, *Profili costituzionali della limitazione dei diritti sociali garantiti dallo Stato e dalle Regioni di fronte alla crisi economica*, in E. CATELANI, R. TARCHI (a cura di), *I diritti sociali nella pluralità degli ordinamenti giuridici*, Ed. scient., 2015.

della sua codificazione, il diritto fondamentale richiede di identificare un diritto tecnicamente inteso, i cui contorni siano oggettivamente perimetrabili sì da consentire di incidere sulla sua dimensione di effettività. Ed è di queste due dimensioni, quella sostanziale e di effettività, che deve proseguire il processo di maturazione. La fundamentalità di cibo e acqua fa infatti appello, anzitutto, su una responsabilità personale nei confronti di se stessi e della comunità umana, sull'implementazione della loro capacità di incidere sostanzialmente sulla formazione di programmi politici, sui processi legislativi, sull'interpretazione del diritto, in un processo di incrementazione della responsabilità non solo delle istituzioni ma anche di tutti i membri della collettività nella garanzia di beni essenzialmente o massimamente vitali.

I
GRUPPO DI LAVORO

I DIRITTI FONDAMENTALI NELLE CORTI

POPULISMO PENALE E CARCERE

di Francesca Biondi Dal Monte

SOMMARIO: 1. Populismo penale, finalità della pena e sovraffollamento carcerario. – 2. Il sovraffollamento carcerario nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo. – 3. Le misure adottate nell'ordinamento italiano dopo la sentenza Torreggiani. – 4. I lavori del Comitato di esperti degli "Stati generali sull'esecuzione penale". – 5. Rilievi conclusivi.

1. Populismo penale, finalità della pena e sovraffollamento carcerario

Quando si parla di populismo penale si intende qualunque strategia in tema di sicurezza diretta ad ottenere in via demagogica il consenso popolare rispondendo alla paura generata da determinati crimini, in particolare quelli di strada, con un uso congiunturale e strumentale del diritto penale¹. Si tratta di politiche che non sono finalizzate ad intervenire sulle cause strutturali dei fenomeni criminali e sulla loro prevenzione, ma tendono a riflettere e ad alimentare la paura quale fonte di consenso elettorale, trovando nell'inasprimento delle sanzioni e nell'utilizzo della pena carceraria la propria fuorviante guida.

Il populismo penale è prima di tutto una questione sociale, non legata a particolari eventi o esponenti politici, che presenta molte similitudini strutturali con i populismi intesi in senso strettamente politico². Nello specifico, l'uso strumentale di tematiche legate alla giustizia e al sistema penale durante le campagne elettorali o a seguito di fatti di cronaca che provocano un particolare allarme sociale, al di là dei dati concreti sulla criminalità, sollecita l'emersione di stereotipi e pregiudizi verso determinati crimini e criminali. In questa direzione la pena diviene un fattore di rassicurazione per la col-

¹ Per un approfondimento di tale definizione, cfr. L. FERRAJOLI, *Democrazia e paura*, in M. BOVERO, V. PAZÈ (a cura di), *La democrazia in nove lezioni*, Laterza, Roma-Bari, 115 ss.

² Come rileva M. ANSELMi, *Populismo e populismi*, in S. ANASTASIA, M. ANSELMi, D. FALCINELLI (a cura di), *Populismo penale: una prospettiva italiana*, Wolter Kluwer – Cedam, Lavis, 2015, 6, formulando una parafrasi definitiva del concetto di *populistic punitiveness*. Sul punto si veda anche G. FIANDACA, *Populismo politico e populismo giudiziario*, in *Criminalia*, 2013, 95 ss., e D. PULITANÒ, *Populismi e penale. Sulla attuale situazione spirituale della giustizia penale*, in *Criminalia*, 2013, 123 ss., che approfondisce il tema del populismo penale con particolare riferimento ai rapporti fra il momento giudiziario e i possibili condizionamenti populistici a monte. In generale sul tema, con riferimento alle dinamiche populiste della democrazia contemporanea, cfr. Y. MENY, Y. SUREL, *Populismo e democrazia*, Il Mulino, Bologna, 2004, II ed., 85 ss.

lettività, volto a soddisfare le paure percepite o indotte, e dunque basato più su condizionamenti e influenze di tipo populistico che sul merito giuridico delle questioni di volta in volta in gioco³. Tra gli esempi più eclatanti si possono richiamare: la disciplina delle sostanze stupefacenti, con l'inclusione in un'unica tabella di tutte le sostanze senza distinzione circa la loro pericolosità; la disciplina dell'omicidio colposo commesso in violazione delle norme sulla circolazione stradale; i reati connessi a episodi di violenza sportiva; i reati connessi all'ingresso e alla permanenza illegale sul territorio nazionale⁴. Tuttavia, è proprio quando il legislatore rinuncia a farsi interprete razionale delle istanze sociali, che diviene concreto il rischio di precipitare nel populismo mediatico, e – come è stato evidenziato in dottrina⁵ – “la legge penale, sotto le mentite spoglie del consensualismo, si corrompe a strumento di bassa politica di assecondamento di quell'ansia punitiva alimentata dai mass media e talvolta anche da qualche forza politica irresponsabile”.

Il riflesso di tale approccio può rilevarsi sotto molteplici profili, tra i quali si evidenzia, in particolare, l'inasprimento sanzionatorio di alcuni reati e la centralità della pena detentiva rispetto a misure alternative alla detenzione, con effetti più generali in tema di libertà personale, sussidiarietà del diritto penale e funzione rieducativa della pena.

Sul punto non possono non richiamarsi le parole della Corte costituzionale, che, in relazione all'art. 27 Cost. e alla nota concezione polifunzionale della pena, ha chiarito come la sua finalità rieducativa non possa essere ritenuta estranea alla legittimazione e alla funzione della pena stessa. In particolare, la necessità costituzionale che la pena debba tendere a rieducare, “lungi dal rappresentare una mera generica tendenza riferita al solo trattamento, indica invece proprio una delle qualità essenziali e generali che caratterizzano la pena nel suo contenuto ontologico, e l'accompagnano da quando nasce, nell'astratta previsione normativa, fino a quando in concreto si estingue”⁶. Tale principio

³ Cfr. M. ANSELMINI, *op. cit.*, 15,

⁴ Come rileva M. DANI, *Libertà personale e incriminazione penale: studio sulla portata garantista dei diritti fondamentali*, in www.gruppodipisa.it, 15 ss., e in questo Volume, il quale ricostruisce alcuni dei più recenti orientamenti di politica criminale, evidenziando l'uso demagogico del diritto penale e analizzando, più in generale, l'effettiva capacità dei diritti fondamentali di adempiere alla loro funzione di garanzia nei confronti degli arbitri e degli abusi del potere politico.

⁵ Cfr. F. PALAZZO, *Il principio di legalità tra Costituzione e suggestioni sovranazionali*, Relazione svolta il giorno 8 maggio 2015 in occasione del Convegno su “Evoluzione e involuzioni delle categorie penalistiche”, tenutosi a Pisa nei giorni 8-9 maggio 2015, disponibile in www.lalegislazionepenale.eu, 29.1.2016, 11.

⁶ Cfr. Corte cost. sent. 313/1990, secondo la quale se la finalità rieducativa venisse limitata alla sola fase esecutiva, tale principio potrebbe subire una grave compromissione ogniqualvolta specie e durata della sanzione non fossero state calibrate (né in sede normativa né in quella applicativa) alle necessità rieducative del soggetto. Pertanto il precetto di cui al terzo comma dell'art. 27 Cost. vale tanto per il legislatore quanto per i giudici della cognizione, oltre

deve dunque trovare piena operatività anche sul piano della struttura del fatto di reato e nel collegamento tra principio di proporzione fra qualità e quantità della sanzione, da una parte, ed offesa, dall'altra, al di là di ogni deriva populista.

In stretta connessione con tale profilo, allorché il populismo penale incide sull'incremento di certe sanzioni emerge anche il fenomeno della "carcerizzazione per tipo di autore" e diviene ancora più "cronico" il problema del sovraffollamento carcerario, indizio e sintomo di una non corretta gestione della pena in termini di equità, efficienza ed efficacia del sistema⁷. Infatti, la negazione del diritto del detenuto a uno spazio vitale incompressibile "stravolge la pena, trasformandola in autentica punizione corporale": il sovraffollamento carcerario diviene una costrizione fisica all'interno di ambienti già saturi in violazione dei connotati costituzionalmente inderogabili dell'esecuzione penale⁸.

Al carattere strutturale e sistemico del sovraffollamento carcerario in Italia si è riferita la Corte europea dei diritti dell'uomo (Corte Edu), con la sentenza 8 gennaio 2013, *Torreggiani contro Italia*, sollecitando una rapida cessazione della violazione del diritto a non subire trattamenti inumani e degradanti risultanti dal sovraffollamento⁹. Le conclusioni ivi raggiunte unite all'adozione da parte della Corte di Strasburgo della procedura della "sentenza pilota" hanno costituito una significativa spinta per l'ordinamento italiano verso l'adozione di specifici provvedimenti volti a superare i deficit strutturali del nostro sistema penitenziario, fortemente incidenti sulla capacità della pena di assolvere alla sua finalità rieducativa e favorire la risocializzazione della persona una volta espiata la propria pena.

Il tema del sovraffollamento carcerario costituisce dunque un significativo angolo prospettico alla luce del quale analizzare la dimensione spaziale della pena ai fini del rispetto dei principi affermati all'art. 27 Cost., quale limite all'uso "populistico" del diritto penale.

Nel presente contributo, dopo aver analizzato la giurisprudenza della Corte Edu relativa al sovraffollamento carcerario e i casi che hanno riguardato il sistema penitenziario italiano, saranno esaminate le misure adottate a livello nazionale in tale settore. Una particolare attenzione sarà dedicata al contributo offerto dai lavori degli Stati Generali sull'esecuzione penale di fronte ai nodi tuttora irrisolti del rapporto tra populismo penale, finalità rieducativa della pena e sovraffollamento carcerario.

che per quelli dell'esecuzione e della sorveglianza, nonché per le stesse autorità penitenziarie.

⁷ Come rileva D. FALCINELLI, *Dal diritto penale "emozionale" al diritto penale "etico"*, in S. ANASTASIA, M. ANSELMINI, D. FALCINELLI (a cura di), *op. cit.*, 24.

⁸ Cfr. sul punto A. PUGIOTTO, *Il volto costituzionale della pena (e i suoi sfregi)*, Relazione al Seminario dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti: "Il senso della pena. A un anno dalla sentenza Torreggiani della Corte EDU", in *Diritto Penale Contemporaneo*, 10.6.2014, 17, il quale evidenzia il tono costituzionale del problema del sovraffollamento carcerario.

⁹ Anche la Corte costituzionale italiana ha ripreso tali conclusioni, richiamando il legislatore ad un intervento tempestivo sul tema con la sentenza 279/2013.

2. Il sovraffollamento carcerario nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo

Come rileva Foucault¹⁰, la prigione deriva da una “tecnologia politica del corpo”, una materialità che ne fa strumento e vettore di potere sul corpo dei detenuti nell'ambito di un'architettura chiusa, nella quale anche lo stesso “spazio” della pena, per come concepito e progettato, può ostacolare l'integrazione o la reintegrazione del detenuto nel tessuto urbano e sociale¹¹. Inoltre, lo spazio in cui il detenuto è costretto ad espiare la propria pena può costituire un elemento rilevante da prendere in considerazione nella valutazione della conformità di una data situazione al divieto di subire trattamenti inumani e degradanti, sancito all'articolo 3 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (Cedu).

Al riguardo la giurisprudenza della Corte Edu risulta particolarmente indicativa nel ribadire che la carcerazione non fa perdere al detenuto il beneficio dei diritti sanciti dalla Convenzione. Al contrario, in alcuni casi, “la persona incarcerata può avere bisogno di una maggiore tutela proprio per la vulnerabilità della sua situazione e per il fatto di trovarsi totalmente sotto la responsabilità dello Stato”. In questo contesto, l'articolo 3 Cedu pone a carico degli Stati “un obbligo positivo che consiste nell'assicurare che ogni prigioniero sia detenuto in condizioni compatibili con il rispetto della dignità umana, che le modalità di esecuzione della misura non sottopongano l'interessato ad uno stato di sconforto né ad una prova d'intensità che ecceda l'inevitabile livello di sofferenza inerente alla detenzione e che, tenuto conto delle esigenze pratiche della reclusione, la salute e il benessere del detenuto siano assicurati adeguatamente”¹².

Così nel caso *Sulejmanovic c. Italia*, del 16 luglio 2009, la Corte Edu ha riconosciuto una violazione dell'art. 3 Cedu in relazione al periodo di permanenza del ricorrente in una cella di 16,20 m², assieme ad altre cinque persone, con uno spazio per ciascuno pari a 2,70 m². In particolare la Corte ha ritenuto che una tale situazione avesse inevitabilmente causato disagi e inconvenienti quotidiani al ricorrente, costretto a vivere in uno spazio molto esiguo, di gran lunga inferiore alla superficie di 7 m², ritenuta auspicabile dal Comitato europeo per la prevenzione della tortura e dei trattamenti inumani e degradanti (Cpt) nel suo secondo rapporto generale.

¹⁰ M. FOUCAULT, *Sorvegliare e punire. Nascita della prigione*, Einaudi, Torino, 2014, 33-34 (titolo originale *Surveiller et punir*, Editions Gallimars, Paris, 1975).

¹¹ F. CORLEONE, A. PUGIOTTO, *Non solo sovraffollamento carcerario*, in F. CORLEONE, A. PUGIOTTO (a cura di), *Volti e maschere della pena*, Ediesse, Roma, 2013, 31, e ivi in particolare A. PUGIOTTO, *Progettare lo spazio della pena: il fatto, il non fatto, il mal fatto*, 65 ss.

¹² Cfr. Corte Edu *Torreggiani e altri c. Italia*, 8.1.2013, § 65. In via generale, sulla condizione dei detenuti e i diritti costituzionalmente garantiti, cfr. M. RUOTOLO, *Dignità e carcere*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2014, II ed., e sempre dello stesso A., *Diritti dei detenuti e Costituzione*, Giappichelli, Torino, 2002.

Nella successiva sentenza *Torreggiani e altri c. Italia*, dell'8 gennaio 2013, la Corte Edu ha ritenuto che i ricorrenti non avessero beneficiato di uno spazio vitale sufficiente per periodi variabili dai quattordici ai cinquantaquattro mesi, ulteriormente aggravato da altri fattori, quali la mancanza di acqua calda e l'illuminazione e la ventilazione insufficienti in alcune delle celle considerate. Nel caso di specie si trattava di uno spazio vitale individuale di 3 m², ridotto dalla presenza di mobili nelle celle. In questo ultimo caso, il parametro di raffronto per l'individuazione di tale spazio vitale non è costituito, come nella precedente sentenza *Sulejmanovic*, dal secondo rapporto generale delle attività del Cpt, bensì dalla media di 4 m² emergente dai diversi rapporti di visita redatti nel corso degli anni dal Cpt¹³.

Peraltro deve rilevarsi come, in riferimento alla dimensione dello spazio vitale, la Corte non abbia determinato, una volta per tutte, quanti metri quadrati debbano essere assegnati ad un detenuto ai fini dell'esclusione di un trattamento inumano, chiarendo nella sua giurisprudenza più recente la necessità di considerare anche altri fattori, come la durata della detenzione, la possibilità di attività all'aperto, le condizioni fisiche e mentali del detenuto, ecc.¹⁴. Del resto, l'approccio inevitabilmente casistico della giurisprudenza della Corte Edu non può non richiamare la necessità che sul punto intervenga il legislatore.

A tale ultimo proposito, proprio con la decisione *Torreggiani e altri c. Italia* la Corte ha richiamato la necessità di un intervento più generale dello Stato italiano in tema di sovraffollamento carcerario, a fronte dei problemi strutturali riscontrati con riferimento all'Italia, evidenziando il bisogno urgente di offrire alle persone interessate una riparazione appropriata su scala nazionale. Per la risoluzione del caso, la Corte ha infatti applicato la procedura della "sentenza pilota"¹⁵, esortando le autorità nazionali a introdurre senza indugio

¹³ Sul punto cfr. Corte Edu, *Ananyev ed altri c. Russia*, 10 gennaio 2012, § 144.

¹⁴ Si veda da ultimo Corte Edu, *Muršič c. Croazia*, 12.3.2015, con nota di F. FIORENTIN, *Il vaso di Pandora scoperto: la violazione dell'art. 3 CEDU per (mal)trattamenti detentivi tra accertamento "multifattoriale" e giurisprudenza europea. Appunti a margine della sentenza Corte EDU, 12 marzo 2015, Muršič c. Croazia*, in *Arch. Pen.*, 2015, n. 3, 1 ss. Al riguardo si veda anche Corte Edu, *Ananyev ed altri c. Russia*, cit., § 148, ove si afferma la necessità di considerare i seguenti tre elementi: (a) ogni detenuto deve avere un posto individuale per dormire nella cella; (b) ognuno deve disporre di almeno 3 metri quadri di superficie; e (c) la superficie totale della cella deve essere tale da permettere ai detenuti di muoversi liberamente fra gli elementi di arredo. A parere della Corte, l'assenza di uno fra i suddetti elementi crea di per sé una forte presunzione che le condizioni detentive costituiscano in un trattamento degradante e violino l'art. 3. Al riguardo si veda anche *Trepashkin c. Russia*, 19 luglio 2007; *Olszewski c. Polonia*, 2 aprile 2013; *Sergey Babushkin c. Russia*, 28 novembre 2013; *Semikhovostov c. Russia*, 6 febbraio 2014; *Logothetis ed Altri c. Grecia*, 25 settembre 2014; *Suldin c. Russia*, 16 ottobre 2014.

¹⁵ Per un approfondimento della procedura, cfr. E. MALFATTI, *I "livelli" di tutela dei diritti fondamentali nella dimensione europea*, Giappichelli, Torino, 2015, 179-181.

un ricorso o una combinazione di ricorsi finalizzati ad offrire realmente una riparazione effettiva delle violazioni della Convenzione risultanti dal sovraffollamento carcerario in Italia. Tale decisione ha tenuto in considerazione i dati statistici relativi al tasso di sovraffollamento carcerario in Italia (dal 151% nel 2010 al 148% nel 2012) e il crescente numero di ricorsi presentati contro lo Stato italiano e pendenti dinanzi alla Corte Edu. Nell'ambito di tale procedura la Corte ha concesso un anno di tempo all'Italia per l'adozione delle necessarie misure, sospendendo nel frattempo l'esame dei ricorsi pendenti nella stessa materia¹⁶.

3. Le misure adottate nell'ordinamento italiano dopo la sentenza Torreggiani

La decisione della Corte Edu sul caso *Torreggiani* è giunta in un contesto già particolarmente critico per la gestione delle carceri in Italia, che ha visto anche la dichiarazione dello stato di emergenza nazionale e l'adozione di un piano straordinario penitenziario. La grave crisi e l'esposizione internazionale conseguente alla condanna da parte della Corte europea dei diritti dell'uomo hanno portato lo Stato italiano ad approvare un complesso più articolato di misure¹⁷.

Nello specifico, tra il 2013 e il 2014, sono stati adottati quattro decreti legge¹⁸, che hanno inciso su varie disposizioni del codice di procedura penale e dell'ordinamento penitenziario. Alcune di queste misure hanno ridotto l'ambito applicativo delle misure cautelari, con altre è stato introdotto l'istituto della "liberazione anticipata speciale"¹⁹ e prevista l'esecuzione presso il domicilio delle pene detentive non superiori ai 18 mesi. Sono stati poi previsti alcuni strumenti volti a tutelare in via giurisdizionale e stragiudiziale i diritti dei detenuti. Tra i primi si segnalano le modifiche in tema di reclamo al

¹⁶ In tema di condizioni carcerarie si vedano anche i seguenti casi: Corte Edu, *Cara-Damiani c. Italia*, 7.2.2012; *Scoppola c. Italia*, 17.7.2012; *Castaldo c. Italia*, 22.4.2014, quest'ultimo relativo alla detenzione di una persona in gravissime condizioni di salute.

¹⁷ In via generale sul tema, cfr. M. RUOTOLO (a cura di), *Il senso della pena. Ad un anno dalla sentenza Torreggiani della Corte Edu*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2014. Per un approfondimento delle misure adottate, cfr. A. DELLA BELLA, *Emergenza carceri e sistema penale. I decreti legge del 2013 e la sentenza della Corte cost. n. 32/2014*, Giappichelli, Torino, 2014, e P. SECHI, *Contrasto al sovraffollamento carcerario e misure alternative alla detenzione: un primo bilancio*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, fasc.1, 2015, 199 ss.

¹⁸ Si tratta dei seguenti decreti legge: d.l. 78/2013, convertito dalla l. 94/2013; d.l. 146/2013, convertito dalla l. 10/2014; d.l. 26 giugno 2014, n. 92, convertito dalla l. 117/2014. Con il d.l. 69/2013, convertito dalla l. 98/2013, sono state adottate una serie di misure per "l'efficienza del sistema giudiziario e la definizione del contenzioso civile". Per un'analisi critica dei provvedimenti adottati, cfr. R. MONTALTO, *Emergenza carceri: a tre anni dalla sentenza Torreggiani, gli esiti e l'effettività delle riforme*, www.forumcostituzionale.it, 3.2.2016.

¹⁹ La misura consiste in una riduzione di 75 giorni per ogni semestre di pena scontata.

magistrato di sorveglianza, ammesso nell'ambito dei provvedimenti di natura disciplinare e nell'ipotesi di "inosservanza da parte dell'amministrazione di disposizioni previste dalla presente legge e dal relativo regolamento, dalla quale derivi al detenuto o all'internato un attuale e grave pregiudizio all'esercizio dei diritti". È stato anche introdotto un rimedio risarcitorio in favore dei detenuti e degli internati che hanno subito un trattamento in violazione dell'art. 3 Cedu. In tal modo si è dunque voluto rispondere alla richiesta della Corte Edu di prevedere specifici rimedi che avessero carattere preventivo e compensativo in caso di sovraffollamento carcerario, sebbene sull'effettività degli stessi possano nutrirsi alcuni dubbi²⁰.

Nell'ambito degli strumenti di tutela non giurisdizionale, si segnala invece l'introduzione del Garante nazionale dei diritti delle persone detenute o private della libertà personale, il quale – anche coordinandosi con i Garanti territoriali – svolge compiti di vigilanza sulle condizioni di trattenimento dei detenuti, può eseguire visite negli istituti penitenziari, formula specifiche raccomandazioni all'amministrazione interessata, in caso di violazioni alle norme dell'ordinamento ovvero istanze e reclami proposti dai detenuti.

Con specifico riferimento al nostro ambito di indagine, relativo al rapporto tra populismo penale e finalità rieducativa della pena, rilevano in particolare le modifiche intervenute "a monte" del sovraffollamento carcerario, e cioè le modifiche incidenti sulle stesse fattispecie di reato punite con la reclusione, sia riducendone le pene, sia razionalizzando complessivamente la disciplina anche attraverso la depenalizzazione di alcuni reati. Si segnala in questa direzione la legge 28 aprile 2014, n. 67, con la quale il Governo è stato delegato ad adottare misure di riordino in tema di pene detentive non carcerarie e di riforma del sistema sanzionatorio. Nell'ambito di tale delega sono stati adottati tre decreti legislativi²¹, i quali hanno disciplinato: le ipotesi di esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto; l'abrogazione di alcuni reati e la previsione di alcuni illeciti civili sottoposti a sanzioni pecuniarie; la trasformazione in illeciti amministrativi di alcuni reati per i quali era prevista la sola pena della multa o dell'ammenda.

Appare interessante segnalare come, sebbene la legge delegasse il Governo ad abrogare, trasformandolo in illecito amministrativo, il reato di ingresso e soggiorno illegale sul territorio nazionale, le previsioni in materia di depenalizzazione non trovano applicazione ai reati previsti dal testo unico in materia di immigrazione. Senza entrare nel merito dei singoli reati oggetto di depenalizzazione, è evidente come materie "politicamente sensibili" risultino più diffi-

²⁰ Sul punto si rinvia ad A. PUGIOTTO, *La parabola del sovraffollamento carcerario e i suoi insegnamenti costituzionalistici*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, fasc.3, 2016, 1204 ss.

²¹ Si vedano rispettivamente il d.lgs. 16 marzo 2015, n. 28, il d.lgs. 15 gennaio 2016, n. 7, il d.lgs. 15 gennaio 2016, n. 8.

cilmente riformabili, anche qualora sia indubbia l'inidoneità del diritto penale ad intervenire efficacemente in certi settori.

4. I lavori del Comitato di esperti degli “Stati generali sull'esecuzione penale”

In seguito alla presentazione del disegno di legge delega per la riforma dell'ordinamento penitenziario e alla luce della condanna dell'Italia da parte della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, il Governo ha ritenuto di avvalersi di un Comitato di esperti incaricato di predisporre le linee di azione per lo svolgimento di una consultazione pubblica sull'esecuzione della pena denominata “Stati Generali sulla esecuzione penale”. Tale Comitato è stato istituito nel maggio 2015, prendendo atto dell'esigenza di una “complessiva rivisitazione del sistema della esecuzione della pena con l'obiettivo di rendere il più possibile concreto il principio contenuto nell'art. 27 comma 3 della Costituzione, riempiendo di senso e di contenuti il tempo della pena, nell'ottica del recupero e del reinserimento sociale del condannato”²².

Il documento finale redatto dal Comitato è stato presentato ad aprile 2016²³ e include numerose proposte di riforma concernenti vari settori e piani di intervento: sul piano legislativo, in relazione alle misure da adottare in ambito penitenziario; sul piano amministrativo, prospettando le linee di un nuovo modello di gestione del sistema dell'esecuzione penale; sul piano culturale, formulando proposte tese ad un cambiamento della percezione sociale del senso e del valore della pena.

Non potendo in questa sede entrare nel merito delle singole proposte, si vuole comunque porre l'accento sul modello “costituzionalmente orientato” di esecuzione delle pene che viene in tale sede prospettato e che, per quanto concerne nello specifico l'oggetto del presente contributo, si ricollega anche alla necessità di superare ogni deriva populista in tema di diritto penale ed esecuzione penitenziaria.

A parere del Comitato la funzione tendenzialmente rieducativa della pena richiede la realizzazione di alcune condizioni positive, strettamente interdipendenti. La principale implicazione concerne la necessità di considerare l'uomo come fine – meglio, come responsabile e “libero” artefice di quel fine – “mai come mezzo di una strategia politica (sia essa di sicurezza sociale, di governo dell'immigrazione, di contrasto al terrorismo)”. Il principio rieducativo postula, inoltre, l'offerta di chances riabilitative,

²² Cfr. D.M. 8 maggio 2015, recante la costituzione del Comitato di esperti per lo svolgimento della consultazione pubblica sulla esecuzione della pena denominata “Stati Generali sulla esecuzione penale”.

²³ Il documento è disponibile sul sito del Ministero della Giustizia (https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_2_19_3.page?previousPage=mg_2_19).

anche nell'ottica di una rimodulazione della pena in ragione delle scelte e dei comportamenti del condannato, secondo un progetto individualizzato di risocializzazione. Il soggetto deve inoltre essere posto nella condizione di compiere scelte consapevoli e responsabili e di poter effettivamente seguire un percorso rieducativo.

Il Comitato ha inoltre cura di precisare la stretta connessione tra esecuzione della pena e sistema penale: l'esecuzione penale è, infatti, "l'ultimo segmento di un percorso e le sue problematiche – così come le sue potenzialità – risentono di altre criticità e sviluppi". A tal proposito, appare particolarmente rilevante la denuncia del Comitato verso "il rischio di un sistema penale che ha perso la sua connotazione di sussidiarietà rispetto ad altri meccanismi di regolazione dei conflitti e di ricomposizione sociale e che sempre più assume la veste di un intervento punitivo-simbolico, spesso dettato dall'urgenza di risposte emotive a problemi che potrebbero essere altrimenti affrontati". Un sistema con tali caratteristiche tende, infatti, a "scaricare" sull'esecuzione delle pene "le inefficienze e le incongruenze sia di una legislazione ipertrofica in materia penale, sia di un armamentario sanzionatorio incentrato sulla pena detentiva, sia di un processo di cognizione i cui tempi di svolgimento inducono ad un eccessivo ricorso alla custodia cautelare".

Più in generale, poi, nei lavori del Comitato si fa riferimento alla necessità di formare "una diversa cultura sociale della pena". È noto infatti come la cultura italiana sia fortemente ancorata al modello sanzionatorio del carcere, "sia per atavica adesione ad un'idea retribuzionista e afflittiva della pena, sia per la crescente insicurezza sociale che spinge a rinserrare entro le mura di un penitenziario gli autori dei reati, nell'illusione di rinchiudervi anche pericoli e paure". Su questa cultura e di queste paure si nutre il populismo penale, facendo leva sull'amplificazione mediatica di certi episodi di cronaca e sulle reazioni emotive dei cittadini. Ne deriva un sistema penale efficacemente definito "carcerocentrico", nel quale tuttavia alla "muscolarietà" sanzionatoria del potere politico non corrisponde (ovvero non corrisponde necessariamente) una più efficace protezione della società.

Contrariamente a tale impostazione, le proposte del Comitato ruotano attorno alla necessità di compiere una sorta di "rivoluzione copernicana"²⁴, che non vede nel carcere la sanzione privilegiata da seguire nella definizione delle scelte di "come punire"²⁵ ma una *extrema ratio* cui ricorrere quando ogni altra soluzione esecutiva si palesi inadeguata nel caso concreto.

²⁴ L'espressione è di F. FIORENTIN, *La conclusione degli "Stati Generali" per la riforma dell'esecuzione penale in Italia*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 6.6.2016.

²⁵ Come rileva M. RUOTOLO, *Gli Stati Generali sull'esecuzione penale: finalità e obiettivi*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 11.3.2016.

5. Rilievi conclusivi

Il tema del sovraffollamento carcerario non è che la punta dell'iceberg. Alla sua base risiedono criticità più strutturali che investono non solo l'ambito dell'ordinamento penitenziario ma anche quello del diritto penale, concepito – soprattutto negli ultimi anni – come strumento politico da utilizzare senza la dovuta parsimonia quando lo richiedano fatti di cronaca, pressioni mediatiche, paure collettive, esigenze elettorali.

Molteplici sono i profili sui quali si è intervenuti e sui quali si potrebbe ancora – con un po' più di coraggio – intervenire. Il sistema penitenziario risulta infatti ancora fortemente irrigidito per tipi di reato e per tipi di autore²⁶, con conseguenti riflessi sulla capacità della pena di assolvere effettivamente alla sua finalità rieducativa.

Nonostante il positivo giudizio del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa ricevuto dall'Italia in relazione alle misure introdotte dopo la condanna del 2013, i dati relativi alle presenze nelle carceri al 31 dicembre 2016, seppure positivi, testimoniano ancora un numero maggiore di detenuti rispetto alla capienza regolamentare degli istituti (54.653 presenze per 50.228 posti). Ben 9.337 sono i detenuti in attesa di giudizio e 9.586 sono coloro che scontano la pena in pendenza di appello²⁷.

In questo contesto il carcere resta ancora l'istituzione principale del sistema penitenziario, sebbene altre esperienze abbiano dimostrato come il ricorso a pene non detentive possa essere più utile nella prevenzione della recidiva e nel reinserimento sociale della persona²⁸. La maggiore efficacia delle pene non detentive consiste proprio nella loro idoneità ad annullare i vantaggi derivanti dal reato, soprattutto negli ambiti dei delitti contro la pubblica amministrazione, il patrimonio o i reati sostenuti da finalità di lucro. Del resto l'ineffettività del diritto penale dipende in molti casi dall'assenza di rimedi sanzionatori in grado di avere una reale efficacia deterrente, prevenendo la recidiva e l'utilizzo di pene sproporzionate e dunque di fatto simboliche²⁹.

La materia risulta tuttora un cantiere aperto, sul quale Parlamento e Governo non sembrano ancora aver trovato la via maestra di una complessiva razionalizzazione. Si ricorda al riguardo che è all'esame del Senato il disegno di legge n. 2067, recante “modifiche al codice penale e al codice di procedura

²⁶ Al riguardo cfr. S. ANASTASIA, *Materialità del simbolico. I depositi del populismo penale nel continuum penitenziario*, in S. ANASTASIA, M. ANSELMI, D. FALCINELLI (a cura di), *op. cit.*, 118, il quale fornisce anche una serie di dati sulle presenze nelle carceri.

²⁷ Per tali dati si rinvia al sito del Ministero della Giustizia, sez. Statistiche, https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_1_14.page.

²⁸ Sul punto L. MANCONI, S. ANASTASIA, V. CALDERONE, F. RESTA, *Abolire il carcere*, Chiarelettere, Milano, 2015, 73. Al riguardo si veda anche G. COLOMBO, *Il perdono responsabile*, Salani ed., Milano, 2011 (ivi in part. 83 ss).

²⁹ *Ibidem*, 86-87.

penale per il rafforzamento delle garanzie difensive e la durata ragionevole dei processi nonché all'ordinamento penitenziario per l'effettività rieducativa della pena³⁰. Anche tale disegno di legge prevede il conferimento al Governo di alcune deleghe per la riforma del processo penale e dell'ordinamento penitenziario, segno evidente di un processo di revisione normativa che si sta realizzando per passi successivi, con il rischio tuttavia di perderne il filo conduttore.

Il tema del sovraffollamento carcerario mostra in modo emblematico la stretta connessione tra diritto penale, diritto processuale penale e diritto penitenziario. Al fine di arginare il populismo penale imperante in certi settori e l'utopia punitiva³¹ che vede come inevitabile la pena detentiva, gli interventi di riforma in corso di adozione dovrebbero tenere in considerazione queste necessarie interdipendenze, riaffermando congiuntamente la sussidiarietà del diritto penale, la proporzionalità tra disvalore del fatto commesso e pena, la previsione del carcere come *extrema ratio*, nella consapevolezza che la dignità della persona debba sempre essere garantita, anche in stato di detenzione.

³⁰ Atto Senato n. 2067, in data 15 marzo 2017 e ora all'esame della Camera dei deputati. In merito alla finalità rieducativa della pena, devono inoltre essere richiamate le criticità espresse in tema di ergastolo ostativo esposte in C. MUSUMECI, A. PUGIOTTO, *Gli ergastolani senza scampo*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2016 (ivi in part. 65 ss.).

³¹ Richiamando il titolo dell'opera di T. PADOVANI, *L'utopia punitiva. Il problema delle alternative alla detenzione nella sua dimensione storica*, Giuffrè, Milano, 1981.

L'EFFETTIVITÀ DELLA TUTELA DEI DIRITTI FONDAMENTALI DEL DETENUTO

di Dr.ssa Ambra Palumbo - Dr.ssa Simona Pascale

«Il trattamento penitenziario deve essere conforme ad umanità e deve assicurare il rispetto della “dignità” della persona. Il trattamento è improntato ad assoluta imparzialità, senza discriminazioni in ordine a nazionalità, razza e condizioni economiche e sociali, a opinioni politiche e a credenze religiose», così dispone l'art. 1 della legge n. 345 del 26 luglio 1975, “Norme sull'ordinamento penitenziario e sull'esecuzione delle misure privative e limitative della libertà”, rubricato “Trattamento e rieducazione”. Il rispetto della dignità della persona deve, quindi, essere il faro guida anche quando si parla di persone private della libertà personale e nessun trattamento detentivo potrà essere tale da portare alla negazione della stessa. Sebbene si parli di dignità del detenuto, non bisogna dimenticare che costui si trova in una posizione giuridica differente da quella del soggetto libero e che i suoi diritti, pretese o interessi devono essere “contemperati” e talvolta “compressi” con lo scopo della detenzione, «tale situazione è delicatissima e meritevole della massima attenzione e tutela, anzi forse di tutela più attenta e intensa di quella di un soggetto libero, ma differente¹».

La legge n. 354 del 1975, nella sua formulazione originaria, prevede lo strumento di un reclamo generico (art. 35), che consente ai detenuti e agli internati di rivolgere istanze o reclami orali o scritti, anche in busta chiusa, ad autorità interne o esterne al sistema penitenziario, tra cui l'organo giurisdizionale rappresentato dal Magistrato di sorveglianza². Un tipo di reclamo che merita approfondimento.

Il problema principale è che la legge in commento non fornisce dettagli su tale procedimento, eccetto qualche accenno nell'art. 75 del regolamento d'esecuzione³. Dal combinato disposto delle due norme emerge che l'au-

¹ A. MARCHESELLI, *La tutela dei diritti dei detenuti alla ricerca dell'effettività. Una ordinanza rivoluzionaria della Corte costituzionale*, in *Giur. mer.*, 2006.

² L'art. 35 O.P., nella vecchia formulazione, prevede che «I detenuti e gli internati possono rivolgere istanze o reclami orali o scritti, anche in busta chiusa: 1) al direttore dell'istituto nonché agli ispettori, al direttore generale per gli istituti di prevenzione e di pena e la Ministero per la Grazia e Giustizia; 2) al magistrato di sorveglianza; 3) alle autorità giudiziarie e sanitarie in visita all'istituto; 4) al presidente della giunta regionale; 5) al Capo dello Stato».

³ Art. 75 regolamento di esecuzione n. 230 del 2000, “Istanze e reclami”, « 1. Il Magistrato di Sorveglianza, il provveditore regionale e il direttore dell'istituto, devono offrire la possibilità a tutti i detenuti e gli internati di entrare direttamente in contatto con loro. Ciò deve

torità giudiziaria, anche se investita di una doglianza, opera al di fuori di uno schema processuale e il suo provvedimento non può essere soggetto ad una qualche forma di impugnazione. Infatti, contro il menzionato provvedimento è inammissibile sia il reclamo al Tribunale di sorveglianza, previsto dall'art. 14-ter O.P.⁴, sia il ricorso in Cassazione ex art. 111 Cost., data la natura amministrativa del provvedimento⁵.

E' uno schema del tutto incompatibile con i principi d'assolutezza, inviolabilità e universalità del diritto alla tutela giurisdizionale, garantiti, prima di tutto, dagli artt. 24 e 113 Cost. Detti principi sono richiamati, a gran voce, dalla nota sentenza della Corte cost. n. 212 del 1997 secondo cui «non vi è posizione giuridica tutelata di diritto sostanziale, senza che vi sia un Giudice davanti al quale essa possa essere fatta valere» e, pertanto, «è inevitabile riconoscere carattere giurisdizionale al reclamo al Magistrato di sorveglianza che l'ordinamento appresta a tale scopo». Nella pronuncia in esame, il Giudice delle leggi prende sì atto della carenza, nel sistema penitenziario, di mezzi

avvenire con periodici colloqui individuali, che devono essere particolarmente frequenti per il direttore. I predetti visitano con frequenza i locali dove si trovano i detenuti e gli internati, agevolando anche in tal modo la possibilità che questi si rivolgano individualmente ad essi per i necessari colloqui ovvero per presentare eventuali istanze o reclami orali. Gli accessi in istituto del Magistrato di Sorveglianza e del provveditore regionale sono annotati in un registro riservato a ciascuna delle due autorità, nel quale le stesse indicano i rilievi emersi a seguito degli accessi predetti. Anche il direttore annota in apposito registro le udienze effettuate. 2. Ai detenuti e agli internati che lo richiedono è fornito l'occorrente per redigere per iscritto istanze e reclami alle autorità indicate nell'articolo 35 della legge. 3. Qualora il detenuto o l'internato intenda avvalersi della facoltà di usare il sistema della busta chiusa, dovrà provvedere direttamente alla chiusura della stessa, apponendo all'esterno la dicitura "riservata". Se il mittente è privo di fondi si provvede a cura della direzione. 4. Il Magistrato di Sorveglianza e il personale dell'amministrazione penitenziaria informano, nel più breve tempo possibile, il detenuto o l'internato che ha presentato istanza o reclamo, orale o scritto, dei provvedimenti adottati e dei motivi che ne hanno determinato il mancato accoglimento».

⁴ Art. 14-ter O.P. "Reclamo": «Avverso il provvedimento che dispone o proroga il regime di sorveglianza particolare può essere proposto dall'interessato reclamo al Tribunale di Sorveglianza nel termine di dieci giorni dalla comunicazione del provvedimento definitivo. Il reclamo non sospende l'esecuzione del provvedimento. 2. Il Tribunale di Sorveglianza provvede con ordinanza in camera di consiglio entro dieci giorni dalla ricezione del reclamo. 3. Il procedimento si svolge con la partecipazione del difensore e del pubblico ministero. L'interessato e l'amministrazione penitenziaria possono presentare memorie. 4. Per quanto non diversamente disposto si applicano le disposizioni del capo II bis del Titolo II».

⁵ M.G. COPPETTA, "I destinatari del reclamo", in "Ordinamento penitenziario commentato", Cedam, 2011, art. 35, pp. 426-428: si tratta di una forma di reclamo che non offre garanzie efficaci giacché il diritto, previsto dalla norma, può essere azionato davanti alla Controparte (che è rappresentata dall'autorità amministrativa nella persona del direttore, provveditore regionale, capo del dipartimento dell'amministrazione penitenziaria), davanti ad autorità prive di potere d'inchiesta o di decisione (Capo dello Stato, Presidente della Giunta Regionale, autorità giudiziarie e sanitarie in visita all'istituto) o al Magistrato di sorveglianza che agisce però al di fuori del processo.

giurisdizionali a disposizione dei reclusi per tutelare i propri diritti ma, al contempo, afferma che il legislatore, nel prevedere i Giudici di sorveglianza (Tribunale e Magistrato di sorveglianza) ha inteso affidare, a costoro, la funzione generale di tutela giurisdizionale in materia penitenziaria.

Ne deriva che mediante il reclamo di cui all'art. 35 O.P., il Magistrato di sorveglianza può essere chiamato sia ad adottare decisioni che non fuoriescono dall'ambito amministrativo sia a statuire sulla lesione dei diritti: in quest'ultima ipotesi, deve riconoscersi al procedimento natura giurisdizionale, nel corso del quale può essere sottoposta, alla Corte costituzionale, questione di legittimità costituzionale⁶.

Altro tassello importante è posto dalla sentenza della Corte cost. n. 26 del 1999, che merita menzione.

Il tutto ha inizio, quando due detenuti, cui l'amministrazione penitenziaria non consegna periodici provenienti dai familiari perché a contenuto osceno, propongono reclamo al Magistrato di sorveglianza di Padova. Per quest'ultimo, ci si trova dinanzi alla lesione del diritto all'informazione costituzionalmente garantito: purtroppo, la materia dell'informazione, non rientrando in quelle di cui all'art. 69, comma VI, lett. a) e b) (materia di lavoro e disciplinare), O.P., non è soggetta procedimento giurisdizionale.

⁶ Con la citata sentenza n. 212 del 1997, la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 18 della legge n. 354 del 1975 nella parte in cui non prevede che il detenuto in via definitiva ha diritto di conferire con il difensore fin dall'inizio dell'esecuzione della pena. In tale occasione, il Giudice di legittimità è adito dal Magistrato di Sorveglianza di Brescia, investito del reclamo, ex art. 35 O.P., di un detenuto, ristretto in carcere in forza dell'ordine di esecuzione di una condanna definitiva, cui non è consentito, dall'amministrazione carceraria, di colloquiare con il proprio procuratore. Il Magistrato di Sorveglianza reputa il ricorso fondato e ritiene che il diniego dell'istituto viola l'art. 24 Cost. e che, per di più, si traduce in un trattamento discriminatorio con riferimento ai colloqui concessi agli imputati in stato di custodia cautelare ex art. 104 c.p.p. Secondo la tesi dell'amministrazione penitenziaria, invece, i colloqui ex art. 18 O.P. sono ammissibili solo se pende un procedimento davanti al Giudice dell'esecuzione o al Magistrato di Sorveglianza, non trovando applicazione, nei confronti del condannato in via definitiva, l'art. 104 c.p.p., che sancisce il diritto dell'imputato, in stato di custodia cautelare, di conferire con il difensore fin dall'inizio dell'esecuzione della misura. Il Giudice a quo, da parte tua, ritiene che durante la fase esecutiva non possono mancare le garanzie del diritto di difesa. E' interessante il passaggio in cui il giudice di legittimità, richiama la precedente sentenza n. 410 del 1993, ove statuiva che «*il detenuto, pur trovandosi in una situazione di privazione della libertà personale in forza della sentenza di condanna, è pur sempre titolare di diritti incompressibili, il cui esercizio non è rimesso alla semplice discrezionalità dell'autorità amministrativa preposta all'esecuzione della pena detentiva, e la cui tutela, pertanto, non sfugge al Giudice dei diritti*». Secondo la Corte, il diritto di difesa è inviolabile e tale diritto investe sia la difesa tecnica sia il diritto strumentale ad essa collegato di poter conferire con il proprio difensore «allo scopo di predisporre le difese e decider le strategie difensive ed ancor prima allo scopo di poter conoscere i propri diritti e le possibilità offerte dall'ordinamento per tutelarli e per evitare o attenuare le conseguenze pregiudizievoli cui si è esposti». Da ultimo, non è ammessa, se non per disposizione di legge a tutela di altri diritti garantiti, limitazione del diritto di conferire con il proprio difensore.

In base all'art. 35 O.P., l'autorità giudiziaria potrebbe soltanto adottare un provvedimento, che non necessita della forma dell'ordinanza, che non è impugnabile e che si traduce in una mera segnalazione. «Ad avviso del Magistrato remittente, la mancata previsione di un modello giurisdizionale effettivo nelle ipotesi anzidette, è "irragionevole e discriminatorio" ove si consideri che il modello del processo è invece previsto su materie che assumono minor rilievo sul piano delle libertà costituzionalmente garantite, come nel settore disciplinare⁷».

Per tali ragioni, con riferimento al principio d'eguaglianza e ragionevolezza (art. 3 Cost.) e al diritto di difesa (art. 24 Cost.), il Magistrato solleva questione di legittimità costituzionale dell'art. 69, comma VI, O.P., nella parte in cui non prevede che la procedura di cui all'art. 14-ter della stessa legge si applichi a tutti i reclami dei detenuti, aventi a oggetto la lesione di diritti "costituzionalmente" garantiti.

La Corte puntualizza che la questione al suo vaglio, di là dal suo oggetto specifico, concerne, in generale, la problematica della tutela giurisdizionale di tutti i diritti, la cui violazione è potenziale conseguenza del regime di sottoposizione a restrizione della libertà personale e dipenda da atti dell'amministrazione penitenziaria.

A questo punto, il Giudice delle leggi chiarisce che sebbene il procedimento del reclamo di cui all'art. 35 O.P., proposto al Magistrato di sorveglianza, sia un luogo idoneo per il "promuovimento" della questione di legittimità costituzionale, «non vale tuttavia affatto come riconoscimento dell'idoneità di tale procedimento sotto il diverso rispetto della garanzia del diritto costituzionale d'azione in giudizio». Detto reclamo, infatti, è privo dei requisiti minimi e necessari per essere considerato un mezzo di tutela giurisdizionale. Ciò poiché avverso la decisione del Magistrato di sorveglianza non sono ammessi né ulteriori reclami al Tribunale di Sorveglianza né ricorso per Cassazione. Tuttavia, la Corte non ritiene di poter dichiarare, come vorrebbe il remittente, l'applicabilità dell'art. 69, comma VI, O.P., che a sua volta richiama l'art. 14-ter O.P., a ogni reclamo avente a oggetto la lesione dei diritti. Infatti, il legislatore ha previsto diversi rimedi giurisdizionali mediante la legge n. 354 del 1975, se pur riferiti a ipotesi circoscritte. In tale passaggio, la Corte sembra affermare che non spetta a lei la decisione di estendere e generalizzare la procedura giurisdizionale in materia.

Quindi, la questione è accolta solo nella parte in cui gli artt. 35 e 69, comma VI, O.P. non prevedono mezzi di tutela giurisdizionale per i detenuti che subiscono la compressione di diritti generalmente riconosciuti.

Al definitivo, la Corte esclude la strada dell'intervento additivo, suggerito dal Giudice *a quo*, fondato sull'estensione del rimedio giurisdizionale di

⁷ Corte cost. n. 26 del 1999.

cui all'art. 69, comma VI, O.P. a tutti i reclami proposti ex art. 35 O.P. aventi a oggetto la lesione di diritti, precisando che né lo strumento indicato né gli altri previsti dalla legge penitenziaria possono essere considerati rimedi giurisdizionali di carattere generale, essendo previsti da «discipline singolari».

Detta sentenza che denuncia un “vuoto legislativo” nella materia della tutela dei diritti dei detenuti, invita il legislatore a intervenire. Per la dottrina maggioritaria si tratta di un'additiva di principio, che obbliga i Giudici di sorveglianza a individuare, nell'attesa di una regolamentazione *ad hoc*, la disciplina “provvisoriamente” applicabile, caso per caso, nelle ipotesi di reclami per eventuali lesioni di diritti in materie non inerenti al lavoro e il settore disciplinare.

Nel silenzio del legislatore, quanto ai procedimenti adottabili, la dottrina si divide: alcuni ritengono idoneo il modello previsto dagli artt. 666 e 678 c.p.p., altri (tra cui il Prof. M. Ruotolo) il procedimento di cui all'art. 14-*ter* O.P. e altri ancora, attribuendo alla sentenza n. 26 del 1999 valore enunciativo, il rimedio tradizionale dell'art. 35 O.P., che ha luogo senza contraddittorio e la cui decisione non è impugnabile.

Il contrasto è risolto dall'intervento della Corte di Cassazione penale a Sezioni Unite che, mediante la sentenza n. 2507 del 2003, estende a tutti i reclami proposti secondo l'art. 35 O.P. -aventi a oggetto lesione di diritti- il procedimento disciplinare di cui all'art. 69, comma VI e 14 *ter* O.P., proprio come avviene per la materia del lavoro e per quella disciplinare. L'art. 35 O.P. continuerà a essere applicato singolarmente laddove sia individuabile un atto di normazione generale, attuativo delle disposizioni contenute nell'ordinamento penitenziario e riconducibile alla potestà organizzativa dell'amministrazione⁸.

Sembrirebbe, quindi, potersi applicare l'art. 35 “singolarmente” alle mere aspettative, che non si traducono in lesione di diritti: ciò è più facile a dirsi che a farsi in quanto, talvolta, le semplici richieste sono collegate ai diritti.

Merita, poi, attenzione la sentenza della Corte cost. n. 341 del 2006 che dichiara l'illegittimità costituzionale del più volte citato art. 69, comma VI, lett. a) della legge n. 354 del 1975, nella parte in cui prevede la competenza del Magistrato di sorveglianza «sui reclami dei detenuti e degli internati concernenti l'osservanza delle norme riguardanti l'attribuzione della qualifica lavorativa, la mercede e la remunerazione e lo svolgimento delle attività di tirocinio e di lavoro e le assicurazioni sociali».

⁸ Invero, per molto tempo il legislatore resta inerte, tanto che l'unico disegno di legge -pre-disposto in attuazione della sentenza Corte cost. n. 26 del 1999- non è nemmeno esaminato in Commissione. Detto documento prevedeva che il Magistrato di Sorveglianza decidesse con ordinanza impugnabile solo per Cassazione secondo la procedura dell'art. 14 *ter* O.P. sui reclami dei detenuti e degli internati concernenti atti dell'amministrazione penitenziaria, lesivi dei loro diritti.

Alla base dell'ordinanza del Magistrato di sorveglianza, vi è la convinzione che le caratteristiche del procedimento di cui agli artt. 60, comma VI e 14-ter O.P., non siano compatibili con le esigenze di difesa e le garanzie del contraddittorio tipiche delle controversie del lavoro: da qui la discriminazione tra i lavoratori detenuti e quelli non soggetti a limitazioni della libertà personale. La tutela apprestata dall'ordinamento penitenziario è meno efficace anche nei confronti del datore di lavoro, che resterebbe estraneo al procedimento instaurato dal Magistrato di sorveglianza: il tutto in violazione dell'art. 24 Cost.

La Corte costituzionale accoglie la questione sulla considerazione che la disposizione impugnata, attribuendo in modo "esclusivo" la materia del lavoro al Magistrato di sorveglianza, è incompatibile con il principio secondo cui il legislatore, nella sua discrezionalità, ben può prevedere forme di svolgimento di giudizi civili, nascenti da prestazioni lavorative di detenuti, tali da essere compatibili con le esigenze dell'amministrazione penitenziaria. Viene, quindi, a essere precluso il diritto di scelta del detenuto tra il rito camerale -previsto dalla disposizione impugnata- e il rito ordinario dell'ordinamento per le controversie di lavoro⁹.

La sentenza della Corte cost. n. 341 del 2006 è ripresa, qualche anno dopo, dal Magistrato di sorveglianza di Nuoro secondo cui, il fatto che sia stata dichiarata l'illegittimità costituzionale della disposizione, che attribuiva competenza esclusiva al Magistrato in materia di lavoro dei detenuti, avrebbe messo in discussione il principio, sancito dalla precedente giurisprudenza per cui «tutto quel che appartiene al trattamento penitenziario, in ossequio al principio della funzione rieducativa della pena, sia sempre e comunque domandato alla cognizione della Magistratura di Sorveglianza». In sostanza, secondo il Magistrato, la sentenza richiamata pone nuovi dubbi sulla legittimità costituzionale dell'art. 35 O.P. Infatti, sebbene detto reclamo possa essere deciso con la procedura di cui all'art. 14-ter, non può fornire al reclamante e all'amministrazione interessata la stessa tutela giurisdizionale di cui all'art. 113 Cost¹⁰.

⁹ Interessante è il punto in cui la Corte cost. sottolinea che lo svolgimento delle attività lavorative da parte dei detenuti contribuisce a rendere la modalità di espiazione della pena conforme al principio di rieducazione di cui all'art. 27, comma II, Cost. e che i caratteri del lavoro penitenziario devono riflettere quelli del lavoro nella società libera: «questa Corte ha già chiarito che dal primato della persona umana, proprio del vigente ordinamento costituzionale, discende, come necessaria conseguenza che i diritti fondamentali trovano nella condizione di coloro i quali sono sottoposti ad una restrizione della libertà personale i limiti a essa inerenti, connessi alle finalità che sono proprie di tale restrizione, ma non sono affatto annullati da tale condizione».

¹⁰ Il Magistrato di sorveglianza di Nuoro dubita della posizione di terzietà del Magistrato di Sorveglianza perché organo preposto a vigilare «sull'organizzazione degli istituti di prevenzione e di pena a impartire le disposizioni necessarie ad eliminare le violazioni dei diritti dei detenuti». Ciò fa dubitare che «egli possa essere giudice terzo quando sia chiamato a decidere della legittimità dell'agire dell'amministrazione penitenziaria .. sicché il rischio potrebbe essere quello che il Magistrato di Sorveglianza possa essere, nella specifica ipotesi, Giudice di se stesso».

Le parti, infatti, non avrebbero la possibilità di rivolgersi a un Giudice terzo e imparziale¹¹. E'una questione che ingloba un duplice profilo: quello della giurisdizione e quello dell'efficacia dell'ordinanza del Magistrato di sorveglianza.

Partendo da questa riflessione, il Magistrato di sorveglianza di Nuoro solleva questione di legittimità costituzionale degli artt. 35, 14-ter e 71 O.P. «nell'interpretazione vigente che attribuisce al Magistrato di sorveglianza la competenza a decidere su lesioni dei diritti e delle posizioni giuridiche dei detenuti, conseguenti ad atti e provvedimenti dell'amministrazione penitenziaria».

E bene, la Corte cost. con sentenza n. 266 del 2009, giudica un "errore interpretativo" siffatta ricostruzione del remittente, chiarendo che con la precedente n. 341 del 2006 aveva considerato il procedimento di cui all'art. 14-ter O.P. -imposto dall'art. 69, comma VI, lett. a) per le controversie in materia di lavoro- "inidoneo" se riferito a detta materia. Ma la Corte chiarisce che siffatta considerazione non incide per nulla sulla competenza generale della Magistratura di sorveglianza in materia dei diritti dei detenuti.

A detta della Corte, il reclamo dell'art. 35 O.P. nell'ipotesi di lesione di diritti del detenuto -cui a seguito dell'intervento della Corte di Cassazione penale a Sezioni Unite con la sentenza n. 2507 del 2003, si applica il procedimento di cui agli artt. 69, comma VI e 14-ter O.P.-, appare "efficace" a rappresentare le ragioni delle Parti, tenuto conto che l'amministrazione penitenziaria, anche se non presente in udienza, può giovare del Pubblico Ministero.

E'una pronuncia che offre, alla Magistratura di sorveglianza, l'opportunità di acquisire un posto centrale nel quadro della tutela dei diritti fondamentali delle persone detenute ed è un potente strumento di garanzia e progresso nell'ambito dell'esecuzione penale.

Nonostante il riconoscimento della natura di tutela giurisdizionale delle decisioni assunte dal Magistrato di sorveglianza, chiamato a statuire sulla lesione di diritti dei detenuti, resta irrisolto il problema dell'effettività delle decisioni.

Problema non privo di conseguenze, che non passa inosservato neppure in ambito comunitario. Infatti, con la sentenza della Seconda sezione, affare Torreggiaci e altri contro Italia, dell'08 gennaio 2013, la Corte europea dei diritti dell'uomo ammonisce l'Italia per non aver reso effettivo, nella pratica, il reclamo rivolto al Magistrato di sorveglianza ai sensi degli artt. 35 e 69 O.P. Sentenza che avrà un ruolo importante sul seguito giurisprudenziale e normativo inerenti all'effettività della tutela giurisdizionale dei diritti dei detenuti.

Sotto il profilo normativo, a seguito della sentenza Torreggiani va segnalato il D.L. n. 146 del 23 dicembre 2013, recante misure urgenti in tema di tutela

¹¹ Si pensi al fatto che nel procedimento di cui all'art. 14 ter e 71 O.P. l'amministrazione penitenziaria può soltanto presentare memorie mentre il reclamante può presentare memorie e partecipare al procedimento con il difensore.

dei diritti fondamentali dei detenuti e di riduzione controllata della popolazione carceraria, convertito con la legge n. 10 del 21 febbraio 2014. Detto decreto è stato da subito definito, com'è ormai nella tradizione legislativa italiana, "Svuota Carceri". Tra le tante novità apportate dal decreto, ci si sofferma, in questa sede, proprio sul rafforzamento degli strumenti a disposizione dei detenuti per la tutela dei propri diritti. Lo "Svuota Carceri", infatti, inserendo un nuovo articolo nell'ordinamento penitenziario, il 35-*bis*¹² e modificando l'art. 69, commi VI¹³, O.P., introduce un altro procedimento giurisdizionale innanzi al Magistrato di sorveglianza, cui i detenuti possono rivolgersi per la tutela dei loro diritti. L'intento è rendere il procedimento non solo "efficace" nella procedura, ma anche "effettivo", garantendo l'esecutività dei provvedimenti adottati e la possibilità di agire per ottenerne l'ottemperanza.

¹² Art. 35 bis O.P.: 1. «Il procedimento relativo al reclamo di cui all'art. 69, comma 6, si svolge ai sensi degli artt. 666 e 678 del codice di procedura penale. Salvi i casi di manifesta inammissibilità della richiesta a norma dell'articolo 666, comma II, del codice di procedura penale, il magistrato di sorveglianza fissa la data dell'udienza e ne fa dare avviso anche all'amministrazione interessata, che ha diritto di comparire ovvero di trasmettere osservazioni e richieste. 2. Il reclamo di cui all'art. 69, comma 6, lettera a) è proposto nel termine di dieci giorni dalla comunicazione del provvedimento. 3. In caso di accoglimento, il magistrato di sorveglianza, nelle ipotesi di cui all'art. 69, comma VI, lettera a), dispone l'annullamento del provvedimento di irrogazione della sanzione disciplinare. Nelle ipotesi di cui all'articolo 69, comma 6, lettera b), accertate la sussistenza e l'attualità del pregiudizio, ordina all'amministrazione di porre rimedio entro il termine indicato dal Giudice. 4. Avverso la decisione del magistrato di sorveglianza è ammesso reclamo al tribunale di sorveglianza nel termine di quindici giorni dalla notificazione o comunicazione dell'avviso di deposito della decisione stessa. 4-bis. La decisione del tribunale di sorveglianza è ricorribile per cassazione per violazione di legge nel termine di quindici giorni dalla notificazione o comunicazione dell'avviso di deposito della decisione stessa. 5. In caso di mancata esecuzione del provvedimento non più soggetto ad impugnazione, l'interessato o il suo difensore munito di procura speciale possono richiedere l'ottemperanza al magistrato di sorveglianza che ha emesso il provvedimento. Si osservano le disposizioni di cui agli artt. 666 e 678 del codice di procedura penale. 6. Il magistrato di sorveglianza, se accoglie la richiesta: a) ordina l'ottemperanza, indicando modalità e tempi di adempimento, tenuto conto del programma attuativo predisposto dall'amministrazione al fine di dare esecuzione al provvedimento, sempre che detto programma sia compatibile con il soddisfacimento del diritto; b) dichiara nulli gli eventuali atti in violazione o elusione del provvedimento rimasto inadeguato; c) lettera soppressa dalla l. 21 febbraio 2014, n. 10; d) nomina, ove occorra, un commissario ad acta. 7. Il magistrato di sorveglianza conosce di tutte le questioni relative all'esatta ottemperanza, ivi comprese quelle inerenti agli atti del commissario. 8. Avverso il provvedimento emesso in sede di ottemperanza è sempre ammesso ricorso per cassazione per violazione di legge».

¹³ Art. 69, comma VI, O.P. «Il magistrato di sorveglianza provvede a norma dell'art. 35 bis sui reclami dei detenuti e degli internati concernenti: a) le condizioni di esercizio del potere disciplinare, la costituzione e la competenza dell'organo disciplinare, la contestazione degli addebiti e le facoltà di discolorpa; nei casi di cui all'articolo 39, comma 1, numeri 4 e 5, è valutato anche il merito dei provvedimenti adottati; b) l'inosservanza da parte dell'amministrazione di disposizioni previste dalla presente legge e del relativo regolamento, dalla quale derivi al detenuto o all'internato un attuale e grave pregiudizio all'esercizio dei diritti».

Il combinato disposto del nuovo art. 35-*bis* O.P. e dell'art. 69, comma VI, "modificato", O.P. dà vita a un procedimento giurisdizionale circondato da garanzie più ampie ed efficaci rispetto al passato. Come nel periodo *ante* riforma vi rientra, ai sensi dell'art. 69, comma VI, O.P. lett. a) la materia disciplinare¹⁴, mentre la novità assoluta, prevista dalla lett. b) della medesima disposizione, è che il reclamo giurisdizionale si applica a tutte le ipotesi di «inosservanza da parte dell'amministrazione di disposizioni previste dalla presente legge e dal relativo regolamento, dalla quale derivi al detenuto o all'internato un attuale e grave pregiudizio all'esercizio dei diritti». Il legislatore sembra aver accolto i solleciti d'intervento provenienti dalla giurisprudenza, dalla dottrina e da ultimo dalla Corte di Strasburgo estendendo, finalmente, un rimedio "giurisdizionale effettivo" a tutte le ipotesi in cui i detenuti denunciano la lesione dei propri diritti.

Quanto al procedimento, il reclamo va presentato direttamente dal detenuto o tramite il suo avvocato al Magistrato di sorveglianza che ha giurisdizione nell'istituto di pena ove si trova l'interessato. L'*iter* segue le disposizioni sul rito camerale (artt. 666 e 668 c.p.p.) con alcune varianti: ad esempio, non è previsto alcun termine di decadenza e il ricorso può essere proposto fino a che perdura la violazione del diritto. E' previsto che il Giudice non esamini il merito del reclamo nel caso di manifesta inammissibilità della richiesta a norma dell'art. 666, comma II, c.p.p. Del procedimento è parte anche l'amministrazione interessata, che può comparire in udienza a mezzo Avvocatura dello Stato o di funzionario delegato. Le Parti possono presentare memorie e documenti e chiedere l'assunzione di prove. Tuttavia, secondo l'art. 185 delle norme d'attuazione del c.p.p., il Giudice può assumere prove anche in via ufficiosa e svincolato da un'istanza di parte.

Qualora il Magistrato di sorveglianza ritenesse il reclamo ammissibile, procederebbe con la fissazione della camera di consiglio, con avviso, oltre che alle parti e ai difensori, anche all'amministrazione interessata. Sulla notificazione all'amministrazione interessata è stato chiarito che, poiché il procedimento conseguente al reclamo giurisdizionale ex art. 35-*bis* O.P. si deve svolgere nel contraddittorio dell'Amministrazione interessata e poiché in

¹⁴ In base all'art. 69, comma VI, O.P. così come modificato, la persona detenuta o internata che abbia subito la lesione di un diritto fondamentale in seguito a un provvedimento disciplinare può presentare reclamo giurisdizionale in materia disciplinare. Il reclamo può riguardare: -sotto il profilo di legittimità, l'esercizio del potere disciplinare, la contestazione degli addebiti, la facoltà di discolta; - sotto il profilo del merito, le sanzioni disciplinari dell'isolamento durante la permanenza all'aria aperta e dell'esclusione delle attività in comune (art. 39, comma I, numero 4 e 5 della legge n. 354 del 1975). Il reclamo deve essere presentato entro 10 giorni dalla comunicazione del provvedimento. Secondo il Decreto legge n. 146 del 2013, il Giudice verifica la legittimità del provvedimento, ma nei casi più gravi, esamina anche il merito del reclamo. Se il magistrato di sorveglianza accoglie la richiesta, annulla il provvedimento della sanzione disciplinare.

tale materia «non esistono disposizioni derogatorie delle norme sulla rappresentanza e difesa in giudizio dello Stato contenute nel r. d. 30 ottobre 1933 n. 1611, in applicazione dell'art. 11 del predetto r. d. l'avviso di fissazione dell'udienza deve essere notificato al Ministro della Giustizia pro tempore presso l'Avvocatura distrettuale dello Stato. L'omessa notificazione all'Amministrazione interessata del decreto di fissazione dell'udienza a seguito del reclamo giurisdizionale ex art. 35-bis O.P. determina la nullità del procedimento, la quale è rilevabile d'ufficio ai sensi dell'art. 11, comma 3, r.d. 30 ottobre 1933 n. 1611: norma speciale che prevale su quella generale ex art. 180 c.p.p.»¹⁵. Contro la decisione del Magistrato di sorveglianza può essere proposto reclamo al Tribunale di sorveglianza nel termine di 15 giorni dalla data di notifica o comunicazione dell'avviso di deposito della decisione stessa. Contro la decisione del Tribunale di sorveglianza si può proporre ricorso in Cassazione per violazione di legge nel termine di 15 giorni dalla notificazione o dalla comunicazione dell'avviso di deposito della decisione stessa. In caso di mancata esecuzione del provvedimento da parte dell'amministrazione, la persona detenuta o internata o il difensore può chiedere il giudizio d'ottemperanza al Magistrato di sorveglianza che ha emesso il provvedimento. Se il Magistrato di sorveglianza accoglie la richiesta può decidere in tre modi diversi: 1) ordinare all'amministrazione l'ottemperanza, indicando modalità e tempi d'adempimento, tenuto conto del programma attuativo predisposto dall'amministrazione, al fine di dare esecuzione al provvedimento, sempre che detto programma sia compatibile con il soddisfacimento del diritto; 2) dichiarare nulli gli eventuali atti in violazione del provvedimento rimasto ineseguito; 3) nominare all'occorrenza, un commissario *ad acta*. Avverso il provvedimento emesso dal Magistrato di sorveglianza in sede d'ottemperanza è ammesso ricorso in Cassazione per violazione di legge.

L'intervento legislativo ha cercato di ampliare e rafforzare gli strumenti a disposizione dei detenuti per la tutela dei propri diritti. Il nuovo procedimento giurisdizionale innanzi al Magistrato di sorveglianza nelle intenzioni del legislatore si pone quale strumento non solamente più efficace nella procedura ma anche effettivo, prevedendo l'esecutività dei provvedimenti adottati e la possibilità di agire per ottenerne l'ottemperanza¹⁶. Il procedimento

¹⁵ Tribunale di sorveglianza di Torino, ordinanza 28 aprile 2015.

¹⁶ *Ibidem*, art. 3: «Modifiche all'ordinamento penitenziario. 1. Alla legge 26 luglio 1975, n. 354 sono apportate le seguenti modificazioni:

a) l'articolo 35 è così sostituito: «Art. 35. (Diritto di reclamo). – I detenuti e gli internati possono rivolgere istanze o reclami orali o scritti, anche in busta chiusa: 1) al direttore dell'istituto, al provveditore regionale, al capo del dipartimento dell'amministrazione penitenziaria e al Ministro della giustizia; 2) alle autorità giudiziarie e sanitarie in visita all'istituto; 3) al garante nazionale e ai garanti regionali o locali dei diritti dei detenuti; 4) al presidente della giunta regionale; 5) al magistrato di sorveglianza; 6) al Capo dello Stato»; b) dopo l'articolo 35 è aggiunto il seguente: «35-bis (Reclamo giurisdizionale). 1. Il procedimento relativo al

innanzi al Magistrato di sorveglianza viene ridisegnato, quindi, quale un vero e proprio procedimento giurisdizionale, con le garanzie del caso e con la possibilità di ottenere l'esecuzione del provvedimento favorevole al detenuto, qualora fosse riscontrata una violazione dei suoi diritti.

Un riscontro positivo delle misure messe in campo dal nostro paese per dare seguito alle prescrizioni della sentenza Torreggiani lo si registra nella sentenza della Corte EDU "Stella contro Italia", del settembre 2014, in cui è manifestato un apprezzamento nei confronti della nuova via di ricorso prevista dall'art. 35-*bis* O.P., che specifica ormai l'obbligatorietà delle decisioni adottate dal magistrato di sorveglianza nell'ambito dei reclami dei detenuti in materia di ordinamento penitenziario. Gli attuali nuovi rimedi vincolano l'Amministrazione dello Stato alla decisione assunta dall'Autorità giudiziaria competente, al punto da prevedere nell'ipotesi di inottemperanza una esecuzione forzata. Il ricorso viene giudicato dalla Corte un rimedio a priori accessibile, in grado cioè di offrire alle persone sottoposte alla giustizia delle prospettive ragionevoli di esito positivo. Tuttavia, secondo i giudici occorre ancora verificare l'effettività del rimedio alla prova dei fatti e, segnatamente, "alla luce delle decisioni rese dai giudici nazionali e dell'effettiva esecuzione

reclamo di cui all'articolo 69, comma 6, si svolge ai sensi degli articoli 666 e 678 del codice di procedura penale. Salvi i casi di manifesta inammissibilità della richiesta a norma dell'articolo 666, comma 2, del codice di procedura penale, il magistrato di sorveglianza fissa la data dell'udienza e ne fa dare avviso anche all'amministrazione interessata, che ha diritto di comparire ovvero di trasmettere osservazioni e richieste. 2. Il reclamo di cui all'articolo 69, comma 6, lettera a) è proposto nel termine di dieci giorni dalla comunicazione del provvedimento. 3. In caso di accoglimento, il magistrato di sorveglianza, nelle ipotesi di cui all'articolo 69, comma 6, lettera a), dispone l'annullamento del provvedimento di irrogazione della sanzione disciplinare. Nelle ipotesi di cui all'articolo 69, comma 6, lettera b), accertate la sussistenza e l'attualità del pregiudizio, ordina all'amministrazione di porre rimedio ((entro il termine indicato dal giudice.)) 4. ((Avverso la decisione del magistrato di sorveglianza è ammesso reclamo al tribunale di sorveglianza nel termine di quindici giorni dalla notificazione o comunicazione dell'avviso di deposito della decisione stessa. 4-bis. La decisione del tribunale di sorveglianza è ricorribile per cassazione per violazione di legge nel termine di quindici giorni dalla notificazione o comunicazione dell'avviso di deposito della decisione stessa.)) 5. In caso di mancata esecuzione del provvedimento non più soggetto ad impugnazione, l'interessato o il suo difensore munito di procura speciale possono richiedere l'ottemperanza al magistrato di sorveglianza che ha emesso il provvedimento. Si osservano le disposizioni di cui agli articoli 666 e 678 del codice di procedura penale. 6. Il magistrato di sorveglianza, se accoglie la richiesta: a) ordina l'ottemperanza, indicando modalità e tempi di adempimento, tenuto conto del programma attuativo predisposto dall'amministrazione al fine di dare esecuzione al provvedimento, sempre che detto programma sia compatibile con il soddisfacimento del diritto; b) dichiara nulli gli eventuali atti in violazione o elusione del provvedimento rimasto ineseguito; c) (((soppressa).)) d) nomina, ove occorra, un commissario ad acta. 7. Il magistrato di sorveglianza conosce di tutte le questioni relative all'esatta ottemperanza, ivi comprese quelle inerenti agli atti del commissario. 8. Avverso il provvedimento emesso in sede di ottemperanza è sempre ammesso ricorso per cassazione per violazione di legge».

di queste ultime". La Corte, quindi, guarda con favore alle misure messe in atto dall'Italia ma non si esprime per quanto attiene alla loro efficacia ed effettività, in quanto manca ancora una prassi applicativa nazionale, sulla cui base valutare l'effettività. La sensazione, quindi, è che la Corte prenda atto delle novità normative e le guardi con favore ma si riservi la possibilità di intervenire successivamente qualora, dall'applicazione pratica, dovesse emergere che trattasi di strumenti inadeguati a garantire una tutela effettiva ed efficace. Viene rimandato a un momento successivo qualsiasi valutazione sulla effettività del nuovo ricorso al Magistrato di sorveglianza.

L'effettività degli strumenti posti a tutela dei diritti fondamentali dei detenuti non dipende solamente dalla efficacia dei singoli strumenti e dal come questi vengono congegnati e strutturati, in quanto la stessa non può prescindere dalla condizione dei penitenzieri. Anche lo strumento giurisdizionale perfetto non potrebbe dirsi mai effettivo persistendo un patologico sovraffollamento delle carceri che impedirebbe comunque l'attuazione del provvedimento giurisdizionale. Motivo per cui anche il ricorso precedentemente previsto dall'ordinamento italiano difficilmente poteva essere uno strumento effettivo di tutela¹⁷.

¹⁷ Per un commento a queste decisioni della Corte di Strasburgo cfr. A. MARTUFI, *La Corte EDU dichiara irricevibili i ricorsi presentati dai detenuti italiani per violazione dell'art. 3 CEDU*, cit. e A. DI TULLIO D'ELISIIS, *Una prima valutazione dell'art. 35 ter della legge n. 354 del 1975 da parte della Corte europea dei diritti dell'uomo*, articolo tratto dal sito *www.duitbase.it*, 25 novembre 2014.

LA TUTELA SOVRANAZIONALE DELLA PROPRIETÀ INTELLETTUALE: LA CONVENZIONE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO

di Michele Pappone

SOMMARIO: 1. Il richiamo del diritto di proprietà all'interno della CEDU; 2. La nozione autonoma di proprietà nell'art.1 del protocollo n.1 e la sua applicazione anche alla proprietà intellettuale; 3. Considerazioni.

1. Il richiamo del diritto di proprietà all'interno della CEDU

La Convenzione europea dei diritti dell'uomo¹ non si esaurisce esclusivamente nei cinquantanove articoli in essa previsti, bensì si arricchisce di quattordici protocolli aggiuntivi e di un Accordo europeo concernente le persone che partecipano alla procedura dinanzi la Corte EDU. Dei protocolli suddetti, merita in questa sede richiamare il Protocollo n.1², il quale aggiunge ai diritti già sanciti dalle norme convenzionali, ulteriori diritti fondamentali, primo tra tutti quello di proprietà³. La scelta di collocare il diritto di proprietà all'interno della CEDU incontrò, in realtà, non poche riserve sia da parte di quei Paesi, quali il Regno Unito e la Svezia, che erano in procinto di attuare un ampio programma di nazionalizzazione e non desideravano una forma di controllo internazionale in relazione a scelte sensibili dal punto di vista politico⁴, sia di quei Paesi contrari ad inserire un simile diritto, a carattere essenzialmente patrimoniale, all'interno di uno strumento convenzionale – come quello della CEDU – finalizzato principalmente alla salvaguardia dei

¹ La Convenzione - ratificata con la L. 4 agosto 1955, n. 848 – è stata approvata dal Consiglio d'Europa a Roma il 4 novembre del 1950, ed entrò in vigore il 3 settembre 1953, ai sensi del disposto dell'art. 66 (ora art. 59).

² Il Protocollo n.1 fu firmato a Parigi, il 20 marzo 1952, ed entrò in vigore il 18 maggio 1954.

³ L'art. 1 CEDU dispone, infatti, che “Ogni persona fisica o giuridica ha diritto al rispetto dei suoi beni. Nessuno può essere privato della sua proprietà se non per causa di pubblica utilità e nelle condizioni previste dalla legge e dai principi generali del diritto internazionale.

Le disposizioni precedenti non portano pregiudizio al diritto degli Stati di porre in vigore le leggi da essi ritenute necessarie per disciplinare l'uso dei beni in modo conforme all'interesse generale o per assicurare il pagamento delle imposte o di altri contributi o delle ammende”.

⁴ Cfr. M.L. PADELETTI, *La tutela della proprietà nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Giuffrè, Milano, 2003, 11.

diritti civili.⁵ La formula di compromesso che ne conseguì, dunque, fu l'individuazione di una norma destinata non già a regolamentare ogni ingerenza nel godimento del diritto di proprietà, bensì ad offrire una tutela minima comune ai singoli Stati aderenti.

Per un lungo periodo, la Commissione e la Corte europea dei diritti dell'uomo hanno dato un'interpretazione restrittiva alle garanzie contenute nell'art. 1 del Protocollo n.1., concependo quest'ultimo esclusivamente come una forma di tutela contro le espropriazioni arbitrarie.

Ben presto, però, l'interesse nei confronti di questa norma è aumentato: ne è testimonianza il crescente numero e la varietà di ricorsi presentato a Strasburgo su tale materia. La casistica, dunque, ha permesso di ritenere che la norma anzidetta contiene al suo interno tre disposizioni "distinte ma collegate"⁶: la prima parte sancisce a livello generale il rispetto della proprietà; la seconda parte regola le ipotesi di privazione della libertà; la terza parte riserva agli stati la regolamentazione dell'uso dei "beni" per l'interesse generale. In riferimento alla privazione del diritto di proprietà, in particolare, essa è ammessa per causa di pubblica utilità, in conformità alla legge e ai principi generali di diritto internazionale.

Il nodo gordiano, orbene, attiene alla qualificazione del diritto di proprietà privata o come diritto fondamentale dell'uomo o come mero diritto di carattere economico-sociale⁷. La soluzione a tale quesito si rende possibile attraverso l'interpretazione che la Corte EDU ha dato alla norma, la quale, senza particolari oscillazioni, ha riconosciuto al diritto di proprietà la natura di diritto fondamentale dell'uomo⁸. La caratteristica generale dei diritti fon-

⁵ Cfr. M.L. PADELETTI, *op. cit.*, 4; cfr. C. ZANGHÌ, *La proprietà e i diritti umani*, in *Dir. dell'uomo, cronache e battaglie*, II, 1999, 42.; Più ampiamente, si vedano, altresì, A. R. ÇOBAN, *Protection of Property rights within the European Convention of Human Rights*, Ashgate Publishing, Aldershot, 2004, 124-125; J. RAYMOND, *L'article 1 du Protocole additionnel et les rapports entre particuliers*, in F. Matscher e H. Petzold, *Protecting Human Rights: The European Dimension - Studies in Honor of Gérard J. Wiarda*, Köln: C. Heymanns, 1990; E. DECAUX, *Les États parties et leurs engagements*, in L.E. Pettiti et al., *La Convention européenne des droits de l'homme: Commentaire article par article*, Economica, Paris, 1999.

⁶ In particolare, Corte EDU, *Elia S.r.l. c. Italia*, 2 agosto 2001, ove al punto 51 della motivazione si legge "La Corte ricorda che l'art.1 del Protocollo n.1. contiene tre distinte norme: 'la prima, che è espressa dalla prima frase del primo comma e riveste un carattere generale, enuncia il principio del rispetto della proprietà; la seconda, che figura nella seconda frase del medesimo comma, riguarda la privazione della proprietà e la sottomette a specifiche condizioni di legittimità; quando alla terza, contenuta nel secondo comma, riconosce allo stato il potere, tra gli altri, di regolamentare l'uso dei beni conformemente all'interesse generale ... Non si tratta comunque di regole prive di un rapporto reciproco. La seconda e la terza fanno riferimento ad esempi particolari di compressioni del diritto di proprietà, per cui vanno interpretate alla luce del principio consacrato nella prima".

⁷ Così A. ZELLA, *Il diritto di proprietà tra ordinamento interno e Cedu*, KEY Editore, Vicalvi (FR), 2015, 43.

⁸ Si vedano Corte EDU, *Belvedere Alberghiera*, 30 ottobre 2003, e Corte EDU, *Car-*

damentali nella dimensione della CEDU è quella che impone a carico dello Stato non solo il riconoscimento e l'affermazione dei diritti medesimi, ma anche un obbligo positivo di protezione⁹.

La proprietà, dunque, attraverso il suo esplicito richiamo all'interno della Convenzione, divenne non solo diritto soggettivo tutelabile a livello internazionale, bensì diritto fondamentale dell'individuo¹⁰.

2. La nozione autonoma di proprietà nell'art.1 del protocollo n.1 e la sua applicazione anche alla proprietà intellettuale

La norma, tuttavia, non contiene una precisa definizione circa il contenuto del diritto di proprietà. Sul punto, la Corte europea è intervenuta affermando che la nozione di proprietà contenuta nell'art. 1 del Protocollo n.1 ha un significato ed una portata autonoma rispetto a quella degli ordinamenti nazionali, nel senso che la ricerca del suo significato vada condotta alla luce della stessa Convenzione.¹¹ Ciò consente di pervenire ad una interpretazione uniforme nei vari Paesi aderenti alla CEDU ed al contempo di impedire che un singolo Stato si sottragga agli obblighi su di esso incombenti facendo riferimento al contenuto di disposizioni interne¹². La portata autonoma, attribuita dalla Corte all'art. 1 del Protocollo n.1, ha finito, in *primis*, per assimilare al concetto di "bene" quello di "proprietà"¹³ e, in *secundis*, per ricondurre al suo interno non solo i beni mobili, immobili e materiali, bensì anche quelli immateriali, come la proprietà intellettuale.¹⁴ Il caso più significativo, a tal

bonara e Ventura, 11 dicembre 2003, con le quali i giudici di Strasburgo sono pervenuti ad un'interpretazione dell'art. 1 Protocollo n.1 più rigorosa e garantista di legalità.

⁹ Corte EDU, *Bistrovic c. Croazia*, 31 maggio 2007; v., *ex plurimis*, Corte EDU, *Paudicic c. Italia*, 24 maggio 2007.

¹⁰ Cfr. C. ZANGHÌ, *La protezione internazionale dei diritti dell'uomo*, 3^a ed., Giappichelli editore, Torino, 2013, 324; In senso contrario v. le famose pagine di A. SANDULLI, *Profili costituzionali della proprietà privata*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1972, 465 ss., ove l'autore affermava che la proprietà "non rientra tra quei «diritti dell'uomo» che globalmente la costituzione definisce, nell'art. 2, «inviolabili»"; S. RODOTÀ, *Commento all'art. 42*, in *Rapporti economici, Commentario alla Costituzione*, a cura di G. BRANCA, Bologna, 1982. L'opinione contrastante si fonda sull'individuazione dei diritti umani alla luce del solo dettato Costituzionale.

¹¹ Corte EDU, *Beyeler c. Italia*, 5 gennaio 2000; Corte EDU, *ex Re di Grecia c. Grecia*, 23 novembre 2000; Corte EDU, *Oneryildiz c. Turchia*, 30 novembre 2004; v., altresì, R. CONTI, *Diritto di Proprietà e CEDU*, in *Diritto dell'Unione e diritti umani*, 2012, 20.

¹² Così R. CONTI, *La proprietà e i diritti reali minori*, Giuffrè, Milano, 2009, 225.

¹³ Corte EDU, *Marckx c. Belgio*, 13 marzo 1978, ove la Corte usa indistintamente i termini "bene", "proprietà", "uso dei beni", "uso della proprietà".

¹⁴ Corte EDU, *Balan c. Moldova*, 29 gennaio 2008, ove si afferma che l'art. 1 del Prot. n. 1 comprende la tutela del diritto di proprietà vantato dal ricorrente su una fotografia che il Governo ha utilizzato senza il suo consenso; Commissione europea dei diritti dell'uomo, *Smith Kline and French Laboratories Ltd c. Paesi Bassi*, 4 ottobre 1990, ove si afferma che l'ampia nozione di "proprietà" comprende anche la titolarità di un brevetto, e dunque di un

riguardo, si rinviene nella decisione della *Grande Chambre* “*Anheuser-Busch Inc. c. Portogallo*”, ove i giudici di Strasburgo affermarono per la prima volta all’unanimità che «l’articolo 1 del Protocollo n.1 è applicabile alla proprietà intellettuale». ¹⁵ La pronuncia della Corte, così statuendo, riconosceva la protezione, nell’ambito del diritto di proprietà, anche agli interessi economici dei titolari di proprietà intellettuale, rispettivamente nelle loro invenzioni e creazioni.

L’interpretazione estensiva che la Corte dei diritti dell’uomo offre dell’art. 1 del Protocollo n. 1, comprendendovi ogni diritto o interesse di natura patrimoniale, finisce per ricondurre alla disciplina della proprietà oggetti che - anche secondo l’ordinamento italiano - ricevono una diversa tutela, con il risultato di estendere l’ambito applicativo della logica proprietaria.

Con la locuzione “proprietà intellettuale”, in particolare, si è soliti riferirsi a quell’insieme di diritti riconosciuti all’autore di un’opera letteraria ed artistica, nonché al titolare di una invenzione industriale¹⁶: richiamando un’affermazione di L.C. Ubertazzi, “la proprietà intellettuale non esiste in *rerum natura*”¹⁷. La tutela di detta categoria di diritti assume una rilevanza fondamentale al fine di stimolare la creatività umana, da un lato, e la capacità di innovazione delle imprese, dall’altro. La protezione accordata al diritto di proprietà intellettuale, difatti, consiste nella premessa essenziale ai fini della remunerazione dello sforzo innovativo della persona, rivelandosi a sua volta decisiva per favorire la concorrenza e la crescita economica¹⁸.

bene immateriale; v., *ex plurimis*, L.C. UBERTAZZI, *Il regolamento Agcom sul diritto d’autore*, Giappichelli, Torino, 2014, 239; sull’ampio concetto di “beni” previsto dall’art. 1 del primo protocollo CEDU si v. altresì L. CONDORELLI, *Premier Protocole additionnel. Article 1*, in *La Convention Européenne des droits de l’homme. Commentaire article per article*, Paris, 1995, 975; R. MASTROIANNI, *Diritto Internazionale e diritto d’autore*, Giuffrè, Milano, 1997, 49.

¹⁵ Corte EDU, *Anheuser-Busch Inc. c. Portogallo*, 11 gennaio 2007, par. 72.

¹⁶ Sul punto, inoltre, la dottrina distingue tra proprietà industriale - al cui interno appartengono marchi, brevetti e gli altri segni distintivi dell’azienda - e il diritto d’autore - che include le opere letterarie, musicali artistiche; in senso conforme anche la giurisprudenza comunitaria: CGUE, 24 gennaio 1989, C-341/87, *EMI Electrola GmbH*; CGUE, 28 aprile 1998, C-200/96, *Metronome Musik GmbH*; CGUE, 22 settembre 1998, C-61/97, *Foreningen af Danske Videogramdistributører*; CGUE, 20 gennaio 1981, C-55 e 57/80, *Musik-Vertrieb Membran GmbH*; CGUE, 14 settembre 1982, C-144/81, *Keurkoop BV*; CGUE, 10 novembre 1992, C-3/91, *Exportur SA*; per la manualistica di settore cfr. A. VANZETTI, V. DI CATALDO, *Manuale di diritto industriale*, Giuffrè, Milano, 2012; V. MANGINI, *Manuale breve di diritto industriale*, Cedam, Padova, 2005; N. ABRIANI, G. COTTINO, M. RICOLFI, *Diritto industriale*, in *Tratt. Dir. Comm.*, diretto da G. COTTINO, II, Cedam, Padova, 2001.

¹⁷ L. C. UBERTAZZI, *La Proprietà Intellettuale*, in *Trattato di diritto privato dell’Unione europea*, Giappichelli, Torino, 2011, 1.

¹⁸ Cfr. G. COLANGELO, *Diritto comparato della proprietà intellettuale*, Il Mulino, Bologna, 2011, 14; G. TRITTON, *Intellectual Property in Europe*, Sweet & Maxwell, Londra, 1996; R. J. MAY, S. L. COOPER, *The Constitutional Foundations of Intellectual Property*, in *Perspectives from FSF Scholars*, Vol. 8, n.13, 2013, 4.

Trattandosi di creazioni della mente - un'invenzione, una melodia ed un'armonia composte in un brano musicale o una data raffigurazione con la funzione di marchio - i diritti di proprietà intellettuale non possono, differenzialmente da ciò che accade per gli oggetti fisici, essere protetti contro l'utilizzo da parte di terzi soltanto attraverso il mero possesso dell'oggetto. Una volta che la creazione intellettuale viene resa disponibile al pubblico, il suo titolare non può esercitare a lungo un controllo su di essa sul suo utilizzo. Detta incapacità o impossibilità di fatto a proteggere la creazione attraverso il possesso sottende l'intero sistema della proprietà intellettuale.

Ai fini della relativa protezione, tuttavia, è necessario che l'opera in questione sia dotata di un minimo carattere creativo, espresso in forma concreta e suscettibile di estrinsecazione all'esterno. I diritti sulla proprietà intellettuale conoscono un imponente sistema rimediale, costituito da alcune norme del Codice della Proprietà industriale (CPI)¹⁹, dalle leggi speciali non assorbite nel Codice, nonché dalla legge sul diritto d'autore²⁰.

3. Considerazioni

Premessi tali cenni circa il contenuto del diritto di proprietà intellettuale, alla luce delle considerazioni *supra* esposte in merito al riconoscimento del generale diritto di proprietà quale diritto fondamentale dell'uomo, non può non ricavarsi la diretta conseguenza di simile riconoscimento anche nei confronti del diritto di proprietà intellettuale.²¹ Tale conclusione, infatti, trova conforto anche osservando il richiamo alla proprietà intellettuale tra i diritti fondamentali in alcune carte costituzionali²², nonché in alcune disposizioni internazionali quali, ad esempio, l'art. 27 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo²³, che riconosce il valore supremo dello sforzo dell'ingegno

¹⁹ Decreto Legislativo 10 febbraio 2005, n. 30, e s.m.i.

²⁰ Legge sul diritto d'autore, L. 22 aprile 1941, n. 633.

²¹ Cfr. R. MASTROIANNI, *op. cit.*, 42 ss.; si veda, in tal senso, anche la giurisprudenza della Corte di Giustizia europea, *ex plurimis*, CGUE 29 gennaio 2008, causa C-275/06, *Productores de Música de España (Promusicae) v Telefónica de España SAU*, 62.

²² Si veda, ad esempio, l'art. 42, della Costituzione Portoghese ovvero l'art. 27 della Costituzione spagnola del 1978. Sul tema, v. R. MASTROIANNI, *Proprietà intellettuale e costituzioni europee*, in AIDA, 2005, 11 ss. Fuori dai confini europei, significativa è l'esperienza statunitense ove la Costituzione, all'*article I, Section 8, Clause 8*, fa espresso riferimento alla proprietà intellettuale, laddove conferisce al Congresso il compito di promuovere il progresso della scienza e delle arti, assicurando per un tempo limitato all'autore ed all'inventore il diritto esclusivo delle rispettive opere e invenzioni".

²³ La Carta, adottata dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite il 10 dicembre 1948, all'art. 27, prevede che "Ogni individuo ha diritto di prendere parte liberamente alla vita culturale della comunità, di godere delle arti, e di partecipare al progresso scientifico ed ai suoi benefici. Ogni individuo ha diritto alla protezione degli interessi morali e materiali derivanti da ogni produzione scientifica, letteraria e artistica di cui egli sia autore".

umano²⁴, o l'art.15, comma.1, lett. c) del Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali.²⁵ Anche la Carta dei diritti fondamentali contiene un espresso riferimento al diritto in questione: la sua esplicita menzione risponde, come indicato dalla relativa Spiegazione, alla crescente importanza e al conseguente bisogno di tutela. La Carta, come già avvenuto per altre disposizioni, adotta la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo come esplicito modello di riferimento anche per la norma di cui all'art. 17, dedicato, appunto, al diritto di proprietà²⁶. È bene sottolineare che, anche in questo caso, come avvenuto per la CEDU, la scelta di inserire la proprietà all'interno della Carta dei diritti fondamentali sollevò diverse perplessità²⁷.

Dalla sommaria ricostruzione sin qui svolta emerge un quadro normativo in cui la proprietà intellettuale trova protezione in una molteplicità di fonti internazionali²⁸, tutte idonee a produrre effetti nell'ordinamento interno, tra cui emerge, *inter alia*, la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo. Non appare azzardato, dunque, concludere che le fonti menzionate conferiscono, allo stesso tempo, un riconoscimento di natura "fondamentale" nonché una protezione talvolta superiore a quella dispensata dalla normativa interna, in maniera tale da confermare l'assunto con cui si è voluti affrontare il tema in oggetto, ovvero sia la natura prossima di diritto fondamentale anche con riguardo ai diritti di proprietà intellettuale.

²⁴ A. SIROTTI GAUDENZI, *Il nuovo diritto d'autore. La tutela della proprietà intellettuale nella società di informazione*, Maggioli Editore, Torino, 2012, 59.

²⁵ Il Patto sui diritti economici, sociali e culturali, adottato nel 1966 ed entrato in vigore il 3 gennaio 1976, all'art. 15, par.1, lett. c), riproduce, essenzialmente, il contenuto dell'art. 27 della Dichiarazione del 1948, e riconosce il diritto di ogni individuo a "godere della tutela degli interessi morali e materiali scaturenti da qualunque produzione scientifica, letteraria od artistica di cui egli sia l'autore" e stabilisce che le misure che gli Stati contraenti dovranno prendere "per conseguire la piena attuazione di questi diritto comprenderanno quelle necessarie per il mantenimento, lo sviluppo e la diffusione della scienza e della cultura".

²⁶ L'art. 17 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea del 7 dicembre 2000, adottata il 12 dicembre 2007 a Strasburgo, prevede al primo comma che "Ogni individuo ha il diritto di godere della proprietà dei beni che ha acquistato legalmente, di usarli, di disporne e di lasciarli in eredità. Nessuno può essere privato della proprietà se non per causa di pubblico interesse, nei casi e nei modi previsti dalla legge e contro il pagamento in tempo utile di una giusta indennità per la perdita della stessa. L'uso dei beni può essere regolato dalla legge nei limiti imposti dall'interesse generale". Nel secondo comma si prevede espressamente che "La proprietà intellettuale è protetta".

²⁷ Cfr. M. COMPORI, *Relazione introduttiva*, in *La proprietà nella Carta europea dei diritti fondamentali*, Giuffrè, Milano, 2005, 6 ss.

²⁸ Le convenzioni internazionali relative alla proprietà intellettuale sono numerosissime, tra le quali rilevano gli accordi TRIPS sugli aspetti dei Diritti di Proprietà Intellettuale attinenti al commercio, e la Convenzione di Unione di Parigi per la protezione della proprietà industriale.

UN ESEMPIO CONCRETO DI DIRITTO FONDAMENTALE EMERSO IN VIA GIURISPRUDENZIALE: IL DIRITTO DI PROCREARE NELLA GIURISPRUDENZA DELLA CORTE COSTITUZIONALE

di Fulvio Pastore

SOMMARIO: 1. Premessa: ricerca scientifica e bio-diritto - 2. Il riconoscimento del diritto di procreare nella giurisprudenza costituzionale - 3. Necessità costituzionale di una legge sulla fecondazione medicalmente assistita - 4. La conoscenza scientifica come elemento fattuale di integrazione del parametro nel giudizio di legittimità costituzionale sulla legislazione in tema di fecondazione medicalmente assistita - 5. Illegittimità costituzionale del divieto assoluto di fecondazione eterologa - 6. Superamento del divieto di diagnosi preimpianto - 7. Incostituzionalità del reato di selezione degli embrioni al fine di evitare l'impianto di embrioni affetti da malattie genetiche gravi - 8. Il diritto di procreare come diritto sociale: l'inserimento della fecondazione medicalmente assistita nei LEA - 9. Riflessioni riassuntive e conclusive sul diritto di procreare alla luce della giurisprudenza costituzionale

1. Premessa: ricerca scientifica e bio-diritto

Il progresso scientifico e tecnologico produce spesso fattispecie inedite che richiedono una regolamentazione giuridica¹. Si può discutere su quali siano le modalità preferibili da adottare per colmare tali vuoti normativi².

L'idea di evitare una disciplina di diritto oggettivo, valida *erga omnes*, per lasciare la disciplina dei rapporti in questione interamente all'autonomia negoziale, sembra cozzare con la constatazione che spesso in questi casi sono in gioco diritti fondamentali della persona umana che non sono disponibili.

Il rischio principale, in questo caso, sarebbe quello di lasciare alla logica economicistica del mercato la definizione dei rapporti in gioco a detrimento delle parti più deboli che potrebbero essere indotte dal bisogno economico ad alienare la propria dignità, la propria salute e il proprio corpo.

In un sistema di *civil law* come il nostro, d'altra parte, affidare esclusivamente alla decisione dei Giudici la regolazione di situazioni inedite e prive di

¹ Sulla natura dinamica degli ordinamenti giuridici e sulla storicità degli stessi cfr., in particolare, PERLINGIERI P., *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Napoli, 1991.

² Sulle tecniche di regolamentazione giuridica delle fattispecie inedite prodotte dallo sviluppo della ricerca scientifica e tecnologica, cfr., *ex plurimis*, CHIEFFI L., *Ricerca scientifica e tutela della persona. Bioetica e garanzie costituzionali*, Napoli, ESI, 1993; RODOTÀ S., *Tecnologie e diritti*, Bologna, Il Mulino, 1995.

una disciplina legislativa sarebbe ingeneroso nei confronti dei magistrati che sarebbero chiamati a decidere questioni complesse e cariche di implicazioni morali senza potersi avvalere di un ancoraggio adeguato a norme legislative quanto meno in grado di costituire una cornice di principi.

Il ricorso a una disciplina legislativa dettagliata delle fattispecie inedite generate dal progresso scientifico e tecnologico, a sua volta, presenta delle serie contro-indicazioni, sia perché il legislatore non riesce sempre a tenere il passo con la rapidità dei mutamenti in atto, sia perché una normativa legislativa eccessivamente dettagliata rischierebbe di divenire rapidamente obsolescibile a causa delle successive frequenti innovazioni.

Tuttavia, in una democrazia matura non può che essere il legislatore statale a dettare una disciplina giuridica dei rapporti considerati, giacché solo le camere parlamentari hanno il grado di rappresentatività e di pluralismo necessario per individuare e perseguire gli interessi generali, oltre che per trovare un discrezionale quanto ragionevole punto di equilibrio tra le esigenze di tutela dei vari beni costituzionali implicati.

Affinché la necessaria disciplina legislativa sia coerente col sistema delle fonti di produzione normativa e non sia rapidamente obsolescibile è preferibile però che presenti maglie larghe, ovvero che ponga solo delle norme di principio lasciando un adeguato spazio alla legislazione regionale negli ambiti di sua competenza concorrente o ai regolamenti governativi nelle materie di competenza legislativa statale non coperte da riserva di legge assoluta. Una disciplina di principio, inoltre, è più facilmente adattabile dai giudici ai casi concreti che di volta in volta si trovino a esaminare e che presentano, talvolta, connotazioni molto peculiari.

Sulla base delle brevi considerazioni svolte, appare pertanto pienamente condivisibile la posizione della Corte costituzionale ben sintetizzata nel punto quattro del considerato in diritto della sentenza n. 347 del 1998, dove si può leggere a tal proposito: “L’individuazione di un ragionevole punto di equilibrio tra i diversi beni costituzionali coinvolti, nel rispetto della dignità della persona umana, appartiene primariamente alla valutazione del legislatore. Tuttavia, nell’attuale situazione di carenza legislativa, spetta al giudice ricercare nel complessivo sistema normativo l’interpretazione idonea ad assicurare la protezione degli anzidetti beni costituzionali”³.

Quando poi, finalmente, il legislatore interviene a dettare una disciplina delle fattispecie inedite determinate dallo sviluppo scientifico e tecnologico,

³ Con la sentenza richiamata, la Corte costituzionale ha dichiarato inammissibile per difetto di rilevanza, la questione di legittimità costituzionale dell’art. 235 del codice civile sollevata in via incidentale dal Tribunale di Napoli.

La Consulta, infatti, ha escluso nella pronuncia richiamata che la norma relativa al disconoscimento del figlio nato da una relazione adulterina potesse essere applicata in via analogica al disconoscimento del figlio nato in costanza di matrimonio da una fecondazione medicalmente assistita di tipo eterologo alla quale il coniuge aveva prestato il proprio preventivo consenso.

competete comunque alla Corte costituzionale verificare che la discrezionalità del legislatore sia stata esercitata in modo ragionevole e abbia realizzato un adeguato bilanciamento dei beni costituzionali coinvolti⁴.

2. Il riconoscimento del diritto di procreare nella giurisprudenza costituzionale

Il diritto di procreare non è espressamente previsto dalla Costituzione. Tuttavia, come è noto, l'insieme dei diritti inviolabili della persona previsti dal nostro sistema costituzionale, nella giurisprudenza costituzionale, non è considerata come un elenco di posizioni giuridiche soggettive di vantaggio espressamente e tassativamente enumerate ma piuttosto come una categoria aperta⁵. Infatti, la Corte costituzionale, facendo leva su un'interpretazione logico-sistematica delle disposizioni costituzionali che ha posto al centro di questo sistema normativo il principio personalista affermato nell'art. 2 della Costituzione, ha dato copertura costituzionale a nuove figure di diritti inviolabili emerse nel corso del tempo⁶. Questa fondamentale opera di aggiornamento ermeneutico ha avuto, tra l'altro, il fondamentale pregio di mantenere attuale e viva la Carta costituzionale del 1947 nonostante gli epocali sconvolgimenti sociali, culturali, economici, scientifici e tecnologici, che si sono verificati dalla sua approvazione a oggi⁷.

In dottrina, si è cominciato a parlare dell'esistenza di un diritto inviolabile della persona a procreare solo intorno alla metà degli anni novanta del Secolo scorso⁸.

⁴ Sullo scrutinio di ragionevolezza cfr., in particolare, SCUDIERO M. - STAIANO S. (a cura di), *La discrezionalità del legislatore nella giurisprudenza della Corte costituzionale (1988-1998)*, Pubblicazioni del Dipartimento di Diritto costituzionale italiano e comparato dell'Università degli studi di Napoli Federico II, n° 1, Jovene, Napoli, 1999.

⁵ Sul tema cfr., *ex plurimis*, STAIANO S., *Vicende e tecniche della normazione costituzionale*, in Aa. Vv., *Tecniche di normazione e tutela giurisdizionale dei diritti fondamentali*, Atti dell'incontro di studi svoltosi a Messina il 14 dicembre 2006, Torino, Giappichelli, 2007.

⁶ Sul rilievo delle giurisprudenze costituzionali nel riconoscimento e nella tutela dei diritti fondamentali anche nella prospettiva del diritto costituzionale europeo, in particolare, cfr. S. STAIANO, *I diritti fondamentali nelle giurisprudenze costituzionali e nelle prospettive dell'Unione Europea*, in Aa. Vv., *Il diritto costituzionale comune europeo. Principi e diritti fondamentali*, a cura di M. Scudiero, Napoli, Jovene, 2002.

⁷ Sul carattere aperto della categoria dei diritti inviolabili cfr., *ex plurimis*, BARBERA A., *Sub Art. 2 Cost.*, in G. Branca (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Bologna, 1975; BARILE P., *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, Il Mulino, 1984.

⁸ Sul tema sia consentito, in questa sede, rinviare a F. PASTORE, *Diritto a procreare: rilievo costituzionale e limiti. La procreazione medicalmente assistita tra bio-etica e regolamentazione giuridica*, in Rivista Giuridica del Molise e del Sannio, casa editrice E.S.I., n° 2, 1996, pp. 83-110; F. PASTORE, *Il diritto di procreare: natura, titolarità e limiti*, in V. Baldini (a cura di), *Diritti della persona e problematiche fondamentali. Dalla bioetica al diritto costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2004, pp. 159-172.

Del resto, in mancanza di disposizioni legislative oltre che costituzionali che lo prevedessero espressamente, ancora alla fine degli anni ottanta, molti giudici comuni continuavano a escludere l'esistenza di un vero e proprio diritto di procreare⁹.

Il primo riconoscimento da parte della Corte costituzionale del diritto di procreare come diritto fondamentale dell'uomo si rinviene nella sentenza n. 332 del 2000.

Si tratta di una sentenza con la quale la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 7, punto 3, della legge 29 gennaio 1942 n. 64 (Modificazioni alla legge di ordinamento della regia Guardia di finanza) nella parte in cui includeva, tra i requisiti necessari per essere reclutati nel corpo della Guardia di finanza, l'essere senza prole. Tale previsione, infatti, a parere della Corte costituzionale si concretizzava in una ingiustificabile "limitazione del diritto di procreare, o di diventare genitore".

In particolare, nella citata sentenza, la Corte costituzionale ravvisa il contrasto della disciplina legislativa impugnata con gli artt. 2, 3, 30 e 31 della Costituzione, "non potendosi ravvisare, neppure nella delicata fase del reclutamento e dell'addestramento, un'esigenza dell'organizzazione militare così preminente da giustificare una limitazione del diritto di procreare, o di diventare genitore, sia pure prevista ai limitati fini dell'arruolamento e dell'ammissione ai reparti di istruzione. Una così grave interferenza nella sfera privata e familiare della persona – suscettibile di protrarsi eventualmente anche oltre il periodo di formazione del militare, durante i primi anni dopo l'assunzione del servizio permanente – non può, sul piano dei principi costituzionali, ritenersi giustificata dall'intensità e dall'esigenza di tendenziale esclusività del rapporto di dedizione che deve legare il militare in fase di istruzione al corpo di appartenenza, dovendo la necessaria continuità nella frequenza dei corsi di addestramento trovare garanzia in regole e rimedi diversi dal divieto di avere prole. Un divieto siffatto si pone in contrasto con i fondamentali diritti della persona, sia come singolo, sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, tutelando l'art. 2 della Costituzione l'integrità della sfera personale della stessa e la sua libertà di autodeterminarsi nella vita privata".

Non solo, quindi, la Corte costituzionale, nella sentenza citata, riconosce per la prima volta l'esistenza e il rilievo costituzionale del diritto di procreare ma ne ravvisa anche la natura di diritto fondamentale.

La Consulta ha ancorato nella sentenza esaminata il diritto di procreare

⁹ Cfr., ad esempio, Tribunale di Monza, sentenza del 27 ottobre 1989 in tema di maternità surrogata, dove si nega la configurabilità di un vero e proprio diritto alla procreazione come particolare aspetto del più generale diritto alla personalità, ritenendosi di non poter desumere da alcuna norma costituzionale che l'interesse ad avere la prole fosse stato elevato alla dignità di diritto soggettivo o che vi fosse un concetto di paternità o di maternità disgiunto da un fondamento biologico.

agli artt. 2, 3, 30 e 31 della Cost. perché quelli erano i parametri del giudizio di legittimità costituzionale definito con la stessa pronunzia. Ciò non toglie che, senza dubbio, si potrebbe utilmente richiamare, in una prospettiva logico-sistematica, a fondamento del diritto di procreare anche l'art. 29 Cost. e soprattutto l'art. 32 Cost., primo comma, come confermato successivamente nelle sentenze sulla fecondazione medicalmente assistita che avremo modo di richiamare.

La Corte costituzionale, infatti, nella sentenza n. 332 del 2000 ha riconosciuto per la prima volta l'esistenza di un diritto inviolabile della persona di procreare ma non ne ha chiarito fino in fondo la natura, la titolarità e i limiti. Questioni che si tenterà di meglio approfondire alla luce della giurisprudenza costituzionale successiva, con particolare riferimento alle sentenze in tema di fecondazione medicalmente assistita.

3. Necessità costituzionale di una legge sulla fecondazione medicalmente assistita

La prima disciplina legislativa in tema di fecondazione medicalmente assistita è intervenuta solo nel 2004 con la legge n. 40, ovvero nel corso della XIV legislatura, nonostante proposte di regolamentazione legislativa dei rapporti in questione fossero state avanzate fin dalla VIII legislatura.

La difficoltà di pervenire all'approvazione di norme legislative nella materia in esame dipende principalmente da due ragioni: il confronto parlamentare su materie di stretta coscienza come quella in esame si presta a generare confronti dialettici serrati e talvolta aspri, difficilmente riconducibili a logiche di schieramento, sicché la maggioranza preferisce spesso rinviare le decisioni per evitare spaccature al suo interno; il frequente ricorso alle elezioni anticipate ostacola la conclusione di procedimenti legislativi che richiedano ampi e approfonditi dibattiti.

Le linee principali della legge n. 40 del 2004 possono essere così sintetizzate: ricorso alla procreazione medicalmente assistita solo in mancanza di metodi efficaci per rimuovere le cause di sterilità o infertilità; accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita solo per coppie di maggiorenni di sesso diverso, coniugati o conviventi, in età potenzialmente fertile, entrambi viventi; la coppia deve prestare per iscritto un consenso informato alla fecondazione; al Ministero della salute è affidato il compito di definire delle linee guida contenenti l'indicazione delle procedure e delle tecniche di procreazione medicalmente assistita alle quali sono assoggettate tutte le strutture autorizzate; riconoscimento dello *status* di figli della coppia richiedente ai bambini nati a seguito dell'applicazione delle tecniche di procreazione medicalmente assistita; divieto di disconoscimento della paternità e di anonimato della madre; divieto di maternità surrogata; divieto di clonazione; divieto di sperimentazione sugli embrioni umani; divieto di manipolazioni eugenetiche; divieto di manipolazioni della catena germinale umana.

I divieti stabiliti dalle disposizioni legislative suindicate sono assistiti da una serie di sanzioni di tipo pecuniario e amministrativo.

Manca un adeguato sistema sanzionatorio di tipo penale; inoltre, le sanzioni pecuniarie e amministrative sono indirizzate soprattutto nei confronti dei medici e delle strutture sanitarie anziché nei confronti delle persone che decidono di fare ricorso a tecniche di fecondazione artificiale vietate dalla legge. Da questo punto di vista la legge appare un po' debole in quanto non pone un adeguato argine rispetto alle ipotesi di mancato rispetto dei divieti e non affronta in alcun modo la questione relativa al c.d. turismo procreativo.

Tra gli aspetti critici che la disciplina presentava originariamente spiccavano i seguenti: divieto di diagnosi pre-impianto; obbligo di produrre e impiantare contestualmente tre embrioni; divieto di fecondazione eterologa anche per le coppie sterili.

Su ciascuno dei tre ultimi punti, subito dopo l'entrata in vigore della legge furono presentati dei *referendum* abrogativi parziali della legge. I quesiti furono dichiarati ammissibili dalla Corte costituzionale¹⁰ ma poi fallirono per mancato raggiungimento del *quorum* strutturale, ovvero per la mancata partecipazione al voto della maggior parte degli aventi diritto. Esito, questo, favorito dal fatto che le forze politiche contrarie ai *referendum* invitarono gli elettori a non recarsi al voto: in tal modo, l'astensione sollecitata si sommò a quella fisiologica determinando il fallimento delle consultazioni.

Come si vedrà in seguito, gli stessi punti della legge n. 40 del 2004 sono stati oggetto di pronunzie della Corte costituzionale in sede di giudizio di legittimità costituzionale con le quali le norme stesse sono state emendate dai profili di illegittimità costituzionale.

Nella stessa tornata referendaria, tuttavia, la Corte costituzionale ebbe modo di dichiarare inammissibile con sentenza n. 45 del 2005 il quesito n. 1, volto alla abrogazione totale della legge n. 40 del 2004.

In particolare, al punto 6 del considerato in diritto della sentenza n. 45 del 2005, la Consulta ha sottolineato che: «La legge n. 40 del 2004 è composta di diciotto articoli suddivisi in sette Capi (“Principi generali”; “Accesso alle tecniche”; “Disposizioni concernenti la tutela del nascituro”; “Regol-

¹⁰ Cfr., sul divieto di diagnosi pre-impianto, Sentenza della Corte costituzionale n. 46 del 2005 (Dichiarazione di ammissibilità del quesito n. 2 intitolato «Procreazione medicalmente assistita – limite alla ricerca clinica e sperimentale sugli embrioni – Abrogazione parziale»); cfr., sull'obbligo di produzione e impianto contestuale di tre embrioni, Sentenza della Corte costituzionale n. 47 del 2005 (Dichiarazione di ammissibilità del quesito n. 3 intitolato «Procreazione medicalmente assistita – norme sui limiti all'accesso – Abrogazione parziale») nonché la sentenza n. 48 del 2005 («Dichiarazione di ammissibilità del quesito n. 4 intitolato Procreazione medicalmente assistita – norme sulle finalità, sui diritti dei soggetti coinvolti e sui limiti all'accesso – Abrogazione parziale»); cfr., sul divieto di fecondazione eterologa, Sentenza della Corte costituzionale n. 49 del 2005 (Dichiarazione di ammissibilità del quesito n. 5).

amentazione delle strutture autorizzate all'applicazione delle tecniche di procreazione medicalmente assistita"; "Divieti e sanzioni"; "Misure di tutela dell'embrione"; "Disposizioni finali e transitorie"). Essi, nel loro complesso, disciplinano analiticamente una molteplicità di differenziati profili connessi o collegati alla procreazione medicalmente assistita, materia in precedenza non disciplinata in via legislativa.

Si tratta della prima legislazione organica relativa ad un delicato settore, che negli anni più recenti ha conosciuto uno sviluppo correlato a quello della ricerca e delle tecniche mediche, e che indubbiamente coinvolge una pluralità di rilevanti interessi costituzionali, i quali, nel loro complesso, postulano quanto meno un bilanciamento tra di essi che assicuri un livello minimo di tutela legislativa. Esigenza questa già sottolineata da questa Corte nella sentenza n. 347 del 1998.

Analoghe finalità di bilanciamento e di tutela sono affermate a livello internazionale, in particolare con alcune disposizioni della Convenzione di Oviedo del 4 aprile 1997 (Convenzione per la protezione dei diritti dell'uomo e della dignità dell'essere umano nei confronti delle applicazioni della biologia e della medicina. Convenzione sui diritti dell'uomo e la biomedicina) e del relativo Protocollo addizionale stipulato a Parigi il 12 gennaio 1998 (Sul divieto di clonazione di esseri umani), testi sottoscritti anche dalla Comunità europea e di cui il legislatore nazionale ha autorizzato la ratifica e determinato l'esecuzione tramite la legge 28 marzo 2001, n. 145 (Ratifica ed esecuzione della Convenzione del Consiglio d'Europa per la protezione dei diritti dell'uomo e della dignità dell'essere umano riguardo all'applicazione della biologia e della medicina: Convenzione sui diritti dell'uomo e sulla biomedicina, fatta a Oviedo il 4 aprile 1997, nonché del Protocollo addizionale del 12 gennaio 1998, n. 168, sul divieto di clonazione di esseri umani), nonché con alcuni contenuti dell'art. 3 (Diritto all'integrità della persona) della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, proclamata nel 2000, in tema di consenso libero e informato della persona interessata, di divieto di pratiche eugenetiche, di divieto di clonazione riproduttiva degli esseri umani.

La richiesta di sottoporre a referendum abrogativo l'intera legge n. 40 del 2004 coinvolge quindi una normativa che è – ai sensi di quanto prima precisato – costituzionalmente necessaria. Tale motivo di inammissibilità è assorbente rispetto agli altri parametri di giudizio»¹¹.

¹¹ Sulle sentenze della Corte costituzionale n. 45, 46, 47, 48 e 49 del 2005 cfr., in particolare, DI BLASI A., *I limiti della tutela del concepito tra Corte di Cassazione e Corte costituzionale*, in Rivista telematica Costituzionalismo.it, 23 marzo 2005; LAMARQUE E., *Ammissibilità dei referendum: un'altra occasione mancata*, in Forum di Quaderni costituzionali, 2005; PENASA S., *L'ondivaga categoria delle leggi "a contenuto costituzionalmente vincolato"*, in Forum di Quaderni costituzionali, 19 aprile 2005; PUGIOTTO A., *Fuga dal referendum: "Comitati del no" e Governo a Corte*, in Forum di Quaderni costituzionali, 23 marzo 2005; RUGGERI A., *Tutela "minima" di beni costituzionalmente protetti e referendum ammissibili (e... sananti) in*

4. La conoscenza scientifica come elemento fattuale di integrazione del parametro nel giudizio di legittimità costituzionale sulla legislazione in tema di fecondazione medicalmente assistita

Pur avendo definito, nella sentenza n. 45 del 2005 sopra richiamata, la legge n. 40 del 2004 come una legge costituzionalmente necessaria, nel corso del tempo la Corte costituzionale ha avuto modo di emendarla da una serie di vizi di legittimità¹².

Da questo punto di vista, quindi, l'analisi della giurisprudenza costituzionale sulla disciplina legislativa in tema di fecondazione medicalmente assistita conferma come la Consulta ritenga preferibile che, in materie nelle quali sono in gioco beni giuridici di rilievo costituzionale primario, ci sia una disciplina legislativa in vigore, sia pure affetta da qualche vizio di legittimità costituzionale, piuttosto che un vuoto legislativo.

Questo *horror vacui* della Corte, come è ben noto, costituisce uno dei fattori che hanno prodotto l'atteggiamento di *self restraint* che caratterizza tradizionalmente la giurisprudenza costituzionale, tanto da averla spinta a sviluppare, nel corso dei decenni di attività, una ricca tipologia di tecniche decisorie che le consentissero di evitare pronunzie meramente demolitorie.

Con la sentenza n. 151 del 2009, in particolare, la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 14, comma 2, della legge 19 febbraio 2004, n. 40 (Norme in materia di procreazione medicalmente assistita), limitatamente alle parole «ad un unico e contemporaneo impianto, comunque non superiore a tre»; nonché l'illegittimità costituzionale dell'art. 14, comma 3, della legge n. 40 del 2004 nella parte in cui non prevede che il trasferimento degli embrioni, da realizzare non appena possibile, come stabilisce tale norma, debba essere effettuato senza pregiudizio della salute della donna¹³.

tema di procreazione medicalmente assistita (nota "a prima lettura" di Corte cost. nn. 45-49 del 2005), in Forum di Quaderni costituzionali, 2005; SATTÀ V., *Scompare definitivamente la distinzione tra leggi costituzionalmente necessarie e leggi a contenuto costituzionalmente vincolato? Uno sguardo d'insieme alle sentenze sui referendum del 2005*, in Rivista elettronica Amministrazione in cammino, 23 luglio 2007.

¹² Sul rilievo degli interventi della giurisprudenza costituzionale sulla l. n. 40 del 2004 cfr., *ex plurimis*: ABAGNALE M., *La Procreazione Medicalmente Assistita nella metamorfosi della legge 40/2004*, in Forum di Quaderni Costituzionali, 22 gennaio 2015; ANGELINI F., *Procreazione medicalmente assistita*, in Dig./Disc. Pubbl., Agg., VI, 2015; D'ALOIA A., *L'(ex) 40*, in Quaderni Costituzionali, n. 4, 2015; D'ALOIA A., *Quel che resta della legge 40*, in Rivista di BioDiritto, n. 2/2014; DOLCINI E., *La legge sulla procreazione assistita dieci anni dopo: la metamorfosi continua*, in Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale, n. 4, 2014; SANFILIPPO P., *La riscrittura giurisprudenziale della legge n. 40/2004: un caso singolare di eterogenesi dei fini*, in Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale, n. 2, 2015.

¹³ Sulla sentenza della Corte costituzionale n. 151 del 2009 cfr., in particolare, AGOSTA S., *Dalla Consulta finalmente una prima risposta alle più vistose contraddizioni della disciplina*

La seconda dichiarazione di incostituzionalità contenuta nel dispositivo della sentenza in esame, concernente il comma 3 dell'art. 14 della legge 40 del 2004, si presenta come una pronunzia additiva di principio. Infatti, la Corte costituzionale sanziona una omissione del legislatore che non ha previsto una disciplina legislativa idonea a salvaguardare la salute della donna che riceve l'impianto. Pertanto, la Corte non si sostituisce del tutto al legislatore, come avrebbe fatto se si fosse spinta fino al punto da prescrivere le modalità da seguire al fine di evitare conseguenze pregiudizievoli per l'aspirante madre, ma lascia alla discrezionalità del legislatore uno spazio di attuazione del principio costituzionale affermato.

La sentenza in esame appare particolarmente interessante perché la Consulta utilizza un dato puramente fattuale, quali sono le conoscenze scientifiche, come elemento di integrazione del parametro del giudizio di legittimità costituzionale. Ad avviso della Corte costituzionale, infatti, il corretto punto di equilibrio tra le esigenze di tutela degli embrioni e quella di tutela della salute della aspirante madre non può essere individuato una volta e per tutte dal legislatore attraverso valutazioni astratte ma deve lasciare spazio a una valutazione medica che tenga conto anche delle condizioni generali di salute della donna che intende ricevere l'impianto.

Dirimenti, in tal senso le considerazioni svolte al punto 6 del considerato in diritto della sentenza in esame, di seguito riportate.

«Va premesso che la legge in esame rivela – come sottolineato da alcuni dei rimettenti – un limite alla tutela apprestata all'embrione, poiché anche nel caso di limitazione a soli tre del numero di embrioni prodotti, si ammette comunque che alcuni di essi possano non dar luogo a gravidanza, postulando la individuazione del numero massimo di embrioni impiantabili appunto un tale rischio, e consentendo un affievolimento della tutela dell'embrione al fine di assicurare concrete aspettative di gravidanza, in conformità alla finalità proclamata dalla legge. E dunque, la tutela dell'embrione non è comunque assoluta, ma limitata dalla necessità di individuare un giusto bilanciamento con la tutela delle esigenze di procreazione.

Ciò posto, deve rilevarsi che il divieto di cui al comma 2 dell'art. 14 determina, con la esclusione di ogni possibilità di creare un numero di embrioni superiore a quello strettamente necessario ad un unico e contemporaneo impianto, e comunque superiore a tre, la necessità della moltiplicazione dei cicli

sulla fecondazione artificiale (a margine di Corte cost., sent. n. 151/2009), in Forum di Quaderni Costituzionali, 19 settembre 2009; CHINNI D., La procreazione medicalmente assistita tra "detto" e "non detto". Brevi riflessioni sul processo costituzionale alla legge n. 40/2004, in Consulta OnLine, rubrica Studi, 2009; DI GENIO G., Il primato della scienza sul diritto (ma non su i diritti) nella fecondazione assistita, in Forum di Quaderni Costituzionali, 20 maggio 2009; TRUCCO L., Procreazione assistita: la Consulta, questa volta, decide di (almeno in parte) decidere, in Consulta OnLine, rubrica Studi, 2009.

di fecondazione (in contrasto anche con il principio, espresso all'art. 4, comma 2, della gradualità e della minore invasività della tecnica di procreazione assistita), poiché non sempre i tre embrioni eventualmente prodotti risultano in grado di dare luogo ad una gravidanza. Le possibilità di successo variano, infatti, in relazione sia alle caratteristiche degli embrioni, sia alle condizioni soggettive delle donne che si sottopongono alla procedura di procreazione medicalmente assistita, sia, infine, all'età delle stesse, il cui progressivo avanzare riduce gradualmente le probabilità di una gravidanza.

Il limite legislativo in esame finisce, quindi, per un verso, per favorire – rendendo necessario il ricorso alla reiterazione di detti cicli di stimolazione ovarica, ove il primo impianto non dia luogo ad alcun esito – l'aumento dei rischi di insorgenza di patologie che a tale iperstimolazione sono collegate; per altro verso, determina, in quelle ipotesi in cui maggiori siano le possibilità di attecchimento, un pregiudizio di diverso tipo alla salute della donna e del feto, in presenza di gravidanze plurime, avuto riguardo al divieto di riduzione embrionaria selettiva di tali gravidanze di cui all'art. 14, comma 4, salvo il ricorso all'aborto. Ciò in quanto la previsione legislativa non riconosce al medico la possibilità di una valutazione, sulla base delle più aggiornate e accreditate conoscenze tecnico-scientifiche, del singolo caso sottoposto al trattamento, con conseguente individuazione, di volta in volta, del limite numerico di embrioni da impiantare, ritenuto idoneo ad assicurare un serio tentativo di procreazione assistita, riducendo al minimo ipotizzabile il rischio per la salute della donna e del feto.

Al riguardo, va segnalato che la giurisprudenza costituzionale ha ripetutamente posto l'accento sui limiti che alla discrezionalità legislativa pongono le acquisizioni scientifiche e sperimentali, che sono in continua evoluzione e sulle quali si fonda l'arte medica: sicché, in materia di pratica terapeutica, la regola di fondo deve essere la autonomia e la responsabilità del medico, che, con il consenso del paziente, opera le necessarie scelte professionali (sentenze n. 338 del 2003 e n. 282 del 2002).

La previsione della creazione di un numero di embrioni non superiore a tre, in assenza di ogni considerazione delle condizioni soggettive della donna che di volta in volta si sottopone alla procedura di procreazione medicalmente assistita, si pone, in definitiva, in contrasto con l'art. 3 Cost., riguardato sotto il duplice profilo del principio di ragionevolezza e di quello di uguaglianza, in quanto il legislatore riserva il medesimo trattamento a situazioni dissimili; nonché con l'art. 32 Cost., per il pregiudizio alla salute della donna – ed eventualmente, come si è visto, del feto – ad esso connesso.

Deve, pertanto, dichiararsi la illegittimità costituzionale dell'art. 14, comma 2, della legge n. 40 del 2004 limitatamente alle parole “ad un unico e contemporaneo impianto, comunque non superiore a tre”.

L'intervento demolitorio mantiene, così, salvo il principio secondo cui le tecniche di produzione non devono creare un numero di embrioni superiore

a quello strettamente necessario, secondo accertamenti demandati, nella fattispecie concreta, al medico, ma esclude la previsione dell'obbligo di un unico e contemporaneo impianto e del numero massimo di embrioni da impiantare, con ciò eliminando sia la irragionevolezza di un trattamento identico di fattispecie diverse, sia la necessità, per la donna, di sottoporsi eventualmente ad altra stimolazione ovarica, con possibile lesione del suo diritto alla salute.

Le raggiunte conclusioni, che introducono una deroga al principio generale di divieto di crioconservazione di cui al comma 1 dell'art. 14, quale logica conseguenza della caducazione, nei limiti indicati, del comma 2 – che determina la necessità del ricorso alla tecnica di congelamento con riguardo agli embrioni prodotti ma non impiantati per scelta medica – comportano, altresì, la declaratoria di incostituzionalità del comma 3, nella parte in cui non prevede che il trasferimento degli embrioni, da realizzare non appena possibile, come previsto in tale norma, debba essere effettuato senza pregiudizio della salute della donna».

5. Illegittimità costituzionale del divieto assoluto di fecondazione eterologa

Con la sentenza n. 162 del 2014 la Corte costituzionale ha dichiarato la illegittimità costituzionale del divieto assoluto di fecondazione eterologa per contrasto con il diritto inviolabile della persona a procreare¹⁴.

¹⁴ Sulla sentenza della Corte costituzionale n. 162 del 2014, cfr.: MORRONE A., *Ubi scientia ibi iura*, in questa Rivista, Studi, 2014; SORRENTI G., *Gli effetti del garantismo competitivo: come il sindacato di legittimità costituzionale è tornato al suo giudice naturale (a margine di Corte cost., sent. n. 162/2014)*, in Consulta on line, Studi, 2014; RUGGERI A., *La Consulta apre all'eterologa ma chiude, dopo averlo preannunziato, al "dialogo" con la Corte Edu*, in Forum di Quaderni costituzionali, 2014; TIGANO V., *La dichiarazione di illegittimità costituzionale del divieto di fecondazione eterologa: i nuovi confini del diritto a procreare in un contesto di perdurante garantismo per i futuri interessi del nascituro*, in Diritto Penale Contemporaneo, 13 giugno 2014; PENASA S., *Nuove dimensioni della ragionevolezza? La ragionevolezza scientifica come parametro della discrezionalità legislativa in ambito medico-scientifico*, in Forum di Quaderni costituzionali, 2014; D'AMICO G., *La Corte e il peccato di Ulisse nella sentenza n. 162 del 2014*, in Forum di Quaderni costituzionali, 2014; GIRELLI F., *Bastano le garanzie interne per dichiarare l'incostituzionalità del divieto di fecondazione eterologa*, in Ordine internazionale e diritti umani, 2014, pp. 599-602; PERRINI F., *La legge 40/2004: la sentenza n. 162/2014 della Corte costituzionale e i principali orientamenti della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in Ordine internazionale e diritti umani, 2014, pp. 603-605; VIOLINI L., *La Corte e l'eterologa: i diritti enunciati e gli argomenti adottati a sostegno della decisione*, in Osservatorio Costituzionale, luglio 2014; BALDINI V., *Diritto alla Genitorialità e sua concretizzazione attraverso la PMA di tipo eterologo*, in Dirittifondamentali.it, 15 settembre 2014; CASONATO C., *La fecondazione eterologa e la ragionevolezza della Corte*, in Confronti costituzionali, 2014; CIERVO A., *Una questione privata (e di diritto interno). La Consulta dichiara incostituzionale il divieto di accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo*, nel portale "L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei

In particolare, nella citata pronuncia la Consulta ha dichiarato: l'illegittimità costituzionale dell'art. 4, comma 3, della legge 19 febbraio 2004, n. 40 (Norme in materia di procreazione medicalmente assistita), nella parte in cui stabiliva per la coppia di cui all'art. 5, comma 1, della medesima legge, il divieto del ricorso a tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo, qualora fosse stata diagnosticata una patologia che fosse causa di sterilità o infertilità assolute ed irreversibili¹⁵.

Premessa logica di tutto il ragionamento della Corte costituzionale, coerente rispetto agli indirizzi giurisprudenziali già richiamati nel presente scritto, può essere individuata nella considerazione che spetti alla discrezionalità del legislatore individuare il punto di equilibrio tra gli interessi costituzionali in gioco. Tuttavia, tale discrezionalità non sfugge allo scrutinio di legittimità della giurisprudenza costituzionale svolto attraverso il ricorso al criterio della ragionevolezza.

La Consulta sottolinea, infatti, come il divieto di ricorso alla fecondazione eterologa tenda a realizzare una tutela giuridica del nato, in particolare, sia con riferimento al rischio psicologico correlato ad una genitorialità non naturale, sia con riferimento alla violazione del diritto a conoscere la propria identità genetica.

La Corte costituzionale, tuttavia, mette anche in evidenza come la estensione alle coppie affette da sterilità assoluta e irreversibile di tale divieto comprima

diritti dell'uomo di Strasburgo", reperibile all'indirizzo telematico <https://diritti-cedu.unipg.it/>; RODOMONTE M. G., *È un diritto avere un figlio?*, in *Confronti Costituzionali*, 2014; VERONESI P., *La legge sulla procreazione assistita perde un altro "pilastro": illegittimo il divieto assoluto di fecondazione eterologa*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 5 marzo 2015; D'ALOIA A., *Quel che resta della legge 40*, in *Rivista di BioDiritto*, fascicolo n. 2, 2014; D'AMICO M., *L'incostituzionalità del divieto assoluto della c.d. fecondazione eterologa*, in *Rivista di BioDiritto*, fascicolo n. 2, 2014; RIVERA I., *Quando il desiderio di avere un figlio diventa un diritto: il caso della legge n. 40 del 2004 e della sua (recente) incostituzionalità*, in *Rivista di BioDiritto*, fascicolo n. 2, 2014; TRIPODINA C., *Il "diritto" a procreare artificialmente in Italia: una storia emblematica, tra legislatore, giudici e Corti*, in *Rivista di BioDiritto*, fascicolo n. 2, 2014; AGOSTA S., *L'anabasi (tra alterne fortune) della fecondazione eterologa a dieci anni dalla l. n. 40/2004*, in *Rivista di BioDiritto*, fascicolo n. 2, 2014; CAPIZZI G., *Questioni vecchie e nuove su status filiationis e PMA. Breve cronistoria*, in *Rivista di BioDiritto*, fascicolo n. 2, 2014; CASINI M. - CASINI C., *Il dibattito sulla PMA eterologa all'indomani della sentenza costituzionale n. 162 del 2014. In particolare: il diritto a conoscere le proprie origini e l'adozione per la nascita*, in *Rivista di BioDiritto*, fascicolo n. 2, 2014; SALONE B., *Figli su commissione: profili civilistici della maternità surrogata in Italia dopo la legge 40/2004*, in *Rivista di BioDiritto*, fascicolo n. 2, 2014; CITTÀ M., *Mamma, ho perso la cicogna! (Dialogo intorno all'inesistente diritto contro l'esistenza)*, in *Rivista di BioDiritto*, fascicolo n. 2, 2014.

¹⁵ Nella stessa pronuncia si dichiara per le stesse ragioni: l'illegittimità costituzionale dell'art. 9, comma 1, della legge n. 40 del 2004, limitatamente alle parole «in violazione del divieto di cui all'articolo 4, comma 3»; l'illegittimità costituzionale dell'art. 9, comma 3, della legge n. 40 del 2004, limitatamente alle parole «in violazione del divieto di cui all'articolo 4, comma 3»; l'illegittimità costituzionale dell'art. 12, comma 1, della legge n. 40 del 2004.

una serie di beni costituzionali di rango primario: diritto di procreare; diritto di formare una famiglia caratterizzata dalla presenza di figli; diritto alla salute.

La Consulta, quindi, ritiene al punto 13 del considerato in diritto che il legislatore abbia fatto un uso irragionevole della propria discrezionalità nel bilanciare i beni giuridici di rilievo costituzionale in gioco. Ivi si può infatti leggere, tra l'altro, quanto segue:

“In applicazione di tali principi, alla luce del dichiarato scopo della legge n. 40 del 2004 «di favorire la soluzione dei problemi riproduttivi derivanti dalla sterilità o dalla infertilità umana» (art. 1, comma 1), la preclusione assoluta di accesso alla PMA di tipo eterologo introduce un evidente elemento di irrazionalità, poiché la negazione assoluta del diritto a realizzare la genitorialità, alla formazione della famiglia con figli, con incidenza sul diritto alla salute, nei termini sopra esposti, è stabilita in danno delle coppie affette dalle patologie più gravi, in contrasto con la ratio legis. Non rileva che le situazioni in comparazione non sono completamente assimilabili, sia perché ciò è ininfluenza in relazione al canone di razionalità della norma, sia perché «il principio di cui all'art. 3 Cost. è violato non solo quando i trattamenti messi a confronto sono formalmente contraddittori in ragione dell'identità delle fattispecie, ma anche quando la differenza di trattamento è irrazionale secondo le regole del discorso pratico, in quanto le rispettive fattispecie, pur diverse, sono ragionevolmente analoghe» (sentenza n. 1009 del 1988), come appunto nel caso in esame.

Il divieto in esame cagiona, in definitiva, una lesione della libertà fondamentale della coppia destinataria della legge n. 40 del 2004 di formare una famiglia con dei figli, senza che la sua assolutezza sia giustificata dalle esigenze di tutela del nato, le quali, in virtù di quanto sopra rilevato in ordine ad alcuni dei più importanti profili della situazione giuridica dello stesso, già desumibile dalle norme vigenti, devono ritenersi congruamente garantite.

La regolamentazione degli effetti della PMA di tipo eterologo praticata al di fuori del nostro Paese, benché sia correttamente ispirata allo scopo di offrire la dovuta tutela al nato, pone, infine, in evidenza un ulteriore elemento di irrazionalità della censurata disciplina. Questa realizza, infatti, un ingiustificato, diverso trattamento delle coppie affette dalla più grave patologia, in base alla capacità economica delle stesse, che assurge intollerabilmente a requisito dell'esercizio di un diritto fondamentale, negato solo a quelle prive delle risorse finanziarie necessarie per potere fare ricorso a tale tecnica recandosi in altri Paesi. Ed è questo non un mero inconveniente di fatto, bensì il diretto effetto delle disposizioni in esame, conseguente ad un bilanciamento degli interessi manifestamente irragionevole. In definitiva, le norme censurate, pur nell'obiettivo di assicurare tutela ad un valore di rango costituzionale, stabiliscono una disciplina che non rispetta il vincolo del minor sacrificio possibile degli altri interessi e valori costituzionalmente protetti, giungendo a realizzare una palese ed irreversibile lesione di alcuni di essi, in violazione dei parametri costituzionali sopra richiamati.”

Nella stessa sentenza, d'altra parte, la Consulta tiene anche a precisare che il divieto di fecondazione eterologa non ha nulla a che vedere con il divieto di maternità surrogata. Divieto, questo ultimo, che rimane fermo anche per le coppie affette da sterilità assoluta e irreversibile. Infatti, la fecondazione eterologa si verifica quando si utilizza un gamete di persona estranea alla coppia ma l'embrione viene impiantato nell'utero della donna facente parte della coppia che chiede di accedere alla fecondazione medicalmente assistita, mentre la maternità surrogata presuppone che l'embrione sia impiantato nell'utero di donna estranea alla coppia richiedente¹⁶.

6. Superamento del divieto di diagnosi preimpianto

Con la sentenza n. 96 del 2015, la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale degli artt. 1, commi 1, 2 e 4, comma 1, della legge 19 febbraio 2004, n. 40 (Norme in materia di procreazione medicalmente assistita), nella parte in cui non consentono il ricorso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita alle coppie fertili portatrici di malattie genetiche trasmissibili, rispondenti ai criteri di gravità di cui all'art. 6, comma 1, lettera b), della legge 22 maggio 1978, n. 194 (Norme per la tutela sociale della maternità e sull'interruzione volontaria della gravidanza), accertate da apposite strutture pubbliche¹⁷.

¹⁶ Cfr., a tal proposito, il punto 9 del considerato in diritto della pronuncia in esame, dove si può leggere quanto segue: "In linea preliminare, va osservato che la PMA di tipo eterologo mira a favorire la vita e pone problematiche riferibili eminentemente al tempo successivo alla nascita. La considerazione che il divieto è stato censurato nella parte in cui impedisce il ricorso a detta tecnica nel caso in cui sia stata accertata l'esistenza di una patologia, che è causa irreversibile di sterilità o infertilità assolute, deve escludere, in radice, infatti, un'eventuale utilizzazione della stessa ad illegittimi fini eugenetici.

La tecnica in esame (che va rigorosamente circoscritta alla donazione di gameti e tenuta distinta da ulteriori e diverse metodiche, quali la cosiddetta «surrogazione di maternità», espressamente vietata dall'art. 12, comma 6, della legge n. 40 del 2004, con prescrizione non censurata e che in nessun modo ed in nessun punto è incisa dalla presente pronuncia, conservando quindi perdurante validità ed efficacia), alla luce delle notorie risultanze della scienza medica, non comporta, inoltre, rischi per la salute dei donanti e dei donatari eccedenti la normale alea insita in qualsiasi pratica terapeutica, purché eseguita all'interno di strutture operanti sotto i rigorosi controlli delle autorità, nell'osservanza dei protocolli elaborati dagli organismi specializzati a ciò deputati."

¹⁷ Sulla sentenza della Corte costituzionale n. 96 del 2015 cfr., *ex plurimis*: MALFATTI E., *La Corte si pronuncia nuovamente sulla procreazione medicalmente assistita: una dichiarazione di incostituzionalità annunciata ma forse non "scontata" né (del tutto) condivisibile*, in Consulta on line, Studi, 2015/II, 533 ss.; REPETTO G., *La linea più breve tra due punti. La diagnosi preimpianto per le coppie fertili tra divieti irragionevoli e diritto alla salute*, in Diritti Comparati, 11 giugno 2015; GIACOMINI M., *Il sì alla diagnosi preimpianto: un punto di arrivo o un punto di partenza?*, in Forum di Quaderni Costituzionali, 28 giugno 2015; TRIPODINA C., *Le parole non dette. In lode alla sentenza 96/2015 in materia di fecondazione assistita e*

Ad avviso della Corte costituzionale, sussisteva, in primo luogo, un insuperabile aspetto di irragionevolezza dell'indiscriminato divieto, che le denunciate disposizioni opponevano, all'accesso alla PMA, con diagnosi preimpianto, da parte di coppie fertili affette (anche come portatrici sane) da gravi patologie genetiche ereditarie, suscettibili (secondo le evidenze scientifiche) di trasmettere al nascituro rilevanti anomalie o malformazioni. E ciò in quanto, con palese antinomia normativa (sottolineata anche dalla Corte di Strasburgo nella richiamata sentenza *Costa e Pavan contro Italia*), il nostro ordinamento consente, comunque, a tali coppie di perseguire l'obiettivo di procreare un figlio non affetto dalla specifica patologia ereditaria di cui sono portatrici, attraverso la, innegabilmente più traumatica, modalità della interruzione volontaria (anche reiterata) di gravidanze naturali – quale consentita dall'art. 6, comma 1, lettera b), della legge 22 maggio 1978, n. 194 (Norme per la tutela sociale della maternità e sull'interruzione volontaria della gravidanza) – quando, dalle ormai normali indagini prenatali, siano, appunto «accertati processi patologici [...] relativi a rilevanti anomalie o malformazioni del nascituro, che determinino un grave pericolo per la salute fisica o psichica della donna».

In secondo luogo, il legislatore, ad avviso della Consulta, aveva esercitato in modo irragionevole la propria discrezionalità non compiendo un equilibrato bilanciamento tra esigenze di tutela del nascituro ed esigenze di tutela della salute della donna.

Infatti, il sistema normativo, cui davano luogo le disposizioni censurate, non consentiva (pur essendo scientificamente possibile) di far acquisire “prima” alla donna una informazione che le avrebbe permesso di evitare di assumere “dopo” una decisione ben più pregiudizievole per la sua salute.

Dal che, quindi, discende la violazione, anche dell'art. 32 Cost., da parte della normativa in questione, per il mancato rispetto del diritto alla salute della donna. Senza peraltro che il *vulnus*, così arrecato a tale diritto, potesse trovare un positivo contrappeso, in termini di bilanciamento, in una esigenza di tutela del nascituro, il quale sarebbe comunque stato esposto all'aborto.

La normativa denunciata costituiva, pertanto, ad avviso della Corte, il risultato di un irragionevole bilanciamento degli interessi in gioco, in violazione anche del canone di razionalità dell'ordinamento – ed era lesiva del

diagnosi preimpianto per coppie fertili portatrici di malattia genetica, in *Costituzionalismo*, it, fascicolo n. 2, 2015; PENASA S., *L'insostenibile debolezza della legge 40: la sentenza n. 96 del 2015 della Corte costituzionale tra inevitabili illegittimità e moniti “rafforzati”*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 8 luglio 2015; PATRONI GRIFFI A., *Il bilanciamento nella fecondazione assistita tra decisioni politiche e controllo di ragionevolezza*, in *Rivista AIC*, n. 3, 2015; PELLIZZONE I., *L'accesso delle coppie fertili alla diagnosi genetica preimpianto dopo la sentenza 96 del 2015: le condizioni poste dalla Corte costituzionale*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 4 novembre 2015; NARDOCCI C., *Dalla Convenzione alla Costituzione: la tacita sintonia tra le Corti. A margine di Corte cost. sent. n. 96 del 2015*, in *Rivista di BioDiritto*, n. 1, 2016.

diritto alla salute della donna fertile portatrice (ella o l'altro soggetto della coppia) di grave malattia genetica ereditaria – nella parte in cui non consentiva, e dunque escludeva che, nel quadro di disciplina della legge in esame, potessero ricorrere alla PMA le coppie affette da patologie siffatte, adeguatamente accertate, per esigenza di cautela, da apposita struttura pubblica specializzata. Ciò al fine esclusivo della previa individuazione di embrioni cui non risultasse trasmessa la malattia del genitore comportante il pericolo di rilevanti anomalie o malformazioni (se non la morte precoce) del nascituro.

7. Incostituzionalità del reato di selezione degli embrioni al fine di evitare impianto di embrioni affetti da malattie genetiche gravi

Nella sentenza n. 229 del 2015, la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 13, commi 3, lettera *b*), e 4 della legge 19 febbraio 2004, n. 40 (Norme in materia di procreazione medicalmente assistita), nella parte in cui contemplava, come ipotesi di reato, la condotta di selezione degli embrioni, anche nei casi in cui questa fosse esclusivamente finalizzata ad evitare l'impianto nell'utero della donna di embrioni affetti da malattie genetiche trasmissibili rispondenti ai criteri di gravità di cui all'art. 6, comma 1, lettera *b*), della legge 22 maggio 1978, n. 194 (Norme per la tutela della maternità e sulla interruzione della gravidanza) e accertate da apposite strutture pubbliche¹⁸.

Nella pronunzia richiamata, la Consulta richiama espressamente la sentenza n. 96 del 2015, con la quale, come sopra evidenziato, aveva già dichiarato l'illegittimità costituzionale dei precedenti artt. 1, commi 1 e 2, e 4, comma 1, della stessa legge n. 40 del 2004, «nella parte in cui non consentono il ricorso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita alle coppie fertili portatrici di malattie genetiche trasmissibili, rispondenti ai criteri di gravità di cui all'art. 6, comma 1, lettera *b*), della legge 22 maggio 1978, n. 194 [...], accertate da apposite strutture pubbliche».

E «Ciò al fine esclusivo», come chiarito in motivazione, «della previa individuazione», in funzione del successivo impianto nell'utero della donna, «di embrioni cui non risulti trasmessa la malattia del genitore comportante il pericolo di rilevanti anomalie o malformazioni (se non la morte precoce) del nascituro», alla stregua del suddetto «criterio normativo di gravità».

La Consulta ritiene, che quanto era divenuto così lecito, per effetto della suddetta pronunzia additiva, non possa dunque – per il principio di non contraddizione – essere più attratto nella sfera del penalmente rilevante.

¹⁸ Sulla sentenza della Corte costituzionale n. 229 del 2015 cfr., in particolare, VALLINI A., *Ancora sulla selezione pre-impianto: incostituzionale la fattispecie di selezione embrionale per finalità eugenetiche, ma non quella di embrionocidio*, in *Diritto penale contemporaneo*, 21 dicembre 2015.

In questi esatti termini e limiti, con la pronunzia in esame, l'art. 13, commi 3, lettera *b*), e 4, della legge n. 40 del 2004, è stato dichiarato costituzionalmente illegittimo, nella parte, appunto, in cui vietava, sanzionandola penalmente, la condotta selettiva del sanitario volta esclusivamente ad evitare il trasferimento nell'utero della donna di embrioni che, dalla diagnosi preimpianto, fossero risultati affetti da malattie genetiche trasmissibili rispondenti ai criteri di gravità di cui all'art. 6, comma 1, lettera *b*), della legge n. 194 del 1978, accertate da apposite strutture pubbliche.

Tuttavia, affrontando successivamente altre questioni relative al tema del bilanciamento tra esigenze di tutela degli embrioni e altri beni costituzionali, con la sentenza n. 84 del 2016 la Corte costituzionale ha dichiarato inammissibile: sia la questione di legittimità costituzionale relativa al «divieto assoluto», ivi previsto, «di qualsiasi ricerca clinica o sperimentale sull'embrione che non risulti finalizzata alla tutela dello stesso»; sia la questione di legittimità costituzionale del «divieto assoluto di revoca del consenso alla PMA dopo l'avvenuta fecondazione dell'ovulo»¹⁹.

La Consulta, infatti, ha evidenziato che spetta alla discrezionalità del legislatore effettuare il bilanciamento tra i beni costituzionali in gioco e che, in questo caso, ogni intervento della Corte costituzionale di tipo manipolativo si sarebbe configurato come un'invasione di campo indebita. Infatti, con riferimento alle questioni esaminate, ad avviso della Consulta, non era possibile ravvisare un contenuto costituzionalmente vincolato della disciplina legislativa da sostituire a quello in vigore e non era neppure possibile lasciare i rapporti in questione sguarniti di una disciplina legislativa, in conseguenza di una eventuale pronunzia meramente caducatoria.

¹⁹ Sulla sentenza della Corte costituzionale n. 84 del 2016, cfr., in particolare: TIGANO V., *De dignitate non disputandum est? La decisione della Consulta sui divieti di sperimentazione sugli embrioni e di revoca del consenso alla P.M.A.*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2016; CHIAREGATO E., *La resistenza del divieto di donazione di embrioni alla ricerca scientifica tra margine di apprezzamento europeo e deferenza al legislatore*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 4 giugno 2016; CASONATO C., *Sensibilità etica e orientamento costituzionale. Note critiche alla sentenza della Corte costituzionale n. 84 del 2016*, in *Biodiritto*, n. 2, 2016; D'AMICO M., *La Corte costituzionale chiude la porta agli scienziati in nome della dignità dell'embrione*, in *Biodiritto*, n. 2, 2016; IADICICCO M. P., *La «scelta tragica» sul destino degli embrioni non impiantati tra discrezionalità del legislatore e vaglio del giudice costituzionale*, in *Biodiritto*, n. 2, 2016; MARZOCO V., *In potenza o in atto? La Corte costituzionale e lo statuto normativo dell'embrione*, in *Biodiritto*, n. 2, 2016; PRISCO S., *Il diritto e l'embrione come soggetto di narrazioni*, in *Biodiritto*, n. 2, 2016; RAZZANO G., *Corte costituzionale n. 84 del 2016, sulla tutela dell'embrione e l'interesse della ricerca scientifica: una sentenza ispirata alla prudentia?*, in *Biodiritto*, n. 2, 2016; RUGGERI A., *Questioni di costituzionalità inammissibili per mancanza di consenso tra gli scienziati (a margine di Corte cost. n. 84 del 2016, in tema di divieto di utilizzo di embrioni crioconservati a finalità di ricerca)*, in *Biodiritto*, n. 2, 2016; SPADARO A., *Embrioni crio-congelati inutilizzabili: la Corte costituzionale se ne lava le mani, ma qualcosa dice... (nota a C. cost., sent n. 84/2016)*, in *Biodiritto*, n. 2, 2016.

8. Il diritto di procreare come diritto sociale: l'inserimento della fecondazione medicalmente assistita nei LEA

La distinzione dei diritti inviolabili della persona in libertà positive, da una parte, e libertà negative, dall'altra, ha senso, in via stipulativa e per comodità di analisi scientifica, soprattutto da un punto di vista diacronico. Infatti, si tratta di una distinzione che ha caratterizzato significativamente l'evoluzione, in senso sociale e interventista, della forma di Stato.

Tuttavia, attualmente, anche i diritti che vengono qualificati come "libertà negative", o "libertà dallo Stato", richiedono spesso per la loro tutela ed effettività un intervento dei poteri pubblici che implica una serie di costi a spese dei bilanci pubblici.

D'altro canto, compito del costituzionalismo moderno non è solo quello di tutelare i diritti inviolabili della persona dal rischio di abusi del potere pubblico (c.d. dimensione verticale dei diritti fondamentali) ma anche quello di tutelare i diritti fondamentali rispetto al rischio di abusi da parte di altri soggetti privati (c.d. dimensione orizzontale dei diritti fondamentali).

Inoltre, i diritti inviolabili sono spesso figure complesse, che si compongono di una pluralità di posizioni giuridiche soggettive di vantaggio, alcune delle quali richiedono un intervento dei poteri pubblici per la loro effettività e tutela, altre delle quali si accontentano di un atteggiamento inerte dei poteri pubblici. La complessità di alcune figure di diritti fondamentali si manifesta, sotto altro profilo, per la constatazione della compresenza di posizioni giuridiche soggettive essenziali accanto ad altre che non rivestono carattere di essenzialità dal punto di vista costituzionale.

Diritto inviolabile è, quindi, un diritto che nel suo nucleo essenziale non può essere intaccato neppure da una legge costituzionale. Compito rilevante del legislatore e della giurisprudenza costituzionale è definire quale sia il nucleo essenziale di tali diritti, anche alla luce del necessario bilanciamento con altre figure di diritti fondamentali²⁰.

L'unico diritto che viene espressamente qualificato come "fondamentale" dalla nostra Costituzione è il diritto alla salute (art. 32 della Costituzione)²¹. A testimonianza del fatto che nel nostro ordinamento costituzionale, a differenza di quanto accade in altri ordinamenti, anche i diritti sociali rivestono carattere fondamentale.

²⁰ Un tentativo di individuare il nucleo duro della Costituzione si rinviene in AA. VV., *Giurisprudenza costituzionale e principi fondamentali: alla ricerca del nucleo duro delle costituzioni*, Atti del convegno annuale del Gruppo di Pisa, Capri 3-4 giugno 2005, a cura di S. Staiano, Giappichelli, Torino, 2006.

²¹ L'art. 32 Cost. recita: "1. La Repubblica tutela la salute come fondamentale diritto dell'individuo e come interesse della collettività, e garantisce cure gratuite agli indigenti. - 2. Nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge. La legge non può in nessun caso violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana."

Proprio il diritto alla salute può essere considerato come una figura paradigmatica della complessità dei diritti fondamentali²². Infatti, il diritto alla salute si compone di varie posizioni giuridiche soggettive di vantaggio, alcune delle quali sono delle libertà positive (es. diritto a farmaci essenziali per la tutela della vita o della incolumità biologica; diritto a ricevere terapie e interventi chirurgici con le tecnologie e le attrezzature più avanzate tra quelle disponibili per il sistema sanitario), altre delle quali sono, invece, delle libertà negative (es. diritto a non essere sottoposti a trattamento sanitario contro la propria volontà; diritto a disporre del proprio corpo; etc.). Inoltre, tra le posizioni giuridiche soggettive di vantaggio tutelabili mediante intervento dei poteri pubblici, non tutte rivestono carattere di essenzialità. Si pensi, a mero titolo di esempio, all'interesse a ricevere un intervento di chirurgia plastica motivato da esigenze puramente estetiche.

Atteso che, come sopra sottolineato, la giurisprudenza costituzionale ha qualificato il diritto di procreare come diritto inviolabile della persona aggranciandolo non solo agli articoli 2, 30 e 31 Cost. ma anche all'art. 32 Cost. (in particolare con le richiamate pronunzie sulla fecondazione medicalmente assistita), appare legittimo chiedersi se il diritto di procreare rivesta o meno il carattere di diritto sociale e se si possa far rientrare tale posizione giuridica soggettiva di vantaggio nel nucleo essenziale del diritto alla salute.

La legislazione regionale, sul tema, è quanto mai diversificata. Infatti, accanto a regioni che riconoscono il diritto all'assistenza medica alla fecondazione da parte del sistema sanitario regionale, ve ne sono altre che non includono tale prestazione tra quelle dovute.

A seguito della sentenza n. 162 del 2014 con cui la Consulta ha eliminato il divieto assoluto di fecondazione eterologa, al fine di uniformare le normative regionali ed evitare disparità, nel settembre 2014, la Conferenza dei Presidenti delle Regioni ha approvato un atto di indirizzo con il quale ha previsto l'inserimento della fecondazione medicalmente assistita nei livelli essenziali di assistenza sanitaria regionali²³.

L'indirizzo della Conferenza dei Presidenti delle Regioni è stato seguito da Emilia-Romagna, Friuli Venezia Giulia e Veneto.

La Toscana aveva anticipato nella sua legislazione l'indirizzo della Conferenza.

Il Piemonte, aveva inserito nei LEA regionali la fecondazione omologa già nel 2009, ma non ha ancora fissato le tariffe per la eterologa perché attualmente si trova in una fase di attuazione di un piano di rientro dal deficit.

La Regione Liguria non ha inserito la fecondazione medicalmente assistita nei LEA della Regione ma ha previsto il rimborso delle prestazioni ricevute in altre regioni dai residenti in Liguria.

²² Sul tema cfr., *ex plurimis*, LUCIANI M., 532, in Enciclopedia giuridica, Roma, Treccani, 1989.

²³ Sulla legislazione regionale in tema di fecondazione medicalmente assistita cfr. MAZZEI B. L., *Il federalismo della fecondazione*, in *Il Sole 24 ore*, 4 gennaio 2016.

Significativa, appare dunque, da questo punto di vista, la recente introduzione, da parte dello Stato, della fecondazione medicalmente assistita nei LEA nazionali, ovvero nei livelli essenziali delle prestazioni connesse al diritto alla salute che tutte le Regioni sono tenute a garantire²⁴.

Le su indicate differenze tra le legislazioni regionali, infatti, rischiano di determinare delle disparità di trattamento irragionevoli e quindi in contrasto con il principio costituzionale di eguaglianza sostanziale. Compito del legislatore statale, al fine di evitare tali diseguaglianze, è quello di stabilire, ai sensi dell'articolo 117 Cost., secondo comma, lettera m), la "determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale".

Merita segnalare, del resto, come la Corte costituzionale, nella sentenza n. 275 del 2016 abbia affermato che:

«È la garanzia dei diritti incompressibili ad incidere sul bilancio, e non l'equilibrio di questo a condizionarne la doverosa erogazione» (cfr. ultimo inciso del punto 11 del considerate in diritto).

La Corte nella stessa pronuncia (cfr. punto 14 del considerate in diritto) ha anche affermato che:

«In definitiva, nella materia finanziaria non esiste «un limite assoluto alla cognizione del giudice di costituzionalità delle leggi». Al contrario, ritenere che il sindacato sulla materia sia riconosciuto in Costituzione «non può avere altro significato che affermare che esso rientra nella tavola complessiva dei valori costituzionali», cosicché «non si può ipotizzare che la legge di approvazione del bilancio o qualsiasi altra legge incidente sulla stessa costituiscano una zona franca sfuggente a qualsiasi sindacato del giudice di costituzionalità, dal momento che non vi può essere alcun valore costituzionale la cui attuazione possa essere ritenuta esente dalla inviolabile garanzia rappresentata dal giudizio di legittimità costituzionale» (sentenza n. 260 del 1990).»²⁵

²⁴ In data 13 gennaio 2017 il presidente del Consiglio dei ministri, Paolo Gentiloni, dopo le firme del Ministro Lorenzin e del Ministro Padoan, ha firmato il DPCM contenente i nuovi LEA.

²⁵ Ci si riferisce alla sentenza della Corte Costituzionale n. 275 del 2016, emessa in data 19 ottobre 2016 che riguarda il giudizio di legittimità costituzionale dell'art. 6, comma 2-bis, della legge della Regione Abruzzo 15 dicembre 1978, n. 78 (Interventi per l'attuazione del diritto allo studio), aggiunto dall'art. 88, comma 4, della legge della Regione Abruzzo 26 aprile 2004, n. 15, recante 'Disposizioni finanziarie per la redazione del bilancio annuale 2004 e pluriennale 2004-2006 della Regione Abruzzo (Legge finanziaria regionale 2004)', promosso dal Tribunale amministrativo regionale per l'Abruzzo, nel procedimento vertente tra la Provincia di Pescara e la Regione Abruzzo, con ordinanza del 19 marzo 2014, iscritta al n. 123 del registro ordinanze 2014 e pubblicata nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica n. 30, prima serie speciale, dell'anno 2014.

La Corte ha ritenuto fondata la questione sollevata in quanto la compartecipazione regionale al costo del trasporto scolastico per studenti con disabilità, indicato con precisione nella suddetta legge regionale (50% delle spese sostenute), trovava un limite, indicato dalle stesse norme regionali, nelle disponibilità finanziarie di bilancio e quindi dalle disponibilità finan-

9. Riflessioni riassuntive e conclusive sul diritto di procreare alla luce della giurisprudenza costituzionale

Alla luce della giurisprudenza costituzionale esaminata - che ha assunto dimensioni quantitativamente e qualitativamente rilevanti, tanto da presentarsi ormai come un vero e proprio *corpus* giurisprudenziale - si possono trarre delle significative conclusioni su esistenza, fondamento positivo, natura, titolarità e limiti del diritto di procreare.

Innanzitutto, non può ritenersi che l'interesse a procreare sia qualificabile come un mero interesse di fatto privo di tutela giuridica in quanto tale, né può immaginarsi che tale interesse possa trovare tutela solo se e in quanto coincidente con un interesse pubblico, configurandosi nel caso come interesse legittimo. Al contrario, si deve ritenere che esista una posizione giuridica soggettiva di vantaggio qualificabile come un vero e proprio diritto soggettivo, tutelato in quanto tale dall'ordinamento giuridico.

A livello costituzionale, il fondamento positivo di tale diritto si può rinvenire attraverso una interpretazione logico-sistematica delle disposizioni costituzionali che fa leva soprattutto sugli articoli 2, 3, 30, 31 e 32 della Costituzione nazionale, oltre che su una serie di Carte sovranazionali e internazionali in tema di diritti fondamentali dell'uomo come interpretate nella giurisprudenza delle Alte Corti europee.

A livello legislativo, il fondamento positivo del diritto di procreare si può rinvenire nella disciplina dettata dalla l. n. 40 del 2004 da leggersi sulla base di un'interpretazione costituzionalmente orientata. Alla discrezionalità del legislatore, infatti, l'ordinamento giuridico affida, in primo luogo, il compito di disciplinare i rapporti in questione individuando e perseguendo gli interessi generali della comunità.

Tuttavia, tale ambito di discrezionalità non costituisce una zona franca dell'ordinamento, poiché le scelte discrezionali compiute dal legislatore possono essere sindacate dalla Corte costituzionale sotto il profilo della legittimità costituzionale attraverso il ricorso al criterio della ragionevolezza rispetto ai

ziarie di volta in volta determinate dalle leggi di bilancio sostenendo che la norma censurata darebbe immotivata e non proporzionata prevalenza alle esigenze di equilibrio di bilancio e non assicurerebbe una adeguata, stabile e certa tutela al diritto all'educazione e all'istruzione degli alunni affetti da grave disabilità, che necessitano del trasporto per la frequenza scolastica.

Inoltre, ha evidenziato che il rilievo costituzionale di tale diritto costituisce un limite invalicabile all'intervento discrezionale del legislatore, così che il nucleo di garanzie minime per renderlo effettivo dovrebbe essere assicurato al di là di ogni esigenza di bilancio, garantendosi certezza, stabilità e obbligatorietà del finanziamento. Ed infatti annualmente i trasferimenti effettuati dalla Regione Abruzzo su questa legge erano stati inferiori al 50% del contributo previsto e delle spese certificate dalla Provincia di Pescara, rischiando di mettere in discussione il diritto degli studenti con disabilità al trasporto scolastico e, quindi, all'effettività del diritto allo studio.

parametri costituzionali considerati. In particolare, le norme legislative non devono creare distinzioni di trattamento ingiustificate, devono realizzare un bilanciamento equilibrato tra i beni costituzionali in gioco, devono essere in linea con il sistema complessivo delle norme legislative, coerenti rispetto alle politiche legislative in corso nella materia, idonee al raggiungimento degli scopi perseguiti. E, in effetti, proprio facendo ricorso agli indicati itinerari logico-argomentativi la Corte costituzionale, come sopra messo in evidenza, ha emendato le norme della legge n. 40 del 2004 da vari vizi di legittimità costituzionale.

Per quanto concerne la natura del diritto di procreare, sulla base della giurisprudenza costituzionale, non vi è dubbio che si tratti di un diritto inviolabile della persona. Pertanto, nel suo nucleo essenziale, il diritto di procreare non può essere intaccato neppure da una legge costituzionale. Si tratta, inoltre, di un diritto sociale, dal momento che si fonda anche sul diritto fondamentale alla salute, sul principio di eguaglianza e sui principî costituzionali in tema di famiglia, oltre che sul principio personalista. Da questo punto di vista, si deve valutare positivamente l'inserimento della fecondazione medicalmente assistita nei LEA nazionali. Infatti, le differenze tra le legislazioni regionali in materia, rischiavano di produrre delle ingiustificate distinzioni di trattamento tra residenti in regioni diverse.

Un punto tra i più problematici è quello relativo alla titolarità del diritto. Nella legge n. 40 del 2004, art. 5, si legge che: "Fermo restando quanto stabilito dall'articolo 4, comma 1, possono accedere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita coppie di maggiorenni di sesso diverso, coniugate o conviventi, in età potenzialmente fertile, entrambi viventi."²⁶

L'accesso dei singoli alla fecondazione medicalmente assistita risulta precluso dalla disciplina legislativa attualmente in vigore. Questa scelta discrezionale del legislatore rappresenta uno dei possibili punti di equilibrio tra diritto di procreare di chi chiede l'accesso alla fecondazione assistita, tutela del nascituro e principî costituzionali in tema di famiglia.

Sinora la Corte costituzionale non ha ancora avuto modo di pronunciarsi sulla ragionevolezza di questa scelta legislativa ma è evidente come un'eventuale dichiarazione di incostituzionalità del divieto di accesso del singolo alla fecondazione medicalmente assistita sarebbe idonea a stravolgere completamente lo spirito della disciplina dettata dalla legge n. 40 del 2004 che vede la fecondazione medicalmente assistita come un rimedio alla sterilità di coppie eterosessuali stabili e uno strumento per la facilitazione della formazione di famiglie di tipo tradizionale, ovvero formate da una coppia eterosessuale stabile con prole.

²⁶ Ai sensi dell'art. 4 comma 1 della legge n. 40 del 2004: "Il ricorso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita è consentito solo quando sia accertata l'impossibilità di rimuovere altrimenti le cause impeditive della procreazione ed è comunque circoscritto ai casi di sterilità o di infertilità da causa accertata e certificata da atto medico".

Da sottolineare, infatti, come la disciplina legislativa citata precluda alle coppie omosessuali l'accesso alle tecniche di fecondazione medicalmente assistita in Italia. Tale preclusione, sarebbe facilmente aggirabile e risulterebbe, quindi, irragionevole, per inidoneità al raggiungimento dello scopo se la fecondazione medicalmente assistita fosse accessibile al singolo.

Punto debole della preclusione al singolo, dell'accesso alla fecondazione medicalmente assistita, rimane la possibilità che l'intervento venga effettuato dal singolo all'estero in Paesi in cui è considerato legittimo.

Del resto, il rischio di aggiramento del divieto legislativo previsto in Italia, si pone allo stesso modo anche per l'ipotesi di maternità surrogata o utero in affitto.

La disciplina legislativa italiana, infatti, non prevede rimedi adeguati rispetto alla prassi diffusa del c.d. turismo procreativo. Anche perché chi accede alla fecondazione medicalmente assistita all'Estero e successivamente rientra con i figli in Italia si vede riconosciuto quasi sempre il legame genitoriale.

Questa incongruenza della disciplina legislativa italiana appare tanto più grave in considerazione del fatto che, attraverso il turismo procreativo, si determina anche una evidente violazione del principio di eguaglianza sostanziale, dal momento che le persone prive di mezzi non hanno la possibilità di avvalersi di tale opportunità.

Un'eccezione, in questo quadro, è costituita dall'orientamento della Corte di Cassazione che esclude la possibilità di riconoscimento del figlio come suo da parte di una coppia nel caso in cui il bimbo è stato generato senza alcun legame biologico con i due aspiranti genitori e grazie a una madre surrogata.

Sul punto, la Grande Chambre della Corte europea dei diritti dell'uomo di Strasburgo, utilizzando il canone del ragionevole margine di apprezzamento da parte dei Paesi membri della Convenzione, in data 24 gennaio 2017, ha ribaltato il pronunciamento di una Sezione di primo grado della stessa Corte del 27 gennaio 2015. La Grande Chambre, infatti, ha affermato che l'Italia non ha agito in violazione della Convenzione europea dei diritti dell'uomo negando il diritto di una coppia sposata di riconoscere come proprio figlio un bambino nato in Ucraina da madre surrogata, senza alcun legame biologico con la coppia.

Per quanto concerne i limiti alla procreazione medicalmente assistita, si deve riconoscere che la giurisprudenza costituzionale, dichiarando vari vizi di legittimità costituzionale della legge n. 40 del 2004, ha significativamente esteso la possibilità di accedere alla procreazione medicalmente assistita. Vengono qui in rilievo, in tal senso: il superamento dell'obbligo di produrre e di impiantare contestualmente tre embrioni; la possibilità di accesso alla fecondazione eterologa per le coppie affette da sterilità assoluta e irreversibile; la possibilità per le coppie affette da malattie genetiche trasmissibili gravi di chiedere la diagnosi preimpianto e quindi la selezione degli embrioni.

Rimangono fermi, tuttavia, numerosi altri limiti stabiliti dalla stessa legge, tra i quali: divieto di clonazione; divieto di creare chimere o ibridi; divieto di modificazione della catena germinale umana; divieto di manipolazioni a fini eugenetici; divieto di utero in affitto; divieto di accedere alla fecondazione medicalmente assistita in età non fertile; divieto di utilizzo di gameti di persone decedute; divieto di fecondazione eterologa per le coppie non affette da sterilità assoluta e irreversibile; divieto di diagnosi preimpianto e di selezione degli embrioni per coppie non affette da malattie genetiche ereditarie gravi.

Nonostante le significative declaratorie di incostituzionalità sopra commentate, quindi, si può affermare che l'impianto della legge n. 40 del 2004 abbia complessivamente resistito alla prova dell'esperienza e della giurisprudenza costituzionale. Quanto meno, non si può parlare di un completo stravolgimento della disciplina legislativa dettata dalla stessa legge, né, a maggior ragione, di azzeramento della legge.

Anche dopo gli interventi incisivi della Corte costituzionale, si tratta di una disciplina che riconosce il diritto di procreare, ma non quello di avere un figlio a ogni costo. Il diritto a divenire genitore, infatti, viene bilanciato sempre con le esigenze di tutela di una serie di altri beni costituzionali primari. In particolare, il legislatore e la Corte costituzionale hanno tenuto in debito conto le esigenze di tutela degli embrioni; del nascituro; della salute della donna; dei principî costituzionali in tema di famiglia.

Si può ritenere, in conclusione, che il diritto di procreare, come configurato nell'ordinamento giuridico italiano, anche grazie alla giurisprudenza costituzionale, non sia espressione di una visione edonista o individualista della vita, ma piuttosto, sia frutto di una concezione responsabile della genitorialità da vivere anche in una dimensione sociale e comunitaria.

In questa prospettiva, ci si deve perciò augurare che l'interesse del minore venga sempre più tenuto al centro delle decisioni assunte dal legislatore e dai giudici comuni oltre che dalla Corte costituzionale²⁷. A tal fine è utile che le norme di legge evitino di scendere troppo nel dettaglio, irrigidendo eccessivamente la disciplina, e che lascino sempre ai giudici comuni uno spazio adeguato di interpretazione e di attuazione, che consenta loro di tenere conto delle connotazioni peculiari di ciascun caso in esame.

²⁷ In senso conforme cfr. RECINTO G., *Fecondazione eterologa, scambio di embrioni, maternità surrogata, omogenitorialità: nel rapporto genitori/figli c'è ancora un po' di spazio per i figli?*, in *Diritti fondamentali*, 8 giugno 2015.

LA DIGNITÀ UMANA COME VALORE COSTITUZIONALE E COME DIRITTO FONDAMENTALE

di Ilaria Rivera

SOMMARIO: 1. Il concetto di dignità umana: profili storici. – 2. La tutela della dignità umana nella Costituzione tedesca e nella Costituzione italiana. – 3. Alcune applicazioni pratiche della nozione di dignità umana alla luce dell'evoluzione sociale. – 4. La dignità umana quale valore costituzionale e diritto fondamentale. – 5. Dignità dell'uomo tra dimensione individuale e dimensione sociale. – 6. Alcune conclusioni.

1. Il concetto di dignità umana: profili storici

Il concetto di dignità umana è tanto risalente quanto complesso¹. Esso, infatti, squaderna una serie di problematiche definitorie che accedono a possibilità espressive differenti.

Al fine di procedere ad una ricognizione – seppur sommaria in ragione della poliedricità della materia – funzionale alla trattazione in questione, occorre partire preliminarmente da una prospettiva storica dell'affermazione della nozione di dignità umana. Nell'epoca romana, il concetto di dignità veniva associato ad una dimensione umana volta al raggiungimento di una condizione virtuosa, non solo da un punto di vista prettamente personale, ma anche intellettuale, attraverso l'impegno e l'impiego in attività di alta levatura morale. Parimenti, nell'epoca greco-classica, la portata del concetto si spiegava in funzione della proiezione dell'uomo nella società civile e nell'impegno bellico, prevedendo, d'altra parte, il comune giudizio sulla condotta personale secondo la nota dottrina della *αἰδώς*.

Tratteggiati nelle caratteristiche essenziali i confini storici della nozione di dignità umana², la quale sembra acquisire, fin dagli albori della società, una

¹ Per un approfondimento del concetto di dignità umana nel dibattito teorico-filosofico, nelle carte costituzionali e nella giurisprudenza, si veda, ex plurimis, F. VIOLA, *Dignità umana*, in *Enc.fil.*, III, Milano, 2006, pp. 2863 ss.; E. CECCHERINI (a cura di), *La tutela della dignità umana*, Napoli, 2008; U. VICENTI, *Diritti e dignità umana*, Roma-Bari, 2009; più di recente, M. NERI, *L'umana dignità di essere: annotazioni teologiche*, in *Quad.dir.pol.eccl.*, 1/2015, p. 70, che definisce la dignità umana quale limite invalicabile rispetto a ciò che è tecnicamente possibile.

² Al contrario, sono state avanzate da più parti le difficoltà definitorie circa la portata del principio in parola. Tra gli altri, si vedano D. SCHEFOLD, *La dignità umana (resoconto)*, in S. PANUNZIO (a cura di), *I costituzionalisti e la tutela dei diritti nelle Corti europee*, Padova, 2007, pp. 67 ss.; V. POCAR, *Dignità e non dignità dell'uomo*, in *Ragion pratica*, 38/2012, pp. 120 ss.

connotazione positiva, nel senso di importare il raggiungimento di una condizione di miglioramento, si ritiene opportuno porre particolare attenzione alla realtà contemporanea e, in particolare, al riconoscimento che di essa si è avuto nei testi costituzionali del secondo dopoguerra³. La situazione bellica del secondo Novecento che ha rivelato tutta la brutalità umana – o meglio, l’abbruttimento dell’uomo – nell’opera di sottomissione, umiliazione e di violenza posta in atto, ha reso necessari il riconoscimento e l’affermazione espliciti della tutela della dignità umana quale preconditione di ciascun ordinamento giuridico.

Tale valore è dunque diventato principio fondamentale degli ordinamenti giuridici contemporanei e delle rispettive Costituzioni. La priorità della persona umana, assicurata tramite la previsione della tutela della sua dignità, costituisce, quindi, in ragione delle premesse storiche che hanno condizionato l’elaborazione dei testi costituzionali postbellici, la sintesi delle istanze di rivendicazione dei diritti fondamentali, per lungo tempo negletti.

2. La tutela della dignità umana nella Costituzione tedesca e nella Costituzione italiana

Un esempio dell’esigenza di assicurare esplicita protezione alla dignità dell’uomo si può rivenire nella Legge fondamentale di Bonn del 1949, che, all’articolo 1, prevede espressamente l’obbligo di tutelare la dignità umana quale principio fondamentale⁴, che, peraltro, non può essere soggetto a limitazione ovvero costituire oggetto di revisione costituzionale (art. 79, comma 3, GG). Non può sottacersi, al riguardo, la scelta politica di porre in evidenza l’importanza del valore della dignità umana proprio nello Stato nel quale questa risultava lesa in particolar modo nel secondo conflitto mondiale, assumendo una portata ancora più solida rispetto all’esperienza giuridica antecedente.

Altra Costituzione che ricostruisce il perimetro della dignità umana e la sua sfera di tutela, ancorchè senza procedere ad una specifica definizione della stessa, è quella italiana del 1947. Già in sede di dibattito in Assemblea costituente, diversi sono stati i contributi che hanno sottolineato la stretta connessione tra il riconoscimento dei diritti fondamentali e l’esigenza di tutelare la dignità dell’uomo. In particolare, i diritti fondamentali sembrano rappresentare scaturigine dell’affermazione del valore costituzionale della dignità dell’uomo, che in tal modo rappresenta il tracciato entro cui si inserisce il progressivo sviluppo della personalità e della identità umana.

³ Per una ricostruzione storica del riconoscimento della dignità umana, si veda, tra gli altri, F. VIOLA, *I volti della dignità umana*, in A. ARGIROFFI, P. BECCHI, D. ANSELMO (a cura di), *Colloqui sulla dignità umana. Atti del Convegno internazionale (Palermo, ottobre 2007)*, Roma, 2008.

⁴ Cfr. F. BERARDO, *‘La dignità umana è intangibile’: il dibattito costituente sull’art. 1 del Grundgesetz*, in *Quad.cost.*, 2/2006, pp. 387 ss.

Il progetto originario dell'art. 2 della Costituzione prevedeva il riconoscimento esplicito della autonomia, della libertà e della dignità umana come diritti naturali e inalienabili. Era evidente l'intento di assicurare ai principi in questione una sfera di intangibilità, anche da parte del pubblico potere, tale da legittimare la preordinazione ontologica rispetto alla dimensione statale. Come osservato da Autorevole dottrina, "Uno Stato non è veramente democratico se non è al servizio dell'uomo, se non ha come fine supremo la dignità, la libertà, l'autonomia della persona umana, se non è rispettoso di quelle formazioni sociali nelle quali la persona umana liberamente si svolge e nelle quali essa integra la propria personalità" (Moro, seduta del 13 marzo 1947). Veniva quindi riconosciuta la finalizzazione dello Stato alla tutela e alla promozione dell'uomo sia considerato nel suo foro interiore sia nelle relazioni sociali che intesse.

Similmente, La Pira nella seduta dell'11 marzo 1947 chiariva la portata dell'allora articolo 6 del progetto costituzionale, collegando le direttrici di sviluppo e di tutela della dignità umana alla prospettiva democratica e pluralista della Costituzione, fondata rispettivamente sui diritti degli individui e sulle formazioni sociali, ponendosi, quindi, ad architrave *dell'architettura di tutto l'edificio* (espressione dell'A.).

La dignità umana, ad uno sguardo più attento, sembra costituire nel dettato costituzionale italiano, parimenti, matrice e risultato del riconoscimento dei diritti dell'uomo. Matrice, perché impone, in virtù della fundamentalità e della superiorità del valore⁵, il successivo dispiegamento dei singoli diritti dell'uomo, considerato nella duplice dimensione individuale e sociale; risultato, in quanto la garanzia dei diritti fondamentali, così come emerge dalla formulazione dell'art. 2 della Costituzione, rappresenterebbe il presupposto fondativo dell'imprescindibilità della dimensione identitaria di ciascun soggetto sia rispetto alla società civile sia rispetto all'autorità pubblica.

Come anticipato, non è possibile rinvenire nella Costituzione italiana un'affermazione esplicita della tutela della dignità umana, similmente a quanto avviene nella Costituzione tedesca; ad ogni modo, molteplice è il richiamo che ne viene fatto nella nostra lettera costituzionale in combinato disposto agli specifici diritti previsti. Una prima formulazione è contenuta all'articolo 3 della Costituzione, laddove stabilisce che tutti i cittadini godono di "pari dignità sociale" di fronte alla legge. L'espressione viene qui in considerazione nella prospettiva di promuovere la formazione e la costruzione della personalità dell'uomo nella rete di rapporti personali che rappresentano fonte di condizionamento e di costante riscoperta. La società, nelle diverse sfaccettature in emersione, rappresenta così il terreno di manifestazione della dimensione identitaria dell'uomo e di legittimazione di una condizione di vita

⁵ Nel senso di riconoscere un carattere "supercostituzionale", si veda A. RUGGERI, A. SPADARO, *Dignità dell'uomo e giurisprudenza costituzionale (prime notazioni)*, in *Pol.dir.*, 3/1991, pp. 343 ss.

volta a considerare gli individui – *rectius*, i cittadini – in pari considerazione dinanzi allo Stato⁶.

Altra disposizione costituzionale altrettanto rilevante per la raffigurazione del concetto di dignità umana quale valore prioritario nella costruzione dell'ordinamento costituzionale⁷ è l'art. 36 della Costituzione, che riconosce il diritto del lavoratore a percepire una retribuzione congrua, tale da consentire un'esistenza dignitosa a sé e alla propria famiglia. In questo caso, è evidente il collegamento della tutela della dignità all'attività lavorativa che l'individuo svolge. In particolare, il compenso che spetta all'individuo quale corrispettivo dell'attività lavorativa prestata deve, in ogni caso, essere sufficiente a garantire una condizione di vita dignitosa non solo per sé ma anche per la propria famiglia. Anche nella prospettiva delineata, l'uomo viene in considerazione nella dimensione relazionale che lo vede protagonista nella società civile e, soprattutto, nelle relazioni familiari che lo riguardano. Due sono, dunque, le specifiche caratteristiche che giustificano la protezione della dignità umana: la condizione lavorativa⁸ e l'esigenza di assicurare un tenore di vita adeguato a sé e alla propria famiglia.

Infine, la protezione della dignità dell'uomo trova riconoscimento nell'articolo 41 della Costituzione. La norma tutela l'iniziativa economica privata, il cui esercizio non può svolgersi in modo da recare nocimento alla dignità umana. L'attività imprenditoriale, in qualunque modo prestata, non può essere pregiudizievole per l'individuo e per la sua dignità. In premessa, è utile soffermarsi sulle valutazioni effettuate nel dibattito costituyente circa la connotazione solidaristica dell'attività imprenditoriale, la cui vocazione, come evidenziato da taluni, avrebbe dovuto essere quella di contribuire alla redistribuzione della ricchezza a favore dei meno abbienti, in aderenza al principio solidarista espresso all'articolo 3 della Costituzione. Nella seduta del 3 ottobre 1946, Mastroianni sottolineava che, pur dovendo sussistere “una umana solidarietà per venire incontro ai meno abbienti”, non è possibile per ciò solo sottrarre “quelli che sono i beni concessi da Dio stesso all'uomo”, per cui “... l'uomo deve essere lasciato libero di esplicare un'attività secondo la propria intelligenza e di esercitare le proprie iniziative senza vincoli e senza preoccupazioni di vedersi tolto dalla comunità sociale quanto in misura più vasta riesce a produrre ed a creare”.

Stando alle osservazioni così formulate, dovrebbe giungersi alla conclusione che sarebbe indiscutibile l'importanza della dignità dell'uomo, a

⁶ Al riguardo, cfr. G. FERRARA, *La pari dignità sociale (Appunti per una ricostruzione)*, in G. ZANGARI (a cura di), *Studi in onore di Giuseppe Chiarelli*, II, Milano, 1974, pp. 1105 ss.

⁷ Cfr. G. SILVESTRI, *Considerazioni sul valore costituzionale della dignità della persona. Intervento al Convegno trilaterale delle Corti costituzionali italiana, spagnola e portoghese tenutosi a Roma il 1 ottobre 2007*, in www.associazioneitalianacostituzionalisti.it.

⁸ Per una riflessione circa la relazione sussistente tra la tutela della dignità umana e la promozione della dimensione lavorativa, si veda, più di recente, F. POLITI, *La tutela della dignità dell'uomo quale principio fondamentale della Costituzione repubblicana*, in AA.VV., *Studi in onore di Franco Modugno*, III, Napoli, 2011, pp. 2661 ss.

prescindere dalla peculiare condizione economica in cui questo si troverebbe; d'altra parte, l'aspirazione ad un livello sufficiente di garanzia del diritto in questione non potrebbe determinare un livellamento indistinto degli individui nella produzione e nella ricchezza derivanti dall'attività economica svolta. Ad ogni modo, la norma rivela l'intrinseca tensione verso un nucleo d'intangibilità dell'uomo, la cui umanità non può in nessun caso essere limitata o depressa nell'esercizio della propria attività lavorativa.

Una volta delineato il quadro costituzionale tedesco e italiano, si rammenta che la necessità di assicurare adeguata tutela alla dignità della persona ha determinato poi, nel corso degli anni, l'introduzione di una sua espressa previsione quale fondamentale sostrato assiologico anche in altri documenti europei⁹ e internazionali¹⁰, rivelandone la progressiva vocazione universale e l'importanza del suo effettivo riconoscimento.

3. Alcune applicazioni pratiche della nozione di dignità umana alla luce dell'evoluzione sociale

Alla luce di quanto premesso, non può sottacersi una visione improntata alla valorizzazione dell'uomo in tutte le sue caratteristiche e possibilità di sviluppo.

Sono diversi i punti nodali attraverso cui è possibile ravvisare una linea di sviluppo del principio in parola, dettato soprattutto dalla possibilità di ampliamento dei diritti mediante le innovazioni tecnologiche e scientifiche e in ragione del significativo progresso della comunità sociale.

Le declinazioni assunte dal concetto di dignità umana sembrano, dunque, essere condizionate dalla prospettiva eletta e dalle caratteristiche prese in considerazione.

Esempio eloquente della progressione della sua portata applicativa è proprio l'ambito relativo al riconoscimento dell'orientamento sessuale. Nume-

⁹ Si fa riferimento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea del 2001 che dedica espressamente l'articolo 1 alla tutela della dignità umana, sancendo che "La dignità umana inviolabile. Essa deve essere rispettata e tutelata"; nonché all'articolo 2 del Trattato sull'Unione europea del 2007, a mente del quale l'Unione europea si fonda, tra gli altri, sul rispetto della dignità umana.

¹⁰ Si veda il Preambolo del Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali e quello del Patto internazionale sui diritti civili e politici, entrambi del 1966. Si veda, inoltre, la Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo del 1948 che, all'art. 1, stabilisce espressamente l'uguaglianza di tutti gli uomini in "dignità e in diritti". Il valore della dignità umana è peraltro espresso in altre carte internazionali, declinato secondo le specifiche accezioni in rilievo: si pensi alla Convenzione sui diritti dell'uomo e la biomedicina del 1997 che afferma la protezione dell'essere umano nella sua dignità e nella sua identità; similmente, si veda la Convenzione sui diritti del fanciullo del 1989 che pone l'accento sul riconoscimento della dignità e della identità al fine di favorire "il progresso sociale e di instaurare migliori condizioni di vita in una maggiore libertà".

rose sono, in tal senso, le pronunce che hanno segnato il punto di rottura rispetto alla realtà giuridica pregressa, determinando l'affermazione del diritto di ciascuno di perseguire la propria identità sessuale, quale espressione della propria libertà di autodeterminazione, al fine di garantire in concreto la propria dignità. In questo modo, la sfera sessuale – o meglio, la sfera identitaria sessuale – sembra costituire il *punctum crucis* della tendenza all'ampliamento della tutela dei diritti via via in considerazione. In una tematica così *fluida*, non risulta perfettamente definita la linea di confine tra ciò che sembra costituire un bisogno essenziale, come tale meritevole di tutela, e ciò che, al contrario, è una pretesa soggettiva, che pur ben costruita, rappresenta pur sempre una singola manifestazione di interesse. La profonda indeterminatezza che connota l'individuazione delle esigenze sociali da garantire spinge gli operatori giuridici e, in particolare, i giudici a dover intervenire per assicurare una tempestiva risposta alle istanze prospettate. La conseguenza agevolmente intuibile è la discontinuità degli orientamenti adottati e la differenziata protezione riconosciuta, a seconda della autorità giudiziaria adita. A tal proposito, è possibile rammentare le note vicende che hanno interessato il nostro Paese in relazione al riconoscimento delle coppie omosessuali, la cui eco ha raggiunto persino il giudice di Strasburgo, che, in sostanza, con la sentenza *Oliari c. Italia* del 21 luglio 2015, ha costituito l'impulso all'introduzione nell'ordinamento nazionale dell'istituto delle unioni civili¹¹ (in realtà, non solo tra soggetti appartenenti al medesimo sesso).

L'allineamento della realtà giuridica italiana a quella degli altri Paesi europei è dovuto, a ben vedere, all'esigenza di garantire la dignità dell'individuo sia nelle proprie aspirazioni personali sia nelle relazioni affettive. Così intesa, la dignità dell'uomo è costruita intorno alla possibilità di perseguire il proprio orientamento sessuale, che disvela, nella prospettiva adottata, l'esigenza di assicurare una tutela giuridica alla situazione fattuale di un progetto familiare.

Altro ambito strettamente connesso a quello in esame concerne la problematica questione della rettificazione anagrafica del sesso. Anche in questo caso, particolarmente significativo è stato l'apporto della giurisprudenza nella ricostruzione del diritto di accedere al cambiamento giuridico di sesso, pur in assenza di trattamento chirurgico sui caratteri sessuali primari. Come evidenziato dal giudice costituzionale italiano nella sentenza n. 221 del 2015, la transizione sessuale si inserisce in un percorso di (ri)definizione dell'identità personale, che non potrebbe essere condizionato dalla necessità di sottoporsi ad intervento chirurgico. Quest'ultimo, oltre ad essere fisicamente invasivo, potrebbe determinare nel soggetto interessato una reazione psichica del tutto inadeguata e, in fin dei conti, contraria alla stessa volontà di porre rimedio alla frattura emotiva percepita.

¹¹ Si fa riferimento alla legge 20 maggio 2016, n. 76 ("Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze").

L'importanza della tematica è, peraltro, confermata dall'attenzione avuta anche in sede convenzionale nella sentenza *Y.Y. c. Turchia* dell'11 marzo 2015, che pare costituire il precedente giurisprudenziale alla successiva evoluzione assunta in ambito nazionale.

Come evidenziato, la portata del valore della dignità umana risulta formante rispetto alle esigenze sociali.

Peraltro, rappresenta un'esemplificazione della tendenza di questa a porsi a termine assiologico mutevole la vicenda che ha interessato di recente la Francia in ordine alla disciplina giuridica del fine vita. Nella sentenza *Lambert c. Francia* del 5 giugno 2015 della Corte europea dei diritti dell'uomo, la dignità umana viene declinata quale valore a fondamento della necessità di perseguire una condizione di vita che possa dirsi propriamente tale¹². Il diritto a morire¹³, così espresso dal giudice europeo, sembra essere giustificato dalla volontà di assicurare all'individuo una esistenza degna, certamente non compatibile con la sussistenza di un apparato sanitario a supporto delle più elementari funzioni vitali.

4. La dignità umana quale valore costituzionale e diritto fondamentale

Volendo riprendere il titolo del presente contributo, la dignità umana rappresenta parallelamente un valore, come tale non bilanciabile con altri interessi, e un diritto fondamentale, o meglio, un "contenitore" di una molteplicità di diritti¹⁴, che trovano definizione giuridica in aderenza ai bisogni umani e alle esigenze sociali. Proseguendo nel ragionamento proposto, potrebbe affermarsi che la dignità umana, più che segnare i passi del progresso sociale, sarebbe essa stessa espressione della società. Il perimetro del suo riconoscimento non sarebbe altro che un riflesso operativo degli accenti plurali e interattivi della comunità.

Ad ogni modo, una siffatta considerazione, se portata alle estreme conseguenze, rischierebbe di giustificare una estensione *sine limine* della tutela giuridica anche ai c.d. nuovi diritti. La portanza del valore in questione non sembra poter comportare un riconoscimento indistinto di qualsivoglia pretesa soggettiva, la quale dovrebbe essere intima espressione di un'esigenza profondamente sedimentata e socialmente considerata. Sembra, in tal modo, riproporsi la considerazione sopra anticipata, ossia quella della costruzione di

¹² Sul punto. A. D'ALOIA, *Diritto di morire? La problematica dimensione costituzionale della «fine della vita»*, in *Pol.dir.*, 4/1998, p. 601, sottolinea la paradossale raffigurazione del momento terminale dell'esistenza umana come "diritto" ovvero come "libertà".

¹³ Nel senso di configurare il diritto a morire quale espressione dello stesso diritto a vivere, cfr. H. JONAS, *Il diritto di morire*, Genova, 1991, pp. 50 ss.

¹⁴ In tal senso, cfr. G. MONACO, *La tutela della dignità umana: sviluppi giurisprudenziali e difficoltà applicative*, in *Pol.dir.*, 1/2011, p. 61, il quale evidenzia che "il valore attribuito ai diritti inviolabili dell'uomo è dunque inteso ... come una diretta conseguenza della dignità della persona".

una società che risulta lo specchio sul quale si riflette e si misura la condotta umana. In altre parole, è dignitoso solo ciò che viene riconosciuto come tale.

Il concetto di dignità umana permea l'intero ordinamento giuridico, rappresentando, al contempo, preconditione ontologica e corollario giuridico. In questa prospettiva, peraltro, l'intelaiatura giuridica trova un necessario punto di contatto con la plurale realtà sociale, che finisce per condizionare plasticamente le istanze di tutela degli individui.

5. Dignità e non dignità della persona

Inoltre, sempre nell'ottica di indagarne i profili applicativi e i limiti operativi, il concetto di dignità non può non imporre una sia pur breve riflessione sul suo speculare ontologico, ovvero l'indegnità, intesa non solo nella sua valenza originaria ma anche acquisita. L'affermazione in parola, però, sembrerebbe smentire la natura intangibile della dignità umana, che in nessun caso potrebbe essere sottratta all'individuo. Tuttavia, vi sono casi in cui la società sembra tollerare la perdita temporanea di un'esistenza dignitosa in presenza di determinati comportamenti, che, in ogni caso, non sarebbero suscettibili di compromettere il nucleo essenziale.

Un caso particolarmente problematico recentemente emerso sembra confermare proprio la difficoltà di inquadrare la casistica delle ipotesi derogatorie rispetto alla dimensione strutturalmente intangibile della dignità umana. Si fa riferimento al provvedimento adottato dal Garante per la protezione dei dati personali che ha sanzionato una società che aveva previsto l'istituzione di un *data base* reputazionale, sul quale sarebbero comparse informazioni personali caricate personalmente o automaticamente mediante motori di ricerca. Con provvedimento del 24 novembre 2016, relativo alla piattaforma web sui profili reputazionali, l'Autorità garante per la privacy ha sottolineato che, sebbene, in linea di principio, la tracciabilità delle informazioni contribuisca alla costruzione di un sistema trasparente ed efficiente, in concreto questa "... potrebbe ripercuotersi pesantemente sulla vita (anche privata) degli individui censiti", poiché "la "reputazione" che si vorrebbe qui misurare, in quanto strettamente correlata alla considerazione delle persone e alla loro stessa "proiezione" sociale, risulta intimamente connessa con la loro dignità, elemento cardine della disciplina di protezione dei dati personali". L'assenza di una specifica regolamentazione e la molteplicità dei dati e dei documenti che verrebbero pubblicizzati pone, a giudizio dell'Autorità, una seria problematica circa la possibile incisione del diritto alla reputazione quale espressione della dignità di ciascuno, la quale rischierebbe di essere evidentemente compromessa da un'inesatta ricostruzione dei propri rapporti personali e patrimoniali. Il caso in esame sembra avvalorare la tesi sopra sostenuta, ovvero quella della duttilità assiologica della nozione di dignità. In particolare, ciò che sembra costituire in linea di principio strumento di codificazione dei tratti essenziali della identità di ciascuno al fine di tutelarne la dignità rischia

di tradursi nell'opposto risultato, ossia quello di porre in evidenza quegli aspetti che potrebbero segnare la lesione della sua dignità.

6. Dignità dell'uomo tra dimensione individuale e dimensione sociale

Il concetto di dignità non è null'altro che la proiezione dell'individuo nella sfera sociale¹⁵. Questa consente la declinazione dell'uomo nel percorso esistenziale¹⁶ e nella ricerca della propria più intima identità. Ad ogni modo, il suo significato è destinato ad intersecarsi con quello di libertà, intesa quale rispetto dell'altrui dignità.

In altre parole, l'affermazione identitaria di ciascun individuo trova un limite nell'affermazione dell'altro. La dignità umana è, per sua natura, indefettibile ma, se calata nel contesto sociale, diviene oggetto di bilanciamento e di valutazione.

È possibile, dunque, distinguere una "dignità pubblica", che necessariamente subisce condizionamenti nel raffronto del soggetto con gli altri consociati, e una "dignità privata", che nasce in origine in misura perfetta – quasi utopica – e che tende ad una definizione fondata esclusivamente sui bisogni personali. La dignità è, al contempo, frutto di un processo di autocomprensione e di eterocomprensione delle caratteristiche esistenziali.

È innegabile, in ogni caso, che qualunque sia la prospettiva che si intenda abbracciare, il concetto di dignità sembra essere intimamente connesso ad una raffigurazione *emotiva* dell'agire umano, che si tramuta in comportamenti mossi dalla volontà di compiere il proprio progetto di vita. Questa diviene strumento di fortificazione dell'uomo e della sua azione di governo degli impulsi e di perseguimento delle passioni.

La dignità è un percorso dialogico¹⁷, estremamente fluido, che spinge l'individuo al continuo confronto con se stesso e alla rappresentazione delle proprie esigenze nella società in cui è calato.

Come evidenziato da Autorevole dottrina¹⁸, la dimensione umana trova la più compiuta realizzazione nella sperimentazione di "relazioni di dignità". Il senso dell'agire umano si concretizza nella messa in opera di pratiche sociali che rivelano la *tensione* all'affermazione della propria dignità. In questo senso, il riconoscimento dei diritti rappresenta, al contempo, strumento e fine di realizzazione di un'esistenza dignitosa.

¹⁵ Questa si configura non solo come "diritto" ma anche come espressione della necessità di adempiere ai doveri di solidarietà sociale (cfr. P. BECCHI, *La dignità umana nel «Grundgesetz» e nella Costituzione italiana*, in *Ragion pratica*, 38/2012, p. 42).

¹⁶ Cfr. M. LUCIANI, *Salute. I) Diritto alla salute – Diritto costituzionale*, in *Enc.giur.*, XXVII, Roma, 1991, p. 10.

¹⁷ Si vedano le riflessioni di R. BONITO OLIVA, *Lo spazio della dignità tra etica e diritto*, in *Iride*, 26/2013, p. 583, che raffigura la dignità umana come continua tensione tra "riflessione e decisione, tra senso di sé e legame sociale".

¹⁸ Cfr. J. NEDELSKY, *Law's Relations. A Relational Theory of Self, Autonomy, and Law*, New York, 2011.

7. Alcune conclusioni

Nell'intento di offrire qualche spunto conclusivo alla riflessione fin qui svolta, è da riconoscersi un ruolo fondamentale alla dialettica relazionale¹⁹ che determina la proliferazione delle istanze personali e la sistematizzazione nell'ottica del perseguimento di una rappresentazione dignitosa.

La dignità, così intesa, ambisce ad assumere una portata universale, in ragione della pretesa – egualmente riconosciuta – di ciascun individuo alla propria realizzazione. D'altra parte, tale portato, se condotto ad ulteriori approdi, avrebbe la conseguenza di legittimare l'individuazione sempre nuova di diritti meritevoli di tutela. In questo senso, sarebbe opportuno porre degli argini alla definizione dei confini ontologici e operativi dell'essenza umana.

In altre parole, servirebbe uno sforzo interpretativo al fine di evitare che possa diventare *degn*o di tutela ogni bisogno umano e che debba diventare *dignitoso* ogni profilo esistenziale.

¹⁹ In tal senso, si veda F. SCAMARDELLA, *La dimensione relazionale come fondamento della dignità umana*, in *Riv.fil.dir.*, 2/2013, p. 306, che evidenzia proprio l'impossibilità di valutare la singolarità umana in una dimensione scevra dalle relazioni sociali connesse.

COSA SONO I DIRITTI FONDAMENTALI E DA CHI E COME SE NE PUÒ AVERE IL RICONOSCIMENTO E LA TUTELA*

di Antonio Ruggeri

SOMMARIO: 1. Notazioni introduttive a riguardo dell'affollamento dei diritti e della questione relativa alla selezione di quelli di essi che propriamente possono dirsi "fondamentali". – 2. Il problema definitorio e la sua soluzione a mezzo del ricongiungimento di "fatto" e diritto costituzionale, diritti fondamentali essendo taluni *bisogni elementari di ciascun essere umano senza il cui riconoscimento e l'effettiva tutela non potrebbe aversi un'esistenza libera e dignitosa*. – 3. Il riconoscimento di nuovi diritti fondamentali in forza di *consuetudini culturali diffuse* nel corpo sociale e la centralità di ruolo che al riguardo è chiamata a giocare la legge costituzionale quale strumento primo e privilegiato al fine della loro razionalizzazione. – 4. Il timore, di cui si è resa interprete una sensibile dottrina, che, per l'accezione di "diritto fondamentale" qui proposta, possano esserne sacrificati proprio i bisogni più intensamente avvertiti dalle voci minoritarie nella società ovvero che la qualifica data delle consuetudini suddette finisca col contraddire queste ultime, e gli argomenti invece spendibili a sostegno della proposta ricostruttiva qui affacciata. – 5. Il problema della tutela dei diritti fondamentali. – 5.1. Duttilità strutturale, carente tipizzazione e mutua complementarità degli atti dei pubblici poteri, leggi e sentenze, al servizio dei diritti. – 5.2. Il c.d. "dialogo" tra le Corti, il "*metaprincipio*" della *massimizzazione della tutela* che ne orienta e governa le movenze, i rischi per la *certezza del diritto* che, secondo una critica ricorrente, il suo accoglimento farebbe correre e i positivi effetti invece per il suo tramite raggiungibili, specificamente per ciò che attiene alla *certezza dei diritti* (e cioè alla effettività della loro salvaguardia). – 5.3. Il fondo di verità racchiuso nella critica di coloro che si mostrano preoccupati per la certezza del diritto e le opportunità offerte a quest'ultima al fine di potersi compiutamente affermare dotandosi di ancora più solide basi il "dialogo" tra le Corti a mezzo di una nuova e più adeguata razionalizzazione dei loro rapporti. – 6. Al tirar delle somme.

1. Notazioni introduttive a riguardo dell'affollamento dei diritti e della questione relativa alla selezione di quelli di essi che propriamente possono dirsi "fondamentali"

È singolare che, allo stesso tempo in cui si registra un consenso diffuso circa la emersione di sempre nuovi diritti fondamentali, parimenti diffuse siano le incertezze su cosa essi siano nella loro stessa essenza e non poco reciprocamente divergenti si presentino le soluzioni patrocinate a riguardo del modo o dei modi più adeguati a dare loro appagamento. Quest'ultimo – va subito avvertito – appare essere sempre più arduo e problematico, sol

* Intervento al Convegno del Gruppo di Pisa su Che cos'è un diritto fondamentale?, Cassino 10-11 giugno 2016, alla cui data lo scritto è aggiornato.

che si pensi che l'affollamento dei diritti (e, in genere, degli interessi costituzionalmente protetti) evocati in campo dal caso obbliga a complesse e sofferte mediazioni tra gli stessi (come suol dirsi, a "bilanciamenti") al cui esito non poche volte rimane pur sempre l'amaro in bocca, a motivo del sacrificio comunque richiesto, in maggiore o minor misura, a questo o quel diritto, specie nella presente congiuntura profondamente segnata da una crisi economica soffocante e da un incalzante terrorismo internazionale. L'esposizione a *stress*, nondimeno, non solo non contrasta con la "fondamentalità" dei diritti ma, anzi, ne costituisce testimonianza e conferma, ove si convenga a riguardo del fatto che nessuno di essi né altro valore parimenti fondamentale può vantare l'insana pretesa alla propria integrale, incondizionata e – come si è detto da un'accreditata dottrina – "tirannica" affermazione, tutti essendo piuttosto obbligati a fare i conti gli uni con gli altri, solo in tal modo potendosi comporre in "sistema" e concorrere alla integra trasmissione dell'ordinamento nel tempo.

Con riserva di approfondimenti sul punto più avanti, credo comunque di poter dire che la spiegazione dell'apparente contraddizione rilevata nella notazione iniziale di questo studio stia proprio laddove si radicano le cause che hanno portato e senza sosta portano a rivendicare protezione per taluni bisogni profondamente diffusi ed avvertiti in seno al corpo sociale.

Due, a mia opinione, principalmente le cause in discorso: lo sviluppo scientifico e tecnologico, che non conosce pause e che anzi presenta talora improvvise accelerazioni, e la complessità della struttura del tessuto sociale, attraversata da non poche né lievi tensioni e contraddizioni, connotandosi – come suol dirsi – come "multiculturale" o, secondo una opportuna precisazione di una sensibile dottrina, "interculturale".

È interessante subito osservare che, malgrado i profondi rivolgimenti sociali registratisi nel corso del tempo (anche qui, con talune impreviste accelerazioni), i diritti fondamentali danno l'impressione di non invecchiare e morire mai; semmai, di poter ringiovanire col trascorrere del tempo e il sempre più profondo radicamento dello Stato di diritto costituzionale, rigenerandosi e rafforzandosi per effetto del rinvigimento stesso delle Costituzioni che ne hanno dato (e ne danno) il riconoscimento (emblematica, al riguardo, l'evoluzione avutasi col passaggio dalle Carte flessibili a quelle rigide, specie a partire dal secondo dopoguerra), e appunto crescendo costantemente di numero. Di qui, tuttavia, il rischio micidiale che tra di essi si mimetizzino e confondano anche diritti non propriamente etichettabili come "fondamentali", alla luce del criterio di qualificazione di cui a momenti si dirà.

Insomma, l'inflazione dei diritti non giova alla loro "qualità", se così vogliamo chiamarla, e perciò alla loro tutela. Oltre tutto, come si rammentava poc'anzi, ad essa si accompagnano conflitti, alle volte anche laceranti, sempre più ricorrenti a motivo dell'affollamento di più diritti (e, in genere, interessi costituzionalmente protetti) evocati in campo dal caso, che premono vigo-

rosamente per la loro salvaguardia. Ciò che, poi, si riporta alla connotazione strutturale del tessuto sociale, dal momento che a motivo della sua complessità viene naturalmente a determinarsi una duplice spinta tanto nel verso della integrazione, lenta e discontinua, comunque particolarmente sofferta, tra le culture presenti nel corpo sociale, quanto (ed allo stesso tempo) in quello della non meno sofferta rivendica della salvaguardia dei tratti identificanti propri di ciascuna di esse.

2. Il problema definitorio e la sua soluzione a mezzo del ricongiungimento di “fatto” e diritto costituzionale, diritti fondamentali essendo taluni *bisogni elementari di ciascun essere umano senza il cui riconoscimento e l’effettiva tutela non potrebbe aversi un’esistenza libera e dignitosa*

Ma veniamo, senza ulteriori indugi, a trattare della questione cruciale su cui siamo stati chiamati a confrontarci: *cos’è un diritto fondamentale?* È questa la spinosa, antica e però sempre nuova o rinnovata, domanda alla quale siamo stati sollecitati a tentare di dare risposta.

Essenzialmente due sono – a me pare – i modi di (o i piani su cui) ambientare la questione stessa: quello teorico-generale o filosofico, per un verso, e quello dogmatico-positivo, per un altro.

Opto qui risolutamente per il secondo corno dell’alternativa; e ciò, non già in quanto persuaso della impraticabilità della prima via o della sterilità degli esiti ricostruttivi al termine del cammino fatto lungo la stessa raggiunti da autorevoli dottrine o di altri ancora raggiungibili. Tutt’all’inverso, sono convinto della bontà degli sforzi prodotti da coloro che hanno fatto la scelta qui non seguita e convengo che possa darsi (ed effettivamente si dia) un “nucleo duro” concettuale che si ripropone e che va oltre lo scorrere del tempo e le vicende ordinamentali che in esso si svolgono, un nucleo che è, a conti fatti, riportabile alla *humanitas* stessa di ogni essere umano. Per questo verso, i diritti “fondamentali”, quali previsti da questo o quell’ordinamento positivo, si pongono quale *species* del *genus*-diritti “umani”, come questi ultimi sono usualmente chiamati (part., in seno alla Comunità internazionale e dai suoi cultori).

Sta di fatto che, quale che sia l’idea di diritto fondamentale di cui ciascuno di noi si faccia portatore, per chi fa studi di diritto il punto di riferimento positivo resta nondimeno imprescindibile (ed opportunamente, perciò, è stato adottato con profitto da E. Stradella, nella sua documentata relazione al nostro incontro di oggi). Dobbiamo, perciò, andare alla ricerca dell’idea di diritto fondamentale che si contestualizza, storicizzandosi e positivizzandosi, siccome fatta propria da un ordinamento costituzionale dato (per ciò che a noi specificamente interessa, dal nostro). D’altro canto, ove così non fosse, non si capirebbe neppure come possano affermarsi col tempo nuovi diritti

fondamentali, profondamente radicati e largamente diffusi – come si vedrà a momenti – nel tessuto sociale, cui sia quindi dato giuridico riconoscimento.

Occorre, dunque, subito chiederci se disponiamo di indizi nella trama della Carta italiana del '48 idonei a guidarci in questa ricerca.

La comune opinione fa al riguardo – come si sa – riferimento all'art. 2, che però, in realtà, non dà la definizione di ciò che è un diritto fondamentale né ne descrive la struttura o ci dice a cosa servano; l'enunciato, piuttosto, come da tempo e da molti è con varietà di argomenti rilevato, presuppone la preesistenza dei diritti in parola rispetto alla Carta che appunto li “riconosce”. La inviolabilità dei diritti in parola, dunque, non costituisce la definizione (in senso proprio) dei diritti stessi; semmai, è una loro qualità linearmente e necessariamente discendente dalla “fondamentalità”, che è presupposta, una qualità che in relazione ai diritti fondamentali si connota in forme peculiari (ostando, ad es., al misconoscimento, neppure con successive norme di rango costituzionale, del previo riconoscimento di essi fatto), fermo restando che anche diritti che fondamentali non sono non possono comunque essere... “violati”, nel senso generico che non è consentito ad alcuno di calpestare i diritti di altri.

Si danno, ad ogni buon conto, nel corpo costituzionale indicazioni maggiormente specifiche di quella data nell'art. 2, come tali conducenti alla opportuna messa a fuoco del concetto che ci interroga. Altamente istruttivo a me sembra essere al riguardo quanto si dice nell'art. 36, I c., col riferimento in essa fatto all'esistenza “libera e dignitosa” del lavoratore e della sua famiglia (che, poi, ovviamente si lega a filo doppio al previo riconoscimento della “pari dignità”, di cui si fa parola nell'art. 3). In particolare, uno speciale significato va assegnato alla congiunta, duplice menzione del lavoro e della famiglia: le due gambe su cui avanza e si svolge l'esperienza di vita di ogni essere umano che sia in grado di impegnarsi in seno alla comunità del lavoro (anche però chi non lo sia – non è inopportuno rammentare – ha diritto a mezzi di sostentamento tali da poter comunque godere di un'esistenza “libera e dignitosa”).

Il lavoro è infatti – come sappiamo – a fondamento della Repubblica, nel mentre la famiglia è il luogo primigenio in cui ogni persona viene ad esistenza, riceve le basi portanti della propria formazione culturale, progetta e matura la propria personalità.

Trovo singolare che di tanto in tanto si riproponga da taluno, stancamente, l'idea che i diritti sociali non siano diritti fondamentali o lo siano in minor grado rispetto ai diritti classici di libertà quando il fondamento della Repubblica è proprio in uno di tali diritti, che perciò si pone a fondamento dei... *diritti fondamentali restanti* o, comunque, quale condizione per il loro compiuto appagamento.

Siamo perciò in grado – a me pare – di poter pervenire ad un primo punto fermo, definendo i diritti fondamentali quali i *bisogni elementari di ciascun essere umano senza il cui riconoscimento (e, come si vedrà, l'effettiva tutela)*

non potrebbe aversi un'esistenza libera e dignitosa. Solo così i diritti fondamentali possono infatti porsi a fondamento della comunità politica organizzata, secondo quanto è stato fatto notare anche nel corso del nostro incontro (a partire da E. Stradella), con la precisazione che la “fondamentalità”, così intesa, in tanto si giustifica ed apprezza in quanto essa previamente e primariamente si ponga a base dell'esistenza dei singoli (non dimentichiamo che il principio personalista è l'autentico cuore pulsante degli ordinamenti di tradizioni liberal-democratiche, tra cui appunto il nostro).

Accenno subito a riguardo della definizione appena proposta che essa non è contraddetta dal fatto che alcuni diritti sarebbero di esclusiva spettanza dei cittadini (questione che – come si sa – si pone specificamente per i diritti politici), mentre è palese, ad opinione mia e di altri (tra i quali, ora, R. Cherchi), che il “graduato” riconoscimento di alcuni diritti (unicamente nel loro “nucleo duro”), in specie di quello alle cure sanitarie, agli stranieri irregolari contraddice l'idea stessa della “fondamentalità” e non può, pertanto, trovare, nei termini riduttivi suddetti, accoglienza.

Due soli, rapidi rilievi, a riguardo della preclusione fatta ai non cittadini di accesso a taluni diritti (segnatamente, a quelli politici), con riserva di approfondimenti altrove.

Per un verso, sembra di poter opporre che, *proprio perché fondamentali*, anche i diritti in parola (in specie, quelli di partecipazione politica all'esercizio dei poteri sovrani) non possono essere fattore di discriminazione tra quanti condividono le loro esperienze di vita (lavorative e non) e possono essere chiamati all'adempimento dei doveri di solidarietà, tutti possedendo un comune legame col territorio su cui quelle esperienze si radicano ed esprimono, reso visibile dalla stabile residenza nello stesso. Non a caso, d'altronde, da tempo una nutrita schiera di studiosi, in coda alla quale anch'io ho ritenuto altrove di dovermi disporre, va in varie forme e con pari varietà di accenti prospettando l'idea di una complessiva rivisitazione teorico-positiva della nozione di cittadinanza (e, per ciò stesso, di democrazia), ancorandola più ancora che ai vincoli di sangue o ad altri fattori di aggregazione proprio alla comunanza delle esperienze suddette. Al riguardo, una soluzione connotata da sano realismo è quella ora prospettata da R. Cherchi, favorevole al riconoscimento graduale del diritto di voto, in specie facendone godere lo straniero soggiornante nel nostro Paese da un certo numero di anni e che abbia presentato istanza di pre-naturalizzazione, il c.d. *intending citizen*.

Ora, si segua, o no, un criterio di progressiva acquisizione, a me pare comunque che l'esito debba pur sempre essere quello sopra prefigurato, senza alcuna discriminazione tra i soggetti parimenti residenti in modo stabile nel territorio dello Stato, come tali a buon titolo in egual misura portatori di diritti e gravati di doveri (specie di solidarietà), persino – ha, come si sa, di recente dichiarato la giurisprudenza costituzionale (sent. n. 119 del 2015, largamente annotata) – del dovere che più di ogni altro è tradizionalmente considerato

legato a filo doppio allo *status* di cittadino, quello di difesa della patria.

Per un altro verso, poi, negli ordinamenti di tradizioni liberal-democratiche – i soli, come si viene dicendo, qui interessanti – è fuori discussione che i diritti di partecipazione politica siano (e debbano) essere comunque riconosciuti e tutelati: con riguardo ai “non cittadini”, se non nel nostro ordinamento (o in altri a questo similari), in quello di appartenenza dei soggetti in parola. D’altro canto, nel c.d. costituzionalismo “multilivello” (o, meglio, “interlivello”), è frequente il caso di diritti fondamentali riconosciuti in un certo ordinamento o sistema positivo (ad es., in quello dell’Unione o della CEDU) e non pure in altri, la cui cura può essere demandata ad organi (e, segnatamente, a giudici) diversi da quelli nazionali (per ciò che qui maggiormente importa, come si vedrà, a quelli europei). Ciò che solo conta, infatti, è che i diritti, se ed in quanto “fondamentali”, non restino sguarniti di garanzie e che i soggetti che ne sono portatori trovino comunque un luogo nel quale possano trovare ristoro per il caso che essi siano minacciati o offesi (di più: un ristoro ancora maggiore di quello che è alle volte loro dato nell’ordinamento di appartenenza, secondo quanto si vedrà tra non molto a riguardo del canone della massimizzazione della tutela che presiede alle dinamiche della normazione relativa ai diritti).

Tutto ciò posto, il problema definitorio che ora ci occupa non può dirsi, ad ogni buon conto, risolto attingendo alla formula dell’art. 36, sopra cit., bensì, piuttosto, viene ad esser spostato in avanti. Perché si tratta allora di sapere qual è il significato da assegnare ai due termini che qualificano l’esistenza umana secondo la formula stessa, in ispecie si tratta di stabilire cosa sia la dignità, alla quale – come si viene dicendo – i diritti danno voce e pratico senso, ponendosi in funzione nei suoi riguardi servente. Un problema, questo, micidiale, da far davvero tremare – per dirla col Poeta – le vene e i polsi, su cui – come si sa – si sono cimentati sin dall’antichità i massimi pensatori senza tuttavia riuscire a mettersi neppure sommariamente d’accordo. In fondo, se ci si pensa, proprio sui concetti elementari, di base, della teoria e della pratica giuridica, quali quelli di diritto (in senso sia soggettivo che oggettivo) o di ordinamento o – per ciò che a noi più da presso importa – di Costituzione, si riscontra una varietà di accezioni tale che tra alcune di esse è dato riscontrare una distanza incalcolabile. E, invero, le divergenze dei punti di vista sono alle volte talmente accentuate da rendere problematico anche solo rinvenire un minimo comune denominatore, una base sia pure generalissima, cui far riferimento in sede di risoluzione del problema definitorio.

Lo spazio oggi concessomi non mi consente di andare oltre il labile cenno appena fatto al riguardo; e non mi consente neppure di argomentare la tesi, nella quale da tempo mi riconosco, secondo cui nel tentativo di cogliere l’essenza della dignità (e così pure della libertà) occorre rifuggire tanto da un indirizzo metodico-teorico connotato da soggettivismo esasperato quanto da uno interamente ed in modo assorbente segnato da una piatta ed incolore uniformità.

Per l’uno, “dignitosa” sarebbe l’esistenza dell’uomo nel significato che

al termine ciascuno di noi conferisce, di modo che la sua definizione risulterebbe esclusivamente rimessa alla piena ed insindacabile autodeterminazione della persona. A riguardo di quest'ultima, già in altri luoghi ho manifestato il convincimento che essa costituisca, di certo, un valore in sé e per sé, un valore fondamentale appunto, e che però non sia *tutto*, così come, *ex adverso*, non è, ovviamente, pensabile che sia *niente*. Se fosse vera la prima affermazione, logica vorrebbe – per restare alla indicazione di cui all'art. 36, I c., cost. – che ciascun lavoratore possa fissare in modo insindacabile la soglia adeguata ad assicurare a sé ed alla propria famiglia una esistenza “dignitosa”. Un esito, questo, di tutta evidenza irragionevole (ed anzi irrazionale), che si confuta da sé e sul quale, dunque, non giova indugiare oltre. Di contro, occorre produrre ogni sforzo utile a far pervenire ad un'accezione oggettiva (o, meglio, *anche* oggettiva) del termine, che nondimeno non offuschi la naturale, incompressibile vocazione di ogni persona a definire i propri progetti di vita e di poterli raggiungere, nei limiti consentiti dalle circostanze, in vista della compiuta ed appagante realizzazione della propria personalità.

Il vero è che ogni termine, per il solo fatto di essere contenuto in un enunciato linguistico positivo, aspira ad oggettivarsi, a caricarsi cioè di una generale valenza, nella quale i componenti la comunità organizzata possano riconoscersi. Ogni *convenzione linguistica*, d'altronde, una volta recepita in un documento normativo ha bisogno di convertirsi in una *convenzione positiva* a mezzo di una mediazione culturale che vede impegnati organi di apparato e soggetti, individuali e collettivi, esponenti della società. E così non può, dunque, non essere anche per la dignità o la libertà.

3. Il riconoscimento di nuovi diritti fondamentali in forza di *consuetudini culturali diffuse* nel corpo sociale e la centralità di ruolo che al riguardo è chiamata a giocare la legge costituzionale quale strumento primo e privilegiato al fine della loro razionalizzazione

Ci si deve, a questo punto, chiedere chi sia deputato ad operare il riconoscimento dei bisogni, di cui qui si discorre, ad operare cioè il riscontro del rapporto di strumentalità necessaria intercorrente tra gli stessi e il carattere libero e dignitoso della esistenza umana e come il riscontro stesso possa ovvero debba esser fatto. In breve, si tratta di stabilire quali siano gli strumenti e i luoghi a ciò adeguati.

Posseggo al riguardo una sola certezza; ed è che, se ad un solo soggetto o organo (non importa se legislatore o giudice o altro ancora) fosse riservato il monopolio di dare in sovrana solitudine il riconoscimento dei diritti in parola, allora l'organo o il soggetto stesso fatalmente si commuterebbe in un *potere costituente permanente* (aggiungo, riprendendo una qualifica altrove data, un potere *mostruoso*). La qual cosa, però, costituirebbe una contraddizione insanabile col carattere liberal-democratico dell'ordinamento, che

naturalmente e necessariamente rimanda al plurale e libero confronto nella “società aperta degli interpreti” – per riprendere una nota elaborazione teorica –, plurimi essendo di conseguenza i luoghi in cui può maturare, con un concorso – come si vedrà a momenti – corale, il riconoscimento in parola.

Occorre tuttavia fissare il punto cui far specifico riferimento in questa sofferta, ma anche gratificante e talora persino esaltante, ricerca.

A mia opinione, al fine di apprezzare quali sono i bisogni elementari dell’uomo non può che volgersi lo sguardo alla società in cui gli uomini si riuniscono e decidono di vivere le loro esperienze di vita, alla *struttura* della società stessa, tentando appunto di cogliere ciò che è in essa diffusamente ed intensamente avvertito come necessario, indisponibile, qualificante – come si diceva – l’esistenza umana come “libera e dignitosa”.

Ancora una volta – come si vede – si ha modo di toccare con mano come alcuni dati attinti dall’esperienza si convertano in dati giuridici, assurgendo a tratti identificanti i diritti fondamentali e, per ciò stesso, espressivi di una particolare “qualità di pregevolezza normativa” – se posso qui riprendere una etichetta che ho affacciato nel mio primo studio monografico in tema di fonti – degli enunciati che li ospitano e vi danno voce e rilievo.

Il “fatto”, insomma, si fa diritto (qui, anzi, diritto al suo massimo grado, costituzionale), entrando a comporre il parametro e dandovi una “pregevole” qualificazione. La qual cosa, poi, rende ulteriore conferma della impossibilità di tenere rigidamente separati – come, invece, in applicazione esasperata della discussa legge di Hume, molte volte è stato (ed è) – fatti e norme, queste ultime esprimendo appunto nella loro struttura e possedendo nel loro statuto teorico *l’idea del fatto che si fa diritto* (considero quest’ultimo spunto particolarmente promettente interessanti esiti teorico-ricostruttivi e mi riservo, dunque, di riprenderlo in altro luogo).

Ora, fondamentali essendo i bisogni o diritti suddetti, fondamentali non possono che essere altresì le norme che li “riconoscono”. L’una cosa si specchia nell’altra, determinandone il complessivo, peculiare regime (ad es., secondo opinione corrente, che pure a mia opinione richiederebbe non poche né secondarie precisazioni teoriche, portando a considerare come insuscettibili di revisione gli enunciati costituzionali relativi ai diritti).

Così stando le cose, la qualifica in termini di “fondamentali” di alcuni bisogni non può prescindere da ciò che è diffusamente ed intensamente avvertito come tale dallo stesso corpo sociale, rendendosi visibile a mezzo di *consuetudini culturali di riconoscimento* di siffatto carattere. Solo che il corpo stesso, specie nel tempo presente, offre di sé un’immagine confusa ed appannata, ponendosi quale luogo di emersione di plurimi e confliggenti beni della vita o interessi suscettibili di dar vita a combinazioni mobili, continuamente cangianti in ragione dei casi.

Il rischio è, allora, quello che chi fa luogo al *riconoscimento* (in senso proprio) finisca con l’imporre la propria visione del mondo.

Cosa c’insegna al riguardo la storia? Per rispondere alla domanda dob-

biamo andare alle radici del costituzionalismo liberale; e non occorre qui rammentare la centralità di ruolo storicamente avuto dalla scrittura costituzionale in funzione del riconoscimento (e, di conseguenza, della salvaguardia) dei diritti costituzionali.

La Costituzione, nella sua accezione invalsa negli ordinamenti di tradizioni liberali, è *in nuce* – come sappiamo – una Carta dei diritti (a tutti nota è la felicissima e ad oggi insuperata formula di cui all’art. 16 della Dichiarazione del 1789), chiamata a dare, a un tempo, certezze di diritto costituzionale in senso oggettivo e certezze dei diritti costituzionali; anzi, ad essere ancora più precisi, a dare queste ultime a mezzo delle prime, le quali hanno dunque la loro *ratio* immanente, il *fine* e il *confine* allo stesso tempo del loro essere ed operare, nei diritti.

Considero ancora attuale l’insegnamento che ci viene dalla storia; ed è per ciò che – come mi affanno a dire da tempo – lo strumento col quale dare, in prima battuta, il riconoscimento (nella sua ristretta e propria accezione) dei nuovi diritti non può che essere la legge costituzionale, vale a dire ciò che maggiormente somiglia alla Costituzione, pur non condividendone – come sappiamo – il titolo, esclusivo di quella, di essere filiazione immediata e diretta del potere costituente.

Torniamo allo statuto: questo è il principio-guida teorico che sta a base del complesso processo, i cui elementi costitutivi e le più salienti movenze si descriveranno a momenti, a mezzo del quale prende forma il riconoscimento dei diritti. Occorre, cioè, recuperare il senso più genuino e profondo del costituzionalismo delle origini; e, così come la Costituzione ha reso visibili (“riconosciuto”, appunto) i diritti fondamentali che hanno animato la resistenza al fascismo, ponendosi quindi a base dell’avvento della Repubblica, allo stesso modo oggi la legge costituzionale si propone come lo strumento privilegiato, il più adeguato a dare il *primo* riconoscimento dei nuovi diritti fondamentali (spiegherò a momenti cosa intendo col termine appena evidenziato).

Se ne ha che *la legge costituzionale è la forma più adeguata alla razionalizzazione delle consuetudini culturali diffuse nel corpo sociale a riguardo dei bisogni elementari di singoli e gruppi*, non foss’altro che per la ragione che essa è l’atto di autorità che può al meglio rispecchiare il carattere plurale della società e rendere testimonianza dei più larghi consensi tra le forze politiche rappresentate nelle assemblee in cui s’incarna quel valore democratico che, unitamente al lavoro, sta a base della Repubblica. Garantisce, perciò, meglio della legge comune – perlomeno, secondo modello – una fedele ricognizione delle consuetudini suddette.

Più volte ho confessato di sentirmi fortemente a disagio davanti alla eventualità che si abbiano definizioni dei diritti fondamentali a colpi di maggioranza. Ciò che giudico sommamente pericoloso per la tenuta stessa del tessuto sociale, comportando il rischio del suo sfilacciamento, e per la salvaguardia della integrità della Costituzione (e della sua forza), che rischia essa pure di andare smarrita

e dispersa. E, invero, fatico a digerire l'idea che su questioni cruciali, quali quelle riguardanti l'inizio o il fine-vita, possano aversi definizioni imposte a propria immagine e somiglianza e per il proprio tornaconto dai governanti di turno, quale che ne sia ovviamente il colore, quindi raccolte ed espresse da leggi comuni, che poi – e perché no? – da quella stessa maggioranza (e con lo stesso strumento ordinario di normazione) siano riviste sotto la pressione di congiunturali esigenze, anche a breve distanza di tempo assistendosi pertanto alla riscrittura da cima a fondo degli enunciati che danno forma a quelle definizioni.

Certo, anche la legge costituzionale può, *nei fatti* (se non pure, però, ad opinione mia e di molti, *secondo modello*), esser figlia della sola maggioranza del suo tempo, senza che sui suoi contenuti si abbia riscontro di quella condivisione con le opposizioni (quanto meno, con le più consistenti di esse) che la più avvertita dottrina giudica indisponibile.

Pure certo è che la stessa legge costituzionale può sbagliare, per eccesso o per difetto, nel rilevare i bisogni elementari dell'uomo, senza che poi – perlomeno il più delle volte – *di fatto* l'errore sia sanzionabile (remota è, infatti, l'eventualità che la disciplina al riguardo venga caducata dal giudice delle leggi sotto lo specifico aspetto ora in rilievo, mentre è verosimile che possa andare soggetta, seppur entro certi limiti, ad interpretazioni anche sensibilmente innovative e, laddove possibile, “sananti”). Come si vedrà a momenti, a questi inconvenienti, che meritano di essere fatti oggetto di attenta considerazione, può porsi almeno in parte rimedio attraverso l'opera della giurisprudenza, il cui ruolo in fatto di riconoscimento e tutela dei diritti fondamentali appare essere di centrale rilievo.

4. Il timore, di cui si è resa interprete una sensibile dottrina, che, per l'accezione di “diritto fondamentale” qui proposta, possano esserne sacrificati proprio i bisogni più intensamente avvertiti dalle voci minoritarie nella società ovvero che la qualifica data delle consuetudini suddette finisca col contraddire queste ultime, e gli argomenti invece spendibili a sostegno della proposta ricostruttiva qui affacciata

Ciò che però più conta tenere a mente è che la legge costituzionale è anche – come si diceva – strumento di autorità, di forza politica; anzi, è il massimo di tali strumenti. Il rischio è allora quello lucidamente paventato da M. Dani nel corso del nostro dibattito, che proprio i bisogni dei soggetti più deboli ed esposti, degli emarginati, delle voci minoritarie nella società risultino sacrificati da parte di chi è in quest'ultima maggioranza culturale ed è maggioranza politica in Parlamento, laddove potrebbe dichiararsi avverso al loro riconoscimento.

Il riferimento alle consuetudini, pur se meramente culturali e non pure positive, secondo la proposta teorica qui affacciata, può dunque portare all'esito di mettere il bavaglio davanti alla bocca di questi soggetti.

In un non dissimile ordine di idee anche G. D'Amico ha fatto notare che la consuetudine evoca l'idea della uniformità mentre la cultura quella della

pluralità degli orientamenti e delle azioni: la formula da me prospettata darebbe quindi vita ad un autentico ossimoro. D'Amico, col consueto garbo che gli è proprio, non è stato così crudo ed esplicito nel suo appunto critico ma questa – a me pare – ne era la sostanza. Un ossimoro, però, che – in disparte quanto si dirà subito appresso – non è, per vero, affatto provato e, dunque, necessariamente ricorrente, sol che si pensi che, a fronte dei campi materiali, invero non poco estesi, in cui la cultura è attraversata da perduranti tensioni, oscillazioni e contrasti anche vistosi, se ne danno altri, non meno estesi, nei quali essa ha ormai trovato dentro di sé una indiscussa concordia (quante sono, d'altronde, le verità scientifiche ormai più non controverse? Chi dubita, ad es., che la terra non sia un disco piatto, come per un'antica credenza, o che resti immota mentre il sole le gira attorno? E, infine, sono più le questioni ormai definitivamente risolte ovvero quelle ancora aperte?).

Le obiezioni qui riassuntivamente rappresentate sono, ad ogni buon conto, serie, anzi molto serie, ma – sembra di poter dire – non insuperabili.

In primo luogo, va nuovamente richiamato il rapporto stretto, inscindibile, che si dà negli ordinamenti di tradizioni liberal-democratiche tra diritti fondamentali e Costituzione, questa non avendo senso senza quelli, e viceversa. La Costituzione, quale legge fondamentale dell'ordinamento, esprime una naturale vocazione alla stabilità ed alla certezza (e mi piace, al riguardo, qui ricordare un approfondito studio del mio compianto Maestro, T. Martines, in tema di dimensione temporale del diritto e dell'esperienza costituzionale): si pone, dunque, quale fattore di stabilizzazione ma anche di promozione e di rinnovamento, di trasformazione profonda della società secondo quella tavola di valori che dà senso all'etica pubblica repubblicana e che ha la sua sintesi espressiva più efficace nel II c. dell'art. 3. E, in fondo, se ci si pensa, ogni Costituzione è, a un tempo, una *Carta-bilancio* ed una *Carta-programma*, non necessariamente né esclusivamente – come un'antica dottrina riteneva – o l'una o l'altra cosa: una Carta, cioè, che raccoglie, “razionalizzandolo”, ciò che è frutto di esperienze consolidate nella struttura sociale ed allo stesso tempo di quest'ultima promuove la trasformazione e il vero e proprio rivolgimento all'insegna dei valori posti a fondamento e giustificazione dell'intero ordinamento.

Ora, il medesimo fine della stabilità e della certezza sta a base e giustificazione dell'adozione delle leggi costituzionali in genere, tanto più laddove – come nella proposta qui nuovamente affacciata – si volgono a dare voce ai nuovi diritti.

In secondo luogo, non qualunque pulsione emotiva di cui dovessero farsi espressione singoli o gruppi spontanei, anche i più eccentrici e bizzarri, rappresentata in termini di “diritto fondamentale”, può ragionevolmente pretendere per sé il riconoscimento come tale. È così, d'altronde, come si sa, anche per i diritti vecchi o vecchissimi: ad es., il diritto di libertà religiosa, che – non si dimentichi – è il primo dei diritti di libertà storicamente rivendi-

cato dall'uomo, non può essere invocato da chi dovesse dichiararsi portatore – esaspero ora volutamente il discorso – di una nuova religione che ha nella bottiglia (magari riempita di buon vino...) il trascendente in cui si riconosce ed identifica, secondo quanto ha peraltro, con dovizia di argomenti, da tempo mostrato la più avvertita dottrina in tema di confessioni religiose.

Ancora una volta, decisivo e comunque imprescindibile è, dunque, il riferimento ad una consuetudine culturale di riconoscimento diffusa nel corpo sociale e radicata perciò in quest'ultimo sì da potersi fare parametro, ai fini e per gli effetti di cui agli artt. 8, 19 e 20 della Carta.

Stabilità e certezza in ordine a ciò che è un nuovo diritto sono, pertanto, qualità indispensabili e strumentali all'affermazione della Costituzione quale "luogo" positivo espressivo di valori omnicondivisi. Dar spazio ad un soggettivismo esasperato ed incontenibile equivale ad alimentare un nichilismo costituzionale che, a conti fatti, si converte e risolve nella sostanziale *decostituzionalizzazione della Costituzione*.

In terzo e risolutivo luogo, rimane sempre a beneficio dei gruppi minoritari e dei singoli la risorsa dell'appello al giudice (europeo o nazionale, comune e, se del caso, per il tramite di questo, costituzionale), ancorato alla *coppia assiologica fondamentale* – come a me piace chiamarla – di libertà ed eguaglianza, per effetto del cui contestuale e sinergico operare i nuovi diritti hanno modo pur sempre di farsi largo e, sia pure alle volte imperfettamente e comunque gradualmente, affermarsi. E, invero, il giudice – è qui il cuore della questione ora discussa – può porsi, ed effettivamente non di rado si pone, non soltanto quale testimone e portavoce di consuetudini radicate nel tessuto sociale ma anche quale fattore di promozione e di orientamento di nuove consuetudini culturali, concorrendo perciò, talora risolutivamente, alla loro formazione e maturazione. Le stesse leggi, peraltro, laddove vengono alla luce a beneficio dei diritti, sono, a un tempo, sollecitate, per un verso, a conformarsi al "fatto" (qui, alle consuetudini culturali in discorso) e, per un altro, ad operare per la trasformazione del "fatto" stesso, *secondo valore*, secondo la efficacissima sintesi espressa dai due commi dell'art. 3: è in questa costante, consustanziale, tensione tra adeguatezza all'esistente e superamento dello stesso, in vista dell'affermazione della Costituzione *magis ut valeat*, che dunque si coglie ed apprezza l'orientamento assiologico-sostanziale dell'attività dei pubblici poteri in genere.

Ora, il ruolo "promozionale", in accezione assiologicamente qualificata, dei giudici viene ad essere particolarmente sottolineato proprio laddove dovesse tardare a venire alla luce la razionalizzazione legislativa (in forma costituzionale prima ed ordinaria poi): nel qual caso, le tensioni presenti nel corpo sociale vengono quindi naturalmente portate a scaricarsi sui giudici, obbligati assai di frequente – come si sa – ad un ruolo di "supplenza" (così è usualmente, con una certa approssimazione, chiamato) nei riguardi di una legislazione inerte o complessivamente carente.

Gli esempi che possono al riguardo addursi sono talmente numerosi da aversi davvero l'imbarazzo della scelta. E, dunque, si rammenti la triste vicenda Englaro o ciò che si è avuto in materia di procreazione medicalmente assistita per mano della giurisprudenza (comune e costituzionale), cui è da imputare il sostanziale rifacimento della legge 40 del 2004, ora per via interpretativa ed ora a mezzo di pronunzie ablative della Consulta. O, ancora, si rammenti quanto da tempo si ha in quel vero e proprio "universo", ad oggi largamente inesplorato, che è la famiglia (in larga accezione), in ispecie con riferimento alla tutela delle coppie omosessuali, di cui si sono in buona sostanza dovuti fare carico i giudici fino all'approvazione della recente legge n. 76 del 2016, la quale poi – è facile previsione già affacciata dai primi commentatori – obbligherà di sicuro i giudici stessi ad una faticosa opera di ricucitura di taluni disposti in essa contenuti lacunosi o di dubbia coerenza interna.

L'esempio del matrimonio tra persone dello stesso sesso è altamente indicativo di quanto si viene ora dicendo a sostegno della ricostruzione qui proposta.

Chi mi conosce sa che non credo che esso possa trovare spazio per affermarsi in base a quanto dispone la Costituzione vigente, secondo quanto ha peraltro al riguardo fatto ripetutamente notare la giurisprudenza costituzionale (spec. in Corte cost. nn. 138 del 2010 e 170 del 2014), e – a dirla tutta – è dubitabile che possa affermarsi persino giovandosi dello strumento apprestato dall'art. 138. Eppure, devo qui confessare di esser convinto che il giudice delle leggi potrà, prima o poi, cambiare idea, anche in difetto di una nuova e diversa disciplina costituzionale, dietro la spinta viepiù pressante di una risoluta e intraprendente giurisprudenza comune, nella quale peraltro si rispecchia una vigorosa tendenza culturale presente nel tessuto sociale, di certo non scoraggiata dalla stessa giurisprudenza europea. Di modo che, quando sarà scritta la storia di questa ad oggi ingarbugliata vicenda, non potrà non riconoscersi il ruolo di prima grandezza esercitato dalla giurisprudenza nel raccogliere indicazioni e suggestioni venute dal corpo sociale, nei cui riguardi si è peraltro mostrata sensibile la recente legge sulle unioni civili e le convivenze, da cui potrebbe quindi venire la spinta al legislatore futuro perché faccia luogo a quella razionalizzazione della nuova consuetudine culturale favorevole al matrimonio in parola che giudico ad oggi incompiuta e che però potrà maturare appunto sotto la decisa pressione della giurisprudenza stessa.

Il rapporto intercorrente tra legislazione e giurisdizione è, ad ogni buon conto, complesso, connotato da fluidità di movenze e da incertezza dei possibili esiti. Alle volte, infatti, la prima precede, fonda e giustifica la seconda, com'è in fondo naturale che sia; altre volte, invece, quest'ultima precede e stimola l'altra, che poi a sua volta può sollecitare l'adozione di innovativi indirizzi giurisprudenziali ovvero portare alla correzione di vecchi. Ancora una volta, come si vede, il circolo produttivo, prima che al piano positivo, si apprezza e coglie a quello culturale.

Il circolo tuttavia alle volte non prende forma compiuta. Come, nuovamente, testimonia il caso Englaro, la giurisdizione è assai spesso obbligata a confrontarsi direttamente, *omisso medio*, con la Costituzione, dei cui principi fa – con ogni probabilità, *obtorto collo* – applicazione diretta, a motivo dell'assenza di norme di legge, costituzionali e/o comuni, che diano visibilità ai nuovi diritti, corredandola della necessaria regolazione.

Non è questo, però, il contesto rispondente al modello, nella sua lineare ed essenziale conformazione, perlomeno per l'idea che di esso sono venuto facendomi nel corso di ormai pluridecennali riflessioni. Per il modello stesso, infatti, un ruolo di speciale rilievo va assegnato, a rimorchio e prolungamento della disciplina costituzionale, alla legge comune, in relazione sia ai vecchi che ai nuovi diritti; un prolungamento che, nondimeno, come subito si passa a dire, è oggi chiamato a presentarsi in forme complessivamente diverse da quelle di un tempo.

5. Il problema della tutela dei diritti fondamentali

5.1. Duttilità strutturale, carente tipizzazione e mutua complementarietà degli atti dei pubblici poteri, leggi e sentenze, al servizio dei diritti

Si pone, a questo punto, la questione relativa al modo con cui si connotano le pubbliche funzioni (e gli atti che ne sono espressione) nel tempo presente.

I fattori ai quali si è fatto cenno in esordio di questa riflessione, con riguardo alle cause di maggior rilievo che hanno portato ad un'autentica proliferazione di nuovi diritti fondamentali (o rappresentati come tali), stanno altresì, di conseguenza, a base della caratterizzazione complessiva degli atti dei pubblici poteri, specificamente laddove si volgono ad apprestare riconoscimento e tutela ai diritti.

E così lo sviluppo scientifico e tecnologico, per un verso, e la complessità sociale, per un altro, con la pluralità delle voci culturali presenti nel corpo sociale, spingono naturalmente per un'accentuata e diffusa duttilità di struttura degli atti chiamati a darvi ascolto. Non a caso, sempre più di frequente le discipline legislative si dotano di previsioni essenziali, *per principia*, così come le stesse pronunzie dei giudici costituzionali (ed a questi vanno in misura crescente somigliando anche le Corti europee, esse pure dunque ponendosi come *materialmente costituzionali*, al pari delle Carte di cui sono garanti) non di rado esibiscono parimenti una struttura fatta a maglie larghe, esprimendo principi che quindi si consegnano, a un tempo, al legislatore e, per l'intanto, ai giudici comuni per la loro opportuna *specificazione-attuazione* (e non, dunque, la mera *applicazione*) in relazione ai casi. Le decisioni-pilota della Corte europea e le additive di principio del giudice costituzionale danno emblematica testimonianza di questa tendenza che va sempre di più rami-

ficandosi e radicandosi nel terreno in cui maturano le esperienze dei diritti, specie di quelli che attengono a questioni eticamente sensibili.

La duttilità strutturale degli atti porta, poi, a rendere sempre più fitti i collegamenti funzionali tra di essi intercorrenti: evidenza, cioè, il carattere parziale degli interventi posti in essere da ciascuno di essi e, per ciò stesso, la loro reciproca, naturale complementarietà. I principi hanno infatti bisogno delle regole al fine di potersi implementare in modo adeguato nell'esperienza, così come queste hanno bisogno di trarre luce ed ispirazione da quelli.

Come si è tentato di mostrare in altri luoghi, non di rado vengono infatti a formazione *catene di atti* (per ciò che maggiormente importa, di pronunzie dei giudici), convergenti al medesimo fine e, perciò, produttivi di un effetto unitario, che ovviamente nulla toglie al rilievo degli effetti imputabili a ciascuno di essi ma che li comprende e *quodammodo* trascende. Viene, cioè, a mettersi in moto una complessa manovra, che ha assai di frequente la sua spinta iniziale in ambito sovranazionale (segnatamente, presso la giurisprudenza europea, che nondimeno è spesso evocata in campo da operatori nazionali) e la sua naturale proiezione in ambito interno, laddove si riproduce e diffonde presso plurime sedi istituzionali, sollecitate a concorrere al perfezionamento della manovra stessa, affinché essa possa appunto sortire gli effetti sperati.

Non di questo soltanto però si tratta. Anche per il modo con cui gli atti si presentano in struttura e funzione, è parimenti frequente assistere alla loro sostanziale confusione, che mette in crisi dunque la loro vocazione alla reciproca tipizzazione, superata da molteplici e varie espressioni di mutua (e, non di rado, improvvisata ed approssimativa) sussidiarietà. Particolarmente vistoso si presenta il fenomeno con riguardo ai casi, ormai di pressoché quotidiano riscontro, in cui le decisioni dei giudici prendono il posto di leggi o del tutto mancanti o, comunque, largamente carenti. In congiunture siffatte, prende corpo una marcata torsione del principio della separazione dei poteri che, pur nelle forme peculiari e temperate di cui si riveste, secondo modello e più ancora secondo esperienza, nel tempo presente, resta nondimeno un punto fermo (anzi, *il* punto fermo) al quale ancorare la speranza di poter salvaguardare il valore democratico, la stessa idea di Costituzione, evocata – come si rammentava – dall'art. 16 della Dichiarazione del 1789, i diritti fondamentali, che in un contesto siffatto non hanno (non *possono* avere) né presente né futuro.

Ora, se e quando il fenomeno resta contenuto entro una certa soglia può essere tollerato ed assorbito, considerato appunto quale lo specchio dei tempi, una delle più attendibili testimonianze del modo complessivo di essere e di divenire dello Stato costituzionale e di operare degli attori istituzionali in esso presenti.

Il punto è, però, che la soglia suddetta non poche volte viene ad essere varcata; e l'operazione riceve – come si sa – fin troppo benevolo avallo da parte degli organi di garanzia o, addirittura, si deve proprio alla mano di questi ultimi, che nondimeno si fanno cura di mascherarla abilmente.

Sta di fatto che la duttilità strutturale degli atti appare essere, comunque, necessaria; tant'è che, quando fa difetto, viene non di rado imposta a forza (si pensi, ad es., ai non pochi casi in cui la flessibilizzazione dei disposti legislativi si ha a mezzo di pronunzie manipolative del giudice costituzionale).

La complementarietà dei ruoli mostra, dunque, il carattere approssimativo della tesi, come si sa largamente circolante, secondo cui lo Stato si sarebbe ormai trasformato (forse, irreversibilmente) presentandosi appunto quale “giurisdizionale”.

Avverto di rifuggire, in generale, dalla moda delle etichette che, quando va bene, fatalmente colgono solo una parte di vero, appiattendolo e riducendo esperienze che in realtà hanno in sé complessità di tratti, fluidità degli elementi costitutivi, uno spessore che va ben oltre la crosta del fenomeno rappresentato. Se tuttavia volessimo dare un'idea di come stanno al riguardo le cose, dovremmo allora concludere nel senso che si ha (o, meglio, *dovrebbe* secondo modello costantemente aversi) uno *Stato che è, a un tempo, legislativo e giurisdizionale*, non solo l'una cosa ad esclusione dell'altra.

Con ciò, ovviamente, non si ha a cuore di coprire (o di prestare avallo a) talune espressioni della pratica giuridica connotate da eccessi e complessive torsioni del figurino costituzionale. Non occorre tuttavia pervenire alla sponda opposta di ripudiare l'intera esperienza sol perché si hanno talune sue espressioni, per l'uno o per l'aspetto, censurabili.

5.2. Il c.d. “dialogo” tra le Corti, il “*metaprinzipio*” della massimizzazione della tutela che ne orienta e governa le movenze, i rischi per la certezza del diritto che, secondo una critica ricorrente, il suo accoglimento farebbe correre e i positivi effetti invece per il suo tramite raggiungibili, specificamente per ciò che attiene alla certezza dei diritti (e cioè alla effettività della loro salvaguardia)

In questo quadro, il c.d. “dialogo” tra le Corti – termine che seguito a considerare improprio e, nondimeno, evocativo di una realtà composita, bisognosa di molta attenzione e adeguata chiarificazione – acquista centralità di posto, ponendosi quale passaggio obbligato non solo per l'ottimale tutela dei diritti ma, alle volte, a motivo della latitanza del legislatore, ancora prima (e di più) per il loro stesso riconoscimento.

Il dialogo è strumento multiuso: si presta tanto al rinnovamento degli indirizzi giurisprudenziali quanto alla loro stabilizzazione. Ed è strumento che ha altresì doppio volto, rendendo testimonianza sia di divergenze e sia pure di convergenze. “Dialogare”, infatti, come si è precisato altrove, non vuol dire necessariamente essere d'accordo, l'importante però è capirsi; e, comprendendosi, alla lunga, la spinta più vigorosa, espressiva delle maggiori tendenze, è proprio quella – a me pare – per il secondo piuttosto che per il primo corno dell'alternativa. E non può, invero, al riguardo non riconoscersi

ed apprezzarsi lo sforzo, già al presente tangibile, prodotto dalle Corti al fine di accorciare – fin dove possibile – la distanza tra le rispettive posizioni piuttosto che per allungarla.

Ci si deve a questo punto chiedere se si diano in Costituzione indicazioni in ordine al modo corretto, lineare, di svolgersi del dialogo, segnatamente tra le Corti europee e quelle nazionali.

La questione è, *in nuce*, di teoria della Costituzione.

Chiarisco il mio pensiero muovendo da due dati, l'uno inconfutabile, l'altro invece oggi accesamente discusso.

Il primo è che la Costituzione non detiene ormai più, così come invece un tempo, il monopolio del riconoscimento dei diritti fondamentali, che – come si è già rammentato – condivide con altre Carte di origine esterna (per ciò che qui maggiormente importa, la CEDU e la Carta dell'Unione europea). La qual cosa, poi, la dice lunga circa la possibilità di mantenere così com'è uno schema risalente che vede nella Costituzione stessa la più genuina, immediata ed esclusiva espressione del potere costituente di liberale fattura.

Il secondo dato attiene alla struttura dell'identità costituzionale, quale risulta dai valori fondamentali dell'ordinamento visti nel loro fare sistema, una *struttura plurale*, dal momento che tra i valori in parola vi è anche quello dell'apertura verso l'alto e verso l'altro (e, segnatamente, la Comunità internazionale e l'Unione europea). Se ne ha, dunque, che, nel momento in cui l'ordinamento acconsente a limitazioni della propria sovranità – secondo la previsione dell'art. 11 della Carta – in funzione della salvaguardia della pace e della giustizia tra le Nazioni, non presta un servizio a qualcosa che è fuori dell'ordinamento stesso bensì proprio ad uno dei suoi valori fondamentali, di quei valori che appunto entrano a comporre la *nostra* identità, il nostro DNA costituzionale (segnalo qui nuovamente, e sia pure di sfuggita, la stranezza – tale, perlomeno ai miei occhi, appare – costituita dal fatto che, a giudizio della Consulta, la CEDU non gioverebbe alla causa della pace e della giustizia, ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 11; e ciò, malgrado si riconosca – sent. n. 349 del 2007, p. 6.1. del *cons. in dir.* – che essa si pone quale “una realtà giuridica, funzionale e *istituzionale*”, come tale perciò rispondente al requisito della organizzazione, secondo la nota definizione datane da S. Romano, che la porterebbe diritto a godere della “copertura” del disposto costituzionale in parola).

Ci si intenda. Nessuno ha mai, giustamente, affermato che l'apertura in parola debba risultare incondizionata, *senza “se” e senza “ma”*. Né – mi preme qui chiarire, a scanso di taluni equivoci originati da affrettate letture fatte di alcuni miei scritti – ho mai pensato che le cose debbano andare proprio così, sol perché mi sono ripetutamente dichiarato contrario ad ammettere l'esistenza della categoria dei “controlimiti”. Di contro, ho più volte tenuto a precisare (e tengo qui a ribadire) che la composizione (non già delle *fonti* bensì) delle *norme* in sistema prescinda dalla loro provenienza e dalla loro forma (dalla *fonte*, appunto) e debba piuttosto risultare governata da (e punta-

re costantemente alla) ottimale realizzazione dei beni della vita costituzionalmente protetti (per ciò che qui più da presso importa, dei diritti fondamentali).

D'altro canto, tutte le Carte pretendono di poter valere se (ed in quanto) possano servire a questo scopo: è detto esplicitamente nell'art. 53 tanto della CEDU quanto della Carta dei diritti dell'Unione e risulta, a mia opinione con chiarezza, dalla stessa legge fondamentale della Repubblica, per la elementare ragione che è nell'idea stessa di Costituzione la sua vocazione alla massima affermazione possibile, in ispecie nei suoi valori di libertà ed eguaglianza (e, in ultima istanza, dignità), la *coppia assiologica fondamentale* – come si è veduto – che dà senso agli stessi principi fondamentali restanti, piegati a darvi il più adeguato servizio in ragione dei casi.

Di qui, l'eventualità che, in uno di tali casi, le norme di origine esterna possano recedere davanti a norme interne, pur mostrandosi rispettose dei principi di base dell'ordinamento (dei "controlimiti", appunto), così come però (ed all'inverso) potrebbero prevalere pur se contrarie a questo o quel principio fondamentale, ove risultino ancora meglio attrezzate delle norme nazionali a servire al meglio la tavola dei valori costituzionali nel loro fare "sistema", vale a dire a portare alla ottimale affermazione della tavola stessa nell'esperienza, all'esito di un'operazione di ponderazione assiologica che verifichi se sia da preferire la "situazione normativa" – come a me piace chiamarla – *con* ovvero *senza* il vigore delle norme esterne.

Nessuna fonte, pertanto, è incondizionatamente prescrittiva, neppure la Costituzione; tutte, di contro, lo sono secondo i casi ed alla luce dei valori, potendosi affermare laddove dimostrino di essere culturalmente meglio attrezzate di altre, avendo da offrire sul mercato dei diritti la merce migliore, la più adeguata ai bisogni di cui si chiede appagamento.

Insomma, nessuna eventualità può essere in partenza scartata, per un aprioristico convincimento d'ispirazione formale-astratta, l'esito dipendendo ogni volta dal modo con cui l'operatore di turno reputi che possano essere appagati al meglio i beni della vita costituzionalmente protetti, nel loro fare "sistema".

Il principio-guida, l'autentico "metaprinzipio", siccome relativo al modo con cui i principi si pongono in reciproco rapporto, è quello, dietro accennato, della *massimizzazione della tutela*, dell'innalzamento massimo possibile del punto di sintesi tra i beni stessi.

Non a caso, la giurisprudenza costituzionale si mostra particolarmente insistente, specie negli ultimi anni, nel richiedere agli operatori (e, segnatamente, ai giudici) di prestare attenzione non al solo diritto di volta in volta in gioco bensì all'intero sistema dei beni della vita costituzionalmente riconosciuti. E, sempre non a caso, la giurisprudenza stessa, al fine del conseguimento della massima tutela possibile, sollecita a far luogo – perlomeno fin dove possibile – alla mutua integrazione delle Carte nei fatti interpretativi, per riprendere ora la felice indicazione data da Corte cost. n. 388 del 1999. Con il che si dà dunque ad intendere che le Carte possono giocarsi la partita alla pari e che ciascuna di

esse ha da mettere in campo quanto di più e di meglio ha al fine dell'appagamento dei bisogni elementari dell'uomo sistematicamente considerati.

Il canone della miglior tutela – mi preme qui nuovamente rimarcare, dopo averne detto altrove – si pone, dunque, quale fattore, ancora prima della selezione della fonte maggiormente adeguata al caso, di *preorientamento interpretativo* delle Carte e della loro mutua e paritaria integrazione culturale, secondo l'indicazione data dalla pronunzia della Consulta sopra richiamata.

L'interpretazione, insomma, non è mai neutra bensì assiologicamente (pre) orientata. L'indicazione positiva al riguardo data dall'art. 53 della Carta di Nizza-Strasburgo, in relazione al modo con cui questa chiede di essere intesa, possiede ed esprime una generale valenza di ordine metodico-teorico.

Perciò, il riconoscimento dato dalla singola Carta (Costituzione inclusa!) è obbligato a costanti mediazioni culturali con quelli date dalle altre Carte, in vista del conseguimento del fine appena enunciato.

È chiaro che, ambientate le relazioni tra le Carte (e le Corti che ne sono garanti) su un piano assiologico-sostanziale, siccome governate dal metaprinzipio della miglior tutela, si corre il rischio non lieve di demandare a rapporti di forza tra le Corti stesse l'esito delle vicende processuali che s'impianzano e svolgono ogni volta che si faccia questione della salvaguardia di questo o quel diritto. Il rischio è, insomma, quello, più volte da molti denunciato, di una deriva soggettivistica che, a conti fatti, finirebbe col riproporre quello scenario inquietante, dietro già delineato, di fare della Corte più forte un *potere costituente permanente* e, per ciò stesso, di smarrire del tutto il bene irrinunciabile della certezza del diritto (qui, nella sua massima espressione, quale certezza del diritto costituzionale e dei diritti costituzionali).

Questa obiezione mi è stata mossa da più parti, specie in relazione ad una personale proposta ricostruttiva dell'ordine delle fonti (*rectius*, delle *norme*) che vado mettendo a punto da tempo, ragionando su varie questioni di diritto costituzionale, per il modo con cui le norme stesse si pongono davanti ai valori fondamentali dell'ordinamento (e, tra questi, principalmente a quello che vuole riconosciuti i diritti inviolabili dell'uomo, nel suo fare tutt'uno col valore di eguaglianza).

Trovo tuttavia singolare che chi nutre preoccupazione circa il triste destino che attenderebbe la certezza del diritto per effetto dell'adozione di criteri assiologico-sostanziali di sistemazione delle fonti (*rectius*, delle *norme*) e, in genere, di qualificazione dell'esperienza giuridica, non trovi nulla di strano a riguardo del quotidiano e diffuso utilizzo dei criteri stessi nei campi più varî ed a plurimi fini o effetti (si pensi, solo per fare i primi esempi che vengono in mente, alla teoria dei limiti alla revisione costituzionale, che porta a distinguere norma da norma in seno alla legge fondamentale della Repubblica, o ai limiti all'abrogazione popolare, specificamente laddove la relativa domanda investa norme idonee ad assicurare una "tutela minima" ai beni costituzionalmente protetti, o, ancora, al modo stesso con cui dagli enunciati si estraggono

le norme, l'interpretazione per sua natura svolgendosi su un terreno spianato da canoni di sostanziale fattura).

5.3. Il fondo di verità racchiuso nella critica di coloro che si mostrano preoccupati per la certezza del diritto e le opportunità offerte a quest'ultima al fine di potersi compiutamente affermare dotandosi di ancora più solide basi il "dialogo" tra le Corti a mezzo di una nuova e più adeguata razionalizzazione dei loro rapporti

Tutto ciò posto, è pur vero che le relazioni tra i giudici non possono essere per intero abbandonate a se stesse, di modo che il loro dialogo prenda forma secondo congiunturali improvvisazioni e grazie alla buona volontà di questa o quella Corte e di tutte assieme di darsi reciproco ascolto, portando a frutto le indicazioni che vengono da ciascuna di esse a beneficio dei diritti.

Per vero, alcuni canoni a base delle relazioni in parola non fanno già oggi difetto; e basti solo, al riguardo, pensare a ciò che ha rappresentato (e più ancora, verosimilmente, rappresenterà anche per l'avvenire) il meccanismo del rinvio pregiudiziale alla Corte dell'Unione. I compiti crescenti e sempre più gravosi che attendono già al presente (e di sicuro ancora di più attenderanno un domani) i giudici rendono chiara testimonianza del fatto che lo strumento in parola, seppur prezioso e suscettibile di essere portato ad ancora più feconde applicazioni, non è nondimeno sufficiente. La domanda imponente di appagamento di sempre nuovi bisogni è, già di per sé, la prova migliore della necessità di mettere ordine nel dialogo intergiurisprudenziale, senza comunque soffocarne la naturale vocazione ad esprimersi nei modi più varî in ragione della parimenti varia connotazione dei casi.

Il dialogo può, infatti, dimostrarsi strumento adeguato a dare certezze di diritto costituzionale e di diritti costituzionali, agevolando la formazione di orientamenti giurisprudenziali convergenti, solo a condizione che si apprestino basi positive sufficientemente solide sulle quali possa impiantarsi e svolgersi.

In astratto, possono al riguardo battersi due vie, senza nondimeno escludere che possano essere percorse entrambe con buoni risultati.

La prima è quella di una normazione eteroprodotta, l'altra quella di una autoprodotta.

Avverto subito di considerare più piana – perlomeno al presente – la seconda, che si affida a protocolli d'intesa tra le Corti in vista della soluzione "concordata" da dare ad alcune tra le più impegnative e spinose questioni. È questa la soluzione fatta propria di recente – come si sa – dalla Corte di Cassazione e dalla Corte EDU; e, a quanto pare, i primi risultati avutisi per effetto del protocollo tra di esse stipulato sono assai promettenti.

È poi da studiare attentamente l'eventualità che le Corti europee decidano in via di fatto (magari, in vista del consolidamento di una loro iniziale conven-

zione e della sua conversione in una vera e propria consuetudine) di consultarsi reciprocamente prima di pronunciarsi su determinate questioni, ferma restando la libera autodeterminazione conseguente al reciproco ascolto. Pur auspicando che quest'esito possa aversi – è da sperare, tra non molto –, confesso tuttavia di dubitare che esso sia raggiungibile per via di mero fatto, senza cioè poter poggiare su un documento normativo, sia pure di *soft law*, che ne agevoli il conseguimento. Ancora più salda, poi, la base in parola – e qui vengo a dire della prima via – qualora venisse delineata in un vero e proprio accordo di diritto internazionale, la cui formazione però comporterebbe una modifica dei trattati e, perciò, richiederebbe un consenso talmente largo da far dubitare che possa, perlomeno a breve, aversi. Eppure, specialmente nella prospettiva, per remota che ad oggi appaia, dell'adesione dell'Unione alla CEDU, percorrere l'una o l'altra delle vie sopra indicate mi parrebbe sommamente opportuno; e, d'altro canto, il trattato di adesione in parola non potrà non prevedere una qualche forma di collegamento istituzionale tra le Corti europee.

La conclusione appena raggiunta può riproporsi con riguardo altresì ai rapporti con le Corti nazionali. Anche su questo versante, infatti, molto v'è da costruire al fine di dotare i rapporti stessi di basi adeguate all'impegno connesso al loro svolgimento.

Si pensi, ad es., alla eventualità di dar vita ad una sorta di rinvio pregiudiziale “discendente” – come lo si è altrove chiamato – che dia modo alla Corte dell'Unione di potersi pronunciare *causa cognita*, laddove a ciò adita, in merito a sospette violazioni da parte della normativa dell'Unione stessa nei riguardi dei principi di struttura degli ordinamenti nazionali, ai quali essa è – come si sa – obbligata dall'art. 4.2 del trattato di Lisbona a prestare rispetto. Mi pare evidente che il giudice eurounitario abbia al riguardo il suo specifico, illuminante punto di riferimento nel diritto vivente, quale affermatosi presso ciascun ordinamento nazionale, nel quale si converte e risolve il diritto costituzionale vigente.

Fermo questo principio, quest'autentica direttiva metodica d'azione, è poi da stabilire se sia sufficiente che la Corte dell'Unione prescelga da sé, senza alcun sussidio offertole in spirito di “leale collaborazione” dai giudici nazionali, la normativa nazionale giudicata espressiva dei principi di struttura cui fa richiamo l'art. 4.2, cit., oppure se sia doveroso ovvero opportuno che riceva al riguardo indicazioni dai giudici nazionali (e, poi, da quali? Dal solo tribunale costituzionale, quale interprete privilegiato, seppur ovviamente non esclusivo, dei principi in parola oppure anche dai giudici comuni, e segnatamente dal giudice della legittimità?).

Come si vede, si pongono non pochi né lievi problemi, anche di mantenimento di delicati equilibri istituzionali di diritto interno (segnatamente, tra la Corte di Cassazione e la Corte costituzionale), ai quali, per l'ipotesi ora ragionata, occorrerebbe far fronte.

Non sono tuttavia così ingenuo da pensare che la Corte dell'Unione possa accedere di buon grado all'ordine di idee di sottoporsi culturalmente – ché di

questo, a conti fatti, si tratta – ad indicazioni dei giudici nazionali che comunque ne condizionerebbero, in maggiore o minore misura, l’operato. Eppure, una siffatta, ipotetica indisponibilità al “dialogo” coi giudici nazionali sarebbe, a mia opinione, un grave errore, un autentico difetto di miopia da correggere urgentemente: né più né meno di come lo è stato quello del nostro giudice costituzionale che fino a pochi anni addietro si è dichiarato indisponibile ad avvalersi dello strumento del rinvio pregiudiziale, in tal modo da se medesimo emarginandosi dal circuito in cui prende forma il dialogo intergiurisprudenziale e lasciando perciò campo libero ai giudici comuni. Ancora oggi, peraltro, la giurisprudenza in tema di doppia pregiudizialità, comunitaria (o, dovrebbe oggi dirsi, eurounitaria) e costituzionale, con l’ordine di precedenza al riguardo stabilito, finisce, a conti fatti, col tradursi in un arretramento da parte della Consulta dal campo in cui si gioca la partita tra i giudici nazionali e quelli dell’Unione.

Quand’anche, dunque, non si riuscisse a far luogo ad una modifica del trattato, delineando il percorso “discendente” in parola, ugualmente consiglieri di estendere il “metodo” inaugurato dal protocollo d’intesa tra la nostra Corte di Cassazione e la Corte di Strasburgo a tutto campo, sì da comprendere tanto il fronte dei rapporti tra le due Corti europee quanto quello dei rapporti tra la Corte dell’Unione e il giudice della legittimità (ed altri giudici ancora, quali quelli amministrativi) ed anche – perché no? – lo stesso giudice costituzionale.

Miglioramenti si rendono, poi, necessari anche in merito allo strumento di consultazione di cui al prot. 16 allegato alla CEDU, in ispecie valutando se sia il caso di concedere altresì ai giudici non di ultima istanza l’opportunità di interpellare la Corte europea e, ovviamente, corredando siffatta previsione di meccanismi di filtro idonei a preservare la funzionalità della Corte stessa già oggi minacciata dal suo... *ottimo rendimento*, testimoniato dalla crescita esponenziale delle cause portate alla sua cognizione (ad es., dando modo ad un collegio ristretto costituito in seno alla Corte di selezionare le domande meritevoli di esame). Proprio perché ha fatto cose egregie, la Corte potrebbe, dunque, non... *poterle fare più*, laddove dovesse continuare l’attuale *trend* di ricorsi. Un *trend* che, peraltro, rende esso pure testimonianza sia di quella fioritura di diritti, di cui si è venuti dicendo, sia di un’accresciuta sensibilità ormai maturata nel corpo sociale e tra gli operatori istituzionali per ciò che attiene al servizio che le Carte diverse dalla Costituzione (e, tra queste, appunto la CEDU) possono offrire al compiuto appagamento dei diritti.

6. Al tirar delle somme

Come, da chi e dove, dunque, sono riconosciuti e tutelati i diritti fondamentali?

Lo Stato costituzionale, tanto secondo l’originario modello risultante dalla Carta di cui la Repubblica si è dotata all’indomani della sua nascita quanto (e

soprattutto) secondo i suoi più recenti sviluppi nell'esperienza, esibisce una struttura complessa, risultante da una pluralità di elementi attraversati da un moto incessante e portati a comporsi, scomporsi e ricomporsi in forme continuamente cangianti, in ragione dei casi e dei bisogni in essi emergenti. L'appagamento di questi ultimi e, prima ancora, la loro messa a fuoco e qualificazione richiede delicate e complesse operazioni cui sono chiamati a concorrere, a vario titolo e con varietà di effetti, attori dislocati a plurimi livelli istituzionali, esterni ed interni all'ordinamento statale, tra i quali s'instaurano equilibri essi pure mobili in ragione dei casi stessi e delle combinazioni di valore dagli stessi sollecitate a formarsi.

Questi equilibri non sono alle volte, in realtà, tali, in ispecie riscontrandosi in molte occasioni un ruolo fin troppo marcato dei giudici, da una diffusa opinione considerato invasivo dell'area materiale riservata al legislatore. Si trascura tuttavia che sono proprio talune vistose carenze che connotano l'operato di quest'ultimo a portare diritto all'esito suddetto, inevitabile se si ha a cuore di dare tutela a diritti e interessi in genere costituzionalmente protetti.

Il vero è che – come si è tentato di mostrare – nessuno può sottrarsi all'onere, sempre più gravoso ma anche non poco gratificante, di dare il proprio fattivo concorso all'appagamento dei bisogni elementari dell'uomo, un concorso che vede oggi impegnati con centralità di ruolo altresì attori istituzionali operanti in ambiti esterni, a partire dalle Corti europee: “luoghi” particolarmente ospitali per i diritti, nei quali questi ultimi assai spesso ricevono la loro iniziale, seppur immatura, conformazione, che nondimeno richiede di essere ulteriormente affinata e specificata in ambito interno, laddove pure plurimi attori istituzionali sono chiamati ad attivarsi e spendersi al servizio dei diritti. La messa a fuoco di questi ultimi è, insomma, una sorta di *work in progress*, che vede l'avvicinarsi di più operatori, secondo ordini di entrata in campo non precostituiti (anche se, secondo modello, la prima parola toccherebbe dire, come si è veduto, al legislatore, e segnatamente a quello costituzionale).

La comunità statale, in questo quadro qui molto sommariamente abbozzato, non si presenta come meramente passiva, destinataria di atti d'imperio, in forma di legge (o di altri documenti normativi) ovvero di sentenze, dotati di varia intensità prescrittiva ed estensione degli effetti. Di contro, laddove gli operatori tutti intendano il loro ufficio come un *munus*, un potere ma anche (e soprattutto) un dovere o un servizio da rendere alla collettività, è proprio a quest'ultima che è demandato il primo e più rilevante ruolo nella complessiva vicenda che porta alla maturazione ed affermazione dei diritti, in special modo appunto dei nuovi. È la comunità sociale, infatti, che – come si è tentato di mostrare – “produce” i diritti, col fatto stesso di dar vita a consuetudini culturali profondamente radicate nel tessuto sociale ed orientate appunto al loro riconoscimento. Ma il corpo sociale, negli ordinamenti di tradizioni liberal-democratiche, possiede una struttura “plurale”, naturalmente portata alla propria diversificazione interna, al perenne confronto culturale. Le voci minoritarie

che in esso si esprimono non solo non possono (e non devono) essere sacrificate o mortificate ma, all'inverso, abbisognano di una speciale, privilegiata tutela, secondo la ispirata, efficacissima formula dell'art. 3, II c., nel suo fare sistema col I c. e, soprattutto, con l'art. 2 della Carta.

Le consuetudini culturali, di cui qui si è discusso, non sono un *quid* d'immutabile (nulla, d'altronde, lo è...) che, una volta formato, si consegna alla generazione presente e a quelle a venire *sub specie aeternitatis*. Sono esse pure, al pari di ogni umana vicenda, soggette a continua verifica, a rinnovamento, a mutamento insomma. Nulla, dunque, ovviamente osta a che vengano alla luce nuove consuetudini, magari agevolate dai giudici e suscettibili, se del caso, di prendere il sopravvento sulle vecchie o che si aggiungano a queste, entrando a comporre e ad arricchire il patrimonio dei beni della vita costituzionalmente protetti.

Fermo restando che – come si è veduto – legislatore e giudici assai di frequente si alternano ovvero si sommano nel dare riconoscimento e tutela ai diritti, va tuttavia rilevato che, conformemente alla loro natura, *tendenzialmente la stabilizzazione delle consuetudini, di cui qui si è discusso, si afferma nel modo migliore per il tramite dell'opera del legislatore, il loro rinnovamento grazie all'opera dei giudici*. È pur vero, nondimeno, che le cose possono anche andare alla rovescia, da molti segni avendosi conferma (da noi come altrove) che – come si è fatto in altri luoghi notare – alle volte un sano diritto costituzionale non scritto (anche giurisprudenziale!) è foriero di maggiori certezze e di stabilità di un diritto mal scritto, ovvero che i ruoli istituzionali possono invertirsi, anche per l'aspetto cronologico. Ciò che, ad es., si ha laddove il legislatore innovi a pratiche giurisprudenziali anche consolidate o laddove siano proprio queste ultime a determinare il radicamento di nuove consuetudini in assenza o prima dell'intervento del legislatore (che ora non viene mai alla luce ovvero viene in essere con notevole ritardo, quando cioè la costruzione giurisprudenziale è già bell'e fatta).

Il quadro è, dunque, molto fluido, animato da spinte e contropinte di varia provenienza ed intensità, produttive di esiti parimenti varî, comunque non di rado precari.

La partita dei diritti, al tirar delle somme, rimane perciò sempre aperta; l'augurio è che comunque i diritti stessi riescano nel corso di essa a trovare (se non l'ottimale) un apprezzabile appagamento, nei limiti ed alle condizioni che la difficile (e, per molti versi, proibitiva) congiuntura del tempo presente consente.

II
GRUPPO DI LAVORO

LA DOPPIA DIMENSIONE
DEI DIRITTI FONDAMENTALI

LA DOPPIA DIMENSIONE CONTRADDITTORIA DEL DIRITTO KAFKIANO NEL MESSAGGIO DE 'IL CASTELLO'. IL RICONOSCIMENTO NEGATO

di Andrea Aversano

1. Il messaggio giuridicamente contraddittorio: l'inganno della burocrazia

Il romanzo 'Il Castello' di Kafka rivela la contraddizione di un diritto fondamentale: quello del riconoscimento, attraverso un atto giuridico di nomina che è contemporaneamente efficace ed inefficace, aprendo un'evidente frattura sul piano burocratico del riconoscimento e della tutela dei diritti fondamentali. Il protagonista, K. cerca risposte anche attraverso un messaggero, Barnabas, che invece di essere tramite con il Castello (struttura burocratica che governa il villaggio) finisce per diventare esso stesso mezzo di un'ulteriore confusione ermeneutica: ed il messaggio che K. affida al suo tramite 'Barnabas'¹ rivela tutto il *pathos* ontologico di cui si fa carico il linguaggio teso a ricercare un 'chiarimento giuridico' su un decreto contraddittorio di nomina ad agrimensore². La *parola* nella crisi ermeneutica indotta dal *Castel-*

¹ Barnabas negli *Atti degli Apostoli*, 4:36 significa *figlio dell'esortazione*. Sebbene non sappiamo se Kafka, 'ebreo', facesse riferimento alla 'tradizione cristiana', appare evidente come K. affidi le sue esortazioni al messaggero, chiedendo che lo stesso si faccia carico della sua dimensione ontologica, attraverso il messaggio. Eppure il nome *Barnaba* nella tradizione evangelica può tradursi anche come *figlio della consolazione*: quella stessa consolazione che K. in qualche modo riceve confidando nel potere inesistente del suo debole messaggero. Potere che si rivelerà vano perché il suo *logos* non incontrerà mai se non nelle formalità burocratiche, il *nomos* ontologicamente dis-orientato del *Castello*, struttura arbitraria e burocratizzante che governa il villaggio circostante. Il linguaggio spento nella 'macchina del Castello' usa il proprio *nomos* attribuendogli un valore meramente simbolico, bastando la forma della legge: privo di ontologia ed esclusivamente teso all'appagamento del disegno protocollare delle sue 'logiche' chiuse nell'oblio dell'Essere. "I funzionari per esempio non hanno un'uniforme; a quanto ne sappiamo noi e a quanto Barnabas ci racconta, i funzionari portano abiti belli [...] Barnabas naturalmente non è un funzionario, neppure un funzionario d'infima categoria, e non ha la pretesa di esserlo. [...] Ci chiediamo allora se Barnabas è proprio al servizio del Castello; certo, egli va negli uffici, ma gli uffici sono veramente il Castello? E se anche vi sono uffici che fanno parte del Castello, si tratta proprio di quelli in cui Barnabas può liberamente circolare? Egli penetra in certi uffici, ma solo in quelli; al di là vi sono delle barriere e dietro a queste altri uffici. Non gli si vieta espressamente di entrarvi, ma come potrebbe farlo, dopo che ha trovato i suoi superiori ed essi l'hanno sbrigato e congedato?" F. KAFKA, *Il Castello*, Milano 1981, p. 197.

² Il messaggero Barnabas non è un *Hermes*-ermeneutico, non sa trasmettere i messaggi che dovrebbero risolvere il caso giuridico della nomina dell'agrimensore: non sa essere tramite

lo come tecnica meramente burocratica degli uffici ricerca una risposta tesa a dissolvere l'*inganno* burocratico del documento. Il Castello è però *icona* di un diritto 'afono del linguaggio come dimora dell'Essere', è inaccessibile 'per i non tecnici' perché arroccato nella sua impenetrabilità verso la quale l'Essere, cittadino o *straniero* del villaggio deve solo accettarne la rappresentazione simbolica, non può conoscerne il mistero³, tutto ciò che è dato a K. è ciò che al messaggero viene detto e che quindi può essere comunicato a K. stesso, ma è, appunto, la comunicazione protocollare della macchina amministrativa del tutto disattenta al *logos* come dimensione di riconoscimento esistenziale umano. A principio del romanzo il messaggero si presenta in abito cerimoniale, ma dietro questa estetica protocollare si nasconde l'assoluta vacuità di una legge che fin troppo chiaramente somiglia ai moderni costumi della burocrazia. Un K. ancora *non stancato* ed assetato di conoscenza ermeneutica affida al suo messaggero tutto il suo *pathos*, credendo ancora di poter parlare con dei funzionari-*Esistenti*, inconsapevole invece che essi sono ormai funzionari-*macchine* totalmente assorbiti dalle leggi dell'autismo autoreferenziale della burocrazia del *Castello*. «Ecco il messaggio: L'agrimensore prega il signor caposezione di concedergli un colloquio, e accetta fin d'ora tutte le condizioni da cui può dipendere questo permesso. Egli è costretto a rivolgergli questa preghiera perché finora tutti gli intermediari si sono dimostrati inetti, prova ne sia ch'egli non ha ancora eseguito il minimo lavoro d'agrimensura, e che a detta del sindaco non ne eseguirà mai; con disperazione e vergogna egli ha letto, per conseguenza, l'ultima lettera del signor caposezione, e soltanto un incontro personale con lo stesso potrà rimettere le cose a posto. L'agrimensore sa di chiedere molto, ma si sforzerà di ridurre al minimo il disturbo che dovrà cagionare al signor caposezione, si assoggetterà a qualsiasi limitazione di tempo, e non oltrepasserà il numero di parole che si riterrà opportuno fissargli, crede anzi che dieci parole gli possan bastare. Attende con profondo rispetto ed estrema impazienza la decisione

tra struttura burocratica e abitanti del villaggio. E l'agrimensore cosa rappresenta? «In latino agrimensore si dice metator, e sembra che proprio da questo nome possa derivare quello del grande angelo *Metatron*, che svolge un ruolo centrale nella lettura apocalittica e in genere nel misticismo ebraico, in quanto custode-rivelatore dei più alti segreti del Trono». M. CACCIARI, *Castelli*, in *Hamletica*, Milano 2009, pp. 69-70. Segreti che fondano l'apocalisse giuridica della post-modernità di un diritto eroso: ieri come oggi, K. non può conoscere il diritto, la sua legittimazione al giusto riconoscimento gli è preclusa.

³ «E così K. sembra rimanere [...] nei dintorni, nelle adiacenze del castello, ma in realtà è nel suo chiuso, straniero e prigioniero a un tempo. [...] Ma è impossibile distinguere le diverse vie che vi conducono, quella 'diritta' dai sentieri imperfetti e interrotti». M. CACCIARI, *Castelli*, in *Hamletica*, cit., p. 52. Evidente è l'eco heideggeriano in Cacciari: cfr. M. HEIDEGGER, *Sentieri interrotti*, Firenze 1968, pp. 237-348. La ricerca del linguaggio della legge che sia apertura verso il riconoscimento è incessantemente ricercata da K., che però vede smarrire le sue speranze ontologiche lungo quei sentieri interrotti che si perdono senza permettere di conoscere il Castello.

del signor caposezione»⁴. Il linguaggio di K. si incrina, subisce una frattura evidente nel tono, nella modalità di trasmissione della lettera, soprattutto nel *pathos* che mostra l'evidente *metamorfosi* rispetto al linguaggio diretto e tagliente mostrato al momento dell'arrivo nel villaggio, prima di prendere atto dell'*incomunicabilità* burocratica del Castello verso di lui, capace di utilizzare la sua tecnica ed i suoi funzionari unicamente per confondere ed allontanare K. che rappresenta con il suo linguaggio pregno di 'ontologia dell'Essere' l'elemento alterante del sistema, la pietra che osa lambire le mura 'iconiche del Castello' con i suoi uffici e le sue tecniche protocollari, solo apparentemente perfette. *Straniero senza diritto* di essere esaudito nelle sue legittime richieste di chiarimento, *straniero*⁵ al quale è permesso di comunicare solo attraverso un messaggero che di fatto risulterà inutile. Forse, ed è ipotesi anche peggiore, il *Castello* ignora K. perché è una faccenda di poco conto la sua nomina, come anche gli disse il sindaco. La parola con il suo carico ontologico degrada a mera pratica burocratica, senza tener conto della dimensione esistenziale dell'agrimensore, il cui diritto fondamentale: esiste ed è contemporaneamente negato.

2. Il declino del diritto fondamentale al riconoscimento, nella mancata risposta istituzionale

K. comprende che l'inganno è sito nel *Castello*, incapace di comprendere il carico ontologico del suo linguaggio comunicato attraverso un messag-

⁴ F. KAFKA, *Il Castello*, cit., pp. 139-140. K. è però già consapevole del percorso interminabile del *nomos* che subisce la dittatura 'capricciosa degli uffici del Castello'. Il *logos*, chiede K. al suo messaggero Barnabas che venga trasmesso con una comunicazione non scritta, affinché non cada vittima degli ingranaggi della burocrazia. Il romanzo, sembra scritto nella contemporaneità, materializzando tutte le angosce giuridiche che attanagliano 'i tempi post-moderni': «ma tu devi riferirlo a voce, non voglio scrivere una lettera, che percorrerebbe di nuovo un'interminabile trafila burocratica». Ivi, p. 140.

⁵ Kafka è perfettamente vestito in K., come nota Anders. «Questa era dunque la sua situazione fondamentale. Egli non era «ricompreso» nella creazione. «Disturba soltanto», come nel romanzo *Il castello* il segretario del villaggio Momus dice dell'agrimensore K. Dovunque volge lo sguardo, il mondo sono gli altri. E non può dare prova di se stesso. Ma, per continuare a vivere, deve dar prova di se stesso. In effetti, tutta la vita di Kafka è un unico tentativo di prova, mai interrotto». G. ANDERS, *Kafka. Pro e contro. I documenti del processo* (a cura di B. Maj), Macerata 2006, p. 41. Sul concetto di straniero in Kafka, anche commentando Anders e la sua filosofia, cfr. P. P. PORTINARO, *Il principio disperazione. La filosofia di Günther Anders*, in «Comunità», n. 88/1986, pp.39 ss. Per una lettura psicologica centrata sull'esclusione ontologica 'ed i suoi effetti', cfr. A. CAROTENUTO, *L'esclusione dello straniero*, in *La chiamata del Daimon. Gli orizzonti della verità e dell'amore in Kafka*, Milano 2001, pp.163-182. L'uomo è eraclitianamente straniero, ma non per forza kafkiano. Nell'ascolto del *logos* può essere istruito. Nell'ascolto si celano le possibilità del disvelamento e le leggi universali nel corrispondere alla natura. Cfr. M. CACCIARI, *In ascolto del Logos*, in *Labirinto filosofico*, Milano 2014, pp. 158-161.

gio che possa dirimere la questione del *decreto* di nomina ad agrimensore⁶. La comunicazione uomo-struttura burocratica è totalmente alterata, il *logos* privo di capacità ricettiva, non riesce a raggiungere le stanze del Castello, la sua ontologia non raggiunge la macchina che invece impone le sue 'logiche protocollari' ignorando le reali esigenze umane. Tra messaggero e uffici della burocrazia sembra non esservi una reale comunicazione orientata alla formazione del documento alla luce del 'senso ontologico dell'Essere' verso il quale deve tendere: il linguaggio non abita l'Essere, così K. non abita il *Castello* ma ne coglie solo le apparenze estetiche ed esteriori della sua giuridicità burocratica, la vuota *simbolicità* nichilista. Questo diritto che appare *spento*, si consuma non nell'ottimizzazione della vita del villaggio, bensì nell'appagamento narcisista delle sue logiche protocollari: ecco la negazione dei diritti fondamentali che mostrano il loro lato negativo, la loro privazione in un riconoscimento assente, e non la loro affermazione. Questo 'nichilismo giuridico' rimanda al *non-senso* giuridico del *Castello*, che con la

⁶ Questa legge sembra incapace di raggiungere lo scopo per la quale dovrebbe esistere: l'ontologia dell'Essere che ha dimora nel linguaggio. Questa legge non arriva a comunicare perché ostacolata da qualcosa di 'materiale': le porte che sembrano aprire alla luce della legge ed invece 'alla fine' scadono in icone dell'oblio, allo stesso modo come il Castello che da maestosa 'rappresentazione dell'ordine cittadino' finisce per diventare trappola mortale per l'Essere, incapace di comunicare con le strutture addette al disbrigo della 'sua pratica'. Le conseguenze poi travolgono l'Essere anche nella sua sfera privata, dove K. finisce per parlare con gli abitanti del villaggio senza riuscire a comunicare ontologicamente con l'Altro. La sua ermeneutica è tragicamente tradotta in fraintendimenti, gli stessi che i funzionari lasciano intendere a K. complicando l'*iter* giuridico della sua nomina: 'efficace o inefficace'? E se inefficace, cosa accade? La parola si fa simbolo inesplicabile 'priva di ontologia dell'Essere', (chiarendo meglio) "quel simbolo di purezza del possibile e presente vero, che Kafka può concepire solo luttuosamente. Il nostro quotidiano linguaggio è, in ogni sua parola, connotato da tale lutto. Ogni parola, ritrovata nuda, dopo la più disperata, meno sistematica o metodica, revoca in dubbio della lingua che la comprendeva, delle sue forme ereditate, non sa mostrare altrimenti quel simbolo che nel mondo della sua assenza, non sa indicarlo che attraverso la propria miseria o impotenza a ripeterlo, a ri-crearlo. La epoché della parola quotidiana non ci porta (non è porta) a trascendere quest'esserci della parola, ma ri-porta ad esso, alla sua materia più scabra, dura, inconsolabile". M. CACCIARI, *La porta aperta*, in *Icone della legge*, Milano 2002, p. 87. Ma non è proprio nel simbolo che Kafka così abilmente traccia attraverso 'giochi ermeneutici della parola', il senso del linguaggio incapace di rintracciare il riconoscimento dell'Essere, nel caso specifico di K.? Questo linguaggio kafkiano combatte ermeneuticamente contro il diritto, non lo incontra perché si esprime attraverso: metafore e simbolismi, che in definitiva spengono quel senso ontologico della parola giuridica. In questo senso però Cacciari sembra far notare come l'epoché non sia utile, non serve. Comprendere Kafka ed i suoi linguaggi simbolici 'assenti' per evitare la crisi ermeneutica del postmoderno, comprendere 'il simbolo' per riportare la relazione di *logos et nomos* al piano ontologico dell'Essere, dove lo stesso non è soggetto a metamorfosi nichilista ma ad apertura veritativa nel cammino ermeneutico. Nota Magliulo come le interrogazioni delle verità ultime trovano le domande senza risposte giuridiche nelle "Icone della legge di Cacciari". Proprio nello studio di Kafka, si mostra nella simbologia dell'errare la corrispondenza dell'assenza di voce della rimozione. Cfr. N. MAGLIULO, *Un pensiero tragico. L'itinerario filosofico di Massimo Cacciari*, Napoli 2000, pp. 32-35.

sua dittatura burocratica finisce per far perdere all'Essere la sua dimensione giuridica. Il Castello è appunto 'un simbolo' ed alle pendici di questa struttura burocratica si mostrano tutte le assenze ontologiche che i suoi cittadini consumano nel comunicare alla luce degli ordini delle *tecniche* protocollari imposte. Dispacci che esistono e non esistono, comunicazioni ufficiali che divengono officiose ed in tutto questo, l'esercizio ontologico del *logos* che comunica il *nomos* restano derridianamente *pre-giudicati dinanzi alla legge*⁷. Tutta la contraddizione nell'incapacità comunicativa di adempiere quell'ermeneutica come ontologia dell'essere viene in luce, nell'uso del diritto burocratizzato; tutto si riduce a: protocollare e documentare, forse mai a capire il senso dell'agire giuridico che invece trova in queste tecniche *solo formali* il suo declino ontologico, nella logica del funzionamento giuridico del *villaggio*. "[...] Uno dei principi che regolano il lavoro dell'amministrazione è che non si deve mai contemplare la possibilità di uno sbaglio. Questo principio è giustificato dalla perfetta organizzazione dell'insieme ed è necessario per ottenere la massima rapidità nel disbrigo delle pratiche. A Sordini, dunque, non era lecito informarsi presso le altre sezioni e, d'altronde, queste non gli avrebbero neppure risposto perché si sarebbero accorte immediatamente che si trattava di ricercare una possibilità d'errore»⁸. La logica delle pratiche burocratiche è distorta nella trasmissione⁹. "K. è costantemente alla ricerca

⁷ Cfr. J. DERRIDA, *Pregiudicati. Davanti alla legge* (a cura di F. Garritano), Catanzaro 1996, pp. 55 ss.

⁸ F. KAFKA, *Il Castello*, cit., p. 78. La stessa giustificazione formale della legge impone che le comunicazioni del *logos* si strutturino sulla base di un diritto di mera esecuzione burocratica, che negli strumenti della tecnica non veda solo uno strumento operativo, ma soprattutto un'inattesa complicità che permetta lo svuotamento ontologico del *logos* ridotto a mero linguaggio delle numerazioni protocollari, con le quali si comunica. È la logica di K., la logica dell'Essere dinanzi alle comunicazioni erronee a scardinare l'ermeneutica fallace del Castello, nascondendo la verità dietro logiche formali che mostrano poi tutta la loro inadeguatezza ontologica, nella pretesa di accesso alle regioni del giusto riconoscimento fondamentale. "Gli ordini che gli vengono comunicati, i messaggi che riceve non corrispondono ai suoi criteri di verità. Il mondo non obbedisce alla sua logica. È come se quest'ultima fosse stata posta in esperimento: cosa accadrebbe «se supponessimo che il principio di non contraddizione è falso, che cosa non andrebbe per il verso giusto?». Che cosa dovremmo fare dinnanzi a un ordine: esci da questa stanza e non uscire? Potremmo comprenderlo?". M. CACCIARI, *La porta aperta*, in *Icone della legge*, cit., p. 90. La formula del decreto non apre ad un'idea di giustizia come riconoscimento nel villaggio, pur sentendosi appagato questo falso diritto, nella sua forma estetica che non è la giustizia del *logos*: parola e regola. "È evidente come nessuna legge positiva, nessun diritto potrebbe esaurire in sé questa idea di Giustizia". M. CACCIARI, *Quale giustizia?*, in «Giustizia insieme», n. 1/2009, p. 18.

⁹ Quegli heideggeriani messaggeri di *Hermes* possiedono la forza dell'Annuncio che può risiedere solo nella relazione di Essere e linguaggio, nel medio della verità e della giustizia. Cfr. M. HEIDEGGER, *Da un colloquio nell'ascolto del linguaggio*, in *In cammino verso il linguaggio*, Milano 1993, pp. 104-124. Nelle *Icone della Legge* si sviluppa la figura dell'Angelo che messaggero del 'non dove' è contatto tra la dimensione estetica e quella ontologica. Nella parola, questo messaggero ci arrischia attraverso le domande esistenziali, nella ricerca della verità. Cfr.

di ordinare i messaggi che gli provengono secondo la sua logica (e di cui lui si ostina a reclamare la necessità). Ma quando mai egli ha discusso la logica degli ordini ricevuti? Egli dimostra la sua perfetta disponibilità alla più totale obbedienza della legge, laddove questa seguisse i principi universali della non-contraddizione. [...] K. continua a ritenere che dietro i messaggi che riceve vi sia qualcosa – un «congegno» che non riesce ad afferrare – in grado di porre in ordine le apparenti contraddizioni, un principio capace di eliminarle. [...] Le contraddizioni devono perciò essere tolte; la loro inaudita *alterità* essere riportata alla identità di quella logica. Esse devono essere *sapute*. Ma se si avesse a che fare proprio con contraddizioni? Se la 'logica' del Castello fosse «una collezione di contraddizioni invece che una collezione di tautologie?» Ciò che per K. contraddice l'auto-evidenza dei suoi principi, non appare ai suoi interlocutori altrettanto auto-evidente? Essi possono *dimostrarlo* altrettanto poco di quanto K. possa fondare la necessità della forma della sua 'proposizione vera'¹⁰. Il linguaggio della *burocrazia* resta velato, il *Castello* non esprime il diritto al *riconoscimento*, non si spiega in

N. MAGLIULO, *Un pensiero tragico...*, cit., pp. 39-41. Barnabas invece è inversione heideggeriana di questo *Hermes* portatore del *logos* e custode del *nomos*. Il messaggero kafkiano si limita sul piano dell'estetica, non entra mai dove non gli viene chiesto di entrare, non si arrischia mai nella parola che possa condurre alla giusta e legale risoluzione dell'enigma amministrativo del Castello, si limita a ricevere ma mai a proporre, a recare l'Annuncio, accetta la tecnica priva di *nomos* della burocrazia e vi obbedisce. Accetta l'inesistenza del riconoscimento quale diritto fondamentale.

¹⁰ M. CACCIARI, *La porta aperta*, in *Icone della legge*, cit., pp. 92-93. L'inganno è nelle funzioni dei funzionari messaggeri non ermeneutici del Castello, "lei è ancora ben lontano dal capire lo spirito dell'amministrazione, se si è fatto questa idea". F. KAFKA, *Il Castello*, cit., p. 80. Queste le parole pronunciate dal sindaco verso K. il quale, in questa fase comunicativa sembra ancora serbare in se quella dimensione ontologica dell'attesa di riconoscimento, che esprime attraverso la parola in cerca del diritto. Egli sembra ancora non rendersi conto delle distorsioni dia-logiche site nella comunicazione alterata, operata dalle macchine burocratiche del Castello per mezzo dei suoi funzionari (compreso appunto il sindaco). Assistiamo ad una burocrazia che nell'esaltazione autoreferenziale della sua tecnica produttiva si limita a trattare l'uomo come una missiva tra le altre, la stessa comunicazione con l'utente si pone alla stregua di quella tra funzionari: domina un *logos* simbolico prodotto nel totale disinteresse ontologico, auto-prodottosi ed auto-comunicatosi negli stessi canali di creazione 'in serie' dei documenti che regolano la vita del villaggio kafkiano; ecco tutta la forza dirompente nell'alterazione strutturale del linguaggio che finisce per trasformare la regola nella quale vive, muta il riconoscimento, afono ontologicamente. "L'assenza della dicotomia soggetto/oggetto è alla base della solitudine esistenziale kafkiana, tanto come perdita dell'identità quanto come definitiva negazione della possibilità di cogliere la relazionalità. E questo ne è il messaggio: l'impossibilità di trovare una via, ma anche una risposta. Perché la solitudine ha le sue leggi: leggi etiche, certo. Ma al di fuori della legge e del diritto, perché al di fuori dell'intersoggettività e della relazionalità". F. SCIACCA, *La legge nascosta. Il paradosso di Kafka*, in «Rivista internazionale di filosofia del diritto», serie IV, n. 2/1993, p. 226. Cacciari osserva come a K. non sia permessa quell'operazione di disvelamento della verità nell'Essere, invece, l'uomo resta confinato in quell'oblio del senso dal quale vorrebbe legittimamente fuggire. Cfr. M. CACCIARI, *La porta aperta*, in *Icone della legge*, cit., p. 97.

un'ermeneutica giuridicamente orientata, ordina soltanto: il Castello resta distante dal villaggio e quando pure appare vicino alla vita cittadina esso tende 'a mascherarsi' dentro le stanze dell'Albergo, dentro le carrozze dei funzionari, dietro le torri della struttura centrale. Il linguaggio di K. non trova risposta. "Secondo una tale prospettiva giuridica, la tragedia della situazione sfuggirebbe, però, completamente (ed è in termini sostanzialmente giuridici che K. la riflette). Ciò che essa significa non è un'assurda eclisse del diritto 'logicamente' fondato, bensì la dimensione in cui il linguaggio giuridico è costretto, per l'appunto, a tacere – in cui assurda è la sua pretesa di poter ancora rappresentare, comprendere, ordinare – in cui assurdo, semmai, è il suo oblio della storia [...] Una duplice cecità affligge il linguaggio giuridico nei confronti della sua stessa tragedia"¹¹. Il linguaggio dell'uomo non riesce ad incontrare il diritto, la 'questione burocratica' che circonda quotidianamente l'uomo *non esiste*. Il diritto resta isolato e non comunica, risiede in quel Castello dalle logiche puramente protocollari, assenti, prive di *riconoscimento*, prive di diritti fondamentali, kafkianamente prive di *ontologia* perché ermeneuticamente frammentate in vuote simbologie che non si relazionano con l'uomo: semplicemente lo ignorano, per dirla con Kafka, lo ritengono un caso burocraticamente trascurabile¹².

¹¹ Ivi, p.127.

¹² Cfr. F. KAFKA, *Il Castello*, cit., pp. 72-89. Ma come ricevere in dono la comunicazione dell'annuncio che ha risolto il suo caso giuridico per K., se questi non ha le chiavi di accesso al Castello? Cfr. M. Cacciari, *Castelli*, in *Hamletica*, cit., p. 73. K. è il caso emblematico. "Può essere interpretato K. come il segno contraddittorio, debolissimo dell'ascolto di un tale annuncio? Il suo stesso fallimento può essere visto come il destarsi del prigioniero alla coscienza della propria miseria? Oppure Das Schloss non esprime che questa sentenza: nessuno più attende chi liberi; anche chi sembra più in attesa non sa che cosa attendere?". Ivi, p. 74.

DIRITTI FONDAMENTALI E GENERAZIONI FUTURE: LA TUTELA DELL'AMBIENTE E DEI BENI VITALI

di Renato Briganti

SOMMARIO: 1. Premessa. 2. Effettività dei diritti fondamentali. 3 Beni, diritti e logica proprietaria. 4. Tutela dell'ambiente e generazioni future.

1. Premessa.

Questo breve contributo vorrebbe provare ad inserirsi nel filone di ricerca che tende ad ancorare la disciplina di alcuni beni alla loro funzione strumentale di tutela dei diritti fondamentali¹.

Il vincolo inscindibile che lega l'esercizio di alcuni diritti alla effettiva disponibilità di beni, che possono essere materiali o immateriali, rende questi beni diversi dagli altri e li consegna in una strana dimensione, quasi nebulosa, che da un lato ha radici antiche, dall'altro ha certamente un futuro luminoso, ma paradossalmente ha un presente incerto, dai confini molto sfumati.

La dimensione in cui si collocano i beni che potremmo definire vitali ha radici antiche e solide, perché già il diritto romano individuava nella categoria delle *res extra commercium* alcune cose "divine" ed altre "umane"². Tra

¹ P. MADDALENA, *Il diritto all'ambiente come diritto inviolabile*, Consiglio di Stato parte II, 1999.

² GAIO, *Institutiones* II, 1-2: "Ora occupiamoci dei beni: questi o fanno parte del nostro patrimonio (del patrimonio umano) oppure non ne fanno parte. Perciò, la più importante distinzione nei beni può essere enunciata in due frasi: infatti alcuni beni sono *divini iuris* (di diritto divino, quindi *extra patrimonium* ed *extra commercium*), altri sono *humani iuris* (di diritto umano). Le *res divini iuris* sono suddivise in *sacrae*, *religiosae* e *sanctae*, mentre le *res humani iuris* in *privatae* e *publicae*". In seguito, nelle *Istituzioni di Giustiniano* la stessa divisione fra patrimonio ed extra patrimonio è fatta seguire da una classificazione più articolata, quella fra *res comune omnium*, cioè cose comuni a tutti, ma anche pubbliche, delle comunità e di nessuno. Per *diritto naturale*, Giustiniano elenca tra le cose *comuni a tutti* l'aria, l'acqua corrente, il mare e per attrazione anche i lidi marini. Sono invece cose *pubbliche* i fiumi e i porti, mentre parrebbe introdotta anche la categoria delle cose *di uso pubblico*, come le rive dei fiumi, il lido del mare e il mare stesso (già citati nelle cose comuni). Poi tra cose *della comunità*, ossia della città, si individuano i teatri e gli stadi. Infine tra le cose *di nessuno* (*res nullius*) si ritorna alla divisione gaiana fra cose di diritto divino e cose di diritto umano, intendendo qualificare come cose di nessuno le cose *sacrae* (ovvero consacrate da Dio, come i templi), le cose *religiosae*, (ad esempio il luogo in cui veniva inumato un cadavere, appartenente secondo Gaio agli dei degli inferi), e le cose *sanctae* (come le mura e le porte della città). Naturalmente Giustiniano, dopo queste distinzioni, passava immediatamente a trattare della proprietà su queste cose.

le seconde c'erano le *res communes omnium*, che erano di tutti per diritto naturale, ed escludevano la proprietà individuale, proprio perché erano beni al servizio della comunità. Naturalmente era ancora lontano il concetto di universalità dei diritti fondamentali³, però era già molto chiara (anche se a livello embrionale) la funzione di alcuni beni naturali. Considerati speciali non solo perché percepiti come illimitati, ma anche perché percepiti come necessari per tutti.

Questo discorso non ha solo un passato, ma ha anche un futuro nell'analisi giuridica. Senza dubbio sarà un terreno di ricerca molto stimolante (e non solo per i costituzionalisti), perché si aprirà uno scenario sempre più complesso, in cui le risorse fondamentali saranno a domanda crescente⁴ ma a disponibilità costante. Se poi si pensa che interverranno sempre più fattori inquinanti, la disponibilità non sarà nemmeno più costante, ma decrescente. E ciò renderà necessari ragionamenti nuovi e decisi interventi normativi, se vogliamo evitare di sbranarci vicendevolmente. E' pur vero che la tecnologia promette grandi soluzioni a questi temi, ma se la direzione sarà quella che si intravede ad esempio con gli OGM (Organismi Geneticamente Modificati per produrre più cibo, in prospettiva per i 9/10 miliardi di abitanti della terra), allora la prospettiva lascia timide speranze. Senza scomodare l'articolato tema del diritto al cibo, che ha implicazioni legate alla terra, al lang grabbing, alla sovranità alimentare e a molto altro ancora, basti pensare ad aria ed acqua, per esempio, che saranno purtroppo beni sempre più contaminati nei prossimi anni, ed ormai è diventato chiaro a tutti che non sono nemmeno beni illimitati, ma limitati ed in diminuzione, però sempre da far bastare per tutti.

Come si diceva in apertura, questo legame tra beni, persone e diritti, a fronte di un ricco passato giuridico ed un denso futuro, vive oggi uno strano presente. Cresce certamente la sensibilità planetaria sui temi ambientali, e persino le espressioni "beni comuni" o "commons" sono entrate nel vocabolario popolare. Per la verità, in generale, questo patrimonio di parole è sempre più povero, con dilagante analfabetismo di ritorno, ed il tristemente noto neoeletto presidente degli USA che non fa mistero di usare in tutto solo 70 parole nel suo vocabolario. Questo sembra un altro tema, ma se si pensa che tra queste "poche parole" (che spesso significa "pochi concetti") non

³ Gaio, *Institutiones* I, 9-12 "E certamente la maggiore differenza nel diritto delle persone è questa, che tutti gli uomini o sono liberi o sono schiavi", quindi Gaio prosegue scendendo nei particolari e dividendo i liberi in "*ingenui*" (nati liberi) e "*libertini*" (manomessi), e questi ultimi in "cives Romani" (cittadini), "Latini" e "dediticii", dei quali si occupa successivamente nel dettaglio.

⁴ E' noto che la popolazione mondiale crescerà in modo esponenziale nei prossimi anni, secondo i rapporti annuali delle organizzazioni governative (FAO ed OMS su tutti) e non governative (si veda report delle Ong Oxfam o Manitese).

trova cittadinanza la difesa dei beni naturali, si comprende che non si parla di un tema poi tanto distante. Si è diffusa una generalizzata sensibilità alla materia, ma scavando meglio nell'opinione pubblica ed anche negli ordinamenti giuridici si scopre un ritardo nella consapevolezza dei fenomeni ambientali ed una legislazione inefficace. L'opinione pubblica si barcamena tra la superficialità dell'informazione e l'allarmismo che talvolta si trasforma in catastrofismo. L'attuale quadro delle fonti del diritto, sul nesso tra beni vitali e diritti fondamentali, se lo si osserva dal livello internazionale o sovranazionale a quello nazionale, oscilla purtroppo tra mere dichiarazioni di principio e la proliferazione normativa che genera confusione. Noi giuristi, dal nostro osservatorio tecnico, ci limitiamo a registrare e qualche volta denunciare sia le lacune che le antinomie nel sistema giuridico, ma la frustrazione principale deriva dalla constatazione che quando finalmente un singolo ramo viene disciplinato in modo corretto, quella norma poi non viene applicata⁵. Naturalmente questo discorso non si può in nessun modo generalizzare, perché sia in Europa che nel nostro Paese, una evoluzione è innegabile, ad esempio nel Diritto dell'ambiente, inteso come disciplina a se stante, ma anche come trasversale alle altre materie.

A mero titolo esemplificativo, analizziamo un caso di livello internazionale ed uno nazionale che rafforzano la sensazione di avanzamento della comunità umana nella direzione di saldare diritti fondamentali e beni vitali. A questo avanzamento ha fatto seguito un consolidamento giuridico, che però non ha prodotto effettività della tutela dei diritti, almeno non nella forma sperata. Rappresentano due episodi di "stop and go" nella direzione giusta, ma faticosa.

E' noto come il principio "chi inquina paga" rappresenti una pietra miliare per la tutela dei beni naturali e dell'ecosistema. A livello globale, la comunità internazionale ha prima maturato la consapevolezza che emettere agenti inquinanti nell'atmosfera fosse dannoso per tutte le forme di vita sulla terra, poi ha registrato il legame tra atmosfera, ambiente salubre, beni naturali e diritto alla salute, ed infine ha trasformato quei valori condivisi in principio⁶. In Europa abbiamo scolpito il principio "chi inquina paga" a metà degli anni 80, ma le radici sono partite nei 15/20 anni precedenti, ed hanno richiesto

⁵ Sul ruolo del giurista in generale, e del costituzionalista in particolare, sia consentito rimandare al provocatorio e stimolante lavoro di F. LUCARELLI, *La costituzione liquida e la forma dell'acqua*, 2016, che è la riedizione di un testo simile pubblicato dallo stesso Autore alcuni anni prima per la ESI, in cui ci si chiedeva se la vera funzione del diritto fosse di avere appunto la forma dell'acqua (quadrata in contenitore quadrato e tonda in contenitore tondo), con un conseguente ridimensionamento del lavoro del giurista, o se non fosse invece necessario un ruolo più attivo di interpretazione e di difesa per esempio dell'impostazione rigida della Costituzione repubblicana, col suo portato di valori e principi.

⁶ G. ALFA, *Il diritto soggettivo all'ambiente salubre: "nuovo" diritto o espediente tecnico*, in AA.Vv., *Ambiente e diritto*, 1999.

altri decenni per radicarsi in tutti i Paesi⁷. Oggi a trent'anni da quella conquista, che aveva l'obiettivo dichiarato di ridurre l'inquinamento attraverso strumenti deterrenti e punitivi, dobbiamo però ammettere che in molti Paesi si è trasformato in "chi paga, inquina", cioè l'esatto opposto della ratio della norma. Non "è assolutamente vietato inquinare, e se lo fai paghi, nel senso che vieni punito", ma "non si dovrebbe inquinare, ma tutto va a posto se paghi per farlo". In una situazione economico-finanziaria molto polarizzata, con molto capitale nelle mani di pochi Paesi, ma soprattutto di poche imprese, si è verificato che si siano compravendute le soglie di inquinabilità e si è finito per andare ad inquinare anche in Paesi che avevano un basso impatto ambientale, ma pochi soldi. I casi che si potrebbero portare come esempio sono purtroppo numerosi, e spaziano dall'America latina al sud est asiatico, all'Africa sub sahariana.

Altro esempio paradigmatico, ma su scala nazionale, l'abbiamo vissuto in Italia con il lungo e lento cammino della campagna sul diritto all'acqua, e sul forte legame che questo diritto ha con la categoria dei beni comuni. Il percorso è stato molto tortuoso, ma per brevità si citeranno solo le tante petizioni sul tema, che poi sono confluite nella "Legge di iniziativa popolare sull'acqua bene comune" che fu sottoscritta ai sensi dell'art. 71 della Costituzione, non dai 50.000 elettori previsti dal dettato costituzionale, ma da ben 600.000 elettori. Nonostante il consenso popolare di questa proposta, il testo fu inascoltato dal Parlamento, che addirittura legiferò in maniera diametralmente opposta. Quindi partì una faticosa raccolta firme per il referendum abrogativo, ai sensi dell'art. 75 della Costituzione, ed anche qui furono di gran lunga superate le 500.000 firme richieste, e si raccolsero un milione e 400.000 firme di elettori. Il 12 giugno 2011, nonostante il comitato promotore fosse partito senza soldi e senza speranze, il referendum raggiunse il 54,8% e quindi superò il quorum richiesto per i referendum abrogativi. Pure qui si deve registrare però che a sei anni dall'esito referendario il Parlamento non ha rispettato la volontà popolare e pochi Comuni hanno reso effettiva quella norma.

Il rapporto tra diritti fondamentali e beni vitali si fa ancor più stretto se lo colleghiamo anche alla tutela delle generazioni future, nuovi soggetti titolari di diritti, che acquistano sempre più cittadinanza nel nostro panorama giuridico. Non dobbiamo solo far bastare le risorse vitali per garantire diritti a tutti gli abitanti del pianeta (già questo primo obiettivo è molto lontano), ma la generazione attuale deve impegnarsi ad una responsabilità anche intergenerazionale, e custodire le risorse naturali perché arrivino in quantità e qualità sufficienti per garantire i diritti anche di quelli che verranno in futuro⁸.

⁷ P. MADDALENA, *L'ambiente come valore costituzionale nell'ordinamento comunitario*, Consiglio di Stato, p. II, 1999.

⁸ B. CARAVITA DI TORITTO, *Costituzione, principi costituzionali e tecniche di normazione*

Questo secondo obiettivo, spaventa ulteriormente se si pensa all'*Over shoot day*⁹, cioè al giorno dell'anno in cui raggiungiamo il quantitativo di risorse consumate, che la terra è in grado di rigenerare in un anno. In pratica questo giorno simbolico, calcolato in modo scientifico, prima veniva raggiunto a dicembre di ogni anno, poi a novembre, poi ad ottobre e nel 2017 addirittura l'8 agosto. Ciò significa che tutto quello che consumiamo sul pianeta tra questa data ed il 31 dicembre 2017, lo stiamo sottraendo alle future generazioni¹⁰.

Alla luce dei due banali esempi di sopra, che andrebbero certamente sviluppati e approfonditi, ma che per brevità vengono solo tratteggiati, si può sostenere che il nostro lavoro di giuristi si fa ancora più arduo. Occorre continuare ad interpretare attentamente le fonti del diritto, sempre più multilivello (internazionale, sovranazionale, nazionale, regionale); parallelamente seguire con interesse i processi di positivizzazione dei diritti di nuova generazione, che sempre più riguardano la sfera ambientale e le risorse naturali (ma non solo, se si pensa a tutto il capitolo della cittadinanza digitale); ed infine non perdere di vista l'effettività delle norme che contribuiscono a tutelare i diritti fondamentali in modo sostanziale, anche transitando per la difesa dei beni vitali.

La Costituzione italiana ci impegna chiaramente su questa rotta, innanzitutto quando all'art. 2 recita "La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo", e ci interroga circa la loro natura, il senso e la portata. Questi diritti configurano in Costituzione la più alta forma di garanzia giuridica a presidio delle sfere di libertà fondamentali o delle pretese a prestazioni sociali connesse al pieno sviluppo della persona¹¹, nonché di interessi anche collettivi ritenuti meritevoli di copertura costituzionale. Ma, oltre questo comune denominatore, i diritti in questione "si sviluppano nel contesto di un'esperienza variegata, caratterizzata, in ogni caso, da un dinamismo creativo che implica un continuo adeguamento e ricomposizione del sistema dei diritti fondamentali. Tale dinamismo appare supportato, in primo luogo, dal contributo del giudice costituzionale nazionale, inoltre, dagli orientamenti dei giudici europei (Corte di Strasburgo e Corte UE) nell'esegesi delle rispettive Carte dei diritti, a cui l'ordinamento è tenuto a prestare osservanza;

per la tutela dell'ambiente, in AA.VV. *Ambiente e diritto*, Milano 1999. B. CARAVITA DI TORRITO, *Diritto all'ambiente e diritto allo sviluppo*, in AA.VV., *Scritti in onore di A. Predieri*, Milano 1996.

⁹ Il giorno del sovrasfruttamento della Terra (Earth Overshoot Day), che, come detto, quest'anno cadrà l'8 agosto, serve per evidenziare la data in cui la domanda annuale di risorse naturali da parte dell'umanità supera le risorse che la Terra può rigenerare in un anno.

¹⁰ Confrontare anche gli studi di M. WACKERNAGHEL, W. REES, *Our ecological footprint, in tema di calcolo dell'Impronta ecologica*, e di recente A. FLYNN e A. COLLINS, *The ecological footprint*, Edwar Elgar Publishing, Northampton, USA, 2015.

¹¹ K.-H. LADEUR, *Die Beobachtung der kollektiven Dimension der Grundrechte durch eine liberale Grundrechtstheorie. Zur Verteidigung der Dominanz der abwehrrechtlichen Dimension der Grundrechte*, in *Der Staat*, 50 (2011), p. 493 ss., part. p. 504 ss.

in fine, dagli esiti del dialogo costituzionale transnazionale che al livello di Stati europei coinvolge, oltre che i legislatori nazionali, soprattutto le Corti costituzionali e i giudici di merito”¹².

È utile comprendere la relazione dei diritti fondamentali con il più generale ambito dei diritti umani, rispetto ai quali i primi si configurano come esito ultimo di un processo storico di positivizzazione dei secondi¹³. I diritti fondamentali rappresentano la proiezione e lo sviluppo in chiave giuridico-positiva degli originari diritti di natura, dotati di una valenza pre o meta positiva, in ogni caso esterna al contesto formale dell’ordinamento giuridico.

Il contesto normativo esterno ed interno tendono gradualmente a fondersi, ma il livello in cui si saldano è sempre meno quello legislativo, e sempre più quello economico finanziario. Lo scenario che fa da sfondo a questo processo veniva chiamato fino a poco tempo fa “globalizzazione dei mercati”. Secondo Ferrajoli, la globalizzazione è identificabile, in chiave giuridica, con un “vuoto di diritto pubblico internazionale”; un vuoto che è stato colmato dal diritto privato e, quindi, da un “diritto di produzione contrattuale”. A questa assenza del diritto pubblico è conseguito un incremento della disuguaglianza che, secondo l’Autore, ha inciso sulla crisi economica la quale, a sua volta, è degenerata in una crisi della democrazia: «La politica e le sue istituzioni democratiche hanno così abdicato al loro ruolo di governo e si sono assoggettate ai cosiddetti “mercati”, cioè ai poteri sregolati e selvaggi della finanza speculativa i quali, dopo aver provocato la crisi economica, stanno imponendo agli Stati la distruzione del Welfare, la riduzione della sfera pubblica, lo smantellamento del diritto del lavoro, la crescita delle disuguaglianze e della povertà e la devastazione dei beni comuni»¹⁴.

Ci troviamo di fronte ad un nodo nevralgico in cui l’interesse generale, che dovrebbe essere quello volto alla tutela dei diritti fondamentali, è orientato alla difesa dei beni vitali, e ancor di più per le generazioni future, in un’epoca in cui, però, i grandi decisori delle dinamiche internazionali sono sempre meno “gruppi politici” e sempre più “gruppi economico-finanziari”. Questo significa decisori sempre meno democratici e trasparenti, con interessi spesso diametralmente opposti all’interesse generale, per esempio nel campo dei beni naturali.

Quella a cui stiamo assistendo è la fase finale di un cruento regolamento di conti fra due dottrine economiche, quella di stampo keynesiano e quella

¹² Sia consentito rimandare a V. BALDINI, *Che cosa è un diritto fondamentale. La classificazione dei diritti fondamentali. Profili storico-teorico-positivi*, 10 e 11 giugno 2016, Cassino, convegno annuale dell’Associazione Gruppo di Pisa sul tema “Cos’è un diritto fondamentale?”, Università degli studi di Cassino e del Lazio Meridionale.

¹³ C. AMIRANTE, *Diritti dell’uomo e sistema costituzionale: un futuro dal cuore antico?*, saggio introduttivo in E. DENNINGER, *Diritti dell’uomo e Legge fondamentale*, Torino, 1997. P. CARETTI, *I diritti fondamentali*, Torino 2001.

¹⁴ L. FERRAJOLI, *La democrazia costituzionale*, in *Revus*, 2012, p. 69-124.

neoliberista. L'Europa, in particolare l'area della moneta comune, è un terreno privilegiato per analizzare e constatare come le posizioni neoliberiste stiano nettamente vincendo questa guerra economica, tanto da poter parlare ormai di dominio di un solo modello assunto come indiscutibile. Dagli anni '70, quando è terminato il cosiddetto trentennio glorioso keynesiano, è iniziata la controrivoluzione neoliberista che, poco alla volta, ha svuotato gli Stati del potere decisionale. Le democrazie sono state spolpate sino a rendere il loro apparato un guscio vuoto e in difficoltà. Inoltre il debito pubblico è divenuto insostenibile in molti Paesi. I grandi decisori delle politiche economiche e finanziarie, che poi si trasformano anche in norme giuridiche, godono di poteri sovranazionali svincolati da controlli giudiziari, politici e, ovviamente, democratici. Sorvolando sulle organizzazioni dette di Bretton Woods, come la Banca Mondiale e il FMI (Fondo Monetario Internazionale), oppure il WTO (L'Organizzazione Mondiale del Commercio) che esercitano un forte controllo su molti Paesi e ne dettano l'agenda politica. Insomma, oggi occorre studiare anche in direzione dell'economia, se vogliamo capire veramente cosa ostacola la piena attuazione dei principi costituzionali ed il riconoscimento dei diritti fondamentali.

2. Effettività dei diritti fondamentali

Il tema della effettività dei diritti fondamentali, come detto sopra, si scontra oggi, in modo chiaro, con le regole (scritte e non scritte) del modello di sviluppo economico finanziario dominante. Se da un lato è molto comprensibile che i giuristi dedichino impegno ed attenzione alla storia ed alla evoluzione del concetto di diritto fondamentale, per consolidare definizioni e per fare chiarezza sui principi ispiratori, è anche giusto rivolgere lo sguardo pure alle cause che impediscono la effettività di quei diritti. La concreta garanzia dei diritti fondamentali dovrebbe rappresentare l'obiettivo principale dell'economia, intesa come *oikos nomos* e quindi "disciplina della casa", che si contrappone all'assenza di regole. Quindi in tema di diritto di accesso alle risorse vitali, occorre ragionare inizialmente su questo versante concettuale, che non è per niente marginale rispetto alle teorie sulla natura dei beni, anzi si rivela centrale per la fruibilità piena ed equa dei diritti che hanno bisogno di beni per realizzarsi¹⁵.

Nello studio della tutela dei diritti fondamentali vi è sempre un passaggio giuridico necessario, che è passaggio logico-teorico, ma che poi incide nella pratica della tutela, ed è l'analisi della congruità e consequenzialità tra l'enunciazione di un principio, l'individuazione di un diritto e la effettività degli stessi. Un ordinamento giuridico si regge su un sistema condiviso

¹⁵ M.S. GIANNINI, *Ambiente: saggio sui diversi suoi aspetti giuridici*, *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1973.

di valori, che se vengono recepiti dalla comunità di riferimento, diventano principi. Questi poi possono essere costituzionalizzati e generano diritti. Infine, questi poi vengono tutelati con regole ed anche con provvedimenti economici, quindi sia nella sfera giuridica che in quella politico-sociale. Se è vera questa sequenza di passaggi propedeutici, allora ogni anello della catena è indispensabile alla pienezza, alla completezza dell'insieme. La mancata effettività finale rischia di pregiudicare l'intero ordinamento, e se questo può valere in generale, a maggior ragione vale nel caso dei diritti fondamentali ed in particolare quelli legati ai beni vitali. Nel caso delle risorse naturali, anche se non sono sempre "protette" e codificate¹⁶, è certamente condivisa a livello universale la percezione che siano beni da tutelare in modo diverso, in quanto essenziali per la sopravvivenza del genere umano e dell'ecosistema. Si può quindi affermare che la necessità di tutelare questi beni sia un "valore" universale, e che questo valore sia condiviso anche nel nostro Paese, al punto da poter essere considerato fondante per la nostra collettività. Se in base a questo "valore condiviso" volessimo costituzionalizzare¹⁷ un principio generale, potremmo spingerci oltre, fino a ragionare intorno ai beni vitali, e fino al disciplinare nuovi principi fondamentali, per ora non presente nell'ordinamento. Se da questo principio nascesse, quindi, direttamente la necessità di tutelare il diritto di tutti ad avere beni vitali in qualità (quindi acqua potabile e aria pulita, ad esempio) e quantità (nella misura minima sufficiente per avere una vita dignitosa), avremmo sancito in Costituzione un nuovo diritto¹⁸. Secondo parte della dottrina¹⁹ non è per forza necessario questo passaggio nuovo in Costituzione, ma basterebbe appellarsi con forza agli articoli 2 e 3, della nostra Costituzione (e poi con gli altri principi ed i servizi pubblici) per vedere riconosciuto questo diritto. L'art. 2 dal quale scaturisce il principio di solidarietà sociale ed economica, collegato alla coesione sociale. L'art. 3 comma 2, che genera il principio di eguaglianza sostanziale, che individua il compito della Repubblica di rimuovere gli ostacoli che impediscono la effettiva garanzia dei diritti sociali, in particolare. Nel caso del diritto ai beni vitali, come per gli altri diritti fondamentali, bisogna provare a cimentarsi inevitabilmente col tema della effettività.

¹⁶ Sul tema della "codificazione" o "costituzionalizzazione" dei diritti e dei beni comuni, si veda A. LUCARELLI, *Costituzione e beni comuni*, Diogene edizioni, Napoli, 2013.

¹⁷ Come è stato fatto nella Costituzione dell'Uruguay, Bolivia o in altri interessanti tentativi in costruzione.

¹⁸ Anche se tanto nuovi non sono questi diritti, perché già oggi, indirettamente, attraverso i diritti sociali e i diritti ambientali, sono considerati tutelabili nel nostro ordinamento i diritti di nuova generazione.

¹⁹ Vedi M. MANUNTA, *Ripubblicizzare l'acqua. Leggi e pratiche di democrazia da Nord a Sud del mondo*, MC Editrice, Milano, 2005, oppure M. Bersani, *Ripubblicizzare i beni comuni*, Edizioni Alegre, Roma, 2007. Mi sia consentito rinviare ancora a R. Briganti, *L'acqua come bene pubblico*, in *Democrazia e diritto*, FrancoAngeli, Milano, 1/2005.

Nella teoria generale del diritto il termine “effettività” indica la generale osservanza di una norma da parte dei destinatari della stessa. Quasi tutte le teorie giuridiche attribuiscono centralità all’effettività, nella definizione stessa di “diritto”, perchè presuppongono che quest’ultimo sia tale solo se, e in quanto, sia dotato di effettività²⁰.

Naturalmente l’effettività di una norma o di un diritto non va confusa con l’*efficacia*. Quest’ultima è la capacità della norma di raggiungere il proprio fine. Ad esempio, il fine di una norma che impone ad un contratto una determinata forma può essere quello di assicurare il regolare svolgimento dei traffici. La circostanza che tale norma venga ad essere generalmente osservata (sia, cioè, *effettiva*) non esclude che possa essere contemporaneamente *inefficace* (cioè inadeguata a raggiungere il suo obiettivo).

In Kelsen vi è un duplice concetto di efficacia²¹: un concetto di efficacia della singola norma, inteso come un comportamento difforme dal suo contenuto, che però non pregiudica in alcun modo la sua normale validità; e concetto di efficacia complessiva dell’ordinamento, inteso come una serie di comportamenti che costituiscono una condizione della validità della norma fondamentale. Secondo gli stessi autori²², per avere un ordinamento non basta dire che il sistema di norme di cui è composto, è nel suo complesso osservato. Bisogna infatti chiedersi, perché è osservato. Se è osservato perché l’osservanza, anche quando non si condividono i fini fondamentali cui esso è ispirato, dà un significato alla propria esistenza nel senso che le garantisce la sicurezza dei rapporti economici, la certezza dei rapporti familiari, le libertà dell’azione, diremo che l’ordinamento giuridico è effettivo ed ha possibilità di durata. Se invece è osservato solo per paura, o per l’assoluta incapacità di reagire ad esso, non si può parlare di pace, non si può dire che l’ordinamento, oltre che esistere è anche capace di durare. E proprio su questo argomento che si distingue l’efficacia dall’effettività. Per efficacia dell’ordinamento si intende il fatto empiricamente verificabile che esso sia stato osservato e applicato. Per effettività dell’ordinamento giuridico si intende la capacità che esso ha di durare, di garantire un assetto stabile e duraturo di rapporti politici e sociali²³. E su questo aspetto il tema dell’effettività in particolare del diritto all’acqua, è una perfetta cartina di tornasole.

Secondo autorevole dottrina²⁴, l’effettività dovrebbe essere un attributo del “potere”, mentre l’efficacia, un attributo della “norma”. Potere effettivo

²⁰ Sia consentito rimandare a R. BRIGANTI, *Il diritto all’acqua tra beni comuni e servizi pubblici*, Esi, Napoli, 2012.

²¹ H. KELSEN, *Teoria generale e teoria dello Stato*, a cura di S. Cotta e G. Treves, Milano, 1959

²² R. MENEGHELLI, *Il problema dell’effettività nella teoria della validità giuridica*, Cedam, Padova, 1975.

²³ P. PIOVANI, *Il significato del principio di effettività*, Giuffrè, Milano, 1953.

²⁴ N. BOBBIO, *Diritto e potere. Saggi su Kelsen*, ESI, Napoli, 1992.

è quello che riesce a ottenere il risultato preposto. Norma efficace è la norma osservata e seguita. I due termini però rischiano di essere sinonimi, perché l'efficacia delle norme dipende dall'effettività del potere, e questo dipende dal fatto che le norme sono efficaci. In definitiva, l'effettività è la condizione fondamentale della validità dell'ordinamento giuridico. Ma allora occorre spostare l'attenzione su quali sono le condizioni dell'effettività.

Sotto il profilo dogmatico e teorico il tema della effettività si propone, o meglio si ripropone, nei momenti di transizione costituzionale o di crisi delle istituzioni. In quei momenti il principio o la regola preesistente genera, nella classe politica dominante, forme di insofferenza, di intolleranza rispetto alla condivisione di valori precostituiti. Le forme di ripensamento possono trovare una fonte di legittimazione anche in orientamenti normativi e giurisprudenziali provenienti da ordinamenti sopranazionali.²⁵

3. Beni, diritti e logica proprietaria.

E' evidente che occorre individuare un criterio obiettivo e, perciò, utilizzabile come parametro di controllo delle decisioni anche politiche (che, appunto sono discrezionali ma non libere ed arbitrarie)²⁶ che consenta di elaborare discipline diverse per i diversi beni cd. pubblici. Un criterio valido, come detto in precedenza, potrebbe essere quello della loro funzionalizzazione rispetto all'interesse generale. Solo dopo aver individuato categorie di beni omogenei, accomunati dal loro essere strumentali al soddisfacimento dei diritti fondamentali, si potrà stabilire una disciplina efficace rispetto alla tutela degli stessi, ossia dell'interesse generale, differente per ciascuna categoria. A tali parametri si ispira la teoria giuridica dei beni comuni. La nuova impostazione si fonda, innanzitutto su un criterio di distinzione fra i cd. beni pubblici in base al quale i beni non sono presi nella loro oggettività, ma nel loro aspetto funzionale. Tale visione si differenzia da quella codicistica, basata sulla proprietà, che si ritiene inadeguata a soddisfare l'interesse generale, inteso attualmente in una prospettiva universale sotto il profilo territoriale, ed alle generazioni future sotto il profilo temporale.

Nella visione proposta, l'aspetto della necessaria esclusione dal diritto proprietario privato di un bene essenziale al soddisfacimento dei diritti fondamentali delle persone, è fondamentale in un'ottica tuttavia che si pone al di là del rapporto proprietario, anche di tipo pubblicistico, che introduce la nozione di appartenenza collettiva, come istituto che prevede l'inalienabilità assoluta di beni qualificabili come comuni e che, quindi, impedisce la titola-

²⁵ A. LUCARELLI, *Diritti sociali e principi "costituzionali" europei*, in *Democrazia e diritto*, n. 3/2003.

²⁶ Si rinvia a D. MONE, *Qualità normativa tra tecnocrazia ed effettività della democrazia rappresentativa*, Napoli, 2010, p. 193 e ss.

rità di una loro proprietà tanto pubblica quanto privata. Tali beni andrebbero sottratti ad un regime proprietario per essere sottoposti ad un regime di appartenenza alla collettività, attuale e futura. In tal senso il regime nuovo viene ad assumere connotati differenti anche rispetto al paradigma della proprietà pubblica, si muove entro una cultura differente da quella dell'appartenenza individuale²⁷. In questa direzione si è mossa la Commissione Rodotà²⁸ che ha disciplinato i beni in base alla loro funzionalità rispetto ai diritti fondamentali della persona.

Anche la sentenza n. 3665 della Corte di Cassazione a Sezioni Unite del 24 novembre 2010, depositata il 14 febbraio 2011, evidenzia in modo chiaro come la funzione dei beni sia legata al perseguimento degli interessi della collettività, indipendentemente dalla titolarità del bene. La sentenza introduce, per la prima volta in una sede giurisdizionale così autorevole l'espressione "beni comuni", ed al di là dei termini usati, sembra respirare e recepire le linee suggerite dalla Commissione Rodotà.

La Corte di Cassazione respinge tutte le doglianze presentate ed argomenta in modo molto articolato che la intera laguna di Venezia veniva considerata demanio pubblico, nel senso attuale di bene appartenente al "demanio marittimo necessario". Poi cita l'art. 28 del codice della navigazione del 1942, che individuerà il demanio marittimo necessario come insieme di beni di origine naturale la cui proprietà "non può non essere pubblica", e quindi distinti da quelli per i quali la demanialità è condizionata dalla loro appartenenza allo Stato. Si tratta chiaramente di una sentenza che considera superata la dicotomia esclusiva beni pubblici/beni privati e soprattutto considera insufficiente il tema della titolarità del bene. Pone invece la centralità dell'attenzione sulla funzione del bene, ed in particolare sulla capacità di alcuni beni di garantire l'effettività dei diritti fondamentali, attraverso la fruizione degli stessi da parte della collettività. Pertanto, si tratta di una "appartenenza collettiva" che distinguerebbe questi beni da quelli meramente appartenenti ad uno Stato, e quindi al demanio. Non essendo le tradizionali categorie giuridiche del codice civile del 1942 (e tanto meno del coevo codice della navigazione) in grado di comprendere tutta la complessità del settore, si intravede per la prima

²⁷ Scrive efficacemente P. GROSSI, *La proprietà e le proprietà*, cit., pp. 362-363: «Parlare soltanto di proprietà, anche se al plurale, significa restare ben racchiusi entro la nicchia dell'appartenenza individuale. [...] Nessun dubbio che sia qui il perno portante e il "segreto" della storia giuridica dell'Europa occidentale e che questa storia sia stata vissuta soprattutto come vicende di "proprietari" e lotta per la "proprietà", ma nessun dubbio ugualmente che ridurre a questa dimensione il multiforme rapporto uomo-beni ha il senso di un deplorabile immiserimento». p. 421.

²⁸ Si fa riferimento alla Commissione sui Beni pubblici, presieduta da Stefano Rodotà, istituita presso il Ministero della giustizia, con Decreto del Ministro, il 21 giugno 2007, al fine di elaborare uno schema di legge delega per la modifica delle norme del codice civile in materia di beni pubblici.

volta in una sentenza della Corte la propensione ad ammettere l'esistenza di una nuova categoria di beni che potremmo definire appunto "beni comuni". Come detto, questo argomento era stato oggetto dell'approfondito e lungimirante studio della commissione presieduta dal prof. Stefano Rodotà, che intendeva valorizzare il principio secondo cui la destinazione pubblica dei beni potesse essere assicurata a prescindere dall'appartenenza esplicita ad un ente pubblico, attraverso la previsione di un vincolo oggettivo gravante sui medesimi beni. La sentenza ritorna sulla nozione di "bene pubblico in senso oggettivo", inteso come bene che, nonostante la sua appartenenza non necessariamente pubblica, continua a non essere sottraibile alla sua destinazione istituzionale e sottoposto a regolazione da parte dei poteri pubblici, oltre che tutelabile mediante appositi poteri amministrativi. È proprio questa commissione ha introdotto e sistematizzato la categoria dei "beni comuni", ritagliata secondo le caratteristiche classiche della "non rivalità e non esauribilità"²⁹. Si tratta di beni che esprimono utilità funzionali all'esercizio dei diritti fondamentali, e la legge deve garantirne in ogni caso la fruizione collettiva, diretta e da parte di tutti, anche in favore delle generazioni future. Infatti, nello schema di ddl si prevedeva che, ove la proprietà di questi beni fosse pubblica, gli stessi siano collocati fuori commercio, salvi i casi in cui la legge consenta la possibilità di darli in concessione, ma per una durata limitata. Naturalmente (ma forse non era scontato), si evidenziava l'esigenza del coordinamento con la disciplina degli usi civici. La Commissione stabiliva poi che chiunque potesse avere accesso alla tutela giurisdizionale dei diritti connessi alla salvaguardia ed alla fruizione dei beni comuni, e non solo chi vi abbia interesse³⁰. Inoltre, si prevede una legittimazione dello Stato all'azione risarcitoria per danni arrecati ai medesimi beni.

Dal punto di vista dei fondamenti, la riforma elaborata dalla Commissione si proponeva di operare una inversione concettuale rispetto alle tradizioni giuridiche del passato. Invece del percorso classico che va "dai regimi ai beni", si procedeva all'inverso, ovvero "dai beni ai regimi". L'ontologia dei beni individua i beni come "oggetti materiali o immateriali, che esprimono fasci di utilità"³¹. Il lavoro svolto in quella sede «è andato ben oltre la modifica del regime civilistico dei beni pubblici e propone una categoria nuova e diversa rispetto a quella dei beni pubblici, la categoria dei beni comuni, la cui titolarità va ricondotta in capo alla collettività e la cui disciplina dovrebbe fondarsi su alcuni principi fondamentali che rimandano sostanzialmente

²⁹ A. LUCARELLI (a cura di), *Beni comuni. Proprietà gestione, diritti*, in *Rassegna di diritto pubblico europeo*, n. 2-2007, Esi, Napoli.

³⁰ Con questa locuzione si andrebbe ad includere il c.d. "valore di non uso dei non fruitori".

³¹ Cfr. Schema di legge delega per la modifica delle norme del Codice civile in materia di beni pubblici, della Commissione Rodotà.

all'idea di una loro indisponibilità di fondo, proprio in quanto costituenti il bagaglio fondamentale e inamovibile per il soddisfacimento dei bisogni primari di qualsiasi persona»³².

4. Tutela dell'ambiente e generazioni future

L'analisi delle relazioni tra ambiente e diritti fondamentali muove del combinato dei citati artt. 2, 9, 32 e 117 Cost. Oltre all'art. 2 inteso come "norma a fattispecie aperta", nell'ambito della quale possono trovare posto anche diritti di successiva elaborazione giurisprudenziale, come il diritto alla riservatezza, all'identità personale e sessuale, e all'ambiente salubre, appunto, la tutela dell'ambiente deve essere riconosciuta e garantita sia come un dovere del singolo, (principio personalista) così come anche un dovere dei soggetti pubblici (principio pluralista), in quest'ultimo caso naturalmente collegandosi con la previsione dell'art. 3, 2° c, Cost. che conferisce alla Repubblica, così come oggi articolata (art. 114 Cost.), il compito di rimuovere gli ostacoli (quindi anche di carattere ambientale) di ordine economico e sociale che limitano di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini. Il Diritto all'ambiente salubre, dunque, può essere letto come un diritto complesso, a più dimensioni. A seguito della riforma introdotta con Legge costituzionale n. 3 del 2001 anche la Costituzione italiana, al pari dei più moderni testi costituzionali, prevede il termine ambiente all'interno del proprio testo. Infatti il comma 2° dell'art. 117 Cost. alla lettera "s" prevede la potestà legislativa esclusiva dello Stato per "la tutela dell'ambiente, dell'ecosistema e dei beni culturali". In forza di tale previsione, la Corte costituzionale ha ribadito quanto già espresso sull'ambiente come interesse fondamentale³³, quale valore costituzionale garantito e protetto, quale bene rilevante costituzionalmente, attraverso sentenze più recenti che hanno preso in considerazione l'ambiente quale valore trasversale e quindi, superando l'ambito in cui il citato testo della riforma circoscriveva l'argomento, "...escludendo che si possa identificare l'ambiente come una materia in senso tecnico, qualificabile come <tutela dell'ambiente>, dal momento che non sembra configurabile come sfera di competenza statale rigorosamente circoscritta e delimitata, giacché, al contrario, essa investe e si intreccia inestricabilmente con altri interessi e competenze..." ed ancora, attraverso la Sentenza n. 536 del 2002³⁴. Quanto detto

³² Vedi A. LUCARELLI in *Du public au commun*, in *il Tetto* n. 281, gennaio-febbraio 2011, p. 48; e ID., *Note minime per una teoria giuridica sui beni comuni*, in *Quale Stato*, 2007; per un commento sui lavori della Commissione Rodotà, si v. anche P. PERLINGIERI, *Normazione per principi: riflessioni intorno alla proposta della Commissione sui beni pubblici*, in *Rassegna diritto civile*, n. 4, 2009.

³³ B. CARAVITA DI TORITTO, *Diritto dell'ambiente*, Il Mulino 2005.

³⁴ Che ulteriormente ribadisce che "... l'ambiente deve essere considerato come un <valore> costituzionalmente protetto che non esclude la titolarità in capo alle Regioni di competen-

ci porta a comprendere come il diritto ad un ambiente salubre, può essere compreso nel novero dei diritti fondamentali e proprio in ossequio all'art. 2 Cost., può essere inteso sia quale diritto soggettivo (sia esso individuale o collettivo) azionabile per la tutela di varie situazioni soggettive (diritto alla salubrità dell'ambiente, all'informazione ambientale, ecc.), sia quale dovere di tutela da parte dello Stato, non più visto come apparato, ma nelle sue attuali articolazioni all'interno del territorio nazionale.

Concludendo, è auspicabile che il riconoscimento dei diritti fondamentali (in particolare dei diritti riconducibili ai beni naturali, rafforzati e legittimati da orientamenti internazionali e comunitari) si radichi esplicitamente negli ordinamenti interni, non per coercizione, bensì per condivisione profonda. Però questa è condizione "necessaria" ma ancora "non sufficiente" per l'effettività di questi diritti, perché servono anche soluzioni normative di equilibrio tra istanze potenzialmente confliggenti, che assumano come punto di partenza e come presupposto irrinunciabile il principio che il godimento dei cosiddetti beni comuni sia da considerare un diritto fondamentale, da garantire anche in un'ottica di equità intergenerazionale³⁵. Ciò consentirebbe la maturazione di un moderno diritto pubblico in grado di rapportarsi con la nuova categoria giuridica dei beni comuni³⁶, e con il tema ad essa collegato della responsabilità e della partecipazione delle persone³⁷. Per raggiungere questo ambizioso obiettivo occorre ricondurre i servizi pubblici essenziali alla loro originaria finalità di tutela effettiva dei diritti fondamentali, e nello stesso tempo svincolare i beni pubblici dalla morsa del rapporto dominicale, ancorandoli invece alla loro funzione sociale, e da lì slanciarli oltre, verso la ancor più delicata consapevolezza della crescente responsabilità verso le generazioni future³⁸.

Nell'assordante silenzio della maggioranza dei Capi di Stato e di Governo del mondo, uno di loro, Papa Francesco scrive invece nell'enciclica sulla salvaguardia del creato "Laudato si" che: "L'acqua potabile e pulita rappresenta una questione di primaria importanza, perché è indispensabile per la vita umana e per sostenere gli ecosistemi terrestri e acquatici. Le fonti di acqua dolce riforniscono i settori sanitari, agropastorali e industriali. La disponibilità di acqua è rimasta relativamente costante per lungo tempo, ma ora in

ze legislative su materie (governo del territorio, tutela della salute, ecc.) per le quali quel valore costituzionale assume rilievo...".

³⁵ R. BIFULCO, *Diritto e generazioni future. Problemi giuridici di responsabilità intergenerazionale*, FrancoAngeli, 2013.

³⁶ Cfr. ancora A. LUCARELLI in *Du public au commun*, op. cit., p. 49.

³⁷ Per una acuta distinzione tra le varie declinazioni della partecipazione, si veda R. BIFULCO, *Democrazia deliberativa, partecipativa e rappresentativa. Tre diverse forme di democrazia*, in U. ALLEGRETTI (a cura di), *Democrazia partecipativa*, Firenze University Press, 2010, pp. 65-77.

³⁸ P. MADDALENA, *L'ambiente e le sue componenti come beni comuni in proprietà collettiva della presente e delle future generazioni*, in *www.federalismi.it*, 2011, p. 12

molti luoghi la domanda supera l'offerta sostenibile, con gravi conseguenze a breve e lungo termine. Un problema particolarmente serio è quello della qualità dell'acqua disponibile per i poveri, che provoca molte morti ogni giorno... l'accesso all'acqua potabile e sicura è un diritto umano essenziale, fondamentale e universale, perché determina la sopravvivenza delle persone, e per questo è condizione per l'esercizio degli altri diritti umani”.

Il vero “*spread*” che ci dovrebbe preoccupare oggi non è tanto il differenziale tra i titoli di stato tedeschi e quelli italiani, ma è il differenziale tra le dichiarazioni dei diritti fondamentali, solennemente e giustamente proclamate nelle Costituzioni, e la sostanziale esclusione da questi diritti di alcuni miliardi di esseri umani, che abitano ora il pianeta o che verranno in futuro.

PAESAGGIO E CULTURA

di Lucilla Conte

SOMMARIO: 1. Premessa 2. Il quadro costituzionale 3. La definizione di paesaggio tra diritto interno ed internazionale 4. Alle origini di un rinnovato senso civico? Oltre la mera conservazione del paesaggio.

1. Premessa

Il presente contributo muove dalla convinzione che il paesaggio, oggetto di esplicita tutela costituzionale all'articolo 9, comma 2 Cost., non possa essere rubricato a mera «concezione estetica dell'ambiente, conforme alla cultura borghese e fascista degli anni Trenta», e dunque «valore lontano dalle esigenze qualitative di una società pluralista»¹. Il dettato costituzionale e i numerosi riferimenti legislativi e convenzionali che lo definiscono, testimoniano una vitalità del concetto di paesaggio che merita di essere oggetto di indagine anche all'interno di una riflessione che abbia come tema la definizione di cosa sia un diritto fondamentale.

Ci si può interrogare su quale versante della scienza giuridica sia più opportuno esaminare il paesaggio, e se questo possa essere individuato nel diritto dell'ambiente o nel diritto dei beni culturali.

In realtà il concetto di paesaggio appare più sfuggente e pertanto irriducibile a questa catalogazione.

Pertanto, appare utile avanzare una ipotesi di analisi del paesaggio come oggetto di un diritto, e interrogarsi se tale diritto possa qualificarsi come diritto culturale avente carattere fondamentale.

2. Il quadro costituzionale

In Costituzione non è presente una definizione di paesaggio: esso è oggetto tutela da parte della Repubblica all'art. 9, comma 2, insieme al patrimonio storico e artistico della Nazione cui è «espressamente e simbolicamente accostato»².

¹ F. SPANTIGATI, *Le categorie giuridiche necessarie per lo studio del diritto dell'ambiente*, in *Riv. Giur. Ambiente*, 1999, p.228.

² F. CORTESI, *Le amministrazioni e il paesaggio tra discorso di verità e discorso di volontà*, in *Aedon. Rivista di arti e diritto online*, 3, 2016, §

Vi sono però altri due riferimenti costituzionali a cui la tutela del paesaggio indirettamente si ricollega: essi sono l'art. 32 Cost. e gli artt. 33 e 34 Cost. Tali articoli, nel tutelare il diritto ad un ambiente salubre e nel garantire, in senso ampio, l'accesso alla cultura, con riferimento al paesaggio presuppongono una situazione di integrità paesaggistica che sia, da un lato, condizione per preservare un assetto rispettoso della sostenibilità ambientale, dall'altro condizione per garantire la fruizione estetica delle sue caratteristiche laddove veicolino significati culturali degni di essere preservati e trasmessi come materia di conoscenza.

In sostanza, in questi due casi l'esistenza (la sopravvivenza?) di un paesaggio può essere la condizione per l'effettivo esercizio di un diritto altro e diverso dalla fruizione del paesaggio in sé e per sé considerato.

L'articolo 9, comma 2, della Costituzione, invece, pare suggerirci un'ipotesi di indagine diversa, non limitata a esigenze di mera conservazione, ma suscettibile di un'interpretazione maggiormente dinamica.

L'accostamento del paesaggio al patrimonio storico-artistico della Nazione – senza assorbimento del primo nel secondo – testimonia l'irriducibilità del paesaggio alla nozione di bene culturale.

La sostituzione del termine paesaggio in luogo del concetto – emerso nei lavori della Prima Sottocommissione – di “monumenti naturali” (forse debitore del retaggio legislativo della l. n. 1497 del 1939 che tutelava la “bellezza naturale”) attesta un primo distacco da «un'idea di paesaggio improntata (...) ad una concezione estetizzante»³, verso una nuova nozione di paesaggio, rispettosa del nuovo assetto costituzionale che pone al centro la persona umana, nel rispetto del pluralismo. A questo proposito, sono significative le parole dell'on. Ruini in Assemblea Costituente, che con riferimento alla formulazione definitiva dell'articolo, illustra come fosse opportuno «riassumere in una espressione più breve e sintetica le indicazioni per la tutela del paesaggio e per la ricerca tecnica e scientifica (...) che, insieme con la tutela del patrimonio storico ed artistico e col concetto aggiunto dello sviluppo culturale in genere, si possono prestare a giustificare (...) il richiamo, che ha speciale valore per l'Italia, ad uno stato di cultura e di tutela dell'eredità di storia e di bellezza del nostro Paese»⁴.

Non a caso, l'art. 9, comma 2 Cost., prevede che il soggetto su cui grava il dovere di promozione dello sviluppo della cultura e della ricerca scientifica e tecnica (comma 1) e di tutela del paesaggio e del patrimonio storico e artistico della Nazione sia la Repubblica in quanto «una e indivisibile» (art.5 Cost.), ma anche nelle articolazioni amministrativo-territoriali (Comuni, Province,

³ R. FATTIBENE, *L'evoluzione del concetto di paesaggio tra norme e giurisprudenza costituzionale: dalla cristallizzazione all'identità*, in www.federalismi.it (18 maggio 2016).

⁴ Il dibattito è consultabile all'url <http://www.nascitacostituzione.it/01principi/009/art009-011.htm>

Città metropolitane, Regioni e Stato) che la costituiscono (art. 114 Cost., comma 1).

La tutela del paesaggio non appare completamente sovrapponibile alla tutela dell'ambiente, dell'ecosistema e dei beni culturali (competenza legislativa esclusiva statale ai sensi dell'art. 117, comma 2, lett s) Cost.) e alla valorizzazione dei beni culturali e ambientali (competenza legislativa concorrente ai sensi dell'art. 117, comma 3, Cost.).

Il paesaggio non risulta infatti menzionato all'interno dell'art. 117 Cost. Non si ignora, tuttavia, il fatto che giurisprudenza costituzionale abbia percorso un'interpretazione di tipo inclusivo della tutela paesaggistica all'interno della tutela ambientale, elaborando infine un concetto di ambiente-paesaggio quale biosfera⁵, in cui alle esigenze di conservazione si accompagnano quelle di fruizione⁶. La tutela del paesaggio risulta dunque «improntata a integralità e globalità, vale a dire implicante una riconsiderazione assidua dell'intero territorio nazionale alla luce e in attuazione del valore estetico-culturale». Una tutela così concepita – prosegue la Corte Costituzionale – «è aderente al precetto dell'art. 9 Cost., il quale, secondo una scelta operata al più alto livello dell'ordinamento, assume il detto valore come primario, cioè come insuscettivo di essere subordinato a qualsiasi altro»⁷.

La connessione tra paesaggio e identità territoriale e culturale può apparire problematica, tanto più all'interno di una Costituzione, quale è quella italiana che, nel riconoscere i diritti inviolabili dell'uomo, si apre al pluralismo e all'inclusione. Tuttavia, l'appartenenza territoriale può non soltanto essere intesa come «ferrigna e funesta idea di “sangue e suolo”», ma al contrario può essere oggetto «di una genuina configurazione in chiave liberal-democratica (o, se si vuole, in chiave di «stato costituzionale») che dia «sicurezza e respiro alla vita quotidiana individuale ed associata e preservi da pericolosi ripiegamenti irrazionali»⁸. In questa prospettiva, può senz'altro

⁵ Sul concetto di biosfera e di ambiente come sistema (con richiamo alla Conferenza di Stoccolma del 1972 sull'ambiente umano), vedi Corte Cost., n. 378/2008, punto n. 4 del Considerato in Diritto.

⁶ Il riferimento al duplice versante di interessi pubblici che vengono in considerazione con riferimento alla tutela ambientale e paesaggistica (conservazione e fruizione) già presente in Corte Cost., n. 367/2007 e Corte Cost. n. 378/2007 e, da ultimo, nella sentenza n.267/2016 in tema di impianti eolici (Considerato in Diritto, punto n.4.2). In particolare, la Corte precisa come nel caso dell'energia eolica la tutela degli interessi ambientali non consista in una tutela «meramente statica», ma si concretizzi «in una serie di attività che devono essere compatibili con gli altri profili di garanzia interni alla stessa materia ambientale (tra cui, appunto, la tutela del paesaggio)».

⁷ Corte cost., n. 151/1986, punto n. 4 del Considerato in Diritto, con considerazioni richiamate, da ultimo, nella sentenza n. 56/2016. Per una ricostruzione dell'evoluzione della giurisprudenza della Corte costituzionale sul concetto di paesaggio, cfr. R. FATTIBENE, *op.cit.*, in particolare il § 3.

⁸ S. SICARDI, *Essere di quel luogo. Brevi considerazioni sul significato di territorio e di appartenenza territoriale*, in *Pol. Dir.*, 2003, p.117.

essere compatibile con il nostro impianto costituzionale, «la valorizzazione della dimensione *culturale* del territorio», da intendersi anche nella sua articolazione in «*diversi territori collegati ai differenti livelli di Governo politico o politico-amministrativo* (enti infrastatali, Stato, entità sopranazionali) che su quello contemporaneamente insistono»⁹.

3. La definizione di paesaggio tra diritto interno ed internazionale

La Corte costituzionale ha fornito un'interpretazione in merito all'omesa definizione di paesaggio all'interno della Carta: «il concetto di paesaggio indica, innanzitutto, la morfologia del territorio, riguarda cioè l'ambiente nel suo aspetto visivo. Ed è per questo che l'art. 9 della Costituzione ha sancito il principio fondamentale della "tutela del paesaggio" senza alcun'altra specificazione. In sostanza, è lo stesso aspetto del territorio, per i contenuti ambientali e culturali che contiene, che è di per sé un valore costituzionale»¹⁰.

Una compiuta definizione di paesaggio è contenuta all'art. 131 del Codice dei beni culturali e del paesaggio. Esso è identificato in un «territorio espressivo di identità, il cui carattere deriva dall'azione di fattori naturali, umani e dalle loro interrelazioni» (comma 1).

Il legame tra paesaggio e cultura è ribadito più volte all'interno dell'articolo, laddove la tutela del paesaggio risulta subordinata a quegli «aspetti e caratteri che costituiscono rappresentazione materiale e visibile dell'identità nazionale, in quanto espressione di valori culturali» (comma 2) e nella misura in cui la differenza tra la tutela e la valorizzazione del paesaggio passa attraverso le differenti azioni che si relazionano con il dato culturale. La *tutela* infatti si esprime mediante azioni volte a riconoscere, salvaguardare e, ove necessario, recuperare i valori culturali di cui il paesaggio è espressione (comma 4), mentre la *valorizzazione* del paesaggio concorre a promuovere lo sviluppo della cultura (comma 5).

La definizione di paesaggio di cui al comma 1 dell'art.131 del Codice dei beni culturali e del paesaggio è debitrice di quella contenuta nella Convenzione Europea sul Paesaggio, firmata a Firenze il 20 ottobre 2000 da parte dei Paesi membri del Consiglio d'Europa e resa esecutiva, in Italia, dalla legge 9 gennaio 2006 n. 14: in tale Convenzione, infatti, il paesaggio è identificato come «una determinata parte di territorio, così come è percepita dalle persone, il cui carattere deriva dall'azione di fattori naturali e/o umani e dalle loro interrelazioni»¹¹.

L'elemento percettivo è di particolare importanza, in quanto specifica come il paesaggio non sia una porzione di territorio da considerarsi immu-

⁹ S. SICARDI, *op.cit.*, p. 120, in corsivo nel testo.

¹⁰ Corte cost., n. 367/2007, punto 7.1 del Considerato in Diritto.

¹¹ Sul punto, G. SCIULLO, *Il paesaggio fra la Convenzione e il Codice*, in *Rivista giuridica dell'urbanistica*, 1-2, 2009, pp. 44 ss.

tabile, ma al contrario sia influenzata dal fattore umano che, rispetto ad esso, può mettere in atto comportamenti che si situano in un ventaglio di ipotesi che vanno dalla mera conservazione alla più intensa manipolazione.

All'evoluzione del concetto di paesaggio nell'ordinamento italiano corrisponde l'elaborazione, nel contesto internazionale, della nozione di paesaggio culturale.

La Convenzione UNESCO per la tutela del patrimonio culturale e naturale del 1972 (ratificata dall'Italia con la l. n. 184 del 6 aprile 1977), può ritenersi oggi implementata nei suoi contenuti in seguito al procedimento di revisione, nel 1992, delle *Operational Guidelines*¹² per l'inserzione dei siti nella World Heritage List.

Mediante la revisione delle *Operational Guidelines* si è effettuata una distinzione tra tre diverse tipologie di paesaggio culturale:

a) il paesaggio *chiaramente definito*, disegnato e creato intenzionalmente dall'uomo;

b) il paesaggio *organicamente evoluto*, che costituisce il risultato della gestione del territorio da parte dell'uomo condizionata da esigenze di carattere economico, amministrativo, religioso e sociale. Esso a sua volta può suddividersi nelle subcategorie di paesaggio residuale (ove il processo evolutivo si sia interrotto in modo definitivo o temporaneo e lasci ancora tracce visibili) e del paesaggio continuato (ove il processo evolutivo risulti ancora in corso).

c) il paesaggio *culturale associativo*, in cui viene in rilievo un approccio religioso, rituale e culturale di una comunità a un dato territorio.

La concezione dinamica del paesaggio, già rilevata dalla Corte costituzionale nella sua giurisprudenza anche con riferimento alle strutture urbane¹³, è stata confermata dalla Raccomandazione sui paesaggi urbani storici adottata dalla Conferenza generale dell'UNESCO nel 2011. In particolare, la Raccomandazione suggerisce «a *landscape approach for identifying, conserving and managing historic areas within their broader urban contexts, by considering the interrelationships of their physical forms (...) and their social, cultural and economic values*»¹⁴.

La presenza e stratificazione di questi riferimenti di tipo convenzionale, tuttavia, trova solo un parziale coordinamento sul piano dell'ordinamento

¹² UNESCO (1992), *Revision of the Operational Guidelines for the Implementation of the World Heritage Convention: Report of the Expert Group on Cultural Landscapes*, La Petite Pierre (France), 24 - 26 October 1992, World Heritage List-92/CONF.202/10/Add., <http://WorldHeritageList.unesco.org/archive/pierre92.htm>.

¹³ Corte cost., n. 379/1994 (punto n. 5.2 del Considerato in Diritto) che, nel ravvisare uno scostamento dal concetto tradizionale di paesaggio (originariamente riferito alla sola protezione delle bellezze naturali), segnala la trasformazione e l'allargamento dell'area della tutela riferibile al complesso dei valori inerenti al territorio, con il conseguente intrinseco collegamento di paesaggio e di strutture urbane.

¹⁴ (36/C Recommendation 41), Introduction, § 5 (corsivo mio).

interno. La recente sentenza della Corte costituzionale sul centro storico di Napoli testimonia come la discrezionalità del legislatore nella predisposizione della disciplina paesaggistica configuri un argine all'operatività della Convenzione sul patrimonio mondiale.

La Corte in quella sede, rigettando l'interpretazione del ricorrente che prospettava una ipotesi di diretta operatività della Convenzione sul patrimonio mondiale per il tramite dell'art. 117, comma 1, Cost. quale parametro interposto, ha rilevato come nell'ordinamento italiano siamo in presenza di un «articolato sistema di tutela». Il Codice dei beni culturali e del paesaggio, infatti, stabilisce l'osservanza dei trattati internazionali in materia (art. 132, comma 1, del codice dei beni culturali e del paesaggio); appresta una tutela di fonte provvedimentale, laddove i beni paesaggistici rientrano nelle categorie individuate dall'art. 136, comma 1, del codice; rende tali beni passibili di essere assoggettati a vincolo in sede di pianificazione paesaggistica (art. 134, comma 1, lettera c) e art. 135, comma 4). Alla luce di questo assetto, è riservata al legislatore «la valutazione dell'opportunità di una più cogente e specifica protezione dei siti in questione e delle sue modalità di articolazione»¹⁵ e, pertanto, la questione di legittimità costituzionale del Codice dei Beni Culturali e del paesaggio - nella parte in cui non dispone che dalle zone ove opera la deroga al regime di autorizzazione paesaggistica siano escluse le aree urbane riconosciute e tutelate come patrimonio UNESCO - è stata giudicata inammissibile.

4. Alle origini di un rinnovato senso civico? Oltre la mera conservazione del paesaggio

Il 27 febbraio 2013 l'Italia ha ratificato la Convenzione del Consiglio d'Europa sul valore dell'eredità culturale per la società¹⁶.

Per eredità culturale si intende un approccio che proietta il concetto di patrimonio culturale all'interno del flusso temporale. Essa è l'insieme delle risorse ereditate dal passato, (comprendente - per quello che in questa sede più interessa - «tutti gli aspetti dell'ambiente che sono il risultato dell'interazione nel corso del tempo tra le popolazioni e i luoghi» ai sensi dell'art. 2 lett. a), ma allo stesso modo impegna l'insieme di persone che attribuisce valore all'eredità culturale (la «comunità di eredità» ai sensi della lettera b) dell'art. 2 della Convenzione) a trasmetterla alle generazioni future.

Si attesta, dunque, l'evoluzione del concetto di paesaggio (quale interazione tra popolazione e luogo) da una tutela prettamente conservativa e «materiale» ad una sua qualificazione come bene portatore di valori anche immateriali.

¹⁵ Corte cost., n. 22/2016, punto n. 6.2 del Considerato in Diritto.

¹⁶ Consiglio d'Europa - (CETS no. 199) *Framework convention on the value of cultural heritage*, Faro, 27 ottobre 2005.

Il concetto di eredità culturale chiama in causa sia le «responsabilità pubbliche» (art.11 della Convenzione), sia i diritti di accesso all'eredità culturale e di partecipazione democratica (art.12 della Convenzione). Vengono dunque valorizzati il profilo della responsabilità individuale e collettiva nei confronti dell'eredità culturale (art. 1, lett.b) e il ruolo dell'eredità culturale nella costruzione di una società pacifica e democratica (art. 1, lett.d).

Pur non essendo abilitata a generare diritti suscettibili di immediata applicabilità (art.6, lett.c), la Convenzione di Faro offre alcuni spunti di estremo interesse per la presente analisi del concetto di paesaggio.

L'interpretazione del paesaggio alla luce del diritto ambientale non risulta infatti antitetica ad una concezione del paesaggio quale come oggetto di uno specifico diritto culturale, consistente nella identificazione con il proprio patrimonio culturale «nel senso storico ed estetico del termine»¹⁷.

Tale identificazione sarebbe improduttiva se si risolvesse unicamente in una edonistica appartenenza: a questo proposito il patrimonio artistico italiano è stato definito come «la biografia spirituale di una nazione» e, insieme al paesaggio, come «il luogo dell'incontro più concreto e vitale con le generazioni dei nostri avi»¹⁸. D'altro canto il tema del paesaggio è stato anche esaminato secondo prospettive innovative, individuando nel “terzo paesaggio” l'insieme dei luoghi abbandonati dall'uomo, «uno spazio che non esprime né potere né sottomissione al potere»¹⁹, oppure si è indentificato nell'«onnipaesaggio» il portato di una sovraesposizione culturale del paesaggio, con cui si cerca di interpretare «la relazione dell'uomo postmoderno con la natura»²⁰.

Il presente momento storico, su cui pesano gli effetti di una perdurante crisi economica, ha indotto a interrogarsi sul problema della “recessione civica”, con una significativa influenza sugli atteggiamenti che si situano alla base del vivere democratico²¹.

In questo contesto, i concetti di patrimonio culturale e di paesaggio acquistano una rinnovata importanza.

Essi esprimono un valore non immediatamente monetizzabile dai singoli, sono assoggettati ad una fruizione necessariamente indivisibile e condivisa (anche al di là dei meri confini nazionali, come testimonia il concetto di patrimonio dell'umanità elaborato dall'UNESCO), generano un sentimento di appartenenza antitetico ai nazionalismi, «di dignità o di onore nazionale» che

¹⁷ M. AINIS, Articolo 9, in M. AINIS, V. SGARBI, *La Costituzione e la Bellezza*, La nave di Teseo, Milano, 2016, p.167.

¹⁸ T. MONTANARI, *Istruzioni per l'uso del futuro. Il patrimonio culturale e la democrazia che verrà*, Mininum Fax, Roma, 2014, pp.146-147.

¹⁹ G. CLÉMENT, *Manifesto del Terzo paesaggio*, Quodlibet, Macerata, 20142, p.17.

²⁰ M. JACOB, *Il paesaggio*, Il Mulino, Bologna, 2009, p.8 ss.

²¹ P. COLLOCA, *Le conseguenze della crisi economica sugli atteggiamenti civici in Italia: una recessione silenziosa?*, in *Polis*, 2, 2015, pp.257-258.

«può sostenere la riscoperta della virtù civile», tanto più quando «la corruzione e l'oppressione diventano insopportabili»²².

Secondo questa prospettiva, il paesaggio può configurarsi come oggetto di un diritto fondamentale all'identità culturale di una nazione.

Tale identità non risulta soltanto preservata dalla tutela della "bellezza" (sia essa naturale o riferita al patrimonio artistico), ma –in modo forse più concreto– anche dalla capacità dell'ordinamento giuridico di individuare regole per uno sviluppo organico a livello urbano. In altre parole, la presenza di un paesaggio organicamente evoluto costituisce un tema centrale della nostra contemporaneità, in grado di alimentare allo stesso tempo la definizione di paesaggio e la cultura dei diritti.

²² M. VIROLI, *Per amore della patria. Patriottismo e nazionalismo nella storia*, Laterza, Roma-Bari, 2001, p. 185. L'A. definisce questo atteggiamento "patriottismo senza nazionalismo", *ivi*, p.159.

DIRITTI DELL'UOMO E DIRITTI FONDAMENTALI PROFILI ERMENEUTICI

di Luigi Di Santo

SOMMARIO: 1. Diritti dell'uomo e diritti fondamentali – 2. L'Io nel suo essere persona – 3. Diritti dell'Uomo e dignità umana – 4. Una nuova sfida: i diritti sociali fondamentali.

1. Diritti dell'uomo e diritti fondamentali

La definizione di diritti fondamentali si presta a diverse interpretazioni. La nostra ricerca riguarda il fondamento filosofico dei diritti umani, ritenendo che senza l'attuarsi di questa prospettiva, ciò che rimane è il prendere atto di una attività di protezione e garanzia dei diritti che, come più volte detto, è cosa necessaria ma non sufficiente. Eppure alcune letture affermano che «l'idea di diritto fondamentale può diventare, per così dire l'idealtipo, l'unità di misura e il minimo lessicale di un mondo umano e civile spinto ad autocomprendersi fin nelle sue stesse condizioni di soglia di esistenza, pena il proprio tracollo in una nuova e ultima barbarie: quella dell'intelligenza luciferina, dell'orrore nascosto e diffuso, della narcosi della sensibilità, di una endemica e strutturale inermità»¹. Ciò nel ritenere possibile individuare un diritto tra i diritti, su cui fondare la gamma intera dei diritti umani. Una sorta di 'norma fondamentale' dei diritti umani, che va in direzione del politeismo giuridico descritto da Irti, quando scrive che «il politeismo giuridico è il *politeismo delle norme fondamentali*, fra le quali siamo chiamati a compiere la nostra scelta. Ciascuno di noi sceglie la propria norma fondamentale, garanzia di validità dei criteri di giudizio, da noi applicati ai fatti storici. La norma fondamentale non ci è data ma viene scelta: essa è misura e guida dei nostri rapporti con l'effettività; orienta e determina il significato giuridico che ciascuno di noi assegna ai singoli fatti»². Ma bisogna distinguere tra diritti dell'uomo e diritti fondamentali. I diritti dell'uomo sono quelli dell'*io-persona*, sono universali ed incondizionati. I diritti fondamentali sono quelli contenuti nelle Leggi fondamentali, nelle Costituzioni, in definitiva diritto positivizzato nell'ambito di un sistema normativo contingente. Infatti, secondo Luhmann, «un diritto fondamentale spetta al cittadino come diritto soggettivo e si rivolge allo

¹ G. LIMONE, *L'arcipelago dei diritti fondamentali alla sfida della critica*, Franco Angeli, Milano, 2006, 9.

² N. IRTI, *Diritto senza verità*, Laterza, Roma-Bari, 2011, 60.

Stato come soggetto obbligato. In questa forma è orientato sull'ipotesi del conflitto ed implica una alternativa netta tra diritto e non diritto. Purché il diritto fondamentale esista e valga nella misura prevista, il cittadino è titolare del diritto e lo Stato è corrispondentemente obbligato; oltre questo limite lo Stato può agire liberamente e il cittadino deve accettarne le conseguenze»³. I diritti fondamentali dunque si riferiscono alla figura particolare della cittadinanza all'interno della dimensione statale. In tal senso i diritti fondamentali sono lo spazio di verifica dei fatti vincenti normativizzati. Si pensi all'attuale dibattito sul 'concedere' la cittadinanza agli immigrati, allo *ius soli* e allo *ius sanguinis*. Ma acquisire lo *status* di cittadino non coincide con l'essere persona. Non è l'universalità dei diritti richiamata da Bobbio, concretata nella positivizzazione dei principi secondo il *consensus omnium gentium*⁴. La contraddizione sta nel fatto che gli Stati tradizionali allo stesso tempo dovrebbero 'indebolirsi' cedendo fette di sovranità al fine di accentuare un percorso di formazione della democrazia sovranazionale e 'rinforzarsi' per far rispettare le norme di diritto internazionale al fine di tutelare principi e diritti. Gli Stati tradizionali non sono capaci, come dimostrano i tanti 'disastri umanitari' degli ultimi tempi (si pensi alla catastrofe mediorientale degli ultimi anni) di formulare una sintesi tra la necessaria *sovranità* e la possibile *ospitalità*⁵, né tantomeno esplorare la gratuità del senso 'misurato' dal principio dialogico che innesca il principio di uguaglianza costitutivo di un linguaggio distinto dall'utile politico.

2. L'io nel suo essere-persona

La soggettività è espressione dell'essere-persona. I diritti dell'uomo sono in tal senso i diritti dell'io-persona, in quanto espressione dialogica di soggettività e alterità. Il fondamento teoretico dei diritti dell'io-persona si coglie nell'affermazione del principio di uguaglianza, in mancanza del quale, vi sarebbe la rimozione dell'io-persona, trasmutando *coscienza di un io*, titolare dei diritti dell'uomo, in una *coscienza senza io*, luogo dei diritti fondamentali statuali. Senza l'ispirazione attiva della domanda di cultura, il diritto non si distingue dalla mera norma, la giustizia si consuma nella legalità, come *conformità*, senza alcuna distinzione tra diritti dell'uomo e diritti fondamentali. Al tempo del dominio del mercato e della finanza, l'io diviene ostacolo dinanzi alla logica utilitaristica che può solo calcolare, non tenendo conto dei *diritti dell'uomo*. Solo il diritto garantisce l'io nel suo liberarsi dalla potenza dell'utile. Secondo Croce, la categoria dell'utile va intesa come elemento uni-

³ Cfr., N. LUHMANN, *I diritti fondamentali come istituzione*, Ed. Dedalo, Bari, 2002, 301.

⁴ N. BOBBIO, *L'età dei diritti*, Einaudi, Torino, 1990, 20.

⁵ Cfr. S. BENHABIB, *Cittadini globali. Cosmopolitismo e democrazia*, Il Mulino, Bologna, 2008, 45-46.

tario tra le individualità in seno alla società⁶, ma nella direzione di senso nella quale ci muoviamo, il diritto non può limitare la sua opera profondamente umana nel dare spazio semplicemente alla 'regola' dell'economico. L'*io-persona* è il solco essenziale tra giustizia e legalità. Siamo nell'epoca globale della mistificazione della verità attraverso gli stilemi imposti dalla monarchia mediatica, viviamo nell'apprensione della manipolazione della tecnica spersonalizzata dei sistemi artificiali, attraverso i quali «le reti riproducono artificialmente non la mente dell'uomo ma *'pezzi di mente'*. E li riproducono in modo funzionalmente uguale e strutturalmente simile a quello umano: sia la macchina che l'uomo (come tutta la natura) sono solo probabilisticamente determinati. E questi *'pezzi di mente'* possono evolversi e adattarsi a nuove situazioni⁷. Nell'era del mercato globale si afferma dunque una *etica dinamica* che si nutre di un tempo lineare, che non pone domande ma spegne le proprie inquietudini sull'altare dell'efficienza. I *diritti dell'uomo*, vissuti nell'*io-persona* si riconoscono nella gratuità della relazione. La dimensione del *darwinismo sociale* segno tipico della prevalenza del mercantile, rende impraticabile ogni ambiente democratico costituito sulla qualità del 'bene comune' e non sul 'conteggio dei numeri'. Del resto il conto dell'economia si traduce nel conteggio del gioco elettorale, entrambi misura delle condizioni di povertà della comunicazione del nostro tempo, regredita a informazione monologante e privata del relazionarsi solidale⁸. Qui la crisi sempre più presente della formazione dell'opinione pubblica. Quando si attenuano o si spengono le domande e le risposte, non trovano spazio le ansie e le spinte solidali che indirizzano ogni essere umano verso la ricerca del bene comune.

3. Diritti dell'uomo e dignità umana

Possiamo delineare la parabola dei diritti umani come 'poteri inalienabili che scandiscono il ritmo della *persona* come individuo e come comunità, nella graduale acquisizione della consapevolezza del suo essere nel mondo, in corrispondenza degli Ordinamenti normativi che sanciscono le norme ordinamentali per la tutela e garanzia dei diritti dell'uomo'⁹ e allo stesso tempo indicare con le parole di Viola, «la *persona* 'come luogo dell'apertura al bene in sé che non ha bisogno di ricevere valori da parte di altri, in quanto in un certo senso avvalora se stessa, in quanto è un bene in sé ciò che è aperto alla

⁶ Cfr. B. CROCE, *Filosofia della pratica*, Laterza, Bari 1963⁸, 616.

⁷ F. ROMEO, *Il diritto artificiale*, Giappichelli, Torino 2002, 153.

⁸ Cfr. A. PUNZI, *Dialogica del diritto. Studi per una filosofia della giurisprudenza*, Giappichelli, Torino, 281-296.

⁹ Cfr. L. DI SANTO, *Per una Teologia dell'Ultimo. Riflessioni sui diritti umani al tempo della crisi globale*, ESI, Napoli, 13-41.

totalità del bene in sé»¹⁰. La *persona* ‘richiama la questione della soggettività’, in quanto solo l’io–persona si situa nella relazione dialogica di soggettività e alterità, ricercando il diritto, nella creazione di senso in direzione della formazione della soggettività giuridica. Le posizioni richiamate sul fondamento, sulla dimensione etica, sulla relazione tra ‘io’ e ‘persona’ coesenziali sul piano del giusto e del vero, esortano a pensare intorno ai possibili scenari idonei per la costituzione di un punto comune. La persona intesa nei sensi espressi, è l’apertura radicale all’inespresso, l’eccedere la misura in quanto ‘misura di misura’; è il tempo nuovo. «L’idea di dignità umana costituisce l’atmosfera di fondo della rivendicazione dei diritti umani»¹¹ - scrive Cattaneo - ricordando a tutti noi che la ricerca e la riflessione filosofico-giuridico devono essere pervase da un profondo Umanesimo. L’idea di dignità della persona umana incentra le prospettive incontrate sulla base del fatto che essa può essere intesa come «un valore trascendentale che viene storicamente concretizzato sulla base dello sviluppo del senso morale e delle emergenti minacce alla specie umana»¹² o ancora come «supercategoria che comprende in sé tutti i diritti umani? Oppure è un’espressione riassuntiva per indicare un particolare gruppo di diritti?»¹³. La dignità della persona umana di certo non condivide le ultime due prospettive ma insiste nell’interrogarsi sulla possibilità di fondare i diritti sull’idea dell’uomo come *imago Dei*, principio allo stesso tempo metafisico e religioso al fine di richiamare ciò che è superiore all’uomo da un lato, per ‘il dislivello ontologico tra creatore e creatura’, facendo nostre le parole di Agostino, ma dall’altro, appellarsi al sentire che «l’uomo deve innanzitutto, al di là della farragine di cose senza valore che ingombra la sua vita, raggiungere il suo sé, deve trovare se stesso, non l’io dell’individuo egocentrico, ma il sé profondo della persona che vive con il mondo»¹⁴. Al di là del credere, su questo versante, le religioni possono svolgere un ruolo fondante. Si pensi ai famosi dialoghi tra l’allora Cardinale Joseph Ratzinger e Jurgen Habermas che ritiene l’impegno di riflessione religioso occupi uno spazio sempre più largonella «sfera pubblica polifonica»¹⁵. Il divino fuoriesce dal proprio io necessariamente e incontra l’altro. Le religioni, nella società secolarizzata, possono dare un contributo importante nell’affermare l’idea di un uomo creato ad immagine e somiglianza di Dio al fine di marcare l’indi-

¹⁰ F. VIOLA, *Etica e metaetica dei diritti umani*, Giappichelli, Torino 2000, 214.

¹¹ M. CATTANEO, *Dignità umana e pace perpetua. Kant e la critica della politica*, CEDAM, Padova 2002, 1.

¹² F. VIOLA, *I volti della dignità umana* in AA.Vv., *Colloqui sulla dignità umana* (a cura di A. Argiroffi- P. Becchi- D. Anselmo), Aracne, Roma, 2008, 110.

¹³ Ivi.

¹⁴ M. BUBER, *Il cammino dell’uomo*, Edizioni Qiqajon, Comunità di Bose 1990, 47.

¹⁵ Cfr. J. HABERMAS, *Il futuro della natura umana. I rischi di una genetica liberale*, Einaudi, Torino, 2002, 107.

sponibilità della dignità di ciascuna persona¹⁶. Per ora, possiamo affermare, che «il fondamento dei diritti umani è costituito dunque da un dato molto evidente, ma difficile da proteggere e da difendere; la dignità della persona umana, creata a immagine e somiglianza di Dio»¹⁷.

4. Una nuova sfida: i diritti sociali fondamentali

Partendo da questa considerazione, possiamo osservare come il mondo in cui viviamo ci pone oggi di fronte ad un evidente paradosso. Osserva Bobbio, che il rapporto fra la nascita e la crescita dei diritti sociali, da un lato, e la trasformazione della società dall'altro è evidentissimo. Prova ne sia che le richieste dei diritti sociali sono diventate tanto più numerose quanto più rapida e profonda è stata la trasformazione della società. Per questo motivo, i diritti sociali ora più che mai acquisiscono il carattere di *diritti sociali fondamentali* ossia diritti della persona che si compiono solo se trovano reale attuazione in virtù di un intervento pubblico e di un apprestamento di servizi sociali da parte dello Stato. Ciò determina un'ulteriore conferma della socialità, ovvero della non naturalità di questi diritti¹⁸. Negli ultimi decenni molto si è detto e scritto intorno ai diritti sociali. Quasi sempre, l'analisi è stata segnata dalla convinzione, oramai unanime, della crisi irreversibile dello Stato sociale. Un tempo i diritti sociali si compivano nella loro manifestazione concreta all'interno di un quadro di benessere attraverso le diverse forme di *welfare* comparse nella storia dell'uomo, dando sostanza al principio di eguaglianza e al contempo rafforzando il legame sociale. Con la crisi dello Stato, sono stati rimessi in discussione diritti acquisiti, conquistati in anni di lotte drammatiche. In una società in piena afasia e stordita dalla velocità dei ritmi informazionali, dedita in particolar modo alla celebrazione della propria singolarità, i diritti sociali sono condannati alla marginalità, sotto la falsa accusa dei costi improponibili per l'attuale condizione dell'economia pubblica. I diritti umani sono primariamente suddivisi in quelli di prima generazione – civili e politici – e in quelli di seconda generazione – economici e sociali. Non vi era contraddizione o alternatività tra le due 'famiglie', ma si completavano come la seconda, fase pratica della prima. Come afferma Baldini «Mentre nei diritti di prima generazione rileva essenzialmente la libertà (anche politica) di agire dell'individuo, i diritti di seconda generazione si

¹⁶ Cfr. J. RATZINGER-J. HABERMAS, *Etica, religione e Stato liberale*, (a cura di M. Nicoletti), Morcelliana, Brescia, 2005, 35-36.

¹⁷ M. CATTANEO, *Riflessione sull'Umanesimo giuridico*, Esi, Napoli, 2004, 20.

¹⁸ Cfr. N. BOBBIO, *L'età dei diritti*, cit., 78. La storia ha già affrontato rivendicazioni che hanno segnato il passaggio dai diritti di libertà, dalle cosiddette libertà negative ai diritti politici e sociali riconosciuti all'uomo non più come uti singulus, ma come membro di una società, di una comunità, per poi arrivare alla tutela delle esigenze dell'uomo secondo le sue differenze specifiche, che non consentono eguale trattamento ed eguale protezione.

caratterizzano per l'estensione, oltre che del numero, della portata materiale dei diritti fondamentali, dove emerge accanto al profilo negativo, la dimensione positiva della necessità di mediazione del potere pubblico per l'effettività del diritto in questione». ¹⁹ Oggi, sembra che sia possibile 'sostenere' solo i diritti di libertà, quali espressione dell'accrescimento delle prerogative individuali, unica dimensione della cittadinanza globale. Si pensi alla legge sulle cosiddette 'Unioni civili' approvata qualche mese fa dal Parlamento italiano. Senza dubbio importante sul piano del riconoscimento dei diritti civili ma assolutamente sorda alle urgenze della famiglia, sul piano sociale e materiale. Si ha l'impressione che oramai la socialità dei diritti venga alla fine considerata di livello inferiore rispetto ai diritti di libertà, motivo per il quale è possibile affermare che sia in corso una *frattura* tra le due famiglie di diritti. Ciò non deve meravigliare dato che viviamo in pieno liberismo culturale e politico, dove non vi è uno spazio possibile per una riproposizione di un dibattito sui diritti sociali, in particolar modo sull'accesso a quei diritti. In tal senso, abbiamo provato a riflettere intorno alla crisi dello Stato sociale a partire da 'ambiti concreti' piuttosto che insistere su concetti, sentiti come astratti, quali l'uguaglianza, la fraternità o la solidarietà. Vanno individuati quattro pilastri *fondanti* da cui partire per provare a delineare un percorso realistico di analisi. Il primo è la *famiglia*. Crediamo che il problema della crisi della famiglia nel mondo contemporaneo sia da leggersi nella condizione di disgregazione dell'individuo, accecato dalla propria pretesa di autodeterminazione. La famiglia, non offre una salvezza biologica ma *personale*. Ogni essere umano non nasce dal nulla ma si in-forma nella dimensione familiare. Non è solo ciò che fa che lo rende individuo ma è individuo nella formazione della comunicazione familiare. Il secondo è il *lavoro*. Si parla di fine della società del lavoro. Ciò implica una profonda riflessione sulla questione identitaria. Innanzitutto senza 'la società del lavoro' non è possibile una dimensione riconoscibile dei diritti sociali. Il '900 è stato definito 'secolo del lavoro' per le sue conquiste sociali, non solo sul piano materiale ma soprattutto sul versante della crescita educativa dei soggetti impegnati nelle attività lavorative. 'Costruendo il mondo si costruisce se stesso'. Tale affermazione oggi va capovolta. L'individuo si emancipa in solitudine, come ingrediente del cambiamento sociale. Ma come ha scritto Touraine, "la modernità scarta l'idea di società, la distrugge, la sostituisce con quella di cambiamento sociale"²⁰. Il terzo è la *partecipazione*. L'individuo ricerca nello spazio del diritto la doppia dimensione del pubblico e del privato nel suo essere identitario e nel suo esserci sociale. La metafora delle 'periferie' delinea lo spazio debole delle identità fragili dove si

¹⁹ V. BALDINI, *Che cosa è un diritto fondamentale. La classificazione dei diritti fondamentali. Profili storico-teorico-positivi*. Relazione tenuta da V. Baldini nel corso del Convegno Annuale dell'Associazione 'Gruppo di Pisa' - Cassino 10 giugno 2016.

²⁰ A. TOURAINE, *Critica della modernità*, Il Saggiatore, Milano 1993, 255.

gioca il livello qualitativo della tutela della dignità della persona. Di fronte a queste sfide si pone urgente la domanda sulle responsabilità del giurista dinanzi alla spazialità dei deserti affettivi e relazionali. I nuovi modelli di famiglia, l'*homo consumens*, le forme di minorità da tutelare in ogni direzione a partire dalla dimensione della corporeità esigono che il diritto sempre in formazione assicuri le necessarie trasformazioni in capo alla 'persona' che è *plus* di senso oltre i dati che la rappresentano. L'incontro tra stati di ben-essere e regole pone la questione sul come il giurista agisca all'interno del sistema sociale, che muta rapidamente per via della pervasività della tecnica, in particolare per quanto concerne le forme di tutela all'accesso ai diritti da parte della persona come individuo e come cittadino. Nelle nuove forme del politico si pone il problema dell'accesso alla dimensione partecipativa oggi illusa dalla 'democrazia della rete' che non è per tutti e quindi per pochi autocrati dalle regole parziali e prive di garanzia collettiva. Il quarto è la *salute*. Diritto alla salute significa accesso alle cure mediche per tutti e non secondo le possibilità o le disponibilità. La rinuncia alla *cura*, per motivi economici, oggi è sempre più presente. La dimensione sociale della *massa sofferente* viene sempre più riconosciuta e tollerata. Il diritto alla salute rappresenta, uno dei diritti fondamentali della persona, che deve essere salvaguardato attraverso l'azione dei pubblici poteri. Nelle ultime disposizioni legislative viene messo in discussione anche il *diritto alla prevenzione*, per anni decantato e ora sacrificato alla logica perversa dei costi e dei 'tagli'. Tutti i 'pilastri' fondanti considerati hanno una duplice caratteristica comune e tipica per la fondazione dei diritti sociali. Sono dotati di materialità sul piano della concretezza ma anche percepiti come vettori educazionali per l'emancipazione della persona umana nella sua integralità sociale. Sul piano ermeneutico oggi, riaprire il dibattito sulla relazione tra diritti umani e diritti fondamentali, a nostro modo di intendere, significa ricomporre la *frattura evidente*, oltre ogni giustificazione possibile.

LE VACCINAZIONI. UNA FRONTIERA MOBILE
DEL CONCETTO DI “DIRITTO FONDAMENTALE”
TRA AUTODETERMINAZIONE, DOVERE DI SOLIDARIETÀ
ED EVIDENZE SCIENTIFICHE

di Marco Plutino

SOMMARIO: 1. Le vaccinazioni obbligatorie: dalla non volontarietà alla (quasi) volontarietà; - 2. Le vaccinazioni obbligatorie tra diritti dell'individuo e interessi della collettività; - 3. Una nuova politica vaccinale?

1. Le vaccinazioni obbligatorie: dalla non volontarietà alla (quasi) volontarietà

1.1. Ai sensi dell'art. 32, co. 2, Cost. “nessuno può essere obbligato ad un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge. La legge non può in nessun caso violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana”. Intesi i trattamenti sanitari, in via di prima approssimazione come ogni attività diagnostica o terapeutica, quelli previsti come obbligatori per legge sembrerebbero destinatari di una deroga alla natura bifronte della tutela della salute, insieme fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività (art. 32, co 1. Cost.). Riconosciuto in generale che la salute come fondamentale diritto dell'individuo è tutelata anche in forma negativa quale diritto di rifiutare cure e più in generale di non essere sottoposto a trattamenti¹, il riferimento andrebbe a quei casi in cui, sotto copertura costituzionale e per previsione di legge, i trattamenti andrebbero eseguiti prescindendo dal consenso del soggetto in questione o di chi legalmente possa prestarlo per lui. L'interpretazione, gli sviluppi normativi e la realtà sono andati ben oltre questa lettura, in base alla quale i trattamenti obbligatori sarebbero non volontari se non, almeno potenzialmente, coattivi. Ciò è avvenuto, prima ancora che giocando uno contro l'altro il diritto individuale con l'interesse collettivo, innanzitutto tramite il grimaldello del limite costituzionale previsto appena citato.

¹ Di recente A. SIMONCINI – E. LONGO, *Art. 32*, in Aavv, *Commentario alla Costituzione*, Utet, Torino, 2006, 664-665, C. TRIPODINA, *Art. 32 Cost.*, in S. Bartole - R. Bin(dir.), *Commentario breve alla Costituzione*, Cedam, Padova, 2008, 321 ss. nonché E. CAVASINO, *Trattamenti sanitari obbligatori*, in S. Cassese (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*. Volume VI, Giuffrè, Milano, 2006, 5961 ss.

Frutto di una stagione matura di attuazione costituzionale, l'art. 33, co. 1 della legge n. 833 del 1978 conferma che "gli accertamenti e i trattamenti sanitari sono di norma volontari", prevedendo le circostanze che vi derogano, ma soprattutto, insieme alla coeva legge n. 180, dà un'attuazione orientata di quel limite costituzionale indefinito che in effetti rinviava implicitamente ad un atto specificativo. In sostanza vengono spazzate via gran parte delle potenzialità di coattività o anche solo di non volontarietà che sembrerebbero implicite nella pretesa natura obbligatoria dei trattamenti previsti come tali dalle diverse leggi regolatrici. Gli sviluppi legislativi che si dipartono da quel momento - per non dire della prassi, v. *infra* - hanno fatto venir quasi del tutto meno una prospettiva secondo cui il diritto fondamentale dell'individuo sarebbe assorbito in questi casi da un preminente interesse collettivo costituzionalmente riconosciuto (sul punto v. anche *infra*). Resta il fatto che, per quanto si possano interpretare estensivamente i limiti dei trattamenti obbligatori, la presenza di un apparato sanzionatorio e prima ancora, di conseguenze derivanti dal mancato rispetto delle previsioni legislative (che prevedono in modo chiaro trattamenti obbligatori) sembrerebbero tratti, per quanto si vogliano rendere più evanescenti, ineliminabili dell'istituto; senza i quali la possibile obbligatorietà prevista a monte in Costituzione e ribadita volta a volta circa i singoli trattamenti resterebbe una formula vuota ed anzi contraddetta in ogni modo, con frustrazione della *ratio* sottesa a tale previsione, a prescindere da quanto si dirà *infra* circa gli sviluppi del quadro sovranazionale e internazionale. Si badi: le leggi avrebbero potuto limitarsi a non prevedere trattamenti obbligatori rendendo la disposizione costituzionale un guscio vuoto quantomeno nella sottoclasse di trattamenti sanitari che qui trattiamo, ovvero le vaccinazioni.

1.2. Le problematiche che investono l'obbligatorietà rendono infatti rilevante definire preliminarmente i trattamenti sanitari di cui all'art. 32 Cost. Nell'ottica che adottiamo è pacifica la tesi, corroborata anche dalle risultanze della scienza medica, che vi rientrino le vaccinazioni². Per il resto, la notevole divaricazione sussistente tra i trattamenti sanitari, destinatari sì di una comune disciplina costituzionale ma investiti da una ben diversa disciplina legislativa di attuazione che costituisce in fatto diversi sotto-sistemi (ulteriormente articola-

² La definizione di "trattamento sanitario" è stata a lungo discussa e la discussione ovviamente non è senza conseguenze per l'inquadramento delle vaccinazioni. Per alcuni i trattamenti sanitari andrebbero riferiti solo a cure protratte nel tempo, per altri anche in trattamenti di breve o brevissima durata curativi, per altri in trattamenti anche non curativi, come gli esami diagnostici (aventi finalità preventiva o no). Le vaccinazioni peraltro hanno una natura complessa e plurale, a seconda della capacità curativa, immunizzante e così via. Le vaccinazioni obbligatorie medesime hanno finalità diverse, che vanno dalla prevenzione di malattie infettive o diffuse, alla cura o, perfino, isolamento di soggetti affetti da malattia contagiosa o comunque portatori. Ad ogni modo ribadiamo che oggi è pressochè pacifico che nei trattamenti sanitari obbligatori vadano ricomprese le vaccinazioni obbligatorie e che qui, prima di tutto, le vaccinazioni siano trattamenti sanitari.

ti al proprio interno), rende proficuo separare nettamente i gruppi principali di trattamenti sanitari obbligatori: da un lato quelli investenti le malattie mentali (si intende, nella misura in cui diano luogo a trattamento sanitario obbligatorio) e, dall'altro, le vaccinazioni (obbligatorie). Al momento in cui fu scritta la Costituzione esisteva già una vaccinazione obbligatoria per legge ed altre due vennero create prima del '78. Un'ultima perfino successivamente.

Le vaccinazioni obbligatorie vengono investite pertanto dai dubbi preliminari riguardanti i trattamenti sanitari obbligatori. Le vaccinazioni obbligatorie saranno qui considerate limitatamente a quelle previste per tutti i nuovi nati “vaccinazioni generali”³. Nulla è più istruttivo che delineare una sintetica parabola delle sanzioni previste per l'omesso seguito della previsione della loro obbligatorietà. Negli anni del primo sviluppo di uno Stato sociale post-costituzione repubblicana, all'istituzione delle principali vaccinazioni obbligatorie era prevista una sanzione penale a carico dei genitori dei figli minori in applicazione del reato di omessa vaccinazione e concrete, non episodiche, possibilità di intervento delle autorità giudiziarie e non con possibili pesanti conseguenze anche sulla potestà genitoriale⁴. Sussisteva, tra l'altro, dal 1967 l'obbligo dei responsabili delle scuole di verificare l'adempimento dell'obbligo quale presupposto per ammettere alla frequenza scolastica e agli esami il minore. Questi profili saranno ripresi di seguito, attraverso la loro crisi o accantonamento. Qui importa sottolineare che il sistema rendeva effettivamente il trattamento obbligatorio ad esito dell'esercizio di poteri autoritativi, l'evasione dell'obbligo, essendo limitatissima e le sanzioni tutt'altro che ineffettive. Su questo corpo interveniva la legislazione del 1978. Oltre quanto si è anticipato, la legge n. 180 prevedeva che i trattamenti sanitari obbligatori dovessero essere disposti in modo da rispettare i diritti civili e politici, a partire dalla predisposizione di iniziative volte a rendere il trattamento meno sgradito possibile al soggetto e da acquisirne per quanto possibile un effettivo consenso (art. 1, co. 5). La disposizione era ripresa nell'art. 33, co. 5 della n. 833 del 1978, dettata per l'istituzione del sistema sanitario nazionale. Il limite costituzionale del rispetto della dignità umana pertanto veniva attuato con notevole larghezza, anche se (anche per l'occasione in cui veniva posto, ovvero per la malattia mentale) non scompariva del tutto la possibilità di tratta-

³ In Italia attualmente le vaccinazioni obbligatorie per tutti i nuovi nati (cd. generali) sono solo l'antidifterica (legge n. 891 del 1939 e legge n. 166 del 1981), l'antitetanica (legge n. 419 del 1968), l'antipoliomelittica (legge n. 51 del 1966) e l'antiepatite virale B (legge n. 165 del 1991), tutte le altre essendo volontarie (compresa, secondo la legge n. 475 del 1981, la vaccinazione antivaiolosa: in sostanza per il completo debellamento della malattia). Accanto a questi casi di solo pochi casi di vaccinazioni obbligatorie solo per determinate categorie (“speciali”).

⁴ Invero non mancano casi recenti in cui è stata sospesa la potestà genitoriale, ma spesso hanno dato luogo a strascichi giurisprudenziali. Sull'apparato sanzionatorio previsto in campo vaccinale dall'origine fino agli anni '90 vedi S. PANUNZIO, *Vaccinazioni*, Enc. giur., vol. XXXII, Roma, 1994, 2.

menti effettivamente non volontari ed anzi il legislatore non rinunciava negli anni successivi a prevedere una nuova ipotesi di vaccinazione obbligatoria.

La ricerca di una quadratura del cerchio per un assetto equilibrato di interessi tra libertà di scelta, interesse pubblico (e, come si vedrà meglio *infra*, diritti delle persone deboli) ed evidenze scientifiche, ha dato luogo anche a raffinate e pregevoli costruzioni dottrinali con finalità razionalizzanti⁵.

Un ulteriore momento di evoluzione, e forse di svolta, si ebbe, di lì a poco, con la legge n. 689 del 1981 che depenalizzò il reato di omessa vaccinazioni trasformandolo in illecito amministrativo, e tale era la sanzione pertanto che si applicava *ab initio* all'ultima vaccinazione obbligatoria istituita (1991).

Se l'orientamento progressista della legislazione del 1978 promuoveva, in modo sofisticato, il principio del consenso (e insieme della proporzionalità, etc.), la legge del 1981 iniziò il disarmo dell'apparato sanzionatorio sotto ogni forma, dagli interventi autoritativi per portare ad esecuzione le vaccinazioni alle possibili (in verità nessuna legge regolatrice delle vaccinazioni ne ha affermato la coattività⁶, ritenuta peraltro non escludibile *a priori*) e gravi conseguenze sullo *status* genitoriale.

Ciò coincide con una nuova politica sanitaria e vaccinale con cui, salvo l'eccezione del 1991⁷, vengono previste nuove vaccinazioni con relativi calendari ma in forma solo "raccomandata".

⁵ Secondo F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte speciale: i diritti contro la persona*, Cedam, Padova, 1995, 94-95, i caratteri che un trattamento sanitario obbligatorio dovrebbe possedere per essere compatibile con il limite del rispetto della persona umana e, quindi, con la Costituzione sono stati individuati nella sussistenza di un ampio consenso scientifico circa la natura sia per l'individuo che per la collettività benefica del trattamento; l'assenza o insufficienza di trattamenti meno incisivi e invasivi o comunque preferiti dal soggetto; la limitazione maggiore possibile del campo dei trattamenti propriamente coattivi, lasciando in linea di massima operare la leva della sanzione per il mancato rispetto della legge che prevede il trattamento sanitario obbligatorio (con il rischio di sfumatura della distinzione tra i due tipi di trattamenti di cui già si è detto); la finalità comunque non discriminatoria del trattamento, il quale deve essere previsto dalla legge soltanto per ragioni di ordine sanitario e per nessuna altra ragione (e ciò varrebbe a distinguerlo tra l'altro dalle limitazioni discendenti dall'art. 13 Cost., inerenti a misure afflittive o degradanti); infine che l'impiego delle modalità di esecuzione del trattamento non solo sono incommensurabili rispetto alle limitazioni della libertà personale discendenti dall'art. 13 Cost. ma, anzi, devono essere atte a salvaguardare il soggetto che lo subisce da sacrifici non necessari ai propri interessi. Al di là delle difficoltà di circostanziare questo ultimo parametro se ne desumerebbe che la salute dell'individuo non è sottomessa e subordinata a quella della collettività, ma neanche l'interesse della collettività è subordinata a quello dell'individuo. V. anche *infra* nel testo, con riferimento agli ultimi sviluppi, con particolari riferimenti alla necessità di trovare forme di tutela per i soggetti non vaccinabili.

⁶ Come notato da D. VINCENZI AMATO, *Art. 32, co.2*, in G. Branca (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Zanichelli-Il foro it., Bologna-Roma, 1976, 182.

⁷ La previsione di un'ulteriore ipotesi di vaccinazione obbligatorie, in un tempo contrassegnato ormai da tutt'altre tendenze, merita qualche riferimento. Essa fu prodotto della grave situazione determinatasi nel mondo negli anni '80 con riferimento alla epatite B (10.000

La valorizzazione del principio del consenso, il venir meno di un apparato effettivamente coercitivo e sanzionatorio, la coesistenza di vaccinazioni obbligatorie e non obbligatorie, producevano una oggettiva convergenza verso il momento della informazione, della persuasione e della collaborazione con i genitori del minore. Senonchè anche tale approccio richiederebbe efficienza organizzativa, banche dati, registri, capacità di comunicazione e poteri di segnalazione mentre l'efficienza dei pubblici poteri mostrava significative crepe e si palesavano i primi vincoli derivanti dalla cosiddetta crisi fiscale dello Stato. Di queste crescenti contraddizioni sistemiche è espressione l'ambivalente regolamento governativo (d.P.R. n. 355 del 1999) che rappresenta il canto del cigno della fase della centralità della normativa statale, il quale confermava l'imposizione in capo ai direttori della scuole o ai capi degli istituti di istruzione pubblica o privata di verificare, all'atto della ammissione alla scuola o agli esami, che il minore avesse praticato le vaccinazioni obbligatorie o i richiami richiedendo certificazione (o dichiarazione sostitutiva) e, in caso di omessa presentazione, prevedendo l'obbligo di comunicazione entro cinque giorni del fatto alla A.s.l. e al ministro della salute per gli “opportuni e tempestivi interventi”, tuttavia facendo venir meno il rifiuto dell'ammissione (alla frequenza) dell'alunno “alla scuola dell'obbligo o agli esami”. Segno di un sistema in bilico e trasformazione⁸.

Se, pur imperfetta, la politica vaccinale nazionale era sopravvissuta alle prime regionalizzazioni, un impatto molto negativo ha invece prodotto sul tema (come, più in generale, sulla tutela della salute) la riforma del titolo V, parte II Cost., del 2001.

Di alcuni sviluppi si dirà meglio *infra*, nell'ambito della discussione dello stato dell'arte attuale. Basti anticipare che ad esito della regionalizzazione perfino la natura (formalmente) obbligatoria su tutto il territorio è venuta meno, l'illecito amministrativo è ridotto ad una multa di 204 euro non irrogata e riscossa (salvo, con un certo rigore, nella provincia di Bolzano...), e la prospettiva di un intervento del Tribunale dei minori, prima tutt'altro che infrequenti, sono diventate del tutto occasionali e connesse a vicende molto particolari che chiamano in causa l'omessa vaccinazione nell'ambito di più complesse vicende di inottemperanza degli obblighi genitoriali (v. meglio *infra*).

Testimonia bene il limbo attuale una laconica dichiarazione del ministro della Salute secondo cui “già oggi i bambini non vaccinati *dovrebbero* essere

morti all'anno solo in Italia per le conseguenze diretta e indirette). Sulla base di autorevoli ricerche italiane (in particolari facenti capo all'equipe del prof. Piazza, di Napoli) il governo italiano promulgò una legge che seguiva, appunto, lo “schema Piazza” e anche altri paesi ne seguirono l'esempio. Sulla vicenda v. ora M. PIAZZA, *La svolta del vaccino per tutti. Napoli ha dato l'esempio*, in il Mattino, 19 ottobre 2015.

⁸ Per completezza può ricordarsi che prima dell'entrata in vigore della legge cost. n. 3 del 2001, la legge 23 dicembre 2000, n. 388 aveva delegato parte della materia.

segnalati all'Asl"⁹ (corsivo mio), laddove, pure se rimasto sulla carta (dove non abolito) il dovere di segnalazione da parte delle scuole dell'omessa vaccinazione, presso molte A.s.l. mancano o sono in disordine perfino le anagrafi vaccinali.

1.3. La nostra appartenenza all'Unione europea ha peraltro complicato il quadro, e forse, insieme agli sviluppi internazionali è un po' il convitato di pietra del tema, in quando in circa la metà dei paesi dell'Unione non esistono vaccinazioni obbligatorie, anche se in costanza di forme di copertura altissime, e ciò ha certamente contribuito a spingere l'ordinamento italiano a rafforzare quell'indirizzo legislativo volto a non istituire nuove vaccinazioni obbligatorie e a dismettere gradualmente, inefficienze e sviluppi sistemici a parte, l'effettività della obbligatorietà di quelle esistenti. D'altro canto ciò introduce un fattore di disorientamento prodotto dalla differenza di approccio (obbligatorietà/non obbligatorietà) Stato per Stato di fronte alle medesime malattie o infezioni, e rende alla lunga non facilmente sostenibile la differenziazione tra vaccinazioni obbligatorie e "raccomandate" la cui differenza di trattamento si fa sempre più evanescente o scarsamente ragionevole per il fatto di far fronte a malattie o infezioni che non paiono così differenti per capacità di generale potenziali allarmi e produrre danni alla salute umana e costi economici.

Ciò è motivo non ultimo per offrire il fianco a correnti di opinione, sciagurate quanto si vuole (v. *infra*), ma che, nell'essere contrarie alle vaccinazioni, contestano in nome di una libertà di scelta l'ormai pressochè apparente *moloch* della natura obbligatoria (non volontaria) di alcune di esse. Del resto, si noti che le pur drastiche contromisure adottate in questi mesi dalle autorità pubbliche in ordine sia alla crisi della copertura vaccinale che di un preciso, per quanto circostanziato, rischio epidemico, non sono giunte a mettere in discussione lo *status quo* e la distinzione tra diverse tipologie di vaccinazioni, ma hanno operato su altri piani e con altre leve.

Probabilmente l'intera materia ha sviluppi ormai segnati in modo indelebile dalla Convenzione di Oviedo sui diritti dell'uomo e la biomedicina del 1997, recepita con legge n. 145 del 2001, di cui è una forma di seguito la stessa recente direttiva europea del 2009 nel rendere il consenso libero, informato e sempre revocabile, per ogni tipo di vaccinazione, ed anzi "per ogni intervento nel campo della salute" (art. 5 della Convenzione)¹⁰. Un vero e proprio

⁹ M. CORBI, "Non ci può essere obiezione di coscienza", int. al ministro Lorenzin, in *La Stampa*, 21 luglio 2016.

¹⁰ Su questo sentiero, di un nuovo e più integrale Stato di diritto, non sono mancate voci che hanno messo in discussione la "obbligatorietà" prevista in Costituzione (non la natura di trattamenti medici), tra i medici pro-vaccinazioni. Secondo tale opinione, non peregrina alla luce degli sviluppi normativi, il consenso informato "ha assunto priorità in tutte le attività medico sanitarie e terapeutiche, divenendo il criterio dominante in ogni intervento eticamente valido nei confronti della vita delle persone" (C. SCALETTI, *Le vaccinazioni non possono es-*

requiem per qualunque accezione, rigida o blanda che sia, di obbligatorietà intesa come non volontarietà.

Da alcuni mesi le vaccinazioni sono al centro di una grande questione pubblica, in verità non solo italiana, anche con riferimento a forme di disinformazione e frode scientifica (v. *infra*) che ormai rappresentano un ostacolo per la formazione di una opinione pubblica informata e consapevole delle questioni pubbliche nonché, ad effetto del conseguente rafforzamento di correnti di “opinioni” antivaccinali, per il calo delle coperture vaccinali che si registra un po’ ovunque in Occidente e che nel caso italiano e non solo ha raggiunto e ormai superato la soglia di allarme.

2. Le vaccinazioni tra diritti dell’individuo e interessi della collettività

2.1. A questo punto dobbiamo ricordare che la motivazione ultima su cui riposano le vaccinazioni, in particolare se obbligatorie, è nella preservazione del bene-salute sia dell’individuo che della collettività, attraverso il raggiungimento di soglie di copertura ritenute sufficienti a limitare drasticamente la circolazione degli agenti patogeni e a garantire la cd. immunità di gregge¹¹. A tal fine non appare inutile ricostruire la logica originaria del sistema per comprendere se e come sia possibile o utile preservarne, seppure in forme diverse, la *ratio*.

Se fosse rigorosamente intesa, la natura obbligatoria del trattamento verrebbe ad incidere sul diritto ad essere informato circa la natura e gli effetti del trattamento (cd. diritto al consenso informato) o almeno sui suoi termini, alterandone – se non la natura – quantomeno le finalità per cui i è previsto. Il soggetto in questione non sarebbe evidentemente informato al fine di prestare, e quindi di aver facoltà di non prestare, il proprio consenso. Come si è anticipato, gli sviluppi legislativi (nazionali, sovranazionale e internazionali) e di prassi sono andati molto oltre la costruzione secondo cui il consenso sarebbe addirittura prescindibile in quanto il trattamento sarebbe frutto di

sere considerate un trattamento sanitario obbligatorio, in Il dubbio, 2 agosto 2016). In netto contrasto con questo approccio è stata ribadita, per un certo verso con minor fondamento, l’esigenza di garantire la “reale obbligatorietà” delle vaccinazioni, se con tale espressione si intende una forma di non volontarietà o addirittura di coattività e non, come sarebbe ormai realistico ritenere (salvo eccezioni giustificare dal quadro normativo di disciplina del caso concreto), semplicemente la effettività del risultato. V. R. BURIONI, *Disinformazione e troppe bugie. Bisogna obbligare a proteggersi (int.)*, in La Stampa, 12 ottobre 2016.

¹¹ Fa eccezione la logica della vaccinazione per il tetano, sul quale insiste l’obbligatoria per legge in stretta tutela della salute dell’individuo, di fronte ad un rischio (senza vaccinazione) grave e tutt’altro che remoto. Essendo il tetano non trasmissibile, viene meno non solo ogni timore in punto di infettività ma anche, di conseguenza, ogni discorso connesso alla cd. immunità di gregge. Tanto è vero che a tale proposito sono stati sollevati dubbi circa la legittimità della obbligatorietà della vaccinazione. S. PANUNZIO, *Vaccinazioni*, cit., 3.

un intervento disposto dall'autorità pubblica. Oggi il consenso informato, ormai innalzato a "vero e proprio diritto della persona"¹², arricchito degli attributi di libertà e revocabilità è al centro di ogni intervento nel campo della salute e, "legittimazione e fondamento" dell'intervento del medico", rendendo diversamente quest'ultimo, ove ne prescindesse, "sicuramente illecito, anche quando è nell'interesse del paziente"¹³. Esso è anche fondamento della giurisprudenza che ha riconosciuto forme di risarcimento per danni derivanti da vaccinazioni (sui cui termini esatti, v. *infra*). Se il consenso informato appare oggi il fulcro della materia non sono mancate, tuttavia, posizioni delle questioni implicate in termini più radicali, i quali, sempre per eludere la natura pur sempre formalmente "obbligatoria" del trattamento hanno chiamato in causa un diritto alla "obiezione di coscienza" in materia (v. *infra*).

Il concomitante operare dei diversi fattori (attrazione della vaccinazione della sfera della volontarietà e quindi facoltatività; presenza di ordinamenti europei privi di vaccinazioni obbligatorie e prevalente comunque di una ottica collaborativa e improntata al consenso, superamento e comunque atrofizzazioni del sistema sanzionatorio ed anche informativo, trasformazioni della forma di stato con diversificazione territoriale di tutti gli aspetti su cui era costruita la obbligatorietà, e perfino la messa in questione della stessa obbligatorietà; emersione di correnti di opinione pseudo-scientifiche, ma non prive di seguito, antivaccino) ha operato sinergicamente nel produrre un livello di elusione dei trattamenti obbligatori tale che, sia pure con dati variegati, si è sovente scesi al di sotto del tasso di copertura prevista dalla legge, del 95% della popolazione (dato complessivo per le vaccinazioni obbligatorie 93,4% nel 2015), e in qualche caso anche al di sotto del 90%¹⁴, con la conseguenza di varcare la soglia di sicurezza che assicura la cosiddetta "immunità di gregge".

2.2. Con questo esito si è giunti ad un punto di svolta del dibattito pubblico, che trova anche nuovi spunti che ne possono in teoria modificare in modo anche radicale i termini, in quanto i comportamenti omissivi della (sic!) obbligatorietà della vaccinazione sono ormai tali che non è più protetto non solo chi ha deciso di non ricorrere, per sè o per altri, alle vaccinazioni, in

¹² Corte costituzionale Sent. n. 438 del 2008 (su cui vedasi D. Morana, *A proposito del fondamento costituzionale per il "consenso informato" ai trattamenti sanitari: considerazioni a margine della sentenza 438/2008 della Corte Costituzionale*, in *Giur. Cost.*, 2008, 4970 ss.). Sul consenso informato esistono ottime e recenti trattazioni enciclopediche. V. CALDERAI, *Consenso informato*. In *Enc. dir.*. Annali VIII, 2015, 225 ss. e S. ROSSI, *Consenso Informato (II)*, in *Digesto delle discipline privatistiche, sez. civ.*, Appendice di aggiornamento VII, Utet, Torino, 2012, 177 ss.

¹³ Sentenza ult. cit.

¹⁴ Per non parlare delle percentuali di copertura per le vaccinazioni non obbligatorie, in qualche caso prossime al 65%, e alle divergenze territoriali nelle coperture per ogni tipo di vaccinazione.

nome di una libera scelta¹⁵, ma anche coloro che per varie ragioni non possono vaccinarsi e che pertanto non godono di una libertà di scelta ma sono semplicemente sottoposti e incisi dalle decisioni altrui. Negli ultimi tempi si sono registrati diversi casi in cui le famiglie di bambini in tali condizioni hanno preferito far sospendere la frequentazione delle scuole (venendo così meno, notiamo *en passant*, agli obblighi scolastici) per l’altissimo rischio che i loro figli avrebbero corso in ragione delle scarse coperture non solo in società (ma anche più in generale, stante il discorso sulla “immunità di gregge”) ma anche accertata nella situazione concreta¹⁶.

Tale insufficienza delle coperture è stato di recente oggetto di un richiamo da parte dell’Organizzazione mondiale della Sanità (cd. cartellino giallo) ed è oggi un problema che richiede un bilanciamento tra le confuse pulsioni che svalutano l’obbligatorietà della vaccinazioni (ancora previste tali; ma il discorso ormai sembra porsi in termini insufficienti perché riguarda anche e ancor più vaccinazioni “raccomandate” e richiede forse una riconsiderazione dell’intera materia) e la tutela della salute di chi è danneggiato dalle condotte altrui, tanto più se elusive di un obbligo.

La riapparizione di malattie e infezioni che si consideravano debellate, la diffusione di contagi e pandemie (talora percepiti e in realtà in linea con le statistiche, ma altre volte reali e realmente preoccupanti), i casi di individui impossibilitati a ricorrere alle vaccinazioni e che rischiano molto più degli altri non vaccinati, hanno provocato reazioni delle istituzioni pubbliche, prese di posizioni delle comunità scientifiche e stanno conducendo ad un’ondata di provvedimenti normativi di segno nuovo che è un netto *revirement*, anche se forse non sufficientemente ponderato nei termini.

L’equilibrio, per così dire collaborativo e cordiale, degli assetti, che era venuto sempre più in diritto e in fatto a sostituire l’approccio autoritativo della politica pubblica, è rotto dalla discesa delle coperture sotto il limite di guardia e dall’emersione di casi cruciali che rendono chiara la necessità di farsi carico anche delle aspettative di soggetti terzi negativamente incisi da “libere” scelte (elusive, ripetiamo ancora una volta, dell’obbligatorietà), a rendere plasticamente che l’interesse della collettività non è solo un valore astratto, né la sua mancata preservazione soltanto un costo economico generico e o rischi per la salute volontariamente assunti (peraltro dai genitori per i minori), ma che esistono aspettative di vite incarnate che richiedono il prodursi di condizioni

¹⁵ Sul tema in generale G.U. RESCIGNO, *Dal diritto di rifiutare un determinato trattamento sanitario secondo l’art.32, co. 2 Cost., al principio di autodeterminazione intorno alla propria vita*, in *Dir. pubbl.*, 2008, 91 ss.

¹⁶ Si fa riferimento anche un recentissimo caso, quella di Lia, bambina di 6 anni che vive in Chianti, affetta da una malattia del sistema immunitario, il cui caso è stato preso a spunto dall’Assessore alla sanità della regione Toscana per promuovere un progetto di legge per non ammettere i bambini non vaccinati alle scuole materne e ai nidi.

ben precise per non incappare in gravissimi rischi. In tal modo, viene in rilievo pienamente l'istanza (anche) solidaristica sottesa al sistema delle vaccinazioni e la relativa responsabilità per le proprie condotte nei confronti del prossimo¹⁷.

Ciò impone di prendere in considerazione soluzioni civili e responsabili.

2.2. Rinviando ancora, alle considerazioni conclusive, la discussione dei recenti sviluppi, ripercorriamo brevemente qualche linea di tensione del sistema.

È vero che ancora oggi, per quanto sia sempre più problematico, non è escluso l'intervento del giudice ai sensi degli artt. 333 e 336 del c.c. in base ai quali possono essere adottati i provvedimenti idonei a sottoporre un bambino a vaccinazioni¹⁸, e che non mancano casi anche recenti in cui i sindaci con ordinanza hanno intimato a genitori il completamento del ciclo vaccinale (spesso vedendosi dar torto dai tribunali)¹⁹. Ed è anche vero che il giudice costituzionale, proprio nel confermare le possibili spigolosità del sistema, aveva modo di precisare però che in tema di vaccinazioni obbligatorie non v'è spazio per l'affermazione di una libertà di coscienza di coloro che debbono sottostare al trattamento o prestare consenso per la sottoposizione di altri al trattamento (nel caso dei genitori) in quanto il bene della salute e della vita dovevano intendersi prevalenti, per cui veniva anche per questa via ribadito un aspetto del dovere di (cura e) mantenimento dei figli ex art. 30 Cost. e 147 c.c..

Ma queste e altre sopravvivenze sono affogate finora in un flusso di tutt'altro senso, che ha avuto l'acme con qualche punta giurisprudenziale da censurare severamente. Mentre un rispettabile filone giurisprudenziale, poi rinforzato da leggi²⁰, ha sancito la risarcibilità per danni alla salute in conseguenza di vaccinazioni (obbligatorie e non obbligatorie, ma in particolare se "raccomandate"), centrato su azioni o omissioni dei medici e sul consenso informato²¹, rispetto quindi all'eventualità modesta ma pur sempre presente

¹⁷ E' stato notato che accanto a presunte motivazioni più o meno neutre o addirittura "nobili", una delle motivazioni alla base delle non vaccinazioni, insieme all'errore cognitivo dell'allontanamento della percezione del rischio (tra l'altro non si percepisce, per sua natura, il beneficio immediato) a fronte di un sacrificio (grande o piccolo che sia, non importa) immediato, è il comportamento da *free raider* di chi beneficia della "immunità di gregge". Sull'omessa vaccinazione come possibile comportamento da *free rider* e sui profili solidaristici v. S. FRANCESCUTTO, *Dove si deve fermare la libertà di scelta*, in *Il Mattino*, 18 ottobre 2015.

¹⁸ Sul punto v. Corte costituzionale sent. n. 132 del 1992.

¹⁹ In questa sede non pare il caso di entrare nella discussione dell'utilizzabilità del potere di ordinanza sindacale in materia.

²⁰ E' intervenuto, per il caso di vaccinazioni obbligatorie, con legge n. 210 del 1992 in tema di "Indennizzo a favore dei soggetti danneggiati da complicanze di tipo irreversibile a causa di vaccinazioni obbligatorie, trasfusioni e somministrazioni di emoderivati" (v. anche legge n. 238 del 1997 e legge n. 229 del 2005). Cfr. anche sent. n. 118 del 1996, sent. n. 423 del 2000.

²¹ La giurisprudenza costituzionale ha riconosciuto la legittimità del riconoscimento di tali risarcimenti ad es. con la sent. n. 307 del 1990.

di danni derivanti da effetti collaterali²², sotto la sua ala si è ricoverata e ha preso piede una ben più criticabile giurisprudenza che sulla scia anche di giurisprudenze straniere slarga e fraintende notevolmente il significato della espressione “danno da vaccinazioni” pervenendo ad accertamenti secondo cui le vaccinazioni sarebbero potenzialmente dannose non alla luce del caso concreto e comunque secondo gli schemi che abbiamo richiamato, ma alla luce di un esame di merito dei fattori causali ravvisando una correlazione tra vaccinazioni e malattie, per non parlare di casi in cui viene adombrata la dannosità delle vaccinazioni in quanto tali²³. Una giurisprudenza di merito che col tempo è apparsa sempre più chiaramente priva di qualunque appiglio scientifico (come, del resto e naturalmente, la correlativa giurisprudenza straniera) ed opportunamente è stata ribaltata da gradi successivi di giudizio ed è stata stigmatizzata dalla Cassazione. Il giudice costituzionale medesimo aveva riconosciuto la legittimità dei risarcimenti per le vaccinazioni come il giusto sacrificio che la società deve sopportare per tutelare (anche o solo, a seconda delle diverse concezioni²⁴) un interesse collettivo di fronte a conseguenze negative che derivino da quella tutela per il singolo²⁵. Un argomento che ha portato la Corte, è vero, a riconoscere il risarcimento anche per trattamenti sanitari non imposti per legge se attivamente promossi dall’ autorità pubblica in nome di un programma di politica sanitaria adottato dal legislatore e pur privo (oltre che dei caratteri della obbligatorietà dei trattamenti) di sanzioni (in tal senso cfr. sent. n. 27 del 1998 e 226 del 2000), ma che al fondo conferma il nesso inscindibile tra vaccinazioni (obbligatorie e non) e interesse collettivo.

La Corte in tal modo sembra aver sbarrato la strada a forme di auto-dispensa delle vaccinazioni obbligatorie e ha sottolineato l’ alto valore sociale anche delle vaccinazioni non obbligatorie, dando come è giusto centralità al diritto-dovere di informazioni, senza però avallare forme di obiezione di

²² Sulla non dannosità delle vaccinazioni le evidenze scientifiche sono assolutamente univoche. Nel 1999 una commissione istituita dall’ O.M.S. ha riconosciuto la possibilità di modesti effetti collaterali e che gli effetti gravi sono causati da errore umano o disattenzione rispetto alle controindicazioni.

²³ Ci riferiamo alle decisioni sul cd. autismo da vaccino, promananti da alcune sentenze di merito sulla base di risultanze scientifiche del tutto implausibili, vere e proprie frodi scientifiche. Cfr. R. MAURIZIO, *Vaccini e sanzioni: inquadrando il problema*, reperibile sul sito FNIMCeO, l’ autore fa parte della Consulta Deontologica Nazionale. Per le reazioni della Cassazione vedi ad es. sent. 12427 del 2016.

²⁴ In particolare in riferimento ai trattamenti obbligatori ne ha sostenuto la giustificazione alla luce anche del solo interesse collettivo C. MORTATI, *La tutela della salute nella Costituzione italiana* [1961], ora in Id., *Raccolta di scritti*. Vol. III, Milano, Giuffrè, 1972, 439, mentre la maggior parte della dottrina ne ha sostenuto, in coerenza con la caratterizzazione bifronte della tutela della salute nell’ art. 32 Cost., il beneficio – ineliminabilmente in connessione – e per singolo e per la collettività

²⁵ Argomentazione da ritenersi valida anche per i più incisivi interventi previsti dalla legge n. 229 del 2005 su cui anche art. 33 del d.l. n. 150 del 2007, convertito in legge n. 222 del 2007.

coscienza. Ma nella confusione, tali forme, o loro parvenze, sopravvivono, seppure espresse in forme ibride e improprie, come *escamotages* all'ombra di un regime tendente alla procedimentalizzazione e alla formalizzazione delle espressioni di consenso (e, pertanto, dissenso!) informato²⁶. Ciò deve dirsi a maggior ragione per l'espressione di generiche convinzioni o credenze, o anche scelte "ideologiche", del soggetto chiamato a rendere effettiva la copertura (ad es. il genitore) che volessero dar luogo a sottrazioni all'obbligo²⁷, ed infatti la torsione del non consenso verso l'obiezione di coscienza non è nella gran parte dei casi che il frutto del tentativo di sfruttare tutti gli spazi del consenso informato fino a demolire la obbligatorietà della vaccinazione. È evidente la tensione che esiste tra (permanente) obbligatorietà delle vaccinazioni e instaurazione in fatto di un regime basato sul consenso e sulla libera scelta che non richiederebbe particolari escogitazioni per sottrarsi alla pratica (se non per il fatto appunto, di essere obbligatoria).

Le irresolutezze del sistema si sono però molto aggravate a causa di problemi organizzativi, *hype* comunicativi e questioni identitarie e valoriali del tessuto civile, ed esito non tanto della effettività della sanzione quanto della pressione alquanto impotente delle strutture pubbliche è stato il richiamo alla forma dell'obiezione per godere di una protezione maggiore. Diverso profilo è quello della talora invocata obiezione di coscienza da parte del personale medico, che ha ancora minore fondamento stante il dominio del campo da parte delle evidenze scientifiche e, in tal senso, la persistente risultanza univoca sulla non dannosità delle vaccinazioni. Per il personale medico si richiederebbe il coinvolgimento di valori ultimi e, se la scienza fosse divisa nella valutazione delle vaccinazioni, ancor prima andrebbe aperto un discorso sul principio di precauzione. Siccome non è

²⁶ L'obiezione di coscienza viene palesata comunicandone la natura temporanea, come una forma surrogata di un principio di precauzione (così come viene spesso presentata nella modulistica non ufficiale che in fatto tende a formalizzare il fenomeno sia da parte dei privati, con curiosi moduli manifestanti decisioni "di non aderire al calendario vaccinale" benchè temporaneamente, che – e qui ci riferiamo al modulo del cosiddetto "dissenso informato" su cui v. infra - dell'autorità pubblica). Naturalmente l'obiezione di coscienza, in quanto riposante su profonde convinzioni e sulle potenzialità lesive di un bene o valore, da un lato non dovrebbe avere questa forma, dall'altro non può surrogare l'opinione scientifica. Le forme di obiezione di coscienza consolidate e, per così dire, "riconosciute" dall'ordinamento (l'obiezione – che fu - rispetto all'obbligo di leva, quella all'interruzione della gravidanza e quella rispetto alla sperimentazione animale) hanno caratteri comuni ben rientranti nella natura propria dell'obiezione – inerenti al dovere di coscienza rispetto alla tutela di un bene - e che ci paiono nettamente differenti da questa pretesa obiezione, con cui resta in comune il mero fatto di rifiutarsi di sottostare ad un obbligo di legge. Il preteso contenuto di coscienza non può certo consistere in una astratta preferenza per una astratta opzione naturalistica o per il non trattamento. Come si ripete spesso, si tratta invece della più grande conquista dell'uomo nel XX secolo.

²⁷ Sulla cui inaccettabilità quale criterio esonerativo è stata ferma la Cassazione. Ad es. Sent. Sez. I 18.07.2003 n. 11226 e sent. 08.07.2005 n. 14384, nonché Sez II 26.06.2006 n. 1474.

così²⁸, non si vede ove possa ricoverarsi il diritto all’obiezione, tanto che alcune opinioni “scientifiche”, peraltro isolate, ritenute prive di qualunque riscontro scientifico ormai sono censurate, per quanto tardivamente, con reazioni anche molto severe²⁹.

²⁸ Un recente studio dell’autorevole “Journal allergy and clinicalimmunology” conclude che non è mai stato accertato al mondo alcun caso di decesso attribuibile al vaccino in quanto tale, e che le reazioni allergiche in grado di condurre al ricovero sono 1,3 per ogni milione. Ciò consente di tornare sulla giurisprudenza chiarendo che non sono le vaccinazioni a provocare decessi o danni ma al limite la loro interazione con situazioni pregresse e, quindi le responsabilità originano da negligenze, e in tal senso gioca un ruolo anche l’inadeguato rispetto delle cautele insite nel regime del consenso informato.

²⁹ La storia degli “studi” che hanno sostenuto che esistessero effetti negativi per le vaccinazioni è, in realtà, risalente. Oggi si parla soprattutto del caso del medico Andrew Wakefield, che in uno studio sull’autorevole rivista “Lancet” (1998) aveva sostenuto un legame tra vaccini (il trivalente) e autismo, e che è stato infine radiato dopo aver subito anche diverse condanne per aver alterato il suo studio, poi ritrattato, per ragioni di profitto personale. Una molteplicità di ricerche non è riuscita a provare alcuna correlazione tra vaccinazioni e autismo. Anche in Francia un professore che si era schierato apertamente contro i vaccini è stato radiato.

Ma non si tratta di vicende assolutamente inedite. Già molti anni fa, una vicenda di ampia risonanza interessò il vaccino contro l’epatite B. Alcuni “studi” sostennero la correlazione con alcune malattie e due sentenze ritennero plausibile tale correlazione per cui il governo, sotto la pressione dei media e dell’opinione pubblica, sospese il vaccino. L’O.M.S. criticò duramente la scelta e numerosi studi successivi (non solo in Francia ma in tutto il mondo) dimostrarono l’infondatezza di quelle ricostruzioni. Prima ancora, in Gran Bretagna, nel 1970 il vaccino trivalente fu accusato di aver provocato danni neurologici a 36 bambini. Ne nacque una campagna di stampa che determinò un drastico calo delle vaccinazioni finché un comitato indipendente di esperti non liberò il campo dai sospetti. Infine in più di un caso sono stati messi sul banco degli imputati degli eccipienti (volta a volta accusati di contenere mercurio ovvero di indurre il cancro), per ora sempre rivelatisi innocui.

In Italia la Federazione degli ordini dei medici chirurghi e degli odontoiatri ha approvato all’unanimità dal Consiglio nazionale un documento che ha ribadito che il consiglio di non vaccinarsi “in particolare se fornito al pubblico con qualsiasi mezzo, costituisce infrazione deontologica” e può portare all’apertura di procedimenti disciplinari fino alla radiazione dall’albo (un indirizzo di massima agli Ordini provinciali, che hanno la relativa competenza). Del pari si è riconosciuto che un medico possa sconsigliare una vaccinazione “solo in casi specifici, quali ad esempio stati di deficit immunitario”. La presa di posizione della Federazione è degna di nota in quanto specifico una disposizione generica del Codice deontologico dei medici, il quale all’art. 25 stabilisce che “il medico non può sottrarre la persona assistita a trattamenti scientificamente fondati e di comprovata efficacia”: il Codice pertanto non menziona espressamente le vaccinazioni, che peraltro si ritiene che rientrino nell’ambito di applicazione della disposizione. Allo stato risultano, già prima della presa di posizione della Federazione degli ordini dei medici, diverse istruttorie o procedimenti disciplinari in corso. Va ribadito che in un campo dominato dalle evidenze scientifiche è difficile configurare un diritto all’obiezione di coscienza per il medico. In senso convergente è stato affermato che “nessun medico che abbia fatto il giuramento di Ippocrate può negare gli effetti positivi della vaccinazione su larga scala”. N. PENNA, “*Quelli obbligatori sono dei salvavita. Gli altri spesso diventano business*”, in La Stampa, 21 luglio 2016.

2.3. Secondo la legge italiana tuttora le vaccinazioni obbligatorie comportano trattamenti eseguiti dall'autorità sanitaria e per fini sanitari³⁰. L'autorità sanitaria dispone di una discrezionalità di tipo amministrativo e tecnica che consente di accertare caso per caso la pericolosità di procedere alla somministrazione alla luce delle condizioni di salute e delle eventuali patologie del soggetto da vaccinare, come anche di rinviare in modo significativo il calendario vaccinale, che per il resto è pubblico, uguale per tutti e periodicamente aggiornato. Tanto è vero che i cittadini che hanno il dovere, adempiono all'obbligo vaccinale senza alcuna previa comunicazione o informativa dell'autorità, recandosi presso l'A.s.l. per consentire la somministrazione dei vaccini.

In mancanza di tale somministrazione, l'autorità sanitaria dovrebbe (aggiungiamo dunque il condizionale) segnalare l'inadempimento al Tribunale dei minorenni perché con proprio decreto gli operatori sanitari vengano incaricati di provvedere a somministrare il vaccino al minore³¹.

Non è tuttora escluso che il sistema funzioni nei termini descritti³². In un miscuglio di normative e prassi, possiamo dire che in linea di massima la "scelta" della somministrazione del vaccino spetta in ultima analisi ai genitori, e, previa talora quella formalizzazione del consenso/dissenso di cui si diceva, spesso in caso di omessa vaccinazione si dà corso a prese di contatto e/o convocazioni per lo svolgimento di un colloquio informativo presso l'A.s.l. di appartenenza e, in caso di persistenza nel rifiuto a procedere alle vaccinazioni, al periodico richiamo al fine di verificare se persiste tale rifiuto. Allo stesso modo al compimento della maggiore età da parte del minore, il maggiorenne sarà invitato ad attuare di sua spontanea volontà le vaccinazioni.

In un sistema che ha perso gran parte della sua leggibilità possiamo ritenere che la procedimentalizzazione (fino alla formalizzazione delle ipotesi di "obiezione") ha anche la finalità anche di esonerare le parti (medici e genitori) da eventuali, e sempre più imperscrutabili, forme di responsabilità.

Un documento recente della Federazione degli Ordini dei medici, pur stigmatizzando in modo severo l'operato di medici che sconsigliano vaccini,

³⁰ E anche per questa ragione sono abortiti alcuni tentativi di equiparazione effettuati in passato con "trattamenti" assai differenti, con la finalità ultima di farveli rientrare nella previsione, ma anche nelle garanzie, dell'art. 32 Cost.

³¹ Al "pediatra di libera scelta", ben diversamente da quanto sollecitato da documenti firmati da genitori contrari alle vaccinazioni, spetta il controllo della situazione vaccinale (con relativi poteri di segnalazione in stretto contatto con i centri vaccinali), e al massimo spetta un ruolo nell'orientare la famiglia in riferimento ai vaccini non obbligatori, e potrà, sempre in stretta relazione con i centri vaccinali e per contingenti ragioni di salute consentire un brevissimo rinvio delle vaccinazioni; al limite potrà comunicare situazioni critiche: ma l'adozione di calendari alternativi e così eventuali rilasci di esoneri dall'obbligo di legge va stabilita dall'autorità sanitaria che procede alle vaccinazioni.

³² In tal senso ad es. Trib. Min. Bologna, 25 gennaio 1994, DFP, 1994, p. 1292, come anche Corte di appello di Perugia, 13 dicembre 1996, RGU, 1997, 17, che riflettono però il loro tempo, con un quadro normativo meno destrutturato.

ha proposto di formalizzare con legge tali sviluppi, accertando formalmente il dissenso dei genitori e quindi convocando i diciottenninon vaccinati per “illustrare la loro situazione immunitarie e raccogliere il loro orientamento decisionale”, traendo le definitive conclusioni di un approccio informativo e collaborativo con i genitori quanto potenzialmente severo verso il personale medico che esprime pubblicamente perplessità sulle vaccinazioni (v. nota 29).

Tuttavia non solo i problemi nuovi emersi ma anche alcune sporadiche sopravvivenze normative non escludono del tutto che operino erraticamentesoluzioni improntate a moduli non collaborativi. Da quello che resta dei poteri di segnalazione per le possibilità di intervento del Tribunale dei minori, anche per la verifica della idoneità genitoriale e per l’eventuale seguito, alla possibile (benchè remota) insorgenza di rilievi penali per chi ai sensi del codice penale attuale in caso di epidemia o di contagio favorito da comportamenti pericolosi per la collettività o per coloro con cui si è venuti a contatto, non abbia dimostrato di aver fatto di tutto per evitarlo. Una previsione alla quale ci si è appellati in anni non più recentissimi in qualche processo a proposito di contagio da HIV, ma che in teoria vale per ogni ipotesi rientrante nella fattispecie.

3. Una nuova politica vaccinale?

3.1. Veniamo al futuro. Benchè il calo delle vaccinazioni prosegua lentamente da due decenni, soltanto negli scorsi mesi, per le ragioni che abbiamo addotto, si registra una reazione istituzionale non limitata alle istituzioni più direttamente coinvolte (come il Ministero della Salute o l’Istituto Superiore della Sanità) e si intravede una mobilitazione delle istituzioni, delle società scientifiche, degli ordini e in parte della società tutta.

I rimedi progettati dal decisore, e in parte anche già adottati, riprendono soluzioni già previste nel nostro ordinamento e poi gradualmente superate, ma come argonteremo in conclusione vanno applicate *cum grano salis*.

L’idea di correlare vaccinazioni e frequentazione di asili e scuole è ipotesi balenata anche in sede nazionale, ma intanto è stata intanto anticipata per quanto possibile in qualche sede regionale più sensibile alla questione. La regione Emilia Romagna, la prima ad intervenire, ha adottato una legge (25 novembre 2016, n. 19, “Servizi educativi per la prima infanzia, abrogazione della legge regionale n. 1 del 2000”) stabilendo che “costituisce requisito di accesso ai servizi educativi e ricreativi pubblici e privati l’aver assolto da parte del minore gli obblighi vaccinali prescritti dalla normativa vigente” (art.6), garantita dalla esibizione di quel certificato vaccinale che, ricordiamo, è stato abolito da alcune regioni. Le regioni sono decidere relativamente alle loro competenze, ovvero ad nidi e scuole materne (pubbliche e convenzionate). Esistono diverse proposte, non sempre sposate dalle Giunte, di prevedere che il soddisfacimento degli obblighi vaccinali diventi condizione essenziale per l’iscrizione agli asili nido pubblici e privati accreditati (Lombardia, Umbria e Liguria).

Tali ipotesi, e le nuove misure già operanti, segnano una sorta di ritorno al passato in quanto con qualche sistematicità fino al 1999 i minori non vaccinati non potevano frequentare le scuole, anche dell'obbligo, sia pubbliche che private e non potevano essere ammessi agli esami.

Intanto si studia come rendere queste iniziative parte di una politica nazionale. Il nuovo "Piano nazionale dei vaccini", appena varato, ha operato però su una diversa leva. In occasione della revisione, dopo ben quindici anni, dei nuovi "livelli essenziali di assistenza" (L.E.A.), ha proseguito e accelerato la politica di incentivazione delle vaccinazioni non obbligatorie estendendo la copertura gratuita e senza ticket entro le prestazioni assicurate dal Servizio sanitario nazionale a nuovi vaccini. Il superamento del "fai da te" locale non è nelle disponibilità di una normativa nazionale ma è rimesso a forme di coordinamento per realizzare tempistiche comuni e condivise dei calendari vaccinali.

Il ritorno, oltre che di generici incentivi alle vaccinazioni, alla leva delle sanzioni in senso lato appare il versante più interessante e problematico. Nel dibattito pubblico in modo improprio ma significativo tale via viene non a caso pubblicizzata come un ritorno ad una garanzia della (effettiva) obbligatorietà dei vaccini.

3.2. In conclusione il nostro sistema normativo in tema, per quanto alquanto disfatto, appare ormai non in sintonia con il sistema normativo sovranazionale e internazionale nel frattempo sopraggiunto. La potenziale portata autoritativa della norma costituzionale è andata ormai smarrita né pare ripristinabile, ma resta il problema di assicurare almeno la effettività della *ratio* a base del sistema.

Sebbene l'esperienza si sia rivelata, alla luce dei risultati, fallimentare, ricordiamo che la differenziazione delle politiche vaccinali resa possibile dalla riforma del titolo V, della parte II, della Costituzione³³, ha prodotto già quale esito in più di un caso l'abolizione anche formale e ad ogni effetto dell'obbligo vaccinale. Una congerie di norme (leggi, regolamenti, decreti, etc.) e di atti non normativi di Veneto, Trentino Alto Adige, Toscana, Piemonte ed Emilia-Romagna, in diversa forma e con diversa coerenza, hanno fatto venir meno tale obbligatorietà e tutto ciò che restava dell'uniformità del sistema statale³⁴. In quasi tutte le regioni resiste peraltro la pratica di richiedere da

³³ Su cui ha espresso dubbi di legittimità C. TRIPODINA, *Art. 32 Cost.*, cit. 331. La trattazione è precedente o appena coeva alla differenziazione, che è divenuta spinta dagli anni 2006-2007. Vedi infatti la nota successiva.

³⁴ Per prime la Toscana, con delibera n. 369 del 22 maggio 2006 e l'Emilia-Romagna con delibera n. 256 del 13 marzo 2009. Sono quindi intervenute leggi, come per la regione Veneto, vantante per l'innanzi una tradizione di altissima copertura vaccinale, con la legge regionale n. 7 del 2007 (sospensione dell'obbligatorietà delle vaccinazioni e abolizione del certificato vaccinale). In Piemonte si sono trasformati i termini perentori del calendario vaccinale in prioritari. In Trentino (provincia di Trento) è stato abolito l'illecito amministrativo. Non è mancata una giurisprudenza che ha circosanzionato l'applicazione della normativa nazionale e regionale (ad es. Marche e Puglia) pur di fronte alla formale sussistenza della obbligatorietà

parte delle segreterie delle scuole all’atto della iscrizione il certificato vaccinale, ove ancora previsto, o la copia del libretto vaccinale.

In realtà proprio le regioni che per prime hanno inaugurato la stagione di conformazione agli *input* internazionali e sovranazionali sono oggi protagoniste dei ripensamenti anche perché spesso per prime hanno misurato gli effetti dell’abbassamento della guardia. Ovunque si sono palesate le conseguenze di un mancato accompagnamento, con adeguate politiche, del venir meno, formale o sostanziale che sia, dell’obbligo.

La circostanza che le coperture vaccinali siano scese in Italia sotto la soglia di sicurezza per le vaccinazioni obbligatorie e siano in picchiata per quelle non obbligatorie, e che nel mondo sviluppato facciano capolino malattie e infezioni che si ritenevano debellate definitivamente³⁵, impone di interrogarsi su forme adeguate ai tempi che, però, “garantiscono” il *risultato*.

Se le vaccinazioni obbligatorie, anche laddove ancora previste, sono ormai basate su “libere scelte” bisogna interrogarsi sulle leve che variamente possono incidere (in fatto, coartare) tali scelte, sapendo che ogni pressione che non sia una mera incentivazione è in qualche forma una sanzione che potenzialmente può mettere in discussione il carattere effettivamente libero della scelta. Il sistema vive di un equilibrio delicato e assai precario, che peraltro non si è dato in forma stabile. Intanto si è affastellata una giurisprudenza che (senza prendere di petto la questione della “obiezione”) conferma la libertà di scelta dei genitori rispetto ai variegati tentativi di far valere quello che resta della obbligatorietà; una giurisprudenza, va detto, in sostanzialmente in linea con la normativa e le tendenze attuali.

In fondo, l’abolizione degli obblighi vaccinali, toglierebbe molti alibi a chi ne fa il paravento per mettere in discussione l’efficacia (se non peggio, affermare la dannosità) delle vaccinazioni. Non avrebbe più senso portare avanti strategie ipocrite di resistenza o contestazione camuffate pomposamente come pratiche di obiezione, né richiamare a ogni piè spinto, tra l’altro impropriamente, il principio di precauzione. Né ciò vanificherebbe la recente reazione delle società scientifiche e degli ordini corporativi rispetto ai medici che sconsigliano le vaccinazioni, come testimoniato del resto dal fatto che quelle prese di posizione sono state dettate solo a proposito delle vaccinazioni obbligatorie (per cui l’illecito disciplinare discenderebbe prima di tutto dalla necessità di evitare che un iscritto all’ordine si adoperi nel senso di non far rispettare la legge) ma anche di quelle raccomandate.

delle vaccinazioni “generali”. Mentre molte altre regioni hanno fatto venir meno le sanzioni per i genitori che non consentono la somministrazione delle vaccinazioni ai figli minori.

³⁵ Ad esempio l’Unione europea era stata dichiarata “polio free” (libera dalla poliomielite) dal 2002 (in Italia l’ultimo caso autoctono è del 1983) ma l’infezione si è riproposta nel 2005 in Ucraina con due casi. Gli Stati Uniti sono stati dichiarati di recente “morbillo free”. Il vaiolo invece sembra essere stato debellato dovunque.

La costruzione di percorsi di consenso, informazione e condivisione per riagguantare le soglie di sicurezza vaccinali richiede pertanto di interrogarsi radicalmente sulla persistenza e praticabilità di una normativa ambigua, stratificata e differenziata, in luogo della quale forse meglio sarebbe costruire un sistema, centralizzato o decentrato ma fortemente interrelato, basato su vaccinazioni (al limite mai obbligatorie) che, incentivate dal pubblico (secondo la terminologia attuale: “raccomandate”), persegua con coerenza su tutto il sistema nazionale gli obiettivi con la dovuta attenzione alle specificità situazioni territoriali. È un sistema ben temperato di vaccinazioni “raccomandate” a dover ereditare le responsabilità che condussero nel lontano 1905 (“Jacobson v. Massachusetts case”) la Corte suprema degli Stati Uniti a stabilire la possibilità di vaccinazioni (obbligatorie) solo al fine di affrontare o debellare malattie rischiose per la società³⁶? Del resto, è eloquente che la scienza medica usi ragionare in base alla situazione sanitaria e non in base a classificazioni giuridiche³⁷. Ma il diritto dovrebbe pur sempre dare la sanzione a tale realtà. La soluzione sembrerebbe anche fortemente spinta dalla realtà dei protocolli vaccinali odierni, con la produzione, in particolare, di vaccini polivalenti che contengono sia vaccinazioni obbligatorie che non obbligatorie.

Più ampiamente v'è da chiedersi se l'ordinamento italiano sia pronto a raccogliere con il conseguente impegno di efficientamento degli apparati pubblici, con investimenti di risorse e dotazioni per garantire prestazioni elevati delle funzioni di comunicazione, informazione, condivisione di dati, segnalazioni e cooperazioni tra uffici e istituzioni che tale approccio richiede (come sarebbe richiesto già oggi, del resto) più di ogni altro.

Ma anche in tal caso, e ci avviamo alle conclusioni, occorrerebbe affrontare la questione delle possibili ed opportune forme di incentivazione e lamente sanzionatorie o comunque abili a rendere effettive le soglie di sicurezza nelle vaccinazioni, raccomandate o obbligatorie che siano³⁸. Nessun impegno informativo e persuasivo può, a fronte di soglie di sicurezza che si richiedono così elevate, prescindere da una strategia di questo tipo, almeno di fronte alla peculiarità della situazione attuale.

³⁶ La vicenda presenta per certi versi una sua modernità che la rende ancora interessante, in un contesto in cui doveva equilibrarsi la libertà individuale (e il rifiuto del vaccino) con interessi pubblici, e che fece da prologo anche della nascita di un ampio movimento anti-vaccinali (la Lega americana anti-vaccinazione).

³⁷ In tal senso appare comprensibile l'espressione “teoricamente quelli obbligatori sono quattro, ma anche gli altri [raccomandati; nota mia] sono da considerare obbligatori dal punto di vista scientifico e sanitario”. M. BOCCI, “Non si può tollerare chi nega la loro utilità”, in *la Repubblica*, 17 ottobre 2015, int. al Prof. Ricciardi.

³⁸ Qualificate “sanzioni «indirette» o di «oneri» giuridici” in quanto, appunto, atte a rendere effettiva l'obbligatorietà delle sanzioni attraverso norme che fossero presupposto o condizione per l'esercizio dei diritti, o la fruizione di servizi e simili. S. PANUNZIO, *Vaccinazioni*, cit., 2.

3.3. Attualmente, dicevamo, il decisore pubblico sta andando verso un ristabilimento della correlazione tra vaccinazioni e frequentazioni delle strutture deputate alla funzione educativa in generale, e forse dell'istruzione nello specifico. La distinzione netta andrebbe invece mantenuta, in quanto la preclusione della frequenza delle scuole dell'obbligo per i non vaccinati (che è prevista ad esempio in diversi stati degli Stati Uniti: California, Mississippi, etc.) presenterebbe profili di grave discutibilità ed infatti, pur balenata, al momento non è perseguita. Andrebbero più in generale evitate sanzioni alle vaccinazioni che, ben lungi da costituire forme di incentivazione, si traducono nella pratica impossibilità di far fronte ad obblighi di legge, con gravi, e parte anche paradossali, questioni conseguenti. Tra l'altro esiste una giurisprudenza che stabilisce la priorità (a questi effetti) del diritto allo studio su quello alla salute.

Né può sfuggire la differenza di contesto e normativa rispetto al tempo in cui esisteva una correlazione tra vaccinazioni e obblighi scolastici. In effetti il nesso viveva del fatto che entrambi costituivano obblighi (obblighi costituzionali) e la loro inottemperanza era sanzionata gravemente, anche in forma penale. Questo sistema è venuto meno sul versante delle vaccinazioni, dominato ormai dal principio del consenso informato e dalla libera scelta. Perseguire questa via, proseguendo le forme “incentivanti” con riferimento a scuole dell'obbligo vorrebbe dire esporsi ad un contenzioso infinito e aperto a stravaganti e non calcolabili scenari. Si potrebbe al limite operare sulle attività extrascolastiche e ulteriori rispetto all'obbligo scolastico ma con ciò emergerebbe a pieno un lato meramente sanzionatorio senza far emergere correlativamente il beneficio collettivo (il bambino non vaccinato frequenterebbe pur sempre la medesima comunità negli orari curricolari).

Ciò fa propendere per la ricerca di soluzioni alternative, realmente incentivanti e, in questo senso, sanzionatorie (solo) nel senso di imporre un sacrificio rispetto a possibili benefici, come quelli connessi alle prestazioni sanitarie. In tal caso il profilo latamente sanzionatorio assume forme ben diverse e, almeno a prima vista, assai meno problematiche.

Il tema del ricorso a strumenti di incentivazione o sanzioni non tradizionali (ma neanche del tutto nuove; corsi e ricorsi) sembra far riacquistare attualità e stimolare nuove riflessioni con quella dottrina che usava distinguere tra trattamenti obbligatori in senso stretto, la cui inottemperanza è variamente sanzionata in corrispondenza di obblighi da portare a realizzazioni, e trattamenti coattivi, che possono essere praticati con l'ausilio della forza. Distinzione superata in questi termini, ma rispetto alla quale veniva acutamente notato che la differenza rischiava di sfumare con la progressione della sanzione in quanto vengono in corrispondenza a ridursi gli spazi decisionali del soggetto³⁹. È il rapporto inverso tra incentivazioni (e sanzioni) e libertà (genuina o in fatto coartata) di scelta

³⁹ M. LUCIANI, *Salute. 1) Diritto alla salute - Diritto costituzionale*, in Enc. giur., XXVII, 1991.

è una questione centrale di un sistema che voglia basarsi sulla libera scelta e salvaguardare (oggi: ripristinare) tuttavia le coperture sanitarie necessarie. Pare indubitabile che possano esistere forme meno discutibili di altre per affrontarlo.

Evitare di far coincidere l'incentivazione con una possibile sanzione rispetto al obblighi di legge è il primo passo, dicevamo. Puntare sulla leva dei benefici e sui possibili, correlativi, sacrifici pare quello immediatamente successivo al fine di una ottimale salvaguardare dei diversi interessi.

Ne è espressione il principio “no jab no pay”, in base al quale in Australia, ad esempio, a seguito del varo di un nuovo programma di “immunizzazione” (basato su “Public Health and Wellbeing Amendment”, del 2015) dal primo gennaio del 2016 vengono sospesi tutti i benefici sanitari (Child Care Benefit, Child Care Rebate and Family Tax Benefit end-of-year) per i genitori che rifiutino le vaccinazioni previste dal programma per i loro figli (con meno di venti anni). Per quanto soluzioni consimili, che potrebbero operare, ad es., nel nostro caso, sul regime delle detrazioni, andrebbero pur sempre testate nei risvolti e nella legittimità (il test giudiziale sarebbe decisivo in un paese “garantista”, per certi aspetti, come il nostro⁴⁰), tali soluzioni hanno il pregio di tradurre l'incentivazione non mettendo in correlazione, e potenzialmente contrasto, obblighi tra loro (o raccomandazioni contro obblighi), ma opererebbero secondo il meccanismo tipico dell'onere. Non verrebbero in altre parole in rilievo obblighi e inadempimenti, come nelle classiche situazioni giuridiche passive, ma emergerebbe la caratteristica tipica del meccanismo dell'onere di tendere a garantire, alla fin fine, un interesse del medesimo soggetto “onerato”. Una forma che, se ben congegnata, potrebbe rivalersi notevolmente efficace, a fronte del potenziale sacrificio economico che deriverebbe dalla perdita (rinuncia) ad ottenere benefici, e che pare meglio rispettare il principio della libera scelta, avendo il pregio anche di sottolinearne la correlativa assunzione di responsabilità.

Intanto avrebbe indubbia efficacia una forma sanzionatoria, diversa e ulteriore da quelle eventualmente prevista dalle comunità scientifiche e dagli ordini, per i medici che facessero propaganda pubblica e mediatica – oltre le relazioni professionali e inter-personali – contro i vaccini (è da ritenersi preferibile limitare il discorso, a questo punto, sempre ai vaccini raccomandati) o di chi offre loro una tribuna; a tal proposito si potrebbero prevedere obiettivi più espliciti nel contratto di servizio pubblico tra il Ministero dello Sviluppo Economico e la RAI - Radiotelevisione italiana s.p.a.⁴¹

⁴⁰ Anche simili strategie sono state in effetti accusate, da qualche parte, di violare i diritti umani, in particolare di far venir meno la volontarietà della scelta, in assenza cioè di pressione, coercizione e manipolazione. Ma ciò sarebbe da dirsi per quasi ogni strategia incentivante che – come frequentissimo nelle politiche pubbliche – punti su incentivi e punizioni. In ogni caso non può sfuggire la ridotta portata coercitiva rispetto ad un programma di correlazione tra vaccinazioni e frequenza scolastica, soprattutto nella fase dell'obbligo.

⁴¹ Una vicenda per certi versi simile (ma più connessa al rapporto tra libertà d'azione dei parlamentari e prestigio dell'istituzione) ha riguardato la discussione circa la concessione di

Qui questioni scientifiche, professionali e disciplinari incontro anche il grande tema della libertà di espressione e della formazione e informazione dell'opinione pubblica (a partire, ovviamente entro una ottica pluralista, dal diritto di essere correttamente informati), dell'evoluzione tecnologica e degli sviluppi dei processi comunicativi e di governo democrazia, in quanto è stato dimostrato anche da recenti indagini che lo scetticismo nei confronti dei vaccini è maggiore nei paese più sviluppati (quindi tecnologicamente avanzati e informatizzati) e dove la parabola connessa ai benefici dei vaccini si è compiuta prima, nonché ove è sopraggiunto un atteggiamento maggiore di sfiducia nei confronti delle istituzioni⁴².

Le vaccinazioni debbono essere prima di tutto oggetto di una battaglia culturale che, attraverso anche un riabilitazione quale atto sociale e solidale nei confronti dei più deboli, metta al centro comunque le evidenze scientifiche, senza essere ignara, ovviamente, che sono implicati anche notevoli interessi commerciali i quali non esitano ad utilizzare anche strategie corruttive⁴³. Da qui la necessità di filtrare bene il confine delle vaccinazioni “raccomandate”⁴⁴, in modo da mantenere non solo conveniente ma anche credibile l'incentivazione pubblica. Vantaggi importanti deriverebbero semplicemente se venisse curata la circostanza che il consenso informato fosse raccolto da chi, medico, a sua volta abbia offerto informazioni alla luce di una formazione aggiornata. Il diritto alla libera scelta non può risolversi in una doppia solitudine: davanti alla modulistica incomprensibile, e davanti ad uno schermo che trasuda di “informazione” non filtrata e non dominabile da parte del cittadino non esperto della questione in cui ci si imbatte curiosando in Rete⁴⁵. Preparazione, credibilità e dialogo sono fondamentali, anche se va detto che finché il fronte anti-vaccinista annovererà *sponsor* politici e testimonial im-

spazi istituzionali (nel caso, del Parlamento) per svolgere iniziative anti-vacciniste. Sul punto per tutti E. CATTANEO, *Tenere la falsa scienza dalle istituzioni*, in la Repubblica, 29 settembre 2016. Si trattava della proiezione, poi scongiurata, del “documentario” (le virgolette sono d'obbligo) “Vaxxed”, diretto dal sign. Wakefield.

⁴² V. F. SANTOLINI, *Vaccini, l'Europa si scopre la più scettica al mondo*, in l'Unità, 20 settembre 2016.

⁴³ I fatturati delle case farmaceutiche derivanti dai vaccini sono forse sovrastimati nella percezione comune. Il fatturato dei vaccini nel 2016, certamente molto rilevante, è pari a 300 milioni di euro, in ogni caso circa un senso delle spese per il farmaco contro l'epatite C nel medesimo anno. Parla di “evidenze certe che il management di questo settore industriale abbia scelto la corruzione come strumento di espansione del fatturato”, e apre il discorso sulla cosiddetta “comunicazione scientifica” P. CORAGLIA FERRARIS, *Più utile premiare chi convince i pazienti*, in la Repubblica, 17 ottobre 2015.

⁴⁴ Anche perché al mondo esistono un centinaio di vaccini sperimentati.

⁴⁵ E' stato quantificato tra il 20 e il 30% la percentuale di genitori che esprimono perplessità o paura nei confronti dei vaccini. Già oggi, una parte significativa viene recuperata con un'azione informativa e persuasiva.

portanti⁴⁶ il diritto e la più attenta scienza dell'amministrazione non potranno da sole conseguire i risultati sperati.

⁴⁶ Basti pensare che l'uomo più potente della terra, l'attuale Presidente degli Stati Uniti in passato ha pubblicato tweet aberranti, vaneggiando di somministrazioni di "mostruose combinazioni di immunizzazioni".

LA DOPPIA DIMENSIONE DEI DIRITTI FONDAMENTALI IL DIRITTO ALLA CULTURA

di Rita Raso

SOMMARIO: 1. Introduzione: la cultura come strumento di emancipazione e di crescita personale e sociale. - 2. Il diritto alla cultura nella Costituzione. - 3. La doppia dimensione del diritto alla cultura: a) la dimensione personale; b) la dimensione sociale. - 4. Il diritto alla cultura nella Costituzione e gli obblighi dello Stato per renderlo effettivo. - 5. Diritto alla cultura e libertà di insegnamento. La libertà di istituire scuole private. - 6. Intervento educativo privato «senza oneri per lo Stato».

1. Introduzione: la cultura come strumento di emancipazione e di crescita personale e sociale

Da sempre la cultura è stata intesa come strumento di emancipazione personale e sociale. Già Carlo Cattaneo sosteneva, infatti, che il progresso e l'emancipazione di un popolo e di una nazione avviene attraverso la cultura, avendo egli affermato che *“il progresso non nasce soltanto dal carattere scientifico e sperimentale del pensiero, ma anche da suo pluralismo”*, e che *“più sono le idee in libera competizione fra loro, più solida è la garanzia di progresso di un popolo”*.

In tale ottica la cultura rappresenta un segno di civiltà, di pluralismo, e di crescita sociale. Non a caso lo stesso Cattaneo affermava che *“quanto più civile è un popolo, tanto più numerosi sono i principi che nel suo seno racchiude (..), e un sistema è aperto quando assicura la pluralità dei principi e la dialettica attraverso la quale essi nascono, si diffondono, lottano fra di loro e si sviluppano, tramontano o per sempre o per rifiorire ancora in forme nuove”*.

Proprio in considerazione di tale valenza storica, il diritto alla cultura assume, nella nostra Carta Costituzionale, un carattere fondamentale, nel senso che esso preesiste alla stessa Costituzione e alla stessa Repubblica, in quanto, nell'ottica di una moderna democrazia, esso è di derivazione dal diritto naturale. E proprio perché fa parte del diritto naturale, il diritto alla cultura attiene alla natura stessa dell'uomo e alla sua evoluzione.

Trattandosi di un diritto fondamentale, derivante dal diritto naturale, il diritto alla cultura, al pari degli altri diritti fondamentali dell'uomo, deve essere, pertanto, solo riconosciuto e tutelato dallo Stato, il quale, anche alla luce dell'art. 3 della Costituzione, e segnatamente del principio di eguaglianza sostanziale (*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 e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese) deve impegnarsi a renderlo effettivo, rimuovendo gli ostacoli di ordine economico e sociale che ne impediscono, di fatto, l'effettivo esercizio in ogni sua forma e attraverso le varie modalità di esercizio e di erogazione, e cioè, sia attraverso la scuola pubblica che attraverso il riconoscimento della scuola privata.

Nella nostra Costituzione il diritto alla cultura è considerato quale ideale strumento di espressione e veicolo di educazione¹, intesa alla migliore conoscenza, convivenza e comprensione reciproca tra le diverse comunità e nazioni², quasi sempre caratterizzate da lingue, religioni, tradizioni ed espressioni artistiche differenti.

In particolare, l'art. 9 della Costituzione – come è stato puntualmente osservato dalla Corte Costituzionale – *“impegna la Repubblica ad assicurare, tra l'altro, la promozione e lo sviluppo della cultura nonché la tutela del patrimonio storico ed artistico della Nazione, quale testimonianza materiale della civiltà e della cultura del Paese. Anche per quanto si desume da altri precetti costituzionali, lo Stato deve curare la formazione culturale dei consociati alla quale concorre ogni valore idoneo a sollecitare e ad arricchire la loro sensibilità come persone, nonché il perfezionamento della loro personalità ed il progresso anche spirituale oltre che materiale. In particolare, lo Stato, nel porsi gli obiettivi della promozione e dello sviluppo della cultura, deve provvedere alla tutela dei beni che sono testimonianza materiale di essa ed assumono rilievo strumentale per il raggiungimento dei suddetti obiettivi sia per il loro valore culturale intrinseco sia per il riferimento alla storia della civiltà e del costume anche locale; deve, inoltre, assicurare alla collettività il godimento dei valori culturali espressi da essa”*³.

2. Il diritto alla cultura nella Costituzione

La nostra Costituzione riconosce, attraverso il combinato disposto di

¹ A tale proposito può essere utile richiamare la fondamentale sentenza della Corte Cost. n. 118 del 6-9 marzo 1990: *“lo Stato deve curare la formazione culturale dei consociati alla quale concorre ogni valore idoneo a sollecitare e ad arricchire la loro sensibilità come persone, nonché il perfezionamento della loro personalità ed il progresso anche spirituale oltre che materiale. In particolare, lo Stato deve porsi gli obiettivi della promozione e dello sviluppo della cultura, deve provvedere alla tutela dei beni che sono testimonianza materiale di essa ed assumono rilievo strumentale per il raggiungimento dei suddetti obiettivi (...); deve, inoltre, assicurare alla collettività il godimento dei valori culturali espressi da essa”*, concetto in seguito ripreso anche da Cons. St. n. 2009/2008.

² Una visione decisamente più nazionalistica emerge dalla lettura che del concetto di patrimonio culturale dà Salvatore Settis, secondo il quale si tratta piuttosto del “fulcro dell'identità nazionale” e quindi di un “valore fondante della società civile, di un senso condiviso di identità, di cultura e di cittadinanza”: cfr. S. SETTIS, *Italia S.p.A.*, Torino, Einaudi, 2007, pag. 131.

³ Cfr. Corte Cost., sent. 6-9 marzo 1990, n. 188.

varie disposizioni costituzionali, il diritto alla cultura. In particolare, l'art. 9 della Costituzione prevede che «*La Repubblica promuove lo sviluppo della cultura e la ricerca scientifica e tecnica. Tutela il paesaggio e il patrimonio storico e artistico della Nazione*». Gli storici ricordano che «*la Repubblica italiana fu il primo stato al mondo a porre la tutela del patrimonio culturale e del paesaggio non solo nella propria Costituzione, ma fra i principi fondamentali dello Stato (i primi 12 articoli della Costituzione)*»⁴.

Per capire il valore di questo articolo è utile ripercorrerne brevemente la sua nascita. La stesura di questo articolo avvenne nella prima delle tre sottocommissioni che furono incaricate dall'Assemblea Costituente, nel giugno del 1946, di trattare i diversi temi alla base della nascente Costituzione italiana. La prima sottocommissione, formata da 18 membri fra i quali Dossetti, La Pira e Moro (DC) e i comunisti Togliatti, Iotti e Marchesi, fu incaricata di occuparsi dei «diritti e doveri dei cittadini». Fu in questo ambito che per la prima volta venne proposto, nella relazione di Marchesi, il tema del diritto alla cultura e della tutela del patrimonio artistico. La forma attuale dell'articolo, che ha come punto di forza la congiunzione della tutela del paesaggio, del patrimonio storico/artistico e la promozione della ricerca e della cultura, arriva solo dopo un lungo lavoro di sintesi e undici diverse formulazioni. Questa prende forma grazie ad un emendamento proposto da tre deputati, Firrao, Colonnetti e Nobile. I Costituenti furono convinti da questa splendida formulazione che traccia la strada di un modello di sviluppo basato sul trinomio cultura, scienza e tecnica (industria) e allo stesso tempo mette sotto tutela i beni più preziosi della nostra nazione: il patrimonio storico e artistico e il suo paesaggio.

Per quel che riguarda specificamente la cultura, il primo ed il secondo comma sono due previsioni, per quanto connesse, chiaramente diverse per oggetto, finalità e forza precettiva. Il primo comma attiene alle «attività culturali», mentre il secondo comma protegge il patrimonio culturale quale prodotto delle attività culturali pregresse, nella loro materializzazione concreta nelle cose mobili ed immobili che ne incorporano il valore culturale. Si difende, quindi, quanto prodotto dalle attività culturali nel corso della storia della nazione come patrimonio della nazione stessa e si pongono i presupposti affinché l'attività culturale, attraverso la sua promozione da parte della Repubblica, continui a produrre ed ampliare questo patrimonio culturale. Entrambe le disposizioni assolvono, comunque, ad una medesima funzione, che è quella di introdurre un valore etico-culturale tra i primi valori della Costituzione.

Nel corso degli anni si è passati da una concezione puramente statico-conservativa della tutela dei beni culturali a una concezione dinamica, orientata al

⁴ SALVATORE SETTIS, *Paesaggio Costituzione Cemento* (2010).

loro pubblico godimento, in quanto naturalmente destinati alla pubblica fruizione e alla valorizzazione, come strumenti di crescita culturale della società.

Oltre che allo Stato in prima persona i compiti sopra indicati di promozione e tutela possono – e devono – essere espletati anche da altri enti ed istituzioni intermedi dello Stato, come le Regioni, le Province, i Comuni, e le altre istituzioni culturali. Il termine “Repubblica” viene infatti adoperato nell’art. 9 della Costituzione nella sua accezione più vasta e in combinato disposto con l’art. 114 della stessa Costituzione. È quindi lo Stato come ordinamento, in tutte le sue possibili articolazioni, che persegue la promozione culturale attraverso l’opera di ciascun soggetto pubblico, ognuno nella misura e nei limiti del proprio ambito di competenza.

I compiti di promozione culturale non consentono (né presuppongono) un’ingerenza del potere politico sulla spontanea evoluzione della vita culturale. Una siffatta interpretazione è, infatti, esclusa dal primo comma dell’art. 33 della Costituzione, secondo cui «*l’arte e la scienza sono libere e libero ne è l’insegnamento*». Tale precetto considera l’arte e la scienza come valore assoluto, che come tale non è passibile di essere condizionato dall’esterno, ma deve essere lasciato alle libere scelte dell’individuo, in quanto espressione della genialità umana e della personalità del singolo. Il Costituente ha, dunque, avvertito la necessità dell’intervento pubblico, inteso non come intervento ‘di parte’ o ‘politico’, ma come intervento ‘imparziale’ o ‘neutro’, in forza del quale l’incentivazione culturale dello Stato, per essere legittima, non deve essere tesa a soddisfare le esigenze politiche della maggioranza o a realizzare interessi economici privatistici. Il fine perseguito dalla Costituzione è, dunque, la crescita del pluralismo culturale, in quanto strumento di sviluppo della personalità dei singoli e, quindi, della collettività.

3. La doppia dimensione del diritto alla cultura: a) la dimensione personale; b) la dimensione sociale.

Dal significato che il Costituente ha inteso attribuire al diritto alla cultura si desume che lo stesso ha una duplice dimensione: a) una dimensione personale, intesa come diritto della persona; b) una dimensione sociale, intesa come diritto strumentale alla crescita e allo sviluppo della società e della comunità.

La dimensione personale del diritto alla cultura attiene strettamente alla sfera personale e fa parte del patrimonio personale dell’uomo inteso come individuo.

Quanto alla titolarità, poiché dal combinato disposto delle disposizioni costituzionali che riconoscono e tutelano il diritto alla cultura è da escludere che esso possa essere riferito solo al “cittadino”, deve ritenersi che lo stesso debba essere riconosciuto anche ai non cittadini residenti nel territorio nazionale, e quindi anche agli stranieri e agli immigrati, il che assume particolare rilievo politico e sociale nell’attuale contesto storico con riferimento ai problemi legati all’integrazione razziale.

Per ciò che riguarda la dimensione sociale si è già avuto modo di evidenziare come la cultura rappresenti un indiscutibile strumento di crescita sociale e di emancipazione sociale, oltre che personale, essendo il diritto alla cultura un bene comune strettamente legato al «*progresso materiale o spirituale della società*» (art. 4).

La dimensione sociale del diritto alla cultura si coglie altresì dal fatto che – come si è detto – esso deve essere correlato con la tutela dei beni culturali e delle bellezze naturali, che sono un indispensabile strumento di arricchimento della persona e risultano finalizzati allo scopo di elevare il livello di civiltà della comunità sociale e dei componenti della società. Per cogliere l'indiscutibile valore della cultura come strumento di emancipazione sociale basti considerare che storicamente, nei regimi dittatoriali, il diniego di cultura sia sempre stato inteso come uno strumento di assoggettamento degli individui e dei popoli.

4. Il diritto alla cultura nella Costituzione e gli obblighi dello Stato per renderlo effettivo

Così acclarato che il diritto alla cultura rappresenta un diritto fondamentale riconosciuto dalla nostra Costituzione, occorre rimarcare con forza che affinché il suo riconoscimento non resti una mera affermazione di principio, lo stesso riconoscimento e la sua tutela devono essere assistiti da idonei ed efficaci strumenti per la sua effettività. Ciò si evince anche dall'indispensabile correlazione esistente fra il diritto alla cultura e il principio di eguaglianza sostanziale di cui al secondo comma dell'art. 3 della Costituzione, il quale prevede, come è noto, che «*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 e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese*». Alla luce di tale principio, che informa di sé tutti i diritti fondamentali riconosciuti dalla nostra Carta Costituzionale, lo Stato deve impegnarsi – come si è detto - a rendere effettivo il riconoscimento e la tutela del diritto alla cultura, rimuovendo gli ostacoli di ordine economico e sociale che ne impediscono, di fatto, l'effettivo esercizio in ogni sua forma e attraverso le varie modalità di esercizio e di erogazione, e cioè, sia attraverso la scuola pubblica che attraverso il riconoscimento della scuola privata.

5. Diritto alla cultura e libertà di insegnamento. La libertà di istituire scuole private

Proprio nella prospettiva della effettività del riconoscimento e della tutela del diritto alla cultura, viene in rilievo l'inevitabile riferimento alla libertà di insegnamento prevista dall'art. 33 della Costituzione, il quale stabilisce,

come è noto, che *“L’arte e la scienza sono libere e libero ne è l’insegnamento. La Repubblica detta le norme generali sull’istruzione ed istituisce scuole statali per tutti gli ordini e gradi. Enti e privati hanno il diritto di istituire scuole ed istituti di educazione, senza oneri per lo Stato. La legge, nel fissare i diritti e gli obblighi delle scuole non statali che chiedono la parità, deve assicurare ad esse piena libertà e ai loro alunni un trattamento scolastico equipollente a quello degli alunni di scuole statali”* (art. 33 Costituzione).

Come è stato ricordato anche di recente dalla dottrina⁵, già in seno alla I Sottocommissione dell’Assemblea Costituente, un costituente dell’autorevolezza di Concetto Marchesi ammoniva che *“Uno Stato che cerchi economie nei bilanci per la pubblica istruzione è uno Stato nemico della civiltà, oltre che della propria sicurezza”*⁶. Con questo ammonimento Concetto Marchesi, nella sua relazione sui principi costituzionali riguardanti la cultura e la scuola alla I Sottocommissione dell’Assemblea Costituente, rimarcava la centralità che il diritto all’istruzione doveva rivestire nel nuovo ordinamento democratico per istruire e formare al meglio i futuri cittadini. Questa affermazione induce a riflettere sulla stretta connessione esistente, nel pensiero dei Padri costituenti, fra il diritto alla cultura e la libertà di insegnamento.

Nell’ambito della libertà di insegnamento, poi, viene in particolare rilievo la libertà di istituire scuole private. Il dibattito sulla libertà di istituire scuole private e sulla possibilità di finanziamento delle stesse è stato di recente riproposto all’attenzione degli studiosi e della politica dalla approvazione della legge di riforma del sistema nazionale di istruzione e formazione (legge n. 107 del 2015). Tra le disposizioni più discusse e politicamente controverse vi è, infatti, l’introduzione di una detrazione fiscale IRPEF fino a 400 euro annui per alunno o studente iscritto alle scuole paritarie, dall’infanzia fino alla scuola secondaria di secondo grado. Al di là dell’ammontare della detrazione in sé, prettamente simbolico, la disposizione ha riaperto il dibattito circa il finanziamento pubblico (in questo caso indiretto) delle scuole private paritarie. Queste godono anche di un sostegno finanziario diretto da parte dello Stato, di ulteriori sovvenzioni da parte delle Regioni e degli enti locali e di alcune agevolazioni riguardanti il regime fiscale.

Già prima dell’avvio dell’*iter* legislativo di quest’ultima riforma, proprio nel contesto della crisi economica che ha colpito anche la scuola statale, parte della dottrina si era nuovamente interrogata sulla legittimità di tale sostegno finanziario, a fronte della lapidaria previsione dell’art. 33, comma 3, della Costituzione secondo cui *“enti e privati hanno il diritto di istituire scuole ed istituti di educazione, senza oneri per lo Stato”* (art. 33, comma 3, Costituzione).

⁵ Cfr. MATTEO DE NES, *Il diritto all’istruzione nella crisi economica e le scuole paritarie*, in *Atti del Seminario dottorandi Gruppo di Pisa* – Roma, 18 settembre 2015.

⁶ C. MARCHESI, *Relazione sui principi costituzionali riguardanti la cultura e la scuola*, Commissione per la Costituzione, I Sottocommissione, p. 39, consultabile in legislature.camera.it.

L'analisi di alcuni orientamenti espressi dalla giurisprudenza costituzionale degli ultimi anni in materia di bilanciamento tra diritti ed esigenze di bilancio, invero, potrebbe delineare con più chiarezza i termini attuali di tale *vexata quaestio*, fornendo alcuni spunti per un'indagine teorica che tenga conto di tutti i valori costituzionali coinvolti. Ancorché siano presenti profili problematici e aspetti poco lineari di tale giurisprudenza, è comunque possibile pervenire alla conclusione secondo cui una corretta e ragionevole chiave di lettura del finanziamento pubblico alle scuole private paritarie potrebbe contribuire ad affrontare il problema mediante strumenti giuridici in grado di dare un peso adeguato ai fattori in gioco, dalla libertà di scelta dell'istruzione all'accesso all'istruzione stessa, dal significato della clausola "senza oneri per lo Stato" alla garanzia del diritto all'istruzione nel quadro della crisi economica.

La questione relativa al finanziamento delle scuole private generalmente considerate ha suscitato un intenso dibattito fin dai lavori preparatori della Costituzione, tanto da rappresentare uno dei punti di maggiore discussione all'interno della stessa Assemblea costituente. La dottrina ha ricostruito con completezza i lavori che hanno portato alla formulazione definitiva dell'art. 33, comma 3, della Costituzione. Il punto di maggiore scontro verteva sulla volontà della parte democristiana di salvaguardare il patrimonio dell'istruzione cattolica, contrapposta alla posizione della componente socialista e comunista, che invece riteneva meritevole di copertura costituzionale solamente la scuola statale. Il compromesso che ne emerse fu la ben nota concessione della libertà per enti e privati di istituire scuole che potessero ottenere la parità con quelle statali (art. 33, comma 4), in cambio dell'inserimento della clausola "senza oneri per lo Stato"⁷.

Fin da subito la dottrina costituzionalista ha assunto, al riguardo, diverse posizioni, proponendo interpretazioni di tale clausola secondo canoni diversificati: storico, teleologico, con argomentazioni economiche, talora in senso letterale, talora in ottica più evolutiva. Gli esiti di tale riflessione sono principalmente tre: a) il divieto assoluto di finanziamento in favore delle scuole private, conformemente alla lettera della disposizione; b) il divieto relativo, nel senso che i privati non hanno diritto di ottenere contributi, ma lo Stato ha la facoltà di concederli; c) il divieto relativo, nel senso che, a determinate condizioni o entro certi limiti, lo Stato non solo può, ma ha il dovere di sovvenzionare le scuole private. L'opinione prevalente, in ogni caso, ha sempre propeso per un divieto assoluto di finanziamenti pubblici, diretti o indiretti, alla scuola non statale.

A fronte di posizioni piuttosto diversificate della dottrina, la situazione fattuale è stata ed è ben diversa. Le scuole private, infatti, hanno sempre rice-

⁷ Cfr. MATTEO DE NES, *op. cit.*

vuto qualche forma di sostegno pubblico, intensificatosi in seguito all'approvazione della legge sulla parità scolastica (n. 62 del 2000) e all'introduzione del principio di sussidiarietà orizzontale con la riforma del Titolo V del 2001. A determinate condizioni, inoltre, le scuole private hanno sempre potuto godere dell'esenzione delle imposte locali sugli immobili sin dall'introduzione dell'ICI all'inizio degli anni Novanta.

Il sistema nazionale di istruzione colloca formalmente sullo stesso piano le scuole statali e le scuole private che hanno ottenuto la parità, purché quest'ultime posseggano determinati requisiti, tra cui: a) un progetto educativo in armonia con la Costituzione e l'attestazione della titolarità della gestione e la pubblicità dei bilanci; b) la disponibilità dei locali; c) l'istituzione di organi collegiali; d) l'iscrizione alla scuola per tutti gli studenti i cui genitori ne facciano richiesta; e) l'applicazione delle norme in materia di inserimento di studenti con handicap; f) la costituzione di corsi completi; g) personale docente abilitato; h) contratti individuali di lavoro con il personale che rispettino i contratti collettivi nazionali di settore.

Al fine di rendere effettivo il diritto allo studio agli alunni delle scuole paritarie, inoltre, la legge aveva previsto un piano straordinario di finanziamento rivolto alle Regioni per sostenere le spese documentate da parte dei genitori mediante l'attribuzione di borse di studio. In seguito alla riforma costituzionale del 2001, inoltre, il diritto allo studio è divenuto materia di competenza residuale, e diverse Regioni sono intervenute, con forme molto diversificate, a sostegno anche degli studenti delle scuole paritarie, generalmente ancorando i sussidi alla situazione reddituale.

Tale clima di generale favore da parte dei legislatori (statale e regionali) dei primi anni Duemila nei confronti dell'iniziativa privata nel settore dell'educazione, ha fornito ulteriori argomenti a quella parte della dottrina che sostiene la legittimità (ma anche la doverosità) del finanziamento pubblico alle scuole private che ottengono la parità. Poiché tali scuole sono entrate a pieno titolo nel sistema nazionale di istruzione, devono svolgere una funzione pubblica che si affianca al servizio erogato dallo Stato e che merita di conseguenza il suo sostegno finanziario, nel rispetto dei requisiti indicati dalla legge. Il corretto funzionamento delle scuole paritarie, inoltre, anche mediante l'attribuzione di risorse pubbliche, potrebbe avere "l'effetto di alleviare (non di esimere) lo Stato dall'obbligo di organizzazione diretta" del servizio scolastico. Parte della dottrina, inoltre, ha suggerito una rilettura della clausola "senza oneri per lo Stato", chiedendosi se si possa realmente parlare di oneri qualora il finanziamento pubblico alla scuola paritaria rappresenti un reale sgravio per il bilancio statale nella spesa per l'istruzione. Di conseguenza, il problema non sarebbe la legittimità in sé del finanziamento ma eventualmente la misurazione, il più accurata possibile, di tale sgravio.

Tuttavia, i recenti anni della crisi economica hanno favorito il rafforzamento dell'argomentazione a sostegno del divieto totale di finanziamento

delle scuole private, ancorché paritarie, ritenuto non più tollerabile proprio alla luce delle difficoltà finanziarie della scuola statale.

Parte della dottrina, richiamando le parole dell'on. Preti in Assemblea Costituente, sostiene così l'impugnabilità di provvedimenti che "in tempi di crisi, quali quelli in cui viviamo, erogasse[ro] finanziamenti alla scuola privata sottraendoli alla disponibilità della scuola pubblica". Inoltre, "poiché il finanziamento della scuola pubblica è un obbligo per lo Stato mentre il finanziamento della scuola privata, a voler tutto concedere, è solo una facoltà, la logica vuole che si faccia luogo prima agli obblighi, e solo dopo aver rispettato questi, agli impegni meramente facoltativi".

Altra parte della dottrina sostiene la medesima posizione facendo leva sulla distinzione tra spese costituzionalmente doverose, consentite oppure vietate, ritenendo irragionevole finanziare le scuole private in un periodo in cui non si può non risparmiare, poiché questo distrarrebbe risorse dalle scuole statali. Sussisterebbe dunque un ordine di priorità costituzionalmente fissato a beneficio di quest'ultime, e il finanziamento alle scuole paritarie non sarebbe in alcun modo costituzionalmente doveroso. Dunque, a circa quindici anni dall'entrata in vigore della legge n. 62 del 2000 e dal conseguente inserimento delle scuole paritarie nel sistema nazionale di istruzione, l'interpretazione letterale e più stringente della clausola rimane la più convincente agli occhi della dottrina maggioritaria, che in tempo di crisi ritiene illegittimo tale finanziamento, se non altro alla luce della priorità che la stessa Costituzione assegna alla scuola statale⁸.

6. Intervento educativo privato «senza oneri per lo Stato»

Ma ogni testo di legge e, a maggior ragione, il testo di una disposizione inserita in una costituzione 'rigida', qual è quella italiana, va interpretato anzitutto per quel che dice, e in modo che quel che dice abbia un significato e non si risolva in un'interpretazione esattamente contrastante con le espressioni usate nel testo. *Senza* vuol dire *senza*; scuola *privata* vuol dire scuola *privata* e non può significare scuola *pubblica* (non statale); e *oneri per lo Stato* sono non soltanto i diretti finanziamenti, ma anche gli oneri fiscali e tutte le agevolazioni che comportino un aggravio del bilancio statale.

Qualunque riforma normativa riguardante il problema della politica scolastica deve essere impostata tenendo presente che la Costituzione disciplina diversamente la scuola pubblica e la scuola privata, che sono istituzioni obiettivamente diverse, e stabilisce che l'intervento educativo privato debba avvenire «senza oneri per lo Stato» (art. 33, c. 3): la scuola privata non ha dunque *diritto* a ricevere contributi economici da parte dell'erario, anche se

⁸ Cfr. MATTEO DE NES, *Il diritto all'istruzione nella crisi economica e le scuole paritarie*, in *Atti del Seminario dottorandi Gruppo di Pisa* – Roma, 18 settembre 2015.

sovvenzioni possono essere concesse per soddisfare le legittime aspettative delle popolazioni di fruire del diritto allo studio. È necessario, inoltre, considerare che solo nella scuola 'pubblica' possono liberamente convivere diverse posizioni culturali e ideali; ed è la scuola pubblica che, nonostante tutti i suoi malanni, resta ancora la soluzione preferibile per la formazione e l'educazione delle giovani generazioni.

III
GRUPPO DI LAVORO

I DIRITTI FONDAMENTALI DEI MIGRANTI
E DEMOCRAZIA

CRISI DELLA DEMOCRAZIA E CRISI DELL'INDIVIDUO

di Marika Gimini

Una sempre più rilevante giurisprudenza, si interroga oggi sul futuro della democrazia, osservando in alcuni fattori vitali, i motivi del suo malessere ormai duraturo: principalmente la crisi dello Stato-nazione per opera del processo di sgretolamento e di frammentazione della sovranità dovuto a dinamiche sovranazionali. La drammaticità della crisi democratica in Europa e nel mondo, le sue torsioni populistiche e lo snaturamento della sua stessa nozione, affiorano attraverso il sentimento antipolitico, ossia quella spia che appare e scompare in corrispondenza dei momenti di crollo del sistema sociale, politico ed economico. Un sistema che non è più in grado di rispondere alle domande dei cittadini cui le istituzioni non sanno fornire delle risposte adeguate è innegabilmente un sistema in crisi. La democrazia dei numeri sembra aver relegato la politica a una lotta per la conquista della maggioranza, mentre i cittadini, privi di soggettività politica, sono ridotti a vuoti raccoglitori di un occasionale e isolato consenso. Appare necessario interrogarsi su quali siano le cause o le ragioni che determinano questo stato di diffusa insofferenza, su quali siano i punti critici attorno ai quali esso si concentra, sui processi sociali e politici ai quali si può far risalire. Molti giuristi si sono soffermati, in tempi recenti, sul nodo problematico rappresentato dal rapporto fra globalizzazione e democrazia individuando nella prima una ragione della crisi democratica che sembra discendere da elementi poco tangibili. Si tratta anzitutto della crisi di un primato culturale dell'Occidente, messo alle strette da due grandi eventi che hanno aperto e che stanno profondamente segnando questo millennio: la globalizzazione che ha determinato l'indebolimento della sovranità degli Stati e ha definitivamente spostato il fulcro delle decisioni rilevanti dalla sfera della politica a quella dell'economia e gli attacchi terroristici dell'11 Settembre 2001, che hanno fatto perdere quel senso di sicurezza che l'Occidente credeva di aver per sempre conquistato dopo la fine dell'Unione Sovietica. Nella riflessione sul tema della sicurezza, il conflitto con altri valori fondamentali degli ordinamenti di democrazia costituzionale, impone necessariamente delle riflessioni¹. Nella evoluzione della ricerca di questioni teoriche, Punzi, privilegia, come avverte nelle prime pagine di *"Diritto, certezza, sicurezza"*, i germinali sintomi di una crisi che sembra colpire alcuni dei fondamenti assiologici delle democrazie costituzionali postbelliche, non nel merito dei valori proclamati, ma

¹ Cfr. A.PUNZI, *Diritto, certezza, sicurezza*, Giappichelli, Torino 2015, p. 11.

nella possibilità che essi trovino realizzazione da un piano istituzionale e dunque garantire un effettiva protezione dei diritti umani². Gli ordinamenti giuridici, dopo il secondo conflitto mondiale, si caratterizzavano per la fiducia nella progressiva edificazione di un ordine sovranazionale ispirato ai valori della pace e della protezione dei diritti inviolabili. Basti menzionare il ripudio alla guerra solennemente proclamato nell'art 11 della Costituzione repubblicana e il consenso ivi espresso, alle limitazioni di sovranità necessarie ad assicurare la pace e la giustizia tra le nazioni. Una congiuntura particolarmente favorevole all'idea di uno spazio globale ispirato alla tutela dei diritti umani e ai valori di libertà e democrazia. Da qui si sono sviluppate delle filosofie cosiddette globaliste che sembravano trovare un denominatore comune nel convincimento che la tutela dei diritti umani e l'affermazione di valori come l'uguaglianza e la parità di genere detenessero sul piano assiologico un indiscutibile primato e dunque avessero pieno titolo per diffondersi anche nell'area euro-atlantica³. La crisi economica iniziata nel 2008, ha ulteriormente indebolito l'occidente a tal punto di spingere i Paesi non occidentali, tutti intenti a perseguire un benessere materiale senza precedenti, a preferire nuove soluzioni politiche rispetto alla democrazia liberale classica⁴. La globalizzazione, con la sua tensione verso il "qui e ora", trasforma la democrazia in un rimedio che promette soluzioni efficaci ed efficienti in tempi rapidi. La democrazia si libera, così dalla storia e dal tempo diventando la soluzione tecnica e politica ideale per i Paesi in transizione. Costopoulos distingue due dimensioni all'interno delle quali si consuma la relazione tra democrazia e globalizzazione: la democrazia come procedura e la democrazia come cultura; mentre la globalizzazione aumenta indubbiamente la legittimazione, allo stesso tempo l'efficacia della democrazia come procedura, non garantisce lo sviluppo della democrazia come cultura. Qualcuno potrebbe andare oltre e affermare che la globalizzazione rinforza la democrazia come procedura a detrimento della democrazia come cultura. Una delle principali ragioni di questa differenziazione risiedono nella relazione che ha con il tempo ciascuna di queste due dimensioni. La democrazia come procedura si inserisce perfettamente nelle dinamiche del tempo globale, che esalta il presente, l'immediato e il prontamente visibile. La democrazia come cultura d'altro canto, non è in sincronia con il tempo globale e necessita di un tempo più lungo per svilupparsi. Inoltre questa non è immediatamente o chiaramente identificabile. La democrazia come cultura è sempre relativa e dunque opinabile⁵. "La violenza dei flussi globali non poteva rispar-

² Ivi, p.12.

³ Ivi, p.13.

⁴ Cfr. C. FOLITI, *Sulle vie della Democrazia. Le teorie della democratizzazione nell'era globale*, Edizioni nuova Cultura, Roma 2016, p. 216.

⁵ Z. LAIDI, P.J. COSTOPOULOS, *Democracy in Real Time*, in *Journal of Democracy*, vol. 13, n.3, Luglio 2002, pp. 54-57.

miare lo spazio del politico e della politica. Venendo a mancare nel suo ruolo di codice interpretativo del riconoscimento identitario esso ha prodotto una crisi profonda per la quale l'essere sociale non si riconosce più e non riconosce i tradizionali modelli di connessione tipici del legame sociale⁶. La riflessione è da ricercarsi nella "crisi che si apre e investe sia l'individuo che la comunità sino all'apertura di contesto del declino dello stato nel segno della modernità che svanisce col suo progetto"⁷. L'individuo è dunque vittima di uno Stato non più in grado di rappresentarne gli interessi politici entro le istituzioni rappresentative. Un crollo di fiducia nelle istituzioni democratiche resa in certi casi ancora più definitiva dalla crisi della sovranità dello Stato-nazione di fronte all'incedere di processi macro-economici a livello globale che condizionano la vita sociale ed economica dei singoli Stati che invece si trovano spesso impotenti a fronteggiare tali processi. Secondo Luigi Ferrajoli, stiamo assistendo a "la crisi e deformazione della democrazia e dello stato di diritto generate dal vuoto di diritto pubblico che caratterizza l'attuale globalizzazione senza regole. È saltato il nesso democrazia/popolo e poteri decisionali/stato di diritto, tradizionalmente mediato dalla rappresentanza popolare e dal primato della legge e della politica da cui la legge è prodotta"⁸. Gli ultimi anni, hanno infatti favorito il cambiamento negli e degli individui. Si è proliferato un disgusto nei confronti delle tradizionali organizzazioni politiche che ha condotto i cittadini a voltare le spalle agli interessi comuni e alle attività collettive, rinchiudendosi in una sorta di "mondo privato" serrendo nel proprio spazio familiare se stessi e il proprio IO⁹. Nel XVII e nel XVIII secolo, è emersa una nuova forma di personalità individuale. Un individualismo narcisista. Come spiega Lasch nell'intervista con Michael Ignatieff, questa condizione è frutto del ripiegamento su se stessi e figlio di un io minimo svuotato di qualsiasi contenuto che "definisce gli obiettivi della propria vita in termini estremamente restrittivi di pura e semplice sopravvivenza quotidiana. Quasi che la vita quotidiana fosse talmente problematica e il mondo così minaccioso e precario, che la cosa migliore da fare fosse semplicemente cercare di cavarsela, vivendo giorno per giorno. Che in effetti è il peggior consiglio terapeutico possibile, ma anche quello che riceve chi vive nella nostra società"¹⁰. Gli effetti della crisi della e nella politica, riflettono

⁶ L. DI SANTO, *L'universo giuridico tra tempo patico e tempo gnosico*, Cedam, Padova 2012, p. 133.

⁷ Ivi, p. 135.

⁸ L. FERRAJOLI, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, vol. 2, *Teoria della democrazia*, Laterza, Bari 2007, p. 527.

⁹ Cfr C. CASTORIADIS, C. LASH, *La cultura dell'egosimo. L'anima umana sotto il capitalismo*, trascrizione di un dibattito televisivo del 1986 a cura di Jean-Claude Michèa, Elèuthea, Milano 2014.

¹⁰ C. LASCH, *La cultura del narcisismo L'individuo in fuga dal sociale in un'età di disillusioni collettive*, Bompiani, Milano 1981, p. 10.

sullo stato d'animo dei cittadini dando vita a quel fenomeno definito da Castoriadis "individualismo metodologico", poiché questa creazione si dà insieme all'istituzione dei rapporti sociali, individuo e società si costituiscono simultaneamente. La democrazia è funzionale se l'individuo - cittadino è parte attiva dello Stato. La democrazia e il popolo, si condizionano reciprocamente, il popolo dà vita alla storia, la democrazia crea la possibilità e il bisogno di una storia¹¹. La democrazia crea la possibilità della storia esplicita per quel tanto che essa presuppone l'emergenza politicamente costituita, della storicità della società; "Solo a partire dal momento in cui l'uomo si pone come origine dei processi...può darsi a lungo termine una visione storica degli atti umani"¹². La democrazia crea un meccanismo che permette "alla realtà social-storica che si altera di darsi la legislazione che le corrisponde questo richiede che la società stessa adempia quel ruolo che il politico immaginato da Platone, non potrà mai adempiere, il ruolo del governo corretto, dunque dell'auto-governo a tutti i livelli"¹³. La politica deve tendere a quell'organizzazione che rende possibile per la società, la piena espressione del suo potere istituente oggi ravvisata in uno stato partitico e meno democratico. Lo "Stato dei partiti" diversamente dalla democrazia liberale che Kelsen riconosce fondarsi sulla "finzione della rappresentanza"¹⁴. La domanda fondamentale è: cosa significa essere rappresentati? Kant è un autore nel quale, non a caso, la parola rappresentanza e rappresentazione emerge in ogni suo scritto. In ogni pagina della *Critica alla ragion pura*, le impressioni, le produzioni dell'intelletto, le idee sono rappresentazioni. Potremmo dire che per l'autore la rappresentazione nel suo senso più tecnico è il concetto, e il concetto, se restiamo alla Logica Kantiana è una *repraesentatio per notascommunes*, una rappresentazione attraverso note comuni. Parlare di *demos* come rappresentati dai rappresentati, evoca indiscutibilmente il concetto di esclusione di altri. Ma una democrazia moderna non può permettere l'esclusione anzi deve valorizzare la libertà e la responsabilità insieme ai valori della solidarietà e del bene comune. Elementi questi che permettono la nascita di un economia sociale in cui la giustizia e il progresso sociale rappresentano i pilastri essenziali di un "capitalismo democratico popolare [...] che ospiti il maggior numero possibile di soggetti"¹⁵. Le attuali generazioni emarginate e senza valori, toccano con mano la necessità della solidarietà. Si sente il bisogno di superare tutte quelle culture assistenzialistiche, liberiste e neoliberi-

¹¹ Cfr. C. CASTORIADIS, *La democrazia come procedura e come regime*, tr. It in F. BELUSCI, *Cornelius Castoriadis: fine della filosofia? Sulla crisi del pensiero e della politica in tre saggi*, cit., pp. 107-138.

¹² C. CASTORIADIS, *Thucydide, la force et le droit*, Seuil, Paris 2011, p. 115.

¹³ C. CASTORIADIS, *Sur le politique de Platon*, Seuil, Paris 2011, p. 179.

¹⁴ H. KELSEN, *Essenza e valore della democrazia*, Giappichelli, Torino 2004, p. 22.

¹⁵ M. TOSO, *Democrazia e libertà. Laicità oltre il neoilluminismo postmoderno*, Las, Roma 2006 p. 167.

steche guardano ad uno sviluppo individualistico. A questo punto bisogna costruire una democrazia solidale per far crescere effettivamente la dignità umana, attraverso una grande opera educativa, culturale e sociale: non basta il mercato e lo Stato, bisogna considerare il terzo settore, l'uomo nella famiglia, nelle associazioni, nel volontariato. Solo così si può determinare una forma di Democrazia partecipativa che pone al centro la persona e i suoi diritti. Non fuori di noi, nel comando imposto da chi deve instaurare l'ordine ma in noi¹⁶, in quanto individui portatori di dignità.

¹⁶ B. ROMANO, *Ortonomia della relazione giuridica*, Bulzoni, Roma 1997, p. 245 ss.

LA RELIGIONE CIVILE DEI DIRITTI FONDAMENTALI COME NUOVA “VARIANTE” DELLA DEMOCRAZIA

di Raffaele Maione

Gli orrori della Guerra e delle persecuzioni razziali avevano riportato alla luce un ripensamento della democrazia con una riapertura al diritto naturale e alla religione: emergeva una nuova moralità pubblica e civile, con un rilancio della *lex naturalis* a sostegno dei diritti umani, e della religione come fondamento morale di una società libera, giusta ed equa. Lo dice chiaramente Punzi dove “il Processo di Norimberga rappresenta un momento decisivo nel passaggio dalla visione statualistica e imperativistica del diritto, tipica della modernità, all’affermazione novecentesca del primato dei diritti dell’uomo sul diritto oggettivo [...] stravolge la logica moderna della sovranità introducendo il principio secondo cui un soggetto può essere chiamato a rispondere, di fronte ad una Corte di giustizia, di condotte che, benché conformi alle leggi vigenti in un ordinamento statale, sono qualificate come criminose in quanto lesive di diritti inviolabili vigenti al di sopra del potere degli stati”¹. Questo ‘processo’ riafferma i diritti naturali con un ritorno sulla scena politica e filosofica del giusnaturalismo, troppo presto abbandonato a favore del positivismo, senza alcuna considerazione dei valori. Russell, ad esempio, partendo dal presupposto che le grandi religioni erano “false e dannose”², sosteneva l’illogicità di una divinità onnipotente con l’apparizione di eventi catastrofici. Tuttavia bisogna eticamente costruire una società in cui ci sia spazio per la religione. Giovanni Paolo II in occasione della visita all’Assemblea Generale delle Nazioni Unite ha affermato che l’umanità contemporanea è una grande famiglia dove bisogna escludere ogni forma di divisione e che il progresso dell’umanità non dipende dalla scienza e dalla tecnica ma dal progresso di valori morali e spirituali: “Governi e Stati del mondo hanno capito che, se non vogliono aggredirsi e distruggersi reciprocamente, debbono unirsi. La via reale, la via fondamentale che conduce a questo, passa attraverso ciascun uomo, attraverso la definizione, il riconoscimento ed il rispetto degli inalienabili diritti delle persone e delle comunità dei popoli”³. Nasce

¹ A. PUNZI, *Diritto In.Formazione. Materiali per il corso di Metodologia della scienza giuridica*, G. Giappichelli Editore, Torino 2014, p. 58.

² B. RUSSELL, *Why I am not a Christian*, 1957, trad. it. a cura di T. BURATTI CANTARELLI, Introduzione a cura di O. ODIFREDDI, *Perché non sono cristiano*, Longanesi, Milano 1989, p. 11.

³ GIOVANNI PAOLO II, *Visita pastorale negli Stati Uniti d’America, Discorso del Santo Padre Giovanni Paolo II all’Assemblea Generale delle Nazioni Unite*, New York, 2 ottobre 1979,

così una nuova variante della religione civile, quella dei diritti fondamentali, quella nata dagli orrori dei campi di concentramento, e quella che si basa sull'inviolabilità e intangibilità della persona umana. Ancora al Convegno di Loreto del 1985 Giovanni Paolo II ha affermato che “la fede Cristiana abbia, o recuperi, un ruolo-guida e un’efficacia trainante, nel cammino verso il futuro”⁴. La Chiesa viene vista come forza sociale e civile, trainante per l’intera società italiana e i diritti umani rappresentano “una “galassia” ideologica-normativa in rapida espansione, e con una meta precisa: accrescere la salvaguardia della dignità della persona. [...] rappresentano il generoso (e in parte, forse, illusorio) tentativo di introdurre un po’ di razionalità nelle istituzioni politiche e nella società di tutti gli Stati”⁵. Il problema che si pone è se la fonte dei diritti è da ricercarsi in criteri razionali o divini. Esiste, insomma, una coscienza e/o vocazione religiosa alquanto critica contro ogni forma di assolutismo ideologico ed escludente la stessa dalla sfera pubblica. Maritain propone una religione (una nuova cristianità fondata sulla libertà delle persone e il pluralismo, con fedeltà ai valori cristiani), contraria alla deriva relativista, a favore del campo civile: la democrazia ha bisogno del cristianesimo, come speranza storica, di una religione civile, che conduce al patriottismo costituzionale, intesa come identità collettiva⁶. Intende la politica con una visione umanitaria e comunitaria dove la democrazia non è una forma di governo ma una forma di civiltà: la democrazia ha bisogno dell’apporto della cultura e della religione, tanto da non poter sussistere senza di essa. Cultura, religione e politica rappresentano quelle condizioni che rendono possibile quel progetto di società democratica in cui gli uomini saranno protagonisti della sua realizzazione. Spetta alla società politica occuparsi di quelle condizioni necessarie per il raggiungimento della coesistenza pacifica e morale tra i membri della società. Solo garantendo i diritti di libertà si favorisce da un lato la presenza del cristianesimo nella società civile, e dall’altro lato, lo sviluppo delle società democratiche, di conseguenza delle libertà e dell’amore. Vi è nella struttura democratica un’amicizia tra religione e politica, e quindi, tra coscienza, civiltà e libertà⁷. Maritain elenca gli elementi essenziali della democrazia: “diritti e libertà della persona umana, diritti e libertà politiche,

in https://w2.vatican.va/content/john-paul-ii/it/speeches/1979/october/documents/hf_jp-ii_spe_19791002_general-assembly-onu.html. La persona umana acquisisce la più alta espressione grazie ad una paternità e maternità di tipo responsabile (A. BUCCI, *La famiglia e la genitorialità responsabile nel Magistero della Chiesa*, in www.dirittifondamentali.it, n. 1/2016 del 08/06/2016, p. 70.

⁴ Discorso di Giovanni Paolo II al Convegno della Chiesa Italiana, in https://w2.vatican.va/content/john-paul-ii/it/speeches/1985/april/documents/hf_jp-ii_spe_19850411_convegno-loreto.html, Loreto 11 aprile 1985.

⁵ A. CASSESE, *I diritti umani oggi*, Editore Laterza, Roma-Bari 2009, p. 6.

⁶ Cfr. J. MARITAIN, *Il filosofo e la società*, Morcelliana, Brescia 1976, passim.

⁷ J. MARITAIN, *Il crepuscolo della civiltà*, in *Scritti e manifesti politici*, Morcelliana, Brescia 1968, pp. 194-195.

diritti sociali e libertà sociali, e le corrispondenti responsabilità; diritti e doveri delle persone nella società familiare; diritti e doveri reciproci tra i gruppi e lo stato; governo del popolo, esercitato dal popolo e per il popolo; funzioni dell'autorità in una democrazia politica e sociale; esclusione del ricorso alla violenza; uguaglianza umana, giustizia tra le persone e il corpo politico, amicizia civile e ideale di fraternità, libertà religiosa, tolleranza reciproca e reciproco rispetto, dedizione civica e amore della patria, rispetto della sua storia e della sua eredità; coscienza dell'unità del mondo e dell'esistenza di una comunità di popoli”⁸. Propone un umanesimo integrale⁹ dove il cristianesimo deve sollecitare “l'uomo ad un trascendimento continuo della pura dimensione soggettiva”¹⁰. Nelle sue opere “è centrale l'idea di società secolare, la “nuova democrazia”, vivificata da un'ispirazione cristiana”¹¹. La laicità non è separata dall'aspetto spirituale ma proprio da questo binomio che si costruisce la nuova società basata sulla libertà, sul pluralismo, sulla giustizia, sulla solidarietà, sul bene comune. Distinguendo tra individuo, parte della natura e della società, e persona, superiore alla natura e alla società, Maritain accusa la modernità di essersi limitata all'individuo, mentre bisogna richiamare il valore del diritto naturale come fondamento della dignità della persona umana: vi è un rifiuto della concezione individualistica dei diritti a favore di un progresso della persona umana, in quanto questi diritti si radicano nella legge naturale, non scritta ma incisa nella coscienza umana. Se esistono i diritti dell'uomo, implicitamente deve esistere un ordinamento che li tuteli e, soprattutto, come sostiene Maritain, i diritti umani, che trovano il loro fondamento nella legge naturale, perché diritti naturalmente posseduti dall'essere umano, anteriori e superiori alle legislazioni scritte e agli accordi tra governi,

⁸ J. MARITAIN, *L'uomo e lo stato*, a cura di L. FRATTINI, Marietti, Milano 1982, p. 128.

⁹ Sostiene Paolo VI che “L'umanesimo laico profano alla fine è apparso nella terribile statura ed ha, in un certo senso, sfidato il Concilio. La religione del Dio che si è fatto Uomo s'è incontrata con la religione (perché tale è) dell'uomo che si fa Dio. Che cosa è avvenuto? Uno scontro, una lotta, un anatema? Poteva essere; ma non è avvenuto. L'antica storia del Samaritano è stata il paradigma della spiritualità del Concilio. Una simpatia immensa lo ha tutto pervaso. La scoperta dei bisogni umani (e tanto maggiori sono, quanto più grande si fa il figlio della terra) ha assorbito l'attenzione del nostro Sinodo. Dategli merito di questo almeno, voi umanisti moderni, rinunciarvi alla trascendenza delle cose supreme, e riconoscerete il nostro nuovo umanesimo: anche noi, noi più di tutti, siamo i cultori dell'uomo”. PAOLO VI, *Ultima sessione pubblica del Concilio Ecumenico Vaticano II, Allocuzione del Santo Padre Paolo VI*, in https://w2.vatican.va/content/paul-vi/it/speeches/1965/documents/hf_p-vi_spe_19651207_epilogo-concilio.html. Lo stesso discorso è stato ripreso da Papa Francesco. Cfr. *Discorso del Santo Padre Francesco ai partecipanti al pellegrinaggio della Diocesi di Brescia*, in https://w2.vatican.va/content/francesco/it/speeches/2013/june/documents/papa-francesco_20130622_pellegrinaggio-diocesi-brescia.pdf.

¹⁰ A. ZANFARDINO, *Il pensiero politico contemporaneo*, CEDAM, Padova 1998, p. 470.

¹¹ G. G. CURCIO e R. PAPINI, *Jacques Maritain e il Concilio Vaticano II*, STUDIUM, Roma 2015, p. 42.

diritti che la comunità civile non deve accordare ma riconoscere. Maritain svolse un ruolo attivo nella redazione della Dichiarazione Universale dei diritti umani favorendo la nascita di una religione civile come patriottismo costituzionale: un lavoro incentrato nel raccogliere quelle istanze, giusnaturalistiche, nazionalistiche e statualistiche ed indirizzato a creare quello spazio necessario per lo sviluppo, la rappresentanza e la tutela della persona umana. Oggi le democrazie si fondano sulla condivisione di valori, di fedi, di esperienze, di cultura ma che, pur diverse, tendono alla creazione di quel tessuto comune della convivenza. È qui che si inserisce il concetto di diritto naturale e del suo primato sul diritto positivo perchè dal primo scaturiscono il diritto alla vita e alla libertà e, di conseguenza, vi è un'autorità del diritto naturale sulla società, che si fonda sul diritto positivo ma che ai suoi componenti appartengono diritti in base alla loro natura razionale. La religione, per Maritain, opera nel campo del civile in maniera ontologica, non come religione ma come struttura fondante di principi e valori per la convivenza civile. Lo stesso sosteneva che la persona umana "ha il diritto di essere rispettata, è soggetto di diritti e possiede dei diritti"¹². Il cristianesimo si implica nella democrazia con un ruolo fondamentale della Chiesa non come sovrapposizione al corpo politico ma come "potenza morale con cui essa influenza, penetra e vivifica come un lievito spirituale, l'esistenza temporale e le energie interne della natura, onde portarle a un livello più alto e più perfetto nel loro ordine particolare"¹³. Il pensiero di Maritain è totalmente presente nella Dichiarazione Conciliare del 1965, 'Dignitatis Humanae', ossia "la filosofia della persona centrata sulla trascendenza, un'idea della verità che è alla base della persona umana e una visione pluralista della società"¹⁴. Osserva Possenti che da questo documento emerge un principio di libertà che va oltre l'esigenza soggettivistica ma che appartiene alla natura dell'uomo¹⁵. La nostra società è di tipo aperta in cui dominano democrazia, libertà, eguaglianza e fraternità, tutto ciò grazie anche all'influsso positivo del cristianesimo e della sua universale fraternità, e con una desocializzazione della coscienza "in modo da sottrarre ai condizionamenti della società chiusa quelle energie vitali che si manifestano non solo nell'interiorità esistenziale dell'io, ma anche nella evoluzione creatrice delle forze collettive"¹⁶. Leo Strauss è il teorico del rapporto diretto tra religione e politica, insito nella cultura Americana e, soprattutto, nella missione universale che l'America è chiamata a svolgere: proprio il ti-

¹² J. MARITAIN, *I diritti dell'uomo e la legge naturale*, trad. it. a cura di G. USELLINI, *Vita e Pensiero*, Milano 1991, p. 60.

¹³ J. MARITAIN, *L'uomo e lo stato*, cit., p. 192.

¹⁴ G. G. CURCIO e R. PAPINI, *Jacques Maritain e il Concilio Vaticano II*, cit., p. 58.

¹⁵ Cfr. V. POSSENTI, *Una filosofia per la transizione. Metafisica, persona e politica in Jacques Maritain*, Massimo, Milano 1984, p. 239.

¹⁶ A. ZANFARDINO, *Il pensiero politico contemporaneo*, cit., p. 370.

more del popolo per la sanzione divina nel caso della violazione della legge è l'elemento determinante per l'osservanza delle leggi. Strauss propone una religione civile funzionale di natura disciplinatoria a salvaguardare l'ordine della *civis* al fine di inquadrare le masse popolari entro le norme, poichè è la legge a costituire l'oggetto stesso della vita morale mentre la religione serve a stabilizzare il quadro politico¹⁷. Fu influenzato dal pensiero del suo maestro Schmitt, critico della modernità che negava ogni nesso tra politica e trascendenza, nonostante la Chiesa cattolica come istituzione e il cattolicesimo come ideologia fossero i custodi della politica, che riteneva fondamentale la necessaria corrispondenza reciproca tra religione e politica poichè il moderno è nato nel passaggio dalla teologia alla filosofia, dalla religione alla scienza dove “Tutti i concetti più pregnanti della moderna dottrina dello Stato sono concetti teologi secolarizzati”¹⁸. Di Santo è fautore di una teologia dell'ultimo o terza teologia dove “non è il sovrano che concede il diritto all'ultimo ma l'ultimo diviene pietra di paragone con cui confrontarsi nella presa d'atto delle condizioni di civiltà di una società”¹⁹. L'uomo, la sua dignità, le sue libertà e i suoi diritti devono esplicitarsi nella democrazia, che non è un insieme di istituzioni, ma lo spazio di manovra dei diritti dell'uomo: “i diritti [...] nella loro genesi, storica ed esistenziale, nascono in una condizione di partecipazione all'evento che diviene avvento, una partecipazione che è comunicazione, che si copre a questo livello, di un'evidente uniformità sociale, che poi si convertirà, [...] in un'uniformità giuridica, che diventa uniformità potestativa, con l'uomo ‘inizio e compimento’ di questo viaggio”²⁰. Sono gli ultimi che oggi hanno maggior bisogno dei diritti perché bisogna far parlare chi ha davvero bisogno dei diritti. Gli ultimi sono già primi perché emerge un nuovo concetto di dignità umana, verso gli ultimi e verso il sociale. L'obiettivo è far convivere nella società fedi, culture e tradizioni diverse. Ad esempio l'esposizione del crocifisso, simbolo della cristianità, nelle aule scolastiche (ancora presente e forte il dibattito giurisprudenziale) non è assolutamente lesivo del principio costituzionale della laicità: assumerà per alcuni il significato religioso ma per altri richiamerà l'attenzione su valori civilmente rilevanti: “è evidente come in Italia, il crocifisso sia atto ad esprimere, appunto in chiave simbolica ma in modo adeguato, l'origine religiosa dei valori di tolleranza, di rispetto reciproco, di valorizzazione della persona, di affermazione dei suoi diritti, di riguardo alla sua libertà, di autonomia della coscienza

¹⁷ Cfr. R. ESPOSITO, Introduzione a L. Strauss, *Gerusalemme e Atene. Studi sul pensiero politico dell'Occidente*, Einaudi, Torino 1998, passim.

¹⁸ C. SCHMITT, *Teologia politica* (1992) in *Le categorie del politico, Saggi di teoria politica*, trad. it., Il Mulino, Bologna 1972, p. 61. Nel diritto c'è la medesima struttura della teologia.

¹⁹ L. DI SANTO, *Per una Teologia dell'Ultimo. Riflessione sui diritti umani al tempo della crisi globale*, ESI, Napoli 2012, p. 2.

²⁰ Ivi, pp. 17-18.

za morale nei confronti dell'autorità, di solidarietà umana, di rifiuto di ogni discriminazione, che connotano la civiltà italiana. Questi valori, che hanno impregnato di sé tradizioni, modi di vivere, cultura del popolo italiano [...] soggiacciono ed emergono dalle norme fondamentali della nostra Carta costituzionale, accolte tra i "Principi fondamentali" e la Parte I della stessa, e, specificamente, da quelle richiamate dalla Corte costituzionale, delineanti la laicità propria dello Stato italiano. Il richiamo, attraverso il crocifisso, dell'origine religiosa di tali valori e della loro piena e radicata consonanza con gli insegnamenti cristiani, serve dunque, secondo il Consiglio di Stato, a porre in evidenza la loro trascendente fondazione, senza mettere in discussione, anzi ribadendo, l'autonomia (non la contrapposizione, sottesa a una interpretazione ideologica della laicità che non trova riscontro alcuno nella nostra Carta fondamentale) dell'ordine temporale rispetto all'ordine spirituale, e senza sminuire la loro specifica "laicità", confacente al contesto culturale fatto proprio e manifestato dall'ordinamento fondamentale dello Stato italiano. Essi, pertanto, andranno vissuti nella società civile in modo autonomo (di fatto non contraddittorio) rispetto alla società religiosa, sicché possono essere "laicamente" sanciti per tutti, indipendentemente dall'appartenenza alla religione che li ha ispirati e propugnati"²¹. Deve però essere garantita la laicità in tutti i suoi modi: lo Stato deve garantire neutralità. Si sente la necessità di una nuova forma di cittadinanza, aperta e accogliente, che allarga i diritti di cittadinanza fino al raggiungimento pieno dell'integrazione politica, creando così uno Stato realmente multiculturale, accettando la presenza di altre religioni e dei suoi simboli. Ma il processo di globalizzazione ogni volta non può mettere in discussione il concetto di neutralità: la nostra società multietnica non può essere indifferente alle confessioni e non può incidere sulla nostra storia. "Il Novecento – affermava Mengoni – è un secolo in cui tutto è stato rimesso in discussione"²² a cominciare proprio dalla stabile idea che la legge è legge. Una idea subito messa in discussione dalle democrazie post-guerra: non esiste più l'intoccabilità del sistema delle fonti. Il giurista che fu si identificava

²¹ F. PASTORE, *Pluralismo religioso e laicità dello Stato nel «multilevel constitutionalism»*, CEDAM, Padova 2012, p. 72. Lo stesso sostiene che "Il riconoscimento del valore sociale della libertà di religione consente di individuare un fondamento costituzionale di legittimità a varie forme di intervento dei poteri pubblici a sostegno delle confessioni religiose e/o di loro attività. Così come consente di individuare un fondamento costituzionale alla legittimità di distinzioni di trattamento operate tra confessioni religiose dal legislatore sia attraverso precetti di natura normativa che provvedimentale. D'altra parte, la libertà di religione consiste in un diritto inviolabile dell'uomo, inteso non solo come individuo, ma anche come componente di formazioni sociali ove si svolge la sua personalità: sicché, deve riconoscersi la titolarità di tale diritto anche in capo a comunità e/o confessioni religiose". F. PASTORE, *Principio costituzionale di laicità della repubblica italiana e trattamento giurisdizionale delle discriminazioni religiose*, in *www.dirittifondamentali.it*, n. 1/2012 del 15/01/2012, p. 8.

²² L. MENGONI, *Ermeneutica e dogmatica giuridica. Saggi*, Giuffrè, Milano 1996, p. VII.

in un forte e rigido legalismo, senza voce, di un diritto scritto e obbedito in modo permanente dai cittadini. Un giurista oscuro, in penombra dei testi legislativi, chiarificatori di essi, un esegeta che spiega. Oggi la figura del giurista cambia dinanzi alla maggiore presenza della società, e alla minore presenza dello Stato. Siamo nell'era del fatto inteso come quotidianità sociale cui il diritto deve dare una risposta in termini di giustizia e il giurista è un soggetto insostituibile in una democrazia che promuove la persona, si dichiara al servizio di essa, dei gruppi sociali, delle associazioni, del terzo settore, delle autonomie, insomma dei titolari dei diritti relazionali. Conseguenza di tutto ciò è la richiesta di partecipazione alla vita sociale, politica ed economica del cittadino-persona. Questa concezione civica e dignitosa della persona fa inserire nel contesto del pianeta giuridico i diritti relazionali che appartengono ai soggetti sociali e che possono anche definirsi ‘diritti sociali relazionali’: qui nasce e si sviluppa un nuovo modo di intendere la cittadinanza di tipo societario, pluralista, solidale e relazionale. Bisogna sollecitare una nuova idea di cittadino, titolare di diritti civili, politici, sociali ed economici, e, soprattutto, di diritti relativi alle persone e al suo modo di relazionarsi con gli altri, per sé e per gli altri. Ciò dipende anche dai nuovi stili di vita, dei nuovi bisogni, delle nuove esigenze che la società deve pur dare una risposta, innanzitutto nello strutturarsi come nuovo modello sociale di socializzazione e di cittadinanza, meno statalistica e più societaria, con maggiore spazio alle famiglie, al volontariato e alla cooperazione. Lo Stato non può limitarsi ad aspetti quantitativi, ma deve far crescere i parametri morali ed etici dei cittadini creando quell'ambiente umano necessario per la crescita morale e spirituale: alla società civile spetta il compito di guidare al benessere, con lo Stato, istituzione politica, che assicura le strutture essenziali, si pone al servizio della società civile, i cui componenti sono liberi e dignitosamente responsabili. In questa concezione lo Stato perde la sua “visione paternalistica”²³. Afferma Di Santo che “diventare persone nella verità significa proporsi attraverso una sovrastruttura simbolica che rigetti ogni deriva utilitaristica e funzionale. In questo percorso di riconquista si riattiva il diritto nel senso del giusto al di là di ogni normazione non più distinguibile dalla tecnica”²⁴. Nella società post complessa in cui viviamo altro aspetto è la garanzia per i flussi migratori di trovarsi in ambienti a loro consoni. Scrive Punzi “al di sopra delle diverse comunità e a prescindere dall'epoca del loro insediamento in un dato territorio [...], la posta in gioco nella società multiculturale globalizzata è l'individuazione di alcuni valori sui quali il consenso dei ‘differenti’ possa gradual-

²³ P. DONATI, *Il Welfare del XXI secolo: perché e come dobbiamo inventarlo*, in P. DONATI (a cura di), *Lo Stato sociale in Italia: bilanci e prospettive*, Mondadori, Milano 1999, p. 22.

²⁴ L. DI SANTO, *L'Universo giuridico tra tempo patico e tempo gnosico*, CEDAM, Padova, 2012, pp. 159-160.

mente convergere”²⁵. Lo stesso Di Santo ribadisce come i componenti della società debbono uscire dalla loro individualità, colpa anche di una classe politica “troppo lenta, incapace di dare risposte alle frenetiche condizioni dei primi anni ’90 della nostra nazione”²⁶. La politica invece deve contribuire all’edificazione di un nuovo Stato con un nuovo concetto di cittadinanza dove far trovare più spazio alla socializzazione dell’uomo verso nuove relazioni di solidarietà. La stessa cittadinanza trova maggiore respiro con il riconoscimento: “riconoscere l’altro significa renderlo socialmente rilevante e visibile, significa garantirgli qualcosa e attendersi qualcosa, assegnarli un ruolo nel complesso scacchiere della società, attribuirgli diritti e doveri”²⁷. Al contrario di quanto verificatosi il secolo scorso, oggi “l’uomo è ritornato a riflettere sul senso della sua dignità”²⁸. La dignità umana deve andare oltre la personalità del singolo uomo e includere principi quali la socializzazione e la solidarietà. Ancora scrive Di Santo che “il termine ‘dignità’ sottolinea quella essenziale caratteristica di ogni individuo nel ricercare il proprio spazio di vita tra le forze della società. [...] Il senso della ‘dignità’ si compie nella pienezza della sfera etica, giuridica, politica, sociale e culturale”²⁹.

Va rivisto l’assetto del diritto con una rivoluzione delle fonti normative che devono essere in grado di recepire dalla società le diverse istanze. Bisogna riavvicinare il modello normativo a quello ermeneutico: il diritto è più applicazione che produzione. Ma bisogna creare una fase fisiologica del mondo giuridico: il diritto vive e deve essere vissuto, deve ‘ordinare’ ciò che la complessità reale richiede. Si riafferma il primato della pratica, delle abitudini, della prassi; il diritto, insomma, deve essere emanazione sociale, artefice di uno spazio mondiale umanista e democratico, con un modello di laicità aperto in cui libertà, giustizia, solidarietà e rispetto siano i principi portanti di una democrazia fondata su valori certi: compito unico è creare un *ethos* universale, promuovendo una globalizzazione solidale e senza marginalizzazioni, edificando una democrazia di pace per un nuovo umanesimo dei diritti umani. Oggi più che mai le democrazie moderne devono convivere con principi religiosi e laici, verso una compiuta religione civile, ossia valori, tradizioni civiche, memorie e cerimonie collettive da condividere. La stessa deve

²⁵ A. PUNZI, *Prudentia iuris. Materiali per una filosofia della giurisprudenza*, G. Giappichelli Editore, Torino 2013, p. 86.

²⁶ L. DI SANTO, *La riflessione di don Milani come profezia inascoltata degli anni difficilissimi del nostro presente*, in Lorenzo Milani. *Memoria e risorsa per una nuova cittadinanza*, a cura di L. DI SANTO e S. TANZARELLA, Il Pozzo di Giacobbe, Trapani 2009, p. 150.

²⁷ P. COSTA, *Cittadinanza* (voce), in *Filosofia del diritto. Concetti fondamentali*, a cura di U. POMARICI, G. Giappichelli Editore, Torino 2007, p. 51.

²⁸ P. BECCHI, *Dignità umana* (voce), in *Filosofia del diritto. Concetti fondamentali*, cit., p. 161.

²⁹ L. DI SANTO, *Per una Teologia dell’Ultimo. Riflessioni sui diritti umani al tempo della crisi globale*, cit., p. 114.

proiettare al rispetto di quei diritti umani che nessuno può toccare, sottratti a qualsiasi forma di ingiustizia e di abuso, in cui tutti devono e possono riconoscersi. Altresì riconoscere realmente questi diritti significa definitivamente promuovere coesione sociale. Quest'ultima poi può convivere all'interno di una società plurale e laica. Partendo dal presupposto che la laicità, intesa come equidistanza dello Stato da ogni posizione equa e sociale, garantendo ogni forma di libertà di culto, è distinta dal laicismo, come negazione di ogni libertà ed espressione di culto, a noi interessa quel modello di laicità che non è contro le ideologie e i credi religiosi, ma che sappia invece coesistere con gli stessi, e sappia coltivare valori comuni, e rispettare le credenze religiose dei singoli, che esiste un luogo in cui credenti e non credenti dialogano, dove vi è uno spazio in cui si mantiene in vita la relazione. Alla luce di ciò diviene fondamentale, in una società post globalizzata come la nostra, promuovere temi quali quelli della religione civile, della laicità e dei diritti umani, tutti tendenti alla pacifica convivenza sociale in cui si accantona l'individualismo egoistico per far fronte ai richiami sociali ed educativi e con l'ausilio della filosofia può diventare un vero e proprio manifesto che ogni comunità deve seguire. La religione civile deve essere letta non come un atteggiamento antidogmatico ma come apertura al dialogo e al confronto.

DIRITTO DEGLI STRANIERI ALL'ACCESSO AL «FONDO AFFITTI» PRESUNTA DISCRIMINAZIONE?

di Alfonso Maresca

SOMMARIO: 1. Premessa: diritto all'abitazione. - 2. Il requisito della residenza, quale presupposto per l'accesso al «fondo affitti». - 3. I dubbi sollevati dal giudice di merito. - 4. La Corte costituzionale tra il bilanciamento del principio di eguaglianza, di non discriminazione e il concetto di «residenza qualificata». - 5. Considerazioni conclusive.

1. Premessa: diritto all'abitazione

Il diritto all'abitazione¹ rappresenta sicuramente uno dei diritti sociali più complessi da realizzare, tuttavia, è quello che meglio “integra” lo straniero² (inteso, ai fini del presente contributo come cittadino extracomunitario, apolide, immigrato)³ con la collettività.

La possibilità di poter usufruire di un'abitazione è il presupposto per avviare un concreto processo di inserimento da parte dello straniero nella società, inoltre, rappresenta il necessario punto di avvio per poter creare legami affettivi con i propri familiari sul territorio.

La Corte costituzionale ha ritenuto il diritto all'abitazione come diritto inviolabile dell'uomo⁴, ai sensi dell'art. 2 Cost.⁵, la conseguenza, di tale af-

¹ Sul tale diritto, cfr. F. BILANCIA, *Brevi riflessioni sul diritto all'abitazione*, in *Scritti in onore di Franco Modugno*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2011, vol. I, p. 348; P. CARETTI, *I diritti fondamentali, Libertà e diritti sociali*, Giappichelli, Torino, 2002, pp. 58 e ss.; F. MODUGNO, *I “nuovi diritti” nella giurisprudenza costituzionale*, Giappichelli, Torino, 1995, p. 61.

² Su tale termine, tra gli altri, cfr. E. GROSSO, *Straniero (status costituzionale dello)*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, Vol. XV, UTET, Torino, 1999, p. 159, l'illustre studioso osserva come il termine «straniero», include diverse figure giuridiche: i cittadini europei; i cittadini extracomunitari; gli apolidi; i «non cittadini» cui è riconosciuta specifica protezione (i titolari del diritto di asilo ovvero i rifugiati ai sensi della Convenzione di Ginevra).

³ Riscontro a quanto detto può rinvenirsi, almeno in parte nel D. Lgs. 25/07/1998, n. 286, «Testo Unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero», che all'art. 1 comma 1: «Il presente testo unico, in attuazione dell'articolo 10, secondo comma, della Costituzione, si applica salvo che sia diversamente disposto, ai cittadini di Stati non appartenenti all'Unione europea e agli apolidi, di seguito indicati come stranieri.»

⁴ Per un'esauritiva e profonda analisi, su cosa sia un diritto fondamentale, si v. V. BALDINI, *La classificazione dei diritti fondamentali. Profili storico-teorico-positivi*, Relazione tenuta in occasione del Convegno sul tema “Cos'è un diritto fondamentale?”, tenutosi nei giorni 10 e 11 giugno 2016, n www.gruppodipisa.it.

⁵ Cfr. Corte cost., sentt. n. 49 del 1987; n. 217 del 1988; n. 404 del 1988; in dottrina C. CORSI, *Il diritto all'abitazione è ancora un diritto costituzionalmente garantito?*, in *Dir. Imm.*

fermazione, presenta due risvolti: il primo è il riconoscimento di tale diritto anche agli stranieri⁶; il secondo è rendere tale diritto precipuo dovere dello Stato sociale, in modo da realizzare con attente politiche la possibilità di usufruire di un alloggio dignitoso⁷.

A ben vedere, il diritto in argomento, è preso in debita considerazione in due atti internazionali, a cui l'Italia ha aderito: la Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo⁸ e il Patto internazionale sui Diritti Economici, Sociali e Culturali⁹, ove si prescinde dalla cittadinanza e si configura quale diritto fondamentale della persona.

Nell'analizzare gli atti dell'Unione Europea, si riscontra che nel rispetto della libera circolazione delle persone, i lavoratori cittadini di uno Stato membro occupati in altro Stato membro hanno i medesimi diritti e vantaggi riconosciuti ai lavoratori nazionali per quanto riguarda l'alloggio. Inoltre, il principio della parità di trattamento tra le persone impone espressamente che tale parità si estenda alla fornitura di beni e servizi, includendo gli alloggi¹⁰, in particolare, nei confronti dei cittadini stranieri di Paesi terzi titolari del permesso di soggiorno CE per soggiornanti di lungo periodo¹¹.

Premesso quanto sopra, in considerazione di quanto dettato dal costituente e quanto affermato dalla Corte costituzionale si può desumere che il diritto all'abitazione non solo è «*collocabile fra i diritti inviolabili dell'uomo*»¹² ma è presupposto necessario affinché si concretizzi il valore della «dignità della persona»¹³, per lo straniero rappresenta il bene primario per potersi costruire la propria rete sociale.

e Citt. 2008, n. 3-4, pp. 147 e ss..

⁶ Invero su tale aspetto la giurisprudenza costituzionale, sin dalle prime pronunce, è costante nell'affermare che il principio di eguaglianza valga anche per gli stranieri quando si tratta di rispettare i diritti fondamentali, v. sent. n. 120 del 1967; sent. n. 104 del 1969; sent. n. 144 del 1970; sent. n. 62 del 1994; sent. n. 432 del 2005. Cfr. P. BONETTI - L. MELICA *Diritto degli stranieri*, a cura di B. Nascimbene, Cedam, Padova, 2004, p. 1014.

⁷ V. Corte cost. sent. n. 217 del 1988 «*il diritto all'abitazione rientra fra i requisiti essenziali caratterizzanti la socialità cui si conforma lo Stato democratico voluto dalla Costituzione*».

⁸ La Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo è stata adottata dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite il 10 dicembre 1948, in particolare, l'art. 25, dispone che ogni individuo ha diritto a un tenore di vita sufficiente a garantire la salute e il benessere proprio e familiare, con particolare riguardo al diritto all'abitazione.

⁹ Il Patto internazionale dei diritti economici, sociali e culturali è stato approvato il 16 dicembre 1966 dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite, ratificato in Italia con legge 25 ottobre 1977, n. 881, in particolare, nell'art. 11 si statuisce il diritto ad un livello di vita adeguato che includa anche l'alloggio.

¹⁰ Indipendente dalla razza e dall'origine etnica v. Direttiva 2000/43/CE, recepita in Italia con il D. Lgs. n. 215 del 2003.

¹¹ Direttiva 2003/109/CE, art. 11.1, lett. f.

¹² Corte cost., sent. n. 404 del 1988.

¹³ «...*diritto sociale, quale quello all'abitazione, contribuire a che la vita di ogni persona rifletta ogni giorno e sotto ogni aspetto l'immagine universale della dignità umana*» sent. n.

In tale ottica il presente contributo prendendo spunto, da un caso concreto¹⁴, analizzerà brevemente, la normativa in merito, in particolare, quella inerente al requisito della residenza, richiesto per l'accesso al «fondo affitti», confrontando la giurisprudenza costituzionale in merito. Nel delineare il quadro costituzionale caratterizzato dal diritto all'eguaglianza¹⁵, dal divieto di discriminazioni (dirette e/o indirette), si tenterà di tracciare quale orientamento potrebbe e/o dovrebbe adottare la Corte.

2. Il requisito della residenza, quale presupposto per l'accesso al «fondo affitti».

La normativa che prescrive l'accesso degli stranieri all'abitazione è il “*Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero*”¹⁶ (TUIM), Il titolo V è intitolato: “*Disposizioni in materia di alloggio e assistenza sociale*”, in particolare, l'art. 40 del TUIM è riferito all'accesso degli stranieri all'abitazione.

L'articolo citato sviluppa una serie di ipotesi riguardo all'esigenza abitativa. Infatti, è calibrato a seconda dell'obiettivo di raggiungere: si passa dalla previsione e predisposizione di appositi Centri di accoglienza¹⁷ (prevedendo l'intervento di Regioni e Enti locali), finalizzati a ospitare per un tempo strettamente necessario al raggiungimento dell'autonomia personale¹⁸, alla pos-

217 del 1988 della Corte cost.. Discute di una concezione universalistica dei diritti, V. ONIDA, *Lo statuto costituzionale del non cittadino*, in *Lo statuto costituzionale del non cittadino*, Atti del XXIV Convegno annuale dell'Associazione italiana dei costituzionalisti, Cagliari 16-17 ottobre 2009, Jovane, Napoli, 2010, in particolare pp. 6 e ss..

¹⁴ La Corte di Appello di Milano, Sezione lavoro, con ordinanza del 7 novembre 2016 ha sollevato questione di legittimità costituzionale (q.l.c.) dell'art. 11, comma 13 del D.L. 25 giugno 2008 n. 112, conv. in legge 6 agosto 2008 n. 133 ai fini dell'accesso alle abitazioni in locazione di cui all'art. 1 l. 9 dicembre 1998 n. 43, per contrasto all'art. 3 Costituzione.

¹⁵ Per una puntuale analisi sul tema, cfr. tra gli altri, M. LOSANA, «*Stranieri*» e principio costituzionale di uguaglianza, in www.rivistaaic.it, 29.02.2016.

¹⁶ D. Lgs. 25 luglio 1998, n. 286.

¹⁷ Art. 40 comma 3 TUIM: «*Per centri di accoglienza si intendono le strutture alloggiative che, anche gratuitamente, provvedono alle immediate esigenze alloggiative ed alimentari, nonché ove possibile, all'offerta di occasioni di apprendimento della lingua italiana, di formazione professionale, di scambi culturali con la popolazione italiana, e all'assistenza socio-sanitaria degli stranieri impossibilitati a provvedervi autonomamente per il tempo strettamente necessario al raggiungimento dell'autonomia personale per le esigenze di vitto e alloggio nel territorio in cui vive lo straniero.*»

¹⁸ Art. 40 del TUIM. «*1. Le regioni, in collaborazione con le province e con i comuni e con le associazioni e le organizzazioni di volontariato predispongono centri di accoglienza destinati ad ospitare, anche in strutture ospitanti cittadini italiani o cittadini di altri Paesi dell'Unione europea, stranieri regolarmente soggiornati per motivi diversi dal turismo, che siano temporaneamente impossibilitati a provvedere autonomamente alle proprie esigenze alloggiative e di sussistenza. 2. I centri di accoglienza sono finalizzati a rendere autosufficienti gli stranieri*

sibilità di ottenere una sistemazione alloggiativa più stabile e soddisfacente rispetto ai Centri di accoglienza, anche se di natura pur sempre temporanea¹⁹.

All'ultimo comma dell'art. 40 TUIM si prevede il diritto degli stranieri, sempre che in regola con le norme che disciplinano il soggiorno in Italia, di accedere «in condizioni di parità, con i cittadini italiani, agli alloggi di edilizia residenziale pubblica e ai servizi di intermediazione delle esigenze sociali eventualmente predisposte in ogni regione o dagli enti locali per agevolare l'accesso alle locazioni abitative e al credito agevolato in materia di edilizia, recupero, acquisto e locazione della prima casa di abitazione²⁰.»

Tale disposizione rappresenta la misura massima di integrazione sociale²¹, pur tuttavia, vanno rispettati dei vincoli, che fungono da presupposto necessario, quale il possesso del permesso di soggiorno (di durata almeno biennale) e l'esercizio di un regolare attività di lavoro (sia essa autonoma o dipendente), ovvero il possesso della «carta di soggiorno» attualmente permesso di soggiorno per i lavoratori stranieri titolari del permesso CE per lunghi soggiornanti.

A tali soggetti vanno aggiunti i titolari dello *status* di rifugiato o di straniero in protezione sussidiaria²² a cui è stato riconosciuto l'accesso all'alloggio, così come previsto dalla normativa vigente²³.

Il legislatore nazionale ha approvato un apposito testo normativo²⁴ che con le dovute modifiche²⁵, nel cercare di rendere fruibile l'accesso all'abita-

ivi ospitati nel più breve tempo possibile. I centri di accoglienza provvedono, ove possibile, ai servizi sociali e culturali idonei a favorire l'autonomia e l'inserimento sociale degli ospiti. Ogni regione determina i requisiti gestionali e strutturali dei centri e consente convenzioni con enti privati e finanziamenti.»

¹⁹ Art. 40 comma 4, del TUIM: «Lo straniero regolarmente soggiornante può accedere ad alloggi sociali, collettivi o privati, predisposti secondo i criteri previsti dalle alloggi regionali, dai comuni di maggiore insediamento degli stranieri o da associazioni, fondazioni o organizzazioni di volontariato ovvero da altri enti pubblici o privati, nell'ambito di strutture alloggiative, prevalentemente organizzate in forma di pensionato, aperte ad italiani e stranieri, finalizzate ad offrire una sistemazione alloggiativa dignitosa a pagamento, secondo quote calmierate, nell'attesa del reperimento di un alloggio ordinario in via definitiva.»

²⁰ Tale comma, come parti del TUIM sono stati modificati dalla legge 30 luglio 2002, n. 189, *Modifica alla normativa in materia di immigrazione e di asilo*.

²¹ Sulle politiche di integrazione tra gli altri cfr. F. BIONDI DAL MONTE, *Welfare, immigrazione e non discriminazione. Quando i diritti costruiscono l'integrazione*, paper per Espenent Conference "Innovare il welfare. Percorsi di trasformazione in Italia e in Europa", Milano, 29 settembre – 1 ottobre 2011.

²² Art. 29 del D. Lgs. 19 novembre 2007, n. 251. Quest'ultimo decreto ha dato attuazione alla Direttiva 2004/83/CE, che prescrive le norme sull'attribuzione a cittadini di Paesi terzi o apolidi, della qualifica di rifugiato o di persona comunque bisognosa di protezione internazionale, specificando il contenuto della protezione attribuita.

²³ V. art. 40, comma 6 TUIM.

²⁴ «Disciplina delle locazioni e del rilascio degli immobili adibiti ad uso abitativo» L. 9 dicembre 1998, n. 431.

²⁵ Con il D.L. 25 giugno 2008 n. 112, conv. in legge 6 agosto 2008 n. 133, è stato intro-

zione da parte degli stranieri, ha dato comunque vita ad una forma di discriminazione, verso gli immigrati stranieri.

Infatti, prevedendo, per quest'ultimi, quale requisito per accedere ai finanziamenti del «Fondo nazionale per il sostegno alle abitazioni in locazione»²⁶, il possesso del certificato storico di residenza da almeno dieci anni nel territorio nazionale o in alternativa, la residenza da almeno cinque anni nella medesima regione ha creato una disparità di trattamento in materia di accesso all'alloggio, stante la normativa sia internazionale e sia comunitaria.

In effetti il dettato normativo appare in contrasto anche in relazione al principio sia di eguaglianza e sia di ragionevolezza a cui il legislatore nazionale dovrebbe attenersi tenuto conto del dispositivo costituzionale.

Sembra aver colto tale aspetto, la Corte di Appello di Milano, Sezione Lavoro, che con ordinanza del 7 novembre 2016, ha sollevato questione di legittimità costituzionale (q.l.c.) si fini dell'accesso alle abitazioni in locazione per contrasto all'art. 3 della Costituzione.

La Giunta della Regione Lombardia ha con delibera²⁷ approvato, ai fini dell'accesso al fondo per il sostegno alle locazioni²⁸, due requisiti aggiuntivi esclusivamente²⁹, per gli stranieri, ovvero per i soli cittadini extra UE, cioè la residenza da almeno dieci anni nel territorio nazionale o di almeno cinque anni nella regione e il possesso di una regolare attività lavorativa, anche in modo non continuativo, di lavoro subordinato o autonomo. Il Comune di Milano ha conseguentemente reiterato i medesimi contenuti e requisiti nella determina dirigenziale³⁰.

Tale delibera è stata impugnata, con ricorso proposto con rito antidiscriminatorio al Tribunale di Milano³¹, da una cittadina straniera extracomunitaria

dotto nel nostro ordinamento la programmazione di un piano casa volto a: «*garantire su tutto il territorio nazionale i livelli minimi essenziali per lo sviluppo della persona umana*»; in particolare, l'art. 11, comma 2 e il comma 13, D.L. n. 112/2008, prevedono rispettivamente: «*Il piano è rivolto all'incremento del patrimonio immobiliare ad uso abitativo attraverso l'offerta di abitazione (...) destinate prioritariamente a prima casa per: (...)g) immigrati regolari a basso reddito, residenti da almeno dieci anni nel territorio nazionale ovvero da almeno cinque anni*»; «*Ai fini del riparto del Fondo nazionale per il sostegno all'accesso alle abitazioni in locazione, di cui all'art. 11 legge 9.12.1998 n. 431, i requisiti minimi necessari per beneficiare dei contributi integrativi come definiti ai sensi del comma 4 del medesimo articolo devono prevedere per gli immigrati il possesso del certificato storico di residenza da almeno dieci anni nel territorio nazionale ovvero da almeno cinque anni nella medesima regione.*»

²⁶ Art. 11 della l. 431 del 1998.

²⁷ Delibera n. 3495 del 30 aprile 2015.

²⁸ «Fondo sostegno grave disagio economico 2015».

²⁹ Per i cittadini italiani o di uno Stato dell'Unione Europea, la delibera (art. 2 dell'allegato 1) prevedeva quale requisito solo, un ISEE non superiore a € 7000,00, oltre la residenza in Lombardia.

³⁰ Det. n. 68 del 12.05.2015.

³¹ L'azione proposta in relazione alla denunciata natura ritorsiva di un provvedimento con cui un Comune nega o revoca un beneficio assistenziale appartiene alla giurisdizione del giudice ordinario, sia nella fase cautelare e sia nella successiva fase della cognizione piena, così come

ria che vive a Milano dal 2011, a seguito di permesso di soggiorno per motivi di lavoro. La stessa avendo presentato regolare istanza, al Comune di Milano, per accedere al Fondo in argomento, ma essendo priva di entrambi i requisiti, non ha ricevuto alcun contributo.

Il Tribunale con ordinanza³² ha rigettato il ricorso, ritenendo infondata sia la domanda e sia la presunta discriminazione, statuendo sulla legittimità della disparità dei requisiti richiesti a cittadini italiani e stranieri per l'accesso al fondo affitto.

Nel dettaglio, il giudice di merito ha ritenuto ragionevolmente correlato la finalità del contributo in argomento, con il requisito della residenza sul territorio nazionale da un lato, e dall'altro con una regolare ancorché saltuaria attività lavorativa, citando a conforto una pronuncia della Corte costituzionale³³.

La Corte d'Appello di Milano ha invece, ritenuto che il requisito riguardante lo svolgimento di una regolare attività lavorativa, anche se non continuativa è da ritenersi illegittimo, in quanto contemplato in una norma di rango secondario. Infatti, tale elemento è stato introdotto dalla pubblica amministrazione, nello specifico, è stata la Regione (Giunta regionale) ad introdurre un requisito non contemplato nel TUIM, di conseguenza, si pone in contrasto con norma di rango primario³⁴.

L'attenzione del giudice di secondo grado, si è pertanto, focalizzata sulla questione di legittimità in relazione al requisito di residenza «qualificata» dal tempo, per l'accesso al beneficio in argomento.

3. I dubbi sollevati dal giudice di merito.

Il giudice di appello si dimostra di avviso diverso, rispetto alle conclusioni del Tribunale, specie in relazione alla presunta illegittimità costituzionale, dell'art. 11, comma 13 D.L. 112/2008 nei confronti dell'art. 3 Cost..

contemplato art. 44 del D. Lgs. n. 286 del 1998, e dalla normativa comunitaria Direttiva 2000/43/CE, leggendoli in relazione all'art. 3 Cost. si comprende che il diritto a non essere discriminati è un diritto soggettivo assoluto. L'art. 28 del D. Lgs. 1 settembre 2011, n. 150 disciplina la procedura per le controversie in materia di discriminazione, n altri termini, nel caso di un atto discriminatorio posto in essere da parte della pubblica amministrazione, la giurisdizione appartiene esclusivamente al giudice ordinario poiché si verte in materia di diritti soggettivi assoluti ed i provvedimenti amministrativi discriminatori sono ritenuti essere emessi in carenza di potere, vds. Corte di Cassazione Civile, SS.UU., sentt. n. 3670 del 15.02.2011; n. 7186 del 30.03.2011.

³² Ordinanza n. 32032 del 2015.

³³ Il Tribunale ha richiamato la sentenza della Corte costituzionale n. 187 del 2010, in cui: «...la Consulta ha statuito che il legislatore ordinario ben può subordinare l'erogazione di determinate prestazioni che non siano volte a rimediare a gravi situazioni di urgenza alla circostanza che il titolo di legittimazione dello straniero al soggiorno in Italia ne dimostri il carattere non episodico e di non breve durata... (...) l'art. 3 Cost. vieta comunque discriminazioni tra cittadini, stranieri ed apolidi laddove manchi una ragionevole correlabilità tra il requisito richiesto e lo scopo perseguito dalla norma...».

³⁴ In particolare, la Corte fa riferimento all'art. 2, comma 2 e art. 40, comma 6 del TUIM.

In particolare, nell'esaminare la giurisprudenza costituzionale il giudice in argomento, evince che il requisito di lungo residenza è stato dichiarato illegittimo, ogni qualvolta, la previsione di tale elemento indipendentemente dalla natura essenziale o meno della prestazione³⁵, non corrisponda ai principi di ragionevolezza.

Tale principio non può essere disatteso, se non con adeguata e calibrata motivazione, in altri termini: "... le scelte connesse alla individuazione dei beneficiari... (...) debbono essere operate sempre e comunque in ossequio al principio di ragionevolezza"³⁶, questo enuncia il giudice costituzionale.

I dubbi che solleva il giudice di secondo grado sono legati al fatto che la previsione di una «*residenza o dimora stabile*» prevista per un periodo minimo di tempo mal si concilia con situazioni di bisogno e/o di disagio economico, che di fatto limitano e compromettono la dignità della persona in quanto tale.

Il tempo non può essere in termini assoluti il solo discriminante, ovvero il semplice elemento temporale tra chi risiede da cinque/dieci anni rispetto a chi vi risiede/dimora da un tempo inferiore, non può far attribuire automaticamente uno stato di difficoltà e/o disagio economico di importanza maggiore rispetto a chi risiede da meno anni, ai fini della tutela dei propri diritti fondamentali.

I contributi contemplati dalla normativa hanno l'obiettivo di fornire un supporto necessario allo straniero per accedere ad un livello minimo essenziale per lo sviluppo della persona umana.

Se la finalità del legislatore nazionale è sostenere lo straniero in difficoltà, in ossequio a quanto dettato dall'art. 3 della Costituzione, che vieta un trattamento diverso, tra situazioni uguali, ad avviso della Corte d'appello, ricorrono i presupposti³⁷ per adire il Giudice delle leggi.

Nel caso in specie, il trattamento differente si verifica tra stranieri, che solo per un periodo di residenza disuguale, si ritrovano ad essere trattati in maniera difforme, senza una giusta e circostanziata ragione, che permetta di comprendere il discriminante che giustifichi, l'erogazione del contributo allo straniero X, che risiede da cinque anni e negarlo a quello Y che risiede da quattro anni, entrambi nella medesima regione.

La discriminazione si palesa, oltre che per il tempo legato alla residenza, ancor di più, a modesto avviso di chi scrive, in quanto rispetto al cittadino italiano si richiede un ulteriore requisito che è il dover dimostrare il possesso di un rapporto di lavoro subordinato o autonomo di natura non occasionale. Tale elemento si manifesta illogico e/o pregiudizievole per lo straniero, il quale in ristrettezza economica è facilmente moroso, imporgli l'ulteriore pretesa di essere titolare di un rapporto di lavoro, significa vanificare l'obiettivo

³⁵ Ord. n. R.G. 1444 del 2015 Corte di Appello di Milano, Sez. Lav. p. 52.

³⁶ V. sent. della Corte cost. n. 2 del 2013.

³⁷ V. artt. 137 Cost e l. n. 87 del 1953.

assistenziale che la delibera regionale e ancor prima la legge intendono raggiungere cioè garantire una misura di sostegno a chi è in situazione di disagio.

4. La Corte costituzionale tra il bilanciamento del principio di eguaglianza, di non discriminazione e il concetto di «residenza qualificata».

Il Giudice delle leggi ha avuto già modo di affrontare il tema della «residenza qualificata»³⁸ o «residenza prolungata»³⁹, ovvero considerare la durata di un dato lasso di tempo una caratterizzazione necessaria della nozione di residenza.

Utilizzo effettuato da parte del legislatore sia nazionale e sia regionale per calibrare l'accesso a prestazioni e/o benefici di natura patrimoniale, erogati a coloro che risiedono sul territorio.

I temi a cui la Corte ha fatto riferimento nell'approcciarsi all'argomento sono rappresentati da una parte, dal principio di eguaglianza⁴⁰ da cui scaturisce, in quanto metodo per giudicare le situazioni uguali e differenti, il principio di ragionevolezza⁴¹, dall'altra parte, dalla tutela dei diritti inviolabili.

In effetti, la finalità dalla normativa in argomento, è quella di fornire un supporto necessario allo straniero per accedere ad un livello minimo essenziale per lo sviluppo della persona umana.

Gli aspetti che vengono in evidenza sono diversi, per meglio comprendere l'orientamento giurisprudenziale bisogna effettuare un'analisi delle pronunce della Corte costituzionale.

Una pronuncia interessante più volte citata è la n. 432 del 2005⁴², in quanto seppur l'oggetto del contendere non era la «residenza qualificata», si specifica che «... la residenza ... appare un criterio non irragionevole per l'attri-

³⁸ Su tale aspetto v. E. MONTICELLI, *La giurisprudenza costituzionale italiana in materia di residenza qualificata e accesso al welfare regionale*, in www.osservatorioaic.it, 20.07.2016; A. IURATO, *La ragionevolezza dei limiti al riconoscimento dei diritti sociali in favore degli stranieri: una questione ancora aperta*, www.federalismi.it, 2015, p. 14 e ss. D. FIUMICELLI, *L'integrazione degli stranieri extracomunitari alla luce delle più recenti decisioni della Corte costituzionali*, in www.federalismi.it, 11.09.2013.p. 8 e ss..

³⁹ Su tale concetto v. C. CORSI, *Stranieri, diritti sociali e principio di eguaglianza nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in www.federalismi.it, 2014, p. 19 e ss..

⁴⁰ Ne effettua un'attenta e puntuale disamina del principio di eguaglianza in relazione all'accesso ai diritti sociali da parte degli stranieri, C. CORSI, *Stranieri, diritti sociali e principio di eguaglianza nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, cit. p. 2 e ss M. IMMORDINO, *Pubbliche amministrazioni e tutela dei diritti fondamentali degli immigrati*, in www.federalismi.it, 2014, p. 9 e ss..

⁴¹ Cfr. F. MODUGNO, *La ragionevolezza nella giustizia costituzionale*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2007.

⁴² La sent. n. 432 del 2005 ha statuito l'illegittimità costituzionale dell'art. 8, comma 2, della legge regionale lombarda del 12.01.2002, n. 1, "Interventi per lo sviluppo del trasporto pubblico regionale e locale", nella parte in cui non includeva gli stranieri residenti nella Regione Lombardia fra gli aventi il diritto alla circolazione gratuita sui servizi di trasporto pubblico di linea riconosciuto alle persone totalmente invalide per cause civili.

buzione del beneficio...», a differenza della cittadinanza che appare ulteriore, ed incoerente, laddove si dibatta di una provvidenza, finalizzata socialmente e ancorata a valori di solidarietà per le particolari condizioni dei beneficiari.

Il Giudice delle leggi ribadisce quanto sopra detto, in occasione della pronuncia di un'ordinanza la n. 32 del 2008⁴³, il requisito della «residenza continuativa» ai fini dell'assegnazione degli alloggi di edilizia residenziale pubblica, risulta ragionevole quando è in coerenza con gli obiettivi che il legislatore vuole perseguire⁴⁴, perché si realizzi un equilibrato bilanciamento tra i valori costituzionali in campo⁴⁵.

Un ulteriore decisione in tal senso, è riscontrabile nella sentenza n. 61 del 2011⁴⁶, in cui si riafferma il concetto che: «...al legislatore italiano sia consentito subordinare l'erogazione di determinate prestazioni, non dirette a rimediare a gravi situazioni di urgenza, alla circostanza che il titolo di legittimazione dello straniero al soggiorno nel territorio dello Stato ne dimostri il carattere non episodico e di non breve durata...»⁴⁷.

Quanto sopra esposto sembrerebbe fornire un'interpretazione che legittima la «residenza continuativa», al fine di ottenere un beneficio.

In realtà, non è così lineare la giurisprudenza costituzionale, infatti, esaminando altre pronunce, si nota che il requisito della residenza chiesto dalla Regione Valle d'Aosta, è stato ritenuto sproporzionato, irragionevole e discriminatorio laddove si chiedeva una permanenza di ben otto anni⁴⁸.

⁴³ La Corte costituzionale con l'ordinanza n. 32 del 2008 ha statuito la manifesta inammissibilità della q.l.c. sollevata nei confronti dell'art. 3, comma 41-bis, della legge della Regione Lombardia 5.01.2000 n. 1, «*Riordino del sistema delle autonomie in Lombardia*», nella parte in cui prescrive che: «*per la presentazione della domanda per l'assegnazione di alloggi di edilizia residenziale pubblica, i richiedenti devono avere la residenza o svolgere attività lavorativa in Regione Lombardia da almeno cinque anni per il periodo immediatamente precedente alla data di presentazione della domanda.*» In dottrina cfr. C. CORSI, *Il diritto all'abitazione è ancora un diritto costituzionalmente garantito?*, cit..

⁴⁴ V. sent. cost. n. 493 del 1990.

⁴⁵ V. sent. cost. n. 393 del 2007.

⁴⁶ La sentenza prende avvio dal ricorso del Presidente del Consiglio dei ministri nei confronti di alcuni artt. della legge della Regione Campania 8.02.2010, n. 6 «*Norme per l'inclusione sociale, economica e culturale delle persone straniere presenti in Campania*». La Corte costituzionale nel dichiarare inammissibili alcune questioni di legittimità costituzionale e non fondate tutte le altre, specifica, tra l'altro, che sono leciti gli interventi che assicurino agli stranieri privi di regolare permesso di soggiorno l'accesso ai diritti fondamentali, quali lo studio e la formazione professionale, l'assistenza sociale, il lavoro, l'abitazione, la salute, senza che ciò confligga con le competenze statali in tema di immigrazione, e risulta legittima l'equiparazione delle persone straniere regolarmente soggiornanti ai cittadini italiani ai fini delle fruizioni delle provvidenze e delle prestazioni, anche economiche, erogate dalle regioni.

⁴⁷ V. sent. n. 61 del 2011 in considerato in diritto n. 7.1

⁴⁸ La sentenza prende avvio dal ricorso del Presidente del Consiglio dei ministri nei confronti di alcuni artt. della legge della Regione Campania 8.02.2010, n. 6 «*Norme per l'inclusione sociale, economica e culturale delle persone straniere presenti in Campania*». La Corte

I casi riguardano anche altri enti autonomi: il Friuli Venezia Giulia e le provincie autonome di Bolzano e di Trento, in cui sono state emanate leggi in cui è stata richiesta la residenza prolungata per gli extracomunitari, per l'ottenimento di determinate provvidenze, le disposizioni sono state impugnate dal Governo.

La Corte costituzionale investita delle questioni, nel 2013 con quattro sentenze⁴⁹ dichiara l'illegittimità costituzionale delle norme.

Nel dettaglio, statuisce che: «è costituzionalmente illegittimo subordinare l'erogazione dell'«assegno regionale al nucleo familiare per i figli ed equiparati», nei confronti dei soli stranieri, alla residenza nella regione o nella Provincia autonoma per un certo periodo di tempo»⁵⁰, inoltre, «non è evidentemente possibile presumere, in termini assoluti, che gli stranieri immigrati nella provincia da meno di cinque anni, ma pur sempre ivi stabilmente residenti o dimoranti, versino in stato di bisogno minore rispetto a chi vi risiede o dimora da più anni»⁵¹, nel medesimo tenore si esprime nell'affer-

costituzionale nel dichiarare inammissibili alcune questioni di legittimità costituzionale e non fondate tutte le altre, specifica, tra l'altro, che sono leciti gli interventi che assicurino agli stranieri privi di regolare permesso di soggiorno l'accesso ai diritti fondamentali, quali lo studio e la formazione professionale, l'assistenza sociale, il lavoro, l'abitazione, la salute, senza che ciò confligga con le competenze statali in tema di immigrazione, e risulta legittima l'equiparazione delle persone straniere regolarmente soggiornanti ai cittadini italiani ai fini delle fruizioni delle provvidenze e delle prestazioni, anche economiche, erogate dalle regioni.

⁴⁹ Le sent. a cui si fa riferimento, sono rispettivamente: nn. 2; 133; 172; 222 del 2013.

⁵⁰ Sent. n. 133 del 2013. Il giudizio di legittimità costituzionale ha avuto ad oggetto gli articoli 3, comma 3, e 7, commi 1 e 2, della legge della Regione autonoma Trentino-Alto Adige/Südtirol 14 dicembre 2011, n. 8 «*Disposizioni per la formazione del bilancio annuale 2012 e pluriennale 2012-2014 della Regione autonoma Trentino-Alto Adige/Südtirol*» – Legge finanziaria, promosso dal Presidente del Consiglio dei ministri. Ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'articolo 3, comma 1, secondo periodo, della legge della Regione autonoma Trentino-Alto Adige/Südtirol 18 febbraio 2005, n. 1 «*Pacchetto famiglia e previdenza sociale*», come modificato dall'articolo 3, comma 3, della legge regionale 14 dicembre 2011, n. 8 «*Disposizioni per la formazione del bilancio annuale 2012 e pluriennale 2012-2014 della Regione autonoma Trentino-Alto Adige/Südtirol*» – Legge finanziaria, limitatamente alle parole «da almeno cinque anni». La Corte ne ha dichiarata l'illegittimità costituzionale sui periodi minimi di permanenza richiesti per accedere a determinate provvidenze.

⁵¹ Sent. n. 2 del 2013, considerato in diritto 3, 3.1. Tale giudizio di legittimità costituzionale ha avuto ad oggetto gli articoli 1, comma 3, lettera g), secondo periodo, ultima parte; 6, commi 3, lettera c), e 6; 10, comma 2; 12, comma 4; 13, comma 3; 14, commi 3 e 5; 16, commi 2, 3 e 4, della legge della Provincia autonoma di Bolzano 28 ottobre 2011, n. 12 «*Integrazione delle cittadine e dei cittadini stranieri*», promosso dal Presidente del Consiglio dei ministri. La Corte ne ha dichiarata l'illegittimità costituzionale sui periodi minimi di permanenza richiesti per accedere a determinate provvidenze. Tra l'altro, era stata introdotta una distinzione tra cittadini italiani e stranieri extracomunitari ai fini dell'erogazione dell'assegno regionale per il nucleo familiare, si chiedeva una residenza di cinque anni in Regione. Cfr. D. FIUMICELLI, *L'integrazione degli stranieri extracomunitari alla luce delle più recenti decisioni della Corte costituzionali*, in www.federalismi.it, 11.09.2013.p. 5 e ss..

mare che : «Il requisito della residenza protratta per un predeterminato e significativo periodo minimo di tempo è privo di ragionevole correlazione con le situazioni di bisogno e di disagio, riferibili direttamente alla persona in quanto tale, che in linea astratta ben possono connotare la domanda di accesso al sistema di protezione sociale»⁵², in effetti «quello della residenza costituisce un criterio non irragionevole per l'attribuzione di una prestazione sociale, tuttavia l'introduzione di regimi differenziati è consentita solo in presenza di una causa normativa non palesemente irrazionale o arbitraria, che sia cioè giustificata da una ragionevole correlazione tra la condizione cui è subordinata l'attribuzione del beneficio e gli altri peculiari requisiti che ne condizionano il riconoscimento e ne definiscono la *ratio*»⁵³

In altri termini, quello che si evince è un'attenzione particolare, da parte del Giudice delle leggi verso: «Valori costituzionali di essenziale risalto, quali la salvaguardia della salute, le esigenze di solidarietà...(…) provvidenze destinate al sostentamento della persona nonché alla salvaguardia di condizioni di vita accettabili (...) qualsiasi discriminazione fra cittadini e stranieri legalmente soggiornanti nel territorio dello Stato, fondato su requisiti diversi da quelli previsti per la generalità dei soggetti, finisce per risultare in contrasto con il principio di non discriminazione ...»⁵⁴. Inoltre, «costituisce una irragionevole

⁵² Sent. n. 222 del 2013. Considerato in diritto n. 6. Il giudizio di legittimità costituzionale ha avuto ad oggetto gli articoli 2, 3, 5, 6, comma 1, 7, 8, comma 2, e 9 della legge della Regione autonoma Friuli-Venezia Giulia 30 novembre 2011, n. 16 “*Disposizioni di modifica della normativa regionale in materia di accesso alle prestazioni sociali e di personale*”, promosso dal Presidente del Consiglio dei ministri, dichiarando l'illegittimità costituzionale del periodo di residenza minimo richiesto, per l'accesso a prestazioni sociali. In dottrina, cfr. D. MONEGO, *La “dimensione regionale” nell'accesso alle provvidenze sociali*, in www.forumcostituzionale.it, 31.03.2014.

⁵³ Sent. n. 172 del 2013. Considerato in diritto n. 3. Tale giudizio di legittimità costituzionale dell'articolo 9, comma 1, della legge della Provincia autonoma di Trento 24 luglio 2012, n. 15 “*Tutela delle persone non autosufficienti e delle loro famiglie e modificazioni delle leggi provinciali 3 agosto 2010, n. 19, e 29 agosto 1983, n. 29, in materia sanitaria*”, promosso dal Presidente del Consiglio dei ministri, il Giudice delle leggi ha statuito l'illegittimità costituzionale poiché era stata chiesta la residenza triennale nel territorio della Provincia ai fini dell'accesso a un “assegnio di cura” a favore delle persone non autosufficienti, criterio dichiarato in contrasto con i principi di eguaglianza e ragionevolezza.

⁵⁴ Sent. n. 22 del 2015, considerato in diritto n. 4. Nel dettaglio il giudizio di legittimità costituzionale ha a oggetto: l'art. 80, comma 19, della legge 23 dicembre 2000, n. 388 “*Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato*” – legge finanziaria 2001, in combinato disposto con l'art. 9, comma 1, del decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286 “*Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero*”, come modificato dall'art. 9, comma 1, della legge 30 luglio 2002, n. 189 “*Modifica alla normativa in materia di immigrazione e di asilo*”, poi sostituito dall'art. 1, comma 1, lettera a), del decreto legislativo 8 gennaio 2007, n. 3 “*Attuazione della direttiva 2003/109/CE relativa allo status di cittadini di Paesi terzi soggiornanti di lungo periodo*”, promosso dalla Corte d'appello di Bologna con ordinanza del 20 settembre 2012 e nel giudizio di legittimità costituzionale del predetto art. 80, comma 19, della legge 23 dicembre 2000, n. 388 “*Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato*” – leg-

discriminazione applicare criteri meramente estrinseci o formali ai fini della concessione di una pensione di invalidità civile, erogabile in presenza di condizioni reddituali limitate, volta a soddisfare bisogni primari delle persone»⁵⁵.

Analizzando le decisioni citate si evince un'apertura della Corte costituzionale nel contrasto al fenomeno di povertà e di disagio sociale, attraverso il riconoscimento di prestazioni e benefici economici che permettano il soddisfacimento dei bisogni primari.

«Provvidenze volte al sostegno delle persone in stato di bisogno e di disagio non tollerano distinzioni basate sulla cittadinanza o su particolari tipologie di residenza»⁵⁶.

ge finanziaria 2001, promosso dalla Corte di cassazione con ordinanza del 20 maggio 2014, iscritte rispettivamente al n. 4 del registro ordinanze 2013 e al n. 148 del registro ordinanze 2014. La Corte costituzionale ha dichiarato: 1) l'illegittimità costituzionale dell'art. 80, comma 19, della legge 23 dicembre 2000, n. 388 "*Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato*" – legge finanziaria 2001, nella parte in cui subordina al requisito della titolarità della carta di soggiorno la concessione agli stranieri legalmente soggiornanti nel territorio dello Stato della pensione di cui all'art. 8 della legge 10 febbraio 1962, n. 66 "*Nuove disposizioni relative all'Opera nazionale per i ciechi civili*" e dell'indennità di cui all'art. 3, comma 1, della legge 21 novembre 1988, n. 508 "*Norme integrative in materia di assistenza economica agli invalidi civili, ai ciechi civili ed ai sordomuti*"; 2) la manifesta inammissibilità della questione di legittimità costituzionale sollevata dalla Corte di cassazione con l'ordinanza in epigrafe. Per un commento cfr. A. CIERVO, *La sentenza n. 22/2015 della Corte costituzionale in materia di prestazioni assistenziali a favore degli stranieri extracomunitari. Cronaca di una dichiarazione di incostituzionalità annunciata*, in www.federalismi.it, 2/2015; A. IURATO, *La ragionevolezza dei limiti al riconoscimento dei diritti sociali in favore degli stranieri: una questione ancora aperta*, www.federalismi.it, 3/2015.

⁵⁵ Sent. n. 230 del 2015. Nello specifico il giudizio di legittimità costituzionale ha avuto ad oggetto l'art. 80, comma 19, della legge 23 dicembre 2000, n. 388 "*Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato*" – legge finanziaria 2001, promosso dal Tribunale ordinario di Milano, in funzione di giudice del lavoro, nel procedimento vertente tra J.D.P. e l'Istituto nazionale della previdenza sociale (INPS), con ordinanza del 12 dicembre 2014. La Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 80, comma 19, della legge 23 dicembre 2000, n. 388 "*Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato*" – legge finanziaria 2001, nella parte in cui subordina al requisito della titolarità della carta di soggiorno la concessione agli stranieri legalmente soggiornanti nel territorio dello Stato della pensione di invalidità civile per sordi e della indennità di comunicazione.

⁵⁶ Sent. n. 40 del 2011, considerato in diritto n. 5. Nel dettaglio, la Corte costituzionale nel giudizio di legittimità costituzionale avente ad oggetto l'art. 9, commi 51, 52 e 53, della legge della Regione Friuli-Venezia Giulia 30 dicembre 2009, n. 24 "*Disposizioni per la formazione del bilancio pluriennale e annuale della Regione*" - Legge finanziaria 2010, modificativi dell'art. 4 della legge della Regione Friuli-Venezia Giulia 31 marzo 2006, n. 6 "*Sistema integrato di interventi e servizi per la promozione e la tutela dei diritti di cittadinanza sociale*", promosso dal Presidente del Consiglio dei ministri, il giudice delle leggi ha dichiarato l'illegittimità costituzionale nella parte in cui subordinava l'accesso al sistema integrato di interventi e servizi sociali della Regione Friuli-Venezia Giulia ai cittadini extracomunitari in quanto tali, in aggiunta ai cittadini europei non residenti da almeno trentasei mesi, cfr. D. FIUMICELLI, *L'integrazione degli stranieri extracomunitari alla luce delle più recenti decisioni della Corte costituzionali*, p. 16 e ss.

In altri termini, *prima facie* sembra che l'orientamento della Corte abbia subito una modifica rispetto a qualche anno fa, la «residenza prolungata» rappresenta un requisito che confligge con la *ratio* della norma, dando vita ad una discriminazione nei confronti di tutti coloro che non l'hanno maturata, viene lesa il principio di eguaglianza, perché apparentemente la norma si è rivolge a tutti, in realtà differenzia i destinatari, in base a un requisito, che difficilmente gli stranieri immigrati possono possedere e/o conseguire.

Il Giudice delle leggi ribadisce comunque, che «le politiche sociali delle regioni possono prendere in considerazione un radicamento territoriale ulteriore rispetto alla sola residenza, purché contenuto entro certi limiti non palesemente arbitrari ed irragionevoli»⁵⁷

Gli aspetti che vengono in evidenza, sono due: il primo è rappresentato dal principio di ragionevolezza, che è richiamato sovente, nelle pronunce descritte, il legislatore deve dimostrare che, non effettui scelte discriminatorie e arbitrarie; il secondo è definire quali sono i bisogni primari inerenti alla sfera di tutela della persona umana. Quest'ultimi rappresentano il *discrimen* su cui operare, la distinzione tra un «nucleo essenziale»⁵⁸ e tra ciò che non lo è, tra quello che eccede il soddisfacimento dei bisogni primari (diritto: alla salute, al lavoro, all'assistenza sociale, all'istruzione, all'abitazione)⁵⁹ che può essere «discriminato» ragionevolmente e quello che invece, è fondamentale per il godimento dei diritti inviolabili.

Non vi sono interpretazioni univoche⁶⁰, nel definire i bisogni primari della persona, né vi sono precisazioni lapidarie, resta di volta in volta al legislatore, al giudice, allo studioso⁶¹ tracciare l'essenzialità del bisogno ai fini del soddisfacimento del diritto fondamentale.

⁵⁷ V. sent. n. 222 del 2013, considerato in diritto n. 8.

⁵⁸ Si discute anche di «nucleo forte» o «nucleo duro» «nucleo irriducibile», per indicare l'insieme dei diritti inviolabili e irrinunciabili in capo a ciascun individuo in quanto persona. il principio di uguaglianza formale. In dottrina cfr. A. ALGOSTINO, *I diritti fondamentali alla prova: migranti e beni vitali*, Relazione tenuta in occasione del Convegno sul tema «Cos'è un diritto fondamentale?», tenutosi nei giorni 10 e 11 giugno 2016, n. www.gruppodipisa.it, p. 7-10; E. MONTICELLI, *La giurisprudenza costituzionale italiana in materia di residenza qualificata e accesso al welfare regionale*, in www.osservatorioaic.it, 20.07.2016, p. 7; M. IMMORDINO, *Pubbliche amministrazioni e tutela dei diritti fondamentali degli immigrati*, in www.federalismi.it, 2014, p. 19-26.

⁵⁹ Rappresentano bisogni fondamentali della persona umana, pertanto sono diritti sociali sostanziali e di prima generazione, cfr. M. IMMORDINO, *Pubbliche amministrazioni e tutela dei diritti fondamentali degli immigrati*, cit. p. 16-33.

⁶⁰ Cfr. C. CORSI, *Stranieri, diritti sociali e principio di eguaglianza nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, cit., p. 27. M. IMMORDINO, *Pubbliche amministrazioni e tutela dei diritti fondamentali degli immigrati*, cit., pp. 33-39.

⁶¹ Un valido approccio al tema è rinvenibile V. BALDINI, *La classificazione dei diritti fondamentali. Profili storico-teorico-positivi* cit: p. 14-19.

Valutazioni difficili e sfuggevoli, si pensi alle prestazioni sociali legate alla maternità il c.d. «*bonus bebè*»⁶², oppure alla c.d. «*social card*», riconosciuta a chi è in difficoltà economica, ebbene, gli unici requisiti richiesti sono la cittadinanza italiana, europea o la titolarità del permesso di soggiorno UE per soggiornanti di lungo periodo. Tali casi comunque presentano profili di eventuale illegittimità⁶³, nella considerazione che possono apparire discriminatori i titoli richiesti, poiché legati ad un tempo sia esso carta di soggiorno e/o sia residenza prolungata⁶⁴, in quanto il Giudice delle leggi ha comunque statuito⁶⁵ che seppur si è in presenza di prestazioni di natura economica eccedenti quelle essenziali, le scelte devono comunque avvenire in un'ottica di ragionevolezza nell'individuazione dei beneficiari.

5. Considerazioni conclusive

La Corte costituzionale nel corso del tempo ha ampliato l'elenco dei diritti dell'uomo, per un'accresciuta sensibilità multilivello⁶⁶, indotta dal nostro ordinamento ma anche dall'adesione a trattati e organizzazioni sovranazionali e internazionali, si pensi all'Unione Europea (UE) e all'Organizzazione delle Nazioni Unite (ONU).

La società multiculturale ha imposto una nuova visione degli stranieri, in quanto persone, titolari di diritti sociali fondamentali⁶⁷, che non possono

⁶² Si verte in materia di sicurezza sociale, il c.d. «*bonus bebè*» è stato fatto oggetto di varie iniziative, a tempo determinato, assunte dal legislatore nazionale e regionale.

⁶³ In merito al «*bonus bebè*», la sezione lavoro del Tribunale di Bergamo, con due distinte ordinanze ha investito la Corte costituzionale di questioni di legittimità in relazione, all'art. 74 del Testo unico delle disposizioni legislative in materia di tutela e sostegno della maternità e della paternità (d.lgs. n. 151/2001), nella parte in cui prevede la corresponsione di un assegno di maternità di base per ogni figlio o minore in affidamento preadottivo o in adozione, alle donne residenti in Italia se cittadine italiane o europee, oppure titolari di permesso di soggiorno UE per soggiornanti di lungo periodo, in dottrina cfr. A. PITINO, *L'accesso delle donne straniere all'assegno di maternità di base ex art. 74 del d. lgs. n. 151/2001: impossibile differenziare (in base al titolo di soggiorno) senza discriminare?* in www.osservatorioaic.it, 02.07.2016.

⁶⁴ Cfr. A. IURATO, *La ragionevolezza dei limiti al riconoscimento dei diritti sociali in favore degli stranieri: una questione ancora aperta*, cit., p. 16-17.

⁶⁵ Sent. n. 2 del 2013 Considerato in diritto n. 3.1. «*Non rilevano ... le circostanze ... che il requisito in questione sia previsto in rapporto a prestazioni di natura economica eccedenti quelle essenziali e che la sua introduzione risponda ad esigenze di risparmio... Tanto l'una che l'altra circostanza non escludono, infatti, "che le scelte connesse alla individuazione dei beneficiari ... debbano essere operate sempre e comunque in ossequio al principio di ragionevolezza (sentenze n. 40 del 2011 e n. 432 del 2005)"*.

⁶⁶ Cfr. V. BALDINI, *La classificazione dei diritti fondamentali. Profili storico-teorico-positivi*, cit. 19-26.

⁶⁷ Su tale tema cfr. V. BALDINI, *La classificazione dei diritti fondamentali. Profili storico-teorico-positivi*, cit. «*l'esperienza dei diritti fondamentali risulta sempre più caratterizzata da un pluralismo di fonti di produzione di diverso livello (nazionale, sovranazionale, inter-*

essere limitati⁶⁸ «irragionevolmente», infatti «il principio di eguaglianza, pur essendo nell'art. 3 della Costituzione riferito ai cittadini, debba ritenersi esteso agli stranieri allorché si tratti della tutela dei diritti inviolabili dell'uomo, garantiti allo straniero anche in conformità dell'ordinamento internazionale»⁶⁹ la relazione prestazione sociale cittadinanza appare superato.

Questo è stato possibile grazie all'opera dei giudici rimettenti che hanno fornito la possibilità di intervenire sulla legislazione nazionale e regionale, in modo da eliminare dall'ordinamento disposizioni discriminatorie e irragionevoli.

La Corte di appello di Milano Sezione Lavoro, fornisce un'occasione al Giudice delle leggi di intervenire sul tema del diritto all'abitazione, in particolare, sull'accesso al fondo affitti, come previsto e disciplinato dalla legge nazionale.

Il contributo rappresenta una provvidenza essenziale, per pagare il canone di locazione, ottenere un alloggio, vitale per una sistemazione dignitosa. Quindi secondo quanto già affermato dalla Corte⁷⁰ rientra tra gli strumenti necessari al soddisfacimento di un bisogno primario, ovvero quello di godere di «un tetto sulla testa», ed è discriminante chiedere un requisito, quale la «residenza qualificata», nei confronti di chi versa in situazioni di disagio e malessere economico, sol perché non è cittadino e/o risiede da minor tempo.

In effetti, chiedere e/o prevedere un periodo minimo di residenza non è illogico⁷¹, anzi vale a stabilire un grado di ragionevole reciprocità tra chi è nella comunità sociale e chi invece, deve accedervi e/o integrarsi, si deve tendere ad evitare fenomeni, come il «turismo sociale»⁷², tuttavia, appare irragionevole e discriminante, a sommosso parere di chi scrive, chiedere un periodo di residenza di ben dieci anni nel territorio nazionale e da almeno cinque anni nella regione, ciò appare confliggere con la libertà di circolazione⁷³, sembra addirittura, richiamarsi, in termini differenti, il concetto di cittadinanza⁷⁴.

nazionale), oltre che da una varietà di approcci esegetici»; cfr. altresì Id., La concretizzazione dei diritti fondamentali. Tra limiti del diritto positivo e sviluppi della giurisprudenza costituzionale e di merito, Editoriale Scientifica, Napoli, 2015, spec. pp. 104 e 110; M. IMMORDINO, Pubbliche amministrazioni e tutela dei diritti fondamentali degli immigrati, cit..

⁶⁸ La crisi economica ha sicuramente inciso sull'effettività di tali diritti, cfr. A. POGGI, *Crisi economica e crisi dei diritti sociali nell'Unione europea*, in www.rivistaaic.it, 02.02.2017.

⁶⁹ V. sent. n 104 del 1969.

⁷⁰ V. Corte cost. sent. n. 217 del 1988 «*il diritto all'abitazione rientra fra i requisiti essenziali caratterizzanti la socialità cui si conforma lo Stato democratico voluto dalla Costituzione*».

⁷¹ V. sent. 222 del 2013, considerato in diritto 7, «*La Regione, in quanto ente esponenziale della comunità operante sul territorio, ben può favorire, entro i limiti della non manifesta irragionevolezza, i propri residenti ove si tratti di provvidenze a sostegno dei membri della comunità*».

⁷² Tale espressione sta a indicare la possibilità di godere di provvidenze economiche senza nessun filtro.

⁷³ Art. 120 Costituzione, per limitarsi tale diritto devono ricorrere i presupposti di cui all'art 16 e 32 della Costituzione.

⁷⁴ Cfr. L. RONCHETTI, *La cittadinanza sostanziale tra Costituzione e residenza: immigrati nelle regioni*, in www.costituzionalismo.it, 7.11.2012, la quale si sofferma sull'aspetto

In altri termini, significa circoscrivere e limitare la possibilità di avere una «pari dignità sociale»⁷⁵, il requisito temporale rappresenta la linea di demarcazione all'accesso ai diritti sociali, seppur può apparire neutro e essenziale svantaggia un determinato gruppo di persone e rappresenta un «esempio di discriminazione indiretta»⁷⁶.

Gli spunti per limitare il lasso di tempo necessario e sufficiente per aversi una «residenza qualificata», possono rivenirsi nell'art. 41 del TUIM attribuisce «agli stranieri titolari della carta di soggiorno o di permesso di soggiorno di durata non inferiore ad un anno...» l'equiparazione «ai cittadini italiani ai fini della fruizione delle provvidenze e delle prestazioni, anche economiche, di assistenza sociale».

Il contribuuto integrativo è per chi versa in una situazione di disagio e «rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale» è compito della Repubblica.

Il legislatore attraverso la «*Legge quadro per la realizzazione del sistema integrato di interventi e servizi sociali*»⁷⁷ ha attuato una politica di intervento volta a tutelare le persone e le famiglie, valorizzando i valori costituzionali riconosciuti all'individuo, anche nell'ambito della c.d. «società naturale» costituita dalla famiglia, e il requisito che richiede, sembra che sia la titolarità del permesso di soggiorno di durata non inferiore ad un anno⁷⁸.

La presenza del requisito della «residenza prolungata» è poco opportuna, laddove, non consente a chi dimora di meglio integrarsi, favorire la stabilizzazione delle famiglie significa radicarli sul territorio consentirne l'inserimento, alla luce dell'art. 2 e 3 della Cost. che forniscono le linee guida per tutelare e valorizzare la persona e la sua dignità.

Il giudice remittente ha ben richiamato tutta la giurisprudenza della Corte costituzionale sottolineando la correlazione, non arbitraria ma ragionevole che deve esistere tra la durata della residenza e le situazioni di disagio e/o bisogno riferibili alla persona. Tuttavia, ben avrebbe fatto nel richiamare un ulteriore parametro, ovvero l'art. 14 della Convenzione europea dei diritti dell'Uo-

dell'anzianità di residenza come cittadinanza sotto mentite spoglie.

⁷⁵ A.O. Cozzi, *Un piccolo puzzle: stranieri e principio di eguaglianza nel godimento delle prestazioni socio-assistenziali*, in Quad. cost., n. 3, 2010, p. 556.

⁷⁶ F. CORVAJA, *Cittadinanza e residenza qualificata nell'accesso al welfare regionale*, in Le Regioni, 2011, p. 1268.

⁷⁷ L. 8 novembre 2000 n. 328.

⁷⁸ Art. 2, l. 328 del 2000 «...hanno diritto di usufruire delle prestazioni e dei servizi del Sistema integrato di interventi e servizi sociali I cittadini italiani e, nel rispetto degli accordi internazionali, con le modalità e nei limiti definiti dalle leggi regionali, anche i cittadini di Stati appartenenti all'Unione europea ed i loro familiari, nonché gli stranieri, individuati ai sensi dell'art. 41 del testo unico di cui al decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286. Ai profughi, agli stranieri ed agli apolidi sono garantite le misure di prima assistenza, di cui all'art. 129, comma 1, lettera b) del decreto legislativo 31 marzo 1998, n. 112»

mo (Cedu)⁷⁹, che stabilisce il principio di non discriminazione, con specifico riferimento alla nazionalità, nel caso in argomento. L'esclusione degli stranieri da una prestazione di tipo socio-assistenziale, quale può considerarsi, a sommosso parere dell'autore, l'accesso al fondo affitti, che rappresenta un contributo, volto a garantire un'abitazione per se e per i propri cari, un diritto sociale fondamentale si pone in contrasto con l'art. richiamato⁸⁰ e con l'art. 2 Cost..

In definitiva, questa ennesima decisione della Corte, se sarà di accoglimento, potrà rafforzare l'auspicio, che il legislatore nazionale provveda: «ad un organica ricognizione e revisione della disciplina, ad evitare, tra l'altro, che il ripetersi di interventi necessariamente frammentari, e condizionanti dalla natura stessa del giudizio incidentale di legittimità costituzionale, possa avere riverberi negativi sul piano della tutela dell'eguaglianza sostanziale»⁸¹.

La condizione dello straniero si presenta allo stato a «tutele variabili»⁸², la speranza della Corte, ovvero, la scelta di effettuare una ricognizione da parte del legislatore su quali diritti sociali⁸³ ritenere fondamentali, e quali invece, considerare di necessità secondaria è complessa e ardua, tra l'altro deve correlarsi con l'attuale situazione economica, e con la consapevolezza che non si può rinunciare ai diritti sociali, perché è un «costo» necessario e vitale, per una comunità sociale proiettata per un futuro più equo e solidale, ma soprattutto in una prospettiva di crescita umana e culturale⁸⁴.

⁷⁹ Art. 14 Divieto di discriminazione «*Il godimento dei diritti e delle libertà riconosciuti nella presente Convenzione deve essere assicurato senza nessuna discriminazione, in particolare quelle fondate sul sesso, la razza, il colore, la lingua, la religione, le opinioni politiche o quelle di altro genere, l'origine nazionale o sociale, l'appartenenza a una minoranza nazionale, la ricchezza, la nascita od ogni altra condizione*» Tale art. unitamente all'art. 1 del Protocollo addizionale n. 1, secondo l'interpretazione della Corte di Strasburgo, impone allo Stato di «legiferare in materia di prestazioni sociali, anche non contributive, senza porre alcuna discriminazione in ragione della nazionalità delle persone».

⁸⁰ Quando risulta impossibile interpretare una norma interna in senso conforme alla CEDU, il giudice deve sollevare q.l.c. per violazione dell'art. 117, c. 1 Cost..

⁸¹ Sent. n. 230 del 2015, considerate in diritto 2.2.

⁸² V. A. ALGOSTINO, *I diritti fondamentali alla prova: migranti e beni vitali*, cit. p. 2-3.

⁸³ Ne delinea una dimensione garantista, diritti a: tutela immediata, neutri, di creazione legislativa, V. BALDINI, *La classificazione dei diritti fondamentali. Profili storico-teorico-positivi*, cit. 27-29.

⁸⁴ Un'analisi approfondita e puntuale di tali aspetti, appena accennati è rinvenibile in A. POGGI, *Crisi economica e crisi dei diritti sociali nell'Unione europea*, in www.rivistaaic.it, 02.02.2017.

L'ANTIDIRITTO DELLO STRANIERO IMMIGRATO
NELLA LEGISLAZIONE NAZIONALE SECURITARIA;
LA LEGITTIMITÀ IN BILICO
DELLA DETENZIONE AMMINISTRATIVA

di Maria Luisa Pignatelli

I flussi immigratori verso l'Italia sono in continua crescita; le coste meridionali della Penisola sono il porto di attracco di imbarcazioni di fortuna cariche di sventurati, in fuga dai Paesi di origine devastati da guerre civili, persecuzioni politiche, repressioni religiose o, più semplicemente, dalla piaga di una povertà irreversibile, presagio di morte per assoluta indigenza. Le ondate di sbarchi clandestini, improvvisi e incontrollabili, mettono a dura prova le istituzioni democratiche, facilitando decisioni di una politica immigratoria orientata alla securitarizzazione in difesa del supremo interesse dell'ordine pubblico interno¹. A farne le spese è la nostra stessa tradizione costituzionale, rinnegata ed elusa nel nucleo duro ed irrinunciabile dei suoi principi da una legislazione emergenziale che sperimenta soluzioni di amministrazione dell'immigrazione sempre meno garantiste e sempre più fallimentari, attuate con deprecabile sacrificio delle garanzie dei diritti umani degli immigrati.

Restrungendo il campo alla sola posizione dello straniero irregolare, da intendersi come un soggetto privo di cittadinanza italiana o comunitaria, giunto in Italia senza un regolare titolo di ingresso, è di preminente interesse una valutazione della conformità della normativa nazionale migratoria rispetto alle garanzie di titolarità e fruibilità di diritti che emergono dal dato costituzionale, così come integrato dalle fonti sovranazionali.

Nella gestione dell'immigrazione irregolare l'Italia, come la gran parte dei Paesi occidentali, ha da tempo sperimentato la possibilità di trattenimento coattivo dello straniero in strutture ad hoc per la predisposizione delle operazioni necessarie al rimpatrio. Nel gergo giuridico si adotta l'espressione ossimorica "detenzione amministrativa" che in sé racchiude una forte connotazione semantica: la detenzione conferisce il rigore di una ritenzione forzosa che copta la libertà di circolazione e, più oltre, la libertà personale dell'individuo; la aggettivazione "amministrativa", invece, ne individua la fonte, identificando nell'autorità amministrativa il responsabile dell'adozione del provvedimento di internamento dello straniero nei centri di accoglienza.

¹ Cfr. sul punto Corte cost., sent. n. 353/1997.

Benchè nella letteratura giuridica detta formula sia ricorsiva e persino la giurisprudenza delle più alte Corti ne faccia largo uso, ancora oggi la “detenzione amministrativa” risulta estranea al lessico del Legislatore che, scientemente, ha evitato ogni riferimento alla nozione di detenzione, troppo affine al regime carcerario, fin dalla legge istitutiva dei centri di identificazione ed espulsione, i luoghi scelti dal Ministero degli interni per attuare il “trattenimento” – si adotta qui il termine fedele al lessico legislativo - dello straniero. La scelta semantica è consapevole e non affidata al caso: lo rivela la relazione di accompagnamento alla legge istitutiva dei centri per migranti che ne sottolinea l’assoluta estraneità al sistema carcerario.²

Ad ogni buon conto, la credibilità dell’edulcorazione semantica del Legislatore deve dimostrare la propria tenuta sul campo, che va verificata sulla base dell’analisi della disciplina legislativa e delle sue concrete attuazioni.

Che nella modalità di esecuzione dell’ordine di espulsione tramite trattenimento del Questore in un centro di identificazione ed espulsione ai sensi dell’art. 14 comma 1 TuImm sia in gioco la libertà personale dello straniero e non solo la sua libertà di movimento è un’evidenza indiscutibile.

Evidenza emersa chiaramente nella giurisprudenza della Corte costituzionale fin dal lontano 2001, quando il Giudice delle leggi, pronunciandosi sulla legittimità costituzionale degli artt. 13 e 14 TuImm, ha riconosciuto espressamente l’interferenza delle citate norme con l’art. 13 della Costituzione. Afferma la Corte: “il trattenimento dello straniero presso i centri di permanenza temporanea e assistenza è misura incidente sulla libertà personale, che non può essere adottata al di fuori delle garanzie dell’articolo 13 della Costituzione”.³ Sebbene il Legislatore, assai prudentemente, eviti l’utilizzo di una terminologia riferibile al regime detentivo penale, il trattenimento dello straniero nei Cie ha significativi punti di contatto con il regime carcerario, come dimostra “il comma 7 dell’articolo 14, secondo il quale il Questore, avvalendosi della forza pubblica, adotta efficaci misure di vigilanza affinché lo straniero non si allontani indebitamente dal centro e provvede a ripristinare senza ritardo la misura ove questa venga violata”. Al di là della terminologia⁴, dunque, il regi-

² Anche nella Circolare del Ministero dell’Interno n. 599/443/227729/12/207 del 20 marzo 1998 (in *www.meltingpot.org*), istitutiva delle forze di pubblica sicurezza responsabili dei Centri per migranti, in attuazione delle novità in tema di immigrazione introdotte dalla legge Turco- Napolitano (legge n. 40/1998), si evita accuratamente l’uso del termine “detenzione”, facendo esclusivo riferimento al “trattenimento” e, per di più, si ribadisce l’antiteticità al regime carcerario sottolineando che “il trattenimento nel centro non potrà in nessun caso assimilarsi all’applicazione di una sanzione detentiva”.

Sul punto cfr. anche F. PASTORE, *Migrazioni internazionali e ordinamento giuridico*, in *Storia d’Italia. Annali*, vol. XIV, a cura di L. Violante, Torino, pp. 1033 ss.

³ Cfr. Corte costituzionale, sent. n. 105/2001, Considerato in diritto, par. 4.

⁴ Osserva il prof. Pugiotto nel corso dell’audizione al Senato il 30.07.2014: “La detenzione è una delle forme di restrizione della libertà personale elencate nell’articolo 13, comma

me detentivo previsto per il condannato e quello riserbato allo straniero determinano al pari “quella mortificazione della dignità dell'uomo che si verifica in ogni evenienza di assoggettamento fisico all'altrui potere e che è indice sicuro dell'attinenza della misura alla sfera della libertà personale”.

Dalle cennate premesse che mostrano una particolare attenzione del Giudice delle leggi verso la garanzia dei diritti fondamentali dello straniero, si giunge, tuttavia, ad una pronuncia assolutoria nei confronti dell'operato del Legislatore. Secondo la Consulta la convalida giurisdizionale del provvedimento di trattenimento del Questore da parte del Giudice di pace entro le 48 ore è sufficiente ad assicurare, unitamente alla limitazione del ricorso al trattenimento per il tempo strettamente necessario all'esecuzione dell'espulsione, la compatibilità con i limiti e le garanzie previste dall'art. 13 Cost.⁵

Il giudizio non ha trovato piena condivisione in dottrina e tutt'oggi i dubbi restano insidiosi.

“Parlare di CIE come galera amministrativa è un dato non più controverso: il trattenimento nei CIE incide nella sfera della libertà personale dello straniero”⁶. A supporto della sua tesi il prof. Pugiotto cita sapientemente due riferimenti normativi che confermano l'equiparazione dei centri di identificazione ed espulsione agli istituti penitenziari: il divieto di allontanamento e la possibilità di ricorrere alla forza pubblica per ricondurre il migrante nel perimetro del Cie.

Come noto l'art. 13, comma 2 Cost., avvalendosi dello strumentario delle riserve di legge e di giurisdizione, consente la limitazione della libertà personale dell'individuo nei soli casi e modi previsti dalla legge ed esclusivamente per atto motivato dell'autorità giudiziaria. Una sola eccezione è ammessa “nei casi straordinari di necessità ed urgenza, indicati tassativamente dalla legge” in cui l'autorità di pubblica sicurezza può adottare provvedimenti restrittivi della libertà personale a carattere temporaneo che necessitano della successiva convalida giurisdizionale entro le 48 ore dalla comunicazione, a pena di immediata cessazione di efficacia.

La normativa vigente in materia di detenzione amministrativa non sembra affatto soddisfare- benchè la Corte costituzionale sia di avviso contrario- i requisiti previsti dall'art. 13, comma 3 Cost, né sul fronte dei presupposti né su quello della tutela giurisdizionale.

Sul primo punto si osserva che il Legislatore ha rimesso alla piena e in-

2, della Costituzione: evitando quel nomen iuris, il Legislatore accredita la tesi minimalista di un trattenimento che inciderebbe solo sulla libertà di circolazione e soggiorno dello straniero, senza impattare sulla libertà personale, e sottraendo l'inedito istituto alle garanzie proprie dell'*habeas corpus*”.

⁵ Sul punto E. GIANFRANCESCO, *La disciplina sul trattenimento e sull'espulsione degli stranieri al vaglio della Corte costituzionale*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 4, 2001, pp. 2709 ss.

⁶ Cfr. A. PUGIOTTO, Audizione al Senato 30.7.2014.

condizionata discrezionalità del Questore la valutazione delle circostanze che consentano di avvalersi della procedura del trattenimento, quali il rischio di fuga, la pericolosità dello straniero, ed addirittura i casi, del tutto indipendenti dalla volontà del migrante, di impossibilità di esecuzione immediata dell'allontanamento per mancanza di mezzi o di documenti di viaggio. La valutazione di questi presupposti dovrebbe rinvenirsi nelle motivazioni contenute nei due atti amministrativi presupposti: il decreto prefettizio di espulsione e il provvedimento questorile di trattenimento, ma è notoria la pratica del ricorso a formule convenzionali assolutamente inadeguate a rappresentare le specificità del caso concreto. Nessuna norma impone una dettagliata indicazione delle prove di fatto a sostegno delle ragioni di diritto menzionate nei provvedimenti espulsivi. Il principio di tassatività della legge risulta sacrificato, così come il presupposto della straordinarietà delle circostanze; è di tutta evidenza che la detenzione amministrativa sia una modalità ordinaria di gestione della immigrazione irregolare.

L'esiguità e la continenza dell'intervento legislativo in materia di detenzione amministrativa consentono all'autorità di pubblica sicurezza di padroneggiare, insinuandosi in tutti gli aspetti non adeguatamente legificati. Ciò avviene, ad esempio, in relazione all'istituzionalizzazione dei Cie, "individuati o costituiti con decreto del Ministro dell'interno, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze"⁷, secondo una modalità che ispira forti dubbi di violazione della riserva di legge ex art. 13, comma 2 Cost., nella parte in cui affida in via esclusiva al Legislatore l'indicazione dei "modi" di limitazione della libertà personale. Parimenti la condizione dello straniero all'interno dei Cie, attenendo alla sfera della libertà personale, meriterebbe un'uniforme disciplina legislativa in luogo di un rinvio alla fonte regolamentare. Infine, anche l'individuazione del Cie di destinazione è rimessa alla incensurabile decisione del Questore, secondo il criterio del più prossimo dotato disponibilità. La conseguenza, di non poco conto, si registra sul piano della tutela giurisdizionale: dalla insindacabile scelta del Questore del luogo di trattenimento dipende l'individuazione dell'autorità giudiziaria preposta alla convalida del provvedimento, che dovrebbe, invece, risultare precostituita per legge ai sensi dell'art. 25 Cost.⁸

Ma vi è di più.

Le garanzie di attuazione del diritto di difesa nel giudizio di convalida,

⁷ Cfr. art. 14, comma 1 TuImm.

⁸ Sul punto cfr. A. PUGIOTTO, "Purchè se ne vadano". *La tutela giurisdizionale (assente o carente) nel meccanismo di allontanamento dello straniero*, cit., p. 28; T. COCCOLUTO, *L'allontanamento dal territorio dello Stato dello straniero extracomunitario*, cit., p. 804; I. GJERGJI, *Espulsione, trattenimento, disciplinamento. Il ruolo dei cpt nella gestione della forza lavoro clandestina*, in *Rivista telematica di studio sulla memoria femminile*, 5-6/2006, pp. 102- 103.

celebrato nelle forme del più agevole rito camerale⁹, sono effimere. Si tratta di un giudizio puramente formale dove la partecipazione del trattenuto, seppur prevista e richiesta dalla legge¹⁰, non è funzionale a consentire un'effettiva rappresentazione delle ragioni di fatto e di diritto ostative al trattenimento. L'immigrato viene condotto dinanzi al Giudice di pace competente, assistito da un avvocato nominato d'ufficio, generalmente individuato pochi minuti prima dell'inizio dell'udienza, assolutamente ignaro della condizione del suo assistito e del suo vissuto e per questo impossibilitato ad impostare una difesa degna dei canoni costituzionali. L'assistenza del mediatore linguistico non è sempre assicurata, vista la difficoltà di reperibilità dei professionisti; accade spesso che il giudizio si svolga senza l'ausilio dell'interprete. Il diritto di difesa risulta così compromesso anche sotto l'aspetto della comprensione linguistica, al punto che "spesso l'immigrato, durante l'udienza di convalida, non percepisce neppure la differenza tra il giudice, l'avvocato d'ufficio e gli agenti di polizia in borghese".¹¹ Il Giudice di pace si attiene alla verifica dei presupposti di legge analizzando il carteggio ricevuto dalla Questura, senza obbligo di audizione del trattenuto, condotto in aula¹² salvo rinuncia. Recen-

⁹ Si è dubitato anche dell'adeguatezza del rito camerale rispetto all'esigenza di tutela del contraddittorio in una materia così delicata come la convalida di una misura limitativa della libertà personale. A sopire i contrasti è intervenuta la Corte costituzionale, con la sent. n. 35/2002, dichiarando manifestamente infondata la questione articolata dai remittenti circa la scelta del rito: *"la scelta del procedimento camerale disciplinato dagli artt. 737 e ss. cpc quando sia prevista senza l'imposizione di specifiche limitazioni del contraddittorio, non viola di per sé il diritto di difesa, e adottarla in vista dell'esigenza di speditezza e semplificazione delle forme processuali è una scelta che solo il Legislatore, avuto riguardo agli interessi coinvolti, può compiere e che sfugge al sindacato di questa Corte salvo che non si risolva nella violazione di specifici precetti costituzionali e non sia viziata da irragionevolezza"*.

¹⁰ Anche se l'art. 14 TuImm non prescrive la necessaria partecipazione del trattenuto e del difensore all'udienza di deliberazione sulla richiesta di proroga, la Suprema Corte ha avuto modo di sottolineare come l'omissione legislativa vada colmata con l'ausilio di un'interpretazione costituzionalmente orientata della norma. In particolare si legge nella sentenza n. 4544/2010 della Corte di Cassazione, sezione civile: *"sarebbe di solare evidenza la incostituzionalità della lettura della norma sulla proroga che facesse di essa un meccanismo di controllo officioso della richiesta, al di fuori delle garanzie della difesa nel regolare contraddittorio e con possibilità di audizione dell'interessato...l'incidenza evidente di tal interpretazione sull'art. 24 Cost. si accoppierebbe ad una macroscopica disparità di trattamento ove si riservasse il pieno contraddittorio e l'adeguata difesa alla verifica delle condizioni di accesso alla misura e si affidasse al singolare colloquio cartaceo tra amministrazione e giudice di pace il controllo della permanenza e dell'aggravamento delle condizioni autorizzanti la protrazione del vincolo"*.

Cfr. anche Cass. civ., sez. I, n. 16199/2012; Cass. civ. n. 13767/2010.

In dottrina cfr. F. VASSALLO PALEOLOGO- A. BALLERINI, *Alcune proposte per chiudere i centri di detenzione per stranieri, per una nuova politica dell'immigrazione*, in www.meltingpot.org.

¹¹ Così F. VASSALLO PALEOLOGO, *I controlli giurisdizionali e le garanzie dello stato di diritto nei centri di identificazione ed espulsione*, in www.meltingpot.org.

¹² Cfr. G. SAVIO, *Controllo giurisdizionale e diritto di difesa*, cit., pp. 66-67: *"Il Giudice*

temente la Suprema Corte (sentenza n. 12609/2014) è intervenuta nel sottolineare l'importanza dell'approfondimento del sindacato demandato al Giudice di pace nella veste di giudice della convalida che non può limitarsi ad una verifica dei presupposti di legge previsti dagli artt. 13 e 14 TuImm, ma "deve essere esteso oltre che all'esistenza ed efficacia del provvedimento espulsivo anche alla verifica della sussistenza di condizioni di manifesta illegittimità del medesimo in quanto indefettibile presupposto della disposta privazione della libertà personale". Con ciò si intende che il Giudice di pace dovrà rilevare se del caso, in via incidentale, la manifesta illegittimità del provvedimento espulsivo adottato dal Prefetto in violazione di legge ovvero in mala fede.¹³

Senza considerare che un giudizio così gravoso sulla libertà individuale è rimesso ad un magistrato onorario, un non togato¹⁴, che appare non all'altezza di un garantista controllo sulla legittimità della coercizione personale provvisoria disposta dall'autorità amministrativa, dal momento che istituzionalmente il suo ruolo lo veste da conciliatore.

La scelta del Legislatore di gravare il Giudice di pace della competenza in materia di convalida ha trovato avallo della Corte già da tempo, seppure la dottrina ne disconosca l'apprezzabilità¹⁵. Il riferimento è all'ordinanza n. 109/2006 in cui la Corte afferma che l'insussistenza di un valido parallelismo tra le misure cautelari e precautelari rispetto alla misura del trattenimento nei Cie, in quanto modalità esecutiva di un provvedimento di espulsione prevista dal Legislatore, consente al Giudice di pace di decidere della convalida della misura senza sconfinare in materie penali diverse da quelle di sua competenza. Il giudizio della Corte¹⁶ ben dimostra la capacità del Giudice delle Leggi di argomentare ineccepibilmente in conformità al dettato costituzionale, senza riuscire però a dissipare i dubbi dei costituzionalisti più garantisti che vor-

si ritrova a decidere unicamente sul materiale cartaceo fornito dalla Questura dopo aver sommariamente sentito l'interessato spesso senza interprete e con un difensore d'ufficio chiamato all'ultimo momento".

¹³ Cfr. Cass. civ., sez. IV, ord. n. 12609/2014.

¹⁴ Degna di menzione l'espressione utilizzata da A. PUGIOTTO, «*Purchè se ne vadano*», cit., p. 27 che parla di un «*giudice retribuito a cottimo, secondo ritmi chapliniani e modalità semplificate*».

¹⁵ Critiche sull'affidamento della competenza in materia di convalida del trattenimento dello straniero al magistrato onorario provengono da I. GJERGJI, *Espulsione, trattenimento, disciplinamento. Il ruolo dei cpt nella gestione della forza lavoro clandestina*, cit., p. 101; A. PUGIOTTO, «*Purchè se ne vadano*», cit.; A. CAPUTO- L. PEPINO, Giudice di pace, riserva di giurisdizione e libertà, in *Questione giustizia*, n. 1, 2005, *passim*.

¹⁶ Anche nella sentenza n. 35/2002 la Corte costituzionale ha avuto modo di occuparsi della competenza del Giudice di pace nel procedimento di convalida, esaltandone i suoi poteri istruttori che gli consentono di verificare sul campo «*la reale sussistenza degli impedimenti adottati dall'autorità di polizia ad una immediata esecuzione dell'accompagnamento alla frontiera ed accertare se ricorrano ipotesi di divieto di espulsione*», così assicurando la garanzia del diritto di difesa.

rebbero veder assegnato il sindacato sulla convalida dei provvedimenti adottati nei confronti degli stranieri alla magistratura professionale e riposta nelle mani del Giudice (togato) la decisione in ordine alla durata del trattenimento.

Le censure evidenziate non hanno mai trovato accoglimento dinanzi al Giudice delle leggi che si è sempre mostrato pienamente assolutorio nei confronti del sistema prescelto dal Legislatore, spingendosi fino al punto di ritenere del tutto lecita la modulazione dell'esercizio di diritto di difesa in relazione al tipo di rito prescelto, purchè ciò non si risolva in una totale compromissione capace di annientare il nucleo irriducibile. A parere della Corte le regole procedurali stabilite dal Legislatore sono idonee a garantire, in relazione al tipo di procedimento prescelto, il concreto esercizio del diritto di difesa, che si sostanzia nella possibilità per lo straniero, "fin dall'inizio del trattenimento nel centro, di ricevere visitatori provenienti dall'esterno e in particolare il difensore che abbia eventualmente scelto ed essendogli altresì garantita libertà di corrispondenza, anche telefonica", oltre che nella nomina d'ufficio di un difensore, obbligato a presenziare all'udienza dove può, al più tardi, acquisire elementi utili alla difesa.¹⁷

E se da un lato le parole del Giudice delle Leggi ci rassicurano sulla legittimità del trattenimento dello straniero e delle sue modalità esecutive, dall'altro non riescono a placare l'urlo di libertà dei trattenuti avidi di diritti.

¹⁷ Cfr. Corte costituzionale, ordinanza n. 385/2001.

RELAZIONI DI SINTESI
DEI GRUPPI DI LAVORO

LA “FONDAMENTALITÀ” DEI DIRITTI TRA GIUDICI E LEGISLATORE¹

di Giacomo D’Amico

SOMMARIO: 1. Considerazioni preliminari. – 2. Il senso della fundamentalità. – 3. Il processo di “riconoscimento” di un nuovo diritto fondamentale. – 4. Il terreno di emersione dei diritti fondamentali. – 5. Le modalità di emersione dei nuovi diritti fondamentali. – 6. Considerazioni conclusive. Il riconoscimento dei nuovi diritti come elemento di legittimazione delle stesse Corti.

1. Considerazioni preliminari

Innanzitutto è per me doveroso ringraziare il Direttivo del Gruppo di Pisa e il suo Presidente per avermi dato questa opportunità, dopo che lo scorso anno ero stato costretto a rinunciare a svolgere la relazione di sintesi di una sessione per un impegno molto piacevole, la nascita di mia figlia. Ringrazio, inoltre, gli organizzatori di questo Convegno, cioè i costituzionalisti dell’Università di Cassino per la gentile ospitalità. Devo, sempre in via preliminare, fare i complimenti a tutti i relatori e a coloro che sono intervenuti in questo Convegno per gli eccellenti contributi che hanno offerto al dibattito e per gli stimoli e le suggestioni che da questi lavori sono venuti. L’elevato livello delle relazioni presentate conferma, se ce ne fosse bisogno, la bontà della formula che, ormai da qualche anno, è utilizzata nei Convegni del Gruppo di Pisa, sia per quanto riguarda l’articolazione in atelier sia per quanto concerne il lungo processo di avvicinamento al convegno che vede coinvolti tutti i relatori e il direttivo.

Chiedersi cosa sia un diritto fondamentale oggi è davvero per i costituzionalisti la domanda delle domande, la madre di tutte le domande. Non meno complicato è poi discutere dei «diritti fondamentali nelle Corti», anche perché, come ci ricordava Antonino Spadaro, i diritti sono, oggi, in gran parte di matrice giurisprudenziale. Nel dibattito dottrinale si sprecano ormai le formule problematiche, come quelle di «diritti in subbuglio», «diritti in crisi», «diritti in azione», «diritti contesi», «diritti negati» ecc.

Da questo punto di vista mi pare esemplare la ricostruzione svolta da Elettra Stradella² che ha enucleato una serie di indicatori (o, per meglio dire, di

¹ Relazione di sintesi della sessione su *I diritti fondamentali nelle Corti*, nel Convegno annuale dell’Associazione «Gruppo di Pisa» su «Cos’è un diritto fondamentale?», Cassino, 10-11 giugno 2016.

² E. STRADELLA, *I diritti fondamentali nelle Corti*, relazione nella I sessione del presente

elementi indiziari) della fundamentalità di un diritto, pur con la precisazione che non sempre è facilmente individuabile se si tratti di cause o di effetti della natura fondamentale del diritto. Dal canto suo, Marco Dani³ ci ha offerto una visione pessimistica della sorte dei diritti fondamentali alla luce delle politiche di incriminazione penale, parlando di «diritti fondamentali senza illusioni». Infatti, quel fenomeno che va sotto il nome di «populismo penale» sembra segnare in maniera fortemente restrittiva il destino della libertà personale, oltre che delle altre libertà fondamentali. Ma della relazione di Marco Dani colpisce, ancor di più, il giudizio negativo dato al sindacato di costituzionalità svolto su queste leggi dalla Corte costituzionale. Come ho già avuto modo di rilevare in quel processo di avvicinamento a questo convegno di cui dicevo prima, non sempre questo giudizio negativo è meritato, specie quando oggetto delle questioni di legittimità costituzionale sono norme rispetto alle quali un intervento caducatorio della Corte determinerebbe effetti, a loro volta, incostituzionali (si pensi per tutti alla sent. 22 del 2007 e all'estrema difficoltà di annullare le norme che fissano il minimo e il massimo edittale di un reato).

Fatta, però, questa eccezione, la valutazione data da Marco Dani non può non essere condivisa; in particolare, della sua ricostruzione mi pare particolarmente significativo l'utilizzo di alcune espressioni, come «simbolismo penale» o «i soliti sospetti», per alludere a politiche criminali guidate da una sorta di «pregiudizio giustizialista». Siffatte politiche contraddicono la loro stessa ragion d'essere, non assicurando un'equilibrata ponderazione degli interessi in gioco, alla luce del principio di offensività, come ieri pomeriggio ha sottolineato Sandro Staiano. Tutto ciò si traduce, sempre secondo Staiano, nella «ridondanza e nella pervasività della giurisdizione».

La relazione di Marco Dani è stata poi integrata, se così possiamo dire, dall'intervento di Francesca Biondi Dal Monte, la quale ha posto l'accento sulle politiche di esecuzione della pena o penitenziarie, evidenziando come la tendenza al populismo penale emerga anche in questo contesto, specie se si prendono in esame: la composizione della popolazione carceraria; il principio della finalità rieducativa della pena e la sua insufficiente realizzazione; l'accesso alle misure alternative alla detenzione e, soprattutto, la condizione del trattenimento negli istituti di pena.

In generale, le due relazioni della I sessione – ma direi tutte le relazioni – si sono preoccupate di non perdere mai di vista la domanda che dà il titolo al Convegno.

Si tratta di una domanda strutturata volutamente e provocatoriamente in termini elementari. Questo carattere della domanda risalta ancor di più se si pone a confronto con la complessità della questione che sta dietro. Peraltro,

Convegno, par. 2.

³ M. DANI, *Libertà personale e incriminazione penale: studio sulla portata garantista dei diritti fondamentali*, relazione nella I sessione del presente Convegno, par. IV.

il quesito del titolo si ricollega e ne presuppone altri: ad es., come nasce un diritto fondamentale? Quali elementi determinano il carattere fondamentale di un diritto? Un diritto può cessare di essere fondamentale?

A loro volta, questi interrogativi mettono in gioco una serie di *polarità dialettiche* che caratterizzano il costituzionalismo contemporaneo: fatto e diritto; testo e contesto; normatività ed effettività; fonti e norme. È banale osservare che questi temi rappresentano il cuore del costituzionalismo e del fenomeno giuridico in generale⁴ e affrontarli richiederebbe ben altro spazio e tempo. Ed allora mi limiterò a soffermarmi su alcuni punti, che possono essere così sintetizzati: qual è il significato della fundamentalità? Quando un diritto è fondamentale o quando, come nel caso dei c.d. nuovi diritti, lo diventa? Su quale piano operano i diritti fondamentali e qual è il loro rapporto con l'ordinamento costituzionale?

2. Il senso della fundamentalità

Sebbene nel linguaggio comune prevalga la formula secca «diritti fondamentali», la fundamentalità è un concetto relazionale, cioè implica che il diritto sia fondamentale rispetto a o per qualcosa. Si tratta, quindi, di stabilire cosa sia questo «qualcosa» rispetto a cui il diritto è fondamentale.

Al riguardo, spunti interessanti sono venuti dalle relazioni e dal dibattito svoltosi negli atelier. Elettra Stradella⁵ ha parlato di uno statuto della fundamentalità, individuandolo: nel riconoscimento esplicito o implicito assicurato dall'ordinamento; nella sua collocazione costituzionale; nelle forme e modalità di tutela che la giurisprudenza costituzionale garantisce. Jörg Luther ha aggiunto ulteriori indicatori della fundamentalità, individuandoli nelle garanzie politico-amministrative e nella previsione della sua immodificabilità all'interno dei processi di revisione costituzionale. Elettra Stradella ha concluso rilevando come la fundamentalità debba fare i conti con una «relatività di tipo spazio-temporale», che quindi esclude la validità di qualsiasi tentativo di individuare una volta e per sempre siffatte caratteristiche.

Giorgio Repetto ha individuato la fundamentalità nel «predicato dell'inerenza di un diritto costituzionalmente garantito ai caratteri essenziali della forma di Stato democratica e pluralistica disegnata dal Costituente»⁶. Benedetta Vimercati ha poi testato questi criteri con particolare riguardo ai c.d. diritti ai beni vitali; analogamente ha fatto Roberto Cherchi rispetto ai diritti dei migranti.

In generale, mi sembra che tutti i tentativi di classificare le caratteristiche della fundamentalità vadano incontro alla difficoltà di discernere quali di esse

⁴ Cfr., per una magistrale sintesi di alcuni di questi concetti, F. CARNELUTTI, *Introduzione allo studio del diritto*, riprod. anast. dell'ediz. del 1943, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2016, spec. 23 s., 41 ss. e 86 s.

⁵ E. STRADELLA, *I diritti fondamentali nelle Corti*, cit., par. 2.6.

⁶ G. REPETTO, *Il diritto alla cultura*, relazione nella I sessione del presente Convegno, par. 6.

sono realmente “produttive” del carattere fondamentale di un diritto e quali, invece, sono meramente “ricognitive” di un diritto fondamentale in quanto conseguenze della natura stessa del diritto. In altre parole, siffatte conclusioni hanno carattere descrittivo o prescrittivo della natura fondamentale del diritto?

È singolare constatare come, a dispetto dell'ampia diffusione della formula «diritti fondamentali», non vi sia un altrettanto ampio consenso sul suo significato. Non solo, infatti, non vi è una dottrina condivisa sulla fundamentalità e sui suoi requisiti, ma non vi è neanche una “dottrina”, se così può dirsi, della Corte costituzionale su cosa è un diritto fondamentale. Al riguardo, sono illuminanti le parole utilizzate da Gustavo Zagrebelsky qualche anno fa: «Concepire la Corte come organo di una dottrina disconosce il fatto elementare che il nostro lavoro è una continua ricerca, sottolineo: un continuo *andare in cerca* del punto costituzionale rilevante per decidere. Le dottrine, per così dire, si fanno nella giurisprudenza ma non fanno la giurisprudenza»⁷ (corsivi testuali).

Questa precisazione è importante perché dà la misura della dinamicità del fenomeno che caratterizza il riconoscimento dei diritti. In proposito Luther ha formulato, durante il dibattito nell'atelier, una proposta di caratterizzazione dei diritti fondamentali, in base alla quale sono «diritti fondamentali» quei diritti che hanno fonti di garanzia sia nazionali sia internazionali, mentre sono «diritti umani» quelli che hanno solo garanzie internazionali e sono «diritti costituzionali» quelli che hanno solo garanzie nazionali.

Su un piano diverso si è mosso, invece, l'intervento di Alberto Randazzo che ha posto l'accento sul carattere fondamentale dei bisogni e sulla loro capacità di connotare come fondamentale il relativo diritto. Da questa affermazione Randazzo ha dedotto l'estrema difficoltà, se non l'impossibilità, di discutere di un nucleo essenziale del diritto e quindi di una graduazione del diritto stesso, come invece ha sostenuto, tra gli altri, Antonino Spadaro, che ha parlato di una gerarchizzazione e di una gradualizzazione dei diritti.

Sembra, dunque, emergere un doppio significato di “fondamentalità”, rispetto ad un singolo ordinamento o a un complesso di ordinamenti (ad es. quelli liberal-democratici), oppure rispetto ai bisogni fondamentali e quindi, in quanto tali, universali, transnazionali e, in una certa misura, anche trans-epocali. A ben vedere, però, si tratta di due facce della stessa medaglia, non potendosi scindere la valutazione del carattere fondamentale di un diritto dalla natura del bisogno al cui soddisfacimento l'esercizio del diritto è rivolto. D'altra parte, la fundamentalità di un diritto non è frutto di un'astratta valutazione, svolta asetticamente nel chiuso di un laboratorio/studio, ma del-

⁷ G. ZAGREBELSKY, *Relazione*, in AA.VV., *Annuario 2002. Diritto costituzionale e diritto giurisprudenziale*, Atti del XVII Convegno dell'A.I.C., Milano, 11-12 ottobre 2002, Cedam, Padova 2004, 71.

la concreta ponderazione degli interessi in gioco, inevitabilmente “inquinata” dai casi della vita e dalle domande di tutela che da essi provengono.

3. Il processo di “riconoscimento” di un nuovo diritto fondamentale

È evidente che tutte le riflessioni svolte in questo Convegno, come le ricostruzioni fin qui elaborate dalla dottrina giuridica, finiscono poi con il doversi confrontare con le questioni relative alla nascita e al riconoscimento dei c.d. nuovi diritti⁸. È su questo punto che si riscontrano i nodi problematici più rilevanti⁹, primo fra tutti quello del rapporto tra legislatore, giudici e Corte costituzionale. Semplificando i termini della questione, un diritto è fondamentale quando lo stabilisce il legislatore e in particolare quello costituzionale? O lo è quando la Corte costituzionale lo riconosce come tale? Ed ancora, come deve essere interpretato il testo costituzionale rispetto ai c.d. nuovi diritti?

Sulle possibili risposte a queste domande si è concentrata gran parte del dibattito nell’atelier. D’altronde, era facilmente ipotizzabile che fosse così. Romboli, in particolare, richiamando la *lectio magistralis* di Paolo Caretti¹⁰ di qualche anno fa, ha posto la questione del rapporto tra giudice e legislatore nella tutela dei diritti in termini di patologia/fisiologia del sistema. Romboli, pur non confidando nelle virtù taumaturgiche del c.d. dialogo tra le Corti – formula, questa, difesa, pur con qualche distinguo, da Ruggeri¹¹ (che lo considera una fucina del rinnovamento giurisprudenziale e, al contempo, della stabilizzazione degli orientamenti) –, è sembrato non condividere i timori di quanti ricavano dalla deriva in senso giurisdizionale dello Stato contemporaneo un elemento di preoccupazione. Piuttosto, sarebbe condivisibile il giudizio espresso al riguardo da Caretti, secondo cui «il mutato equilibrio nei rapporti tra giudice e legislatore che stiamo registrando non rappresenta altro che lo sviluppo fisiologico delle novità insite nella struttura dello Stato sociale costituzionale»¹².

⁸ Con la consueta chiarezza N. BOBBIO [*Sul fondamento dei diritti dell’uomo* (1965), in ID., *L’età dei diritti*, Einaudi, Torino, 1992, 5 ss.] scrive: «Il problema del fondamento di un diritto si prospetta diversamente secondo che si tratti di cercare il fondamento di un *diritto che si ha* o di un *diritto che si vorrebbe avere*. [...] Non c’è dubbio che quando in un convegno di filosofi, e non di giuristi, come il nostro, ci poniamo il problema del fondamento dei diritti dell’uomo, intendiamo affrontare un problema del secondo tipo, ovvero non un problema di diritto positivo, ma di diritto razionale o critico (o se si vuole di diritto naturale, in senso ristretto, che è per me anche l’unico accettabile, della parola)».

⁹ Cfr. E. MALFATTI, *I “livelli” di tutela dei diritti fondamentali nella dimensione europea*, con la collab. di T. Giovannetti e N. Pignatelli, Giappichelli, Torino, 2013, spec. 59 ss.

¹⁰ *Il rapporto tra giudice e legislatore nella tutela dei diritti: verso un nuovo equilibrio*, pubblicata in un volume dallo stesso titolo a cura di A. Cardone, F. Donati, M.C. Grisolia, G. Tarli Barbieri, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2016, 9 ss.

¹¹ A. RUGGERI, *Cosa sono i diritti fondamentali e da chi e come se ne può avere il riconoscimento e la tutela*, in *Consulta OnLine*, II/2016, 30 giugno 2016, spec. 273 ss.

¹² P. CARETTI, *Il rapporto tra giudice e legislatore nella tutela dei diritti: verso un nuovo*

Sempre su questo profilo, Luther ha esortato ad affrontare e a superare le critiche ai diritti fondamentali, ritenendo che vi sia una percezione unilaterale da parte della dottrina (una sorta di *mis-representation* della realtà). Ruggeri, pur prospettando il rischio che la Corte costituzionale si trasformi in un «mostroso potere costituente permanente», ha posto l'accento sull'esistenza di «consuetudini culturali diffuse nel corpo sociale»¹³, utilizzando una formula che, a mio avviso, può andare incontro a qualche obiezione poiché coniuga un elemento di stabilità (insito nel concetto di consuetudine) con elementi di dinamicità (tipici dei fenomeni culturali). Sempre Ruggeri ha poi precisato che queste consuetudini culturali si caratterizzano per i mezzi di cui si avvalgono (legislazione tramite norme di principio) e per i luoghi in cui operano (nazionali e sovranazionali). Su quest'ultimo aspetto si è soffermato Guazzarotti, il quale ha, in particolare, richiamato l'attenzione sull'effetto dell'apertura sovranazionale, senza la quale, per Luther, non si può parlare di diritti fondamentali.

Ritornando alle domande di partenza, a me paiono fuorvianti taluni approcci alla questione del ruolo del giudice nella tutela dei diritti; in questo senso vanno visti, a mio avviso, il dibattito sulla deriva giurisdizionale degli ordinamenti costituzionali contemporanei o sulla c.d. Giuristocrazia (*Juristocracy* di Hirschl¹⁴), e, a maggior ragione, le impostazioni sfacciatamente legicentriche o legolatrice¹⁵. Ieri Marco Dani richiamava, al riguardo, il pensiero di Jeremy Waldron, del quale mi limito a ricordare le recenti critiche mosse alla regola dell'approvazione a maggioranza semplice delle decisioni assunte dalla Corte Suprema¹⁶.

Né tantomeno mi persuade l'auspicio di una *judicial modesty* di cui si è fatto portatore qualche anno fa Nicolò Zanon¹⁷. Il problema non è infatti rappresentato dalla *modesty* o dalla superbia (*hubris*) del giudice. Al di là di casi macroscopici di “superbia” del giudice (ai quali, si contrappongono, talora, atteggiamenti analoghi del legislatore), il rischio è quello di impiegare queste etichette per definire l'operato di un giudice a seconda che si condivida o no la sua interpretazione e la sua soluzione del caso concreto. Qual è, infatti, la linea

equilibrio, cit., 26.

¹³ A. RUGGERI, *Cosa sono i diritti fondamentali e da chi e come se ne può avere il riconoscimento e la tutela*, cit., 267 ss.

¹⁴ R. HIRSCHL, *Towards Juristocracy. The Origin and Consequences of the New Constitutionalism* (2004), Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, and London, England, 2007.

¹⁵ Per riprendere le definizioni date da P. GROSSI in più scritti e in particolare in *Oltre le mitologie giuridiche della modernità*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 29, Giuffrè, Milano, 2000, spec. 236.

¹⁶ J. WALDRON, *Five to Four: Why Do Bare Majorities Rule on Courts?*, in *Yale L.J.*, 123, 6, 2014, 1692 ss.

¹⁷ N. ZANON, *Pluralismo dei valori e unità del diritto: una riflessione*, in *Quad. cost.*, 4/2015, 919 ss. ma spec. 927 ss.

di confine tra una decisione improntata alla *judicial modesty* e una che non lo è (sempre al netto dei casi macroscopici di cui sopra si è detto)? L'invocazione di una *judicial modesty* non rischia di limitare l'autonomia del giudice nell'assunzione della sua decisione?

Non vi è dubbio che si percepiscano «sinistri scricchiolii»¹⁸, «sintomi di superamento dei vincoli della funzione giurisdizionale», ma questo è, per così dire, il rischio del mestiere. Il giudice deve decidere e non può scappare dalla decisione, a differenza del legislatore, il quale se vuole può rinviarla. Salvo rari casi, non credo che si ponga il problema di un approccio più o meno deferente del giudice, e di quello costituzionale in particolare, nei confronti del legislatore. Com'è stato acutamente rilevato, il giudice è, più di altri, chiamato ad essere il «conoscitore delle spumeggianti domande sociali»¹⁹. Al contempo, la moltiplicazione dei c.d. «formanti giuridici» dei diritti fondamentali aumenta la discrezionalità del giudice²⁰, con la conseguenza che questi è, spesso, obbligato a svolgere un compito per il quale non sempre è culturalmente attrezzato, dovendo discernere nel complesso panorama sociale quali istanze siano meritevoli di essere riconosciute giuridicamente²¹. Questa operazione non è priva di rischi, ben potendosi cedere alla tentazione di dare veste giuridica alle proprie opzioni ideologiche.

Quanto appena detto non equivale a riconoscere al giudice il ruolo di protagonista esclusivo nella individuazione dei nuovi diritti; al contempo, però, nessun altro, meglio di lui, è in grado di cogliere tempestivamente le esigenze che emergono dal contesto sociale, politico, economico, scientifico e tecnologico e di valutare se sono meritevoli di tutela. Da questo punto di vista sembrano doversi

¹⁸ Per riprendere la metafora, particolarmente efficace, utilizzata da C. PINELLI, *Il giudice e la legge*, in *Rivista AIC*, 3/2016, 18 luglio 2016, spec. 10 ss.

¹⁹ M. DOGLIANI, *La sovversione dell'immaginario costituzionale ovvero: come è cambiata la percezione del «fatto» nel diritto costituzionale*, in AA.VV., *Annuario 2014. Prassi, convenzioni e consuetudini nel diritto costituzionale*, Atti del XXIX Convegno annuale dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti, Catanzaro, 16, 17 e 18 ottobre 2014, Jovene, Napoli, 2015, 212.

²⁰ P. GIANNITI, *Problematiche connesse alla tendenza espansiva dei diritti fondamentali*, in AA.VV., *I diritti fondamentali nell'Unione Europea. La Carta di Nizza dopo il Trattato di Lisbona*, a cura di P. Gianniti, in *Commentario del Codice Civile e codici collegati. Scialoja-Branca-Galgano*, a cura di G. De Nova, Zanichelli-Foro it., Bologna-Roma, 2013, 218 s.

²¹ Sulla proliferazione dei diritti e sulle forme di manifestazione di questo fenomeno si rinvia, tra gli altri, a M. CARTABIA, *Gli strumenti di tutela dei diritti fondamentali*, in *Iustitia*, 4/2008, 399 ss., nonché ad A. PINTORE, *Diritti insaziabili*, in L. FERRAJOLI, *Diritti fondamentali*, Roma-Bari, 2001, 179 ss. L'espressione «diritti insaziabili» è stato poi ripresa in un volume dal titolo *Il traffico dei diritti insaziabili*, a cura di L. Antonini, Rubbettino, Soveria Mannelli, 2007, del quale si segnalano, in particolare, i contributi di P. CAROZZA, *Il traffico dei diritti umani nell'età post-moderna*, 81 ss.; di A. BARBERA, *Il «fondamento» dei diritti fondamentali, tra crisi e frontiere della democrazia*, 117 ss.; e di A. SPADARO, *Dall'indisponibilità (tirannia) alla ragionevolezza (bilanciamento) dei diritti fondamentali. Lo sbocco obbligato: l'individuazione di doveri altrettanto fondamentali*, 129 ss.

condividere le parole di Emilio Betti sul «compito della giurisprudenza quale organo della coscienza sociale» e sulla «forza di espansione assiologica di principi generali già immanenti ai vari ordinamenti»²². Richiamando il pensiero di Betti, scrive Silvestri: «I giuristi europei continentali, e italiani in specie, dovrebbero prendere atto della interiorizzazione ormai avanzata anche nella cultura legata a tradizioni di *civil law* del processo di formazione spontanea dei diritti, che trovano nelle pronunce dei giudici specifici e formali punti di emersione»²³.

È, dunque, il giudizio il terreno di emersione dei diritti fondamentali ed è la prospettiva contenzioso-conflittuale l'unica in grado di cogliere l'intrinseca problematicità che caratterizza questo processo²⁴. Questa prospettiva, infatti, obbliga a partire dal concreto per arrivare all'astratto (Luther). In proposito Häberle osserva che «non si può giudicare solo dall'astratta possibilità giuridica della sua realizzazione, se un diritto valga come istituto, se cioè esso sia esercitato quotidianamente e di ora in ora nella realtà della vita sociale da una molteplicità di titolari: a tal fine occorre invece riferirsi alla realtà della vita. L'istituzione è caratterizzata proprio da ciò, che in essa il concetto di diritto non è isolato dal fatto, ma che l'aspetto normativo e quello fattuale sono intesi nel loro nesso di coordinazione»²⁵.

Se questo è il contesto in cui è chiamato ad operare, il giudice finisce con l'essere – piuttosto che un soggetto deputato a dialogare – l'interprete delle situazioni di conflitto, il decisore sulle cui spalle ricade il peso della «scelta tra i principi del sistema, adottandone alcuni a scapito di altri», in sostanza il peso di «una scelta politica»²⁶. La visione dialogica rischia, quindi, di offrire solo un quadro parziale della realtà, finendo con l'essere superata dall'intrinseca conflittualità che caratterizza ogni forma di tutela dei diritti.

All'interno di questa ricostruzione se centrale è il ruolo del giudice, parimenti rilevanti sono le funzioni svolte dagli altri attori che, secondo la for-

²² E. BETTI, *Teoria generale della interpretazione*, ed. corretta ed ampliata a cura di G. Crifò, II, Giuffrè, Milano, 1990, 858 ss.

²³ G. SILVESTRI, *Verso uno ius commune europeo dei diritti fondamentali*, in *Quad. cost.*, 1/2006, 17.

²⁴ Non a caso uno degli ambiti privilegiati di «concretizzazione dei diritti fondamentali» è quello giurisprudenziale: V. BALDINI, *La concretizzazione dei diritti fondamentali. Tra limiti del diritto positivo e sviluppi della giurisprudenza costituzionale e di merito*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2015, spec. 133 ss.

²⁵ P. HÄBERLE, *Le libertà fondamentali nello stato costituzionale*, a cura di P. Ridola, La Nuova Italia Scientifica, Roma, 1996, 148.

²⁶ Così V. TOMEO, *Il diritto come struttura del conflitto. Una analisi sociologica* (1981), rist., Rubbettino, Soveria Mannelli 2013, 124. Questo peculiare ruolo del giudice è, in realtà, il riflesso della funzione che Toméo attribuisce al diritto, il quale «rappresenta e delinea lo schema strutturale del conflitto tra gli interessi e tra i gruppi; è la struttura del conflitto». Ancora più chiaramente: «Se si intende “studiare il diritto come una struttura”, questo può avvenire solo a patto che tale struttura si configuri come la base procedurale del conflitto e non come la congruenza normativa di aspettative di comportamento» (114 s.).

mula di Häberle, contribuiscono alla «realizzazione dei diritti fondamentali mediante la cooperazione»²⁷. Scrive Häberle: «il concetto di “società aperta degli interpreti della Costituzione” si realizza in particolare nel campo dei diritti fondamentali». La società aperta degli interpreti della Costituzione è, infatti, composta dagli scienziati, dai giudici costituzionali e dai titolari colpiti nel loro diritto fondamentale, per i quali è decisiva «l'autocomprensione» della lesione. Quelli anzidetti sono – accanto a molti altri – coloro che partecipano ai processi dell'interpretazione dei diritti fondamentali, ognuno con funzione e rilevanza peculiari. L'attuazione dei diritti fondamentali, che si presenta *in toto* come un complesso processo di divisione del lavoro, deve essere ristretta ai tre ambiti già menzionati, che partecipano alla «realizzazione cooperativa dei diritti fondamentali».

Da questo punto di vista non condivido la lettura che dell'operato della c.d. comunità degli interpreti dà Sandro Staiano che, nel suo intervento, ha definito una «distopia» questa ricostruzione, sottolineando come essa determini l'affermazione di un principio aristocratico. A mio avviso, quella anzidetta non è affatto una lettura aristocratica della genesi dei diritti e non lo è nella misura in cui concilia l'apporto degli scienziati con quello dei giudici costituzionali e soprattutto con quello dei soggetti che si ritengono colpiti in un loro diritto (la c.d. autocomprensione che determina una autoqualificazione del diritto).

Tanti sono gli esempi che potrebbero farsi con riferimento all'autocomprensione dei soggetti lesi nei loro diritti fondamentali; si pensi, per tutti, alle problematiche relative all'autodeterminazione e alla libertà procreativa. In questa prospettiva, il giudice non deve essere un acritico recettore perché, se così fosse, “trasformerebbe” in diritti qualsiasi desiderio o interesse degli individui. Piuttosto, «il mestiere del giudice e del giurista in generale è quello di chiarire i nessi della legge con la società di cui è figlia, con i valori di cui è espressione, con i problemi che intende risolvere»²⁸.

4. Il terreno di emersione dei diritti fondamentali

Entrambe le relazioni della I sessione sembrano condurre ad un riconoscimento dell'intrinseca valenza culturale del sistema dei diritti fondamentali. Elettra Stradella ha, infatti, sottolineato come gli indicatori riportati possano essere anche un effetto della natura fondamentale del diritto, presupponendo per ciò stesso un rinvio a qualcosa di esterno rispetto all'ordinamento costituzionale. Marco Dani, proponendo di introdurre un «controllo indipendente sul rispetto dei diritti all'interno del procedimento legislativo», sul modello del Regno Unito, ha precisato che «il tentativo di instillare una maggiore consapevolezza

²⁷ P. HÄBERLE, *Le libertà fondamentali nello stato costituzionale*, cit., 187.

²⁸ Così G. AMATO nel video *Il mestiere di Giudice delle Leggi*, pubblicato nel sito www.cortecostituzionale.it.

in merito alla tutela dei diritti a monte dell'eventuale controllo giurisdizionale ha prodotto risultati di rilievo». In modo decisamente più esplicito si è espresso Ruggieri che ha discusso di «consuetudini culturali di riconoscimento».

A me pare che la “battaglia per i diritti” debba essere giocata sul piano che è a loro più congeniale, quello culturale. Si tratta di un'affermazione che è in qualche modo provocatoria perché tende a spostare l'attenzione dal piano giuridico-formale ad un piano che interseca quello giuridico, lo colora di senso e in una certa misura lo arricchisce: il piano culturale-sostanziale. È sul piano della cultura dei diritti che va giocata la battaglia più impegnativa. È su questo piano, infatti, che gli ordinamenti subiscono le modifiche più incisive e, al tempo stesso, meno visibili; si pensi al c.d. “meccanismo di ritorno” (dagli ordinamenti sovranazionali a quelli nazionali) che è determinato dalla circolazione dei modelli giuridici e, per quel che ci interessa, dei modelli di tutela dei diritti fondamentali²⁹.

L'influenza culturale non è un dato obiettivo, agevolmente individuabile con i consueti strumenti di indagine della scienza giuridica; si sviluppa, piuttosto, seguendo percorsi “sotterranei”, che, proprio per questa ragione, non sono sempre ricostruibili con precisione. Né è facile individuare la direzione di marcia dei processi di influenza culturale, dei quali, il più delle volte, si possono cogliere solo gli effetti finali. Peraltro, i processi culturali sfuggono, spesso, a precise catalogazioni e a orientamenti di senso, con la conseguenza che l'osservatore può solo limitarsi a cogliere i momenti di significativa emersione di questi fenomeni, dovendo rinunciare ad individuare i punti di origine. Le difficoltà anzidette sono particolarmente evidenti con riferimento ai rapporti tra le Carte e le Corti d'Europa e sono significativamente evidenziate dall'espressione «tradizioni costituzionali comuni», che deriva da *traditio*, termine, questo, che nel diritto romano era utilizzato per indicare la forma più semplice di trasferimento del possesso.

Quanto appena detto presuppone, però, un'analisi dei rapporti tra il fenomeno giuridico e quello culturale. In proposito, riprendendo il pensiero di Angelo Falzea³⁰, possiamo affermare che *a*) «il diritto è un fenomeno culturale», *b*) «la cultura è configurabile come un sistema internamente articolato in sottosistemi», *c*) «il diritto è uno dei sottosistemi del sistema culturale» o, come direbbe Luhmann, «un sottosistema sociale»³¹. In particolare, Falzea distingue tra sistemi culturali ideali e sistemi culturali reali, inserendo fra questi ultimi il drit-

²⁹ Sul punto, si veda A. RUGGERI, *Costituzione, sovranità, diritti fondamentali, in cammino dallo Stato all'Unione europea e ritorno, ovvero la circolazione dei modelli costituzionali e adattamento dei relativi schemi teorici*, in *federalismi.it*, 11/2016, 1° giugno 2016.

³⁰ A. FALZEA, *Sistema culturale e sistema giuridico*, in *Id.*, *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica. I. Teoria generale del diritto*, Giuffrè, Milano 1999, 189.

³¹ Cfr. N. LUHMANN, *Stato di diritto e sistema sociale* (1978), introduz. di A. Febbrajo, Guida, Napoli 1990.

to³² e definendolo «un sistema culturale di base» insieme al sistema linguistico³³.

Questo approccio al rapporto tra diritto e cultura³⁴ si riflette, sul piano della teoria della Costituzione, in quelle dottrine che definiscono quest'ultima come «scienza della cultura»³⁵. Si tratta di impostazioni che valorizzano l'apporto dato dalla cultura alla complessiva caratterizzazione del documento costituzionale. A loro volta, queste ricostruzioni risentono del condizionamento – ancora una volta, culturale – di altre elaborazioni teoriche; si pensi, in particolare, al pensiero di Rudolf Smend e al topos smendiano dei «diritti fondamentali come manifestazione di un sistema di cultura e valori»³⁶. Per Smend «lo stato è una realtà, ma essa appartiene non al mondo dei fatti naturali collegati e spiegabili per mezzo di rapporti causali, cioè al mondo della *Natur*, bensì a quello della *Kultur*. Esso è manifestazione reale dello spirito umano che deve essere percepito e analizzato con gli strumenti gnoseologici delle scienze dello spirito. Non appartiene né alla sfera del puro "dover essere" normativo e neppure a quella delle mere realtà naturali: è una *realtà spirituale*»³⁷ (corsivi testuali).

La dottrina della Costituzione come scienza della cultura ritiene che «i testi della legge fondamentale restano testi giuridici e conservano il loro carattere di diritto "positivo", ma rinviano nel contempo anche a qualcosa di ulteriore: a una realtà solo parzialmente e "superficialmente" indicata e creata dai testi stessi»³⁸. La Costituzione, infatti, non si esaurisce in un testo giuridico, in un insieme di regole ma «esprime anche una condizione di sviluppo culturale di un popolo, serve da strumento all'autorappresentazione culturale, da specchio del suo patrimonio culturale e da fondamento delle sue speranze. Le costituzioni *viventi*, opera di tutti gli interpreti della società aperta, sono per forma e sostanza espressione e medium di cultura, cornice

³² A. FALZEA, *op. cit.*, 206.

³³ A. FALZEA, *op. cit.*, 209.

³⁴ Sul concetto costituzionale di cultura si veda M. AINIS, *Cultura e politica. Il modello costituzionale*, Cedam, Padova 1991, spec. 57 ss.

³⁵ P. HÄBERLE, *Per una dottrina della Costituzione come scienza della cultura*, ed. it. a cura di J. Luther, Carocci, Roma 2001.

³⁶ P. HÄBERLE, *op. cit.*, 73.

³⁷ Come ricorda G. ZAGREBELSKY, *Introduzione* a R. SMEND, *Costituzione e diritto costituzionale*, trad. it. di F. Fiore e J. Luther, Giuffrè, Milano 1988, 10. Häberle individua, inoltre, nella teoria dei sistemi di TALCOTT PARSONS [di questo A., v. *La struttura dell'azione sociale* (1949), trad. di M.A. Giannotta, il Mulino, Bologna 1987; *Il sistema sociale* (1951), trad. it. a cura di A. Cottino, Edizioni di Comunità, Milano 1996; *Sistema politico e struttura sociale*, Giuffrè, Milano 1975] e nella teoria dell'agire comunicativo di JÜRGEN HABERMAS [*Teoria dell'agire comunicativo* (1981), trad. it. di R. Pinaudo, a cura di G.E. Rusconi, I e II, il Mulino, Bologna 1997] una particolare attenzione ai processi culturali come fattori determinanti l'evoluzione sociale (P. HÄBERLE, *Per una dottrina della Costituzione come scienza della cultura*, cit., 76).

³⁸ P. HÄBERLE, *op. cit.*, 17.

per la riproduzione e recezione di culture, memoria culturale di “informazioni”, esperienze vissute, saggezze tramandate. Più in profondità si radica pertanto il loro modo – culturale – di valere»³⁹ (corsivo testuale).

Secondo questo peculiare modo di intendere la Costituzione, «la “cultura” [...] forma il contesto di tutti i testi giuridici e di tutte le attività di rilievo giuridico in uno Stato costituzionale»⁴⁰. Lo Stato costituzionale, pertanto, è «il risultato e la prestazione di processi culturali, tramandati e sempre nuovamente riappropriati come “patrimonio culturale”, ad esempio nei testi dei classici. Nel contempo, lo Stato costituzionale è anche una sfida per il futuro, la pretesa di non regredire dal livello culturale acquisito anzi di conservarlo e, semmai, di migliorarlo»⁴¹.

Questa teoria della Costituzione non può non avere riflessi sul piano dell'interpretazione della stessa Carta costituzionale⁴²; anzi, l'interpretazione costituzionale costituisce uno dei «piani funzionali dello sviluppo costituzionale», unitamente alle modifiche della Costituzione ed alle procedure costituenti. Proprio per questi motivi Häberle utilizza il concetto di «interpretazione culturalmente specificata» della Costituzione, intendendo con ciò «i metodi e le procedure, ma anche gli “sfondi”, le ragioni che si nascondono dietro questa interpretazione». Infatti, «il diritto e la scienza giuridica, il legislatore e il giudice non sono autosufficienti. Sono consegnati ai “materiali”, agli “impulsi” e alle “risorse”, in particolare a *nuovi* bisogni di giustizia, a *nuove* conoscenze ed esperienze, a *nuove* speranze e *nuovi* ideali che mettono il diritto tramandato in una *nuova* luce o costringono a difendere i contenuti tradizionali» (corsivi non testuali).

Lo stesso Häberle, però, invita a non sopravvalutare questa «interpretazione culturalmente specificata» della Costituzione, che «non è certo una bacchetta magica, in grado di risolvere in un solo colpo tutti i problemi di interpretazione». Di sicuro, però, essa presenta il vantaggio di saldarsi meglio «con i movimenti sociali ed economici, ma anche e soprattutto con i movimenti, le tendenze e le identità culturali che denotano il carattere di una comunità politica». Il motore dello sviluppo dello Stato costituzionale risiede, pertanto, in continui processi di recezione e produzione «che integrano i contributi frammentari di *tutti* gli interpreti della Costituzione» (corsivo testuale). È grazie al raggiungimento di un punto di equilibrio tra questi processi di recezione e produzione delle interpretazioni costituzionali che la

³⁹ *Ibidem*, 33. Al riguardo, Häberle ritiene che questa concezione della Costituzione sia mirabilmente rappresentata dalla «bellissima immagine goethiana, evocata da Heller, della costituzione come “forma plasmata, che si sviluppa vivendo”».

⁴⁰ *Ibidem*, 21.

⁴¹ *Ibidem*, 32.

⁴² *Ibidem*, 46 ss. In merito, è d'uopo il richiamo alla classica tesi di Smend, secondo cui «quand'anche due costituzioni fondamentali usassero le stesse parole, non sarebbero la stessa cosa» (47).

«costituzione del pluralismo» si apre e si consolida. «Solo in questo modo la società aperta *diviene*, solo in questo modo *durerà*»⁴³ (corsivi testuali).

5. Le modalità di emersione dei nuovi diritti fondamentali

Se, dunque, il terreno di emersione dei nuovi diritti è prevalentemente culturale, prima ancora che giuridico, occorre tentare di individuare quali sono le modalità di emersione di questi nuovi diritti. Ci si deve chiedere, in altre parole, quale significato assuma, nello studio dei diritti di libertà, il quadro delle disposizioni di rango costituzionale. Ciò obbliga a confrontarsi con antiche e irrisolte questioni, che in questa sede non potranno essere toccate, ma che meritano sicuramente un cenno. La più importante fra tutte è quella del metodo interpretativo da utilizzare nello studio delle disposizioni della Carta costituzionale ed in particolare di quelle relative alle libertà fondamentali⁴⁴.

⁴³ *Ibidem*, 59.

⁴⁴ Al riguardo, è interessante notare come da alcuni scritti emerga la preoccupazione che il testo costituzionale venga trattato come un «semplice “pretesto”» (in questi termini M. LUCIANI, *Costituzionalismo irenico e costituzionalismo polemico*, in *Giur. cost.*, 2/2006, 1643 ss. ma spec. 1658 ss.). Nella stessa direzione, pur con varietà di toni, R. BIN, *Che cos'è la Costituzione?*, in *Quad. cost.*, 1/2007, 11 ss. ma spec. 39, il quale così si esprime: «Quel che conta è il testo, ma il testo conta per quello che scrive e significa, non per quello che gli si può imputare *magis ut valeat* o che gli si può aggiungere per adeguarlo ai “fatti” e alla loro evoluzione».

Un interessante quadro delle diverse posizioni della dottrina sul punto è fatto nel volume curato da G. AZZARITI, *Interpretazione costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2007, in cui, tra l'altro, si confrontano due posizioni antitetiche: quella espressa da F. MODUGNO, in *Interpretazione per valori e interpretazione costituzionale*, 51 ss. e quella di A. PACE, *Interpretazione costituzionale e interpretazione per valori*, 83 ss. ma spec. 97 ss. Quest'ultimo Autore discute al riguardo di «metodo giuspositivistico temperato (o critico)», precisando che «la preferenza per il metodo giuspositivistico temperato presuppone una “scelta di valore” favorevole ai contenuti del testo costituzionale [che] in tanto si privilegia [...] in quanto se ne condividono i valori sottesi» (A. PACE e D. PICCIONE, *I lineamenti dei diritti di libertà. La libertà personale*, in AA.VV., *Valori e principi del regime repubblicano*, 2. *Diritti e libertà*, a cura di S. Labriola, Laterza, Roma-Bari, 2006, 41 ss.). La scelta per il metodo giuspositivistico temperato (o critico) è così giustificata: «il procedimento caratterizzato dagli ampi scenari di soggettivismo caratterizzanti le varie teorie che si richiamano alla primazia dei valori, rischia di mettere in forse la certezza del diritto e, quindi, in ultima analisi, di minare le stesse garanzie costituzionali contro l'abuso e l'arbitrio dei detentori del potere pubblico e privato, il *che costituisce la ragione stessa del costituzionalismo*» (corsivi non testuali). L'Autore menzionato (A. Pace) si è occupato in più scritti di questi temi, in particolare si rinvia a *Metodi interpretativi e costituzionalismo*, in *Quad. cost.*, 1/2001, spec. 38 ss. e 60 s.

In direzione opposta all'Autore da ultimo citato si muove A. RUGGERI, il quale in più scritti e in particolare in *Teorie e “usi” della Costituzione*, in *Quad. cost.*, 3/2007, 519 ss., ha sottolineato come «i valori non sono [non devono essere] visti in sé e per sé, per il modo con cui danno corpo ad un universo ideale, metastorico e metapositivo; piuttosto, rilevano nelle analisi dei giuristi unicamente per il modo con cui si fanno *testo* e *contesto* assieme, vale a dire per il tramite dei principi (e delle norme in genere) che li recepiscono e convertono in materiali giuridicamente significativi, per un verso, e, per un altro verso, per il modo con cui si fanno diritto ed esperienza “vivente”» (corsivi testuali) (523).

Il linguaggio costituzionale, per la sua peculiare conformazione, richiede uno sforzo interpretativo diverso da quello necessario per una comune disposizione legislativa. Il linguaggio dei principi costituzionali, infatti, «ripropone e rinnova continuamente le condizioni di legittimazione dell'intero ordinamento giuridico e fornisce la fondazione generale dei processi comunicativi tecnicizzati, che si svolgono nelle varie sfere del mondo dei fenomeni giuridici»⁴⁵; ciò obbliga l'interprete a non "sottovalutarne" «la forza generativa»⁴⁶.

L'unica via percorribile sembra essere, pertanto, quella di un approccio metodologico che muova dal testo ma che non si esaurisca in esso. Come è stato opportunamente osservato, «quando lo consente, quel testo va utilizzato come fonte di principi da svolgere ed elaborare secondo coerenza e in osservanza del principio di non contraddittorietà. I principi cioè sono destinati a fungere da testa di ponte per le risposte che i tempi nuovi attendono dalla Costituzione»⁴⁷.

In particolare, lo studio delle disposizioni costituzionali sui diritti di libertà non può prescindere dall'indicazione metodologica di Barile, il quale sottolinea l'importanza di «un'angolazione rigorosa di diritto positivo» a cui si accompagna la costante «valutazione della necessaria storicità delle singole esperienze giuridiche»⁴⁸. Ciò – si ribadisce – non equivale a negare l'importanza dei valori sottesi al testo costituzionale, che anzi trovano proprio nelle formule linguistiche utilizzate dal Costituente il mezzo per manifestarsi sul piano delle disposizioni giuridiche.

Una conferma di quanto appena detto si ha dall'ulteriore sviluppo della riflessione di Barile; infatti, strettamente collegata all'affermazione della necessaria angolazione di diritto positivo è l'esigenza di ancorare lo studio dei diritti di libertà al contesto storico in cui essi si collocano; «non vi sono [infatti] principi di libertà che possano considerarsi comuni a tutte le epoche e a tutti i regimi»⁴⁹.

⁴⁵ G. SILVESTRI, *Linguaggio della Costituzione e linguaggio giuridico: un rapporto complesso*, in *Quad. cost.*, 2/1989, 247.

⁴⁶ G. SILVESTRI, *op. cit.*, spec. 248 ss. Su questi temi si veda, dello stesso Autore, *Verso uno ius commune europeo dei diritti fondamentali*, cit., 7 ss. ma spec. 17.

⁴⁷ S. BARTOLE, *Presentazione*, in L.H. TRIBE, M.C. DORF, *Leggere la Costituzione. Una lezione americana* (1991), trad. di D. Donati, il Mulino, Bologna, 2005, XV.

⁴⁸ E. CHELI, *Il contributo di Paolo Barile allo studio delle libertà in Italia*, in *Nuove dimensioni nei diritti di libertà (Scritti in onore di Paolo Barile)*, Cedam, Padova, 1990, XIV s. Angolazione rigorosa di diritto positivo che traspare già dall'impostazione del primo dei lavori di P. BARILE sul tema delle libertà e che lo stesso Autore non esita ad affermare, a chiare lettere, sin dall'introduzione del medesimo scritto (*Il soggetto privato nella Costituzione italiana*, Cedam, Padova, 1953, 2 s.).

⁴⁹ P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, il Mulino, Bologna, 1984, 11. L'affermazione riportata nel testo vale, se ce ne fosse bisogno, a ricordare che qualunque analisi diacronica di singoli diritti di libertà deve fare i conti con la lezione di Constant, cioè con la fondamentale differenza esistente tra le libertà degli antichi e quelle dei moderni; di conseguenza, il tentativo di scorgere una tendenziale linea di continuità con esperienze assai risalenti

Ritornando alla riflessione di Barile, è ancora dal suo magistero che sembra doversi attingere per individuare il criterio di interpretazione delle disposizioni costituzionali in tema di diritti di libertà⁵⁰. Il «rigoroso ancoraggio al dato positivo» lo porta a dire che non è vera l'affermazione secondo cui i diritti nascono per loro natura limitati, essi anzi «nascono così come li raffigura il diritto positivo, coi soli limiti che la stessa costituzione eventualmente pone nel mentre li raffigura (cioè nel contesto delle stesse norme istitutive), oppure altrove, in altre norme che, nell'affermare altri principi fondamentali, limitano in qualche modo il diritto stesso». Di qui deriva quella «regola, inespressa nel diritto positivo, ma totalmente pacifica in letteratura» della «presunzione della massima espansione delle libertà costituzionali», che in concreto si traduce in un'«interpretazione estensiva delle norme relative, tendente ad affermare la massima ampiezza da riconoscere alla libera sfera di attività dell'individuo e del gruppo»⁵¹.

nel tempo non può essere condotto proficuamente senza il rischio di accostare fenomeni assai diversi tra loro. Sul punto così si esprimeva B. CONSTANT nel famoso discorso pronunciato all'Athénée royal di Parigi nel 1819: «Diffidiamo dunque, Signori, di questa ammirazione per certe reminiscenze antiche. Poiché viviamo nei tempi moderni, voglio la libertà che conviene ai tempi moderni; e poiché viviamo sotto monarchie, imploro umilmente queste monarchie di non prendere a prestito dalle repubbliche antiche dei mezzi di opprimerci» (*La libertà degli antichi, paragonata a quella dei moderni* (1820), trad. e cura di G. Paoletti, Einaudi, Torino, 2001, 27).

⁵⁰ Sul punto si rinvia, ancora una volta, a CHELI E., *Il contributo di Paolo Barile allo studio delle libertà in Italia*, cit., XV.

⁵¹ P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, cit., 41 s. È da notare come non venga mai meno nel pensiero dell'Autore il riferimento al dato positivo, anche quando discute di «presunzione della massima espansione delle libertà costituzionali». Questo lo porta a limitare il campo di operatività della detta presunzione ai «limiti generali ricavabili da altre norme costituzionali collocate "fuori sede"», escludendo pertanto quei limiti particolari che la Costituzione pone contestualmente alla creazione di una libertà e che «paralizzano automaticamente i diritti che ne nascono». Dello stesso Autore si veda, sul punto, *Costituzione e misure di pubblica sicurezza restrittive della libertà personale*, in *Foro pad.*, 1951, IV, c. 181 s., in cui si afferma chiaramente che i diritti fondamentali «sono conferiti nella più assoluta pienezza, nel senso che essi si *espandono* senza alcun limite, o meglio *fino a quei limiti che eventualmente impone la stessa costituzione*, oppure che la medesima *concede alle leggi ordinarie di imporre*. Ma se la legge ordinaria non provvede, se comunque il limite appare assai incerto od elastico, prevale per presunzione assoluta la intenzione del costituente, che volle concedere a tutti i cittadini il *massimo* dei diritti di libertà» (corsivi testuali). Conclude Barile: «*In dubio pro cive*, potrebbe dirsi. La naturale espansione dei diritti fondamentali porta a questo».

Il principio della presunzione della massima espansione delle libertà costituzionali è considerato da G. SILVESTRI «vera stella polare della navigazione giurisprudenziale in materia di diritti fondamentali» (*Verso uno ius commune europeo dei diritti fondamentali*, cit., 15). In particolare, osserva questo Autore, il principio in esame è oggi «riflesso nell'art. 53 della Carta di Nizza (ora art. II-113 del Trattato costituzionale), dal quale possiamo trarre il divieto di diminuzione del livello di protezione rispetto ad un coacervo di disposizioni appartenenti ad ordinamenti e fonti diverse, cui specificamente e congiuntamente rinvia l'articolo in questione». Su questi temi, sia consentito rinviare a G. D'AMICO, *La massima espansione delle libertà e l'effettività della tutela dei diritti*, in AA.VV., *Il diritto e il dovere dell'uguaglianza*.

L'individuazione della «regola generale» di cui si discute si inserisce in un quadro ricostruttivo nel quale Barile ritiene non convincente la tesi «estensiva» dell'art. 2 Cost.⁵², quella tesi, cioè, che interpreta l'articolo citato come una «clausola aperta», «potenzialmente riferibile ad ogni “situazione di libertà” anche se non compresa nel catalogo del *bill of rights*». In altre parole, per questo illustre Autore l'art. 2 Cost. non reca una «norma di *produzione* giuridica»; pertanto, «gli schemi dei “diritti di libertà”» non potrebbero essere sostituiti dagli «istituti della libertà», che, in quanto «ancorati ad un diritto naturale estraneo all'esperienza giuridica contemporanea», finirebbero per assumere «connotati talmente labili e soggettivi da scomparire nella nebbia dell'incertezza del diritto»⁵³. In questa prospettiva la norma di cui all'art. 2 Cost. avrebbe «la sola – anche se fondamentale – funzione di *conferire il crisma dell'inviolabilità* ai diritti *menzionati* in costituzione». Dunque, non fonte di nuovi diritti rispetto a quelli previsti in Costituzione ma «*matrice e garante* dei diritti di libertà»⁵⁴.

L'approccio di Barile muove quindi da una forte valorizzazione del dettato costituzionale, che si pone in linea di continuità con i primi studi dello stesso Autore⁵⁵, il quale, in un'epoca in cui si dibatteva della natura programmatica o precettiva delle norme costituzionali, aveva sottolineato come non fosse necessaria «una sanzione concreta e preordinata per assicurare la giuridicità delle norme in genere e delle norme costituzionali in ispecie». Pertanto, «i principi programmatici, *qualora corrispondano al fine politico della costituzione materiale*, sono vere e proprie norme giuridiche»⁵⁶ (corsivi testuali).

Da questo punto di vista, la riflessione di Barile risente sia del pensiero di Schmitt, là dove sottolinea che la Costituzione si dissolverebbe «in un nulla» se le affermazioni di principio ivi contenute fossero intese come «mere proclamazioni o dichiarazioni»⁵⁷, sia delle conclusioni cui perviene Crisafulli nei suoi studi sull'interpretazione delle disposizioni costituzionali⁵⁸. In particolare, per quest'ultimo Autore «una Costituzione deve essere intesa ed interpretata, in tutte le sue parti, *magis ut valeat*, perché così vogliono la sua natura e la sua funzione, che sono e non potrebbero non essere [...] di atto

Problematiche attuali di un principio risalente, a cura di A. Pin, Editoriale Scientifica, Napoli, 2015, 17 ss., e in *Scritti in onore di Gaetano Silvestri*, vol. I, Giappichelli, Torino, 2016, 706 ss.

⁵² In proposito si rinvia ad A. BARBERA, *Art. 2*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca, Bologna-Roma, 1975, spec. 80 ss. Sui termini del dibattito dottrinale in materia si veda, ora, A. MORRONE, *Il bilanciamento nello stato costituzionale. Teoria e prassi delle tecniche di giudizio nei conflitti tra diritti e interessi costituzionali*, Torino, 2014, 19 ss.

⁵³ P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, cit., 54 s.

⁵⁴ P. BARILE, *op. ult. cit.*, 56.

⁵⁵ Il riferimento è soprattutto a *La Costituzione come norma giuridica*, Firenze, 1951, spec. 44 ss.

⁵⁶ P. BARILE, *La Costituzione come norma giuridica*, cit., 48.

⁵⁷ C. SCHMITT, *Dottrina della costituzione* (1928), trad. it. di A. Caracciolo, Milano, 1984, 42 s.

⁵⁸ Fra tutti, V. CRISAFULLI, *I principi costituzionali dell'interpretazione ed applicazione delle leggi*, in *Scritti giuridici in onore di S. Romano*, I, Padova, 1940, 663 ss. ma spec. 682 ss.

normativo, diretto a disciplinare obbligatoriamente comportamenti pubblici e privati»⁵⁹.

La *ratio* di questa ricostruzione deve essere individuata nella fondamentale esigenza di assicurare l'effettività della tutela dei diritti⁶⁰, che non può rimanere sulla carta, ma ha bisogno di una piena realizzazione da conseguirsi solo attraverso un'interpretazione estensiva delle relative disposizioni costituzionali. Il rischio di interpretazioni riduttive è infatti quello di un sostanziale aggiramento delle prescrizioni costituzionali e quindi di un loro svuotamento, in palese contraddizione con lo scopo perseguito dal Costituente. La lettura estensiva non è dunque solo una delle possibili scelte dell'interprete ma diventa, in questa prospettiva, l'unica strada percorribile per la piena realizzazione del dettato costituzionale.

6. Considerazioni conclusive. Il riconoscimento dei nuovi diritti come elemento di legittimazione delle stesse Corti

Fin qui si è sottolineato il ruolo dei giudici nell'opera di "emersione" e di conseguente riconoscimento dei nuovi diritti. Non si è, invece, adeguatamente sottolineato il "beneficio" che le Corti traggono dalla loro opera di "riconoscimento" dei nuovi diritti. Di particolare rilievo è, a tal fine, lo studio di Armin von Bogdandy e di Ingo Venzke, i quali si sono interrogati sul problema della giustificazione e della connessa legittimazione delle Corti sovranazionali. Secondo questi studiosi, «l'attività giurisdizionale internazionale si fonda in modo assolutamente prevalente sugli accordi tra gli Stati e sull'interazione governativa, ragion per cui i tribunali internazionali attualmente decidono in nome degli Stati che hanno dato origine a tali istituzioni quali soggetti di diritto internazionale»⁶¹. Ciò nondimeno, «dal punto di vista della teoria democratica, questo fondamento appare sempre più insufficiente»; al contrario, «la prospettiva di una giustificazione in senso democratico deve guardare agli individui, la cui libertà è condizionata dalle sentenze, ancorché in modo così indiretto e mediato»⁶². Le Corti, dunque, cercano nella tutela dei diritti fondamentali la «giustificazione in senso democratico» della loro stessa esistenza.

Questa ricostruzione appare essere uno sviluppo coerente della tesi di Habermas della «legittimazione tramite i diritti umani», nel senso che questi ultimi costituiscono lo strumento di legittimazione di un ordinamento politico in

⁵⁹ V. CRISAFULLI, *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Milano, 1952, 11.

⁶⁰ Sul punto si rinvia a G. SILVESTRI, in più scritti ed in particolare in *L'effettività e la tutela dei diritti fondamentali nella giustizia costituzionale*, Napoli, 2009, 13 ss.

⁶¹ A. VON BOGDANDY, I. VENZKE, *In nome di chi? Giurisdizione internazionale e teoria del discorso*, trad. e posfaz. di E. Daly, Trauben, Torino 2010, 86.

⁶² *Ibidem*.

uno Stato costituzionale democratico⁶³. Nella stessa direzione si muove anche la tesi secondo cui, nell'epoca contemporanea, si è verificata la sostituzione del fondamento di valore al fondamento di autorità⁶⁴, con la conseguente necessità di ancorare la legittimazione delle Corti ad una base sostanziale-assiologica.

Nel quadro, che si è tentato di delineare, i diritti fondamentali, nel loro complesso, costituiscono il “cuore culturale-morale” dell'ordinamento costituzionale, che dunque contribuisce, per mezzo dei suoi attori, ad alimentare i diritti, rinnovandone il novero e la portata. Ma, al tempo stesso, il sistema dei diritti contribuisce a rinnovare la legittimazione dell'ordinamento costituzionale e dei suoi attori, *in primis* i giudici. Essi, infatti, indicano la direzione di marcia e assicurano la costante capacità dell'ordinamento di adeguarsi ai mutamenti dei contesti culturali, sociali, economici, politici ecc.

Pertanto la domanda “*Cos'è un diritto fondamentale?*” presuppone l'altra domanda “*Cosa sono i diritti fondamentali?*”; prima, dunque, di chiedersi “*Cos'è un diritto fondamentale?*” occorre domandarsi cosa siano oggi i diritti fondamentali e cosa rappresentino per gli ordinamenti costituzionali liberal-democratici. Da questo punto di vista i diritti fondamentali sono un corpo unitario e come tali vanno considerati.

Su questo punto, come su molti altri ambiti del diritto pubblico, resta centrale l'insegnamento del Prof. Alessandro Pizzorusso. Egli, con specifico riferimento ai diritti sociali, ha sottolineato come non sussista una intrinseca differenziazione di questi diritti rispetto agli altri diritti fondamentali «quanto alla loro giuridicità e quanto alla loro giustiziabilità». A Suo dire, occorre sottolineare l'«indivisibilità dei diritti fondamentali», a cui si collega strettamente il «principio della necessaria giustiziabilità dei diritti fondamentali, quale che sia il loro contenuto»⁶⁵. Senza la possibilità di far valere in giudizio la tutela dei diritti fondamentali, poco senso ha discutere di essi.

⁶³ J. HABERMAS, *Legittimazione tramite diritti umani*, in ID., *L'inclusione dell'altro. Studi di teoria politica* (1996), trad. it. di L. Ceppa, Feltrinelli, Milano 1998, 216 ss.

⁶⁴ R. DE STEFANO, *Il problema del diritto non naturale*, Giuffrè, Milano 1955, 74 ss. Sul punto si veda anche G. SILVESTRI, in più scritti e in particolare in *Verso uno ius commune europeo dei diritti fondamentali*, cit., spec. 16 ss.

⁶⁵ A. PIZZORUSSO, *Le generazioni dei diritti*, in AA.VV., *L'attuazione della Costituzione. Recenti riforme e ipotesi di revisione*, a cura di S. Panizza e R. Romboli, Plus, Pisa, 2004, 329 ss.

IL BI-LEMMA DEI DIRITTI FONDAMENTALI

di Gian Luca Conti

Conforta e tranquillizza profondamente pensare che l'uomo non è che un'invenzione recente, una figura che non ha nemmeno due secoli, una semplice piega nel nostro sapere e che sparirà non appena questo avrà trovato una nuova forma

M. FOUCAULT, *Le parole e le cose*

SOMMARIO. 1 – I diritti fondamentali fra il bisogno di essere eguali a chi non ha bisogno di nulla per essere eguale a noi e il diritto a non subire interferenze che non siano giustificate nello stesso modo per tutti. 2 – Talmente caduchi da essere eterni. 3 – La solidarietà amministrata. 4 – Centralità diffuse. 5 – L'album del subbuglio: l'essenza del diritto fondamentale come giuntura fra Prima e Seconda parte della Costituzione. 6 – Conclusioni: Come un capitano di lungo di corso

1. I diritti fondamentali fra il bisogno di essere eguali a chi non ha bisogno di nulla per essere eguale a noi e il diritto a non subire interferenze che non siano giustificate nello stesso modo per tutti

1. I diritti fondamentali vivono di due dimensioni, una positiva e l'altra negativa. La dimensione positiva è pretesa alla soddisfazione di un bisogno senza la cui soddisfazione una persona non sarebbe *eguale* a chi non ha la necessità di un intervento pubblico per essere *eguale*. La dimensione negativa è pretesa di non subire interferenze senza una giustificazione ragionevole perché in grado di motivare l'interferenza in maniera *eguale* per qualsiasi individuo sottoposto alla sovranità: l'interferenza non fa venire meno in chi la subisce l'idea di essere *eguale* a qualsiasi altro individuo.

Nella dimensione positiva, i diritti fondamentali chiedono allo Stato di promuovere l'eguaglianza, come pari dignità degli individui.

Nella dimensione negativa, di tutelare la dignità delle persone.

Questa classificazione ha una sua consistenza storica¹, prima che dog-

¹ La dimensione positiva dei diritti fondamentali si svela nella crisi di fine secolo e ha una sua esatta consistenza storica come risulta sia in S. ROMANO, *Lo stato moderno e la sua crisi* (1910), Milano – Giuffrè, 1969, sia in G. CAPOGRASSI, *La nuova democrazia diretta*, in *Id.*, *Opere*, I, Milano, Giuffrè, 403 ss. In generale e oltre questi autori: L. MANGONI, *La crisi dello Stato liberale e i giuristi italiani*, in *I giuristi e la crisi dello Stato liberale in Italia fra Otto*

matica, perché rappresenta uno dei portati della crisi di fine secolo, del notturno italiano² ed ha un senso perché orienta la comprensione del significato della categoria e perciò consente di risolvere in maniera corretta concreti bisogni di giustizia³.

Nella dimensione negativa dei diritti fondamentali, si vede l'autonomia degli individui dallo Stato⁴. Lo Stato salvaguarda l'autonomia dell'individuo limitando il proprio intervento alla esatta delimitazione di questa sfera.

Nella dimensione positiva dei diritti fondamentali, si osserva l'integrazione dell'individuo nello Stato che promuove la libertà individuale trasformandola in eguaglianza.

Sullo sfondo di entrambe le dimensioni, si collocano l'incessante lavoro della giurisprudenza che collega i diritti ai bisogni di giustizia, e la sintesi politica del legislatore, che cerca i valori e le regole con cui completare e attuare il disegno costituzionale, nonché il difficile equilibrio fra la Costituzione, i suoi interpreti, la giurisprudenza e l'attività di sintesi politica⁵.

La dimensione negativa dei diritti chiama lo Stato a un intervento repressivo di eventuali violazioni e perciò sembra poter esistere indipendentemente dello Stato: in un mondo perfetto, le libertà negative potrebbero fare a meno dei loro custodi perché nessuno penserebbe di violare l'altrui *libertà*.

La dimensione positiva dei diritti nasce dall'imperfezione del mondo e dalla dolorosa consapevolezza che esistono degli individui meno eguali di altri e che hanno inevitabilmente bisogno di un intervento dello Stato per venire protetti dalla ingiustizia della storia.

La consistenza negativa di un diritto è nelle condizioni dell'azione: lo Stato può intervenire solo se colui che agisce prova di essere il titolare dell'azione e di avere interesse al suo esercizio, coincide con la definizione (ragio-

e *Novecento*, a cura di A. Mazzacane, Napoli, Liguori, 1986, 27 ss.

² L'espressione è di L. VILLARI: L. VILLARI, *Notturmo italiano: l'esordio inquieto del novecento*, Bari – Laterza, 2011.

³ Nelle pagine che seguono si cercherà di dimostrare che la doppia dimensione del diritto fondamentale può orientare la soluzione di bisogni di giustizia particolarmente urgenti, come è nel caso del diritto di asilo, o del diritto a scegliere le modalità con cui terminare la propria esperienza terrena, o di scegliere una cura che non ha una consistenza scientifica certa.

⁴ Molto classicamente: G. JELLINEK, *Sistema dei diritti pubblici subbiettivi*, trad. it. a cura di G. Vitagliano, Milano, 1912, 115, in cui la libertà è «esenzione da costrizioni legali» e lo Stato si pone «in posizione logicamente ed ontologicamente anteriore rispetto all'individuo, sicché i diritti soggettivi (non casualmente accompagnati dall'aggettivazione svalutativa di "pubblici") non costituiscono l'esplicitazione di uno spazio di libertà individuale, quanto l'espressione e il prodotto di una espressa concessione statale» (G. SCACCIA, *Il principio di proporzionalità*, in AA. VV., *L'ordinamento europeo. V. I - I principi dell'Unione*, a cura di S. MANGIAMELI, Milano – Giuffrè, 2006, part., 229).

⁵ C. CASTRONOVO, *L'aporia fra ius dicere e ius facere*, in *Europa e Diritto Privato*, fasc.4, 2016, pag. 981.

nevole) del diritto e del bisogno alla giustizia⁶. La consistenza positiva di un diritto è il riflesso soggettivo delle *regole, valori, principi* su cui si fonda la struttura politica della comunità e che individuano in quali casi lo Stato deve intervenire per assicurare a tutti ciò che alcuni possiedono senza bisogno del suo intervento.

La distanza fra le due figure è estrema se s'immagina che i diritti negativi possano esistere indipendentemente dalla loro definizione da parte dell'ordinamento giuridico ovvero che i diritti positivi esistano esclusivamente per mezzo della loro definizione. Si avvicinano se invece si ritiene che i diritti negativi possano esistere solo per mezzo della loro definizione da parte dell'ordinamento giuridico e che i diritti positivi, in quel loro nucleo che li deriva direttamente dalle radici più intime del sentimento di eguaglianza, esistano anche indipendentemente dalla loro definizione⁷.

Le due dimensioni convivono perché la dimensione negativa ha un per un verso un nucleo innato di *agere licere*, che viene percepito indipendentemente dalla sua definizione per mezzo della sintesi politica e dell'esperienza giurisprudenziale e per un altro verso è espressione – riflesso soggettivo – delle *regole, valori, principi* sulle quali si fonda la struttura politica della comunità.

Eguale, la dimensione positiva dei diritti fondamentali non è solo il riflesso soggettivo delle *regole, valori, principi* su cui si fonda la struttura politica della comunità, è anche – in quel nucleo che si è detto collegando queste libertà al diritto di essere eguali a chi non ha bisogno dello Stato per essere eguale a noi – l'oggetto di un intervento dello Stato altrettanto inevi-

⁶ Vedi, F. PIRAINO, *Per una teoria della ragionevolezza in diritto civile*, in *Europa e Diritto Privato*, fasc.4, 2014, pag. 1287.

⁷ Di Martino nella sua relazione individua a questo proposito il criterio della concordanza pratica come strumento per mettere in dialogo le due dimensioni dei diritti fondamentali. Sulla concordanza pratica, Su ciò, v. K. HESSE, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Heidelberg, 1999, 127 ss. e P. HÄBERLE, *I diritti fondamentali nello Stato delle prestazioni*, in ID., *Cultura dei diritti e diritti della cultura nello spazio costituzionale europeo*, Milano 2003, per il quale «il procedimento può garantire una compensazione tra opposti punti di vista prima che si arrivi ad un conflitto, ponendosi come il veicolo per il raggiungimento della “concordanza pratica” (Hesse) tra i diritti fondamentali e lo Stato delle prestazioni». Sembra anche l'impostazione di G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Torino, 1992, part. 13 ss. ed è significativo che l'espressione ricorra nella relazione di M. CARTABIA, *I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana*, alla Conferenza trilaterale delle Corti costituzionali italiana, portoghese e spagnola tenuta a Roma il 24 – 26 ottobre 2013: «la Corte costituzionale [...] nei giudizi di bilanciamento dei diritti insiste sull'impossibilità di fissare una volta per tutte un rapporto gerarchicamente predeterminato tra gli elementi in gioco ed esige un bilanciamento dinamico, in concreto, non astrattamente prestabilito. Per analoghe ragioni, la Corte sospetta delle previsioni legislative non sufficientemente duttili e perciò impermeabili all'imprevedibile varietà del reale e quindi alle specifiche esigenze del caso». Il criterio della concordanza pratica è il piano su cui i diritti e i valori che in astratto possono apparire in conflitto trovano in concreto il modo di convivere.

tabile, per la costruzione della idea di cittadinanza democratica, di quello a tutela della vita umana o della proprietà individuale.

2. Talmente caduchi da essere eterni

I diritti fondamentali consistono di entrambe le dimensioni ed entrambe le dimensioni dei diritti fondamentali possono essere intese sia in una prospettiva storica che in una dimensione ideale.

Il piano storico è particolarmente evidente per la dimensione positiva dei diritti fondamentali perché le *regole, valori, principi* sui quali una collettività si fonda cambiano significativamente nel tempo⁸ e non sono affatto immuni dalla dimensione economica.

Le regole che rendono azionabile una pretesa all'eguaglianza con chi non ha bisogno di regole per essere eguale a noi sono condizionate dai contesti in cui vengono elaborate sia sul piano politico che su quello antropologico – sociale ed economico⁹.

Nella dimensione negativa il valore formale dell'eguaglianza resiste alla dimensione del tempo e svela il significato storico dei diritti fondamentali siccome collegato direttamente al valore della persona: se i diritti dipendono dalla storia, il diritto costituzionale perde una delle sue principali ragioni di essere, che è consentire alle libertà individuali di sopravvivere alle forze materiali del potere e del mercato¹⁰.

Dimensione storica e dimensione ideale dei diritti convivono, nella stessa misura in cui convivono la dimensione positiva e quella giurisprudenziale¹¹.

E' davvero difficile immaginare una decisione circa il diritto del portatore di una malattia sessualmente trasmissibile alla riproduzione medicalmente assistita al di fuori di una norma elaborata dal legislatore sulla base della interpretazione delle *regole, valore, principi* su cui si fonda la convivenza¹²

⁸ Con riferimento all'esperienza del Regno Unito, ma le considerazioni sembrano poter essere generalizzate: R. CRANSTON, *Legal Foundations of the Welfare State*, London, Weidenfeld and Nicolson, 1985.

⁹ M. D'ALBERTI, *L'Unione europea e i diritti*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2016, 791; C. PINELLI, *Berlino, Bruxelles e la nuova disciplina del bilancio e del debito pubblico*, in *Studi on. Augusto Fantozzi e Andrea Fedele*, cit. in Id., *Il doppio cappello dei governi fra Stati e Unione europea*, ivi, 639.

¹⁰ Per G. AZZARITI, *Verso la democrazia attraverso i diritti*, in *Pol. dir.* 2013, part. 8, «la via giurisdizionale alla realizzazione dei diritti fondamentali a livello sovranazionale» sconta l'errore di «non aver ben valutato che, lasciati soli, sarebbero stati sopraffatti dalle forze materiali e dal vento del tempo, che ai diritti delle persone preferiscono dar voce agli interessi del mercato».

¹¹ M. CAVINO e C. TRIPODINA, nella loro introduzione al volume *La tutela dei diritti fondamentali fra diritto politico e diritto giurisprudenziale: casi difficili alla prova*, Milano, 2013, osservano come il rapporto fra politica e giurisprudenza, fra legge e giurisprudenza nella costruzione dei diritti fondamentali è simile alle maree.

¹² Sul tema, M. DOGLIOTTI, *Procreazione assistita: le Linee Guida del 2008*, in *Fam. dir.*,

come è difficile non riconoscere natura politica alla decisione circa le vaccinazioni o le cure obbligatorie¹³.

Lo stesso accade quando la struttura positiva del diritto è affidata a un servizio pubblico, dove la tensione fra il valore del bene tutelato, il costo della tutela e i vincoli sovranazionali in materia di politiche pubbliche è difficilmente conciliabile sul piano costituzionale per mezzo di decisioni generali e astratte¹⁴.

I diritti fondamentali sono costretti a dialogare con l'Unione Europea e con i vincoli di bilancio che discendono dall'adesione alla moneta unica¹⁵ e incidono sull'attuazione della dimensione positiva dei diritti fondamentali ma anche sulla corretta interpretazione della loro dimensione negativa¹⁶.

La coesione economica, sociale e territoriale degli artt. 174 – 178, TFUE è uno degli elementi che definiscono il contesto in cui si muovono i diritti fondamentali come strumenti di cittadinanza.

La cittadinanza dei diritti fondamentali è anche una cittadinanza che adempie ai propri doveri di solidarietà: la solidarietà, anche intesa come dovere, costituisce il collegamento fra la dimensione positiva e la dimensione negativa dei diritti fondamentali¹⁷. Collega il bisogno di giustizia di chi

2008, 749 ss.

¹³ Vedi C. BRIGNONE, *Punti fermi e questioni aperte in materia di rifiuto di cure: la prospettiva civilistica*, in *Dir. fam. Persone*, 2010, 1311.

¹⁴ A. MASSERA, *Accesso ai servizi pubblici e principio di eguaglianza*, in *Quaderni sul principio di eguaglianza*, a cura di P. Bianchi e S. Panizza, Padova, Cedam, 2008, p. 159 ss.; D. SORACE, *Diritto delle amministrazioni pubbliche*, Bologna - Il Mulino, 4a ed., 2007, p. 119 ss.; S. TORRICELLI, *Il mercato dei servizi di pubblica utilità*, Milano - Giuffrè, 2008; F. GIGLIONI, *L'accesso al mercato nei servizi di interesse generale*, Milano - Giuffrè, 2008.

¹⁵ Vedi M. LUCIANI, *Costituzione, bilancio, diritti e doveri dei cittadini*, 6 febbraio 2013, in www.astrid-online.it; F. BILANCIA, *Note critiche sul c.d. "pareggio di bilancio"*, 17 aprile 2012, in www.rivistaaic.it; G.L. TOSATO, *La riforma costituzionale del 2012 alla luce della normativa dell'Unione: l'interazione fra i livelli europeo e interno*, Seminario su "Il principio dell'equilibrio di bilancio secondo la riforma costituzionale del 2012", Roma, Palazzo della Consulta, 22 novembre 2013, in www.cortecostituzionale.it; Id., *La riforma costituzionale sull'equilibrio di bilancio alla luce della normativa dell'Unione: l'interazione tra i livelli europeo ed interno*, in *Riv. dir. int.*, vol. I, 2014; AA.VV., *Dalla crisi economica al pareggio di bilancio: prospettive, percorsi e responsabilità*, Atti del 58° Convegno di studi di scienza dell'amministrazione, Varenna, Villa Monastero, 20-22 settembre 2012, Milano, 2013; A. BRANCASI, voce *Bilancio (equilibrio di)*, in *Enc. dir.*, Milano, 2014, Annali, vol. VII, p. 178 ss.

¹⁶ Vedi L. PRINCIPATO, *Unione europea e diritti costituzionali: ossimoro o sineddoche*, in *Giur. cost.*, 2016, 815, che cita M. Luciani al convegno AIC di Torino del 2011 (*Unità nazionale e struttura economica. La prospettiva della Costituzione repubblicana*, relazione al Convegno annuale dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti "Costituzionalismo e costituzione nella vicenda unitaria italiana", Torino 27-29 ottobre 2011): «Si riprenda la politica quel che le è proprio, senza pretendere — è ovvio — di ridurre la giurisdizione a semplice techne e il giudice ad automate, ma senza abdicare alla propria funzione sistemica».

¹⁷ F.D. BUSNELLI, *Il principio di solidarietà e l'attesa della povera gente oggi*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, fasc.2, 2013, pag. 413. Sulla dimensione del dovere, F. GRANDI, *Questioni di*

senza l'intervento dello Stato non potrebbe essere eguale a chi comunque è destinato a essere più uguale di lui, alla pretesa di non subire interferenze nella propria vita che non siano giustificabili nella stessa maniera per tutti gli individui.

C'è fra la dimensione negativa, la dimensione positiva dei diritti fondamentali e la solidarietà una *simbiosi* ideale per cui è nella chiave della solidarietà che si possono comprendere i diritti fondamentali, privandoli di qualsiasi valore egoistico e interpretandoli come strumento di coesione sociale.

3. La solidarietà amministrata

Le due dimensioni positiva e negativa del diritto fondamentale individuano un diverso modo di intendere l'intervento dello Stato nella protezione degli individui.

Meritano di essere lette oltre l'intervento dello Stato per la tutela del diritto individuale al pieno sviluppo della personalità.

L'art. 32, Cost. nel tutelare la salute come diritto individuale si rivolge alla Repubblica e perciò allo Stato – comunità e non solo allo Stato – apparato. La salute e lo stesso diritto a un ambiente salubre¹⁸ sono il punto di riferimento di una obbligazione cui è tenuto da una parte lo Stato, in una dimensione positiva, e, dall'altra parte, tutti i cittadini in una dimensione non solo negativa ma per effetto della solidarietà anche positiva.

Lo stesso si può dire della tutela del patrimonio culturale che l'art. 9, Cost. affida alla Repubblica perché rappresenta l'identità della nazione¹⁹.

Sia nell'uno che nell'altro caso, un bene individuale viene affidato a una solidarietà amministrata dei cittadini che sono sia i destinatari che i promotori della tutela. La salute, come diritto inviolabile, è oggetto dell'intervento attivo dello Stato ma anche degli obblighi di promozione posti a carico di

coscienza del pubblico potere: risvolti costituzionali della fedeltà / infedeltà della pubblica amministrazione, in *Giur. cost.* 2016, 1288. Per N. LIPARI, *Persona e mercato*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2010, 735: «Nel quadro costituzionale emergono valori ai quali non corrispondono né diritti né libertà e che si impongono agli uni e alle altre perché ispirano l'intero ordine costituzionale e creano non diritti, ma "doveri inderogabili" per tutti i consociati, doveri incidenti anche sul territorio dei rapporti economici».

¹⁸ C. FELIZIANI, *Il diritto all'ambiente salubre nella recente giurisprudenza della Corte di giustizia e della Corte EDU in materia di rifiuti: due approcci differenti*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.* 2012, 999.

¹⁹ M. CECCHETTI, *Art. 9*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, vol. I, Torino, 2006; F. MERUSI, *Art. 9*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di G. BRANCA, Bologna-Roma, 1975 ma anche S. MERLINI, *La promozione della cultura e della scienza nella Costituzione italiana*, in *Libertà costituzionali e limiti amministrativi*, Padova, 1990, pp. 392 ss.; M. AINIS e M. FIORILLO, *L'ordinamento della cultura*, Milano, 2015. Vale, ovviamente, la pena ricordare lo sfondo delle riflessioni di N. BOBBIO, *Politica e cultura*, Torino, 1955.

tutti gli individui, ad esempio, dalla disciplina ambientale che obbliga all'intervento nel senso della valorizzazione, della bonifica, del ripristino. Tale intervento – esemplare il caso della bonifica dei siti inquinati ad opera del proprietario incolpevole²⁰ – si colloca all'interno di una solidarietà amministrata

²⁰ Vedi M. G. PULVIRENTI, *La riconversione dei siti inquinati*, in *Riv. giur. ed.* 2015, 250; R. Leonardi, *La responsabilità in tema di bonifica dei siti inquinati: dal criterio soggettivo Chi inquina paga al criterio oggettivo Chi è proprietario paga*, ivi, 1, nonché R. AGNOLETTI, *I settori delle discipline ambientali*, in *Trattato di diritto dell'ambiente*, diretto da R. Ferrara, M.A. Sandulli, Milano, I, 2014, 443 ss.; S. GRASSI, *La bonifica dei siti contaminati*, ivi, 687 ss.; G. ACQUARONE, *L'accertamento del danno ambientale*, ivi, vol. II, 371; R. INVERNIZZI, *Inquinamenti risalenti, ordini di bonifica e principio di legalità CEDU: tutto per l'«ambiente»?*, in *Urb. e app.*, 2014, 8-9, 967; V. CORRIERO, *La «responsabilità» del proprietario del sito inquinato*, in *Resp. civ. e prev.*, 2011, 2440 ss.; P.M. VIPIANA PERPETUA, *L'istruttoria nei procedimenti di bonifica dei siti inquinati*, in *Urb. e app.*, 2010, 1133; V. CINGANO, *Profili procedurali nella bonifica dei siti contaminati di interesse nazionale: tra disciplina generale e disciplina di settore*, in *Foro amm.-T.A.R.*, 2010, 7-8, 2365; R.F. IANNONE, *L'azione di bonifica non grava sul proprietario incolpevole del sito contaminato*, in *Riv. giur. amb.*, 2010, 2, 379; E. POMINI, *L'onere reale nella bonifica dei siti contaminati*, ivi, 2010, 6, 1015; A. CARAPPELLUCCI, *«Chi inquina paga»: il punto su responsabilità dell'inquinatore e proprietario incolpevole nella bonifica dei siti inquinati*, in *Resp. civ. e prev.*, 2010, 9, 1885; A.L. DE CESARIS, *Bonifica dei siti inquinati*, in *Codice dell'ambiente*, a cura di, A.L. De Cesaris, S. Nespore, Milano, 2009, Agg. 2011, 669 ss.; F. FERRARA, *La bonifica dei siti inquinati*, in AA.VV., *Studi sul codice dell'ambiente*, Torino, 2009, 344 ss.; S. BAIONA, *Nessuna responsabilità oggettiva in capo al proprietario «incolpevole» per l'abbandono di rifiuti sul fondo di sua proprietà*, in *Riv. giur. amb.*, 2009, 10, 2127; D. DIMA, *Bonifica dei siti inquinati: criteri di imputazione e mezzi di accertamento della responsabilità*, in *Urb. app.*, 2009, 11; L. PRATI, *La giurisprudenza in tema di bonifiche dopo il d. lgs. n. 152/2006*, in *Riv. giur. amb.*, 2008, 838; M. LOTTINI, *Bonifica di siti inquinati da fanghi di risulta della depurazione delle acque reflue urbane: tra potere di ordinanza extra ordinem e principio di prevenzione*, in *Foro amm.-T.A.R.*, 2007, 4, 1444; F. DE LEONARDIS, *Il principio di precauzione nell'amministrazione del rischio*, Milano, 2005; A. AMOROSO, *Nuovi rilievi sull'attività volta all'accertamento della responsabilità dell'inquinamento del sito*, in *Riv. giur. amb.*, 2006, 6, 318; F. GOISIS, *La natura dell'ordine di bonifica e ripristino ambientale ex art. 17 d. lgs. n. 22 del 1997: la sua retroattività e la posizione del proprietario non responsabile della contaminazione*, in *Foro amm.-C.d.S.*, 2004, n. 2, 567; A.L. DE CESARIS, *La responsabilità per inquinamento e la «posizione di garanzia» nella normativa sulla bonifica dei siti contaminati*, in *Riv. giur. amb.*, 2003, 159; P. CARPENTIERI, *Bonifica e ripristino ambientale dei siti contaminati*, in *Ambiente*, 2002, 9; C. VIVIANI, *Bonifica dei siti contaminati e danno ambientale*, in P.M. Vipiana, C. Videtta (a cura di), *La bonifica dei siti inquinanti: aspetti problematici*, Padova, 2002; G. MANFREDI, *La bonifica dei siti inquinati tra sanzioni, misure ripristinatorie e risarcimento del danno all'ambiente*, in *Riv. giur. amb.*, 2002, n. 5, 667; F. GIAMPIETRO, *Danno all'ambiente e bonifica dei siti inquinati: due discipline a confronto*, ivi, 2002, 649; A.L. DE CESARIS, *La disciplina per la bonifica e il ripristino dei siti contaminati*, ivi, 2002, 355; R. LOMBARDI, *Il problema dell'individuazione dei soggetti coinvolti nell'attività di bonifica dei siti contaminati*, in P.M. Vipiana Perpetua (a cura di), *La bonifica dei siti inquinati: aspetti problematici*, Padova, 2002, 111 ss.; L. PRATI, *Il danno da inquinamento e la disciplina delle bonifiche: l'aspetto della responsabilità civile*, in B. Pozzo (a cura di), *La nuova responsabilità civile per danno all'ambiente. Le problematiche italiane alla luce delle iniziative dell'Unione europea*, Milano, 2002, 147 ss.; M. SANTOLOCI, *La responsabilità soggettiva del proprietario del terreno per la bonifica dei siti inquinati*, in *Dir. giur. agr.*, 2001, 742.

che dispone del benessere della collettività per mezzo della collettività stessa e al di fuori di un intervento statale nel senso classico dello Stato sociale.

La gestione della cultura si avvicina molto a questo modello²¹: la proprietà del bene culturale comporta degli oneri diretti alla soddisfazione di un interesse collettivo secondo lo schema della solidarietà amministrata che si è provato a enunciare.

Le formazioni sociali possono essere uno strumento di solidarietà ma il pluralismo sociale protegge e minaccia i diritti fondamentali, secondo un meccanismo che è facilitato dalla flessibilità nel rapporto fra giurisprudenza e legislazione²². Le formazioni sociali sono uno strumento ambivalente, di realizzazione della persona ma anche di conformazione dell'individuo ai loro statuti. La prospettiva istituzionale deve essere sempre considerata dal punto di vista del fine che è chiamata a servire.

Su questo piano la sussidiarietà può emergere anche come dilemma pubblico / privato e il terzo settore può essere uno strumento di garanzia dei diritti fondamentali in grado di oltrepassare i limiti dell'intervento pubblico²³, ridimensionando e ripensando il ruolo della pubblica amministrazione nella definizione in positivo dei diritti fondamentali.

Il ruolo delle formazioni sociali nella solidarietà amministrata orienta la dimensione positiva del diritto fondamentale secondo le posizioni originarie di cui le formazioni sociali sono portatrici, con una funzionalizzazione dei diritti fondamentali – una privatizzazione del loro contenuto, ma anche un condizionamento dei loro titolari – che può contrastare con l'essenza del diritto fondamentale²⁴.

Anche sotto questo aspetto, la dimensione positiva e quella negativa del diritto fondamentale sono strettamente interconnesse perché spetta allo Stato vigilare sulla quantità di interferenza ammissibile nel momento in cui le formazioni sociali concorrono a definire il contenuto di un diritto individuale.

²¹ G. SEVERINI, *Il patrimonio culturale e il concorso dei privati alla sua valorizzazione*, in *Riv. giur. ed.* 2015, 322.

²² C. PANZERA, *Tutela dei diritti fondamentali, tecniche di normazione e tipologia delle pronunce costituzionali (la "rivoluzione della flessibilità")*, in *Tecniche di normazione e tutela giurisdizionale*, a cura di A. Ruggeri-L. D'Andrea-A. Saitta-G. Sorrenti, Torino, 2007, 289 ss.; L. D'ANDREA, *Ragionevolezza e legittimazione del sistema*, Milano – Giuffrè, 2005.

²³ M. CAMMELLI, *Amministrazione e mondo nuovo: medici, cure, riforme*, in *Dir. amm.* 2016, 9 che consiglia la massima attenzione nel momento in cui si afferma che il ruolo della pubblica amministrazione si sarebbe ridimensionato «grazie al trasferimento di quote significative dei compiti fin qui svolti all'esterno e ad altro titolo: in termini di sussidiarietà, ai soggetti della società civile (famiglie, associazioni, terzo settore, volontariato, non profit); in chiave di restituzione al mercato, alle imprese e agli operatori economici».

²⁴ Si tratta di un fenomeno non molto diverso e non molto lontano dalla funzionalizzazione dell'attività informativa nel suo contrasto con la dimensione individuale della libertà di pensiero, secondo quanto insegnato e teorizzato da C. Esposito, *La libertà di manifestazione di pensiero nell'ordinamento giuridico*, Milano – Giuffrè, 1958.

4. Centralità diffuse

I diritti umani si fondano sull'idea di cittadinanza, sono aspettative che si giustificano per effetto dell'esistenza dello Stato e della rilevanza istituzionale delle autonomie individuali.

La crisi della cittadinanza non è solo una crisi nazionale è soprattutto una crisi europea²⁵ ed è crisi del luogo capace di determinare – in maniera democraticamente efficiente – il contenuto dei diritti sia nella loro dimensione positiva che in quella negativa²⁶. La cittadinanza europea può essere considerata come una matrice culturale oltre che come adesione a un luogo di sintesi politica²⁷. Però, seguendo questa direttrice, si smarrisce l'idea di un fondamento positivo per i diritti individuali attraverso la sovranità statale, e si orienta la ricerca verso la centralità dei valori della cittadinanza per la costruzione dei diritti.

Il lavoro dell'art. 1, Cost. rappresenta la definizione stessa della repubblica italiana e costituisce una delle matrici dei diritti fondamentali²⁸. Coniugare i diritti fondamentali al principio lavorista, leggere i diritti fondamentali attraverso il principio lavorista e considerare il principio lavorista come motore di protezione dei diritti fondamentali conduce a una lettura del lavoro come dignità²⁹. Il lavoro produce la dignità della persona perché ne configura i diritti in senso positivo e nello stesso tempo la dignità del lavoratore configura la sua protezione nei confronti del datore di lavoro e, prima ancora, del bisogno di lavoro.

²⁵ G. NAPOLITANO, *La crisi di legittimazione e di capacità amministrativa dell'Europa*, in *Riv. trim. dir. pubbl.* 2016, 717; S. CASSESE, *Stato in trasformazione*, ivi, 331.

²⁶ CASSESE, op. cit., osserva che la crisi della cittadinanza è una crisi di sovranità. La crisi di sovranità, per i diritti fondamentali, è una crisi definitoria, perché cade il valore non solo procedurale ma anche assiologico su cui si fonda la riserva di legge e perciò la giurisdizione si espande anche in chiave di sintesi politica. Sulla cittadinanza europea: C. PINELLI, *Cittadinanza europea*, in *Enc. dir.*, Ann. I, Milano 2007, 193.

²⁷ Cfr. A. VON BOGDANDY e M. IOANNIDIS, *Il deficit sistemico nell'Unione europea*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2014, 593.

²⁸ Vedi T. GROPPI, «*Fondata sul lavoro*». *Origini, significato, attualità della scelta dei costituenti*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2012, 665 che osserva: «esiste un legame stretto tra la formula dell'art. 1 e le altre disposizioni in materia di lavoro e più in generale di diritti sociali, nel senso che la Costituzione italiana, distaccandosi dal costituzionalismo ottocentesco, prende atto pienamente della necessità di riequilibrare i rapporti sociali in favore dei soggetti più deboli».

²⁹ Sulla dignità, D. AMIRANTE, *La dignità dell'uomo nella legge fondamentale di Bonn e nella Costituzione italiana*, Milano, 1971; G. FERRARA, *La pari dignità sociale (Appunti per una ricostruzione)*, in Studi in onore di G. Chiarelli, II, Milano - Giuffrè, 1974, p. 1087 ss.; F. BARTOLOMEI, *La dignità umana come concetto e valore costituzionale*, Torino, 1987; G. ALPA, *Dignità. Usi giurisprudenziali e confini concettuali*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1997, II, p. 415 ss.; G. RESTA, *La disponibilità dei diritti fondamentali e i limiti della dignità*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, II, p. 801 ss.; G. PIEPOLI, *Dignità e autonomia privata*, in *Pol. dir.* 2003, 45; Id., *Tutela della dignità e ordinamento della società secolare europea*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2007, p. 23 ss.

Lavoro e dignità rappresentano sicuramente uno dei luoghi di produzione dei diritti fondamentali che segue lo schema indefinito e incessante delle dinamiche sociali nel loro divenire normativo per effetto delle clausole costituzionali e, in particolare, del principio personalista³⁰: i diritti fondamentali si spiegano per mezzo di categorie generali che indicano con capacità normativa il valore della Costituzione nel guidare, attraverso le dinamiche sociali, sia l'attività di sintesi politica che l'interpretazione giurisdizionale.

Il principio personalista consente di collegare i diritti fondamentali in una trama unitaria, valorizzandone la capacità di fare sistema e di sorreggersi reciprocamente, con una forza liquida e mutevole. Le dinamiche sociali condizionano il contenuto dei diritti fondamentali la cui consistenza si colloca al di là delle dinamiche sociali. I valori che fondano e giustificano i diritti fondamentali guidando l'attività di sintesi politica e di interpretazione necessaria per la loro definizione normativa e giurisprudenziale si collocano in una dimensione costituzionale e storica. Ma il risultato della combinazione fra questi valori, le norme di diritto politico con cui il legislatore li ha interpretati, le sentenze e gli altri provvedimenti con cui la giurisprudenza li ha mischiati nella materia oscura dei litiganti è inevitabilmente liquido nel senso di Baumann, perché dipende dall'attimo sociale ed è quindi in continua trasformazione³¹.

Le dinamiche sociali e la trasformazione della società, fermo il valore della dignità umana, obbligano a considerare i diritti della persona con riferimento a ciò che è considerato "naturale" in un determinato momento storico, ciò che il legislatore può considerare oggi come una famiglia non è lo stesso fenomeno che avevano presente i costituenti e potrebbe non essere la stessa formazione sociale che vedremo fra qualche lustro³².

I diritti individuali vivono di una consistenza ideale e immutabile con riferimento alla loro consistenza assiologica ma non anche con riferimento alla loro configurazione quotidiana, che è liquida come è liquida la società di oggi.

³⁰ Cfr. A. RUGGERI, «Nuovi» diritti fondamentali e tecniche di positivizzazione, in *Studi in onore di Manlio Mazziotti Di Celso*, II, Padova - Cedam, 1995, 632; A. D'ALOIA, *Prefazione in Diritti e Costituzione. Profili evolutivi e dimensioni inedite*, Milano - Giuffrè, part. 14.

³¹ La continua mutevolezza dell'ordinamento è particolarmente evidente nell'interpretazione del riferimento all'ordine pubblico di cui alla l. n. 218/95, inteso come ordine pubblico internazionale. La Cassazione ha precisato che l'ordine pubblico internazionale rinvia al «complesso di principi fondamentali caratterizzanti l'ordinamento interno in un determinato periodo storico o fondati su esigenze di garanzia, comuni ai diversi ordinamenti, di tutela dei diritti fondamentali dell'uomo» (Cass. 26 aprile 2013, n. 10070, ma vedi anche, in punto di protezione della vita familiare delle coppie omosessuali e dei loro figli: App. Napoli, 5 aprile 2016, App. Milano, 1° dicembre 2015, n. 2543).

³² Sulla famiglia come luogo di svolgimento dei diritti fondamentali, anche se in una chiave diversa da quella proposta nel testo: G. CERRINA FERONI, T.E. FROSINI, *La tutela della famiglia nelle democrazie contemporanee: tra pluralismo dei modelli e multiculturalismo*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2010, p. 392.

C'è nei diritti inviolabili un contenuto minimo che si accompagna e oltrepassa la garanzia di istituto³³, ma che non esclude la loro capacità di adeguarsi allo spirito dei tempi. L'adeguamento della garanzia d'istituto allo spirito dei tempi è uno dei significati forti, anche sul piano assiologico, della riserva di legge rinforzata in materia di libertà costituzionali³⁴. Attraverso la legge e, in particolare, nell'interpretazione che di una libertà fondamentale si va a dare con la sua traslitterazione rinforzata, il legislatore completa il tessuto costituzionale adeguandolo a una società in continuo ed incessante cambiamento³⁵: Le riserve di legge in materia di libertà fondamentali possono essere intese non solo come attribuzione sul piano formale della disciplina di una determinata materia alla fonte legislativa ma anche, sul piano sostanziale, come vincolo per il legislatore di regolare la libertà secondo le caratteristiche di una società democratica, modellando la garanzia di istituto sulla società per come la stessa si presenti in quel momento³⁶.

Il modello della garanzia di istituto si pone criticamente nei livelli essenziali delle prestazioni (cd. LEP)³⁷ che rappresentano il minimo inevitabile di una prestazione che deve essere garantita con riferimento alla dignità di colui che ne ha bisogno e perciò diritto.

I LEP sono l'oggetto di una scelta legislativa in cui si opera un delicato bilanciamento fra il bisogno / diritto dell'individuo e le altre esigenze avver-

³³ La definizione è di L. Mengoni: L. MENGONI, *Fondata sul lavoro: la repubblica tra diritti inviolabili dell'uomo e doveri inderogabili di solidarietà*, in *Costituzione, lavoro, pluralismo sociale* (a cura di M. Napoli), Milano – Giuffrè, 1998.

³⁴ Osserva F. Denti, *La tutela della privacy e dell'esclusività del patrimonio informativo alla prova del sequestro dei dati informativi*, in *Resp. Civ. Previdenza*, 2016, 1304 che l'art. 8, Cedu impone al legislatore nazionale di limitare la privacy solo per le ragioni che la Cedu individua come essenziali a un sistema democratico. L. Principato, *Unione europea e diritti costituzionali: ossimoro o sineddoche*, cit., osserva che la Carta di Nizza non prevede riserve rinforzate ma solo rinvii al legislatore nazionale per compilare le garanzie di istituto delle diverse libertà fondamentali. Sulla natura rinforzata di una riserva di legge, in materia di assistenza, vedi Corte cost. 296/2012.

³⁵ In questa linea, A. CANDIDO, *LIVEAS o non LIVEAS. Il diritto all'assistenza e la riforma dell'ISEE in due pronunce discordanti*, in *Giur. Cost.* 2012, 4615 che osserva come sia la legge che deve decidere il modo di attuazione del diritto all'assistenza e del principio di solidarietà economica e sociale in tempi di crisi economica.

³⁶ Osserva, con riferimento alla regola dell'accesso per concorso al pubblico impiego, come la riserva di legge in senso formale sia stata rinforzata in senso sostanziale: A. PERTICI, *I limiti di derogabilità della regola del concorso pubblico per l'accesso ai pubblici impieghi: una riserva di legge (sempre più) rinforzata in via giurisprudenziale*, in *Giur. Cost.*, 2010, 3604 e, in termini analoghi, A. BLASINI, *Le ragioni del concorso pubblico per l'accesso ai pubblici impieghi: validità di un principio nell'evoluzione del diritto amministrativo*, in *Foro Amm. - C.d.S.* (II), 2012, 1483.

³⁷ C. PANZERA, *I livelli essenziali delle prestazioni secondo i giudici comuni*, in *Giur. cost.*, 2011, 3371 ss., per il quale «l'eguaglianza di cui si parla in relazione alla clausola dei LEP non è uniformità nel "massimo possibile" bensì nel "minimo necessario", nel senso appunto di "essenziale"». Vedi sui LEP: F. Astone, M. Caldarera, F. Manganaro, A. Romano Tassone, F. Saitta (a cura di), *Le disuguaglianze sostenibili nei sistemi autonomistici multilivello*, Torino – Giappichelli, 2006.

tite dal legislatore come in grado di condizionare la soddisfazione di questo bisogno.

La discrezionalità del legislatore, drammaticamente evidente nel caso della procreazione medicalmente assistita e della soddisfazione per via normativa dell'*incoercibile determinazione di avere figli*³⁸, stride con l'idea di una garanzia di istituto in assenza di principi in grado di guidare – e indirizzare vincolando – sul piano costituzionale la decisione politica.

I LEP operano come misura economica dell'eguaglianza³⁹ trasferendo la garanzia d'istituto sul piano della competizione sottesa al federalismo fiscale e gestendo le torsioni verso gli eccessi di differenziazione che la dialettica fra le autonomie può generare, ma si tratta di una misura, appunto, economica, la cui "giustizia" non opera sul piano della promozione e della tutela di un diritto inteso come valore misurato sulla dignità della persona bensì su quello della non discriminazione fra coloro che hanno bisogno dell'intervento dello Stato per essere eguali a chi non ha bisogno di questo intervento per essere eguali a loro.

La misura dell'eguaglianza è complicata nel caso in cui l'eguaglianza di chi vi ha diritto si pone su un piano diverso rispetto all'eguaglianza di chi non ha bisogno di alcun intervento dello Stato: l'integrazione degli alunni stranieri nelle classi italiane non può non ignorare sostanzialmente la lingua di origine di questi bambini per privilegiare la lingua italiana⁴⁰. Il diritto di ogni bambino all'istruzione, che è diritto a saldare alla propria esperienza (al repertorio del vissuto prescolastico ed extrascolastico del bambino) le nozioni ministeriali, si articola diversamente a seconda della lingua di provenienza degli alunni e non è possibile immaginare un LEP diverso dall'intervento caso per caso a tutela dei singoli bisogni educativi⁴¹.

³⁸ Sul diritto alla fecondazione, C. TRIPODINA, *Il "diritto al figlio" tramite fecondazione eterologa: la Corte costituzionale decide di decidere*, in *Giur. cost.* 2014, 2593, che osserva: «una cosa è il *divieto* di porre in essere scelte politiche finalizzate a ostacolare, anziché agevolare, la formazione della famiglia (art. 31 Cost.); altra cosa è il *dovere* di porre in essere scelte politiche volte a rimuovere gli ostacoli che la natura oppone alla procreazione».

³⁹ F. SAIITO, *La legge delega sul "federalismo fiscale": i livelli essenziali delle prestazioni come misura economica dell'eguaglianza*, in *Giur. cost.* 2010, 2817.

⁴⁰ Le Linee guida per l'integrazione degli alunni stranieri adottate dal MIUR e datate febbraio 2014 sono piuttosto significative nel senso di una differenziazione inevitabile fra gli alunni stranieri e gli alunni di lingua italiana: gli alunni stranieri meritano di essere accolti e di essere accompagnati verso una consapevolezza linguistica equivalente a quella degli alunni di lingua italiana ma la loro lingua resta una lingua straniera e non esiste alcun diritto a ricevere una educazione scolastica nella lingua di origine.

⁴¹ Nelle Linee guida febbraio 2014 si fa cenno a interventi che mirano all'accoglienza ma che si sviluppano in maniera sensibilmente diversa a seconda delle singole realtà e delle professionalità degli educatori, che possono utilizzare le lingue degli studenti: i cartelloni plurilingua di benvenuto, le fiabe, le parole in prestito sono tutti strumenti che traggono l'accoglienza ma che non esprimono un diritto al multiculturalismo.

Il multiculturalismo, in altre parole, non si può esprimere per mezzo di strumenti che rinviano alla misura economica dell'eguaglianza e il diritto alla propria cultura⁴², che è riconosciuto a ogni popolo, non si esprime in forma individuale come diritto fondamentale del cittadino straniero, svanendo e trasformandosi in una aspettativa all'accoglienza non appena lo straniero abbandona la propria terra di origine e approda nel sistema scolastico nazionale.

Il diritto alla cultura si svela, invece, quando la protezione dello Stato lo trasforma in un'aspettativa individuale che ha una giuridica consistenza in termini di azionabilità, come può essere del diritto al paesaggio⁴³.

Il diritto al paesaggio, come aspettativa alla tutela della forma esteriore dei luoghi e dei valori culturali espressi da questa forma, può essere considerato un diritto fondamentale perché il paesaggio costituisce uno degli elementi che concorrono a delineare l'identità individuale e la stessa cittadinanza.

Cittadinanza e identità non sono soltanto elementi anagrafici ma anche tratti geografici e una persona esiste anche in relazione al rapporto che intrattiene con il territorio nel quale vive.

Si tratta di una relazione culturale e in profonda evoluzione: la street art e la sua progressiva musealizzazione rappresenta un esempio paradigmatico di come evolve l'idea di patrimonio culturale e, perciò, la rilevanza (soggettivamente liquida?) del patrimonio culturale⁴⁴.

⁴² Sul diritto di ogni popolo alla propria tradizione culturale, vedi M. D'ADDETTA, *The practice of the regional human rights bodies on the protection of indigenous people's right to culture*, in *Riv. giur. ambiente*, 2014, 587. In generale sulla governance dell'immigrazione, E. ROSSI, F. BIONDI DAL MONTE, M. VRENNA (a cura di), *La governance dell'immigrazione. Diritti, politiche, competenze*, Bologna – Il Mulino, 2013.

⁴³ G. F. CARTEI, *La nozione di paesaggio nella convenzione europea del 2000 e nel codice dei beni culturali e del paesaggio*, in *Diritto al paesaggio e diritto del paesaggio*, Atti del Convegno di Lampedusa, 21-23 giugno 2007, a cura di W. CORTESE, Napoli - ES, 2008, p. 82, il quale osserva criticamente che «una volta che la disciplina del paesaggio concerne il tessuto urbano e le zone di espansione, comprende i territori degradati, assume funzioni di interesse generale e benessere sociale, assurge a progetto di trasformazione territoriale, riesce difficile individuare l'ambito proprio da ascrivere ad una materia dai contorni incerti quale quella racchiusa nella formula costituzionale del governo del territorio, ancorché concepita nella accezione di urbanistica». Altrove, si è cercato di distinguere fra una idea forte (*heavy*) di paesaggio e la sua vita "liquida" (G.L. CONTI, *Dal Paesaggio di Predieri ai paesaggi della Convenzione di Firenze*, in *costituzionalismo.it*, 3/10). Sul paesaggio come valore costituzionale e indipendentemente dalla sua consistenza soggettiva: D.M. TRAINA, *Il paesaggio come valore costituzionale assoluto*, in *Giur. cost.* 2007, pag. 4108. Sulla inesistenza di un diritto individuale di azione nel caso di danno al paesaggio, P. FIMIANI, *La risarcibilità del danno alla persona nel caso di illecito ambientale*, in *Giust. civ.* 2010, 93, che ritiene che il paesaggio sia l'oggetto di un interesse pubblico ma non di un'aspettativa individuale sulla base di una interpretazione dell'art. 9, Cost. secondo il suo sviluppo nel codice dei beni culturali.

⁴⁴ B. GRAZIOSI, *Riflessioni sul regime giuridico delle opere della street art: tutela e appartenenza pubblica*, in *Riv. giur. ed.*, 2016, 423; A. DAL LAGO-S. GIORDANO, *Graffiti. Arte e Ordine pubblico*, Bologna – Il Mulino, 2016.

La cultura intesa come diritto fondamentale, nel caso della street art, è conservazione di un fenomeno effimero prima che lo stesso si consolidi per effetto del tempo e del riconoscimento dell'importanza universale di questa forma d'arte. Conservare, in questo caso, è applicazione del principio di precauzione e lettura politica dell'incertezza.

Anche in questo caso, è evidente la duplice dimensione del diritto fondamentale. Da una parte, la cultura è oggetto di una pretesa di libertà e, dall'altra, è la direttrice di un'azione di eguaglianza. E'libertà nella misura in cui assicura all'artista, anche all'artista della street art, la possibilità di esercitare liberamente la sua arte⁴⁵.

5. L'album del subbuglio: l'essenza del diritto fondamentale come giuntura fra Prima e Seconda parte della Costituzione

Se i diritti fondamentali vivono essenzialmente lungo entrambe le dimensioni che si sono delineate, se entrambe le dimensioni concorrono a definire quanto un diritto può essere considerato come fondamentale, allora, può essere interessante cercare di costruire un catalogo dei diritti fondamentali che muova dalla bi-dimensionalità degli stessi, un catalogo che assomiglia a un album in cui i diversi diritti fondamentali sono classificati come se fossero figurine (l'album del subbuglio)⁴⁶.

Ogni classificazione si basa su un modo di vedere la realtà e, perciò, in questa classificazione, la realtà dei diritti fondamentali consiste di due elementi ciascuno dei quali deve coesistere perché una determinata aspettativa possa essere considerata come un diritto fondamentale.

I due elementi sono: (a) l'aspettativa a non essere trattati diversamente da qualsiasi altro individuo senza una giustificazione razionale; (b) l'aspettativa a non essere diversi rispetto a chi non ha bisogno di alcun intervento esterno per essere eguale a noi.

Entrambe queste aspettative hanno una consistenza normativa e descrittiva nel senso che, sul piano normativo, un valore costituzionale si proietta

⁴⁵ L. DIOTALLEVI, *Opera d'arte e diritto al «mezzo» in una sentenza del Tribunale di Milano*, in *Giur. cost.* 2010, 3283.

⁴⁶ Per Foucault (*Le parole e le cose*, ed. it., Milano – Rizzoli, 1998) ogni classificazione si porta dietro un modo di vedere il mondo e non può essere considerata neutrale. Il punto di partenza è una classificazione degli animali nell'Emporio celeste dei conoscimenti benevoli citato in un racconto di Borges (*L'idioma analitico di John Wilkins*): «Codeste ambiguità, ridondanze e deficienze ricordano quelle che il dottor Franz Kuhn attribuisce a un'enciclopedia cinese che s'intitola Emporio celeste di conoscimenti benevoli. Nelle sue remote pagine è scritto che gli animali si dividono in (a) appartenenti all'Imperatore, (b) imbalsamati, (c) ammaestrati, (d) lattonzoli, (e) sirene, (f) favolosi, (g) cani randagi, (h) inclusi in questa classificazione, (i) che s'agitano come pazzi, (j) innumerevoli, (k) disegnati con un pennello finissimo di pelo di cammello, (l) eccetera, (m) che hanno rotto il vaso, (n) che da lontano sembrano mosche».

soggettivamente come diritto fondamentale in entrambi i sensi e sul piano descrittivo solo se un valore costituzionale si proietta in entrambe le direttrici può essere considerato un diritto fondamentale.

In questo album, i primi diritti fondamentali che emergono sono le libertà negative, che proteggono la persona da un'interferenza che non abbia una giustificazione ragionevole⁴⁷. Si tratta del nucleo più antico e risalente delle libertà individuali, libertà che hanno il colore dell'habeas corpus e il sapore della libertà di domicilio o di circolazione.

Queste libertà costituiscono i *background principles* delle altre libertà individuali, nel senso – ben sottolineato da Scalia in *Lucas vs. South Carolina Coastal Council* – che ne rappresentano l'essenza innata e presupposta a qualsiasi regolamentazione.

Anch'esse, però, non esistono senza un intervento dello Stato diretto a rimuovere le diseguaglianze. L'habeas corpus non è eguale per tutti i cittadini perché non tutti sono incarcerati nella stessa maniera e non tutti hanno a disposizione gli stessi strumenti, anche solo di carattere culturale, per reagire a una carcerazione ingiusta. E' il caso di Theo, violentato dalla polizia in una periferia di Parigi, e che ha avuto il coraggio di denunciare l'evento, al contrario di un altro arrestato in circostanze del tutto analoghe pochi giorni prima che non aveva avuto la sua forza di carattere.

Lo stesso si può dire della libertà di domicilio o di quella di circolazione ovvero dei diritti di azione che garantiscono le libertà sostanziali.

Tutte le libertà negative hanno un risvolto positivo nella dinamica del loro esercizio perché una libertà negativa nel momento in cui viene esercitata non è esercitata nella stessa maniera senza un intervento positivo che rimuova gli ostacoli al suo esercizio.

Dopo le libertà negative, è il momento delle libertà collettive, intese come quelle libertà in cui la dignità della persona si realizza attraverso una forma-

⁴⁷ E' la impostazione di G. CIANFEROTTI, *Considerazioni sulla sineddoche della persona nella filosofia italiana e sul dualismo tra soggetto e persona nella civilistica del secondo novecento*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.* 2015, 749: « nell'esame e nella tutela degli status delle categorie deboli e degli status occulti non basta solo evitare la trasformazione della "distinzione" in discriminazione giuridica, secondo il dettato del comma 1° dell'art. 3 cost.: "il principio deve essere completato da un corollario che si può esprimere nel modo seguente: le differenze non possono divenire giuridicamente rilevanti senza il consenso dell'interessato", senza il "consenso del differenziato" [G. ALPA, *Status e capacità. La costruzione giuridica delle differenze individuali*, Roma-Bari, 1992, 206 - 207]. La "differenza si deve convertire in auto-differenziazione", deve diventare scelta autonoma, autodeterminazione, manifestazione di consenso, espressione di democrazia. Concetto che evoca una pagina di Thomas Marshall [T. MARSHALL, *Una osservazione sullo « status »*, in Id., *Cittadinanza e classe sociale*, trad. it., Bari - Laterza, 2002, p. 171], ma anche quelle di Isaiah Berlin su La nozione di libertà negativa e su La ricerca dello status [I. BERLIN, *Four essays on liberty*, Oxford, 1969, trad. it., *Quattro saggi sulla libertà*, Milano - Feltrinelli, 1989] e di Stefano Rodotà sul diritto della persona all'Autodeterminazione [S. Rodotà, *Il diritto di avere diritti*, Bari - Laterza, 2012 ».

zione sociale: la libertà di riunione, di associazione, la libertà di concorrere attraverso un partito politico alla definizione dell'indirizzo politico e la libertà di negoziare le proprie condizioni di lavoro attraverso un sindacato.

L'insegnamento di Barile sulla libertà di associazione e sulla esistenza di un profilo positivo e di un profilo negativo, di una dimensione attiva e di una dimensione negativa⁴⁸, può essere esteso a ogni libertà che si svolge nelle dinamiche del pluralismo sociale: una persona ha il diritto di partecipare a un'associazione senza che vi sia alcuna interferenza irragionevole, ma ha anche il diritto a che la propria personalità possa trovare nello svolgimento dell'attività associativa la stessa pienezza che vi può trovare qualsiasi altro cittadino.

Sono osservazioni che valgono anche per i sindacati e i partiti politici, dove viene in gioco non solo il diritto del singolo di aderire a un partito politico (o a un sindacato) ma anche il diritto di poter partecipare alla vita del partito politico o del sindacato.

L'intreccio fra le dimensione positiva e la dimensione negativa dei diritti fondamentali è particolarmente complesso nelle libertà che riguardano il pensiero: il diritto alla privacy e alla autodeterminazione informatica, che costituisce uno dei *background principles* della libertà di pensiero⁴⁹, forse, non può essere pensato senza guardare sia alla protezione dell'individuo da ogni interferenza irragionevole e ingiustificata sul piano del principio di eguaglianza, sia alla promozione della capacità di autodeterminarsi effettivamente sul piano informatico, anche per mezzo della disponibilità degli strumenti necessari per questo fine e non accessibili a tutti nella stessa misura⁵⁰.

Le stesse osservazioni possono essere svolte, sia pure su un piano diverso, con riferimento alla protezione della libertà religiosa, intesa come diritto alla propria intimità religiosa, che è sia un diritto alla protezione da qualsiasi interferenza irragionevole, sia un diritto alla promozione dell'eguaglianza nel godimento della propria sfera religiosa, che assume anche la consistenza di uno standard urbanistico⁵¹.

⁴⁸ P. BARILE, voce *Associazione (diritto di)*, in *Enc. dir.*, Milano 1958. Ma vedi anche A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali*, Parte speciale, II ed., Padova 1992, 344 ss. e sub Art. 18, in *Commentario della Costituzione italiana* a cura di G. Branca, Roma-Bologna 1977; C. MEZZANOTTE, *Libertà di manifestazione del pensiero, libertà negativa di associazione e ordine professionale dei giornalisti*, in *Giur. cost.* 1968, 1573.

⁴⁹ M. CARTA, *Diritto alla vita privata e internet nell'esperienza giuridica europea e internazionale*, in *Dir. inf. e informazione*, 2014, 1; ma già E. DENNINGER, *Tutela ed attuazione del diritto nell'età tecnologica*, in *Nuovi diritti dell'età tecnologica*, Milano – Giuffrè, 1989, 58.

⁵⁰ La capacità di autodeterminazione informatica è fortemente condizionata dal *digital divide* che ha sia una dimensione culturale: non tutti siamo in grado di usare le stesse risorse nella stessa misura ma anche dalla disponibilità di strumenti di connessione intesi come *devices* e di una rete effettivamente in grado di sostenere la domanda di connessione.

⁵¹ Vedi M. CROCE, *La giurisprudenza costituzionale in materia di edilizia di culto fra esigenze di eguale libertà e bisogno crescente di sicurezza*, in *Giur. cost.*, 2016, 647 per il quale il diritto di culto è anche diritto a un edificio di culto secondo l'impostazione di N. Pignatelli, *La dimensione fisica della libertà religiosa: il diritto costituzionale ad un edificio di culto*, in

La dimensione positiva della eguaglianza nell'affermazione del diritto fondamentale assume un rilievo forte anche nella libertà di corrispondenza, che è anche diritto a disporre dei mezzi necessari per poter liberamente comunicare con gli altri individui e non solo alla protezione di questi mezzi da interferenze illecite: la scomparsa dei telefoni a gettone in un mondo in cui tutti hanno accesso alla telefonia portatile è davvero l'affermazione della libertà di corrispondenza in senso positivo o costituisce una migrazione del settore delle comunicazioni dalla logica del servizio pubblico a quella del libero mercato?

La connessione fra dimensione positiva e dimensione negativa della libertà individuale è da sempre presente nella dottrina sulla libertà di manifestazione del pensiero, sin dalla riflessione di Esposito, Fois e Barile⁵². Non sembra poterci essere alcun dubbio sul fatto che la libertà di manifestare il proprio pensiero senza alcuna interferenza irragionevole esiste perché vi è anche un intervento positivo che ha come scopo quello di realizzare un ecosistema in cui ciascuna persona può maturare criticamente la sua opinione e questo ecosistema è il punto di arrivo della dimensione positiva della libertà.

Il passaggio successivo di questo catalogo immaginario di libertà si apre alle pagine dei diritti politici intesi come diritti di partecipazione democratica: il voto, la propaganda, la partecipazione alla vita politica.

Nel diritto di voto, la dimensione negativa si condensa nella segretezza. La dimensione positiva, invece, va sempre più ricercata nelle dinamiche dei sistemi elettorali la cui essenza pare dover essere rintracciata proprio nell'assicurare che ciascuno possa contribuire in eguale misura al risultato finale della competizione. Per la Corte costituzionale⁵³, il sistema elettorale è oggetto di una riserva di legge che può essere considerata rinforzata perché ha il fine di adattare l'espressione del diritto di voto alle dinamiche sociali e storiche di un

www.federalismi.it, 24/2015.

⁵² C. ESPOSITO, *La libertà di manifestazione del pensiero nell'ordinamento italiano*, cit.; S. FOIS, *Principi costituzionali e libera manifestazione del pensiero*, Milano – Giuffrè, 1957.; P. BARILE, *Libertà di manifestazione del pensiero*, Milano – Giuffrè, 1975; A. DI GIOVINE, *I confini della libertà di manifestazione del pensiero: linee di riflessione teorica e profili di diritto comparato come premesse a uno studio sui reati d'opinione*, Milano – Giuffrè, 1988; L. PALADIN, *Libertà di pensiero e libertà d'informazione. Le problematiche attuali*, in *Pol. dir.* 1987, 7; R. ZACCARIA - L. CAPECCHI, voce *La libertà di manifestazione del pensiero*, in *Trattato di diritto amministrativo*, diretto da G. Santaniello, XXVIII, Padova 1990, 306; A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali*. Parte speciale, cit., 322 ss.; Id. e M. MANETTI, sub *Art. 21*, in *Commentario della costituzione*, fondato da G. Branca e continuato da A. Pizzorusso, Bologna-Roma 2006, 40 ss.

⁵³ Vedi, per tutte, Corte cost. 35/2017. La discrezionalità del legislatore in materia elettorale, con riferimento all'applicazione dei principi di cui a Corte cost. 1/2014 ai sistemi elettorali regionali, è attentamente sottolineata da A. O. Cozzi, *Gli effetti della sentenza n. 1 del 2014 sui premi di maggioranza regionali*, in *Giur. cost.*, 2014, 4166, che richiama Corte cost. 107/1996.

determinato periodo politico⁵⁴. In quest'opera di adattamento del diritto di voto alle dinamiche sociali, salvaguardando da una parte la necessaria rappresentanza dell'organo eletto e l'eguaglianza del diritto di voto e dall'altro lato la stabilità delle maggioranze e la rapidità dei processi decisionali, è la dimensione positiva del diritto di voto inteso come libertà fondamentale.

Ad avviso della Corte, infatti, la discrezionalità del legislatore deve fare i conti con un sistema democraticamente efficiente perché in grado di valorizzare effettivamente il diritto di voto del cittadino e la valorizzazione in termini di efficacia democratica del diritto di voto è la dimensione positiva di questa libertà fondamentale⁵⁵.

Dimensione positiva e negativa del diritto fondamentale sono evidenti anche nel sistema della propaganda elettorale che è dominato sia dall'esigenza di evitare che taluno possa essere più eguale di altri⁵⁶, sia dalla necessità di assicurare alla politica un corretto finanziamento⁵⁷, garantendo così a tutte le forze politiche la possibilità di accedere alle competizioni elettorali in termini adeguati ai diversi contesti storici.

La partecipazione alla vita politica è il campo in cui operano le prerogative parlamentari, la cui essenza è assicurare sul piano positivo a ciascun parlamentare lo stesso identico status in modo che possa esercitare il proprio mandato in piano di perfetta parità con i suoi onorevoli colleghi.

Le ultime frontiere dei diritti individuali mostrano la maggiore connessione fra la dimensione positiva e la dimensione negativa della situazione sostantiva e il loro collegamento secondo il canone della concordanza pratica.

⁵⁴ In Corte cost. 35/2017, si legge: « questa Corte ha sempre riconosciuto al legislatore un'ampia discrezionalità nella scelta del sistema elettorale che ritenga più idoneo in relazione al contesto storico-politico in cui tale sistema è destinato ad operare, riservandosi una possibilità di intervento limitata ai casi nei quali la disciplina introdotta risulti manifestamente irragionevole ».

⁵⁵ Il collegamento del sistema elettorale alla efficienza democratica del diritto di voto emerge con chiarezza dalla incostituzionalità del premio di maggioranza attribuito con il ballottaggio sancita da Corte cost. 35/2017: « Le disposizioni censurate producono una sproporzionata divaricazione tra la composizione di una delle due assemblee che compongono la rappresentanza politica nazionale, centro del sistema di democrazia rappresentativa e della forma di governo parlamentare prefigurati dalla Costituzione, da un lato, e la volontà dei cittadini espressa attraverso il voto, “che costituisce il principale strumento di manifestazione della sovranità popolare secondo l'art. 1 della Costituzione” (sentenza n. 1 del 2014), dall'altro. È vero che, all'esito del ballottaggio, il premio non è determinato artificialmente, conseguendo pur sempre ad un voto degli elettori, ma se il primo turno dimostra che nessuna lista, da sola, è in grado di conquistare il premio di maggioranza, soltanto le stringenti condizioni di accesso al turno di ballottaggio conducono, attraverso una radicale riduzione dell'offerta politica, alla sicura attribuzione di tale premio ».

⁵⁶ E' la logica della *par condicio*, su cui F. Modugno (a cura di), *Par condicio e Costituzione*, Milano – Giuffrè, 1997.

⁵⁷ H. CAROLI CASOLA, *La disciplina della politica. Il finanziamento della politica*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2015, 293.

Se si considerano i diritti che hanno per oggetto beni vitali, intesi come quei beni, non solo materiali, che rendono la vita meritevole di essere vissuta con dignità si vede che per ciascuno di questi beni la premura costituzionale ha per oggetto sia la protezione del diritto a goderne senza discriminazioni che non abbiano un fondamento ragionevole sia la protezione dell'aspettativa a non essere meno eguali di chi non ha bisogno di un intervento positivo per godere di quel bene.

Ambiente inteso come diritto all'ambiente, è sia la dimensione della salubrità, in cui si misura il diritto individuale a godere degli standard ambientali in misura esattamente identica a quella di tutti gli altri cittadini⁵⁸, che è la dimensione negativa del diritto fondamentale⁵⁹, ma anche il diritto a un intervento positivo (non solo) dello Stato diretto ad assicurare l'eguaglianza ambientale dei cittadini⁶⁰.

Lo stesso vale per la salute intesa come valore costituzionale, che è sia la protezione di un valore costituzionale, sia la proiezione di quel valore in termini eguali per tutti i cittadini⁶¹ e quindi come oggetto sia di protezione che

⁵⁸ Gran parte delle normative ambientali consistono di standard collegati alla qualità della vita e direttamente azionabili dall'individuo a tutela del proprio diritto all'ambiente salubre e nei confronti di chi vi interferisce. Esempio su questo piano il settore delle emissioni sonore in cui la tutela sostanzialmente vicinale e fondiaria dell'art. 844, c.c. si salda per mezzo dell'art. 32, Cost. alla zonizzazione acustica: C. TALLARINO, *Ambiente e tutela dall'inquinamento acustico: la verifica di un percorso attuativo locale*, in *Riv. giur. ambiente* 2003, pag. 19; E. POMINI, *L'applicabilità del limite differenziale di immissione acustica: questioni risolte e problemi ancora aperti*, ivi, 2014, pag. 573B; A. Verrico, *La disciplina in materia di inquinamento acustico: actio finium regundorum tra l'art. 10 comma 2 l. n. 447 del 1995 e l'art. 659 commi 1 e 2 c.p.*, in *Giur. merito* 2011, 2474.

⁵⁹ Per la configurazione dell'ambiente come diritto fondamentale distinto dalle sue componenti materiali: Cassazione civile, 10 ottobre 2008, n.25010, annotata da S. BOLOGNINI, *La natura (anche) non patrimoniale del danno ambientale e il problema della legittimazione attiva*, in *Resp. civ. prev.*, 2009, 1841.

⁶⁰ Basta pensare alla dinamica delle bonifiche ambientali, in cui l'inquinamento determina un obbligo che non è limitato al raggiungimento dei valori limiti necessari ad assicurare la tutela della salute ma obbliga a un ripristino che sia coerente con la destinazione di uso dei terreni.

⁶¹ Sul primo aspetto, basta pensare all'assetto del diritto alla salute dopo le quattro sentenze gemelle: P. CENDON, *Anche se gli amanti si perdono l'amore non si perderà. Impressioni di lettura su Cass. 8828/2003, Resp. civ. e prev.*, 2003, 685 ss.; E. BARGELLI, *Danno non patrimoniale e interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 2059 c.c.*, *Resp. civ. e prev.*, 2003, 691; P. ZIVIZ, *E poi non rimase nessuno*, *Resp. civ. e prev.*, 2003, 3, 703 ss.; D. BUSNELLI, *Chiaroscuri d'estate. La Corte di Cassazione e il danno alla persona*, *Danno e resp.*, 816 ss.; G. PONZANELLI, *Ricomposizione dell'universo non patrimoniale: le scelte della Corte di Cassazione*, *Danno e resp.*, 829 ss.; A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *L'art. 2059 c.c. va in paradiso*, *Danno e resp.*, 831 ss.; M. FRANZONI, *Il danno non patrimoniale, il danno morale: una svolta per il danno alla persona*, *Corr. giur.*, 2003, 1017 ss.; E. NAVARRETTA, *Danni non patrimoniali: il dogma infranto e il nuovo diritto vivente*, *Foro it.*, 2003, I, 2272 ss. Sul secondo aspetto, basta pensare all'emersione del diritto a nascere sani come diritto all'autodeterminazi-

di tutela, ovvero per il patrimonio culturale, che è, attraverso la complessa disciplina del vincolo storico e artistico, misura di protezione ma anche di promozione e tutela diretta alla fruizione⁶².

Lo stesso si può dire per i diritti collegati alla dimensione del lavoro e della previdenza, ovvero dell'arte, della scienza, dell'istruzione e dell'insegnamento.

Molto si può dire delle diverse forme di convivenza, il cui riconoscimento dipende dalle dinamiche sociali e dalla struttura naturalmente liquida della famiglia.

In queste dinamiche l'iniziale sforzo verso il riconoscimento della libertà di vivere la propria dimensione affettiva secondo le proprie inclinazioni, di vivere liberamente una libertà altrimenti troppo intima e segreta per essere davvero libera, che è la dimensione negativa del matrimonio omosessuale, conquista anche una dimensione positiva nel momento in cui il matrimonio omosessuale chiede le stesse attribuzioni, verrebbe da dire le stesse provvidenze del paradigma eterosessuale⁶³.

E' uno schema in cui la dimensione negativa della libertà fondamentale non può non aprire la porta, una volta che sia riconosciuta, anche alla dimensione positiva e qualsiasi tentativo di distinguere e differenziare nella dimensione positiva finisce per incrinare il riconoscimento della dimensione negativa.

Vi è infine il diritto alla vita nella dimensione del fine vita su cui forse è stato scritto sin troppo. In questo caso, la dimensione positiva del diritto entra in collisione con la sua dimensione negativa: il diritto a ricevere le cure necessarie per la tutela della salute diventa un'offesa della dignità di chi non intende più essere curato per vivere una vita che non riconosce come propria⁶⁴. Il diritto al fine vita è, infatti, la dimensione negativa che segue

one del genitore e non come diritto del bambino: Sez. Un. civ., 22 dicembre 2015, n. 25767 su cui M. FRANZONI, *Riflessioni a margine della sentenza sul diritto a nascere sani*, in *Resp. civ. e prev.*, 2016, 1461.

⁶² Sulla fruizione dei beni culturali, considerati quasi come *commons* o come beni vitali, nel senso suggerito dal testo: S. Gardini, *La fruizione integrata dei beni culturali*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2016, 403; C. BARBATI, *Esternalizzazioni e beni culturali: le esperienze mancate e le prospettive possibili (dopo i decreti correttivi del codice urbani)*, in *Riv. giur. edilizia*, n. 4-5, 2006, 159; S. CASSESE, *I beni culturali: dalla tutela alla valorizzazione*, in *Giorn. dir. amm.*, 1998, 673 ss.; M. DUGATO, *Fruizione e valorizzazione dei beni culturali come servizio pubblico e servizio di pubblica utilità*, in *Aedon*, n. 2/2007; C. BARBATI, *La valorizzazione: gli artt. 101, 104, 107, 112, 115, 119*, in *Aedon*, 3/2008; L. CASINI, *La valorizzazione dei beni culturali tra pubblico e privato*, in *Il Codice dei beni culturali e del paesaggio tra teoria e prassi*, a cura di V. Piergigli e A. L. Maccari, Milano, Giuffrè, 2006; D. VAIANO, *La valorizzazione dei beni culturali*, Torino, Giappichelli, 2011; L. DEGRASSI, *Cultura e istituzioni. La valorizzazione dei beni culturali negli ordinamenti giuridici*, Milano, Giuffrè, 2008.

⁶³ T. DE PASQUALE, A.A. GENNA, L. LORELLO, *Diritto pubblico delle relazioni familiari e processo di europeizzazione dei diritti*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, fasc.5, 2012, pag. 787.

⁶⁴ Sul fine vita, U. ADAMO, *Eutanasia e diritto costituzionale: autorità vs libertà*, in *Giur.*

alla dimensione positiva del diritto alla salute. Se la dimensione positiva del diritto alla salute consiste nel diritto di un individuo a ricevere tutte le cure necessarie a impedire che questo paziente sia diverso rispetto a chi non ha bisogno di un intervento pubblico per essere eguale a lui, la dimensione negativa è il diritto di non voler più essere eguale a una persona il cui stato non si considera desiderabile.

In questo catalogo che si è cercato di costruire distinguendo fra libertà negative fondate sui *background principles* dello Stato costituzionale, libertà basate sul diritto al pieno sviluppo della propria personalità per mezzo del rapporto con l'altro, libertà collegate alla coscienza di sé malgrado il rapporto con l'altro, libertà che guardano alla possibilità di condividere i propri limiti e, infine, al godimento dei beni talmente essenziali da non porre una questione di eguaglianza bensì di esistenza, il tratto costante che ha consentito di trovare un ordine è il legame indissolubile fra la dimensione positiva e la dimensione negativa delle "cose" che abbiamo chiamato diritti fondamentali.

Nessun interesse oggetto di protezione nelle forme del diritto fondamentale può essere inteso in una dimensione solamente positiva ovvero negativa. Sono situazioni sostanziali in cui la signoria della volontà individuale per essere piena ha sempre bisogno di essere accompagnata e sorretta dall'azione dello Stato.

Il problema, la vera questione, è il senso e il significato del catalogo che si è proposto. All'inizio di questo paragrafo si è provato a rammentare lo sguardo divertito e disgustato di Foucault per il catalogo degli animali che l'insonne febbre bibliofila di Borges aveva trovato in un'immaginaria enciclopedia cinese. Il disgusto, per Foucault, è la consapevolezza della struttura eteroclitica di quel catalogo: non vi è dietro all'elencazione, un codice che consenta di ritenere l'elencazione ragionevole perché ogni catalogo è espressione di un'omogeneità epistemologica e, nel caso di un catalogo di istituti giuridici, anche normativa.

Il catalogo che si è proposto individua come tratto unificante dei diritti fondamentali la loro bidimensionalità. E' questo ciò che conta e che conta come una *tabula* che consente di tenere insieme istituti apparentemente diversi⁶⁵.

cost., 2016, 1252; Id., *Il diritto convenzionale in relazione al fine vita (eutanasia, suicidio medicalmente assistito e interruzione di trattamenti sanitari prodotti di una ostinazione irragionevole)*. *Un'analisi giurisprudenziale sulla tutela delle persone vulnerabili*, in *www.rivistaaic.it*, 3, 2016.

⁶⁵ Per Foucault, la mostruosità dell'elenco di Borges (gli animali si dividono in (a) appartenenti all'imperatore; (b) imbalsamati; (c) addomesticati; (d) maialini da latte; (e) sirene; (f) favolosi; (g) cani in libertà; (h) inclusi nella presente classificazione; (i) che si agitano follemente; (j) innumerevoli; (k) disegnati con un pennello finissimo di peli di cammello; (l) *et coetera*; (m) che fanno l'amore; (n) che da lontano sembrano mosche) è nel fatto che non esiste alcun luogo in cui tutto questo può stare insieme se non la voce immateriale che racconta il catalogo stesso e la pagina che la trascrive. Ma l'essenza del linguaggio è collegare cose e luoghi al loro nome

L'essenza di questa *tabula* è l'affermazione che un diritto può essere considerato fondamentale solo se unisce le due caratteristiche che si sono dette. Solo se è nello stesso tempo una aspettativa negativa a vedere ciascuno che rispetta l'altro da sé all'interno di una cornice di regole che definiscono la ragionevolezza delle ipotesi in cui le interferenze sono ammissibili e un'aspettativa positiva a vedere attribuita a tutte le persone la possibilità di essere eguali a chi non ha bisogno di nessun intervento per essere eguale a loro all'interno di una cornice di regole che definiscono quando è ragionevole questo intervento.

Il catalogo dei diritti fondamentali costruito sulla duplice dimensione di ciascuno di essi collega la prima parte alla seconda parte della Costituzione, collega la dimensione in cui il diritto è libertà individuale, è specificazione di un valore che le regole giustificate dalla Costituzione considerano necessario per unire la collettività e costruire la cittadinanza, alla dimensione in cui il diritto è partecipazione democratica, costruzione delle regole su cui la collettività può costruirsi in ordinamento.

Il tratto costitutivo del diritto fondamentale in questo catalogo è, perciò, essere il punto di snodo fra la prima e la seconda parte della Costituzione, essere quel territorio in cui le parole e le cose sono tenute insieme dalla tassonomia e si costruisce l'esperienza del linguaggio come territorio che unisce la parola alla cosa, la dimensione negativa alla dimensione positiva del diritto fondamentale per mezzo dell'esperienza della democrazia.

I diritti fondamentali vivono dell'intero tessuto costituzionale che ne diventa lo strumento di narrazione e di costruzione, sono la misura e l'oggetto del tessuto costituzionale. La Costituzione considerata nel suo complesso è narrazione di una tessitura unitaria e coerente di valori e definizione del meccanismo necessario alla trasformazione di questa tessitura in ordinamento sociale. È il valore culturale della Costituzione, considerata nel suo complesso, che unisce le due dimensioni dei diritti fondamentali all'interno di un catalogo la cui razionalità è costituita dalla struttura democratica e rappresentativa del processo decisionale.

6. Conclusioni: come un capitano di lungo di corso

Un capitano impersona la nave che comanda, nel senso che la nave, l'insieme di cose e persone organizzato per affrontare l'ignoto, è l'immagine di chi l'ha ricevuta, controllata in ogni suo aspetto e deciso che poteva partire.

I diritti fondamentali impersonano lo Stato, che costituisce a sua volta un insieme di cose e persone organizzato per affrontare l'ignoto, alla stessa maniera di un capitano di lungo corso con la sua nave.

attraverso codici omogenei. Per un diritto fondamentale, nell'idea che si propone in queste pagine, la categoria (h) [animali inclusi nella presente classificazione] è [diritti che hanno una duplice dimensione].

Ci sono due modi per comandare. Vi è il comandante che comanda assegnando a ciascun membro dell'equipaggio i compiti che questo può assolvere, con autonomia e responsabilità. Il suo scopo più profondo è riportare tutti i marinai alle loro case una volta che la missione sarà completata.

Questa dimensione del comando evoca la dimensione negativa del diritto fondamentale.

La dimensione positiva è invece evocata da quei capitani che usano le virtù del comando per assimilare i marinai alla nave, per far diventare ciascun membro dell'equipaggio una parte dell'imbarcazione che fa il suo lavoro – e nel suo lavoro realizza la propria personalità – non diversamente da una vela ben tagliata o dagli scalmi su cui poggiano i remi. Lo scopo più profondo di questo comandante, forse, non è riportare i suoi marinai a casa, perché i suoi marinai sono con lui per realizzare una missione e vogliono realizzare questa missione al meglio delle loro possibilità. È far sì che ciascun marinaio sia parte della nave, sia una parte integrante della nave.

Questa dimensione del comando evoca la dimensione positiva del diritto fondamentale.

Il primo comandante ha bisogno di marinai che sanno che cosa è un tambucio. Il secondo comandante sa che deve insegnare ai suoi marinai la differenza fra le costole e le ordinate.

La nettezza della metafora non si trova mai nella realtà. Nella realtà, il comandante sa che deve assecondare le virtù dei suoi marinai e i marinai sanno che l'arte del comando è farli diventare parte integrante della nave.

Le due dimensioni del comando si integrano continuamente fra di loro e lo stesso vale per i diritti fondamentali che hanno bisogno di uno Stato che si comporti sia come il capitano che vuole riportare i suoi marinai a casa loro sia come quello che li vuole parte viva della nave che comanda.

I diritti fondamentali ricordano da vicino la cascata di Escher⁶⁶: ciò che scende (la dimensione negativa) è anche ciò che sale (la dimensione positiva). La cascata di Escher è un paradosso sul piano logico e la rappresentazione di un'illusione ottica.

Lo stesso paradosso vale per i diritti fondamentali: unire la dimensione positiva alla dimensione negativa, fare in modo che la dimensione positiva si origini dalla dimensione negativa esattamente come la dimensione negativa trova il proprio significato nell'azione positiva dello Stato considerato come comunità e come apparato, ecco tutto questo potrebbe sembrare il sogno di un'illusione, che nasconde una contraddizione. La dimensione positiva nella parte in cui in-

⁶⁶ L'illustrazione è notissima: l'acqua che cade dalla cascata mette in moto un mulino e l'acqua che esce dal mulino risale al culmine della cascata. Sul piano geometrici, la cascata è formata da due triangoli di Penrose che si incrociano, ovvero una figura geometrica impossibile, un'illusione ottica che sembra una figura geometrica e che genera dei paradossi logici e matematici.

tegra l'individuo nella comunità, lo collega ai valori dello Stato e sembra negare la dimensione negativa che mira alla tutela di una libertà che lo Stato riconosce e garantisce ma con la quale non interferisce.

Può non essere così per effetto del collegamento fra democrazia e diritti, fra Prima e Seconda parte della Costituzione che si è cercato di evidenziare al termine del paragrafo che precede.

Ciò che rende possibile l'illusione ottica, che la tiene insieme, non è un foglio, una matita e l'intelligenza matematica dell'illustratore. E' la capacità del sistema di rappresentare correttamente le aspettative dei cittadini e di generare un consenso politico che consiste di valori condivisi e in grado di unire.

Lo *status activus* diventa così, nel prisma di Jellinek, il punto di collegamento fra lo *status positivus* e lo *status negativus* perché risolve la ricerca dei valori che consentono di individuare una matrice ragionevole nei doveri che compongono lo *status passivus*.

Però, se le osservazioni che si sono svolte possono apparire confortanti e venate di un cauto ottimismo, le isole che il capitano di lungo corso di queste conclusioni sta cercando di raggiungere sono abitate da popolazioni che potrebbero essere più feroci di quanto non si pensi: l'uso dello *status activus* come strumento di collegamento fra la dimensione positiva e la dimensione negativa dei diritti fondamentali è possibile solo all'interno di una democrazia, in cui il potere accetta di essere costruito per mezzo del principio maggioritario e tramite organismi rappresentativi. La dimensione positiva del diritto fondamentale è resa possibile dallo Stato e dal suo paziente intervento di assimilazione dell'individuo nella comunità. Questa assimilazione è ragionevole, è un peso che può essere sostenuto perché l'individuo può partecipare all'elaborazione delle regole su cui la società fonda la sua assimilazione.

Questo paradigma entra in crisi per effetto della crescita della rete (internet, ma non solo internet: la rete) nella vita quotidiana dei diritti fondamentali: sia la dimensione negativa che quella positiva dei diritti fondamentali conoscono un difficile processo di adeguamento alle dinamiche di internet⁶⁷.

⁶⁷ Gli esempi possono essere moltissimi: dal diritto all'identità: M. F. COCUCIO, *Il diritto all'identità personale e l'identità "digitale"*, in *Diritto di Famiglia e delle Persone* (Il) 2016, pag. 949, fasc. 3, al diritto all'informazione: G. E. VIGEVANI, *Diritto all'informazione e privacy nell'ordinamento italiano: regole ed eccezioni*, in *Diritto dell'Informazione e dell'Informatica* (Il) 2016, pag. 473, fasc. 3, al diritto all'onore nella forma dell'oblio: G. CITARELLA, « *Diritto all'oblio* » e *rilevanza del tempo*, in *Responsabilità Civile e Previdenza* 2016, pag. 583, fasc. 2, alla privacy come diritto a governare il destino delle informazioni che riguardano un individuo: L. BUGIOLACCHI, *Quale responsabilità per il motore di ricerca in caso di mancata deindicizzazione su legittima richiesta dell'interessato?*, in *Responsabilità Civile e Previdenza* 2016, pag. 571, fasc. 2. Ma il catalogo potrebbe proseguire a lungo e la dimensione delle tensioni si misura a partire dal fatto che lo spoglio più interessante non è più solo quello delle riviste che da sempre si sono occupate della dimensione giuridica della rete ma di quelle focalizzate nel settore della responsabilità civile.

Il futuro dello *status activus* è la partecipazione ai processi decisionali della rete, alla costruzione dei valori su cui si fonda la convivenza nei luoghi in cui si sviluppa la personalità degli individui, anche quando questi luoghi sono virtuali e non fanno parte della sovranità come rapporto fra un territorio e un popolo.

Senza questo futuro, ragionare di diritti nella rete è un esercizio vano tanto quanto, oggi, è il ragionare di diritti fondamentali senza tenere presente che la rete è l'orizzonte nel quale il problema dei diritti fondamentali, sia nella sua prospettiva negativa che nella sua prospettiva positiva, deve essere risolto senza il soccorso delle categorie tradizionali della statualità.

Se la centralità dei diritti fondamentali per il discorso giuridico è la centralità dell'uomo nella riflessione che unisce le parole alle cose e l'avvento dell'uomo in questa riflessione è coeva e consustanziale all'erompere dei diritti fondamentali, la dimensione dell'individuo nella rete (quasi un terzo modo di essere del diritto fondamentale oltre la dimensione attiva e la dimensione positiva) potrebbe porre in crisi la stessa categoria trasformandola in qualcosa di diverso che ancora non conosciamo ma che ci sembra di vedere allo stesso modo degli incerti contorni dell'orizzonte quando la vedetta arrampicata sull'albero maestro ancora non capisce se ciò che intravede è una terra sconosciuta o il riverbero della sua stanchezza.

I DIRITTI FONDAMENTALI ALLA PROVA: MIGRANTI E BENI VITALI

di Alessandra Algostino

SOMMARIO. 1. Premessa; 2. Diritti fondamentali alla prova: i diritti dei migranti. 2.1. Uno *status* giuridico a tutele variabili. 2.2. Titolarità: diritti fondamentali *per chi?* 2.3. Oggetto: tra concretizzazione e ambiguità del “nucleo irriducibile”. 2.4. Fondamento e riconoscimento: il ruolo del multiculturalismo; 3. Il diritto ai beni vitali: nuova frontiera dei diritti o mistificazione di una regressione? 3.1. Precondizionalità, scarsità e rischio di predazione come possibili criteri identificativi della categoria. 3.2. Dalle calorie minime al cibo culturalmente orientato, ovvero sul contenuto variabile del diritto ai beni vitali. 3.3. Il senso poliedrico dei beni vitali; 4. Nota conclusiva: migranti e beni vitali alla prova della globalizzazione.

1. Premessa

In primo luogo vorrei ringraziare il direttivo del Gruppo di Pisa per l’invito e per l’attiva partecipazione al percorso di elaborazione delle relazioni; ringrazio altresì i colleghi di Cassino per la loro generosa ospitalità nonché i partecipanti alla sessione che ho avuto l’onore e l’onere di coordinare, ovvero “I diritti fondamentali dei migranti e democrazia”, per la ricchezza di stimoli, contenuti, interpretazioni che sono stati presentati nel dibattito, ai quali – mi scuso sin d’ora – sicuramente non riuscirò a rendere giustizia in questo intervento.

Le relazioni che hanno introdotto i nostri lavori muovono in due ambiti differenti: i diritti dei migranti (Roberto Cherchi) e il diritto ai beni vitali (Benedetta Vimercati).

Nel gruppo di lavoro si è discusso principalmente dello *status* giuridico dei migranti, con una concentrazione degli interventi – mi pare di poter sintetizzare – intorno a tre questioni, affrontate con sensibilità ed approcci differenti di cui tenterò di dar conto nel prosieguo.

Prima questione: effettività dei diritti. Mi riferisco, ad esempio, alla sollecitazione di Paolo Bonetti sull’utilizzo del diritto internazionale come strumento per sostanziare i diritti¹, argomento ripreso in relazione al contesto venezuelano da Flor Avila, alla suggestione di Joerg Luther relativa alla “privacy di comunità” e al ragionamento in termini di invasione come logica contrastante con l’idea liberale di diritti individuali, al tema ricorrente del

¹ Argomento che Paolo Bonetti ha declinato anche in relazione al diritto ai beni vitali.

vuoto di tutela alle frontiere (così, fra gli altri, Marco Benvenuti) e nella garanzia del diritto di asilo (Paolo Bonetti, Alessio Rauti, Elisa Cavasino), al richiamo di Laura Ronchetti ad interpretare la Costituzione a partire da una sua idea normativa o alla prescrittività della Costituzione (Gaetano Bucci) o, ancora, al valore e al «posto» della dignità (Francesco Belvisi).

Seconda questione: concetto e ruolo della cittadinanza; con una insistenza sull'elemento della volontarietà (così Paolo Bonetti), una riflessione sui modelli di cittadinanza (Alessio Rauti) e sulla discontinuità della parola (Pasquale Beneduce), una precisazione sui rischi che, con l'aggettivazione, essa divenga parziale e senza qualità (Marco Benvenuti) e sulla centralità della residenza (così Andrea Lollo), per finire con un'adesione al criterio della gradualità, senza nascondersi come essa possa andare incontro a difficoltà che finiscono per integrare un diniego della cittadinanza (Elisa Cavasino).

Terza questione: pluralità degli *status* giuridici e logica del gradualismo; elementi più volte evocati, sia in chiave critica (come nell'intervento di Alessio Rauti) che adesiva (per esempio da parte di Elisa Cavasino).

Gli interventi, dicevo, si sono focalizzati in specie sui diritti dei migranti, ma esiste tuttavia, a mio parere, un *trait d'union* fra i due temi (diritti dei migranti e diritto ai beni vitali). Entrambi, come cercherò di argomentare, con l'aiuto delle riflessioni emerse in *atelier*, esprimono tensioni e veicolano questioni capaci di interrogare, se non di revocare in dubbio, la categoria – peraltro eterogenea ed oggetto di una pluralità di ipotesi interpretative, come è emerso nella relazione introduttiva di Vincenzo Baldini² – dei diritti fondamentali, ovvero, come ha rilevato in sede di discussione Lorenza Violini, forniscono interessanti spunti per delimitarne il contenuto. Ne anticipo alcuni: diritti fondamentali *per chi*? Un diritto fondamentale *può non essere universale*? Qual è l'ambito del diritto fondamentale? Un diritto fondamentale tollera gradazioni? E, ancora: qual è il senso di qualificare un diritto “fondamentale”? Esiste una equivalenza fra diritto fondamentale e diritto costituzionale?

Ampliando il discorso, poi, ci si può chiedere se ragionare di “nucleo essenziale” (come avviene quando si discorre ad esempio di diritto alla salute dei migranti) o di “beni necessari per la sopravvivenza” (secondo una delle possibili accezioni di diritto ai beni vitali), accresce l'orizzonte dei diritti o mistifica la loro regressione. Quali sono le nuove sfide che il cammino dei diritti incontra?

² V. BALDINI, *La classificazione dei diritti fondamentali. Profili storico-teorico-positivi*: «l'esperienza dei diritti fondamentali risulta sempre più caratterizzata da un pluralismo di fonti di produzione di diverso livello (nazionale, sovranazionale, internazionale), oltre che da una varietà di approcci esegetici»; cfr. altresì Id., *La concretizzazione dei diritti fondamentali. Tra limiti del diritto positivo e sviluppi della giurisprudenza costituzionale e di merito*, Editore Scientifico, Napoli, 2015, spec. pp. 104 e 110.

I diritti dei migranti e il diritto ai beni vitali, dunque, possono essere letti, in primo luogo, come test circa l'esistenza e la consistenza della categoria "diritto fondamentale", in quanto ne palesano alcune questioni chiave, così come ambiguità e contraddizioni: i diritti fondamentali alla prova.

In secondo luogo, essi rappresentano una cartina di tornasole dello stato dei diritti, che restituisce la mappa dei conflitti e le linee di tendenza che attraversano questo primo ventennio del XXI secolo.

2. Diritti fondamentali alla prova: i diritti dei migranti

2.1. Uno *status* giuridico a tutele variabili

I diritti dei migranti – restando su un piano puramente descrittivo – sono diritti flessibili, ovvero a tutele crescenti o riconosciuti «in misura attenuata», in una prospettiva contrattualistica che avalla una «lettura negativa o riduttiva dei diritti» (come rileva Roberto Cherchi, con gli interventi adesivi, ma anche critici, emersi – come anticipato – nel gruppo di lavoro, quando si trascorre da un piano descrittivo ad uno prescrittivo). Sono diritti *sub conditione*, ovvero subordinati alla regolarità della presenza e/o al tempo di permanenza nel territorio dello Stato (lo schema del «soggiorno legale stabile e durevole», di cui ragiona Roberto Cherchi), con l'utilizzo solo in chiave residuale del riconoscimento dei diritti allo straniero in quanto persona umana.

La mancanza in capo al migrante di un diritto costituzionale di ingresso e soggiorno nel territorio nazionale rende inoltre aleatoria la garanzia di qualsivoglia diritto gli venga riconosciuto³, sino all'immagine di uno straniero che, in ragione della mancanza di qualsivoglia radicamento territoriale, appare privo di diritti costituzionali (così Roberto Cherchi).

Quando i diritti sono riconosciuti, invece, domina la gradualità (come è emerso nei lavori, negli interventi pocanzi richiamati). Essa – intesa sempre come dato descrittivo e non da assumere come elemento coerente rispetto all'orizzonte costituzionale e internazionale di tutela dei diritti –, conosce declinazioni differenti, secondo almeno due variabili: il tipo di diritto (potendosi distinguere in prima approssimazione diritti civili, sociali e politici) e lo *status* giuridico del migrante (con un affievolimento progressivo dal

³ G. U. RESCIGNO, *Cittadinanza: riflessioni sulla parola e sulla cosa*, in *Riv. dir. cost.*, 1997, pp. 37 ss., sottolinea come vi sia un elemento irriducibile che differenzia il cittadino rispetto al non-cittadino: il diritto di risiedere, e come il non-cittadino potrebbe «godere di tutti i diritti della cittadinanza-partecipazione (quelli civili, quelli politici, quelli sociali), se leggi benevole dello Stato [n.d.r.: o direttamente la Costituzione] di accoglienza hanno deciso così...», ma questo godimento sarebbe del tutto precario ed eventuale, sia perché il non-cittadino può essere fermato alla frontiera, sia perché, anche se entrato nel territorio dello Stato, può esserne cacciato» (p. 42).

cittadino al lungo soggiornante al titolare di semplice contratto di soggiorno alla persona irregolarmente presente sul territorio).

Ovviamente non intendo qui però riprendere il contenuto della approfondita relazione di Roberto Cherchi (così come non posso ricostruire la ricchezza del dibattito), ma riflettere sugli spunti che lo *status* giuridico dei migranti – o, in taluni casi, come, per tutti, gli *hotspots*, il non-*status* giuridico – offre per abbozzare delle possibili risposte al titolo-domanda di questo convegno “cos’è un diritto fondamentale?”.

Come diritti fondamentali alla prova, i diritti dei migranti pongono almeno tre grandi questioni inerenti la titolarità del diritto, l’oggetto del diritto, il fondamento e il riconoscimento del diritto.

2.2. Titolarietà: diritti fondamentali *per chi*?

La Corte costituzionale in una serie di note – e ormai risalenti – pronunce in tema di stranieri e diritti considera come, nel sancire il principio di eguaglianza, il riferimento dell’art. 3 Cost. ai «cittadini» non debba essere interpretato letteralmente e come l’art. 3 debba essere letto «in connessione con l’art. 2 e con l’art. 10, secondo comma, Cost.». «Perché, se è vero che l’art. 3 si riferisce espressamente ai soli cittadini, è anche certo che il principio di eguaglianza vale pure per lo straniero quando trattasi di rispettare quei diritti fondamentali⁴, cioè quei «diritti inviolabili dell’uomo, garantiti allo straniero anche in conformità dell’ordinamento internazionale»⁵. Non sono ammissibili discriminazioni, dunque, quando si ragiona di diritti fondamentali⁶ (sulle discriminazioni ha insistito in *atelier* Alfonso Maresca, sottolineando la necessità di evitare che gli stranieri si sentano discriminati).

La Consulta postula un’equivalenza fra diritto fondamentale e diritto inviolabile dell’uomo, per cui si può dedurre che il diritto fondamentale è *tout court* diritto della persona umana⁷?

Invero, non pare che l’analisi della giurisprudenza costituzionale consenta di trarre conclusioni così stringenti.

In primo luogo si può constatare come la Consulta, trattando dei diritti de-

⁴ Corte cost., sent. n. 120 del 1967.

⁵ Corte cost., sent. n. 104 del 1969.

⁶ Esiste una «comunità di diritti e di doveri, più ampia e comprensiva di quella fondata sul criterio della cittadinanza in senso stretto», che «accoglie e accomuna tutti coloro che, quasi come in una seconda cittadinanza, ricevono diritti e restituiscono doveri, secondo quanto risulta dall’art. 2 della Costituzione là dove, parlando di diritti inviolabili dell’uomo e richiedendo l’adempimento dei corrispettivi doveri di solidarietà, prescinde del tutto, per l’appunto, dal legame stretto di cittadinanza», si legge in Corte cost., sent. n. 172 del 1999 (una pronuncia, peraltro, rimasta isolata).

⁷ Si inverte l’ordine della domanda formulata in apertura da Elettra Stradella: «tutti i diritti umani sono anche diritti fondamentali?».

gli stranieri, si avvalga spesso non tanto della locuzione «diritto fondamentale» quanto dell'espressione «diritto inviolabile», senza sciogliere il nodo circa una loro possibile sinonimia. La libertà personale, ad esempio, è annoverata fra i diritti inviolabili, per cui «spetta ai singoli non in quanto partecipi di una determinata comunità politica, ma in quanto esseri umani»⁸; così come «diritto inviolabile» è definito il diritto alla difesa⁹. La qualificazione di un diritto come inviolabile è in genere connessa al suo riconoscimento a prescindere dal titolo di presenza sul territorio e compare, in specie, nelle ipotesi in cui si precisa che il diritto è riconosciuto anche allo straniero irregolarmente soggiornante.

In secondo luogo, non è da sottovalutare la circostanza che la locuzione «diritti fondamentali» si accompagna spesso alla specificazione «della persona umana».

La qualificazione come «fondamentale» compare ad esempio in relazione al diritto alla salute, che – anche in aderenza alla lettera del testo costituzionale¹⁰ – è inserito fra i diritti fondamentali della persona¹¹, così come in affermazioni dal contenuto più ampio: «lo straniero (anche irregolarmente soggiornante) gode di tutti i diritti fondamentali della persona umana»¹².

La precisazione «della persona umana» sottintende la possibilità di distinguere fra diritti fondamentali della persona e, in ipotesi, diritti fondamentali del cittadino?

La scissione dei diritti fondamentali in sottoinsiemi distinti a seconda della titolarità può trovare un parallelismo nella giurisprudenza della Corte costituzionale in tema di diritti politici. Il diritto di voto è inserito fra i diritti inviolabili *ex art. 2 Cost.*¹³, ma al contempo si muove dal presupposto che il diritto politico sia un “diritto dell'uomo, in quanto cittadino”.

Potrebbe obiettarsi che proprio l'assunto della Consulta permetterebbe di ragionare in ogni caso di diritti fondamentali della persona umana, poi specificando “in quanto cittadino”, o “in quanto presente regolarmente sul territorio”, e via discorrendo. La replica peraltro sarebbe quasi scontata: è evidente che siamo in presenza di una perifrasi che cela un riconoscimento differenziato in relazione allo *status* giuridico. Semplificando, affermare che i diritti fondamentali sono della persona “in quanto cittadino” equivale a sostenere che i diritti fondamentali sono riconosciuti al cittadino. Si torna alla considerazione che possono darsi diritti fondamentali riconosciuti a tutti e diritti fondamentali attribuiti al solo cittadino.

È la stessa contraddizione che pare di cogliere nella teoria di Luigi Ferrajo-

⁸ Corte cost., sent. n. 105 del 2001.

⁹ Fra le prime, cfr. Corte cost., sent. n. 492 del 1991.

¹⁰ «La Repubblica tutela la salute come *fondamentale* diritto dell'individuo...» (art. 32 Cost.; corsivo mio).

¹¹ Corte cost., sent. n. 252 del 2001.

¹² Corte cost., sent. n. 198 del 2000.

¹³ Cfr., ad esempio in relazione al diritto di elettorato passivo, Corte cost., sentt. nn. 235 del 1988, 571 del 1989, 141 del 1996.

li, laddove egli, nel proporre la sua «definizione teorica, puramente formale o strutturale» di diritti fondamentali, afferma che sono tali «tutti quei diritti soggettivi che spettano universalmente a “tutti” gli esseri umani in quanto dotati dello *status* di persone, o di cittadini o di persone capaci d’agire»¹⁴.

Lo *status* giuridico dei migranti, dunque, in prima istanza interroga la questione della titolarità del diritto fondamentale: diritti fondamentali *per chi*?

Due paiono le interpretazioni possibili.

La prima: la categoria “diritto fondamentale” prescinde dalla questione della titolarità o, forse meglio, convive con intitolazioni dei diritti differenti. I diritti fondamentali possono essere della persona umana, del cittadino, del migrante presente regolarmente sul territorio, dell’individuo in stato di rifugio. Detto altrimenti, il diritto fondamentale non corrisponde al diritto umano¹⁵ e la qualificazione come fondamentale non discende dal fatto che sia riconosciuto in capo a “tutti” o non impone un riconoscimento universale.

Una possibile implicazione di questo approccio potrebbe consistere nel legare la qualifica di diritto fondamentale ad un’identità politica – ovvero un patriottismo costituzionale *à la* Habermas¹⁶ (la religione civile, ricordata nel dibattito da Raffaele Maione) –, per cui sarebbe quest’ultima a determinare i diritti che in ciascuna comunità politica sono fondamentali. Corollario, sul piano giuridico, di tale tesi può essere l’affermazione di una coincidenza fra diritto fondamentale e diritto costituzionale (ipotesi che Vincenzo Baldini ricorda esprimere l’orientamento prevalente, pur revocandola in dubbio alla luce dell’esperienza attuale¹⁷, e intorno alla quale ha argomentato Elettra Stradella¹⁸), così come la rimessione agli organi di giustizia costituzionale della specificazione dell’area dei diritti fondamentali. I diritti fondamentali, cioè,

¹⁴ L. FERRAJOLI, *Diritti fondamentali*, in *Teoria politica*, 1998/2, p. 5, nonché *ID.*, *Diritti fondamentali, un dibattito teorico*, Laterza, Roma-Bari, 2001.

¹⁵ Si veda in argomento quanto osserva Vincenzo Baldini nella sua relazione, laddove, da un lato, rileva come, «nella pratica, riesce difficile se non impossibile distinguere i diritti fondamentali dai diritti umani positivizzati, la cui intrinseca portata universale, quali diritti naturali o morali, si stempera nelle maglie del diritto positivo statale»; dall’altro, sostiene che «la genesi dei diritti fondamentali non sembra evidenziare senz’altro ed integralmente una continuità con la storia dei diritti umani», ma mantiene una propria «specificità autoreferenziale che rinvia, in buona sostanza, alle ragioni del costituzionalismo liberale come momento di lotta per la limitazione di un potere politico assoluto».

¹⁶ J. HABERMAS, *Lotta di riconoscimento nello stato democratico di diritto*, in J. HABERMAS, C. TAYLOR, *Multiculturalismo. Lotte per il riconoscimento*, Feltrinelli, Milano, 1998, p. 94.

¹⁷ Esperienza che vede la nascita – sintetizza Vincenzo Baldini – di diritti fondamentali «di fonte legislativa», così come «l’aggregazione al catalogo dei diritti fondamentali dei diritti “umani” sanciti da Carte internazionali», senza trascurare il ruolo della giurisprudenza, nel suo assetto multilivello.

¹⁸ Cfr. sul punto anche Roberto Cherchi, laddove, nel concludere il suo intervento, afferma, constatando l’esistenza di diritti costituzionali non fondamentali, come non si possa assumere la coincidenza fra diritto costituzionale e diritto fondamentale.

sarebbero legati al singolo ordinamento giuridico e allo spazio costituzionale statale (ammettendo, tutt'al più, le influenze discendenti da un assetto multilivello di tutela dei diritti o contemplando la possibilità di un percorso storico che approdi, ad esempio nell'ambito di un processo di integrazione sovranazionale, come potrebbe essere quello europeo, ad una estensione territoriale dell'approccio).

I diritti umani in questa prospettiva potrebbero integrare il minimo comun denominatore fra ciò che è definito nei vari contesti fondamentale, così come rappresentare l'insieme dei diritti che nei diversi ordinamenti sono riconosciuti a tutte le persone umane, sulla scia, per limitarsi a due esempi, della teoria del "consenso per intersezione" (Salvatore Veca)¹⁹ oppure dell'"universalismo sottile" che discende dall'esperienza della reiterazione (Michael Walzer)²⁰. I diritti umani potrebbero quindi avere una traduzione giuridica positiva a livello internazionale (al momento molto carente sotto il profilo delle garanzie e non scevra da ambiguità)²¹ e a livello statale (nella misura in cui i diritti umani corrispondono a diritti costituzionali, con gli ovvi limiti di ogni positivizzazione limitata al territorio di uno Stato).

Torniamo però ora ai diritti dei migranti. Un'altra possibile interpretazione circa gli interrogativi che ruotano attorno alla titolarità, e al concetto, di diritto fondamentale si concentra sulle ambiguità e sulle contraddizioni che la presenza di persone prive della cittadinanza disvela (ambiguità che nella di-

¹⁹ In tema, cfr. S. VECA, *Dell'incertezza. Tre meditazioni filosofiche*, Feltrinelli, Milano, 1997, pp. 373-375, il quale identifica i diritti umani «nel centro focale dell'area del consenso per intersezione», quali «diritti umani politicamente neutrali». Si assume la presenza di un contesto plurale e, «in una situazione di simmetria fra i commentatori che sono sotto velo di ignoranza quanto alle concezioni del bene di ciascun partecipante, si proced[e] allo scambio dell'informazione che consiste nella comunicazione dei commenti sulle circostanze in cui una vita umana non è degna di essere vissuta»: «l'insieme dei commenti che precede il riconoscimento della differenza fra i commentatori è ... l'area di consenso per intersezione nel cui centro focale vi è la tesi sui diritti umani».

²⁰ «L'esperienza della reiterazione» consente di cogliere «la diversità delle rivendicazioni» e, nel contempo, che «le rivendicazioni fatte da noi le fanno anche altri». Le costanti, le intersezioni, l'eguaglianza o somiglianza dei valori rivendicati, rappresentano la visione "sottile" (*thin*) dell'universale, il quale conosce poi tutta una serie di «implicazioni particolaristiche», di modalità differenti di rivendicazioni. È un universalismo minimale: Walzer non indulge a facili ottimismo quanto alla sostanza del nucleo comune, ma ragiona piuttosto in termini di «comunanze differenziate», di «pluralità di insiemi, parzialmente coincidenti, ognuno dei quali ha in comune con gli altri certi lineamenti», alcuni «tratti comuni ... incorporati entro un particolare sistema culturale e elaborati in modi altamente specifici» (M. WALZER, *Due specie di universalismo*, in *MicroMega*, 1991/1, pp. 134-141).

²¹ La traduzione giuridica a livello internazionale, coerente con una effettiva universalità – si precisa – non coincide peraltro necessariamente con la Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo del 1948 o i Patti delle Nazioni Unite del 1966 (sui diritti civili e politici e sui diritti economici, sociali e culturali), molto debitori nei confronti di un orizzonte "occidentale"; per ampie argomentazioni in merito, si consenta il rinvio a A. ALGOSTINO, *L'ambigua universalità dei diritti. Diritti occidentali o diritti della persona umana?*, Jovene, Napoli, 2005.

scussione è emersa in specie in relazione a quei non-luoghi – come li ha definiti Marco Benvenuti – che sono le frontiere). Questa lettura, in specie, pare convincente se ci si interroga sul senso della qualificazione in termini di diritto fondamentale. Se il diritto è fondamentale, come può non essere riconosciuto a tutti? Come può tollerare esclusioni sulla base del possesso della cittadinanza?

L'universalità è un requisito imprescindibile della fundamentalità²²?

Si può muovere dall'osservazione che esistono diritti, quali quelli politici, indubbiamente fondamentali, che sono strutturalmente e logicamente connessi con la partecipazione alla vita di un Paese, donde il loro legame con la cittadinanza. Diviene però allora imprescindibile affrontare il discorso sul significato della cittadinanza come titolo giuridico. Ragionare di cittadinanza in senso formale rischia di contraddire proprio la *ratio* del legame fra diritti politici e cittadinanza, che si fonda sulla lettura della cittadinanza come criterio per identificare le persone che vivono in una determinata comunità²³. Oggi, la cittadinanza include tutti coloro che fanno parte della comunità? Oppure, discrimina una classe di moderni meteci²⁴?

Si rischia, come osserva anche Roberto Cherchi, di creare una divaricazione eccessiva fra popolo e popolazione, con il ritorno della distinzione fra cittadini e sudditi.

Il rispetto della natura di diritto inviolabile dell'uomo, ovvero di diritto fondamentale, del diritto politico, nonché il principio democratico richiedono l'adozione di un criterio in grado di includere tutti coloro che partecipano alla vita della comunità, in un'ottica sostanziale e centrata sull'effettività, coerente rispetto all'orizzonte della cittadinanza come partecipazione (assunto ripreso in *atelier* da Gaetano Bucci)²⁵.

Agire in questo senso – a mio avviso e nella consapevolezza di sostenere una tesi minoritaria (che nel dibattito ha trovato conforto nell'intervento, ad esempio, di Andrea Lollo) – si configura non come mera possibilità, ma quale obbligo costituzionale. Un obbligo da ottemperare, con la conseguenza che nell'opzione – in favore della quale si esprime Roberto Cherchi – per una «dimensione incrementale e progressiva in rapporto all'integrazione conse-

²² Per un approfondimento sul tema, con attenzione ai profili di teoria generale, si veda la relazione introduttiva di Vincenzo Baldini, che richiama in specie le teorie di Robert Alexy e di Luigi Ferrajoli.

²³ Vedi E. GROSSO, *La titolarità del diritto di voto. Partecipazione e appartenenza alla comunità politica nel diritto costituzionale europeo*, Giappichelli, Torino, 2001: «la causa di legittimazione della titolarità dei diritti politici non si ritrova in un dato formale (la cittadinanza-*nationalité*), ma nel dato sostanziale che è ad esso presupposto (l'individuazione di una comunità politica, cioè di un popolo, cioè di una cittadinanza-*citoyenneté*)» (p. 29).

²⁴ Per tutti, cfr. L. FERRAJOLI, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, vol. 2. *Teoria della democrazia*, Laterza, Roma-Bari, 2007, spec. pp. 352, 492 ss., 588 ss.

²⁵ Sul punto, cfr. G. AZZARITI, *Contro il revisionismo costituzionale. Tornare ai fondamentali*, Laterza, Roma-Bari, 2016, pp. 99 ss.

guita» (spesso accolta dalla dottrina che distingue fra il livello delle elezioni amministrative e quello delle elezioni politiche), si ravvisano semplicemente ragioni di opportunità politica ma non motivi di ordine costituzionale, che anzi militano a favore di un riconoscimento pieno²⁶.

Non si tratta nemmeno solo di introdurre figure intermedie fra il cittadino e lo straniero, come quella dell'*intending citizen*, o di estendere i criteri di acquisizione della cittadinanza²⁷ (come propone sempre Roberto Cherchi, d'accordo con vari interventi nel gruppo di lavoro), bensì di ripensare il rapporto di condizionalità fra possesso della cittadinanza e titolarità di diritti (quelli politici, in specie), rapporto che degrada l'iscrizione dei diritti politici in capo ai migranti al rango della legge ordinaria dalla quale dipende l'acquisizione del titolo di cittadino. La cittadinanza ha subito una metamorfosi che ne ha trasformato profondamente la natura, per cui da strumento di inclusione, politica e sociale (Marshall), è divenuta mezzo di esclusione, ovvero frontiera che delimita il godimento di diritti mutati in privilegi.

2.3. Oggetto: tra concretizzazione e ambiguità del “nucleo irriducibile”

La legislazione, ma anche la giurisprudenza costituzionale, scelgono una via d'uscita dall'*impasse* che mi pare aumenti l'ambiguità del concetto – e del contenuto – della locuzione “diritto fondamentale”. Come ben ci hanno mostrato Roberto Cherchi e l'attenzione riservata nel dibattito a questo punto, si inseriscono nel discorso logiche di carattere incrementale e graduale nella tutela del diritto, donde il riconoscimento allo straniero di “diritti affievoliti” o a tutele crescenti.

Ma allora, cos'è il diritto fondamentale? È una mera qualificazione astratta o consente di individuare un'area tutelata in quanto fondamentale? Detto altrimenti, quali sono le implicazioni dell'inserimento di un diritto fra i diritti fondamentali? Si ragiona della possibilità di individuare un contenuto che contraddistingue il diritto fondamentale, che può essere declinato sia in termini di garanzie specifiche (livello costituzionale del riconoscimento, resistenza alla revisione costituzionale, inviolabilità, inalienabilità, imprescrittibilità, etc., nonché, più problematicamente, supremazia rispetto ad altri diritti/interessi costituzionalmente tutelati) sia come individuazione di un ambito proprio del diritto.

Senza addentrarsi qui nel discorso delle garanzie (affrontato da Elettra

²⁶ Per un approfondimento del discorso, ci si permette di rinviare a A. ALGOSTINO, *I diritti politici dello straniero*, Jovene, Napoli, 2006, nonché ID., *Il ritorno dei meteci: migranti e diritto di voto*, in *Costituzionalismo.it*, n. 1/2010 e in S. GAMBINO, G. D'IGNAZIO (a cura di), *Immigrazione e diritti fondamentali fra costituzioni nazionali, unione europea e diritto internazionale*, Giuffrè, Milano, 2010.

²⁷ Senza negare, peraltro, con ciò, la necessità di ripensare la cittadinanza, valorizzando la presenza sul territorio (lo *ius loci* di cui ragiona G. AZZARITI, *Contro il revisionismo*, cit., pp. 11-112).

Stradella nella ricerca di uno statuto della fundamentalità) e/o della concretizzazione, e della loro complessità – come emerge dalle riflessioni di Vincenzo Baldini²⁸ –, il tema dei diritti dei migranti fornisce interessanti suggestioni circa l'oggetto del diritto: quando un diritto è fondamentale, ciò significa che tutto ciò che è potenzialmente ascrivibile al diritto lo è? Oppure si può/si deve distinguere un "nucleo essenziale" (in ipotesi fondamentale) e una tutela piena (eventualmente non fondamentale)?

La giurisprudenza costituzionale in tema di stranieri, sia quella più risalente sia quella più recente, fornisce interessanti spunti laddove introduce due variabili che condizionano il riconoscimento dei diritti in capo ai migranti.

Le pronunce più datate insistono in specie sulla possibilità di distinguere fra la titolarità di un diritto e il suo godimento: «non può escludersi che tra cittadino e straniero, benché uguali nella titolarità di certi diritti di libertà, esistono differenze di fatto e di posizioni giuridiche tali da razionalmente giustificare un diverso trattamento nel godimento di tali diritti»²⁹. Incidendo sull'esercizio del diritto, si gradua il contenuto dello stesso, determinandone diversi livelli di godimento, correlati a *status* differenti (come ribadito più volte in *atelier*), con il rischio, *ça va sans dire*, di vanificare il riconoscimento dello stesso e con un *vulnus* del principio di eguaglianza (d'accordo con Roberto Cherchi che considera come anche lo schema in base al quale «in virtù della mera presenza sul territorio» si riconoscono allo straniero i diritti costituzionali inviolabili e fondamentali», ma restringendoli di regola al «loro contenuto minimo», dia luogo a disuguaglianza).

Il legislatore, ad esempio, prevede «diverse modalità di esercizio» del diritto alla salute, salvo il «nucleo irriducibile» di tale diritto, che «quale diritto fondamentale della persona deve essere riconosciuto anche agli stranieri, qualunque sia la loro posizione rispetto alle norme che regolano l'ingresso ed il soggiorno nello Stato»³⁰. Il diritto alla salute spetta a "tutti", ma il rapporto della persona umana con lo Stato modula il suo godimento, essenzialmente in base a due elementi: la presenza regolare o irregolare sul territorio dello Stato e l'appartenenza a specifiche categorie, oggetto di una tutela particolare (quali, nello specifico, i minori e le donne in stato di gravidanza).

Qui, fra l'altro, si apre il capitolo relativo al soggetto cui spetta delimitare

²⁸ Si pensi, ad esempio, al discorso sui «diritti quali regole di principio» o sui «diritti fondamentali incompiuti» (cfr. V. BALDINI, *La classificazione dei diritti fondamentali*, cit.; ID., *La concretizzazione dei diritti fondamentali*, cit.).

²⁹ Corte cost., sent. n. 244 del 1974; la qualità di non cittadino costituisce una giustificazione per una differente modulazione nel godimento dei diritti in quanto «inerisce al controllo di costituzionalità sotto il profilo della disparità di trattamento considerare le posizioni messe a confronto, non già in astratto, bensì in relazione alla concreta fattispecie» (Corte cost., sent. n. 62 del 1994).

³⁰ Corte cost., sent. n. 252 del 2001.

il nucleo essenziale, così come in ipotesi individuare l'insieme dei diritti fondamentali. È un compito proprio del legislatore, con l'ausilio interpretativo e il controllo della Consulta (così come – data l'interconnessione crescente fra le diversi corti – della Corte europea dei diritti dell'uomo), come ritiene Marco Dani (e come, in modo più attenuato, traspare anche dalla relazione di Vincenzo Baldini)? Vi è una coincidenza – come ricordato *ante* – fra diritto fondamentale e diritto costituzionale? O, nella difficoltà di trovare una definizione comune, occorre guardare al giudice come interprete privilegiato (con l'effetto collaterale della perdita di *appeal* del postulato “diritto fondamentale uguale diritto costituzionale”)? O, ancora, l'eterogeneità dei diritti fondamentali rende impossibile l'individuazione di un criterio univoco?

La questione chiama in causa la *querelle* sul ruolo rispettivo della legge e della giurisdizione, una diatriba antica che con le costituzioni del secondo Novecento ha assunto toni nuovi, estrinsecandosi nel dibattito intorno al neocostituzionalismo e al suo rapporto con il positivismo³¹. La soluzione, peraltro, non pare potersi trovare in una scelta di campo (legge *versus* giurisdizione), quanto piuttosto nel concorso fra i vari soggetti³², ciascuno con il proprio ruolo, ovvero, nella forma di governo delle democrazie pluralistiche, quale organizzazione (e limitazione) del potere armonica rispetto al costituzionalismo novecentesco (anche se certamente perfettibile e, altrettanto sicuramente, non integrante la fine della storia delle istituzioni). È un equilibrio delicato, peraltro, che indubbiamente il tempo presente mostra essersi rotto, con una crisi della rappresentanza e della legislazione, una egemonia degli esecutivi (e dei loro vertici monocratici) e una tendenza, in taluni casi in chiave suppletiva, ad un (iper) attivismo delle corti. È, se vogliamo, quella che Marco Dani, nella sua premessa teorica individua come «concezione dei diritti in senso forte» (Ronald Dworkin e Luigi Ferrajoli), ma ammorbidita lasciando spazio non solo all'interpretazione del giudice, bensì anche, per non dire soprattutto, alle assemblee rappresentative (se pur non accedendo ad una concezione politica dei diritti *à la* Jeremy Waldron), in adesione alla tesi che la complessità non sia un disvalore e non possa/debba essere artificialmente ridotta ad ordine, ma rifletta la natura plurale e conflittuale della società, tentando di contemperare e garantire i vari interessi.

Riprendiamo però per ora il discorso sui diritti dei migranti. La seconda variabile che emerge dall'analisi della giurisprudenza costituzionale in tema di condizione giuridica degli stranieri concerne la ponderazione di interessi pubblici quali «la sicurezza e la sanità pubblica, l'ordine pubblico, i vincoli di carat-

³¹ Limitandosi a citare due saggi appena usciti, cfr. M. FIORAVANTI, *Il legislatore e i giudici di fronte alla Costituzione*, in *Quad. cost.*, n. 1/2016, pp. 7 ss.; N. ZANON, *Pluralismo dei valori e unità del diritto: una riflessione*, in *Quad. cost.*, n. 4/2015, pp. 919 ss.

³² «La legislazione e la giurisdizione l'una a fianco dell'altra, entrambe di fronte alla Costituzione» (M. FIORAVANTI, *Il legislatore e i giudici*, cit., p. 20).

tere internazionale», nonché l'«interesse generale di un razionale ed efficiente controllo dell'immigrazione»³³. La Corte costituzionale precisa che «per quanto gli interessi incidenti sulla materia dell'immigrazione siano molteplici e per quanto possano essere percepiti come gravi i problemi di sicurezza e di ordine pubblico connessi a flussi migratori incontrollati» non può risultare scalfito il carattere universale dei diritti stessi, ma è indubbio che gli interessi citati sono chiamati a legittimare, per menzionare solo un esempio, il trattenimento (*alias* detenzione) nei centri di identificazione ed espulsione, con restrizione della libertà personale (con le garanzie, spesso solo formali e non effettive – come ricorda Roberto Cherchi e come è stato più volte ribadito nel dibattito –, previste dall'art. 13 Cost.). Da un lato vi è il riconoscimento, ai sensi degli articoli 2, 3 e/o 13 e seguenti, dei diritti in capo alla persona umana, costituzionalmente sanciti; dall'altro, il bilanciamento, se pur con la necessaria presenza di un valore costituzionale di pari rango e nei limiti della ragionevolezza.

Entrambe le ipotesi (scissione fra titolarità e godimento e bilanciamento con interessi pubblici) mostrano – oltre che nel caso di specie la fragilità, quando non *tout court* la non garanzia dei diritti dei migranti – come, transitando ad un piano teorico, sia mobile l'oggetto del diritto: qual è l'ambito coperto dalla fundamentalità? È il nucleo essenziale del diritto che permane in ogni caso, ovvero quale che sia lo *status* giuridico del titolare e il peso da ponderare, oppure la c.d. tutela piena del diritto?

È ineliminabile un'opera di concretizzazione – sostiene Baldini –, la quale «tende, in definitiva, ad assecondare un'aspettativa della stessa Costituzione, in quanto atto normativo, a realizzare compiutamente la propria forza regolatrice», coinvolgendo il giudice costituzionale e, più ampiamente, «ogni potere pubblico»³⁴ (così come la Corte europea dei diritti dell'uomo), ma essa non deve tradursi in occasione per flessibilizzare e contrarre il contenuto – e le garanzie – dei diritti o differirne il contenuto (rileva in specie tale rischio sempre Vincenzo Baldini³⁵). Come ricorda Massimo Luciani, «nessuno ha ben compreso quanto sia inaccettabile il prezzo che in termini di certezza del diritto si paga alla continua in-decisione sulle fonti di tutela dei diritti»³⁶. La certezza del diritto non è solo un principio dell'ordinamento ma un elemento essenziale per la «certezza dei diritti».

La concretizzazione dei diritti in relazione in specifico ai migranti rivela, invece, proprio la tendenza dei diritti a ritrarsi nel nucleo essenziale nonché la debolezza e le ambiguità di diritti che presentano un *gap* crescente fra il piano della proclamazione, sempre più retorica, e il piano delle garanzie concrete,

³³ Corte cost., sent. n. 161 del 2000; cfr. anche sent. n. 148 del 2008.

³⁴ V. BALDINI, *La concretizzazione dei diritti fondamentali*, cit., p. 97.

³⁵ V. BALDINI, *La concretizzazione dei diritti fondamentali*, cit., p. 111.

³⁶ M. LUCIANI, *Il brusco risveglio. I controlimiti e la fine mancata della storia costituzionale*, in *Rivista AIC*, n. 2/2016, p. 6.

frammentate e ridotte. È un orientamento che nello *status* giuridico dei migranti trova sia un laboratorio di sperimentazione (si pensi alla legislazione in tema di sicurezza, ovvero alle discipline antiterrorismo) sia una applicazione particolarmente copiosa, ma prospetta, più ampiamente, un percorso regressivo nella tutela dei diritti per tutti (come ha osservato in apertura del Convegno Gaetano Azzariti, «i diritti dei migranti sono specchio dei diritti di tutti noi»).

Ciò che è fondamentale appare sempre più difficile da individuare e oggetto di una progressiva contrazione in un nucleo sempre più ristretto³⁷: da un lato, una flessibilità di contenuto; dall'altro, un ischeletrimento.

L'analisi dello *status* giuridico degli stranieri supporta, dunque, una lettura demistificante delle narrazioni in tema di “nucleo irriducibile” o di “livello essenziale” (lettura che compare, ad esempio, nella relazione di Alessandra Di Martino), quali elementi, cioè, atti non a rafforzare la tutela dei diritti, ma a favorirne il progressivo svuotamento.

Tutto ciò non è nelle corde di una Costituzione – come quella italiana – che insiste sull'effettività nella garanzia dei diritti³⁸, oltre che, ovviamente, sul riconoscimento dei diritti inviolabili della persona e sul principio di eguaglianza.

Diritti dei migranti, dunque, come emblema delle difficoltà di individuare un preciso statuto connesso alla qualifica di un diritto come fondamentale e indicatori, in senso più ampio, di una regressione nella garanzia dei diritti.

2.4. Fondamento e riconoscimento: il ruolo del multiculturalismo

Lo statuto dei diritti dei migranti, peraltro, induce anche riflessioni di segno diverso, cioè può apportare argomenti per un consolidamento e arricchimento del catalogo dei diritti fondamentali.

L'incontro con prospettive politico-culturali “nuove”, quali quelle di cui possono essere veicolo i migranti, può, infatti, ampliare la legittimazione, nel senso di fondamento e riconoscimento sociale, dei diritti, in senso sincronico.

La convergenza su un catalogo di diritti fondamentali di orizzonti non appartenenti alla storia e alle tradizioni proprie dell'Occidente può rafforzarne la legittimazione. I fondamenti politico-culturali dei diritti già oggi sono plurali (si pensi, a titolo esemplificativo, ai diritti sociali che hanno radici nelle teorie socialiste così come nella roosveltiana libertà dal bisogno o nell'umanesimo sociale *à la* Maritain), il riconoscimento sociale dei diritti (*tout court* o come fondamentali) da parte di soggetti portatori di tradizioni politico-culturali ap-

³⁷ Anche se poi la fundamentalità del nucleo può essere connessa ad una sorta di super garanzia, quale l'assimilazione allo *status* proprio dei principi costituzionali (e in ciò può risiedere il “lato positivo” del concetto di “nucleo essenziale” dei diritti).

³⁸ Per tutti, cfr. art. 2, c. 2, e art. 4, c. 1, Cost.

partenenti ad aree extra-occidentali ne amplia e fortifica la legittimazione³⁹.

Ciò può agire in controtendenza, in qualche modo bilanciando, l'utilizzo, e la percezione, dei diritti come *instrumentum regni*, ovvero la loro imputazione fra le forme di imperialismo culturale (che ha il suo apice nella c.d. ingerenza umanitaria, sul modello, per intenderci, dell'intervento in Kosovo).

I diritti nascono in un processo politico e culturale di natura plurale, e conflittuale, che ha avuto come riferimento privilegiato nella concretizzazione dei diritti l'ordinamento costituzionale nazionale – avvalorando la tesi dell'equivalenza fra diritti fondamentali e diritti costituzionali; con l'immigrazione, essi vengono a confrontarsi con altri pluralismi.

L'incontro – e il conflitto – con prospettive differenti può ampliare l'orizzonte e il fondamento dei diritti, arricchendo il pluralismo alla base del patto costituzionale, così come favorire l'idea di diritti in grado di prescindere dai territori nazionali, ma, indubbiamente, mostra anche i limiti e le ambiguità dei diritti.

Ma prima di passare a quest'ultima narrazione, meno irenica, del rapporto fra culture⁴⁰, è opportuno enucleare alcuni elementi emersi circa il concetto di diritto fondamentale. In specie, quanto osservato palesa il legame fra la fundamentalità e il radicamento sociale del diritto, nel solco delle interpretazioni che considerano diritti fondamentali quelli storicamente consacrati come tali, evidenziando il loro legame con i conflitti che concretamente attraversano la società⁴¹.

Ciò comporta, fra l'altro, che la fundamentalità possa essere storicamente relativa, anche se indubbiamente la permanenza nel tempo e il riconoscimento spazialmente trasversale le restituiscono una sorta di resistenza, che, a sua volta, incrementa la percezione di fundamentalità.

Si vuole evidenziare, cioè, come la qualificazione giuridica, ad opera in primo luogo del diritto costituzionale, e, quindi, del diritto legislativo e delle corti, sia strettamente legata alla genesi nella società, la quale opera alla stregua di una pre-condizione rispetto alla positivizzazione del diritto (rovesciando in parte l'impostazione di Vincenzo Baldini laddove riconduce primariamente la fundamentalità a quanto l'ordinamento definisce tale). Si insiste, detto altrimenti, sull'importanza della stretta correlazione esistente fra società e diritto, in antitesi rispetto alla tendenza, riscontrabile nell'insistenza sulla tutela multilivello, a chiudere il diritto nel dialogo fra corti e nei

³⁹ Ciò, precisando che il consenso rileva in specie per quanto concerne la legittimità e il fondamento dei diritti, fermo restando che essi esercitano poi una (ineliminabile) funzione di garanzia delle minoranze anche contro la maggioranza.

⁴⁰ Cfr. G. AZZARITI, *Multiculturalismo e costituzione*, in *Federalismi.it*, n. 24/2015.

⁴¹ G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite. Legge diritti giustizia*, Einaudi, Torino, 1992: «ciò che è davvero fondamentale, per ciò stesso non può essere posto ma deve sempre essere presupposto...» (p. 3); sull'origine sociale del diritto, cfr., *ex plurimis*, P. GROSSI, *Prima lezione di diritto*, Laterza, Roma-Bari, 2004.

sofisticati tecnicismi dei giudici.

Questo, senza misconoscere l'impossibilità di una lettura unidirezionale. Il processo, cioè, fermo restando che non si può prescindere dall'ancoraggio dei diritti nelle tensioni e rivendicazioni che permeano la società, può contemplare un ruolo delle istituzioni – legislatore e giudici – di tipo promozionale⁴², quasi anticipatorio rispetto ad un radicamento sociale del diritto, come è accaduto in talune occasioni in relazione al diritto all'acqua. E, ovviamente, senza scordare il ruolo di garanzia proprio del riconoscimento giuridico dei diritti.

L'immigrazione, si può sintetizzare, implementa, quindi, l'idea di una "fondamentalità senza confini", che travalica le limitazioni, inerenti il territorio ma anche il popolo (come insieme di cittadini), proprie di un approccio basato sul singolo ordinamento giuridico. Un passo oltre – sia come apertura ad altri sistemi giuridici sia in quanto affonda sino alle radici sociali⁴³ – rispetto alla dialettica multilivello. Quest'ultima, oltre ad essere molto *à la page*, può accrescere la nozione e il catalogo dei diritti fondamentali, sia a livello di proclamazione che di garanzia dei diritti, sempre però che concretizzi un circolo virtuoso per la progressione degli stessi, esito assolutamente non scontato, nonostante la tesi sulla "ottimizzazione" prospettata dalla Corte costituzionale (sulle cui aporie si sofferma Vincenzo Baldini).

Nello stesso tempo, peraltro, la gestione concreta dei flussi migratori – si pensi, per tutte, all'attuale esternalizzazione dell'accoglienza o, per usare un termine più aderente alla realtà, respingimento, dei richiedenti asilo in Paesi come la Turchia⁴⁴ (che solo una politica cinica e mistificatoria può definire Stato sicuro) – così come le restrizioni nel godimento dei diritti sulla base del possesso di titoli giuridici quali la cittadinanza o il permesso di soggiorno, palesano lacune e violazioni nella garanzia dei diritti fondamentali. Lacune e violazioni, che, se ripetute nel tempo, nonché in un certo qual modo "legalizzate", non possono non riverberarsi – ragionando nella prospettiva dell'effettività – sul senso dei diritti fondamentali.

Dunque, diritti fondamentali potenzialmente più forti, grazie ad un radicamento sociale più ampio e culturalmente trasversale, ma anche diritti che alla prova della loro estensione concreta rischiano di dimostrare di essere null'altro che privilegi, arroccandosi nella comunità ristretta dei titolari "storici", contrapponendo una fortezza dei diritti a non-luoghi senza diritti

⁴² Sulla «funzione promozionale» del diritto, cfr. N. BOBBIO, *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*, Edizioni di Comunità, Milano, 1977, spec. pp. 13-42; sulle relazioni bidirezionali fra testo e realtà, recentemente, M. LUCIANI, *Dottrina del moto delle costituzioni e vicende della Costituzione repubblicana*, in *Rivista AIC*, n. 1/2013, spec. p. 3.

⁴³ A differenza – si può precisare – di un approccio multilivello che tende ad attestarsi intorno alla razionalità dei percorsi argomentativi dei giudici.

⁴⁴ Il punto è stato oggetto di molte critiche nel gruppo di lavoro (cfr. ALESSIO RAUTI, MARCO BENVENUTI, FRANCESCO BELVISI).

(come gli *hotspots* o i campi profughi alle frontiere esterne dell'Unione europea)⁴⁵. Senza diritti, e – si può aggiungere – senza diritto, dato che sempre più la gestione dell'immigrazione è demandata al *soft law*⁴⁶.

Un discorso analogo può ripetersi a proposito del contenuto dei diritti. Esso può ampliarsi ed arricchirsi nel confronto e nelle sfide poste da approcci differenti. Per limitarsi a due esempi, si pensi al diritto all'istruzione laddove si sancisce che «la comunità scolastica accoglie le differenze linguistiche e culturali come valore da porre a fondamento del rispetto reciproco, dello scambio tra le culture e della tolleranza», promuovendo e favorendo «iniziative volte alla accoglienza, alla tutela della cultura e della lingua d'origine e alla realizzazione di attività interculturali comuni» (art. 38, c. 3, D. Lgs. n. 286 del 1998), e al crescente favore che incontra il diritto alla diversità culturale.

Contemporaneamente, tuttavia, l'ampliamento delle richieste può indurre (o giustificare) un processo opposto di contrazione del diritto nel suo nucleo essenziale, specie in relazione a diritti, come in primo luogo (ma non solo) quelli sociali, che comportano un impiego consistente di risorse, generando nuovi conflitti intorno ai diritti.

Non solo: la necessità di contestualizzare i diritti alla luce di una società sempre più multiculturale, per cui ad esempio la libertà religiosa declinata originariamente nei confronti del protestantesimo si confronta e si modella rispetto a universi religiosi come quello della *shari'a*, ne amplia il contenuto o, in un approccio da minimo comun denominatore, lo restringe? La diversità culturale può infatti essere motivo per arricchire il catalogo dei diritti così come facile giustificazione per una ritrazione nel nucleo ristretto di ciò che è comune.

3. Il diritto ai beni vitali: nuova frontiera dei diritti o mistificazione di una regressione?

Il diritto ai beni vitali pare attraversato dalle stesse ambiguità e contraddizioni (sulle quali vorrei soffermarmi, anche se il tema è stato meno discusso in *atelier*). Prima di enuclearle, tuttavia – come non manca di rilevare Benedetta Vimercati – è necessario tentare di definire i beni vitali: quali sono? Esiste – e qual è – un criterio che li identifica?

⁴⁵ Facile ricordare le parole di F. FANON (*I dannati della terra*, Einaudi, Torino, 1962, p. 240): «Lasciamo quest'Europa che non la finisce più di parlare dell'uomo pur massacrandolo dovunque lo incontra, a tutti gli angoli delle stesse sue strade, a tutti gli angoli del mondo. Sono secoli che l'Europa ha arrestato la progressione degli altri uomini e li ha asserviti ai suoi disegni e alla sua gloria; secoli che in nome d'una pretesa «avventura spirituale», soffoca la quasi totalità dell'umanità...».

⁴⁶ I. GJERGJI, *Sulla governance delle migrazioni. Sociologia dell'underworld del comando globale*, Franco Angeli, Milano, 2016, che ragiona della «proliferazione di una moltitudine di norme «morbide» (*soft law*) e flessibili nel settore delle migrazioni».

3.1. Precondizionalità, scarsità e rischio di predazione come possibili criteri identificativi della categoria

È una categoria, infatti, – quella dei beni vitali – che si presenta indefinita (Benedetta Vimercati utilizza l'aggettivo «polimorfa») sia nell'oggetto sia nello *status* giuridico, così come nel rapporto con i diritti fondamentali. “Vitale” è sinonimo di “fondamentale”? Il bene vitale è sempre connesso con un diritto fondamentale? Qual è il senso della previsione di un autonomo diritto ai beni vitali?

Una prima certezza c'è: tutti questi interrogativi si riflettono sul concetto di diritto fondamentale, incrementando il grado di eterogeneità (Vincenzo Baldini) proprio dell'identificazione della categoria.

Benedetta Vimercati ci ha raccontato come non esista nella giurisprudenza una definizione unitaria, ma solo l'uso, in relazione a taluni beni, del termine, così come essi sono oggetto di una pluralità di opzioni teoriche. Nella molteplicità degli approcci, si può individuare un elemento che, quantomeno dal punto di vista giuridico, pare robusto e ricorrente, la riconduzione dei beni vitali alla dignità umana e al libero sviluppo della persona (art. 3, c. 2, Cost.). Peraltro, dato il carattere aperto del concetto di “dignità umana”, così come di quello di “libero sviluppo della persona”, che necessitano di essere concretizzati, ciò non aiuta nell'elaborazione di una definizione univoca di “bene vitale”.

Ineliminabile appare in primo luogo la questione se sia possibile individuare della dignità umana, così come del libero sviluppo della persona, una nozione per così dire oggettiva o se si debba ripiegare su un relativismo soggettivo (individuale e/o collettivo)⁴⁷ o sull'estrinsecazione che ne è data – adagiandosi sul positivismo⁴⁸ – nei diritti costituzionali.

Gli elementi che integrano la dignità umana variano nel tempo e nello spazio, e di essa coesistono differenti percezioni, per cui le definizioni sostanziali o si impongono quali “verità” o trascorrono nel relativismo: la dignità umana si disperde in mille estrinsecazioni differenti non appena si tenti di enuclearne la sostanza attraverso proposizioni atte a renderne, per così dire, tangibile e fruibile il contenuto.

E, in linea di principio, il discorso non cambia se si tenta di individuare ciò che non rende degna la vita umana, piuttosto di ciò che la rende degna, anche se non manca chi osserva come sia più facile raggiungere l'accordo in negativo piuttosto che in positivo (Salvatore Veca, Michael Ignatieff)⁴⁹.

⁴⁷ Ovvero, riconducibile al singolo soggetto o, più ampiamente, agli appartenenti ad una comunità culturale, politica, religiosa.

⁴⁸ ... e con un approccio apodittico e tautologico.

⁴⁹ S. VECA, *I diritti umani e la priorità del male*, in M. IGNATIEFF, *Human rights as politics and idolatry* (2001), trad. it. *Una ragionevole apologia dei diritti umani*, Feltrinelli, Milano,

Se invece si opta per un criterio meramente giuridico, si sconfina nella tautologia, una tautologia *a posteriori*: l'area della dignità umana coincide con quella dei diritti sanciti dalla costituzione (e/o dal diritto internazionale).

Ai limitati fini del nostro discorso intorno ai beni vitali, si può muovere da una lettura riduttivista – (forse) scevra dal rischio di mistificare come oggettive visioni, ovvero concezioni del mondo, soggettive (siano esse laiche o religiose) – ancorando l'area della dignità umana, del “vitale”, ad un dato fisico, proprio del mondo naturale, quale la pura sopravvivenza in vita.

Si accede in questo modo alla declinazione minimalista della categoria dei beni vitali, quella, per l'appunto, che annovera fra tali beni quelli legati alla sussistenza (ovvero – dando conto delle teorie intersecate dal discorso dei beni vitali, che Benedetta Vimercati contempla nella sua relazione – alla concezione essenzialistica o al riferimento ai beni qualificati come primari nelle scienze economiche). Resta, peraltro, l'interrogativo se tale assunto sia sufficiente per garantire la dignità e il libero sviluppo della persona o se, per soddisfare queste ultime, si debba optare per l'impostazione espansiva, quella che supporta una identificazione dei beni vitali con quelli «che permettono al soggetto di realizzarsi come persona nel contesto in cui è inserito» (così Benedetta Vimercati)⁵⁰.

Comunque sia, occorre premettere come nemmeno il dato della sopravvivenza in vita sia univoco: la mera presenza dei parametri vitali (e quali? ad esempio, sono da intendersi in senso puramente biologico o anche intellettivo?) è sufficiente, o si postula un grado minimo di qualità della vita (e, se sì, di nuovo, quale)⁵¹?

Senza addentrarci qui in questo terreno paludoso che ci condurrebbe fuori strada, possiamo proseguire rilevando come la permanenza in vita si configura quale necessaria preconditione rispetto ad altri diritti, rientrando senza

pp. 115 ss.: «l'idea del bene ci divide, mentre ciò che può unirci è l'idea del male»; il nodo centrale è considerare «il male umano come il preclusore *par excellence* del bene, di qualsivoglia bene umano», focalizzando «le ragioni della *non eleggibilità* di una vita»; «lo spazio del bene implica ... il lavoro dell'interpretazione» e, dunque, è riconoscibile «come lo spazio pluralistico dei beni umani», mentre «lo spazio del male sembra richiedere meno impegno interpretativo»; solo se i diritti umani si mantengono sul confine è possibile «sostenere, al tempo stesso, le ragioni dell'universalismo dei diritti umani e le ragioni del pluralismo morale, religioso e culturale» (in questo senso è da intendersi «la tesi sulla priorità del male»); M. IGNATIEFF, *Una ragionevole apologia*, cit. *supra*, p. 58: «chi proviene da culture diverse può continuare a essere in disaccordo riguardo a ciò che è il bene, ma nondimeno essere d'accordo su ciò che è insopportabilmente e indiscutibilmente sbagliato».

⁵⁰ Per inciso, si può osservare come tale lettura tenda a leggere la dignità umana come garanzia dell'autodeterminazione della persona.

⁵¹ Ciò, senza dimenticare che esistono, anche se esulano – pur non mancando punti di contatto (perché alla base di una scelta effettivamente libera devono essere soddisfatte le condizioni che la rendono tale) – dal presente discorso centrato sulla prospettiva del diritto, tutte le questioni relative al dovere di sopravvivenza in vita.

dubbio a pieno titolo nella fundamentalità. Può deporre in questo senso la lettera della Costituzione, laddove l'unico diritto definito "fondamentale" è il diritto alla salute, che è facile ritenere preliminare rispetto all'esercizio di altri diritti (oltre che ovviamente essenziale per la vita)⁵².

Il legame con la dignità umana, nel senso di ciò che è essenziale per la sua tutela, e la precondizionalità possono essere d'aiuto nel tracciare i segni distintivi della categoria dei diritti fondamentali? La loro storicità si riflette inevitabilmente nella mutevolezza di ciò che è diritto fondamentale?

Senza pretesa di risolvere tali interrogativi, tornando al discorso sul diritto ai beni vitali, si può osservare come l'elemento della precondizionalità, fra l'altro, non paia estraneo anche rispetto ad una accezione ampia dei beni vitali, ben potendosi adattare a tale ipotesi quanto osserva Rodotà a proposito dei beni comuni: «l'intreccio tra beni comuni e diritti fondamentali produce un concreto arricchimento della sfera dei poteri personali, che, a loro volta, realizzano precondizioni necessarie per l'effettiva partecipazione al processo democratico»⁵³.

Attenendoci tuttavia per ora all'ipotesi minimalista, che integra il comun denominatore fra le varie interpretazioni, dal parametro della "sopravvivenza in vita" si possono trarre utili indicazioni circa l'individuazione dei beni ascrivibili fra quelli vitali. In particolare, fra i beni vitali, senza molti dubbi pare di poter annoverare – seguendo quanto proposto nella sua relazione da Benedetta Vimercati – l'acqua e il cibo, che influiscono oggettivamente e immediatamente sull'esistenza biologica della persona.

Benedetta Vimercati cita anche l'ambiente. Esso è già oggetto di un diritto specifico, generalmente qualificato come di terza generazione, ma questa non pare una osservazione dirimente, considerato che anche l'acqua o il cibo, se pur di quarta generazione e meno consolidati, sono declinati anche in termini di diritto *tout court*. Il suo inserimento fra i beni vitali può essere argomentato tenuto conto degli effetti che l'ambiente esercita sulla permanenza in vita⁵⁴.

Impregiudicata appare, tuttavia, la domanda circa il senso del ricorso alla categoria dei beni vitali piuttosto che ai diritti *tout court*; nel prosieguo, si vedrà se, riflettendo sulle peculiarità dei beni vitali, si incontra qualche suggestione che avvalorì l'uso del *genus* "beni vitali".

Continuiamo ora con l'elenco dei beni vitali, ragionando ad alta voce. La salute può essere ritenuta un bene vitale? In prima battuta si può consta-

⁵² Sul significato dell'aggettivizzazione della salute come "fondamentale", da ultimo, cfr., anche per il riferimento alla giurisprudenza costituzionale, L. CARLASSARE, *Diritti di prestazione e vincoli di bilancio*, in *Costituzionalismo.it*, n. 3/2015, p. 152.

⁵³ S. RODOTÀ, *Il terribile diritto. Studi sulla proprietà privata e i beni comuni*, il Mulino, Bologna, 3^a ed., 2013, p. 479; cfr. anche, specificamente in relazione all'acqua, *ivi*, p. 484.

⁵⁴ Esso, inoltre condivide, come sottolinea Benedetta Vimercati, con acqua e cibo, la possibilità di supportare sia una interpretazione minimalista sia una massimalista della nozione di "bene vitale".

tare come la salute, oltre ad essere già oggetto di un diritto (ormai classico, di seconda generazione), concerne senza dubbio la vita (e la sopravvivenza) della persona, ma si concretizza – a differenza dell’acqua e del cibo (nonché, se si vuole, anche dell’ambiente, che, se pur in senso unitario appare un *quid* immateriale, può essere specificato attraverso il riferimento a elementi materiali, come la terra, le piante, l’aria) – in beni tangibili solo in parte, in quanto garantita attraverso il ricorso a farmaci.

La tangibilità può essere considerata un elemento che accomuna i beni vitali, ovvero costitutiva rispetto al concetto di bene? e, ancora, in grado di supportare l’inclusione fra i beni vitali dei soli beni materiali?

Proseguendo, con i possibili beni vitali: l’aria? Essa sicuramente è un bene vitale ed è un elemento materiale, ancorché dall’aspetto incorporeo: per la precisione è una miscela di sostanze, se pure allo stato gassoso⁵⁵. Ora, al di là della possibilità che essa sia ricompresa nel diritto all’ambiente o alla salute (ad un’aria, cioè, non inquinata), può influire il fatto che non è (quantomeno non ancora)⁵⁶ un bene limitato? Detto in altri termini, la scarsità può essere un elemento che gioca un ruolo nell’individuazione dei beni vitali?

La scarsità compare in tutti i beni che sono stati citati, o nel senso di una finitezza del bene, come accade per l’acqua ma anche per l’ambiente, o nel senso di una limitatezza nella disponibilità di risorse preposte alla garanzia del bene, come nell’ipotesi della salute (senza cadere, peraltro, nel tranello della scarsità delle risorse, scordando che molto spesso essa non è che uno specchio per le allodole, celando a monte scelte politiche ed economiche).

Dunque, quali possibili segni distintivi della categoria dei beni vitali si possono citare lo stretto collegamento con l’esistenza in vita, la tangibilità e la scarsità?

Un altro parametro per identificare i beni vitali, che imporrebbe una revisione del catalogo dei beni sinora indicati, nel senso di un loro allargamento, potrebbe essere – riprendendo il discorso di Stefano Rodotà a proposito dei beni comuni (narrazione che Benedetta Vimercati non manca di richiamare) – la loro riconduzione ai «beni direttamente necessari» per la soddisfazione dei diritti fondamentali⁵⁷ (postulando, dunque, una risposta positiva al quesito circa la necessaria connessione fra bene vitale e diritto fondamentale).

Una scelta in questo senso implica un mutamento di presupposto, ovvero l’adozione come oggetto di garanzia non solo della sopravvivenza strettamente intesa, bensì, più ampiamente, della dignità umana e del libero sviluppo della

⁵⁵ Si tratta di azoto e ossigeno per la maggior parte, nella proporzione di 4/5 il primo e 1/5 il secondo, più altri componenti minori, come argo, vapore acqueo e anidride carbonica.

⁵⁶ Non mancano, peraltro, le prime commercializzazioni di aria in bottiglia (cfr., per alcuni esempi, R. RIJTANO, *L’aria pulita diventa un business: sempre più startup la vendono in bottiglia*, in *R.it*, <http://www.repubblica.it>, 16 maggio 2016).

⁵⁷ S. RODOTÀ, *Il terribile diritto*, cit., p. 469.

persona. Fra i beni andrebbero inseriti, oltre acqua e cibo, ad esempio, anche la conoscenza (che, per inciso, non possiede gli attributi né della finitezza/scarsità né della materialità, pur potendo appoggiarsi su un supporto materiale)⁵⁸.

Un tale approccio insiste sul dato dell'accesso, «come tramite necessario tra diritti e beni», con l'obiettivo di sottrarlo «all'ipoteca proprietaria»⁵⁹. L'assegnazione di un ruolo autonomo all'accesso⁶⁰ valorizza sia l'orizzonte dell'effettività sia la primazia dei diritti fondamentali della persona rispetto all'esercizio delle libertà economiche (da limitare nel senso degli artt. 41 e 42 della Costituzione).

Quanto osservato induce inoltre ad ipotizzare che forse l'elemento della finitezza/scarsità del bene può più opportunamente essere declinato come proiezione del bene – in quanto esso è strumentale/essenziale rispetto alla sopravvivenza o alla tutela della dignità e al libero sviluppo della persona (a seconda dell'opzione, minimalista o massimalista, scelta) – dal rischio di un'appropriazione, che mette in pericolo la tutela del diritto.

Il diritto ai beni vitali, dunque, come diritto alla difesa di tali beni in quanto patrimonio collettivo e comune o, comunque, come diritto teso ad evitare la loro espropriazione, con le logiche di potere e di profitto che ne conseguono (e che contrastano con la centralità della tutela dei bisogni della persona).

Si palesa la necessità di delimitare uno statuto del bene⁶¹, che ne consenta un accesso e una gestione coerenti rispetto all'esigenza della garanzia del diritto fondamentale alla sopravvivenza (così come al libero sviluppo della persona).

In ciò potrebbe risiedere il senso del diritto ai beni vitali e la *ratio* che ne ispira lo statuto.

3.2. Dalle calorie minime al cibo culturalmente orientato, ovvero sul contenuto variabile del diritto ai beni vitali

Un altro nodo intricato da sciogliere riguarda il contenuto: qual è l'oggetto del diritto ai beni vitali? Sulla questione nel dibattito sono intervenuti Marco Benvenuti (in relazione in specie alla declinazione di tale diritto come sociale) e Flor Avila (che ha raccontato delle difficoltà che incontra, nonostante la sua proclamazione, la garanzia concreta del diritto al cibo in Venezuela).

Pensiamo proprio al cibo, *prima facie* (rinviando alla ricca relazione di Benedetta Vimercati per considerazioni e riferimenti precisi in ordine alle

⁵⁸ Così S. RODOTÀ, *Il terribile diritto*, cit., p. 469, a proposito dei beni comuni.

⁵⁹ S. RODOTÀ, *Il terribile diritto*, cit., p. 468.

⁶⁰ Come riporta Benedetta Vimercati, il diritto al cibo ha una estrinsecazione nella disponibilità, nell'adeguatezza e, per l'appunto, nell'accessibilità, così come il diritto all'acqua, declinabile nei termini di disponibilità, qualità e accessibilità.

⁶¹ Tale statuto potrebbe, ad esempio, contemplare l'iscrizione di tali beni fra le *res extracommercium*.

configurazioni giuridiche)⁶² si prospettano almeno tre possibili accezioni: cibo necessario (e sufficiente) per il mantenimento in vita, ovvero le calorie minime; cibo sano, che consente di godere di buone condizioni di salute⁶³; cibo culturalmente orientato, cioè il diritto ad una alimentazione corrispondente al proprio orizzonte culturale (prescrizione religiose, vegetarianesimo, etc.). La prima accezione può essere declinata anche come libertà dalla fame (adottando una versione minima del riferimento al cibo “adeguato”, puramente in senso quantitativo⁶⁴); l’ultima, come diritto alla libera scelta del cibo. La libertà dalla fame rientra a pieno titolo fra i diritti sociali; il cibo culturalmente orientato è oggetto di un diritto sociale, obbligando lo Stato a fornire le relative prestazioni, o è una mera libertà negativa?

Ora non è questa la sede – approfondita, come detto, è in proposito la relazione di Benedetta Vimercati – per analizzare il contenuto dei singoli beni e il loro statuto costituzionale e concreto.

Preme invece qui sottolineare come, a mo’ di motivo di sottofondo, compaia di nuovo il discorso inerente l’estrinsecazione di ciò che rende degna di essere vissuta la vita.

Ritornano altresì due elementi costanti nella discussione sui diritti, già incontrati ragionando di diritti dei migranti: da un lato, il *topos* dell’approccio multiculturale o, più sobriamente, del pluralismo; dall’altro, la questione della gradazione del contenuto del diritto.

Il pluralismo (di cui il multiculturalismo si può ritenere una declinazione) attiene sia al profilo del fondamento del diritto sia a quello della sua concretizzazione.

Nel caso del diritto a beni vitali intesi in senso minimo come diritti alla mera sopravvivenza in vita, si può postulare in realtà un fondamento di tipo oggettivo o, comunque, facilmente dotato di un radicamento interculturale che raggiunge l’universalità. In altri termini, è difficile trovare un orizzonte culturale che non riconosca come beni vitali il cibo, l’acqua, la salute (forse leggermente meno immediata è la percezione del legame fra vita biologica e ambiente).

In questo senso, forse, si può annotare come il riconoscimento del diritto ai beni vitali si presenti meno problematico rispetto ad altri diritti, che più risentono di *humus* culturalmente connotati.

⁶² Si segnalano, inoltre, M. BOTTIGLIERI, *The protection of the Right to adequate food in the Italian Constitution*, in *Forum di Quad. Cost.*, 23 novembre 2015; C. DRIGO, *Il Diritto al cibo adeguato: fra strumenti normativi vaghi e difficile giustiziabilità, quale ruolo per gli enti territoriali?*, in *Federalismi.it*, n. 3/2016; L. CHIEFFI, *Scelte alimentari e diritti della persona: tra autodeclinazione del consumatore e sicurezza sulla qualità del cibo*, in *Dir. Pubbl. Europ. Rass. online*, maggio 2015.

⁶³ Ovvero il tema della sicurezza alimentare.

⁶⁴ Mentre si adotta una versione qualitativa di “cibo adeguato” quando si discorre di cibo sano o sicuro.

Quando si ragiona di concretizzazione, invece, entrano in gioco potenti differenze culturali che possono rendere – non appena ci si allontana, per restare al cibo, dall'ipotesi delle “calorie minime” – estremamente difficile tracciare il contenuto del diritto.

Può essere di aiuto per chiarire il contesto nel quale ci si muove, citare un noto aneddoto di Erodoto a proposito delle usanze seguite in occasione della morte dei genitori: «una volta Dario, quando era re, convocò i Greci che venivano alla sua corte e domandò loro a quale prezzo avrebbero acconsentito a mangiare i cadaveri dei loro genitori; quelli dichiararono che per nulla al mondo l'avrebbero potuto fare. Allora Dario fece venire davanti a sé, presenti i Greci, quegli Egiziani, che sono chiamati Callati e che usano divorare i genitori morti e fece loro chiedere a mezzo degli interpreti per quale prezzo si sarebbero indotti a bruciare il cadavere del loro padre; e quelli a gran voce lo pregarono di non dire cose così sacrileghe ...»⁶⁵.

Erodoto, dall'aneddoto, trae una conclusione relativistica, ma – come è stato notato – in realtà si può osservare come in questo caso vi sia un valore fondamentale comune (il rispetto per i genitori), che appare condizionato «nelle sue dimensioni estrinseche»⁶⁶.

Il valore del cibo, così come quello del rispetto dei defunti, è inequivocabile, ma differenti ne sono le declinazioni, non appena – come detto – ci si allontana dal minimo “vitale”.

Il diritto al cibo deve essere garantito – dal legislatore e, in caso di lacune/violazioni, magari anche dal giudice – tenendo conto delle diversità culturali, dunque, esemplificando, prevedendo ad esempio nelle mense scolastiche menù vegetariani, vegani, *halal*, *kosher*?

Preliminare si rivela la risposta alla domanda: quando si ragiona di diritto al cibo come diritto ad un bene vitale, se ne adotta (solo) una accezione minima?

Esistono – e veniamo al secondo dei *topoi* anticipati – diversi livelli nella configurazione del diritto ai beni vitali? È – se si vuole – il discorso del nucleo essenziale (nel caso del diritto al cibo, le calorie minime) e della tutela piena (declinabile, restando all'alimentazione, come cibo sano e/o cibo culturalmente orientato): un altro *fil rouge* che lega il diritto ai beni vitali con i diritti dei migranti.

Un inciso però è d'obbligo: occorre evitare – come anticipato – una iper-valutazione dell'argomento della sostenibilità economica, quale base per sostenere una interpretazione minimalista (Benedetta Vimercati ci ricorda in proposito le sentenze del Tribunale costituzionale tedesco sui sussidi di disoc-

⁶⁵ L'aneddoto è ripreso da F. D'AGOSTINO, *Pluralità delle culture e universalità dei diritti*, in F. D'AGOSTINO (a cura di), *Pluralità delle culture e universalità dei diritti*, Giappichelli, Torino, 1996, p. 40.

⁶⁶ F. D'AGOSTINO, *Pluralità delle culture*, cit., p. 40.

cupazione e di minimo vitale). Magari aggiungendo che essa è l'unica possibile, ricorrendo all'aura di imprescindibilità che circonda le leggi del mercato.

Contro il mantra delle "esigenze di bilancio", da un lato, milita la considerazione dell'esistenza di ampi margini di discrezionalità politica in ordine alle scelte sia di politica economica sia di bilancio; dall'altro, la presenza di un orizzonte costituzionale che postula la centralità – e la priorità – della persona e dei suoi diritti, supportata dalla fundamentalità dei beni vitali (specie se si assume, come accennato *ante*, l'attributo "fondamentale" come indicatore della presenza di un bilanciamento, anche fra diritti e interessi di rango costituzionale, diseguale).

3.3. Il senso poliedrico dei beni vitali

Quanto al nucleo essenziale, esso presenta – anche in relazione al diritto ai beni vitali – un volto bifronte. In estrema sintesi, introdurre categorie quale l'"essenza", così come il "livello minimo", può dar adito ad un rafforzamento nella tutela del diritto (assicurandogli una sorta di super-garanzia) o può favorirne lo svuotamento (rimettendo tutto ciò che non è essenziale a mere valutazioni politiche).

Ciò si riflette sul significato e sull'uso politico dei diritti, che appaiono poliedrici, come la vicenda del diritto ai beni vitali mostra emblematicamente.

Da un lato, diritti come quello all'acqua, così come al cibo, rappresentano un passo ulteriore nel percorso dei diritti, traducendo giuridicamente nuove rivendicazioni e lotte sociali⁶⁷ (per inciso, suffragando le tesi che sottolineano la rilevanza del radicamento sociale dei diritti)⁶⁸. Ciò è particolarmente evidente nel caso dell'acqua: si pensi alle lotte per l'acqua in America Latina (per tutte, la guerra dell'acqua di Cochabamba) e alla sanzione del diritto all'acqua nelle recenti costituzioni boliviana, ecuadoregna, uruguaiana⁶⁹ (divenendo – il diritto all'acqua – uno degli elementi caratterizzanti il costituzionalismo andino). Ma si pensi anche all'Italia, dove il conflitto sull'acqua è in corso: i comitati per l'acqua pubblica, diffusi su tutto il territorio, con una campagna intensa e partecipata hanno ottenuto una prima vittoria con il referendum del 12-13 giugno 2011 sull'abrogazione delle norme favorevoli alla liberalizza-

⁶⁷ In senso ampio, cfr. V. SHIVA, *Le guerre dell'acqua*, trad. it., Feltrinelli, Milano, 2004, nonché, sul cibo, ID., *Chi nutrirà il mondo? Manifesto per il cibo del terzo millennio*, trad. it., Feltrinelli, Milano, 2015.

⁶⁸ Pur se, in taluni casi, non è assente anche un ruolo promozionale del diritto; cfr., in questo senso, la risoluzione delle Nazioni Unite sull'acqua (United Nations, General Assembly, risoluzione del 28 luglio 2010, GA/10967, www.un.org/News/Press/docs/2010/ga10967.doc.htm). Si può in proposito riprendere Benedetta Vimercati quando, nella sua relazione, osserva come «ambiente salubre, cibo e acqua sperimentano quel fenomeno dell'influenza di fonti "esterne" sulla tutela di diritti ritenuti fondamentali in un dato ordinamento costituzionale».

⁶⁹ Senza dimenticare che esse sono state precedute dal riconoscimento del diritto all'acqua nella Costituzione sudafricana del 1996.

zione dei servizi pubblici locali, ma continui sono i tentativi di rovesciare surrettiziamente gli esiti del referendum (da ultimo con il c.d. decreto Madia)⁷⁰.

Dall'altro lato, proprio le traversie dell'acqua pubblica in Italia mostrano il lato oscuro del diritto ai beni vitali. I diritti nascono – si è detto – nei conflitti e un conflitto intorno ad un bene tendenzialmente nasce quando vi è il «rischio che tali beni non vengano garantiti al singolo e alla collettività» (come osserva Benedetta Vimercati), ovvero quando esso è scarso e/o oggetto di appropriazione da parte di qualcuno ai danni di altri, ovvero in presenza di un processo – spingendoci un po' oltre con i termini – di predazione⁷¹. Non ci si nasconde che questo è un discorso che vale in senso ampio in relazione ai diritti, in quanto nascono come reazioni a violazioni e per prevenire violazioni, ma è particolarmente evidente in rapporto al diritto ai beni vitali.

L'acqua è – come è noto – un bene (sempre più) scarso, non a caso denominato “oro blu”, ma indispensabile, per cui suscita forti appetiti e genera in capo a chi lo controlla un (notevole) potere. Analogo discorso può essere ripetuto in relazione al cibo, con la contesa sulla sovranità alimentare, rivendicata – si pensi in specie al movimento latino-americano Via Campesina – come diritto dei popoli e delle comunità al cibo (sano, nutriente e culturalmente appropriato) e alla produzione del cibo⁷²: «food is a basic human right. This right can only be realized in a system where Food Sovereignty is guaranteed»⁷³.

Entrambi – acqua e cibo – vedono una crescita del potere delle imprese transnazionali che aspirano ad un loro controllo e gestione⁷⁴ (analogo discorso potrebbe farsi anche in relazione alla salute, con riguardo al ruolo delle multinazionali del farmaco e alla disciplina in tema di brevetti), con ciò che ne consegue in ordine alle condizioni di vita, all'eguaglianza e alle possibilità di emancipazione⁷⁵. È una nuova sfida per il costituzionalismo: un potere da limitare, per assicurare il libero sviluppo della persona⁷⁶.

⁷⁰ Testo unico sui servizi pubblici locali di interesse economico generale, decreto attuativo dell'art. 19 della Legge delega n. 124 del 2015.

⁷¹ Pare questo il dato centrale, mentre sussidiaria la considerazione, che avanza Benedetta Vimercati, del «progresso delle conoscenze e delle tecniche scientifiche» che ha permesso di «prendere maggiore consapevolezza della scarsità di tali beni».

⁷² Si veda la Conferenza internazionale promossa da Via Campesina a Tlaxcala, Messico, nel 1996, o, nello stesso anno, il documento presentato da Via Campesina in occasione del World Food Summit della FAO a Roma (Via Campesina, *Food Sovereignty: A Future without Hunger*, Roma, 11-17 novembre 1996, in www.viacampesina.org); nonché, più recentemente, la *Dichiarazione di Nyéléni* (Forum Internazionale sulla Sovranità Alimentare, Mali, 2007).

⁷³ Via Campesina, *Food Sovereignty*, cit.

⁷⁴ Per inciso, non a caso la battaglia dell'acqua si gioca non solo intorno alla proprietà ma anche alla gestione.

⁷⁵ Da ultimo, in questo senso, cfr. A. RINELLA, H. OKORONKO, *Sovranità alimentare e diritto al cibo*, in *Dir. Pubbl. Comp. ed Europeo*, n. 1/2015, pp. 89 ss.

⁷⁶ Cfr. S. RODOTÀ, *Il terribile diritto*, cit., p. 473, in tema di acqua e potere: «di fronte ai

Vale, per il diritto ai beni vitali, quanto è stato osservato emblematicamente per la libertà di manifestazione del pensiero: che essa è un diritto (di libertà) ma anche un potere⁷⁷ e, in quanto integra un potere, va regolamentata, nella prospettiva dell'eguaglianza sostanziale.

Sancire il diritto ai beni vitali significa evitare che essi divengano un potere, costruendo un argine rispetto al processo di privatizzazione, mercificazione e espropriazione.

Il diritto ai beni vitali presenta, dunque, aspetti propri di una battaglia di difesa (legittima e coerente rispetto all'orizzonte costituzionale), ma nello stesso tempo una opportunità per riconoscere nuovi diritti, una nuova dimensione per i diritti fondamentali, e per rivitalizzare – analogamente a quanto può dirsi in relazione al discorso dei beni comuni⁷⁸ – diritti sociali sempre più in crisi.

La tutela dei beni vitali potrebbe inoltre indurre un “rilancio” dell'orizzonte limitativo, regolativo e di indirizzo, della libertà di iniziativa economica, così come del diritto di proprietà, valorizzando i «fini sociali» e il rispetto delle esigenze di «sicurezza, libertà e dignità umana» (art. 41), presenti nella Costituzione, ma “dimenticate” in nome di un'esegesi appiattita sulla libera concorrenza e sulla competitività che connotano l'ordinamento dell'Unione europea⁷⁹.

Il conflitto intorno ai beni vitali testimonia la necessità di arginare il potere economico – che, invece, pretende di essere sempre più *legibus solutus*, come testimonia da ultimo la negoziazione di trattati come il TPP (*Trans Pacific-Partnership*) e il TTIP (*Transatlantic Trade and Investment Partnership*) – e quindi indica un nuovo percorso per il costituzionalismo, in radicale controtendenza rispetto all'attuale egemonia della *global economic governance*.

Acqua e cibo sono paradigmatici del rapporto fra diritti, democrazia ed economia (rapporto su cui ha insistito Gaetano Bucci in *atelier*), nel quale i primi sono coesenziali rispetto alla seconda, che non può garantirli appieno se non si estende alla terza⁸⁰.

Nello stesso tempo la lotta per il diritto ai beni vitali presenta anche risvolti che la connotano come una battaglia di retroguardia. Essa potrebbe infatti essere interpretata come difesa dei diritti sociali assolutamente impre-

nuovi dispotismi, si leva la logica non proprietaria dei beni comuni».

⁷⁷ Per un primo approccio al tema dell'informazione come potere, cfr. A. DI GIOVINE, recensione al volume di A. PACE, M. MANETTI (*Art. 21. La libertà di manifestazione del proprio pensiero*, con M. MANETTI, in G. BRANCA, A. PIZZORUSSO, *Commentario della Costituzione, Rapporti civili*, Bologna, 2006), in *Riv. Dir. Cost.*, 2007, rispettivamente, p. 396 e pp. 401 ss.

⁷⁸ Sul punto, ci si permette di rinviare a A. ALGOSTINO, *Riflessioni sui beni comuni tra il “pubblico” e la Costituzione*, in *Costituzionalismo.it*, n. 3/2013, par. 6.

⁷⁹ Si veda M. BOTTIGLIERI, *The protection of the Right to adequate food*, cit.

⁸⁰ Un fortunato slogan del movimento italiano per l'acqua pubblica recita “si scrive acqua, si legge democrazia” (www.acquabenecomune.org).

scindibili, un arroccamento, a fronte dell'avanzata dell'armata liberalizzatrice e privatizzatrice che si appropria del territorio dei diritti sociali, ponendolo sotto la dittatura del mercato e degradando i diritti sociali al rango di benefici nell'ambito di una visione ordoliberal. Detto in sintesi, il diritto ai beni vitali può essere letto come una sorta di nucleo minimo dei diritti sociali⁸¹?

O, ancora, con un po' di malizia, si potrebbe sostenere, riprendendo l'idea del legame tra lavoro e soddisfazione del diritto al cibo (adombrato – ricorda Benedetta Vimercati – in Assemblea Costituente), che oggi si ragiona di diritto al cibo nella consapevolezza che non è più garantito un diritto al lavoro tale da assicurare nemmeno la soddisfazione dei bisogni alimentari (basti citare la diffusione della precarietà, gli alti tassi di disoccupazione, la destrutturazione delle tutele).

Si sanciscono, cioè, i diritti ai beni vitali, nella consapevolezza che siamo in una fase di regressione ed è ormai qui che passa la linea *Maginot* dei diritti? È un'ipotesi, questa, tuttavia – occorre precisare –, che può essere valida in relazione ai Paesi che hanno/hanno avuto una tutela dei diritti sociali; mentre non pare una chiave di lettura ipotizzabile sia nei confronti di ordinamenti dove diritti come l'acqua e il cibo possono essere i primi diritti sociali ad essere sanciti – una situazione peraltro anche questa di lacune nella tutela, se pure, *ab origine*, dei diritti sociali – sia in contesti dove il diritto all'acqua è parte di una visione cosmologica differente (come, ad esempio, il *buen vivir*)⁸².

Diverso appare il discorso, se dei beni vitali si adotta una concezione ampia, nel senso di beni necessari alla garanzia della dignità umana e al libero sviluppo della persona. In tal caso, infatti, essi possono condurre ad un ampliamento delle garanzie dei diritti, nel segno dell'effettività, nonché ad una riaffermazione della centralità della persona, in controtendenza rispetto all'egemonia della razionalità neoliberista. Inserito in questa narrazione il diritto ai beni vitali può, cioè, veicolare uno sviluppo del progetto di emancipazione sociale e un mutamento di paradigma rispetto allo *status quo* dominante.

Ancora: si può leggere il diritto ai beni vitali in prospettiva diacronica, come diritto da tutelare anche per le generazioni future, palesandone la natura, oltre che di diritto, di dovere. Si riportano così sulla scena l'orizzonte dei doveri⁸³, e, ampliando lo sguardo, anche quello comunitarista⁸⁴, centrali in molte culture asiatiche, africane e latinoamericane, e non assenti nella Costi-

⁸¹ Cfr. Benedetta Vimercati, laddove, nella sua relazione, mette in luce il legame fra beni vitali e stato sociale e, opportunamente, richiama Böckenförde.

⁸² Si vedano, in argomento, i riferimenti di Benedetta Vimercati al costituzionalismo andino.

⁸³ Spunti sul tema si trovano nelle riflessioni conclusive della relazione di Benedetta Vimercati, laddove osserva come i beni vitali rimettano in discussione «la complessa dinamica relazione tra diritti e doveri», nonché nella relazione di Alessandra Di Martino.

⁸⁴ Foriera di sviluppi interessanti è in questo senso la dimensione collettiva del diritto all'acqua.

tuzione italiana (basti pensare alla solidarietà *ex art. 2*)⁸⁵, ma espulsi dal predominante approccio individualistico affermatosi nella cultura occidentale (con la sua degenerazione nella figura dell'*homme compétitif*⁸⁶).

È una suggestione – la narrazione dei doveri – che potrebbe essere d'aiuto nel costruire una universalità dei diritti effettiva, che superi la loro matrice fortemente sbilanciata dal peso della culturale occidentale, valorizzando cosmovisioni e presupposti culturali differenti (per inciso, si può notare come ritorni qui il discorso sull'ampliamento culturale del fondamento dei diritti incontrato trattando dello *status* dei migranti).

Scorrendo gli argomenti citati, emerge come nel diritto ai beni vitali si celi un significato multiplo: nuovi diritti e potenziali nuove dimensioni per i diritti, progresso nell'effettività delle garanzie, resilienza a fronte di una espansione del potere, regressione (ma anche mistificazione della regressione) nel cammino dei diritti.

Infine, si può aggiungere come, in linea con quanto avviene in relazione ad altri diritti, il diritto ai beni vitali non sia esente da strumentalizzazioni e usi imperialistici. Un solo esempio: il diritto al cibo dei palestinesi.

La Corte Suprema israeliana ha costretto il governo israeliano a rendere noto un Rapporto, intitolato "Il consumo di cibo a Gaza, le linee rosse", nel quale sono indicati, in relazione alle calorie minime per persona, gli alimenti che possono entrare a Gaza⁸⁷. Il diritto al cibo è interpretato come diritto al minimo necessario per la sopravvivenza e utilizzato quale base per fondare la restrizione del diritto al cibo stesso nella sua accezione "piena", nonché di altri diritti. Un diritto – quello al bene vitale "cibo" – è usato contro i diritti, in senso oppressivo, non emancipatorio.

Compare un'altra costante della storia dei diritti, il loro doppio, se non poliedrico volto: i diritti sono strumento di emancipazione ma anche di oppressione e di imperialismo. Essi sono, citando le parole di Tamar Pitch, «veleno e cura», in quanto «possono essere, sono stati, ancora sono, strumento di un imperialismo culturale che apre la strada all'imperialismo economico e sociale attraverso la distruzione delle culture che sono incompatibili con lo sviluppo economico, sociale e politico di cui essi sono presupposto», ma, nello stesso tempo, sono «anche argine e difesa» contro l'imperialismo stesso⁸⁸. L'Occidente – come scrive Serge Latouche – ha utilizzato i diritti in

⁸⁵ ...nonché al riconoscimento e alla valorizzazione dei corpi intermedi, dalla famiglia, ai partiti e ai sindacati, passando per le associazioni.

⁸⁶ P. DARDOT, C. LAVAL, *Le nouvelle raison du monde. Essais sur la société néolibérale*, La Découverte, Paris, 2009, trad. it. *La nuova ragione del mondo. Critica della razionalità neoliberista*, Roma, Derive Approdi, 2013, p. 403.

⁸⁷ S. DESSI, *Israele mette a dieta i palestinesi della Striscia di Gaza*, in *www.archivio.panorama.it*.

⁸⁸ T. PITCH, *L'antropologia dei diritti umani*, in A. GIASANTI, G. MAGGIONI, *I diritti nascosti. Approccio antropologico e prospettiva sociologica*, Raffaello Cortina Editore, Milano, 1995, p. 195.

funzione imperialista, ma «parallelamente alla deculturazione del pianeta e all'imperialismo sotto tutte le sue forme, ... ha prodotto ed elaborato il sogno di una città emancipata dove tutti gli uomini avrebbero il loro posto e della quale ciascuno sarebbe un libero cittadino»⁸⁹.

Con questa chiave di lettura, è facile scorgere un altro interrogativo – o forse una doppia accezione – riguardante la fundamentalità: essa è parametrata sulla base degli interessi dei soggetti più forti (per intendersi, con un esempio storico, la centralità della proprietà per l'uomo borghese della Dichiarazione francese dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789) o tutela ciò che è essenziale per tutte le persone umane?

4. Nota conclusiva: migranti e beni vitali alla prova della globalizzazione

Volendo concludere, la condizione giuridica dei migranti così come il diritto ai beni vitali risultano essere una valida cartina di tornasole delle ambiguità e, insieme, delle sfide che attendono i diritti e, più ampiamente, il costituzionalismo.

Vi sono nuovi soggetti, i migranti, che richiedono l'ingresso nella «comunità di diritti e di doveri»⁹⁰, ingresso che postula, per essere coerente rispetto alla sanzione dell'eguaglianza e al principio democratico, un riconoscimento pieno dei diritti, anche come diritto a partecipare alla vita politica. Vi sono beni, essenziali per una tutela effettiva dei diritti, la cui disponibilità deve essere assicurata a tutti e, in particolare, sottratta alla logica dell'appropriazione a scopo di profitto.

Per inciso, si può notare come entrambi i fenomeni – l'immigrazione e la lotta intorno ai beni vitali – si confrontino con un contesto mondiale, costituendo espressione di quella globalizzazione che è sin troppo facile identificare come cifra dell'epoca attuale e che esige risposte non solo a livello nazionale ma anche a livello globale. Ed è nel vuoto di democrazia e nell'assenza

⁸⁹ S. LATOUCHE, *L'occidentalisation du monde. Essai sur la signification, la portée et les limites de l'uniformisation planétaire*, Paris, 1989, trad. it. *L'occidentalizzazione del mondo*, Bollati Boringhieri, Torino, 1992, p. 142; in argomento, cfr. anche, fra gli altri, A. ASOR ROSA, *La guerra. Sulle forme attuali della convivenza umana*, Einaudi, Torino, 2002, p. 179: «Tutto questo è l'Occidente, e tutto questo ... insieme: il diritto e l'oppressione, la tolleranza e la violenza, la libertà e la disuguaglianza, l'emancipazione e la mercificazione, le opportunità e lo sfruttamento. Una forza mostruosa e un mite sogno di pace»; P. BARCELLONA, *Il caso italiano fra economia globale e crisi sociale*, in *Dem. e dir.*, 1995/2, pp. 99 ss.: l'Occidente, «da una parte... è una "macchina infernale che stritola gli uomini e le culture per fini insensati...»», «dall'altra ha elaborato l'utopia di una società di eguali e di fratelli, di liberi e di diversi. Il suo universalismo possiede in sé due aspetti contraddittori: è distruttivo nei confronti delle culture "altre" e, nello stesso tempo, proclama l'uguaglianza di diritto di tutti gli uomini» (p. 106).

⁹⁰ Corte cost., sent. n. 172 del 1999.

di efficaci limitazioni del potere nello spazio “mondo” che la debolezza dei diritti si manifesta in modo macroscopico.

I diritti fondamentali, con l’immigrazione, sono soggetti ad una doppia tensione: da un lato, per la pressione all’estensione della sfera dei titolari (con i conflitti che ciò può generare nel rapporto con i detentori “tradizionali”, come annota Gaetano Azzariti); dall’altro, per la necessità del confronto con visioni del mondo differenti (sia per quanto concerne il riconoscimento sia per quanto riguarda l’esercizio dei diritti). Con i beni vitali, i diritti fondamentali, così come, più ampiamente, il costituzionalismo, sono inseriti nel vivo della questione della gestione delle risorse, ovvero dello scontro con gli interessi economici.

Si contrappongono, in relazione sia ai migranti sia ai beni vitali, due visioni: in una, al centro vi è la persona, su basi di eguaglianza (oltre, e/o contro, i confini degli Stati e gli interessi economici); nell’altra, dominano le pulsioni egoiste delle *élites* economico-finanziarie, ovvero logiche economiche, veicolate in una cittadinanza escludente e nella gestione dell’immigrazione come una variabile economica, così come nella mercificazione dei beni vitali⁹¹.

Se si analizza la struttura del *Global Food System* e della *governance* globale dell’immigrazione⁹² si riscontrano interessanti analogie, fra le quali il ruolo egemone degli interessi economici e la progressiva trasformazione del diritto in forme sempre più *soft*⁹³ (che occultano, peraltro, una gabbia a maglie d’acciaio) ed estranee al circuito democratico, secondo lo schema tipico della *global economic governance*.

Migranti e beni vitali come esempio, dunque, della tendenza della versione neoliberista della globalizzazione a trasformare in merce, come un novello re Mida, tutto ciò che riesce a toccare: una prova difficile per i diritti, e per il costituzionalismo, che dovranno non solo resistere, ma proseguire la loro storia, con l’immaginazione e la costruzione di forme nuove con le quali imbrigliare il potere. Una sfida, peraltro, che può rivitalizzare i diritti come il costituzionalismo.

Diritti dei migranti e beni vitali, dunque, quali linee di tensione dei conflitti che – anche se mistificati, strumentalizzati o negati – attraversano le società odierne: la posta in gioco è, muovendo dall’assunto che un diritto o è effettivo o non è, l’esistenza stessa dei diritti fondamentali.

⁹¹ Cfr. la relazione di Benedetta Vimercati, che ricorda l’approccio al cibo come merce prevalente in ambito comunitario.

⁹² Per un primo approccio, si veda, sul primo, A. RINELLA, H. OKORONKO, *Sovranità alimentare*, cit.; sul secondo, I. GJERGJI, *Sulla governance delle migrazioni*, cit.

⁹³ Il riferimento è alle varie dichiarazioni, accordi informali, *road map*, agende, etc., come, emblematicamente, in relazione ai migranti, l’Agenda europea sulla migrazione adottata dalla Commissione europea il 13 maggio 2015, che conia anche nuove categorie, altamente discrezionali, come quella delle persone “in clear need of protection” (cfr. I. GJERGJI, *Sulla governance delle migrazioni*, cit.).

RELAZIONE CONCLUSIVA

RELAZIONE CONCLUSIVA

di Michele Scudiero

1.- Mi è stato chiesto: “Qual è la sua idea conclusiva sul tema del Convegno ? “. Ho risposto che una relazione conclusiva deve essere *breve e lieve*, perché quando si è stati impegnati, come qui è avvenuto, per più tornate di lavoro, intensamente, non è consentito ulteriormente inferire. Quindi spero di riuscire ad essere contenuto nella misura e scevro da eccessive astruserie.

Intanto mi corre l’obbligo, non rituale ma profondamente sentito, di ringraziare l’Associazione Gruppo di Pisa, che mi ha voluto chiamare al compito, che molto mi onora, di svolgere la relazione conclusiva. Ringraziare, in particolare, il Consiglio Direttivo nella persona di Gaetano Azzariti, interprete - lo voglio dire - intelligente e deciso nel delicato ruolo di presidente, che ha svolto in questi anni con efficacia e grande signorilità, qualità questa che desidero sottolineare, perché mi pare che essa in generale si vada rarefacendo.

Ringraziamenti ai relatori che si sono impegnati nelle relazioni ponderose, meditate, che hanno avuto riguardo non solo all’ordinamento italiano, e hanno tenuto conto dei contributi e della dottrina e della giurisprudenza nonché, richiedendolo il tema, con ampi riferimenti normativi.

E naturalmente, ma non per ultimo, un ringraziamento e un apprezzamento vivissimo ai Colleghi di questo Ateneo, che conosco da più tempo. Sono infatti più di dieci anni che frequento l’Università di Cassino, ne ho visto la trasformazione da Università di Cassino in Università di Cassino e del Lazio meridionale, a significare la sua affermazione sul territorio, la sua espansione. Ringrazio quindi Enzo Baldini, Fulvio Pastore, Marco Plutino e tutti coloro che hanno collaborato per realizzare questo incontro che mi pare si sia svolto nelle migliori condizioni e con ampia soddisfazione di tutti. Questo per quanto attiene ai doverosi riconoscimenti per coloro che, nei diversi ruoli, hanno operato per l’organizzazione e il buon esito del Convegno.

2.- Nel merito, le sette relazioni, a partire da quella introduttiva di Enzo Baldini e tutte le altre, mostrano un impegno di approfondimento molto serio e proficuo, tanto più meritevole di apprezzamento nella odierna società distratta e disattenta, protesa verso altri modi di interpretare le responsabilità della propria esistenza.

La premessa che ho appena fatto non vuole tuttavia preannunciare l’intento di ripercorrere analiticamente (ci mancherebbe, tengo alla mia incolumità) le relazioni che sono state svolte, apprezzate, discusse e poi riprese, anche in chiave dialettica, dagli ottimi relatori di sintesi del gruppo di lavoro. Per il riguardo che debbo ai convegnisti presenti ritengo dunque opportuno soffermarmi su alcuni rapidi profili.

3.- Il primo profilo riguarda la domanda fondamentale di cui il Convegno ha voluto farsi carico: “Cos’è un diritto fondamentale?”. Ora, considerando l’esperienza dei vari ordinamenti venuti in rilievo, quello statale, gli altri con i quali il nostro ordinamento si rapporta, ritengo che di diritti fondamentali bisogna avere una nozione, come bene ha argomentato la prof.ssa Stradella, caratterizzata da relatività storico-spaziale e temporale. Pur non rinunciando a scorgere le scaturigini culturali e la provenienza da contesti di rapporti con altre discipline come la filosofia e la teoria generale del diritto, il concetto di diritto fondamentale va necessariamente definito alla stregua del *diritto positivo*: se si vuole pervenire ad una concezione di esso che ne renda possibile l’applicazione e quindi l’effettività. *Un concetto relativo*, quindi, *ai vari ordinamenti*. Assume perciò rilievo, come è stato ben messo in luce, il “*riconoscimento*” come forma della tutela giuridica assicurata agli interessi protetti nei vari ordinamenti. Vi ha opportunamente insistito nella sua relazione la prof.ssa Stradella; e nel suo intervento Antonio Ruggeri ha distinto tra riconoscimento esplicito e riconoscimento implicito: segnalando come, in ogni caso, alla base del riconoscimento del diritto fondamentale vi sia (vi debba essere) un *sostrato valoriale*, che fondi su una consuetudine culturale diffusa e che può attingere un livello di formalizzazione addirittura attraverso la legge costituzionale. Il diritto fondamentale è cioè espressione di un orientamento della società che fa parte del suo patrimonio di convinzioni essenziali. Concezione questa che non sembra fuori di luogo collegare alla lezione di Costantino Mortati esposta nella elaborata teoria sulla Costituzione in senso materiale ¹.

4.- Intimamente connesso con il profilo del riconoscimento, e ad esso logicamente conseguente, è quello della *concretizzazione* del diritto fondamentale: specie quando si tratti di diritti condizionati, cioè, secondo la approfondita riflessione di Enzo Baldini ², di diritti non dotati di immediata effettività, di compiuta carica prescrittiva, che hanno perciò bisogno di essere condotti ad effetto.

Ora due sono le vie della concretizzazione: la legislazione e la giurisdizione, del giudice costituzionale e dei giudici di merito. Nelle varie fasi dell’esperienza il ruolo di questi due fattori della concretizzazione si alterna assumendo ora preminenza la funzione della legge, ora quella del giudice.

La situazione attuale viene letta da Maurizio Fioravanti nel recente contributo pubblicato in *Quaderni costituzionali* sul ruolo di questi due fattori della concretizzazione³, nel senso che il loro rapportarsi alla Costituzione si

¹ C. MORTATI, *La Costituzione in senso materiale*, Roma, La Darsena, 1946.

² BALDINI V., *La concretizzazione dei diritti fondamentali. Tra limiti del diritto positivo e sviluppi della giurisprudenza costituzionale e di merito*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2015, spec. p. 105 ss..

³ FIORAVANTI M., *Il legislatore e i giudici di fronte alla Costituzione*, in *QC* 2016, fasc. 1, p. 755.

iscrive in uno schema triangolare che trova il suo vertice nella Costituzione, mentre il legislatore e il giudice (costituzionale) si dispongono sui due lati del triangolo in posizione paritetica: da cui il superamento della forma di Stato liberale e l'affermarsi della forma di Stato costituzionale di diritto che si ritiene oggi vigente.

E per vero, anche se il tema della concretizzazione poteva assumere nel complesso delle riflessioni del convegno un significato ancora più pronunciato come strumento teorico-ricostruttivo nella definizione della forma di Stato, nelle singole relazioni è palese lo sforzo a prestare attenzione a ciascuna delle due forme di attuazione. Infatti, fin dalla relazione della Stradella è stato rivolto grande e specifico riguardo al tema dei diritti fondamentali nella giurisprudenza delle Corti, mentre in altre relazioni è stata privilegiata la ricerca sulla legislazione attuativa (così precipuamente la relazione di Roberto Cherchi sulla legislazione in materia di migranti).

5.- Conseguenze alla relatività giuridico-positiva dei diritti fondamentali la possibilità di un loro diverso atteggiarsi nei rapporti reciproci a seconda degli ordinamenti in cui sono riconosciuti. Profilo questo su cui insiste Gaetano Azzariti⁴, nel raffrontare la posizione dei diritti fondamentali nell'ordinamento italiano con quella occupata da tali diritti nell'ordinamento comunitario, in specie con riguardo alle disposizioni della Carta di Nizza. Azzariti segnala che l'innovativa classificazione dei diritti in questione, raggruppati nel documento normativo di Nizza intorno a sei categorie di valori fondamentali (dignità, libertà, uguaglianza, solidarietà, cittadinanza, giustizia), porta a collocare tutti i diritti fondamentali sullo stesso livello, tant'è che si parla di *indivisibilità dei diritti*. Ne segue che non può parlarsi di una possibile gerarchizzazione di tali diritti nell'ordinamento comunitario, diversamente da quanto vale ad esempio per l'ordinamento costituzionale italiano nel quale la tutela del lavoro e dei diritti corrispondenti ha una posizione privilegiata con riflessi sul bilanciamento dei diritti dei lavoratori con i diritti dell'impresa e dell'economia.

Peraltro, osserva criticamente Azzariti⁵, nell'ordinamento comunitario in tal modo si è verificato un rovesciamento nel rapporto tra i parametri di legittimità, e si è rimessa alla via giudiziaria la conformazione in concreto dei diritti fondamentali secondo l'unico criterio della "proporzionalità".

6.- Una notazione, infine, attinente alla complessità dello scenario istituzionale. I diritti fondamentali, gli interessi e i valori ad essi sottesi, godono, nello spazio giuridico europeo, di una fitta rete di tutele, derivante dall'intreccio fra i tre tipi di ordinamenti giuridici che vi coesistono: quello costituzionale-nazionale, quello dell'Unione europea (UE), quello della

⁴ G. AZZARITI, *Il costituzionalismo moderno può sopravvivere ?*, Roma-Bari, Editore Laterza, 2013, spec. p. 72 ss.

⁵ G. AZZARITI, *Il costituzionalismo...*, cit., p. 81 ss.

Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU). Situazione questa che, per un verso, pone i cittadini dei diversi Stati in una condizione diversa a seconda dell'appartenenza ad uno dei quarantasette Stati della CEDU, ovvero all'area più ristretta dei ventotto Stati dell'Unione europea, E per altro verso comporta distinte occasioni di aporie, di collimanze come di contrasti fra le tutele assicurate dai diversi ordinamenti anzidetti. Su questi profili ampiamente Andrea Lollini e Pietro Manzini⁶, che mostrano la ricchezza problematica del profilo messo in discorso e pongono anche in rilievo l'impegno delle diverse autorità giurisdizionali nazionali ed europee a cercare motivi ed orizzonti di armonizzazione tra le diverse forme di tutela dei diritti fondamentali, previste nei distinti ordinamenti dello spazio giuridico europeo.

Conclusivamente. La scelta del tema del Convegno si è dimostrata del tutto appropriata e pare consentito dire che i contributi recati e le suggestioni espresse costituiscono un forte incentivo a continuare – negli indirizzi e nel metodo – a coltivare i percorsi della ricerca. Che è la migliore riprova del successo scientifico del Convegno.

⁶ A. LOLLINI – P. MANZINI, *Diritti fondamentali in Europa. Un casebook*, Bologna, Il Mulino, 2015, che riporta utilmente passi significativi delle decisioni adottate dalle giurisdizioni nazionali ed europee.

Finito di stampare nel mese di novembre
presso Vulcanica srl, Nola (NA)

