

forum di
QUADERNI COSTITUZIONALI
RASSEGNA

3/2015

Novità dal Forum – Rassegna 3/2015 (30.3.2015)

SOMMARIO

(NUOVA SEZIONE) GIURISPRUDENZA – BOLLETTINO DELLE QUESTIONI PENDENTI E DELLE DECISIONI DI RILIEVO COSTITUZIONALE

Ottobre-dicembre 2014

TEMI D'ATTUALITÀ' – RIFORME COSTITUZIONALI

L'impatto delle riforme costituzionali ed elettorali sugli equilibri della forma di governo – G. Di Cosimo

Il potere regolamentare delle regioni nel “nuovo” regime delle competenze – A. Lucarelli

TEMI D'ATTUALITÀ' – DIRITTI E LIBERTÀ

Cambio di stagione? Rilevanti novità in tema di detenzione amministrativa degli stranieri – A. Cossiri

Dal Rapporto di “Reporters senza Frontiere” alla riforma della legge sulla stampa? – C. Magnani

TEMI D'ATTUALITÀ' – CORTE COSTITUZIONALE

Anzianità di mandato e presidenza della Corte costituzionale – S. Panizza

TEMI D'ATTUALITÀ' – ORDINAMENTO GIUDIZIARIO E DELLE PROFESSIONI FORENSI

La “nuova” responsabilità civile dei magistrati – A. D'Aloia

I PAPER DEL FORUM

L'elezione indiretta del Senato: la peggiore delle soluzioni possibili – R. Bin

Corte costituzionale, bilanciamento di interessi e principio di precauzione – G. Di Cosimo

Eccesso colposo nella legittima difesa e patrocinio a spese della Regione – C. Ferrari – M. Lamanuzzi

Finalità e problemi del voto elettronico: le prospettive della sua attuazione in Italia – A. Gratteri

Fecondazione eterologa: dal riconoscimento del diritto alla sua (in)effettività? – R. Lugara

La salute mentale attraverso lo spettro dei diritti umani – S. Rossi

Le provvidenze all'editoria: un contributo effettivo alla libertà della stampa e al pluralismo informativo? – S. Troilo

GIURISPRUDENZA – CORTE COSTITUZIONALE 2015

Il ritorno senz'armi su un vecchio campo di battaglia: nota alle sentt. nn. 1 e 3 del 2015 della Corte costituzionale – A. Martinuzzi

GIURISPRUDENZA – CORTE COSTITUZIONALE 2014

Prescadenza e prorogatio del Consiglio regionale (sent. 181/2014) – F. Corvaja

La legge sulla procreazione assistita perde un altro “pilastro”: illegittimo il divieto assoluto di fecondazione eterologa (sent. 162/2014) – P. Veronesi

La convalida delle elezioni e gli effetti della sentenza della Corte costituzionale n. 1 del 2014 – A. Lo Calzo

GIURISPRUDENZA – CORTE EUROPEA DEI DIRTTI DELL’UOMO

La Corte europea dei diritti dell’uomo avalla la Ley Orgánica 6/2007 de reforma del Tribunal Constitucional (Arribas Antón c. Spagna)- U. Adamo

GIURISPRUDENZA – CORTE DI GIUSTIZIA DELL’UNIONE EUROPEA

Eguaglianza o neutralità nell’IVA sugli ebook, tra sovranità nell’interpretazione autentica ed esegesi letterale della Corte di giustizia (C-479/13 e C-502/13) – F. Guella

GIURISPRUDENZA – GIURISDIZIONI AMMINISTRATIVE

La delimitazione dell’obiezione di coscienza alla luce di alcune recenti vicende giudiziarie e amministrative – B. Liberali

TELESCOPIO

La sentenza del TC sul caso Melloni: esempio del dialogo giudiziario europeo o di un monologo? – V. Faggiani (Sentenza del Tribunal Constitucional 26/2014)

AUTORECENSIONI

Giuditta Matucci, Lo statuto costituzionale del minore d’età (2015)

Stefano Rossi (a cura di), Il nodo della contenzione: Diritto, psichiatria e dignità della persona (2015)

Patrizia Vipiana (a cura di), Tendenze centripete e centrifughe negli ordinamenti statali dell’Europa in crisi (2014)

Il Monitore della giurisprudenza costituzionale di Quaderni costituzionali

diretto da
Andrea Morrone

presenta

il Bollettino delle questioni pendenti e delle decisioni di rilievo costituzionale dei giudici comuni

a cura di
Alessandro Candido, Marco Croce, Andrea Guazzarotti,
Michele Massa (coord.), Claudia Pennacchietti

numero 1 del 2015
(ottobre-dicembre 2014)

Quaderni costituzionali pubblica la rubrica *Monitore della giurisprudenza costituzionale*, che contiene uno spoglio delle principali decisioni della Corte costituzionale, in continuità con lo storico *Taccuino della giurisprudenza costituzionale*, diretto da Andrea Pugiotto. Questo *Bollettino* opera parallelamente al *Monitore* – di cui condivide direzione e metodo – e si ricollega all'esperienza delle sezioni II e III del *Taccuino*: esso intende informare tempestivamente i lettori del *Forum* in merito alle principali questioni pendenti, man mano che vengono pubblicati i relativi atti di promovimento, e ad alcune decisioni di rilievo costituzionale adottate dai giudici comuni. I materiali sono selezionati in base alla novità, all'oggetto e agli argomenti di ciascuna questione, nonché alla possibilità di segnalarla con anticipo rispetto alla data della discussione, se fissata. Inevitabilmente la selezione comporta una certa discrezionalità. Anche per questo, la redazione sarà grata di ogni commento, suggerimento o critica da parte dei lettori: a maggior ragione nella prima stagione, sperimentale, di attività.

Ricorsi in via d'azione

Ricorso n. 54 del 2014 IL "CASO CALABRIA" BIS: LA SUPPLENZA DEL CONSIGLIERE-ASSESSORE

Ricorso del Presidente del Consiglio dei ministri, depositato in cancelleria il 15 luglio del 2014,
in GU, 1a serie speciale, n. 42 del 2014

[Legge statutaria della Regione Calabria 3 giugno 2014, n. 393, art. 2, co. 1, lett. c]

(Cost., artt. 67 e 122, co. 1)

A distanza di più di dieci anni dalla nota sentenza n. 2 del 2004, la Corte costituzionale è stata nuovamente chiamata a pronunciarsi sul tema dell'autonomia statutaria in un caso che, ancora una volta, coinvolge la Regione Calabria quale parte del giudizio promosso in via principale. In particolare, il legislatore regionale è intervenuto in materia elettorale con l'art. 2, co. 1, lett. c) della legge statutaria calabrese n. 393 del 2014, stabilendo la sospensione di diritto dall'incarico di consigliere regionale nell'ipotesi di «nomina ad assessore di componenti del Consiglio regionale» e affidando temporaneamente l'esercizio delle funzioni del “**consigliere-assessore**” al primo dei candidati non eletti della stessa lista cui appartiene il supplito.

Secondo la difesa erariale, siffatta normativa violerebbe l'art. 122, co. 1, Cost., che affida alla Regione la disciplina del sistema di elezione e dei casi di ineleggibilità e di incompatibilità del Presidente, dell'organo legislativo e di quello esecutivo regionale, ma nel rispetto dei «principi fondamentali stabiliti con legge della Repubblica, che stabilisce anche la durata degli organi elettivi».

Nel servirsi della “legge statutaria” per disciplinare la materia elettorale, il Consiglio regionale calabrese avrebbe commesso in primo luogo un errore di metodo, posto che, sebbene la Costituzione formale all'art. 123 demandi allo Statuto regionale la disciplina della forma di governo (la quale, in teoria, dovrebbe a pieno titolo comprendere anche la legislazione elettorale), la Costituzione materiale – in virtù del predetto art. 122, co. 1 – «riduce la stessa possibilità della fonte statutaria di indirizzare l'esercizio della potestà legislativa regionale in queste stesse materie» (Corte cost., n. 2/2004). Pertanto, richiamando taluni ulteriori casi in cui il giudice delle leggi ha annullato disposizioni analoghe a quella calabrese, lo Stato ricorda che la precisione dell'art. 122, co. 1 «sfugge alle determinazioni lasciate all'autonomia statutaria» (Corte cost., n. 379/2004; cfr. anche Corte cost., n. 378/2004).

Ulteriore censura statale riguarda la presunta violazione, da parte della Regione, del divieto di mandato imperativo di cui all'art. 67 Cost., principio ritenuto di portata generale e, dunque, non riferibile – al di là della lettera costituzionale – al solo parlamentare, bensì a tutte le cariche elettive, anche regionali e locali. Detta lesione deriverebbe dal meccanismo di supplenza che affida solo temporaneamente l'esercizio delle funzioni di consigliere al primo dei non eletti della stessa lista, con la conseguenza che **il supplente verrebbe revocato dal supplito ove questo cessi dalle funzioni di membro della Giunta**. Conseguentemente e da ultimo, la norma calabrese difetterebbe anche di quel requisito dell'**armonia con la Costituzione** che in ogni caso, in virtù dell'art. 123 Cost., dovrebbe costantemente guidare l'esercizio della funzione statutaria regionale. [A. Candido]

Ricorsi n. 67 e n. 68 del 2014
I REFERENDUM CONSULTIVI DELLA REGIONE VENETO:
TRA SPINTE AUTONOMISTICHE E... SOVRANE

Ricorsi del Presidente del Consiglio dei ministri, depositati in cancelleria il 2 settembre del 2014,
in GU, 1a serie speciale, n. 46 del 2014

[Leggi della Regione Veneto 19 giugno 2014, nn. 15-16]

(Cost., artt. 3, 5, 116, 117, 119; Statuto della Regione Veneto, artt. 26 e 27; Cost., artt. 5, 81, co. 3, 114, 138 e 139; Legge 31 dicembre 2009, n. 196, art. 17)

Il Consiglio regionale del Veneto ha approvato due leggi, nn. 15 e 16 del 2014, nelle quali si prevede l'indizione di due referendum consultivi: l'uno al fine di conoscere la volontà degli elettori della Regione circa il conseguimento di **maggiori forme e condizioni particolari di autonomia** (legge regionale n. 15/2014); l'altro concernente la possibilità che il Veneto diventi una **Repubblica indipendente e sovrana** (legge regionale n. 16/2014).

In particolare, con la legge regionale n. 15, la Regione intende conoscere il punto di vista degli elettori veneti in merito a cinque aspetti: 1) attribuzione alla Regione del Veneto di ulteriori forme e condizioni particolari di autonomia; 2) trattenuta nel territorio regionale di una percentuale non inferiore all'80% dei tributi attualmente pagati annualmente dai cittadini veneti all'amministrazione centrale; 3) trattenuta dell'80% dei tributi riscossi nel territorio regionale; 4) soggezione o meno a vincoli di destinazione del gettito derivante da fonti di finanziamento della Regione; 5) trasformazione del Veneto in Regione a Statuto Speciale.

Invece, con la legge regionale n. 16, la Regione prevede l'indizione di un referendum consultivo avente ad oggetto il seguente quesito: «Vuoi che il Veneto diventi una Repubblica indipendente e sovrana?».

Le problematiche sul tappeto sono numerose e coinvolgono svariate norme costituzionali.

Muovendo per comodità espositiva dalla seconda delle questioni sollevate, la difesa erariale rileva la «gravissima lesione del principio costituzionale dell'unità della Repubblica», tanto per via della violazione dell'art. 5 Cost., quanto – più in generale – per il ripudio di quei valori che, a partire dal Risorgimento, hanno portato alla nascita dello Stato unitario italiano. Ciò posto, deve ricordarsi che l'unità non esclude il riconoscimento e la promozione delle autonomie locali, purché si tengano ben distinti i concetti di autonomia e di sovranità (cfr. ad es. Corte cost., n. 365/2007). Difatti, l'intangibile diritto all'autodeterminazione dei popoli incontra un limite quando concerne una parte limitata di popolo (nel caso di specie, solo i cittadini del Veneto) e non può spingersi fino al punto di scavalcare gli organi di governo del Paese.

Occorre inoltre osservare che, secondo lo Stato, siffatto referendum, avente come obiettivo quello di separare la Regione Veneto dalla Repubblica italiana, confligge anche con l'art. 138 Cost., posto che, quando si tratti di modifiche costituzionali, la consultazione popolare può intervenire nella forma del referendum approvativo e non, invece, attraverso un referendum preventivo, che rischierebbe di fungere da mero strumento di pressione sulla rappresentanza politico-parlamentare.

Da ultimo, la legge regionale n. 16 è ritenuta incostituzionale per contrasto con l'art. 81, co. 3, Cost., poiché non prevede alcuna copertura finanziaria.

Con riguardo invece alla legge regionale n. 15, la difesa erariale reputa illegittimo il quesito referendario concernente la trasformazione della Regione Veneto in Regione a Statuto speciale, invocando la violazione dell'art. 116 Cost., che individua tassativamente le autonomie in possesso di una condizione di specialità.

Allo stesso modo, essa contesta la costituzionalità del quesito inerente l'attribuzione alla Regione Veneto di ulteriori forme e condizioni particolari di autonomia, posto che l'art. 116, co. 3, Cost., ha dei limiti contenutistici e procedurali ben precisi, che la Regione, facendo riferimento a un imprecisato incremento dell'autonomia (senza peraltro preventivamente coinvolgere gli enti locali, come richiesto dalla norma costituzionale), non ha rispettato.

Anche gli altri tre quesiti referendari, concernenti il gettito dei tributi riscossi nella Regione, sarebbero illegittimi alla luce di numerose norme: gli artt. 26 e 27 dello Statuto della Regione Veneto (l. reg. 17 aprile 2012, n. 1), che escludono l'ammissibilità del referendum consultivo per l'abrogazione delle leggi tributarie e di bilancio, nonché delle leggi i cui contenuti costituiscono adempimento di obblighi costituzionali, internazionali ed europei; l'art. 117, co. 2, Cost., che attribuisce allo Stato la legislazione esclusiva, tra l'altro, in materia di sistema tributario e

perequazione delle risorse finanziarie e l'art. 119, co. 2, che prevede l'applicazione di tributi ed entrate propri da parte degli enti locali, nonché la loro compartecipazione al gettito dei tributi erariali, presupponendo la determinazione da parte dello Stato di principi di coordinamento della finanza pubblica e del sistema tributario.

Sotto altro profilo, emergerebbe infine la violazione degli artt. 3 e 5 della Costituzione, poiché la legge veneta vorrebbe attribuire ai cittadini veneti una legittimazione a esprimersi in una materia non consentita a tutti gli altri cittadini italiani. [A. Candido]

Ricorso n. 74 del 2014
IL MARCHIO DI QUALITÀ AGROALIMENTARE DELLA REGIONE SARDEGNA.
ANCORA UNA LEGGE REGIONALE CONTRARIA AL DIRITTO UE?

Ricorso del Presidente del Consiglio dei Ministri, depositato in cancelleria il 14 ottobre 2014, in
GU, 1a serie speciale, n. 48 del 2014

[L. r. Sardegna 7 agosto 2014, n. 16, artt. 11 e da 15 a 24]

(Legge cost. 26 febbraio 1948, n. 3; Cost., art. 117, comma 1, in relazione agli artt. 34 e 35 TFUE,
artt. 117 comma 2, lett. r) e 120, comma 1)

Il Presidente del Consiglio dei ministri impugna le disposizioni della legge della Regione Sardegna n. 16 del 2014 (Norme in materia di agricoltura e sviluppo rurale, agrobiodiversità, marchio collettivo, distretti), che istituiscono un **marchio collettivo di qualità agroalimentare** e prevedono **sanzioni amministrative per il suo uso non autorizzato** (artt. 11 e da 15 a 24). Ne viene innanzitutto denunciato il contrasto con la legge cost. n. 3 del 1968 (Statuto speciale per la Sardegna), che conferisce alla Regione competenza legislativa primaria in materia di «agricoltura e foreste; piccole bonifiche e opere di miglioramento agrario e fondiario» (art. 3), salvo precisare che detta competenza deve essere esercitata «in armonia con la Costituzione e i principi dell'ordinamento giuridico della Repubblica e col rispetto degli obblighi internazionali e degli interessi nazionali, nonché delle norme fondamentali delle riforme economico-sociali della Repubblica». Ciò premesso, secondo il ricorrente, l'istituzione di un marchio collettivo di qualità si porrebbe anche in conflitto con gli **artt. 34 e 35 TFUE** – e quindi, in violazione dell'art. 117, comma 1 Cost. – che fanno divieto agli Stati membri di porre in essere restrizioni quantitative all'importazione e all'esportazione, nonché qualsiasi misura di effetto equivalente. A tale proposito, è richiamata la giurisprudenza della Corte di Giustizia secondo la quale un sistema di marcatura di origine è incompatibile con gli obiettivi del mercato unico perché **ha effetti, almeno potenzialmente, restrittivi sulla libera circolazione delle merci tra Stati membri**, in quanto l'uso del marchio «favorisce, o è atto a favorire, lo smercio dei prodotti in questione rispetto ai prodotti che non possono fregiarsene». (tra le altre, Corte di giustizia, sent. 6 marzo 2003, in causa C-6/2002, e sent. 5 novembre 2002, in causa C-325/2000). Il ricorrente richiama poi le pronunce con cui la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale di leggi regionali istitutive di marchi di qualità (da ultimo, con le sentt. nn. 86 del 2012 e 66 del 2013, relative rispettivamente alle leggi regionali di Marche e Lazio), in riferimento al precetto dell'art. 117, comma 1 Cost. A parere del ricorrente le norme contrasterebbero anche con l'art. 120, comma 1 Cost., «in quanto la misura adottata dalla Regione Sardegna ostacola, nella sostanza, la libera circolazione delle merci, **anche all'interno del mercato nazionale**, inducendo i consumatori a preferire i prodotti sardi rispetto a quelli provenienti da altre Regioni». Infine, l'art. 24 della legge regionale,

concernente le sanzioni amministrative in caso di uso non autorizzato del marchio collettivo regionale, sarebbe invasivo della **potestà legislativa esclusiva dello Stato in materia di proprietà industriale** (art. 117, comma 2, lett. r) Cost.). [C. Pennacchietti]

Questioni di legittimità in via incidentale

Ordinanze nn. 160-162 del 2014
LA RIDUZIONE EX POST DEI BUDGET ASSEGNATI
ALLE STRUTTURE SANITARIE ACCREDITATE PRESSO LA REGIONE LAZIO

Ordinanze emesse il 27-28 febbraio 2014 dal Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio sui ricorsi proposti da San Raffaele S.p.a. e Casa di Cura Privata S. Anna S.r.l.
c. Regione Lazio, Commissario ad acta per la sanità della Regione Lazio
e Presidenza del Consiglio dei ministri,
in GU, 1a serie speciale, n. 42 del 2014

[Decreto legge 6 luglio 2012, n. 95,
conv. con mod. dalla legge 7 agosto 2012, n. 135, art. 15, co.14]

(Cost., artt. 25, co. 2, 41 e 117, co. 3)

L'art. 15, co. 4 del c.d. decreto sulla *spending review* (d.l. n. 95 del 2012, conv. con mod. nella l. n. 135 del 2012) ha previsto che, con riferimento all'acquisto di prestazioni sanitarie da parte di soggetti privati accreditati per l'assistenza specialistica ambulatoriale e per l'assistenza ospedaliera, «si applica una riduzione dell'importo e dei corrispondenti volumi di acquisto in misura percentuale fissa, determinata dalla Regione o dalla Provincia autonoma [...]». Il fine è **ridurre la spesa pubblica** complessiva annua rispetto alla spesa a consuntivo prevista per il 2011 dei seguenti importi: lo 0,5% per l'anno 2012, l'1% per l'anno 2013 e il 2% a decorrere dall'anno 2014.

In applicazione di tali criteri, il decreto del Presidente della Regione Lazio n. 349 del 2012 ha rideterminato i budget già assegnati per il 2012 alle strutture sanitarie accreditate eroganti prestazioni ospedaliere per acuti, di riabilitazione post acuzie e lungodegenza medica.

Per quanto la giurisprudenza della crisi abbia più volte affermato il principio secondo il quale l'autonomia legislativa regionale, anche nel campo della tutela della salute, può essere limitata in ragione di esigenze di **contenimento della spesa** e in vista del perseguimento degli **obiettivi di finanza pubblica** (ad es., cfr. Corte cost., n. 91/2012), il Tar Lazio dubita della legittimità costituzionale della predetta norma. Quest'ultima, infatti, non si limiterebbe a una mera quantificazione di risparmi di spesa, ma comprimerebbe drasticamente la sfera della discrezionalità regionale, individuando in modo specifico i settori nei quali conseguire i predetti risparmi. Ciò comporterebbe, secondo i giudici amministrativi, una lesione della competenza di dettaglio regionale in materia di tutela della salute che, com'è noto, trova il suo fondamento costituzionale nell'art. 117, co. 3, Cost.

Sotto altro profilo, rileverebbe la violazione dell'art. 25, co. 2, Cost., dal quale discende la necessità di porre una serie di **limiti generali all'efficacia retroattiva delle leggi**, anche in ragione

di quei basilari valori di civiltà giuridica che hanno contribuito a fondare l'essenza stessa dello Stato di diritto, quali ad esempio: il criterio dell'affidamento (nei casi di specie, trattasi del legittimo affidamento in capo alle singole strutture sanitarie a erogare delle prestazioni e a ricevere il corrispettivo previsto dai contratti già in essere), quello di ragionevolezza e, più in generale, quello della certezza del diritto.

Da ultimo, la normativa nazionale lederebbe il **principio della libertà dell'iniziativa economica privata** di cui all'art. 41 Cost., impedendo ai soggetti ricorrenti nel giudizio amministrativo la remunerazione di prestazioni già erogate. [A. Candido]

[Su analoga questione v. anche l'**ordinanza n. 212 del 2014**, in GU n. 49 del 2014.]

Ordinanza n. 164 del 2014

IL REGIME AUTORIZZATORIO E IMPOSITIVO IN MATERIA DI "SIGARETTE ELETTRONICHE"

Ordinanza del 29 aprile 2014, emessa dal TAR Lazio sul ricorso proposto da Bellini S.r.l. ed altre c. Ministero dell'economia e delle finanze, Presidenza del Consiglio dei Ministri e Agenzia delle dogane e dei Monopoli, in GU, 1a serie speciale, n. 42 del 2014

[d.lgs. 26 ottobre 1995, n. 504, art. 62-*quater*, inserito dall'art. 11, comma 22, del d.l. 28 giugno 2013, n. 76, convertito, con modificazioni, dalla l. 9 agosto 2013, n. 99]

(Cost., artt. 3, 23, 41 e 97)

Il TAR Lazio impugna l'art. 62-*quater* del d.lgs. n. 504 del 1995, introdotto dall'art. 11 comma 2 del d.l. n. 76 del 2013, convertito con modificazioni, dalla l. n. 99 del 2013 nella parte in cui 1) «ha assoggettato alla **preventiva autorizzazione** da parte dell'Agenzia delle dogane e dei monopoli la commercializzazione dei **prodotti "sucedanei dei prodotti da fumo"**, definiti come i "prodotti contenenti nicotina o altre sostanze idonei a sostituire il consumo dei tabacchi lavorati nonché i **dispositivi meccanici ed elettronici, comprese le parti di ricambio, che ne consentono il consumo"**»; 2) «ha sottoposto, a decorrere dal 1° gennaio 2014, i medesimi prodotti "ad **imposta di consumo** nella misura pari al 58,5 per cento del prezzo di vendita al pubblico"».

Il vizio di fondo della normativa censurata risiederebbe nella violazione dei principi di eguaglianza e ragionevolezza in materia tributaria, «per l'**intrinseca irrazionalità di una disposizione che non individua in maniera oggettiva, ovvero secondo categorie tecnico-giuridiche, i prodotti "sucedanei dei prodotti da fumo" colpiti dall'imposta**». Ad avviso del rimettente, quello di "bene succedaneo" sarebbe un concetto di «natura empirico economica che riflette le preferenze soggettive dei consumatori», privo di una precisa qualificazione merceologica anche in sede comunitaria. Pertanto, in assenza di una autonoma definizione legislativa, l'individuazione delle sostanze idonee a sostituire il consumo dei tabacchi lavorati rimarrebbe del tutto incerta. La medesima incertezza sussisterebbe anche intorno all'individuazione dei prodotti che "consentono" il consumo dei succedanei del tabacco. La ragione di queste incongruenze viene individuata nella circostanza per cui «**la finalità perseguita (quella di recuperare la perdita di gettito sui tabacchi lavorati derivante dal mutamento delle preferenze dei consumatori) è stata direttamente trasposta nella costruzione della fattispecie e sostituita all'oggetto dell'imposizione**».

L'indeterminatezza del precetto normativo è alla base anche della censura di incostituzionalità con riferimento alla riserva di legge in materia di prestazioni imposte e del

principio di imparzialità e buon andamento della pubblica amministrazione. Ad avviso del rimettente, **l'autorità amministrativa** deputata ad integrare il precetto normativo e a chiarire l'ambito applicativo dell'imposta «è stata lasciata sostanzialmente libera di includere (o meno) nella base imponibile qualsivoglia bene che, secondo il suo insindacabile apprezzamento, venga ritenuto idoneo a sostituire il consumo dei tabacchi lavorati»: il riferimento è al D.M. emanato dal Ministero dell'Economia e delle Finanze il 16 novembre 2013 ai sensi dell'art. 62-*quater*, comma 4 e oggetto del ricorso per annullamento proposto, nel giudizio *a quo*, da società operanti nel settore delle cd. *e-cigarettes*.

Infine, all'indeterminatezza del precetto normativo sarebbe da ricondurre anche la lesione del **diritto di libera iniziativa economica**, «in quanto gli operatori del settore si trovano nell'impossibilità di pianificare correttamente i propri investimenti e di adeguare le strutture aziendali alla nuova imposizione».

Sulla materia è intervenuto il d.lgs. 15 dicembre 2014 n. 188, il cui art. 1 reca "Modifiche al testo unico delle imposte sulla produzione e sui consumi". Il comma 1 lett. f) aggiunge un comma 1-*bis* all'art. 62-*quater*, che disciplina l'imposta di consumo dei «prodotti da inalazione senza combustione costituiti da sostanze liquide, contenenti o meno nicotina, esclusi quelli autorizzati all'immissione in commercio come medicinali ai sensi del d.lgs. 24 aprile 2006, n. 219». Il nuovo comma 1-*bis* stabilisce che dalla data della sua entrata in vigore «cessa di avere applicazione l'imposta prevista dal comma 1 [dell'art. 62-*quater*], le cui disposizioni continuano ad avere applicazione esclusivamente per la disciplina delle obbligazioni sorte in vigore del regime di imposizione previsto dal medesimo comma». Il comma 8 dispone che «i dispositivi meccanici ed elettronici, comprese le parti di ricambio, che consentono il consumo dei prodotti di cui all'articolo 62-*quater*, comma 1, del d.lgs. n. 504 del 1995 si intendono sottratti all'imposizione». Il d.lgs. n. 188 del 2014 «entra in vigore il giorno successivo a quello della sua pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana. L'efficacia delle disposizioni di cui all'articolo 1, commi 1, lettere c), d), f), g) ed h), e 8, decorre dal 1° gennaio 2015» (art. 2, comma 1). [C. Pennacchietti]

[Analogo contenuto ha l'ordinanza del TAR Lazio n. 165, nella medesima GU. In entrambe le ordinanze il giudice *a quo* ha disatteso la richiesta di rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia dell'Unione europea, prospettata dai ricorrenti sulla base della presunta «incompatibilità comunitaria» dell'art. 62-*quater* con la normativa europea di rango primario (artt. 30, 34, 35, 110 TFUE) e secondario (art. 401 direttiva 112/2006/CE, art. 1 direttiva 118/2008/CE)].

Ordinanza n. 173 del 2014
LA DISEGUAGLIANZA DI TRATTAMENTO DELLE MINORANZE LINGUISTICHE
NELLE ELEZIONI EUROPEE

Ordinanza del 12 maggio del 2014, emessa dal Tribunale di Cagliari nel procedimento civile promosso da Cabitza Flavio ed altri c. Presidenza del Consiglio dei ministri e Ministero dell'interno, in GU, 1a serie speciale, n. 44 del 2014

[l. 24 gennaio 1979, n. 18, artt. 12, comma nono, 21, comma primo, nn. 1) e 3), e 22, commi secondo e terzo]

(Cost., art. 3, 48 comma secondo, 51, comma primo)

Con ricorso ai sensi dell'art. 702-bis c.p.c., un gruppo di elettori, appartenenti alla Circoscrizione europea V insulare della Sardegna e della Sicilia, ha convenuto in giudizio la Presidenza del Consiglio dei Ministri ed il Ministero dell'Interno, affinché venga accertato che il diritto all'esercizio del voto libero, eguale, personale e diretto per le **elezioni dei rappresentanti italiani al Parlamento Europeo** non può essere esercitato nelle forme e nei limiti previsti e garantiti dalle fonti costituzionali interne, comunitarie e convenzionali.

Il Tribunale di Cagliari, dopo aver respinto le eccezioni di rito che facevano leva sulla carenza di interesse a ricorrere, richiamando la decisione della Corte di cassazione che sollevò la questione poi risolta dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 1/2014, e aver rigettato le numerose argomentazioni a sostegno della questione di costituzionalità profilate nel ricorso – in particolare si giudica manifestamente infondata la questione riguardante il vulnus al principio di rappresentatività conseguente alla previsione della soglia di sbarramento, dal momento che, per come configurata questa scelta normativa, essa supererebbe i test di proporzionalità e ragionevolezza richiesti dalla Consulta –, giudicano **invece** non manifestamente infondata la questione dal punto di vista dell'assetto che la legge statuisce riguardo alla partecipazione alla competizione elettorale dei gruppi politici rappresentativi di **minoranze linguistiche**: i ricorrenti lamentavano infatti come ulteriore motivo di incostituzionalità della normativa il fatto che la legge elettorale europea presentasse norme speciali e derogatorie previste **solo per alcune minoranze linguistiche** e che il trattamento fosse differenziato rispetto alle elezioni politiche e agli altri attori della competizione elettorale.

Il Tribunale, dopo aver scartato con decisione questi due ultimi profili, ha accolto le doglianze dei ricorrenti sollevando questione di legittimità costituzionale in ragione del fatto che la normativa crea una **condizione di favore per le liste di candidati** eventualmente presentate da partiti o gruppi politici espressi dalla minoranza di **lingua francese** della Valle d'Aosta, di **lingua tedesca** della provincia di Bolzano e di **lingua slovena** del Friuli-Venezia Giulia, **discriminando viceversa le liste eventualmente presentate da altre minoranze linguistiche** riconosciute e tutelate da una legge dello Stato o da Convenzioni internazionali sottoscritte e ratificate dal nostro paese. Soltanto le liste espresse da quelle specifiche minoranze linguistiche possono infatti partecipare alle elezioni in coalizione con altre liste e **sottrarsi alla soglia di sbarramento del 4%**.

Gli artt. 12, 21 e 22 della legge che regola le elezioni europee, che ammettono per il riparto dei seggi il collegamento di liste di candidati dei partiti espressione solo delle minoranze tedesca, slovena e francese con altro partito che sia presente in tutti i collegi, sono dunque sospettate di incostituzionalità perché paiono porsi in contrasto con il principio di eguaglianza e con le sue specificazioni di cui agli artt. 48 e 51 in tema di esercizio del diritto di voto e di accesso alle cariche elettive, in virtù del fatto che **la previsione nel procedimento elettorale europeo di correttivi a tutela delle minoranze linguistiche ed etniche non comprende tutti i gruppi espressione di minoranze linguistiche riconosciute espressamente nel nostro ordinamento**. [M. Croce]

Ordinanza n. 176 del 2014

LA CONVENZIONE UNESCO COME PARAMETRO DI INCOSTITUZIONALITÀ

Ordinanza del 13 marzo 2014 emessa dal Tribunale amministrativo regionale per la Campania sul ricorso proposto da Sarubbi Giuseppe contro Comune di Napoli ed altri., in GU, 1a serie speciale, n. 44 del 2014

[d.lgs. 22 gennaio 2004, artt. 134, 136, 139, 140, 141 e 142]

(Cost., artt. 9 e 117, primo comma)

In un procedimento riguardante l'impugnazione di disposizioni dirigenziali del Comune di Napoli aventi a oggetto l'annullamento della DIA con conseguenti ordine di demolizione di abusi edilizi e irrogazione di sanzione pecuniaria per parte degli abusi, il T.a.r. Campania solleva d'ufficio eccezione di legittimità costituzionale sulla **norma derogatoria del vincolo paesaggistico** di cui all'art. 1, comma secondo, della c.d. Legge Galasso, poi riprodotta nelle disposizioni del codice dei beni culturali; alla luce di tale normativa le disposizioni dirigenziali avrebbero dovuto essere annullate, ma il giudice amministrativo sospetta dell'incostituzionalità di tale esito e, dunque, della normativa che lo impone, per contrasto con gli artt. 9 e 117 Cost.

Secondo l'art. 142, comma secondo, del codice dei beni culturali il vincolo paesaggistico non si sarebbe dovuto applicare a varie zone, tra cui il territorio urbano edificato, in quanto sostanzialmente già compromesso dal punto di vista paesaggistico. Ma la fattispecie in esame dimostra chiaramente l'irrazionalità di questa norma nella parte in cui non se ne esclude l'applicazione nei casi di territori urbani edificati di eccezionale pregio paesaggistico e storico, dal momento che il Tar sarebbe costretto ad annullare un provvedimento che mirava a tutelare il paesaggio dagli abusi edilizi in una città il cui centro storico, dove si trova l'immobile oggetto della controversia, è stato iscritto nella lista del Patrimonio Mondiale Unesco nel 1995.

Quest'evidenza conduce il giudice amministrativo a dubitare della normativa derogatoria del vincolo paesaggistico sia sotto il profilo della lesione del principio della tutela del paesaggio di cui all'art. 9 Cost., che sotto il profilo della possibile violazione degli obblighi internazionali di cui all'art. 117, comma primo, Cost., dal momento che la Convenzione Unesco assurgerebbe al rango di norma interposta e gli obblighi da essa scaturenti, che in questo caso imporrebbero una particolare tutela, sarebbero violati da una normativa derogatoria di rango primario, dando luogo così alla violazione della norma costituzionale.

Per gli stessi motivi vengono sospettati di incostituzionalità l'art. 142, comma primo, nella parte in cui non contempla tra le ipotesi in cui viene riconosciuto ex lege il carattere di interesse paesaggistico e la relativa disciplina di tutela quelle riguardanti gli immobili nelle zone per le quali è intervenuto il riconoscimento Unesco, con l'inserimento nella lista del Patrimonio Mondiale, e gli artt. 134, 136, 139, 140 e 141, nella parte in cui non impongono all'Amministrazione di adottare la dichiarazione di notevole interesse, con la conseguente disciplina di tutela, per i siti riconosciuti Patrimonio Mondiale Unesco. [M. Croce]

Ordinanza n. 181 del 2014
SEI ANNI SONO TROPPI PER IL GIUDIZIO PINTO
(E ANCHE QUATTRO PIÙ DUE)

Ordinanza del 14 ottobre 2013, emessa dalla Corte d'appello di Firenze, sezione II civile, nella causa promossa da B.A.M. c. Ministero della Giustizia, in GU, 1a serie speciale, n. 45 del 2014

[legge 24 marzo 2001, n. 89, art. 2, commi 2-bis e 2-ter]

(Cost., artt. 111, secondo comma, 117, primo comma e 3, primo comma)

Una cittadina, avviato il procedimento di cui alla cd. legge Pinto (n. 89 del 2001), ha avuto riposta dopo 7 anni e 10 mesi. A causa di questo ritardo, avvia nuovamente la procedura. La Corte d'appello adita, applicando una delle novità introdotte dal cd. decreto sviluppo (d.l. n. 83 del 2012,

conv. in legge n. 134 del 2012), ritiene che questa durata possa considerarsi irragionevole solo nella misura – 1 anno e 10 giorni – in cui supera il termine di 6 anni di cui al vigente art. 2, comma 2-ter, della legge Pinto: «[s]i considera comunque rispettato il termine ragionevole se il giudizio viene definito in modo irrevocabile in un tempo non superiore a sei anni». Si tratta del termine complessivo, riferito all'intero giudizio, il cui rispetto impedisce di avere riguardo ai termini di ragionevole durata previsti per i singoli gradi al precedente comma 2-bis: rispettivamente, tre anni per il primo grado, due per il secondo e uno per il giudizio di legittimità. Si tratta di termini rigidi, fissati dal legislatore precisamente per circoscrivere la discrezionalità del giudice nel valutare la durata dei processi e gli indennizzi.

Tuttavia – osserva il rimettente, dopo avere liquidato alcune questioni processuali – la ragionevolezza dei termini di cui ai citati commi 2-bis e 2-ter è sospetta. «**[L]’individuazione del principio costituzionale della “ragionevole durata” (...) non può essere infatti avulsa dalla natura del suo procedimento, e dalla sua “naturale” durata, che dipende in primo luogo dalla sua maggiore o minore complessità**». Il procedimento Pinto riguarda fatti relativamente semplici, serve a indennizzare chi sia già stato vittima di precedenti ritardi e si svolge in un unico grado di merito: tanto è vero che per esso, prima del 2012, la giurisprudenza italiana ed europea riteneva ragionevole un termine di soli 2 anni; e che la stessa novella del 2012 ha enfatizzato le esigenze di celerità, sotto vari profili.

Il problema non è risolto dalla possibilità, per ottenere nella pieno ristoro, di rivolgersi anche a Strasburgo: da un lato, resta la debolezza dello strumento delineato dal legislatore italiano; dall'altro, la necessità di rivolgersi al giudice sovranazionale, invece che a quello interno, costituisce un onere gravoso e irragionevole.

Per questo, la Corte d'appello chiede l'annullamento dei termini in questione, nella parte in cui si applicano ai giudizi Pinto. [M. Massa]

Ordinanza n. 182 del 2014
DIVIETO DI AUTOMATISMI SANZIONATORI
E TRASFERIMENTO DEI MAGISTRATI

Ordinanza del 21 maggio del 2014, emessa dalla Corte di Cassazione, Sezioni Unite, nel procedimento civile promosso da De P. M. c. Ministero della Giustizia e Procuratore generale della Repubblica presso la Corte di cassazione, in GU, 1a serie speciale, n. 45 del 2014

[d.lgs. 23 febbraio 2006, n. 109, art. 13, comma 1, secondo periodo]

(Cost., art. 3)

Un magistrato ha colposamente tardato di 56 giorni nell'accertare la perdita di efficacia della misura cautelare degli arresti domiciliari disposta nei confronti di due imputati. Il CSM ha ritenuto il fatto sanzionabile a norma dell'art. 2, comma 1, del d.lgs. n. 109 del 2009, con riguardo sia alla lettera a) («comportamenti che, violando i doveri di cui all'articolo 1[correttezza, diligenza, laboriosità ecc.], arrecano ingiusto danno o indebito vantaggio ad una delle parti»), sia alla lettera g) («grave violazione di legge determinata da ignoranza o negligenza inescusabile») e ha applicato una doppia sanzione: censura e **trasferimento di sede**.

Le SU confermano l'applicabilità di entrambe le lettere: queste ultime, secondo il diritto vivente, «delineano le fattispecie di cui si tratta come comprese in cerchi non già concentrici ma adiacenti, anche se in parte interferenti»; perciò, sono applicabili simultaneamente. Escluso che

l'applicazione della lettera *a*) possa essere limitata alle condotte dolose (e che i fatti in questione possano considerarsi di scarsa rilevanza: art. 3-*bis* del d.lgs. n. 109 del 2006), le SU rilevano che, in virtù della norma in questione (art. 13, comma 1, secondo periodo, del d.lgs. n. 109 del 2006), il trasferimento a titolo di sanzione – il quale di solito, allorché risulta applicabile, è discrezionale (primo periodo) – **deve obbligatoriamente essere disposto «quando ricorre una delle violazioni previste dall'articolo 2, comma 1, lettera a), nonché nel caso in cui è inflitta la sanzione della sospensione dalle funzioni».** L'attenzione critica si concentra sulla prima parte della disposizione trascritta: essa contemplerebbe un **automatismo sanzionatorio irragionevole, che impedisce una valutazione in concreto circa l'opportunità della permanenza del magistrato nella sede o ufficio, abbracciando però un ventaglio ampio ed eterogeneo di illeciti disciplinari** – ad es. con riguardo ai doveri violati, nonché allo stato soggettivo di dolo o colpa. «Appare allora vulnerato il principio della “indispensabile gradualità sanzionatoria” e della irrazionalità di ogni “automatismo”, enunciato dalla Corte costituzionale con riferimento a norme in materia disciplinare analoghe a quella ora in considerazione»: il riferimento è alla giurisprudenza sulla destituzione di diritto di funzionari pubblici (e professionisti iscritti in albi). [M. Massa]

Ordinanza n. 186 del 2014
GLI ARBITRATI PUBBLICI
TRA COSTITUZIONE E LEGGE ANTI-CORRUZIONE

Ordinanza del 16 giugno 2014, emessa dal Collegio arbitrale di Roma nell'arbitrato tra Seriana 2000 Soc. cooperativa sociale ONLUS c. AUSL Roma E, in GU, 1a serie speciale, n. 45 del 2014

[d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, art. 241, comma 1; legge 6 novembre 2012, n. 190, art. 1, comma 25]

(Cost., artt. 3, 24, 25, 41, 97, 102, 108 e 111)

Il contratto di appalto di servizi tra una ONLUS e una azienda sanitaria prevede una clausola compromissoria. Insorta una controversia su alcuni pagamenti, le parti nominano il collegio giudicante ma, poi, l'azienda sanitaria non autorizza l'arbitrato in base alle norme in questione. Esse, introdotte dalla cd. legge anticorruzione (legge n. 190 del 2012) nel codice degli appalti, consentono la devoluzione delle controversie su appalti pubblici ad arbitri solo «previa autorizzazione motivata da parte dell'organo di governo dell'amministrazione» ed escludono da tale previsione solo gli arbitrati «conferiti o autorizzati» prima dell'entrata in vigore della legge citata.

Rilevato che, nel caso, il capitolato con la clausola compromissoria risale al 2007, ma la nomina degli arbitri è avvenuta solo nel 2013, il collegio ritiene che **le norme in questione** siano applicabili ma che esse, **«determinando la confluenza dell'arbitrato *de qu[o]* nel campo di applicazione della nuova disciplina e dunque rendendo inefficaci con effetto retroattivo pattuizioni assunte prima dell'entrata in vigore della Legge stessa ovvero rimettendo alla parte pubblica in potere di decidere in ordine all'azionabilità della clausola arbitrale», suscitino diversi dubbi di costituzionalità**, tra l'altro: a) **per avere travolto l'affidamento degli stipulanti nella clausola compromissoria**, in assenza di un interesse di rango costituzionale pari ai diritti garantiti dagli artt. 24, 41 e 108 Cost. (non potendosi la misura in questione nemmeno ritenere coerente con le finalità di prevenzione della corruzione proprie della legge n. 190 del 2012); b) **per avere, così, sviato le parti dal giudice naturale che le stesse si erano scelte**; c) **per avere alterato la parità di armi tra le parti**, attribuendo un privilegio a quella pubblica, creando una «asimmetria

giurisdizionale» analoga a quella censurata dalla sentenza n. 186 del 2013 (sul blocco delle azioni esecutive nei confronti delle regioni commissariate per il disavanzo sanitario); c) **per avere introdotto una radicale differenziazione, quanto all'accesso alla giustizia privata, tra contratti pubblici e quelli privati**, peraltro attribuendo all'amministrazione una discrezionalità ampia, il cui cattivo esercizio potrebbe incidere a posteriori sulla stessa validità dei lodi arbitrali eventualmente emessi; d) **in subordine, ex art. 97 Cost., per avere assegnato la competenza autorizzatoria ai vertici politici dell'amministrazione, invece che ai dirigenti**, benché l'autorizzazione debba considerarsi alla stregua di un atto di gestione. [M. Massa]

Ordinanza n. 198 del 2014

ESTENSIONE AGLI AGROTECNICI DI COMPETENZE IN MATERIA CATASTALE. DECRETAZIONE D'URGENZA, LEALE CONCORRENZA E BUON ANDAMENTO DELLA PA

Ordinanza del 17 febbraio 2014, emessa dal Consiglio di Stato sul ricorso proposto da Consiglio nazionale geometri e geometri laureati e S.F. c. Ministero dell'economia e delle finanze ed altri, nei confronti di Collegio nazionale degli agrotecnici e degli agrotecnici laureati, in GU, 1a serie speciale, n. 47 del 2014

[d.l. 31 dicembre 2007, n. 248, convertito, con modificazioni, dalla l. 28 febbraio 2008, n. 31, art. 26, comma 7-ter]

(Cost., artt. 3, 77, comma 2 e 97, comma 2)

Oggetto di censura è l'art. 26, comma 7-ter del d.l. n. 248 del 2007, aggiunto dalla legge di conversione n. 31 del 2008, in virtù del quale **l'abilitazione allo svolgimento di attività in materia di atti catastali ed estimativa** (art. 145, comma 96, l. n. 388 del 2000) - **prima riservata alle categorie dei geometri, geometri laureati e periti agrari - viene estesa ai soggetti in possesso del titolo di agrotecnico**. L'ordinanza è pronunciata sul ricorso proposto dal Consiglio nazionale geometri e geometri laureati e S.F. contro il Ministero dell'economia e delle finanze per la riforma della sentenza con cui il TAR Lazio ha dichiarato inammissibili i ricorsi per l'annullamento della risoluzione del Ministro dell'economia e delle finanze (n. 10/DF del 3 aprile 2008), e della circolare dell'Agenzia del territorio (n. 3 del 14 aprile 2008) che estendono in via interpretativa alla categoria degli agrotecnici competenze prima di spettanza esclusiva dei geometri e dei periti agrari. Nella medesima sede, il giudice di primo grado ha ritenuto di non esaminare la questione di legittimità costituzionale dell'art. 26, comma 7-ter per difetto della rilevanza della questione.

A parere del rimettente la **rilevanza** della questione di costituzionalità rispetto al giudizio *a quo* risiederebbe nella natura regolamentare e non meramente interpretativa della circolare e della risoluzione impugnate: queste avrebbero «capacità innovativa rispetto al quadro normativo preesistente», poiché attribuiscono, di fatto, agli agrotecnici la competenza all'esercizio di attività per legge riservate ad altre categorie di professionisti e «che fondano la loro legittimazione in un'arbitraria estensione avvenuta ad opera della l. 31 del 2008 per come interpretata dalla risoluzione n. 10/DF e dalla circolare n. 3. Tali atti recano una indubbia **portata costitutiva di situazioni giuridiche in capo agli agrotecnici, ponendosi nei confronti del citato art. 26, comma 7-ter, legge n. 31/2008 come atti applicativi** in quanto, oltre ad estendere, alle citate categorie, le competenze in materia catastale, consentono l'utilizzabilità del sistema informatico, includendo, così, di fatto, gli agrotecnici, tra gli operatori abilitati». Il rimettente afferma inoltre come detti atti

contrastino con quanto già statuito dalla Corte Costituzionale nella sent n. 441/2000 resa sulla q.l.c. di una disposizione della legge istitutiva dell'albo professionale degli agrotecnici: in questa occasione la Corte, richiamando il principio di professionalità specifica, ha dichiarato che non è irragionevole la delimitazione delle competenze professionali degli agrotecnici in materia di attività catastale di frazionamento dei terreni. Il contrasto è ravvisato anche rispetto agli «accordi assunti tra Senato e Governo, in sede di conversione del d.l. n. 248 del 2007» dai quali emerge «la volontà del legislatore [...] nell'escludere l'estensione delle competenze agli agrotecnici».

La disposizione viene impugnata con riferimento agli **artt. 77, comma 2, 3 e 97, comma 2 Cost.**, in quanto 1) «esula del tutto dalla finalità perseguita dal d.l., non trovando affatto una sua collocazione coerente con la *ratio* dell'intervento straordinario e urgente»; 2) «in maniera del tutto arbitraria, incide sulla leale concorrenza in danno della categoria dei geometri, ad onta della comprovata e più adeguata preparazione dei geometri nella materia catastale», 3) «pregiudica il buon andamento della pubblica amministrazione», poiché legittima lo svolgimento delle attività in materia catastale «ad opera di soggetti non dotati di un'adeguata capacità professionale». [C. Pennacchietti]

Ordinanza n. 199 del 2014
UNA SANZIONE RETROATTIVA E SPROPOSITATA
IN MATERIA DI INCENTIVI PER FONTI RINNOVABILI

Ordinanza del 9 luglio 2014 emessa dal Consiglio di Stato di ricorso proposto da Gestore dei servizi energetici - Gse Spa contro Giovannetti Tiziano in proprio e n.q. di amministratore unico della società "Pollenza Sole Srl" ed altri. Energia, in GU, 1a serie speciale, n. 44 del 2014

[d.lgs. 3 marzo 2011, n. 28, art. 43.]

(Cost., art. 3, 25, comma secondo, 76 e 117, primo comma)

In un contenzioso dinanzi al giudice amministrativo avente a oggetto la concessione di incentivi per l'installazione di fonti rinnovabili, il Consiglio di Stato solleva questione di incostituzionalità sull'art. 43 del d.lgs. n. 28/2011, sulla base del quale erano state comminate sanzioni ai ricorrenti.

Dinanzi al Tar essi si erano visti dare ragione attraverso un'interpretazione conforme a Costituzione della disposizione che aveva escluso il perfezionamento dell'illecito, affermando che la procedura di concessione dei benefici sarebbe composta di due fasi autonome: la prima relativa alla comunicazione di fine lavori entro il 30 dicembre 2010 (antecedente all'entrata in vigore dell'art. 43 del d.lgs. n. 28 del 2011); la seconda relativa alla richiesta di incentivi che deve essere effettuata nel termine di sessanta giorni dall'entrata in esercizio dell'impianto che, a sua volta, deve avvenire entro il 30 giugno 2010. Attraverso tale interpretazione si sarebbe così evitato di applicare retroattivamente l'art. 43.

Il Consiglio di Stato però esclude di poter interpretare in tal senso la disposizione – l'illecito si perfezionerebbe nel momento della falsa o incompleta comunicazione di fine lavori – e, di conseguenza, solleva questione di incostituzionalità: un primo profilo di non manifesta infondatezza della questione riguarda il fatto che l'art. 43 ha la natura di **norma sanzionatoria afflittiva di tipo interdittivo con effetti retroattivi**, violando così l'art. 25, comma secondo, Cost., e per lo stesso motivo sarebbe violato pure l'art. 117, comma primo, come integrato dall'art. 7 della CEDU per come interpretato dalla giurisprudenza convenzionale; un secondo profilo riguarda invece l'eccesso di delega, visto che il d.lgs. non avrebbe rispettato i principi e i criteri direttivi

stabiliti con l'art. 2, comma 1, lettera c), della l. n. 96/2010, la quale richiedeva sanzioni pecuniarie e non interdittive; un terzo profilo riguarda invece la ragionevolezza-proporzionalità della sanzione prescelta, dal momento che la sanzione interdittiva decennale rispetto alla possibilità di usufruire di incentivi in materia di fonti rinnovabili appare al giudice *a quo* non conforme al principio costituzionale vista **l'impossibilità dell'autorità amministrativa di graduare la sanzione a seconda della gravità dell'illecito commesso**; per lo stesso motivo sarebbe violato pure l'art. 117, comma primo, Cost., dal momento che il principio di proporzionalità in questa materia è un obbligo che discende pure dal diritto comunitario. [M. Croce]

Ordinanza n. 206 del 2014
LA QUESTIONE DELLA TARATURA DEGLI AUTOVELOX RITORNA ALLA CORTE
CON IL "CORRETTO" TERTIUM COMPARATIONIS

Ordinanza del 7 agosto 2014, emessa dalla Corte di Cassazione, nel procedimento civile promosso da T.M. c. Prefettura di Cuneo, in GU, 1a serie speciale, n. 48 del 2014

[d.lgs. 30 aprile 1992, n. 285, art. 45]

(Cost., art. 3)

L'ordinanza riporta all'attenzione della Corte costituzionale la (non nuova) **problematica della necessità della taratura e della periodica revisione degli strumenti di rilevamento automatico delle violazioni alle norme sulla circolazione**. Il problema si pone in relazione all'art. 45 del d.lgs. n. 285 del 1992 (Nuovo codice della strada), che prevede l'omologazione delle apparecchiature di rilevamento automatico, ma non ne impone controlli periodici di funzionalità.

La Corte di Cassazione richiama preliminarmente il suo costante orientamento, secondo il quale «le apparecchiature elettroniche utilizzate per rilevare le violazioni dei limiti di velocità stabiliti, come previsto dall'art. 142 C.d.S., non devono essere sottoposte ai controlli previsti dalla l. n. 273 del 1991, istitutiva del sistema nazionale di taratura», in quanto detto sistema «attiene alla materia cd. metrologica diversa rispetto a quella della misurazione elettronica della velocità» (Cass. n. 23978/2007). Senonché la Corte perviene alla decisione di riconsiderare – e dunque sollevare, in riferimento all'art. 3 Cost. – la questione di legittimità costituzionale dell'art. 45 C.d.S., nella parte in cui non prevede verifiche periodiche di funzionalità, in considerazione del «valore delle affermazioni» espresse dalla Corte Costituzionale nella sent. n. 277/2007 (sulla questione di legittimità del medesimo articolo, in riferimento agli artt. 3, 24 e 111 Cost.). In questa occasione il giudice di legittimità ha ritenuto infondata la questione, ma solo perché erronea era stata l'individuazione da parte del giudice rimettente del termine di comparazione; al contempo ha individuato la norma rispetto alla quale deve lamentarsi una irragionevole disuguaglianza, affermando che «**andava sperimentata l'applicazione della normativa generale del 1991 [l. n. 273 del 1991] alla luce del sistema internazionale di misura SI, che comprende la velocità come unità derivata**». Ciò anche in considerazione del fatto che la stessa amministrazione pubblica «aveva dichiarato di volere attuare tale normativa» (nota 27 settembre n. 6050 del Ministero dei lavori pubblici-Ispettorato generale per la circolazione e la sicurezza stradale).

La questione è pertanto ora sollevata in riferimento all'art. 3 Cost. e con riguardo, come *tertium comparationis*, alla l. n. 273 del 1991, nonché alla normativa comunitaria che prevede la taratura periodica per le apparecchiature di rilevazione della velocità (Norme UNI EN 30012 - parte

1, come integrate da UNI EN 10012). Il rimettente afferma «l'assoluta irragionevolezza e conseguente disuguaglianza, che contrassegna l'esclusione dall'applicazione della citata normativa generale, anche internazionale, in tema di misura ricomprendente pure la velocità come unità derivata». Con specifico riferimento al parametro della ragionevolezza della norma, a parere del rimettente, il mancato adeguamento alla normativa generale e alla volontà della stessa amministrazione condurrebbe ad un «incredibile risultato»: «quello per cui **una qualunque bilancia di un mercato nazionale è soggetta a periodica verifica della taratura, nel mentre non lo è una complessa apparecchiatura, come quella per la verifica della velocità, che svolge un accertamento irripetibile e fonte di grave conseguenze per il cittadino proprietario e/o conducente del veicolo**». Sarebbe incoerente e irragionevole, peraltro, ritenere che il buon funzionamento dei dispositivi possa essere sufficientemente garantito («anche a distanza di lustri») dalla sola conformità al modello omologato. [C. Pennacchietti]

Ordinanza n. 207 del 2014
LA «CLAUSOLA DI SALVAGUARDIA» DEGLI EFFETTI
DI UNA DISCIPLINA DICHIARATA INCOSTITUZIONALE:
CONTRATTI DI LOCAZIONE E DIRITTI QUESITI

Ordinanza del 18 giugno 2014, emessa dal Tribunale di Napoli nel procedimento civile promosso da P.A. c. P.M., in GU, 1a serie speciale, n. 48 del 2014

[d.l. 28 marzo 2014, n. 47, convertito, con modificazioni, dalla l. 23 maggio 2014, n. 80, art. 5, comma 1-ter]

(Cost., artt. 3, 42, comma 2 e 136)

Nel 2013, con due ordinanze di analogo contenuto, il Tribunale ordinario di Napoli ha sollevato, in riferimento all'art. 42 Cost., questione di legittimità costituzionale dell'art. 3, comma 8 del d.lgs. n. 23 del 2011, nella parte in cui prevede, in caso di mancata registrazione del contratto di locazione di immobili per uso abitativo nel termine di legge, un meccanismo di sostituzione sanzionatoria dell'importo del canone e della durata del contratto. Nelle more, la Corte costituzionale è intervenuta con sentenza n. 50 del 2014, a dichiarare l'illegittimità costituzionale, per eccesso di delega, dell'art. 3, commi 8 e 9 del d.lgs. n. 23 del 2011. Successivamente, la l. n. 80 del 2014, di conversione del d.l. n. 47 del 2014, ha aggiunto all'art. 5 del d.l. il comma 1-ter, con cui sono fatti salvi, fino alla data del 31 dicembre 2015, gli effetti prodottisi e i rapporti giuridici sorti sulla base dei contratti di locazione registrati ai sensi dell'art. 3, commi 8 e 9 del d.lgs. n. 23 del 2011. La Corte costituzionale ha quindi ritenuto opportuno restituire gli atti al giudice rimettente perché valutasse la permanenza della rilevanza del prospettato dubbio di costituzionalità ai fini della definizione dei giudizi *a quibus*. La decisione di restituzione è emessa alla luce della considerazione per cui la nuova disposizione mira a regolare, in via transitoria, situazioni giuridiche conseguenti alla pronuncia di incostituzionalità, «sul piano della validità e dell'efficacia di "contratti di locazione registrati ai sensi" di una disciplina dichiarata costituzionalmente illegittima» (ord. n. 195 del 2014).

Il Tribunale di Napoli, sciolta la riserva, impugna la l. n. 80 del 2014, nella parte in cui **mira a «garantire una sorta di ultrattività delle suddette disposizioni legislative, ancorché dichiarate incostituzionali**, dalla relativa data di entrata in vigore sino al termine finale del 31 dicembre 2015». La questione è ora sollevata anche ex artt. 3 e 136 Cost. In riferimento all'art. 136, il

rimettente premette come il legislatore abbia «erroneamente» inteso giustificare la finalità di salvaguardia ricorrendo alla tematica dei «**diritti quesiti**» quale limite alla retroattività delle pronunce di accoglimento della Corte. Ciò premesso, osserva che la norma contrasterebbe con l'art. 136 Cost. in quanto a) riproduce il contenuto di una norma dichiarata incostituzionale e ne salvaguarda gli effetti, stabilendo un termine finale (al 31 dicembre 2015); così facendo, la norma «disciplina fattispecie future in ordine alle quali giammai può trovare applicazione la tematica dei “diritti quesiti”»; b) intende disciplinare questioni ontologicamente estranee alla tematica dei «diritti quesiti»: non possono considerarsi «situazioni giuridiche consolidate» i rapporti di locazione, ad uso abitativo, che non sono stati sciolti né estinti.

La disciplina di salvaguardia introdotta con la legge n. 80 contrasterebbe anche con il principio di uguaglianza, poiché determina un «diritto speciale, [...], *ratione temporis*», ovvero «una irragionevole disparità di trattamento rispetto a medesimi rapporti di locazione ad uso abitativo, da ascrivere al mero fatto temporale della verifica delle prestazioni contrattuali». In ultimo, il rimettente ribadisce le censure mosse nelle ordinanze del 2013 all'art. 3, comma 8 del d.lgs. n. 23/2011 in relazione all'art. 42 Cost. Le gravi limitazioni all'autonomia privata, sebbene finalizzate al raggiungimento di un interesse generale della collettività (cioè l'adempimento dell'obbligo del pagamento dei tributi), comprimerebbero il diritto di proprietà senza soddisfarne la funzione sociale: il riferimento è alla giurisprudenza della Corte costituzionale in tema di affitto di fondi rustici (tra le altre, sentt. nn. 155/1972 e 153/1977) e alla legislazione in materia di equo canone. [C. Pennacchietti]

[Identico oggetto e analogo contenuto ha l'ordinanza del Tribunale di Napoli n. 208, nella medesima GU]

Ordinanza n. 217 del 2014
SPOILS SYSTEM: IMPUGNAZIONE DI UNA SENTENZA DI RIGETTO
ALLA LUCE DELLA GIURISPRUDENZA SUCCESSIVA?

Ordinanza del 10 giugno 2014, emessa dalla Corte di cassazione nel procedimento promosso da G.F. c. Regione Abruzzo, in GU 1a serie speciale n. 50 del 2014

[Legge della Regione Abruzzo 12 agosto 2005, n. 27, art. 1, comma 2, e art. 2, comma 1]

(Cost., art. 97)

La Sezione lavoro deve pronunciarsi sul caso di un direttore generale di un ente strumentale della Regione Abruzzo, dichiarato decaduto dall'incarico all'entrata in vigore della legge regionale n. 27 del 2005. Tale legge (art. 1, comma 2) assoggettava al cd. **spoils system** (qui declinato come decadenza di diritto, salvo conferma, all'insediamento del nuovo consiglio regionale) tutte le nomine agli organi di vertice di enti regionali conferite dagli organi di direzione politica della regione; e disponeva altresì che all'entrata in vigore della legge stessa decadessero, salvo conferma, tutte le nomine agli stessi organi di vertice (art. 2).

Con la sentenza n. 233 del 2006 la Corte costituzionale ha escluso l'illegittimità di questa specifica normativa regionale, anche ai sensi dell'art. 97, comma primo, Cost., tenuto conto dell'*intuitus personae* delle nomine in questione e dell'opportunità di rendere il nuovo sistema immediatamente operativo, anche per nomine fatte alla fine della precedente legislatura. Tuttavia, osserva la Cassazione, **la giurisprudenza successiva si è mostrata più severa**: in

particolare, sembrano particolarmente calzanti al caso la sentenza n. 81 del 2010, relativa a un caso di decadenza disposta direttamente dalla legge, e la sentenza n. 104 del 2007, con riguardo ai dirigenti che, pur essendo a capo di un ente strumentale, hanno compiti amministrativi o tecnici, non riconducibili alla collaborazione diretta con l'organo politico. [M. Massa]

[Alla sentenza n. 104 del 2007 fa riferimento anche l'**ordinanza n. 237 del 2014**, della Sezione lavoro della Corte d'appello di Roma, in GU 1a SS n. 54 del 2014, con riguardo a una legge della Regione Lazio anteriore alla normativa oggetto della sentenza cit., ma di contenuto pressoché identico con riguardo allo specifico settore – i parchi regionali – considerato. L'ordinanza ritiene la questione rilevante, anche se la regola dello *spoils system* era riprodotta nel contratto del dirigente *de quo*: ad avviso del rimettente, l'annullamento della clausola legale determinerebbe la nullità di quella contrattuale].

Ordinanza n. 222 del 2014
SERVIZIO CIVILE, CITTADINANZA ITALIANA E
STRANIERI REGOLARMENTE SOGGIORNANTI IN ITALIA

Ordinanza del 1 ottobre 2014, emessa dalla Corte di Cassazione, Sezioni Unite, civili nel procedimento promosso da Presidenza del Consiglio dei ministri contro Tanwir Syed Shahzad, ASGI (Associazione studi giuridici sull'immigrazione) e APN (Avvocati per niente ONLUS), in G.U., 1a serie speciale, n. 51 del 2014.

[D.lgs. 5 aprile 2002, n. 77, art. 3, co. 1]

(Cost., artt. 2, 3, 52 e 76; legge 6 marzo 2001, n. 64, art. 2, co. 3, lett. a).

Un venticinquenne pakistano, dopo aver vissuto in Italia quasi tutta la propria esistenza (avendo completato in Italia la scuola secondaria di primo e di secondo grado e frequentando un'Università italiana), ha presentato domanda di ammissione al servizio civile presso la Caritas ambrosiana, scoprendo tuttavia che non avrebbe potuto partecipare alla selezione in quanto privo della cittadinanza italiana.

La questione è se, sulla base dell'art. 3, co. 1, d.lgs. n. 77 del 2002 (a norma del quale «[s]ono ammessi a svolgere il **servizio civile**, a loro domanda, senza distinzioni di sesso **i cittadini italiani** che, alla data di presentazione della domanda, abbiano compiuto il diciottesimo anno di età e non superato il ventottesimo»), sia o meno legittimo riservare l'accesso al servizio civile nazionale ai soli cittadini italiani e se, conseguentemente, **sia o meno discriminatorio il bando** per la selezione dei volontari **che escluda i cittadini stranieri** dalla possibilità di avanzare domanda di partecipazione alla selezione, pur avendo questi ultimi maturato un legame stabile con il territorio italiano.

Sul punto, la giurisprudenza di merito si è mostrata divisa tra coloro i quali (come i giudici del Tribunale di Brescia) hanno escluso la natura discriminatoria dell'art. 3 in questione e coloro i quali (i giudici del Tribunale e della Corte d'appello di Milano), tra l'altro proprio con riguardo al caso di specie, hanno ritenuto tale norma legittima.

Ciò premesso, sebbene con riferimento alla controversia sia cessata la materia del contendere (avendo intanto il Sig. Syed acquistato la cittadinanza italiana), le Sezioni Unite della Corte di Cassazione ritengono che la questione, pur inammissibile (appunto, per sopravvenuto difetto di interesse dell'interessato), possa ripresentarsi in casi futuri e che, pertanto, sia di

particolare importanza. Ciò del resto risulta dimostrato dal fatto che, recentemente e in seguito a un nuovo provvedimento del Tribunale di Milano, in un ulteriore e diverso procedimento l'Amministrazione si è trovata costretta a correggere un bando (del 4 ottobre 2013), riaprendo i termini in favore degli stranieri in possesso di permesso di soggiorno o di permesso per protezione sussidiaria.

Tra l'altro, il Supremo Collegio remittente ritiene di non poter risolvere attraverso un'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 3, co. 1, d.lgs. n. 77 del 2002 la questione della natura discriminatoria o meno dell'esclusione degli stranieri residenti in Italia dall'accesso al servizio civile nazionale. Infatti, l'interpretazione adeguatrice non può andare al di là del tenore testuale della norma interpretata: ed è questo il limite oltre il quale «il tentativo interpretativo deve cedere il passo al sindacato di legittimità costituzionale» (ad es., v. Corte cost., n. 232 del 2013).

Secondo le Sezioni Unite, la norma in questione contrasta con diversi principi costituzionali: anzitutto, con gli artt. 2 e 3 Cost., dato che l'esclusione dei cittadini stranieri regolarmente soggiornanti dalla possibilità di essere ammessi a prestare il servizio civile nazionale preclude allo straniero – **in modo sproporzionato e irragionevole** – il pieno sviluppo della sua persona e l'integrazione nella comunità di accoglienza (cfr. Corte cost., n. 309 del 2013); sotto altro profilo, con l'art. 76 Cost., per violazione del criterio direttivo della legge delega di cui all'art. 2, co. 3, lett. a), l. n. 64 del 2001, che faceva riferimento alla fissazione di «requisiti oggettivi e non discriminatori» per l'ammissione al servizio civile volontario di uomini e donne; inoltre, con l'art. 52 Cost., che pone tra i sacri doveri del cittadino la difesa della Patria, nel cui orizzonte si collocano le attività del servizio civile nazionale, da intendersi tuttavia come una realtà volontaria e, dunque, slegata dallo *status* di cittadino.

In conclusione, la Corte costituzionale dovrà valutare – alla luce di tutte le suesposte argomentazioni – se l'esclusione degli stranieri regolarmente soggiornanti in Italia dall'ammissione al servizio civile nazionale abbia natura discriminatoria, o se al contrario sia legittima. [A. Candido]

Ordinanza n. 225 del 2014
NUOVI DIRITTI DEI FIGLI NATURALI:
ANCHE NEI CONFRONTI DELLE SUCCESSIONI GIÀ APERTE?

Ordinanza del 15 maggio 2014 emessa dal Tribunale di Genova nel procedimento civile promosso da B.C.M. contro M.F. ed altri, in GU 1a serie speciale, n. 57 del 2014

[D. lgs. 28 dicembre 2013, n. 154, art. 104, commi 2 e 3]

(Cost., artt. 2, 3 e 77, in relazione all'art. 2, comma 1, lett. l), della legge 10 dicembre 2012, n. 219)

Un soggetto, nato fuori dal matrimonio, ha avanzato, nel 2011, pretese nei confronti dell'eredità di una parente, deceduta nel 2004, della propria madre. Gli viene obiettato che alla parentela naturale è sempre stata negata rilevanza ai fini successori. In merito, il Tribunale osserva che è intervenuta la legge n. 219 del 2012, la quale equipara pienamente la filiazione all'interno e all'esterno del matrimonio, anche ai fini successori; che questa legge è stata ritenuta applicabile solo alle successioni apertesesi dopo la sua entrata in vigore (1° gennaio 2013); che, però, il d.lgs. n. 154 del 2013 – in attuazione della delega di cui all'art. 2, comma primo, lettera f), della legge cit., per l'adeguamento della disciplina successoria – all'art. 104 ha fatto espressamente **salve dalle nuove pretese ereditarie solo le fattispecie in relazione alle quali prima di quella data si fosse**

formato il giudicato. Ad avviso del rimettente, proprio e solo questo intervento del legislatore delegato ha reso applicabile alla fattispecie in esame la nuova normativa.

Tale situazione suscita, però, nel rimettente un duplice ordine di dubbi di legittimità costituzionale.

In primo luogo, ex artt. 2 e 3 Cost., si osserva che **la riforma – indubbiamente non interpretativa, ma innovativo – pur rispondendo in generale ad apprezzabili esigenze costituzionali, è irragionevole in quanto pretenda di travolgere successioni apertesesi nel passato:** «paradossalmente, l'applicazione retroattiva delle innovazioni in tema di soggetti chiamati alla successione legittima si traduce inevitabilmente in una negazione del fenomeno di naturale evoluzione (intesa in senso dinamico e progressivo) dei concetti costituzionali, in linea con la coscienza sociale, la legislazione ordinaria, la giurisprudenza di merito». La gravità di ciò è evidenziata da casi, come quello in esame, in cui coloro che, all'epoca, confidavano di essere gli unici eredi hanno disposto dei beni ereditari a favore di terzi.

In secondo luogo, ex art. 77 Cost., si osserva che **la legge delega desiderava bensì estendere i diritti successori, ma solo a favore di coloro il cui status fosse stato accertato tardivamente;** non in favore di tutti i soggetti che «soltanto a seguito della novella del 2012 sono divenuti “nuovi” parenti ai sensi dell'art. 74 C.C., a prescindere da qualsivoglia aspetto concernente la decorrenza dell'accertamento dello stato di filiazione». [M. Massa]

Ordinanza n. 226 del 2014

INTEGRARE IN GIUDIZIO LA MOTIVAZIONE DELL'ATTO AMMINISTRATIVO È INCOSTITUZIONALE?

Ordinanza del 9 settembre 2014 emessa dalla Corte dei conti - Sez. giurisdizionale per la Regione Sicilia sul ricorso proposto da Romeo Giuseppa contro Regione siciliana - Fondo pensioni Sicilia, in GU, 1a serie speciale, n. 52 del 2014

[l. 7 agosto 1990, n. 241, art. 21-octies, comma 2, primo periodo]

(Cost., art. 3 e 117)

Una pensionata ricorre per l'annullamento del provvedimento con il quale le è stato comunicato l'avvio di un procedimento di recupero somme indebitamente percepite. Nonostante avesse presentato osservazioni all'amministrazione utilizzando i suoi diritti di partecipazione al procedimento nessun altro atto veniva emanato dal Fondo pensioni Sicilia, che provvedeva invece direttamente alla trattenuta con recupero delle somme.

La pensionata decideva quindi di impugnare il provvedimento che era sfornito di motivazione. Si costituiva in giudizio l'amministrazione attraverso una memoria nella quale spiegava le ragioni di fatto e di diritto del suo operato.

Il giudice a quo dubita della legittimità di un tal tipo di integrazione motivazionale e di conseguenza solleva questione di legittimità costituzionale sull'art. 21-octies, comma 2, primo periodo, della legge sul procedimento amministrativo, secondo il quale «Non è annullabile il provvedimento adottato in violazione di norme sul procedimento o sulla forma degli atti qualora, per la natura vincolata del provvedimento, sia palese che il suo contenuto dispositivo non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato».

Questa eccezione non sarebbe ragionevole, atteso che l'obbligo di motivazione sarebbe indipendente dalla natura discrezionale o vincolata dell'atto, quanto meno nella misura minima

dell'indicazione della fonte normativa del potere esercitato e del presupposto di fatto dell'applicazione della stessa. Peraltro, si fa notare, la l. 212/2000, all'art. 7, impone la motivazione per gli atti di natura tributaria, che vengono classificati fra gli atti vincolati. Ci sarebbe dunque una irragionevole differenziazione fra atti dello stesso tipo se non si ritenesse incostituzionale la disposizione indicata e la conseguente possibilità di integrazione della motivazione in giudizio.

Ci sarebbe inoltre una violazione dell'art. 117, comma primo, Cost., per violazione del diritto comunitario, atteso che l'obbligo di motivazione degli atti amministrativi è altresì previsto dall'art. 296 TFUE e che la Corte di giustizia ha sempre affermato l'illegittimità dell'integrazione della motivazione in giudizio.

E un corto circuito irragionevole si creerebbe pure tra l'art. 2-octies legge 241/1990, che consentirebbe l'integrazione della motivazione in sede processuale, e l'art. 1 della stessa legge, ove si richiama l'applicazione da parte dell'amministrazione dei principi dell'ordinamento comunitario così come interpretati dalla Corte di giustizia, in cui rientra quello dell'obbligo di motivazione dell'atto amministrativo e del divieto di integrazione della stessa in sede processuale. Con anche una possibile violazione dell'art.3 della Costituzione per disparità di trattamento in termini di tutela giurisdizionale tra atti derivati dalla normativa comunitaria e atti esclusivamente interni. [M. Croce]

Ordinanza n. 227 del 2014

L'ANOMALIA DELLA RECIDIVA OBBLIGATORIA

Ordinanza del 10 settembre 2014 emessa dalla Corte di cassazione nel procedimento penale a carico di Ni. F. e N.M., in GU, 1a serie speciale, n. 52 del 2014

[c.p., art. 99, comma quinto]

(Cost., art. 3 e 27)

In un procedimento penale avente a oggetto il reato di cui all'art. 600 c.p., la V Sezione della Corte di cassazione accoglie l'eccezione di illegittimità costituzionale presentata dalla difesa dell'imputato che contestava l'applicazione obbligatoria della recidiva posta in essere dalla Corte d'assise d'appello nei confronti dell'imputato.

Secondo il giudice *a quo*, nel caso in esame correttamente il giudice di appello ha applicato obbligatoriamente la recidiva non essendoci alternativa interpretativa possibile. E proprio per questo vi è motivo di dubitare della costituzionalità dell'art. 99, comma quinto, del Codice penale alla luce degli art. 3 per manifesta irragionevolezza e trattamento differente di situazioni eguali: **dopo un lungo excursus interpretativo in cui il giudice della nomofilachia ricostruisce gli esiti interpretativi e delle SSUU e della Corte costituzionale, si argomenta efficacemente sull'illegittimità della disposizione facendo notare che «Svincolata dall'accertamento in concreto sulla base dei criteri applicativi indicati e affidata alla sola indicazione del titolo del nuovo delitto, l'applicazione obbligatoria della recidiva viene privata di una base empirica adeguata a preservare il fondamento della circostanza aggravante** (ossia l'attitudine della ricaduta nel delitto ad esprimere una più accentuata colpevolezza e una maggiore pericolosità del reo), risolvendosi in una presunzione assoluta di più accentuata colpevolezza o di maggiore pericolosità del tutto irragionevole». La manifesta irragionevolezza si evincerebbe inoltre dal criterio legislativo di individuazione dei reati espressivi della recidiva obbligatoria, criterio incentrato sul catalogo di cui all'art. 407 c.p.p.: una valutazione di gravità e allarme sociale effettuata in relazione a istituti processuali è infatti priva di correlazione con l'accertamento della sussistenza, nel caso

concreto, delle condizioni applicative della recidiva. Infatti né la gravità del nuovo delitto, né l'allarme sociale a esso associabile sono in alcun modo indicativi di una relazione qualificata tra i precedenti del reo e il nuovo delitto idonea a offrire un congruo fondamento giustificativo al giudizio di più accentuata colpevolezza e di maggiore pericolosità in cui si sostanzia l'applicazione della recidiva.

Oltre a questi profili di stretta eguaglianza e ragionevolezza finisce pure per essere vulnerato l'art. 27, comma secondo, Cost., «al quale la giurisprudenza costituzionale (sentenza n. 251 del 2012) - talora in combinazione con l'art. 3 Cost. (sentenza n. 68 del 2012) – riconduce il principio di proporzionalità della pena, sul rilievo che una pena palesemente sproporzionata - e, dunque, inevitabilmente avvertita come ingiusta dal condannato - vanifica, già a livello di comminatoria legislativa astratta, la finalità rieducativa (sentenze n. 341 del 1994 e n. 343 del 1993): esito, questo, parimenti riconducibile alla preclusione dell'accertamento giurisdizionale della sussistenza, nel caso concreto, delle condizioni "sostanziali" legittimanti l'applicazione della recidiva». [M. Croce]

Ordinanza n. 228 del 2014
CAMBIARE SESSO ANAGRAFICO
SENZA OPERAZIONE CHIRURGICA?

Ordinanza del 20 agosto 2014 emessa dal Tribunale di Trento nel procedimento civile promosso da B.D. contro PM presso la Procura della Repubblica del Tribunale di Trento, in GU, 1a serie speciale, n. 52 del 2014

[Legge 14 aprile 1982, n. 164, art. 1, primo comma]

(Cost., artt. 2, 3, 32 e 117, primo comma, in relazione all'art. 8 CEDU]

Una donna, nubile e senza figli, afferma di avere percepito in sé, sin dall'età di 7 anni, un'identità di genere maschile. Tecnicamente, espone il Tribunale rimettente, ella documenta una condizione qualificata come «disturbo dell'identità sessuale nella forma del transessualismo (classificazione ICD-10)», o «disturbo dell'identità di genere (classificazione DSM IV)». Avendo già avviato un trattamento ormonale, l'interessata manifesta la «mera intenzione» di sottoporsi a un intervento chirurgico, ma non ritiene quest'ultimo indispensabile. Quindi, chiede immediatamente la rettifica degli atti anagrafici, oltre all'autorizzazione a sottoporsi in futuro, eventualmente, all'intervento. Il PM non interviene nel giudizio. Il Tribunale osserva che la norma in questione condiziona la rettifica anagrafica alla previa modificazione dei caratteri sessuali dell'interessato: «per tali dovendosi necessariamente intendere i caratteri sessuali primari (vale a dire l'apparato genitale, in base all'esame del quale, al momento della nascita, si è soliti individuare il sesso della persona)». Solo se le modifiche sono già concretamente intervenute, non occorre alcuna autorizzazione in tal senso del Tribunale prima della rettifica. Non sono plausibili interpretazioni alternative.

Tuttavia, il Tribunale dubita della costituzionalità di tale norma. Ad avviso del rimettente, è **possibile che venga a crearsi una dissociazione tra il sesso biologico, e di riflesso anagrafico, e il «genere», il quale «si può definire quale "variabile socio-culturale", vale a dire "qualità della persona in base alla quale della stessa si può dire che è maschile o femminile" »**. In passato, la medicina riteneva che questa dissociazione rappresentasse un disturbo, da curare, in ultima analisi, anche con l'intervento chirurgico, affinché l'interessato potesse considerarsi guarito ed

essere «ammesso tra i soggetti meritevoli di considerazione come persone del sesso opposto». Tuttavia, «l'imposizione di un determinato trattamento medico, sia esso ormonale ovvero di [riassegnazione chirurgica dei caratteri sessuali], costituisce (...) una grave ed inammissibile limitazione al riconoscimento del diritto all'identità di genere (maschile o femminile)»: questi trattamenti hanno effetti pesanti sulla salute del paziente; il quale, d'altra parte, desidera esclusivamente una rettificazione dei dati anagrafici e della conseguente percezione sociale, non dei propri caratteri anatomici.

La rilevanza giuridica di tale aspirazione, qualificata come diritto all'identità sessuale, è affermata dal Tribunale evocando anzitutto l'art. 8 CEDU e la nota sentenza Goodwin c. Regno Unito della Corte di Strasburgo (11 luglio 2002, ricorso n. 28957), naturalmente in relazione all'art. 117, comma primo, Cost.; quindi, i diritti inviolabili dell'uomo di cui all'art. 2 Cost., tra i quali la giurisprudenza costituzionale ha annoverato sia quello a « realizzare, nella vita di relazione, la propria identità sessuale» (sentenza n. 161 del 1985), sia la «libertà sessuale» (sentenza n. 561 del 1987).

Ad avviso del rimettente, tali parametri «consentono incondizionatamente ad ogni soggetto di vedersi riconosciuta la propria identità sessuale», a prescindere dai pesanti e invasivi trattamenti previsti dalla norma in questione. Tali trattamenti, inoltre, non sono pertinenti né necessari al fine dell'esercizio di tale diritto, che viene a essere eccessivamente gravoso: per questo, la loro previsione contrasterebbe anche con l'art. 32 Cost. «Considerando che i citt. art. 8 CEDU e art. 2 Cost. tutelano la ricongiunzione dell'individuo con il proprio genere quale risultato del procedimento di rettificazione, **non può non riconoscersi che - come ha fatto da tempo anche la scienza medica - la modificazioni dei caratteri sessuali primari non sempre è necessaria e che, anzi, alla luce dei diritti "in gioco", la persona deve avere il diritto di rifiutarla».**

Il Tribunale «si rende perfettamente conto delle conseguenze pratiche che comporterebbe una declaratoria di incostituzionalità (nel senso che, allora, l'esame "esteriore" della persona, sarebbe inidoneo a rilevare il suo sesso)»: ma ciò, a suo avviso, «non può ragionevolmente suscitare alcuna perplessità, perché in un paese civile l'identità sessuale viene accertata tramite i documenti di identità e non certo per mezzo di un'ispezione corporale». [M. Massa]

**Ordinanza n. 229 del 2014
NON PUNIBILITA' DEI REATI PATRIMONIALI IN FAMIGLIA:
UN ANACRONISMO LEGISLATIVO?**

Ordinanza emessa dal Tribunale di Parma nel procedimento penale a carico di R.D., in GU 1a serie speciale, n. 52 del 2014

[Cod. pen., art. 649, primo comma]

(Cost., art. 3 e 24)

Con una serie articolata di artifici, un marito ha depredata le sostanze familiari e poi, separatosi dalla moglie, ha lasciato senza supporto quest'ultima e i figli, con gravi conseguenze anche psicologiche per l'una e per gli altri. Nondimeno, **la norma in questione impedisce la punizione del reo quantomeno per il reato di truffa aggravata, giacché al momento dei fatti egli e la moglie, persona offesa, erano coniugati e conviventi.**

Il rimettente dubita che tale norma tuteli in modo razionale gli interessi della famiglia, già gravemente compromessi in situazioni del genere. «[I]n tali casi l'unità del nucleo familiare risulterebbe sufficientemente tutelata dalla previsione della procedibilità a querela della parte offesa». Per contro, la norma in questione «è volta al mantenimento dell'unità di una famiglia i cui caratteri ormai si sono persi nel tempo, in cui generalmente il lavoro era appena sufficiente a produrre i mezzi necessari alla sopravvivenza e dove quindi la tutela penale veniva primariamente rivolta a mantenere saldo il nucleo familiare, costituito generalmente anche da zii, suoceri, nipoti, forza lavoro da utilizzare e necessaria al mantenimento della famiglia». Per contro, **«nell'odierno contesto sociale, tale norma appare del tutto anacronistica»:** tanto è vero che essa, già criticata durante i lavori preparatori del codice, non figurava nel progetto del nuovo codice penale del 1992.

Ciò comporterebbe, secondo il rimettente, una violazione dell'art. 3 Cost., in entrambi i suoi commi, nonché dell'art. 24 Cost., in quanto è indebolita la tutela dei familiari, che in altri casi l'ordinamento assicura mediante apposite aggravanti. [M. Massa]

Ordinanza n. 232 del 2014

ASSISTENZA AI DISABILI E CONVIVENZA *MORE UXORIO*: UN'ADDITIVA NECESSARIA

Ordinanza del 15 settembre 2014 emessa dal Tribunale di Livorno nel procedimento civile promosso da B.D. c/Azienda USL 6 di Livorno ed INPS, in GU, 1a serie speciale, n. 53 del 2014

[l. 5 febbraio 1992, n. 104, art. 33, comma 3]

(Cost., art. 2, 3 e 32)

La convivente, dipendente USL, di un malato di Parkinson chiese e ottenne per svariati anni, ai sensi dell'art. 33, comma 3, della l. n. 104/1992, permessi retribuiti per assistere il disabile, nonostante la formulazione normativa non contemplasse tale situazione tra quelle legittimanti i permessi. Intervenne nel 2010 la l. n. 183, che modificava la richiamata disposizione eliminando il riferimento alla convivenza per i parenti e affini che avevano così diritto a usufruire dei permessi a prescindere dal fatto che convivessero o meno con il disabile, e da quel momento la donna si è vista rifiutare ulteriori permessi e ne è nato un contenzioso con l'ASL che ha cercato di ottenere indietro le somme versate in passato per retribuire i permessi.

L'attrice ha chiesto nella domanda giudiziale di accertare di non avere nulla da ripetere al datore di lavoro e di avere il diritto di poter usufruire dei permessi per continuare ad assistere il convivente, previa interpretazione conforme a Costituzione della disciplina.

Il giudice, dopo aver escluso di poter operare in via interpretativa sulla base del tenore letterale delle disposizioni normative, solleva questione di incostituzionalità dell'art. 33, comma 3, **nella parte in cui non prevede la convivenza *more uxorio* come motivo legittimante i permessi per l'assistenza ai disabili;** pur essendoci un precedente della Corte costituzionale sulla questione in termini di manifesta inammissibilità il giudice *a quo* ritiene che il nuovo caso concreto (la convivente è l'unica persona che può prestare assistenza al malato) e che l'importanza assunta nell'ordinamento, sia per via legislativa che per via giurisprudenziale, dalla convivenza *more uxorio* giustifichi un nuovo scrutinio e una diversa soluzione.

Da una parte il giudice rimettente sottolinea come la famiglia di cui alla legge n. 104 non sia certo la famiglia nucleare, arrivando il legislatore a consentire permessi a parenti e affini sino al terzo grado: vi sarebbe dunque una irragionevolezza interna nell'escludere il convivente *more uxorio* visto che la ratio legis è quella di consentire l'assistenza al disabile – e quindi in primis la tutela della sua salute ex art. 32 Cost. – da parte delle persone che gli sono vicine affettivamente in un ambito familiare particolarmente allargato e a prescindere dalla convivenza, che non fa

riferimento dunque alla famiglia ex art. 29 Cost. ma a una nozione di famiglia come formazione sociale ex art. 2 Cost.

Dall'altra fa notare come la rilevanza assunta dalla convivenza *more uxorio* nel nostro ordinamento in svariati settori – fra cui quello dell'assistenza della persona in permanente inabilità lavorativa – renda del tutto irragionevole l'esclusione di una sua rilevanza nel momento del più grande bisogno, cioè quello della persona in stato di malattia e disabilità.

Infine si sottolinea con forza che se non si addivenisse a un'addizione nel senso richiesto il vero discriminato sarebbe il disabile (ad esempio rispetto al disabile coniugato) che non potrebbe usufruire dell'assistenza da parte della persona a lui più vicina, quella con la quale ha deciso di vivere un legame affettivo stabile in una formazione sociale in cui si sviluppa la sua personalità. [M. Croce]

Ordinanza n. 234 del 2014

UNA LEGGE DI INTERPRETAZIONE AUTENTICA O UN NUOVO INTERVENTO NORMATIVO IN MATERIA DI FONDAZIONI LIRICO-SINFONICHE?

Ordinanza del 18 settembre 2014 emessa dalla Corte d'appello di Firenze nel procedimento civile promosso da Fondazione Teatro Maggio Musicale Fiorentino c. Mazzeranghi Maria Gaia, in GU, 1a serie speciale, n. 53 del 2014

[d.l. 21 giugno 2013, n. 69, art. 40, comma 1-bis, aggiunto dalla l. 9 agosto 2013, n. 98]

(Cost., art. 3 e 117)

Una ballerina viene occupata alle dipendenze del Maggio musicale fiorentino con una serie di trentasette contratti a tempo determinato a partire dal 1997. Dinanzi al giudice del lavoro ottiene in I grado la stabilizzazione a tempo indeterminato a partire dal 2001 in ragione della sua stabile utilizzazione in organico.

Nel 2013 il legislatore interviene con il d.l. n.69 e con l'art. 40 statuisce: «1-bis. L'art. 3, comma 6, primo periodo, del decreto-legge 30 aprile 2010, n. 64, convertito, con modificazioni, dalla legge 29 giugno 2010, n. 100, si interpreta nel senso che alle fondazioni, fin dalla loro trasformazione in soggetti di diritto privato, non si applicano le disposizioni di legge che prevedono la stabilizzazione del rapporto di lavoro come conseguenza della violazione delle norme in materia di stipulazione di contratti di lavoro subordinato a termine, di proroga o di rinnovo dei medesimi contratti».

Il giudice *a quo* solleva dunque questione di incostituzionalità sul presupposto che non di interpretazione autentica si tratti, bensì di intervento retroattivo: a sostegno della non manifesta infondatezza si fa notare che l'art. 40, comma 1-bis, costituisce una risposta legislativa al fatto che un certo numero di lavoratori dipendenti precari degli enti lirici stavano conseguendo pronunce giudiziali favorevoli alla «conversione» dei rapporti di lavoro illegittimi, avvalorate dalla giurisprudenza della Cassazione che aveva considerato l'intervento normativo del 2010 non pertinente e quindi non idoneo a vanificare le sempre più numerose sentenze favorevoli ai lavoratori.

In questo contesto, è del tutto evidente per il giudice rimettente come siano assenti i requisiti che un intervento di interpretazione autentica deve possedere per non trasmodare in illegittima legislazione retroattiva: in primo luogo non c'era una situazione di oggettiva incertezza del dato normativo, sussistendo viceversa in materia un ampio, da tempo consolidato, univoco orientamento di legittimità, in senso peraltro opposto a quello della novella; in secondo luogo, la

soluzione fatta propria dal legislatore con la norma in questione non può essere considerata una possibile variante di senso del testo originario della norma oggetto d'interpretazione, quanto piuttosto una norma innovativa.

Trattandosi inoltre di un intervento legislativo ispirato a mere finalità di risparmio di spesa in danno di un numero circoscritto di lavoratori degli enti lirici individuabili nominativamente non risultano nemmeno essere presenti quei motivi imperativi d'interesse generale che, in astratto, potrebbe valere a giustificare un intervento retroattivo secondo quanto statuito dalla giurisprudenza della Cedu nel *Caso Agrati*, giurisprudenza che risulta dunque essere violata portando la normativa a ledere non solo l'art. 3 Cost., sotto il profilo sia dell'eguaglianza che della ragionevolezza, ma anche l'art. 117, comma primo, Cost. [M. Croce]

Ordinanza n. 236 del 2014
AUTONOMIA LOCALE ED ELEZIONE DIRETTA:
BINOMIO INSCINDIBILE?

Ordinanza del 28 luglio 2014, emessa dal Consiglio di Stato, sez. V, sul ricorso proposta dal Comune di Vallarsa c. Provincia autonoma di Trento e altri, in GU 1a serie speciale, n. 54 del 2014

[Legge prov. Trento 16 giugno 2006, n. 3, e s.m.i., artt. 15-21]

(Cost., artt. 5, 114, 118, 128; Statuto Trentino-Alto Adige, art. 5)

Il Consiglio di Stato – adito come giudice d'appello, dopo la trasposizione in sede giurisdizionale di un ricorso originariamente presentato in via straordinaria al Capo dello Stato – si trova a giudicare dell'affiliazione di un comune trentino a una delle comunità di valle di cui alla legge prov. Trento n. 3 del 2006 (e s.m.i.). A quanto espone il rimettente, si tratterebbe di **associazioni di enti locali, governate da un'assemblea per la maggior parte eletta direttamente dai cittadini**, cui sono state conferite funzioni in parte provinciali, in parte dei comuni e delle loro unioni. In particolare, i comuni e le loro unioni con popolazione inferiore a 10 mila abitanti dovrebbero, dal 1° gennaio 2013, esercitare obbligatoriamente tramite le comunità alcune funzioni: segnatamente, in materia di entrate, informatica, contratti e appalti.

Essendo l'istituzione delle comunità di valle il presupposto dell'intera controversia, il Consiglio di Stato concentra su di essa la propria attenzione, richiamando le sentenze n. 876 del 1988 (sui comprensori istituiti dalla legge trentina) e n. 107 del 1976 (sui consigli di quartiere istituiti in Sicilia) per affermare che **deve considerarsi come vero e proprio ente autonomo l'organismo, i cui organi di governo siano eletti a suffragio universale diretto**, «ossia attraverso la forma più squisitamente politica di esercizio di quella sovranità che l'art. 1 Cost. attribuisce al popolo»; che **il novero di questi enti, direttamente rappresentativi e quindi dotati di autonomia politica, è fissato dalle fonti costituzionali**; che, pertanto, la legge ordinaria non può istituire nuovi enti di questo tipo, né può sottrarre a quelli costituzionalmente previsti le loro competenze, per assegnarle a organismi che non siano mere strutture operative degli enti stessi.

Inoltre, benché il problema della cd. polverizzazione dei comuni sia più grave nel Trentino che nell'Alto Adige, **l'art. 5 dello Statuto speciale assegna alla Regione, non alle Province autonome la competenza a disciplinare l'ordinamento degli enti locali**. [M. Massa]

Decisioni di rilievo costituzionale di giudici comuni

Cassazione, Sez. lav., 2 settembre 2014, n. 18523
ACCESSO DEGLI STRANIERI AL PUBBLICO IMPIEGO:
SCELTA RISERVATA ALLA POLITICA?

La Cassazione non ritiene che si possa, in via interpretativa, operare un'equiparazione generalizzata tra cittadini e stranieri per ciò che riguarda il diritto di accesso al pubblico impiego, escludendo i secondi da quegli impieghi relativi **alle sole funzioni che non implicano esercizio diretto o indiretto di pubblici poteri, ovvero non attengono alla tutela dell'interesse nazionale**. Sebbene questa sia la regola tendenziale che accomuna tutti i casi in cui la legislazione ha fin qui equiparato la condizione dello straniero al cittadino (per i cittadini dell'UE e i loro coniugi, per gli apolidi o i rifugiati, per i cittadini di Paesi terzi dotati di permesso di soggiorno UE per soggiornanti di lungo periodo), si tratta comunque di norme speciali di deroga che dimostrerebbero, *a contrario*, la permanente vigenza di una norma generale di esclusione.

La stessa Cassazione, con argomenti non irresistibili, nega che tale esclusione si traduca in una violazione della Costituzione, diretta o indiretta (per violazione di vincoli internazionali o dell'UE). Quanto alla non contrarietà alla Costituzione, la Suprema Corte ritiene che **il diritto al lavoro garantito dall'art. 4 costituisca una garanzia che il legislatore può subordinare, per talune attività lavorative, a particolari condizioni e requisiti a tutela di altri interessi parimenti meritevoli di considerazione**. Il lavoro subordinato pubblico sarebbe speciale rispetto a quello subordinato *tout court* per alcuni elementi di peculiarità, rappresentanti *in primis* dagli **artt. 97 e 98 Cost.**, ossia la **necessità di concorso pubblico e il principio per cui gli impiegati sono al servizio esclusivo della Nazione**. In tema di accesso al lavoro, sarebbe lasciata al legislatore una più ampia possibilità di contemperare opposte esigenze tutte costituzionalmente rilevanti. Con riguardo agli impieghi pubblici, troverebbe spazio la valutazione della particolarità e delicatezza della funzione svolta alle dipendenze dello Stato: la Cassazione ritiene che, essendo il caso concreto relativo a un impiego presso l'Amministrazione autonoma Monopoli di Stato sotto il controllo del Ministero dell'Economia e delle Finanze, **si tratterebbe di uno degli aspetti peculiari e individualizzati della politica nazionale** (ma nulla si dice del tipo d'impiego per cui viene bandito il relativo concorso).

Insussistente sarebbe il contrasto con la **Convenzione OIL** sui lavoratori migranti n. 143 del 1975, art. 10, ove si prevede l'obbligo per gli stati di formulare e attuare una politica nazionale diretta a promuovere e garantire la parità di opportunità e di trattamento in materia di occupazione e di professione, costituendo quest'ultima una **norma programmatica** che necessita di attuazione legislativa, potendo ai sensi della stessa Convenzione (art. 14, *lett. c*) gli Stati respingere l'accesso a **limitate categorie di occupazione e funzioni** qualora la restrizione sia necessaria nell'interesse dello Stato. Né il divieto di discriminazione garantito dalla CEDU al suo art. 14 nel godimento di un qualsiasi diritto e libertà riconosciuti dalla stessa CEDU sarebbe invocabile, posto che **il diritto dell'accesso al lavoro non rientra tra i diritti della CEDU**. Lo stesso **diritto dell'UE** contempla un'eccezione al diritto di libera circolazione dei lavoratori per ciò che riguarda gli impieghi nella pubblica amministrazione (artt. 45 e 51, co. 1, TFUE, di cui pure si ricorda come ciò riguardi solo **attività relative all'esercizio dei pubblici poteri**). Non diverso esito interpretativo produrrebbe la lettura della **Carta dei diritti fondamentali dell'UE**, che, al suo art. 15, si riferisce di parità di trattamento dei lavoratori, senza però pronunciarsi sulle condizioni di accesso al lavoro; quanto al divieto di discriminazione basato sulla nazionalità ex art. 21, co. 2, la Carta si riferisce solo all'ambito di applicazione dei Trattati e fatte salve le disposizioni specifiche in essi contenute. [A. Guazzarotti]

Cassazione civ., 11 novembre 2014, n. 24001
LA MATERNITÀ SURROGATA È CONTRARIA ALL'ORDINE PUBBLICO:
ANCHE QUELLO INTERNAZIONALE

La Cassazione è chiamata a pronunciarsi sulla contrarietà all'ordine pubblico del riconoscimento del rapporto di maternità e paternità legale operato in base alla legge straniera tra la figlia e la coppia attrice nella causa civile *de quo*, in virtù di un contratto di "maternità surrogata" (in virtù del quale una donna si impegna a ricevere l'embrione di una coppia sterile al fine di farlo sviluppare e, dopo il parto, riconsegnarlo alla coppia committente, la quale assumerà tutti i diritti e doveri propri dei genitori senza ingerenza della madre sostituta). Ai sensi della legge sul diritto internazionale privato, n. 218/1995, i provvedimenti dell'autorità straniera possono essere riconosciuti a patto che non contrastino con l'ordine pubblico. Per gli attori (genitori "legali" ma non biologici) tale ordine pubblico è da intendersi nella sua valenza internazionale e non meramente interna, non potendo la mera contrarietà alla l. n. 40/2004 della maternità surrogata intendersi quale contrarietà al detto ordine pubblico internazionale. A tal fine occorre tener conto dell'esigenza di privilegiare l'interesse superiore del fanciullo (ex l. n. 176/1991, di autorizzazione alla ratifica ed esecuzione della Convenzione sui diritti del fanciullo di New York del 20 novembre 1989), interesse che costituisce parametro e principio di ordine pubblico internazionale a cui conformare ogni decisione. La Cassazione è però di avviso parzialmente diverso, ritenendo che **tale ordine pubblico comprenda anche principi e valori esclusivamente interni, purché fondamentali e (perciò) irrinunciabili**. L'ordinamento italiano contiene l'espresso divieto della surrogazione di maternità, non travolto dalla declaratoria d'incostituzionalità parziale che ha annullato il divieto di fecondazione eterologa (C. cost. sent. n. 162/2014). Trattasi di divieto certamente di ordine pubblico, come suggerisce la sanzione penale che l'assiste, a garanzia di beni giuridici fondamentali come la dignità della gestante e l'istituto dell'adozione, oggettivamente in conflitto con la surrogazione di maternità, posto che l'adozione è istituto assistito da norme a tutela di tutti gli interessati, in primo luogo i minori, e non rimesso al mero accordo delle parti. Né il divieto contrasta con il superiore interesse del minore, il quale, per il legislatore italiano, si realizza proprio attribuendo la maternità alla madre che partorisce e affidando all'adozione, anziché al contratto, la realizzazione di una genitorialità disgiunta dal legame biologico. [A. Guazzarotti]

Cassazione, Sez. un. civ., 19 gennaio 2015, n. 735
OCCUPAZIONE ACQUISITIVA:
LA CASSAZIONE METTE LA PAROLA FINE?

Le Sezioni Unite della Cassazione dichiarano la fine della c.d. occupazione acquisitiva, o "accessione invertita" (ossia l'automatico passaggio in mano pubblica del fondo su cui insiste l'opera pubblica a partire dall'irreversibile trasformazione del suolo), al fine di ottemperare alle plurime decisioni con cui la Corte EDU ha ritenuto contrario al diritto di proprietà (art. 1, Prot. I) un simile istituto. Operazione teoricamente legittima, nella misura l'istituto era stato creato dalla stessa Cassazione nel 1983 (S.U., n. 14649). Ma per far ciò occorre **re-interpretare una serie di norme legislative che chiaramente quell'istituto pretorio presuppongono** e, apparentemente, "legificano". La prima di queste è la c.d. "legge Zubani", n. 458/1988, art. 3, co. 1, che estende l'istituto ai casi di occupazione espropriativa finalizzata a opere di edilizia residenziale pubblica: ipotesi nel caso *sub iudice* non rilevante e comunque non rientrante pienamente nell'istituto pretorio, per non essere l'opera di natura pubblica né appartenente a un soggetto pubblico; la

seconda delle leggi che “legificano” indirettamente l’occupazione acquisitiva è la l. n. 413/1991, art. 11, co. 5 e 7, che prevede l’imponibilità fiscale del risarcimento danni da occupazione acquisitiva: si tratterebbe di una **normativa che resta applicabile anche laddove si ritenga illegittima l’occupazione acquisitiva ogniqualvolta il privato richieda il risarcimento del danno con implicita rinuncia al diritto di proprietà**; il d.l. n. 333/1992, art. 5 bis, co. 7 e l’art. 55, co. 1, del d.p.r. n. 327/2001 (T.U. sulle espropriazioni) che al primo si è sostituito, che disciplinano le modalità di calcolo del risarcimento del danno da occupazione acquisitiva: si tratterebbe di disposizioni che posso essere lette in modo diverso dal passato, ossia come se in esse vi fosse presente l’inciso “ove non abbia luogo la restituzione” e non più l’inciso “non essendo possibile la restituzione”. In tal modo **le norme sul risarcimento si dirigono solo ai casi in cui il proprietario spossessato opti per la tutela risarcitoria e non per quella in forma specifica**, non escludendo più la possibilità di una restituzione del bene illecitamente utilizzato dall’Amministrazione. Per ciò che riguarda, invece, l’istituto legislativo del **provvedimento di “acquisizione sanante”** introdotto prima dall’art. 43 del d.p.r. n. 327/2001 e, dopo la dichiarazione d’incostituzionalità da parte di C. cost. n. 293/2010, dall’art. 42 *bis* dello stesso d.p.r., come introdotto dal d.l. n. 98/2011, esso non rileva nel caso *de quo*. Le Sezioni Unite non omettono, però, di ricordare come tale istituto legislativo sia stato già da esse stesse impugnato dinanzi alla Corte costituzionale per contrarietà alla giurisprudenza CEDU con ordinanze nn. 441 e 442 del 13 gennaio 2014, nel punto in **Strasburgo ha rilevato l’illegittimità degli ostacoli giuridici che impediscono sistematicamente e per principio la restituzione del terreno**. [A. Guazzarotti]

Anticipazioni

Non sono stati pubblicati sulla Gazzetta Ufficiale nel periodo di riferimento, o sono comunque a esso successivi, ma si anticipano brevemente per il particolare interesse i seguenti atti e le relative questioni:

- **PROPRIETÀ INTELLETTUALE E LIBERTÀ DEL WEB NELLA SOCIETÀ DELL’INFORMAZIONE (TAR Roma, sez. I, 26 settembre 2014, RO n. 1 e n. 2 del 2015, in GU n. 6 del 2015)**: il TAR del Lazio mette in questione la legittimità costituzionale della normativa in base alla quale l’Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni ha adottato il discusso regolamento per la tutela del diritto d’autore nel *web*;
- **LA LEGGE SEVERINO NEL CASO DE MAGISTRIS (TAR Napoli, sez. I, ord. 30 ottobre 2014, n. 1801)**: nella nota vicenda del sindaco partenopeo, sospeso dalla carica dopo una condanna in primo grado per fatti d’abuso d’ufficio, il TAR – nell’ambito del giudizio cautelare – esclude la fondatezza di alcune eccezioni *ex art. 76 Cost.*, nonché di un’eccezione relativa alla retroattività della norma, in quanto consentirebbe di disporre la sospensione per fatti e sentenze anteriori all’entrata in vigore del d.lgs. n. 235 del 2012. Ritiene, invece, non manifestamente infondata un’altra questione attinente all’efficacia della legge nel tempo: con riguardo alle sospensioni basate su sentenze non definitive, atteso il loro carattere sostanzialmente afflittivo, il TAR afferma che il principio di legalità fondato sull’art. 51 Cost. esige anche il rispetto del canone generale di irretroattività e giudica la normativa in questione eccessivamente sbilanciata verso la salvaguardia cautelativa della moralità

dell'amministrazione, «rispetto all'ampio favor da riconoscersi alle facoltà di pieno esercizio del diritto soggettivo di elettorato passivo»;

- **L'INGLESE AL POLITECNICO DI MILANO (Cons. St., sez. VI, ord. 22 gennaio 2015, n. 242)**: nel contenzioso, iniziato nel 2013, circa la decisione del Senato accademico del Politecnico di Milano di prevedere l'inglese come lingua obbligatoria per i corsi di laurea specialistica e dottorato, il Consiglio di Stato solleva questione di costituzionalità sulla norma della legge Gelmini (art. 2, comma 2, lettera l), della legge n. 240 del 2010) che, a suo giudizio, autorizza le istituzioni universitarie a istituire corsi da tenere in lingua esclusivamente straniera. Tranne che per alcuni corsi, in cui un uso «più spinto» dell'inglese può essere ragionevole, una scelta siffatta contrasterebbe con il divieto di relegare l'italiano in posizione marginale, affermato dalla giurisprudenza costituzionale a proposito delle previsioni in materia di lingue minoritarie, ma a maggior ragione pertinente per una lingua straniera, non tutelata, qual è l'inglese;
- **BOUQUET DI QUESTIONI SULL'AUTODICHIÀ**: in tema di giurisdizione sul personale del Parlamento, le Sezioni Unite della Cassazione, in seguito alla sentenza della Corte costituzionale n. 120 del 2014, hanno sollevato (**ord. n. 26934 del 2014**) un conflitto di attribuzioni contro il Senato; l'**ord. n. 740 del 2015** solleva poi un conflitto nei confronti del Presidente della Repubblica, in relazione alla sua giurisdizione domestica. Dal canto suo, la Commissione giurisdizionale per il personale della Camera dei deputati (**ord. 10 dicembre 2014, n. 7, XVII Legislatura**) ha sollevato una questione incidentale di legittimità costituzionale sul contributo di solidarietà da applicare (anche) alle pensioni dei funzionari parlamentari (legge n. 147 del 2013, art. 1, commi 486-487). Intanto, con **ord. n. 27396 del 2014**, le stesse Sezioni Unite hanno anche affermato la giurisdizione del giudice civile in merito alle controversie sul lavoro dei dipendenti dei gruppi parlamentari;
- **LA REGISTRAZIONE ANAGRAFICA DELLE UNIONI OMOSESSUALI (TAR Roma, sez. I-ter, sentenze 9 marzo 2015, nn. 3907, 3911 e 3912, 11 marzo 2015, n. 4028)**: con queste sentenze, il TAR della capitale si è pronunciato sui ricorsi contro gli atti di indirizzo dell'Amministrazione dell'Interno in merito alla trascrizione dei matrimoni omosessuali celebrati all'estero in base a leggi straniere, nonché contro i conseguenti annullamenti disposti dai Prefetti nei confronti delle registrazioni delle anzidette unioni;
- **LE PENSIONI SVIZZERE TORNANO A CORTE (Cass., sez. lav., ord. 11 marzo 2015, n. 4881)**: appellandosi alla sentenza della Corte di Strasburgo nel caso *Stefanetti* – che, a differenza della precedente *Maggio*, ha ravvisato una violazione anche dell'art. 1 del Protocollo 1 nella nota disciplina italiana del 2006 in tema di 'pensioni svizzere' – la Corte di cassazione chiede alla Corte costituzionale di verificare nuovamente il bilanciamento tra i vari interessi in gioco operato dal legislatore, prestando specifica attenzione sia alla misura talora drastica delle decurtazioni imposte ai lavoratori emigrati, sia al nuovo profilo di violazione ravvisato dai giudici europei.

L'impatto delle riforme costituzionali ed elettorali sugli equilibri della forma di governo

Giovanni Di Cosimo*

(14 marzo 2015)

1. La riforma costituzionale promossa dal Governo Renzi è giunta a un punto piuttosto avanzato del suo percorso. È perciò possibile fare una prima valutazione sulle linee fondamentali del progetto che ormai non dovrebbero più cambiare. Uno degli assi portanti della riforma è il riassetto del potere centrale di governo. La principale misura adottata per raggiungere questo fine è l'eliminazione del bicameralismo paritario. In effetti l'esperienza dimostra ampiamente che il sistema per cui le due Camere svolgono le stesse funzioni, e quindi una legge deve essere approvata nel medesimo testo da entrambi i rami parlamentari, non migliora il funzionamento delle istituzioni; prova ne sia che la qualità della legislazione è peggiorata progressivamente nel corso del tempo.

Nel nuovo assetto dei poteri determinato dalla riforma la Camera dei deputati esprime da sola la fiducia al Governo e diventa titolare della funzione legislativa e della funzione di indirizzo politico. Il Senato invece si trasforma in camera rappresentativa dei poteri locali e, in alcuni casi, concorre ad esercitare la funzione legislativa. I componenti della seconda camera non vengono più eletti direttamente dai cittadini ma dai consigli regionali.

2. Per valutare la bontà della riforma occorre domandarsi come cambieranno gli equilibri dopo il riassetto del potere centrale di governo, considerando che nella prassi istituzionale degli ultimi anni i rapporti di forza fra gli organi costituzionali sono già cambiati in misura rilevante. In particolare nell'ultimo ventennio il Governo è diventato più forte e, specularmente, il Parlamento più debole. Lo si vede con chiarezza analizzando i casi in cui lo stesso legislatore ha concesso via via maggiori poteri all'esecutivo: per esempio le regole relative alla finanza pubblica, oppure quelle relative all'organizzazione dell'apparato amministrativo. Alla stessa conclusione si giunge guardando ai casi nei quali il Governo abusa dei poteri di cui dispone, in particolare della decretazione d'urgenza e della questione di fiducia (per maggiori dettagli rinvio a *Chi comanda in Italia. Governo e Parlamento negli ultimi venti anni*, Franco Angeli edizioni, Milano, 2014).

3. La riforma costituzionale comporta un ulteriore consolidamento dell'esecutivo che va a sommarsi a quello già guadagnato nella prassi. Ciò risulta da tre aspetti principali. Il primo: per effetto dell'abolizione del bicameralismo non si verificheranno più situazioni nelle quali il Governo dispone di una sicura maggioranza in un solo ramo parlamentare come è accaduto per effetto del discutibile meccanismo dei premi di maggioranza regionale previsti per il Senato dalla legge elettorale del 2005 (ma è successo anche con la legge precedente, per esempio dopo le elezioni del 1994). La maggiore stabilità che in tal modo l'esecutivo conquista non suscita particolare preoccupazione sotto il profilo dell'equilibrio della forma di governo parlamentare perché mira a porre rimedio a un difetto strutturale del sistema attuale.

4. Il secondo aspetto corrisponde all'introduzione di una corsia preferenziale per l'esame alla Camera delle proposte governative. La formulazione iniziale della nuova procedura, approvata nell'agosto 2014 dal Senato, abbinava voto a tempo determinato (ossia votazione finale del disegno di legge entro sessanta giorni della richiesta del Governo) e voto bloccato (votazione sul testo scelto dal Governo senza possibilità di apportare modifiche). In questo modo si stabilivano tempi certi per l'approvazione di una proposta

governativa che la Camera non avrebbe potuto emendare. Il Governo avrebbe avuto dunque a disposizione uno strumento molto potente per condizionare l'attività legislativa della Camera e imporle la sua volontà. Opportunamente nel successivo passaggio parlamentare alla Camera dei deputati concluso nel marzo 2015 è stato eliminato il voto bloccato e resta solo il voto a tempo determinato (entro settanta giorni dalla richiesta governativa). Dopo la modifica la nuova procedura non suscita particolari preoccupazioni per l'equilibrio della forma di governo, che invece erano giustificate a seguito della versione iniziale che accoppiava il voto a tempo determinato e il voto bloccato.

5. Per cogliere il terzo aspetto bisogna allargare lo sguardo considerando la riforma costituzionale in parallelo con la riforma della legge elettorale. Il cosiddetto *Italicum* mira ad assicurare la stabilità del governo e quindi la possibilità di realizzare politiche coerenti con l'indirizzo politico di maggioranza. L'intento è lodevole, ma se si valutano congiuntamente il modo come viene perseguito e i contenuti della riforma costituzionale si intravede il rischio di un eccesso di potere per il Governo e la maggioranza. Questo per almeno due ragioni.

In primo luogo, il premio di maggioranza resta considerevole (14%) anche se nell'esame al Senato della nuova legge elettorale concluso a fine gennaio 2015 è stata innalzata la soglia dal 37 al 40%. Oltretutto è stato deciso che il premio non andrà più a una coalizione ma a una lista, il che potrebbe dischiudere uno scenario di governi monocolori.

In secondo luogo, il premio viene assegnato anche qualora nessuna lista raggiunga la soglia e si proceda al ballottaggio fra le prime due. In questo caso potrebbe verificarsi l'ipotesi che una lista che con un consenso anche significativamente inferiore alla soglia guadagni una percentuale di deputati pari al 54%. Se prendiamo come base i risultati delle elezioni politiche del 2013, quando la lista più votata ha superato di poco il 25%, si vede che l'applicazione dell'*Italicum* comporterebbe un premio quasi del 30%. L'esempio mostra chiaramente come in alcune ipotesi il testo in via di approvazione avrebbe un effetto ipermaggioritario.

6. Si potrebbe replicare che non è niente altro che è l'effetto tipico del doppio turno lungamente sperimentato con successo nel sistema elettorale francese. Tuttavia, pare significativo che la commissione Jospin, costituita dal presidente Hollande per formulare proposte di modifica istituzionale, abbia suggerito di introdurre una quota proporzionale del 10% proprio allo scopo di ridurre l'effetto maggioritario (v. rapporto *Pour un nouveau démocratique* del novembre 2012). Inoltre in Francia l'effetto maggioritario è legato al collegio uninominale e dunque la sua misura varia in funzione dell'andamento del secondo turno, tanto che il partito vincitore potrebbe restare sotto la soglia della maggioranza assoluta come nelle elezioni del 2012 quando i socialisti hanno ottenuto il 48,5% dei seggi dell'Assemblea nazionale. Infine oltralpe il ballottaggio serve a scegliere fra due candidati (o più: alle ultime elezioni in 46 circoscrizioni sono passati al secondo turno tre candidati), lasciando così all'elettore margini di scelta che compensano il sacrificio del principio di rappresentanza. Il ballottaggio dell'*Italicum*, invece, si svolge fra due liste, ragion per cui l'elettore non "vede" chi sta contribuendo ad eleggere.

7. Potenzialmente, la combinazione fra il carattere ipermaggioritario dell'*Italicum* e la riduzione da 315 a 100 dei componenti del Senato prevista dal testo di riforma costituzionale potrebbe dare a un partito, che in ipotesi abbia ottenuto una percentuale di voti inferiore alla soglia del 40%, la forza di scegliere da solo una figura di garanzia come il Presidente della Repubblica (come ben noto, nella forma di governo francese la scelta è nelle mani degli elettori). Questa eventualità era molto concreta con il testo approvato

nell'agosto 2014 dal Senato, il quale prevedeva la possibilità dell'elezione del Presidente a maggioranza assoluta del Parlamento in seduta comune, un collegio che dopo le riforme sarà composto in larga parte da deputati selezionati con il sistema ipermaggioritario dell'*Italicum*. Verosimilmente ciò avrebbe finito col condizionare il controllo presidenziale sul Governo sostenuto dal quel medesimo partito. Tuttavia nel successivo passaggio alla Camera della riforma costituzionale è stato innalzato il *quorum* per l'elezione presidenziale che non potrà più avvenire a maggioranza assoluta. Ma resta il dato di fondo di un sistema che attribuisce molto potere a un partito che si ferma ben al di sotto della metà dei consensi elettorali.

*Ordinario di diritto costituzionale – Università di Macerata

Cambio di stagione? **Rilevanti novità in tema di detenzione amministrativa degli stranieri***

di Angela Cossiri**
(12 marzo 2015)

È del settembre 2014 l'approvazione del *Rapporto sui centri di identificazione ed espulsione in Italia*, curato dalla Commissione straordinaria per la tutela dei diritti umani del Senato. Il dossier, che raccoglie gli esiti di un imponente lavoro di indagine condotto tra il 2013 e il 2014, fa seguito ad un precedente *Rapporto sullo stato dei diritti umani negli istituti penitenziari e nei centri di accoglienza e trattenimento per i migranti in Italia*, approvato nel 2012, nel quale venivano già evidenziate gravi carenze strutturali e condizioni di vita non rispettose della dignità e dei diritti dei trattenuti, denunciate anche da varie associazioni attive su questo fronte [ad es., MEDICI SENZA FRONTIERE, *Al di là del muro. Viaggio nei centri per migranti in Italia. Secondo rapporto di medici senza frontiere sulle condizioni dei centri di identificazione ed espulsione e dei centri di accoglienza*, gennaio 2010, in medicisenzafrontiere.it; MEDICI PER I DIRITTI UMANI, *Arcipelago CIE: indagine sui centri di identificazione ed espulsione italiani*, maggio 2013, in mediciperidirittiumani.org].

Emerge dal nuovo *Rapporto* istituzionale che il sistema repressivo inaugurato nel 2002 ha dato ampia prova di inefficienza rispetto all'obiettivo dichiarato: nel corso del 2013 sono stati trattenuti 6.016 migranti, dei quali meno della metà (2.749) sono stati effettivamente rimpatriati, con un tasso di efficacia del trattenimento (rimpatriati su trattenuti) inferiore del 5% rispetto all'anno precedente. Considerando gli immigrati in condizioni di irregolarità che si ritengono presenti in Italia (294.000 nel 2013, secondo i dati ISMU), il dato complessivo dei migranti rimpatriati attraverso la detenzione amministrativa nel 2013 è dello 0,9%. Nel 2012, su 326.000 persone irregolari stimate, solo 4.015 sono state rimpatriate dopo un periodo di trattenimento, che corrisponde all'1,2% degli stranieri senza titolo di soggiorno presenti in Italia. Inoltre, il prolungamento del trattenimento dai 30 giorni del 1998 ai 18 mesi del 2011 non sembra aver migliorato il tasso di efficacia nei rimpatri, che risulta irrilevante (+0,3%). Per identificare lo straniero sono, infatti, sufficienti in media 45 giorni, trascorsi i quali l'attesa di una risposta delle autorità consolari poco collaborative risulta illusoria.

I dati confermano – ove ancora ce ne fosse bisogno – che, attraverso le innovazioni legislative succedutesi tra il 2002 e il 2011, il trattenimento ha subito una mutazione genetica: da istituto originariamente funzionale al rimpatrio è divenuto misura punitiva, succedanea della reclusione, benché sottratta alle garanzie del sistema penalistico, oltretutto applicabile in ragione di una *roulette* di fattori organizzativi occasionali. Da questo punto di vista, come noto, il diritto italiano si pone in contrasto, oltreché con il livello costituzionale, con le fonti internazionali ed europee [A. PUGIOTTO, *La "galera amministrativa" degli stranieri e le sue incostituzionali metamorfosi*, in questa *Rivista*, 3/2014, p. 573 ss.; A. DI MARTINO, *Centri, campi, Costituzione. Aspetti d'incostituzionalità dei CIE*, in *Diritto, immigrazione, cittadinanza*, 1/2014, p. 17 ss.; G. SAVIO, *La nuova*

* In corso di pubblicazione su *Quaderni Costituzionali*.

disciplina delle espulsioni conseguente al recepimento della direttiva rimpatri, ivi, 3/2011, p. 30 ss.].

La Commissione straordinaria, confermando quanto già espresso con la risoluzione approvata il 5 marzo 2014, chiede al governo di rivedere la disciplina dei tempi di permanenza fino ad un massimo di 60 giorni; di attivare l'identificazione degli stranieri irregolari nell'eventuale periodo di carcerazione che precede il trattenimento (la maggior parte delle persone che transitano nei CIE proviene dal carcere); di redigere protocolli di collaborazione con le rappresentanze diplomatiche per velocizzare le procedure di identificazione; di chiudere definitivamente i diversi centri non più agibili; di garantire, come raccomandato dall'Organizzazione internazionale per le migrazioni, che venga rilasciato un permesso di soggiorno per motivi umanitari direttamente dalla questura per gli stranieri particolarmente vulnerabili (casi psichiatrici, malati e *overstayers*), tenendo conto per ciascuno dei migranti del superiore interesse dei minori, del diritto all'unità familiare e del principio di *non-refoulement*; di rafforzare il rimpatrio volontario assistito; di prevedere, quale misura premiale rispetto alla collaborazione dello straniero all'identificazione, la cancellazione automatica del divieto di reingresso; di garantire il monitoraggio periodico da parte delle prefetture delle reali condizioni di vita nei centri, promuovendo una distribuzione dei trattenuti che tenga conto della diversità degli status giuridici e delle diverse provenienze; di rivedere i criteri di assegnazione della gestione, affidando i CIE ad un ente gestore unico su scala nazionale, adottando altresì un regolamento unico; come chiesto anche dal Relatore speciale sui diritti umani dei migranti nel Rapporto del 2013, di istituire programmi di formazione specifica per le figure professionali coinvolte nelle procedure di trattenimento ed espulsione; di introdurre la possibilità di una ulteriore proroga di sei mesi dei tempi del permesso di soggiorno per "attesa occupazione".

Il 2014 segna l'anno del cambio di direzione del legislatore: non si è intervenuti con una riforma organica – auspicabile, ma anche difficilmente raggiungibile dato il contesto politico –, bensì con una serie di puntuali modifiche.

Anzitutto il decreto legge n. 146/2013 (sulla riduzione controllata della popolazione carceraria), convertito con modificazioni nella legge n. 10/2014, amplia il campo di possibile applicazione della disciplina dell'espulsione in via alternativa alla detenzione; introduce una procedura per l'identificazione in carcere degli stranieri; prevedendo l'istituzione del garante nazionale dei diritti delle persone detenute o private della libertà personale, lo chiama ad esercitare le sue funzioni anche all'interno dei CIE.

La legge europea 2013-bis (l. n. 161/2014) riduce la durata del trattenimento nei CIE a 30 giorni, prorogabili fino ad un massimo di ulteriori 60 giorni. La modifica, passata quasi sotto silenzio mediatico, segna un significativo cambio di direzione rispetto ai precedenti indirizzi di politica legislativa: per la prima volta dall'introduzione dell'istituto nell'ordinamento, si prevede una riduzione della durata del trattenimento, anziché un suo prolungamento. La correzione è frutto di un emendamento parlamentare intervenuto sulla proposta del governo di ridurre il termine massimo a 180 giorni. L'intervento normativo porta con sé un mutamento teleologico dell'istituto che da misura a finalità impropriamente sanzionatoria, ritorna ad essere strumento cautelare volto a consentire il superamento di ostacoli al rimpatrio [L. MASERA, *Ridotto da 3 a 18 mesi il periodo massimo di trattenimento in un CIE: la libertà dei migranti irregolari non è più una bagattella?*, in *Diritto penale contemporaneo*, 10 novembre 2014]. La riforma riguarda anche le proroghe: quelle

successive alla prima, modulabili liberamente nella durata dal questore e dal giudice di pace entro i limiti massimi previsti dalla legge, possono essere concesse solo nel caso in cui emergano elementi concreti che consentano di ritenere probabile l'identificazione, ovvero quando le operazioni di rimpatrio siano imminenti. Inoltre, in adeguamento alla giurisprudenza *Kadzoev* e *Madhi* della Corte di giustizia, il trattenimento dello straniero viene interrotto qualora non sussista una ragionevole prospettiva che l'espulsione sia eseguita. Infine, il termine massimo di trattenimento nel caso di pregresso stato di detenzione in istituto di pena è ridotto a 30 giorni, in modo che l'inerzia della pubblica amministrazione nel preparare il rimpatrio durante la detenzione in carcere non gravi più sullo straniero. Se è vero che non si tratta di una riforma organica, quest'ultimo intervento testimonia un nuovo approccio in materia di immigrazione e segna un significativo balzo in avanti nella direzione auspicata.

È, infine, del 20 ottobre 2014 il decreto del Ministero dell'interno che approva il Regolamento recante *Criteri per l'organizzazione e la gestione dei centri di identificazione ed espulsione*. L'intervento risponde all'esigenza di assicurare regole e livelli di accoglienza uniformi per l'organizzazione dei CIE istituiti nel territorio nazionale. In questo atto sono fissati gli standard in ordine ai diritti di assistenza linguistico-culturale, alla tutela della salute, alla libertà di corrispondenza e al diritto di ricevere visite, nonché la regolamentazione dell'accesso di soggetti qualificati ai centri, inclusa la stampa. Nella misura in cui la disciplina incide su diritti e libertà fondamentali sarebbe stato, peraltro, opportuno collocare le norme in fonti di rango primario, piuttosto che in un regolamento.

Facendo seguito a due mozioni e una risoluzione, approvate il 2 e 9 dicembre 2013, nelle quali si impegnava il governo ad intervenire sui CIE per renderne più efficace l'organizzazione e per migliorare le condizioni di vita dei migranti trattenuti, il 17 novembre 2014 la Camera ha approvato il testo unificato di tre proposte finalizzate alla istituzione di una Commissione di inchiesta sul sistema di accoglienza e di identificazione, nonché sulle condizioni di trattenimento dei migranti nei centri destinati all'accoglienza e al trattenimento di immigrati [Doc. XXII, nn. 18-19-21-A]. I lavori della commissione d'inchiesta, della durata di un anno, si concentreranno, tra l'altro, sull'accertamento di eventuali condotte illegali e atti lesivi dei diritti fondamentali e della dignità umana e sulle modalità di trattenimento e sull'effettiva applicazione della direttiva rimpatri, specie in riferimento al rispetto del principio di *non-refoulement* dei richiedenti asilo, della vita familiare e della tutela della salute.

Nonostante gli sforzi apprezzabili, gli interventi realizzati lasciano aperti molti problemi: l'accompagnamento coattivo alla frontiera resta nel diritto interno la regola dell'espulsione, mentre il rimpatrio volontario, che nel diritto dell'Unione europea è la modalità ordinaria dell'allontanamento, continua ad essere una ipotesi residuale; è assente, in ambito domestico, il principio di gradualità imposto dalla direttiva "rimpatri", per cui il trattenimento dovrebbe essere disposto solo quando nel caso concreto non siano praticabili misure alternative meno coercitive; *dominus* esclusivo delle procedure di allontanamento resta l'autorità amministrativa, mentre l'intervento giurisdizionale è del tutto marginalizzato e comunque riservato al giudice di pace, anziché al magistrato di carriera; le condizioni di trattenimento restano disciplinate da norme secondarie, in violazione macroscopica della riserva di legge assoluta sui modi di limitazione della libertà personale.

Al di là di questi non secondari problemi di legittimità, pare evidente che solo una scelta di politica del diritto del tutto alternativa nella materia immigrazione sarà in grado di risolvere le criticità di fondo di un meccanismo inceppato. Il problema del sistema del rimpatrio, infatti, non sta solamente nel definire le modalità dello stesso, quanto piuttosto nell'individuare i presupposti dell'espulsione e, dunque, i requisiti di ingresso e di permanenza sul territorio; così come è il modo in cui viene definita la regolarità (ovvero la soglia legislativa di inclusione) a produrre irregolarità (ovvero esclusione) [A. PUGIOTTO, *"Purché se ne vadano". La tutela giurisdizionale (assente o carente) nei meccanismi di allontanamento dello straniero*, Relazione al Convegno annuale dell'Associazione Italiana Costituzionalisti *Lo statuto costituzionale del non cittadino*, Cagliari, 16-17 ottobre 2009, in *astrid-on-line.it*, 2009, p. 51; M. PELISSERO, *Il vagabondo oltre confine. Lo statuto penale dell'immigrato irregolare nello Stato di prevenzione*, in M. Meccarelli, P. Palchetti, C. Sotis (a cura di), *Ius peregrinandi. Il fenomeno migratorio tra diritti fondamentali, esercizio della sovranità e dinamiche di esclusione*, Eum, 2012, p. 37].

**Ricercatore di Istituzioni di diritto pubblico nell'Università di Macerata.

Il potere regolamentare delle regioni nel “nuovo” regime delle competenze

Alberto Lucarelli*

(9 marzo 2015)

1. Il dibattito sollevato dal d.d.l. costituzionale 1429 (Disposizioni per il superamento del bicameralismo paritario, la riduzione del numero dei parlamentari, il contenimento dei costi di funzionamento delle istituzioni, la soppressione del CNEL e la revisione del titolo V della parte II della Costituzione) incentrato principalmente sulla (ri-)espansione della potestà legislativa statale compensata, nelle idee del riformatore, da una partecipazione ‘diretta’ nel procedimento legislativo del nuovo Senato delle Autonomie, sembra non aver sufficientemente indagato sulle conseguenze che la riforma comporterebbe in tema di distribuzione del potere regolamentare tra Stato, Regioni, Città metropolitane e Comuni.

L’attuale formulazione dell’art. 117, comma 6, come è noto, affida il potere regolamentare ‘generale’ alle Regioni, essendone lo Stato investito unicamente per le materie rientranti nella sua legislazione esclusiva e salva, in quest’ultimo caso, delega alle Regioni stesse.

Ne deriva, conseguentemente (ad eccezione dei casi di delega), che spetta alle Regioni il potere regolamentare nelle materie rientranti nella competenza esclusiva regionale nonché in quelle di legislazione concorrente.

L’ultima parte della disposizione in oggetto attribuisce ai Comuni, alle Provincie e alle Città metropolitane la potestà regolamentare in ordine alla disciplina dell’organizzazione e dello svolgimento delle funzioni loro attribuite.

Sul punto, il disegno di legge costituzionale citato, nel testo approvato dal Senato in sede di prima deliberazione, all’art. 30 (*Modifica dell’articolo 117 della Costituzione*) non pare, *prima facie*, aver inciso in maniera rilevante (se si eccettua la soppressione delle Provincie) limitandosi ad affermare che “la potestà regolamentare spetta allo Stato e alle Regioni secondo le rispettive competenze legislative. È fatta salva la facoltà dello Stato di delegare alle Regioni l’esercizio di tale potestà nelle materie e funzioni di competenza legislativa esclusiva. I Comuni e le Città metropolitane hanno potestà regolamentare in ordine alla disciplina dell’organizzazione e dello svolgimento delle funzioni loro attribuite, nel rispetto della legge statale o regionale”.

Tuttavia, l'apparente riproduzione in termini pressoché identici della disposizione va interpretata alla luce del *nuovo* riparto di competenze legislative tra Stato e Regioni che la riforma va delineando. È di chiara evidenza, infatti, che, risultando il potere regolamentare assegnato in funzione dell'attribuzione della potestà legislativa, ad una riduzione delle materie di competenza legislativa regionale corrisponde, *de plano*, una simmetrica diminuzione di potestà regolamentare regionale.

E, in effetti, è indubitabile che dal d.d.l. costituzionale risultino confluire nella competenza esclusiva statale materie prima rientranti nella competenza (regionale) concorrente (ora espunta dal nuovo testo), così sottraendo interi settori dalla potestà regolamentare della Regione (si pensi, ad esempio, alla nuova competenza legislativa esclusiva in materia di norme generali per la tutela della salute, la sicurezza alimentare e la tutela e la sicurezza del lavoro; d'istruzione universitaria e programmazione strategica della ricerca scientifica e tecnologica; di organi di governo, legislazione elettorale, funzioni fondamentali e ordinamento dei comuni e delle città metropolitane, nonché di disciplina delle forme associative dei comuni).

Le ragioni della proposta modifica sono indicate nella consapevolezza che l'attuale divisione tra potere legislativo riconosciuto allo Stato nelle materie concorrenti e potestà regolamentare spettante alle regioni nelle medesime materie ha dato luogo a notevoli problemi applicativi, risolti con adattamenti del sistema che però hanno generato un'anomalia nelle fonti del diritto facendo emergere un'inedita categoria di atti *statali*, «non aventi natura regolamentare», sottratti alle garanzie che l'ordinamento prevede per gli atti normativi.

In merito, in realtà, si potrebbe obiettare come parte sempre meno minoritaria della dottrina, seguita anche da numerose pronunce giurisprudenziali¹, propenda per l'estensione dell'applicazione delle garanzie dell'atto normativo non relegandole al solo regolamento ma estendendole all'atto-fonte del diritto, individuato in quell'atto che, pur privo dei requisiti di forma del regolamento, presenti la vocazione a regolare la vita associata.

Ora, se è vero, ma non sono pochi a dubitarne², che la riduzione delle materie di competenza regionale risulta, almeno in parte, ricompensata dalla costituzione del

¹ Per una compiuta disamina del dibattito dottrinario e delle posizioni giurisprudenziali si rimanda a G. CLEMENTE DI SAN LUCA, *Approfondimenti di diritto amministrativo*, Napoli, 2012, passim.

Senato delle Autonomie e dal suo ruolo all'interno del procedimento legislativo, sembra parimenti innegabile che l'autonomia regionale risulta privata di spazi di normazione secondaria non efficacemente sostituibili né da regolamenti governativi, né, tanto meno, da atti non normativi.

Da un lato, infatti, il normatore secondario statale risulta inadeguato a regolare materie spesso strettamente legate ai contesti socio-ambientali del territorio; dall'altro, il ricorso a meri provvedimenti amministrativi, a contenuto particolare, oltre che inadeguato, reca inevitabilmente con sé il pericolo di ineguaglianze.

2. Un ulteriore aspetto potenzialmente critico del d.d.l. costituzionale, in grado di minare pesantemente l'autonomia regionale, è rappresentato dalla 'clausola di supremazia', in base alla quale la legge statale, su proposta del Governo³, può intervenire in materie non riservate alla legislazione esclusiva quando lo richieda la tutela dell'unità giuridica o economica della Repubblica, ovvero la tutela dell'interesse nazionale.

La consapevolezza dell'impatto prorompente nei rapporti tra Stato e Regione ha indotto il riformatore a stabilire che per i disegni di legge in cui è attivata tale clausola, le modifiche proposte dal Senato delle Autonomie seguono il procedimento rafforzato di cui al novellato articolo 70, quarto comma, della Costituzione. In pratica, la Camera dei deputati può non conformarsi alle modificazioni proposte dal Senato solo pronunciandosi nella votazione finale a maggioranza assoluta dei suoi componenti.

Sebbene i presupposti di ricorso alla *supremacy clause* risultino emendati rispetto alla formulazione originariamente proposta (in cui si faceva riferimento alla tutela dell'unità giuridica o dell'unità economica della Repubblica o alla necessaria realizzazione di programmi o di riforme economico-sociali di interesse nazionale) continuano ad essere elastici al punto da legittimare costituzionalmente in maniera pressoché illimitata l'acquisizione, da parte del legislatore statale, di sfere di competenza regionale esclusiva.

² Fra i più critici, A. PIRAINO, *La dimensione europea della riorganizzazione macroregionale*, in *federalismi.it*, secondo il quale "se dovesse essere definitivamente adottato il testo approvato al Senato ed oggi in discussione alla Camera" si assisterebbe all'"abbattimento delle garanzie costituzionali della potestà legislativa regionale".

³ "Che se ne assume la conseguente responsabilità", si legge nella relazione al d.d.l.

Ritorna, infatti, il riferimento all'interesse nazionale, espunto dal riformatore del 2001 dal corpo dell'art. 117 Cost. proprio in virtù della sua *vis expansiva* nei confronti delle prerogative regionali.

Anche in questo caso, per compensare la clausola di supremazia, il nuovo quinto comma dell'art. 117 nella prima proposta di modifica, prevedeva la facoltà per lo Stato, previa intesa con le regioni interessate, di delegare alle regioni o ad alcune di esse, anche su loro richiesta, con legge approvata a maggioranza assoluta dei componenti della Camera dei deputati, l'esercizio della funzione legislativa, in materie o funzioni di sua competenza esclusiva (con alcune eccezioni). A seguito dell'emendamento approvato (26.1000) tale meccanismo è stato rimodulato (e sostanzialmente ridotto) ed inserito al comma 3 dell'art. 116 (abrogato nell'intenzione della proposta originaria) ove si prevede che "Ulteriori forme e condizioni particolari di autonomia, concernenti le materie di cui all'articolo 117, secondo comma, lettere l), limitatamente all'organizzazione della giustizia di pace, n) e s), possono essere attribuite ad altre Regioni, con legge dello Stato, anche su richiesta delle stesse, sentiti gli enti locali, nel rispetto dei principi di cui all'articolo 119, purché la Regione sia in condizione di equilibrio tra le entrate e le spese del proprio bilancio. La legge è approvata da entrambe le Camere, sulla base di intesa fra lo Stato e la Regione interessata."

Ci si chiede fino a che punto la Corte Costituzionale possa sindacare la legittimità dell'utilizzo di tale clausola, essendo ancorata a valori para-giuridici quali l'unità giuridica o economica della Repubblica e la tutela dell'interesse nazionale. Con la prospettiva che il corretto uso del potere sia nell'assoluto arbitrio (*rectius* discrezionalità) del binomio Governo (detentore in via esclusiva dell'iniziativa) – Parlamento. A tale ultimo riguardo si fa notare come, essendo venuto meno il riferimento al procedimento rafforzato, le Regioni risultano spuntate anche del potere di costringere, tramite il Senato, la Camera ad un approfondimento e all'approvazione a maggioranza assoluta della legge invasiva. Sarebbe, peraltro, utile considerare i potenziali effetti derivanti a riguardo dal disegno di legge di riforma del sistema elettorale AS. 1385 (il riferimento è, in particolare, al riconoscimento di un premio di maggioranza al partito/coalizione tra il 36/40 % che, ottenendo la maggioranza assoluta alla Camera, disporrebbe in maniera esclusiva del potere di attivare la clausola).

Ciò, è appena il caso di sottolinearlo, va ben al di là dei poteri sostitutivi riconosciuti dall'art. 120, c. 2 Cost., non a caso non incisi dall'intervento riformatore, in tal modo confermandone la diversità di natura e funzione rispetto alla clausola di salvaguardia.

Il ricorso ai poteri sostitutivi governativi, per le finalità indicate nella norma e nei limiti stabiliti dalla l. 131/2003, implica un potere di 'supplenza' dell'esecutivo; viceversa, tramite la clausola di salvaguardia il Governo richiede al Parlamento di legiferare in materie di esclusiva competenza regionale sottraendone, tendenzialmente in perpetuo, la competenza.

Le conseguenze non sembrano limitate al piano di riparto legislativo.

Prescindendo dalla riduzione 'quantitativa' degli ambiti materiali di intervento del normatore secondario regionale, v'è da interrogarsi, infatti, sulla sorte dei regolamenti e, in generale, del potere regolamentare delle Regioni nelle materie di competenza esclusiva regionale 'avocate'.

Sul punto il d.d.l. di riforma tace. Emanata la legge statale 'suprema' vi è attrazione in sussidiarietà del potere regolamentare? Quale la legittimazione?

I regolamenti regionali già emanati, di conseguenza, come si pongono nei rapporti con la nuova legge? In esclusivo rapporto gerarchico o anche di competenza?

Numerosi e rilevanti i quesiti che il d.d.l. pone, a cui la dottrina, prima della giurisprudenza, dovrà tentare di fornire risposte costituzionalmente plausibili.

*Ordinario di Diritto Costituzionale, Dipartimento di Giurisprudenza, Università di Napoli Federico II

Dal Rapporto di “Reporters senza Frontiere” alla riforma della legge sulla stampa?*

Carlo Magnani**
(2 marzo 2015)

La “classifica” internazionale.

Ha fatto come sempre notizia il Rapporto annuale della associazione francese “Reporters sans Frontières” che monitora la libertà di stampa in tutti i 180 paesi del mondo, anche per via dell’evidente arretramento che ha subito l’Italia rispetto all’anno precedente, passando dalla posizione numero 49 a quella 73, appena dietro la Moldavia e giusto davanti al Nicaragua. Può costituire solo una modestissima consolazione per il nostro Paese il dato che emerge a livello generale. Per quanto ci riguarda da vicino, però, il peggioramento del contesto è causato prevalentemente dalle difficili condizioni nelle quali i professionisti dell’informazione sono chiamati a svolgere la loro professione. Nel Rapporto si citano i dodici giornalisti che vivono sotto scorta per le minacce della criminalità organizzata, nonché i diversi casi di aggressioni fisiche e danneggiamenti ad automobili e abitazioni. Un secondo profilo, parimenti segnalato nel Rapporto come causa della retrocessione, ha invece una componente molto ordinamentale, perché «la battaglia per libertà di informazione in Italia si gioca anche nei tribunali», scrive l’ONG, ricordando le tante querele per diffamazione, spesso pretestuose e provenienti da personaggi politici o influenti.

Il valore che una comunità assegna ad un interesse diffuso come quello della libera informazione è senza dubbio il fattore culturale decisivo nel creare un ambiente favorevole allo svolgimento della professione di narratore di fatti e idee. Tuttavia anche le regole e le politiche istituzionali hanno il loro peso nel favorire l’affermazione di una indipendente e libera informazione. Se per quanto riguarda il primo aspetto si tratta di garantire ai giornalisti una maggiore sicurezza personale attraverso misure di ordine pubblico, per il secondo occorrono interventi sulla legislazione (C. MALAVENDA, *I piccoli interventi che possono migliorare la libertà di stampa*, in *Il Corriere della Sera*, 17 febbraio 2015). In particolare modo, è il nodo della sanzione per la diffamazione e della responsabilità civile e penale ad essere al centro della discussione.

L’ordinamento italiano è già da tempo riconosciuto bisognoso di interventi sulla normativa in materia di diffamazione con il mezzo della stampa: il “caso Sallusti” ha solo focalizzato l’attenzione su un gravame risalente, costituito dalla previsione della condanna alla pena detentiva di diversi anni (art. 13 legge 47 del 1948, diffamazione con attribuzione del fatto determinato). Più di una pronuncia della Corte di Strasburgo ha sottolineato come la previsione di sanzioni troppo severe per il giornalista rischi di pregiudicare la libertà di informazione garantita nell’art. 10 della CEDU. Anche il Consiglio d’Europa nella Risoluzione n. 1577 del 2007 ha raccomandato agli Stati membri l’abolizione della pena

* Scritto sottoposto a *referee*.

detentiva per la diffamazione (C. MALAVENDA, C. MELZI D'ERIL, F.E. VIGEVANI, *Le regole dei giornalisti*, Bologna, 2012, 51). La legge sulla stampa approvata dalla Assemblea Costituente nel 1948 ha dato sicuramente buona prova di sé, mostrando una longevità invidiabile: ha rappresentato nei decenni un costante punto di riferimento per il legislatore tutte le volte che ha dovuto mano al settore delle comunicazioni di massa. Così è avvenuto che i giornali radiotelevisivi, pubblici prima e anche privati poi, si siano visti assegnati l'obbligo di registrazione previsto dall'art. 5 per i giornali cartacei; e che lo stesso art. 5 sia richiamato anche nella legge n. 62 del 2001 a proposito del prodotto editoriale elettronico e che valga tutt'ora per le testate *online* che intendano accedere ai benefici economici di legge (forse non senza qualche incongruenza, a dire il vero). Ma l'aspetto che da almeno due legislature concentra l'attenzione dei parlamentari è la riforma della diffamazione con il mezzo della stampa. Da questo intervento sarebbe forse possibile trarre quegli elementi di modifica del quadro normativo che consentirebbero al nostro paese di fare passi in avanti nella libertà di informazione; non tanto ma per ottenere piazzamenti più degni nelle classifiche internazionali ma per ragioni di razionalità complessiva del sistema.

Il disegno di legge di riforma della legge sulla stampa: rettifica e diffamazione.

In questa legislatura (la XVII^a) il Senato, il 29 ottobre 2014, ha già approvato un disegno di legge (modificando una prima deliberazione della Camera del 17 ottobre 2013) che interviene sia sulla legge della stampa, n. 47 del 21 febbraio 1948, sia sul Codice Penale. La diffamazione, la responsabilità del direttore responsabile, il sistema sanzionatorio, le regole procedurali, il diritto di rettifica, nonché la menzione esplicita dei nuovi mezzi di diffusione del pensiero, sono i punti qualificanti di questa riforma. Il testo è dal novembre 2014 alla Camera dei Deputati per l'esame della seconda assemblea legislativa.

Anche se il Senato ha apportato emendamenti importanti al testo della Camera, sono comunque rimasti ben fermi i pilastri del disegno di legge, vale a dire: «l'eliminazione della pena detentiva a carico del giornalista in caso di diffamazione e l'applicazione della legge sulla stampa anche alle testate giornalistiche *online* e radiotelevisive» (*Camera dei Deputati, Il Commissione Permanente Giustizia*, seduta del 18 novembre 2015, *Disposizioni in materia di diffamazione, di diffamazione con il mezzo della stampa o con altro mezzo di diffusione, di ingiuria e di condanna del querelante*, C. 925-B, approvata dalla Camera e modificata dal Senato, Relatore On. Walter Verini). La riforma della diffamazione va certamente verso la direzione di una maggiore libertà del giornalista, ma si accompagna anche alla riscrittura dell'art. 8 della legge sulla stampa che definisce il diritto di rettifica. Questo duplice intervento pone in capo alle testate giornalistiche, editoriali, o radiotelevisive nuovi obblighi più stringenti a tutela della persona che chiede la rettifica o la precisazione della notizia: anche i giornali *online* sono menzionati, così come gli stampati non soggetti a obbligo di registrazione perché non legati ad uscita periodica (restano fuori, come si vede, le pubblicazioni *online* non registrate). Come si vede c'è un tentativo di bilanciare i due interessi in campo, quello dell'operatore dell'informazione e quello dell'individuo oggetto della notizia.

Per quanto riguarda il diritto di rettifica si prevede una sostanziale riformulazione dell'art. 8 della legge 47 del 1948.

Il direttore o, comunque, il responsabile è tenuto a pubblicare gratuitamente la rettifica senza alcun commento, senza risposta e senza titolo: dovrà comparire la indicazione: "Rettifica dell'articolo (TITOLO) del (DATA) a firma (AUTORE)". Questo obbligo riguarda i quotidiani, i periodici, le agenzie di stampa, le testate giornalistiche *online* registrate ai sensi dell'articolo 5, limitatamente ai contenuti prodotti, per i contenuti pubblicati, trasmessi o messi in rete dalle redazioni. Per le trasmissioni radiofoniche o televisive, le dichiarazioni o le rettifiche sono effettuate ai sensi dell'articolo 32-*quinquies* del testo unico dei servizi di media audiovisivi e radiofonici (TUSMAR). Le rettifiche le dichiarazioni sono sempre pubblicabili a meno che non siano documentalmente false (novità questa, oltre il divieto già previsto di pubblicare contenuti suscettibili di incriminazione penale); altra novità è il dovere del direttore o, comunque, del responsabile di informare l'autore dell'articolo o del servizio, ove sia firmato, della richiesta di rettifica. Si prevede il ricorso al giudice in caso di inottemperanza nei termini previsti (due giorni dalla richiesta, o due pubblicazioni successive) da parte dei responsabili della redazione; si stabiliscono altresì sanzioni amministrative per il mancato seguito alla richiesta di rettifica (da 8.000 sino a 16.000 euro).

La riscrittura dell'art. 13 della legge 47 del 1948 è senza dubbio il dato portante, che potrebbe fare scalare qualche posizione al nostro paese nelle classifiche internazionali. Il nuovo comma 1 dell'articolo 13, prevede che la diffamazione a mezzo stampa o a mezzo radiotelevisione, o tramite testate *online* registrate presso i tribunali (ex articolo 5 della legge sulla stampa) venga sanzionata con la sola multa fino ad un massimo di 10.000 euro. Il Senato ha soppresso il limite minimo della sanzione, che la Camera – fermo restando l'identico limite massimo – aveva indicato in 5.000 euro. In base al secondo periodo del comma 1 del medesimo articolo 13, se l'offesa consiste nell'attribuzione di un fatto determinato diffuso con la consapevolezza della sua falsità, la pena è della multa da 10.000 a 50.000 euro. Il Senato, per tale ipotesi, ha ridotto di 10.000 euro i limiti edittali della multa, previsti nel testo della Camera tra i 20.000 e i 60.000 euro. Vengono stabilite anche due ipotesi di non punibilità: quando, da parte dell'autore dell'articolo e del direttore della testata (o dell'editore, nel caso di stampa non periodica) anche spontaneamente, si sia provveduto alla pubblicazione o alla diffusione delle dichiarazioni o delle rettifiche secondo quanto previsto dall'articolo 8; e quando l'autore della diffamazione abbia chiesto al responsabile la pubblicazione della smentita o della rettifica richiesta dalla parte offesa (anche se il responsabile non ha provveduto). Di pari passo è stato anche rivisto l'art. 595 del codice penale, relativo appunto alla diffamazione, per la quale si è ugualmente provveduto ad eliminare il carcere; ma soprattutto, tornando allo spirito liberale dell'*Editto sulla Stampa* di Carlo Alberto del 1848 'tradito' dal codice penale del 1930, è stata eliminata da questo l'ipotesi della diffamazione con il mezzo della stampa, ricondotta completamente entro l'alveo dell'art. 13 della legge 47 del 1948.

Un ulteriore intervento sul codice penale riguarda l'annosa questione della responsabilità penale del direttore responsabile o del vicedirettore. Il superamento della responsabilità oggettiva configurata nel 1930 era avvenuto su una linea, quella dell'omissione del controllo volto a impedire a pubblicazione dello stampato (legge n. 127

del 1958), a volte poco chiara. Ora si stabilisce che il direttore risponde a titolo di colpa in «violazione dei doveri di vigilanza sul contenuto della pubblicazione», rimandando ad un ambito più circoscritto come quello costituito dalle regole deontologiche che fissano i doveri del professionista.

A questi elementi di sicura razionalizzazione del sistema sanzionatorio degli illeciti con il mezzo della stampa, si aggiungono però, come segnala lo stesso Relatore nella presentazione, dei dubbi sulla opportunità di intervenire ulteriormente. Oggetto di dibattito è, infatti, la disciplina della cosiddetta "lite temeraria", cioè l'introduzione di norme di carattere processuale che possano evitare che il giornalista incorra in procedimenti penali o civili costruiti più con fine intimidatorio che su una solida pretesa giuridica da parte del querelante. Si segnalano a proposito opinioni favorevoli (C. MALAVENDA, *I piccoli interventi che possono migliorare la libertà di stampa*, cit.) ad interventi che prevedano alcuni effetti su chi muove causa senza fondato motivo. Ad esempio, si potrebbe obbligare il querelante perdente di pagare le spese processuali sostenute dall'imputato assolto con qualsiasi formula e di risarcire il danno per averlo fatto processare ingiustamente; oppure rendere obbligatoria la condanna al risarcimento, in sede civile, verso chi ha agito in giudizio con colpa grave o addirittura con dolo; o, infine, stabilire per chi intenta una causa civile un deposito cauzionario, magari rapportato a quanto richiesto, che garantisca il pagamento delle spese all'avversario se vince. Spetta però al legislatore decidere se percorrere anche questa strada sulla lite temeraria oppure se considerare l'equilibrio raggiunto nella riforma già soddisfacente.

** Ricercatore di Istituzioni di diritto pubblico, Università Carlo Bo di Urbino, Dipartimento Scienze della comunicazione.

Anzianità di mandato e presidenza della Corte costituzionale*

di *Saulle Panizza*
(4 marzo 2015)

Come è possibile leggere sullo stesso sito della Corte costituzionale (nel volumetto divulgativo “Che cosa è la Corte costituzionale”), “la Corte elegge fra i propri componenti il Presidente, che dura in carica tre anni ed è rieleggibile. Poiché però la scadenza del mandato novennale di giudice comporta la cessazione di ogni funzione, spesso accade che il Presidente – che i giudici scelgono di solito, ma non sempre, fra i colleghi più anziani (non di età, ma di mandato) – venga a cessare dal mandato prima del compimento del triennio. E’ per questo che la durata della presidenza della Corte è spesso breve, cosicché nella vita della Corte si sono succeduti, in cinquantasei anni, 35 Presidenti”.

Volendo aggiornare il dato, con l’elezione di Criscuolo nel novembre 2014 la Corte ha scelto il proprio trentanovesimo Presidente, in circa sessant’anni di storia dell’organo. Criscuolo, eletto giudice costituzionale dalla Corte di cassazione, ha giurato l’11 novembre 2008; la sua elezione a Presidente il 12 novembre 2014 dovrebbe condurlo a lasciare, in tale veste, l’organo alla cessazione dell’incarico novennale di giudice proprio alla vigilia della scadenza del mandato triennale da Presidente (11 novembre 2017).

La sua elezione al vertice della Corte pare meritevole di essere segnalata, poiché marca una inversione di tendenza rispetto alla prassi spesso seguita di scegliere come Presidente il giudice più anziano (di mandato). In questa occasione, infatti, vi erano ben due giudici che potevano vantare una maggiore anzianità all’interno del collegio (Paolo Maria Napolitano, eletto dal Parlamento in seduta comune, che ha giurato come giudice costituzionale il 10 luglio 2006, e Giuseppe Frigo, anch’esso eletto dal Parlamento, in carica dal 23 ottobre 2008). La circostanza, altre volte verificatasi, merita in tal caso una particolare sottolineatura. In primo luogo, perché erano molti anni che il dato non si verificava (dall’elezione di Ruperto, nel gennaio 2001). In secondo luogo, perché essa fa seguito, a poca distanza di tempo, a una polemica sulle c.d. “presidenze brevi”, alimentata sugli organi di stampa in particolare nel 2013. La durata (effettivamente) triennale dell’attuale presidenza contribuirà, in questo modo, a innalzare la durata media dei mandati dei Presidenti, ridotta a circa dodici mesi nel periodo successivo allo smaltimento dell’arretrato.

Come è noto, la questione della durata del mandato del Presidente, in particolare a seguito dell’adozione da parte della Corte dell’anzianità di carica come criterio più spesso seguito, ha fatto oggetto di differenti valutazioni, anche critiche. Ai vantaggi in termini di “spersonalizzazione” del ruolo del Presidente, in quanto funzionale all’imparzialità dell’organo, si tende a contrapporre la difficoltà di una programmazione adeguata dei lavori della Corte, nonché, magari, la circostanza di avere a disposizione un lasso di tempo insufficiente per poter sovrintendere, ove necessario, a una riorganizzazione degli uffici e dei servizi di supporto, da cui dipende la migliore funzionalità dell’organo (ripercorre gli argomenti a favore e contro le presidenze brevi, insieme alle polemiche che esse hanno di recente suscitato, M. Ruotolo, *A proposito delle “Presidenze brevi”, www.consultaonline*, 11.02.2013).

Dal punto di vista normativo, va ricordato come la durata fosse originariamente prevista in quattro anni (allorché il mandato per i giudici costituzionali era di dodici), per poi venir ridotta a tre dalla l. cost. n. 2/1967, con la fissazione a nove anni del mandato di giudice. Sono state poche, peraltro, le occasioni in cui il mandato (quadriennale o

* In corso di pubblicazione su *Quaderni costituzionali*.

triennale) di Presidente si è effettivamente realizzato nella sua durata teorica. Accadde per Ambrosini (eletto il 20 ottobre 1962 e rieletto alla scadenza quadriennale); per Elia (eletto il 21 settembre 1981 e rieletto alla scadenza triennale); per Saja (dal 15 giugno 1987, rieletto alla scadenza triennale); e, da ultimo, per Granata (dal 4 novembre 1996; terminato il triennio da Presidente, cessò pochi giorni più tardi, il 7 novembre 1999, dalla carica di giudice).

Alla base di ciò vi è sicuramente anche proprio la prassi ricordata, di privilegiare l'anzianità di mandato come criterio di scelta del Presidente (tenendo, in ogni caso, presente che l'individuazione dell'anzianità di carica come criterio adottato dalla Corte nella scelta del Presidente rappresenta un'inevitabile semplificazione della questione; talora la contrapposizione di una "candidatura" all'altra ha relegato in secondo piano il criterio dell'anzianità di carica, pur quando questo si sia poi inverato e possa essere apparso prevalente, almeno all'esterno, anche per la mancanza di più certi punti di riferimento sulle dinamiche interne al collegio). La preferenza accordata al criterio dell'anzianità ha prodotto, come conseguenza, un abbassamento del valore della durata media dei mandati (quasi tre anni per le prime quattro presidenze, meno della metà per quelle successive, fino al dato recente, che si colloca attorno a un anno) e non sono mancati casi di presidenze ridotte a pochi mesi. Ben nove, infatti, e tutte successive agli anni novanta, quelle che non sono arrivate a duecento giorni (Conso, Ettore Gallo, Baldassarre, Caianiello, Vassalli, Onida, Flick, De Siervo, Tesauro), tre delle quali addirittura sotto i cento giorni (Caianiello, 45; Vassalli, 95; Flick, 97).

Proprio la questione della breve durata delle presidenze ha fatto oggetto, in tempi recenti, di alcuni interventi giornalistici, cui la Corte ha replicato con un secco comunicato stampa ("Sulle cosiddette <<Presidenze brevi>> della Corte costituzionale", del 5 febbraio 2013) (che può leggersi integralmente, oltre che sul sito della Corte, in *Foro it.*, 2013, V, 115). Ritenendo opportuno rettificare alcune gravi inesattezze, essa ha svolto quattro considerazioni. In primo luogo, l'art. 135 Cost. stabilisce che il triennio costituisce solo la durata massima e non quella minima della carica (non trattandosi, dunque, di una sconfitta della lettera della Costituzione ad opera della prassi, né, tantomeno, di un "malvezzo" o di un "andazzo"). In secondo luogo, ciò non comporta aggravii di spesa, dal momento che l'indennità di funzione presidenziale comporta vantaggi pensionistici solo nell'ipotesi in cui la stessa sia goduta per un intero anno solare. In terzo luogo, la carica di vice Presidente non attribuisce alcun vantaggio economico o pensionistico. In quarto e ultimo luogo, a seguito di una modifica sin dal 2011 delle proprie "Norme sull'uso delle autovetture" la Corte ha tra l'altro stabilito che ai giudici costituzionali cessati dalla carica è conservata l'assegnazione temporanea di una autovettura e di un autista solo per la durata di dodici mesi dalla scadenza.

Nonostante la presa di posizione, la questione si è riproposta nel dibattito giornalistico, inducendo la Corte a una ulteriore precisazione, a poca distanza di tempo (cfr. il comunicato stampa del 20 settembre 2013, nel quale, in relazione ad alcune opinioni espresse su organi di stampa circa pretesi benefici aggiuntivi che spetterebbero ai Presidenti una volta cessati dal mandato, la Corte ribadisce che "l'indennità spettante al Presidente non comporta vantaggi pensionistici nell'ipotesi in cui la stessa sia stata percepita per un periodo inferiore all'anno solare").

In questo contesto, alcune notazioni statistiche possono forse contribuire a chiarire il quadro di insieme. Come ricordato, l'attuale è il trentanovesimo Presidente della Corte. I primi tredici succedutisi hanno coperto un periodo di 31 anni di vita dell'organo (1956-1987); i secondi tredici un periodo di circa 16 anni e mezzo (1987-2003); gli ultimi tredici un periodo di 14 anni (2004-2017), e solo grazie al più lungo mandato cui è destinato il Presidente in carica (la media del mandato dei dodici Presidenti che hanno preceduto quello in carica, da Zagrebelsky (2004) a Tesauro (2014), era di poco più di dieci mesi,

317 giorni per la precisione). Anche aggregando in maniera diversa i dati, la tendenza all'accorciamento dei mandati resta evidente. I primi diciannove (la metà meno uno del totale) hanno retto le sorti dell'organo per ben 39 anni (dal 1956 al 1995); gli ultimi venti (la metà più uno del totale) per "soli" 22 anni.

Se ci si domanda quale ruolo abbia giocato in tutto ciò il criterio dell'anzianità, la risposta non può che essere di grande rilievo. Trascurando una analisi puntuale dei primi anni di funzionamento dell'organo, scarsamente significativa, in particolare all'inizio, stante la nomina contestuale dei vari giudici, il dato sembra assumere una particolare rilevanza a partire dalla fase successiva allo smaltimento dell'arretrato, che ha rappresentato, sotto diversi punti di vista, una sorta di spartiacque per la nostra esperienza di giustizia costituzionale.

Osservando, allora, le dinamiche che hanno condotto alla scelta del vertice dell'organo dopo la fine della presidenza Saja nel 1990, si ricava che, nelle venticinque occasioni in cui ciò è avvenuto, sono ben venti quelle che hanno visto premiato il giudice più anziano. In altre due occasioni (Mirabelli nel 2000 e Tesauro nel 2014) è risultato eletto Presidente uno dei due giudici che avevano la medesima, maggiore anzianità di carica, pur essendo in entrambi i casi quello eletto più giovane – ma solo anagraficamente – del collega non eletto. In questo senso, l'eccezione alla applicazione dell'anzianità di carica appare poco significativa. In definitiva, nelle ultime venticinque occasioni, sono solo tre i casi, salvo errore, in cui il collegio ha orientato la propria scelta verso un giudice che non risultava avere la maggiore anzianità di carica al momento dell'elezione. Si tratta di Casavola nel 1992, di Ruperto nel 2001 e dell'attuale.

Come per il passato, anche in quest'ultimo caso in ordine di tempo la "eccezionalità" dell'accaduto ha finito per alimentare letture tese a evidenziare contrapposizioni e spaccature nell'organo. Alcuni organi di stampa si sono spinti a dare conto dell'esito del voto, cosa peraltro non ricavabile dal comunicato stampa della Corte del 12 novembre 2014, di otto voti contro i sei di Napolitano, osservando come la discontinuità rispetto alla tradizione, se avrà il merito di essere più accattivante all'occhio dell'opinione pubblica, rischia di essere foriera di tensioni o squilibri all'interno del collegio (così, ad es., *Il Messaggero*, in pari data).

Di tali contrapposizioni, e del desiderio di inversione di rotta rispetto a logiche a lungo invalse, sarebbe altresì testimonianza, in quest'ultimo caso, la scelta in ordine al vice Presidente. Com'è noto, anche per questa articolazione interna della Corte – (prevista dagli artt. 6, l. n. 87/1953 e 22-*bis* del Regolamento generale), frutto di designazione da parte del Presidente, quale suo primo atto, subito dopo l'insediamento nella carica – la scelta è risultata quasi sempre guidata dal criterio della anzianità.

Ebbene, il neoeletto Presidente Criscuolo ha designato quali vice Cartabia e Lattanzi, "saltando", per così dire, ben tre giudici che potevano vantare una maggiore anzianità di mandato (oltre a Napolitano e Frigo, più anziani dello stesso Criscuolo, anche Grossi; senza considerare che Cartabia vanta la medesima anzianità di Carosi, che è però più anziano anagraficamente).

Se voleva essere un segnale, parrebbe essere stato colto. Se avrà delle conseguenze sul funzionamento della Corte, è presto al momento per dire.

La “nuova” responsabilità civile dei magistrati

di Antonio D'Aloia*

(29 marzo 2015)

1. Tanto tuonò che piovve...! Così si potrebbe intitolare un commento alla legge 27 febbraio 2015 n. 18, che ha modificato la disciplina della responsabilità civile dei magistrati. Sono anni che se ne parlava, anche (anzi soprattutto) a causa di sentenze della Corte Europea di Giustizia che avevano sottolineato, indirettamente (la sent. Kobler del 2003) o direttamente (le sentenze Traghetti del Mediterraneo e Commissione c./Italia, rispettivamente del 2006 e del 2011) la pesante distonia rispetto al diritto comunitario della legge 117/88.

Una legge, prima ancora che (ritenuta) comunitariamente illegittima, rimasta praticamente inapplicata: e ciò non tanto per dinamiche spontanee di miglioramento del servizio 'giustizia', quanto per una serie di meccanismi procedurali e di limiti sostanziali che avevano di fatto svuotato la normativa adottata dopo il referendum 'Tortora' del 1987 di ogni concreto spazio di realizzazione delle sue finalità, che erano (è importante ricordarlo) proprio quelle di garantire una maggiore tutela del cittadino nei confronti degli errori giudiziari, dopo la 'vergogna' del processo al noto presentatore televisivo.

Non doveva essere così; probabilmente non erano queste le intenzioni del legislatore del 1988.

Nella sent. 18 del 1989, la Corte Costituzionale affermò che tale legge rappresentava un adeguato bilanciamento tra le ragioni dell'indipendenza (e la peculiarità della funzione giurisdizionale) e quelle della responsabilità, e del suo sfondo assiologico correlato ad una piena ed effettiva tutela giurisdizionale dei singoli.

Quello però era un giudizio quasi 'astratto', su una legge entrata in vigore pochi mesi prima, e che ancora non si era scontrata con quegli ostacoli 'interni' che le hanno impedito di produrre risultati concreti ed apprezzabili.

Sta di fatto, che in 27 anni di vigenza, la legge 117 non ha mai funzionato: la ricerca di un bilanciamento ragionevole tra indipendenza e responsabilità (e quindi tutela del privato danneggiato dall'uso scorretto del servizio della giustizia) si è risolto in un totale accantonamento del secondo termine.

Eppure, come ho sostenuto anche in altre sedi¹, l'indipendenza *ha bisogno della* responsabilità, è anche responsabilità, e anzi questa è un aspetto non secondario della credibilità e dell'autorevolezza della funzione giurisdizionale, proprio in vista della sua 'missione' costituzionale, che è principalmente quella di dare corpo all'idea della difesa effettiva ed inviolabile dei diritti della persona, che la Repubblica è chiamata (dall'art. 2 Cost.) non solo a *riconoscere* ma a *garantire*, appunto attraverso la figura imparziale del giudice e la struttura (*rectius*: le strutture) del processo (D'Aloia, 2009, 2012).

A questa stregua, non si può mettere in dubbio che, nella versione precedente alla modifica, la legge 117 fosse oggettivamente inadeguata a rispondere allo scopo per cui era stata approvata: era perciò una legge

¹ *La responsabilità del giudice alla luce della giurisprudenza comunitaria*, relazione al Seminario interdisciplinare dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti sul tema *Problemi della giustizia in Italia*, Roma, 8 giugno 2009, in AA.VV., *Problemi attuali della giustizia in Italia*, Seminario dell'A.I.C., Napoli, Jovene, 2010.

'irragionevole' per manifesta inidoneità ad essere portata ad attuazione, e altresì per elusione del mandato referendario che ne aveva determinato l'approvazione.

2. Erano note da tempo, e costantemente ribadite, le ragioni di questo 'blocco' dell'attuazione legislativa. In sintesi, l'asticella della responsabilità era collocata troppo in alto, sia per la rigida tipizzazione dei casi di colpa grave, sia soprattutto a causa della clausola generale di esclusione della responsabilità (la cd. clausola di salvaguardia interpretativa) per "l'attività di interpretazione di norme di diritto [...] e di valutazione del fatto e delle prove (art. 2, comma 2, l. cit.).

Proprio la combinazione di questi due elementi ha in un certo senso finito col chiudere la legge in un recinto di astrazione e di allontanamento dal reale. La netta separazione tra lo spazio della violazione di legge e quello dell'attività interpretativa², con la conseguenza che il primo può ravvisarsi solo al di fuori (o al di qua) dell'ambito di svolgimento della seconda o di ogni sua pur minima manifestazione, ha portato ad 'estremizzare' i casi di "grave violazione di legge determinata da negligenza inescusabile", fino a renderli praticamente in-concepibili. Per aversi responsabilità è necessario che la decisione del giudice si profili come incomprensibile, che è finanche più di (semplicemente!) non giustificabile, tanto che in dottrina si è parlato provocatoriamente di "decisioni giudiziarie folli, che chiamano in causa la psichiatria piuttosto che la tecnica legale"³.

In una sentenza della Corte di Cassazione⁴, si legge che la formula qualificatoria della colpa grave (appunto quella della grave violazione di legge determinata da negligenza inescusabile) "*postula una totale mancanza di attenzione nell'uso degli strumenti normativi, una trascuratezza così marcata da non potere trovare alcuna plausibile giustificazione e da apparire espressione di assoluta incuria e mancanza di professionalità [...] (essa si esprime) nella violazione evidente, grossolana e macroscopica della norma, ovvero ... nella lettura di essa in termini contrastanti con ogni criterio logico, nell'adozione di scelte aberranti nella ricostruzione della volontà del legislatore, nella manipolazione arbitraria del testo normativo, nello sconfinamento nel diritto libero [...]*".

Invero, proprio su questa interpretazione delle condizioni della responsabilità si è appuntata la censura del Giudice comunitario, che nella decisione Commissione c. Italia del 24 novembre 2011 ha rilevato come "...la Repubblica italiana non ha confutato in termini sufficientemente sostanziali e dettagliati l'addebito contestatole dalla Commissione...", vale a dire quello di "*escludere, per effetto dell'art. 2, secondo comma, della legge n. 117/88, qualsiasi responsabilità dello Stato italiano per i danni causati a singoli*

² Per N. Attardi (*Note sulla nuova legge in tema di responsabilità dei magistrati*, in *Giur. It.*, 1989, IV, 306-307) ad esempio, "l'art. 2 contrappone interpretazione e violazione di legge (...). Se non si vuole constatare una contraddizione nell'art. 2, nella parte in cui esclude che l'attività di interpretazione possa dar luogo a responsabilità e nel contempo riconosce una responsabilità per colpa grave in caso di violazione di legge, ... (bisogna) ritenere che lo stesso art. 2 abbia inteso riferirsi solo alle situazioni nelle quali, a monte della violazione, vi sia una svista o un abbaglio sul testo della legge da applicare".

³ Così, V. Roppo, *Responsabilità dello Stato per fatto della giurisdizione e diritto europeo: una case story in attesa del finale*, in *Riv. Dir. Priv.*, 2/2006, 55.

⁴ Corte di Cass., sez. I civ., 20 settembre 2001, n. 11859; ma v., analogamente, anche la sent. n. 7272 del 18 marzo 2008, sempre della Suprema Corte.

derivanti da una violazione del diritto dell'Unione compiuta da uno dei suoi organi giurisdizionali di ultimo grado, qualora tale violazione derivi dall'interpretazione di norme di diritto o dalla valutazione dei fatti e delle prove effettuate dal giudice medesimo".

3. L'art. 1 della l. 18/2015 è chiarissimo nel rivendicare questo obiettivo: restituire la legge ad una dimensione di effettività, anche –e qui forse sta la vera 'causa' della novella legislativa, quella che ha dato altresì la forza di superare le prevedibili e 'storiche' obiezioni all'ampliamento (almeno sulla carta, anche qui bisognerà aspettare che le nuove disposizioni entrino a regime) della responsabilità civile per l'esercizio della funzione giudiziaria-*"alla luce dell'appartenenza dell'Italia all'Unione Europea"*.

La legge 117/88 ormai era da tempo, come si è detto, nel mirino della Corte di Giustizia europea. A parte le avvisaglie indirette del caso Kobler (che riguardava la normativa austriaca), le più recenti sentenze Traghetti del Mediterraneo e Commissione c. Italia avevano chiaramente puntato il dito sui punti deboli della disciplina legislativa italiana.

Per il Giudice comunitario, il nodo problematico era appunto nella integrazione tra clausola di salvaguardia interpretativa e configurazione tassativa dei casi di colpa grave. L'autonomia degli Stati nel definire i presupposti della responsabilità del giudice non può arrivare a pretendere una linea di attivazione che vada oltre il concetto di violazione 'grave' e 'manifesta' (del diritto, non solo comunitario).

In particolare, l'esclusione generale delle attività legate all'interpretazione di norme di diritto appare inaccettabile nella sua absolutezza, proprio perché l'interpretazione è il cuore della giurisdizione, *"rientra nell'essenza vera e propria dell'attività giurisdizionale, poiché, qualunque sia il settore di attività considerato, il giudice, posto di fronte a tesi divergenti o antinomiche, dovrà normalmente interpretare le norme giuridiche pertinenti nazionali e/o comunitarie – al fine di decidere la controversia che gli è sottoposta"* (par. 34 della sentenza TdM).

Insomma, le conclusioni della Corte di Giustizia erano nette e senza molti margini di elusione: *"il diritto comunitario osta ad una legislazione nazionale che escluda, in maniera generale, la responsabilità dello Stato membro per i danni arrecati ai singoli a seguito di una violazione del diritto comunitario imputabile ad un organo giurisdizionale di ultimo grado per il motivo che la violazione controversa risulta da un'interpretazione delle norme giuridiche o da una valutazione dei fatti e delle prove operata da tale organo giurisdizionale"*; come pure *"osta ad una legislazione nazionale che limiti la sussistenza di tale responsabilità ai soli casi di dolo e colpa grave del giudice, ove una tale limitazione conducesse ad escludere la sussistenza della responsabilità dello Stato membro interessato in altri casi in cui sia stata commessa una violazione manifesta del diritto vigente, quale precisata ai punti 53-56 della sentenza 30 settembre 2003, causa C-224/01, Köbler"*.

4. Dunque, le norme del 1988 andavano cambiate. Il problema era come farlo, senza passare da un eccesso all'altro nel complicato equilibrio tra il diritto dei cittadini alla riparazione degli errori giudiziari, che costituisce parte integrante del diritto di difesa e della sua effettività, e la preoccupazione (altrettanto fondata) che un livello di responsabilità troppo accentuato possa

incrinare il senso di indipendenza e la serenità di giudizio del magistrato, la cui attività deve essere, per quanto possibile, *“libera da prevenzioni, timori, influenze che possano indurre il giudice a decidere in modo diverso da quanto a lui dettano scienza e coscienza”* (Corte Cost., sent. 18/1989).

La responsabilità del giudice non può essere come quella di un qualsiasi altro funzionario pubblico (in questo senso restano attuali e tuttora valide le considerazioni di Corte Cost. 2/68). Nemmeno può continuare ad essere, come invece è stato finora, nonostante, o meglio, a causa, della l. 117/88, una parola vuota (proprio la sentenza del 1968 affermava che *“... la singolarità della funzione giurisdizionale, la natura dei provvedimenti giudiziari, la stessa posizione super partes del magistrato possono suggerire ... condizioni e limiti alla sua responsabilità, ma non sono tali da legittimare, per ipotesi, una negazione totale, che violerebbe apertamente quel principio o peccherebbe di irragionevolezza sia di per sé (art. 28) sia nel confronto con l'imputabilità dei pubblici impiegati”*).

Veniamo allora ai contenuti nuovi della responsabilità per l'esercizio della funzione giudiziaria disegnati dalla legge 18/2015.

In primo luogo, la categoria della colpa grave viene allargata fino a ricomprendere “il travisamento del fatto e delle prove” e soprattutto sostituendo alla formula “grave violazione di legge determinata da negligenza inescusabile” l'altra (più espansiva e conforme al parametro comunitario) “violazione manifesta della legge o del diritto dell'Unione Europea”.

Da sola questa modifica non appare determinante (sebbene l'inciso “determinata da negligenza inescusabile” era indubbiamente un fattore di estremizzazione dei casi di colpa grave): lo diventa nel momento in cui il principio ordinario della irresponsabilità per l'attività di interpretazione di norme di diritto o di valutazione del fatto e delle prove viene eroso proprio dalla ricorrenza di un caso di violazione manifesta della legge o del diritto europeo. In altre parole, mentre prima la possibilità di rispondere per colpa grave trovava un limite nella clausola di salvaguardia interpretativa, nel senso che di fronte ad un'attività di questo tipo (che poi è l'attività stessa dello *ius dicere*) ogni colpa grave trovava sostanzialmente una causa generale di giustificazione, con la riforma appena approvata il rapporto tra questi due elementi si inverte, e la colpa grave (nella forma aggiornata della violazione manifesta, ai fini della quale si tiene conto, in particolare, del grado di chiarezza e precisione delle norme violate nonché dell'inescusabilità e della gravità dell'inosservanza, e, in caso di violazione manifesta del diritto dell'Unione europea, anche della mancata osservanza dell'obbligo di rinvio pregiudiziale, nonché del contrasto dell'atto o del provvedimento con l'interpretazione espressa dalla Corte di giustizia dell'Unione europea) costituisce un fattore di disattivazione della clausola di giustificazione e di esclusione della responsabilità legata all'interpretazione.

Insomma, il cambiamento è forte, anche se solo l'applicazione della legge nel tempo ci dirà quanto il modello sia veramente cambiato. Anche il Presidente della Repubblica, l'altro giorno, nel discorso ai giovani magistrati, ha sottolineato la necessità di valutare attentamente gli effetti concreti della legge che ha modificati il sistema della responsabilità civile dei magistrati.

5. Sono indirizzate al recupero di effettività della responsabilità civile dei magistrati anche altre disposizioni della legge 18. In particolare:

- a) viene abrogato l'art. 5 che imponeva un anomalo e (ulteriormente) dissuasivo "pre-giudizio" di ammissibilità sulle azioni di responsabilità civile;
- b) è allungato a due anni il termine per l'azione di rivalsa dello Stato nei confronti del magistrato, anche se l'obbligo di esercitare tale azione riguarda le sole ipotesi in cui la responsabilità del magistrato derivi da diniego di giustizia ovvero le situazioni di colpa grave tipizzate siano accompagnate da una negligenza inescusabile;
- c) si prevede che costituisce responsabilità contabile il mancato esercizio dell'azione di regresso.

La legge mantiene invece un fondamentale (almeno a mio avviso) elemento di equilibrio tra indipendenza e responsabilità confermando il carattere 'indiretto' della responsabilità civile per l'esercizio della funzione giudiziaria. L'azione del cittadino può infatti essere indirizzata solo nei confronti dello Stato: è lo Stato a rispondere dei danni conseguenti all'illecito esercizio della funzione giudiziaria, potendo poi rivalersi (anzi, la rivalsa è un vero e proprio obbligo, con i limiti prima segnalati) nei confronti dei magistrati.

La responsabilità 'diretta', pure proposta in molti ddl, oltre a non essere una soluzione richiesta dal diritto europeo, rischierebbe davvero di rappresentare un elemento di forte distorsione della serenità di giudizio, e dell'indipendenza del magistrato.

In conclusione, allora, bene ha fatto il legislatore ad allentare le rigidità preclusive della l. 117/88, mantenendo però la struttura 'indiretta' della responsabilità, che deve essere (in prima battuta) dello Stato.

**Ordinario di diritto costituzionale - Università di Parma

Corte costituzionale, bilanciamento di interessi e principio di precauzione

Giovanni Di Cosimo*

(10 marzo 2015)

1. Forma semplice

Alcune pronunce costituzionali si soffermano sul ruolo che il principio di precauzione gioca nelle ipotesi di bilanciamento fra interessi di rilievo costituzionale¹. Il principio contribuisce a definire il punto di equilibrio fra i principi confliggenti pur non essendo uno di essi. Ciò avviene in due forme.

La prima si trova nel caso degli OGM nel quale i termini del bilanciamento sono rappresentati dalla libertà di iniziativa economica, da un lato, e dal binomio fra salute e ambiente, dall'altro (sent. 116/2006). In questa occasione la Corte costituzionale chiarisce che il principio di precauzione costituisce lo strumento per imporre limiti alla libertà di iniziativa economica dell'imprenditore agricolo «nell'interesse dell'ambiente e della salute umana»².

Più precisamente, il principio di precauzione serve a limitare uno dei principi coinvolti nel bilanciamento per evitare che arrechi danni eccessivi all'altro. Come ricorda la Corte, nel caso degli OGM l'obiettivo si desume dallo stesso testo costituzionale, dato che, in forza del secondo comma dell'art. 42, la libertà di iniziativa economica non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale, e quindi non deve provocare «danni sproporzionati all'ambiente e alla salute». La Corte non lo dice espressamente, ma questo aggancio costituzionale è importante per supportare l'operazione ermeneutica che porta a condizionare il bilanciamento dall'esterno per mezzo del principio di precauzione. In effetti il legislatore non inserisce tale principio fra quelli confliggenti ma la Corte lo fa intervenire comunque sulla scena per via interpretativa. Il principio di precauzione è strumentale alla più efficace tutela di uno o più dei principi interni, segnatamente salute e ambiente. Impedisce che uno dei termini del bilanciamento venga eccessivamente sacrificato nella tensione con l'altro e lo fa segnando un limite all'azione del principio confligente in base alla considerazione – sulla quale torno fra poco – che vi sia incertezza scientifica in merito al rischio di danni per ambiente e salute³.

In definitiva, il principio di precauzione non è compreso fra i principi da bilanciare ma limita uno di essi in favore dell'altro. In questo modo contribuisce a tarare il meccanismo

¹ Sulla giurisprudenza costituzionale relativa al principio cfr. S. Grassi, A. Gragnani, *Il principio di precauzione nella giurisprudenza costituzionale, in Biotecnologie e tutela del valore ambientale*, a cura di L. Chieffi, Torino, 2003, 149 ss.; G. Di Cosimo, *Il principio di precauzione nella recente giurisprudenza costituzionale*, in *Federalismi.it*, n. 25/2006; G. Galasso, *Il principio di precauzione nella disciplina degli OGM*, Torino, 2006, 49 ss.; L. Butti, *The precautionary principle in environmental law*, Milano, 2007, 99 ss. La Corte ha evitato di offrire una lettura estensiva del principio ispirata a una logica di cautela eccessiva (così G. Manfredi, *Note sull'attuazione del principio di precauzione in diritto pubblico*, in *Diritto pubblico*, 3/2004, 1106). Sul principio di precauzione nell'ordinamento italiano cfr., da ultimo, S. Grassi, *Problemi di diritto costituzionale dell'ambiente*, Milano, 2012, 102 ss.

² Sul nesso fra il principio di precauzione e gli OGM cfr. P. Milazzo, *Alcune questioni di interesse costituzionale in materia di organismi geneticamente modificati in agricoltura*, in *Diritto pubblico*, 1/2005, 232 ss.; F. Rossi Dal Pozzo, *Profili comunitari ed internazionali della disciplina degli organismi geneticamente modificati*, Milano, 2005, 203 ss.; L. Marini, *Principio di precauzione, sicurezza alimentare e organismi geneticamente modificati nel diritto comunitario*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 1/2004, 7 ss. Per la tesi che alcune leggi regionali sugli OGM hanno richiamato impropriamente il principio cfr. P. Borghi, *Culture geneticamente modificate, ordinamenti e competenze: problemi di coesistenza*, in *Le Regioni*, 5/2006, 976.

³ Il principio «implica una forma di bilanciamento, con una preferenza per l'avversione al rischio»: C.R. Sunstein, *Il diritto della paura. Oltre il principio di precauzione* (2005), trad. it., Bologna, 2010, 81.

determinando un diverso equilibrio fra i principi confliggenti, spostandolo a favore di ambiente e salute.

2. Presupposto

La sentenza sugli OGM precisa inoltre che il principio di precauzione può essere invocato solo a seguito della verifica delle conoscenze scientifiche in merito al pericolo che corrono i principi che si avvantaggiano dalla sua applicazione. Il limite che il principio oppone alla libertà di iniziativa economica è costituzionalmente giustificato se viene preceduto da una verifica dello stato delle conoscenze scientifiche; la libertà può essere limitata solo a seguito di tale accertamento. Questo perché il principio di precauzione presuppone l'esistenza di una situazione di incertezza scientifica che, appunto, deve essere appurata⁴.

Un ragionamento analogo si trova nella decisione sulla legge regionale che sospende secondo la logica della precauzione certe terapie psichiatriche finché non si dimostri che non provocano danni temporanei o permanenti al paziente (sent. 282/2002). Anche in questo caso la Corte indica la necessità che l'intervento normativo si fondi su «specifiche acquisizioni tecnico-scientifiche verificate da parte degli organismi competenti»⁵. Il legislatore può far ricorso al principio se previamente verifica l'esistenza delle condizioni di incertezza scientifica che ne giustificano l'applicazione⁶. Non può invocarlo arbitrariamente e la Corte si riserva di valutare la effettiva presenza dei presupposti per applicarlo. A tal riguardo la decisione richiama il precedente della sentenza sul multitrattamento Di Bella che, in base all'«essenziale rilievo che, in questa materia, hanno gli organi tecnico-scientifici», sostiene che non spetta alla Corte sostituire il proprio giudizio a quello di tali organi (sent. 185/1998)⁷.

Tuttavia la decisione sulle terapie psichiatriche non convince completamente nel punto in cui trascura che il legislatore regionale ha deciso sulla base di valutazioni di organismi scientifici nazionali e internazionali e tenendo conto dello stato di incertezza in merito alla pericolosità di tali terapie; e nel punto in cui sottovaluta il ruolo dell'evoluzione tecnico-scientifica in merito alla identificazione dei rischi⁸.

Rispetto a questo quadro, il Consiglio di Stato ha aggiunto che gli sviluppi della ricerca hanno rilievo anche se non sono espressamente recepiti dal legislatore purché siano coerenti con la *ratio* della normativa che nel caso di specie riguarda l'autorizzazione integrata ambientale (sez. V, sent. 4588/2014). Il giudice amministrativo si riferisce alle valutazioni scientifiche di un ente non riconosciuto in Italia ma ugualmente utilizzate dall'amministrazione per negare il rilascio dell'autorizzazione integrata ambientale. Questo orientamento muove dal giusto presupposto del carattere internazionale della comunità

4 L'applicazione del principio di precauzione «concerne il rischio che comunque possa essere individuato a seguito di una preliminare valutazione scientifica obiettiva» (codice dell'ambiente, art. 301 co. 2). «Il ricorso al principio di precauzione interviene unicamente in un'ipotesi di rischio potenziale, anche se questo rischio non può essere interamente dimostrato, o la sua portata quantificata o i suoi effetti determinati per l'insufficienza o il carattere non concludente dei dati scientifici» (Comunicazione della Commissione UE del 2 febbraio 2000).

5 Pur decidendo una questione in via principale, la sentenza segue un filo di ragionamento relativo alla tutela dei diritti della persona piuttosto che all'individuazione dell'ambito materiale di competenza legislativa (cfr. F. De Leonardis, *Il principio di precauzione nell'amministrazione di rischio*, Milano, 2005, 234 ss.).

6 Nella successiva sent. 406/2005 la Corte afferma che il principio di precauzione «rappresenta un criterio direttivo che deve ispirare l'elaborazione, la definizione e l'attuazione delle politiche ambientali della Comunità europea sulla base di dati scientifici sufficienti e attendibili valutazioni scientifiche circa gli effetti che possono essere prodotti da una determinata attività».

7 Concetto ripreso da ultimo dalla sent. 274/2014 sul caso Stamina.

8 A. Gragnani, *Principio di precauzione, libertà terapeutica e ripartizione di competenze fra Stato e regioni*, in *Il Foro italiano*, 2003, I, 407 ss.; ID., *Il principio di precauzione come modello di tutela dell'ambiente, dell'uomo, delle generazioni future*, in *Rivista di diritto civile*, 1/2003, 39 ss.

scientifico; non conta la nazionalità dell'organismo che elabora l'approfondimento più recente ma se è attendibile⁹.

3. Forma complessa

La seconda forma di concorso del principio di precauzione al bilanciamento di interessi si trova nel caso Ilva. È più sofisticata di quella precedente perché il legislatore predispone un meccanismo che affianca un atto amministrativo alla legge. Per capire meglio come funziona occorre richiamare brevemente i termini della vicenda. Il giudice *a quo* ritiene che alcune disposizioni del decreto legge sulla "tutela della salute, dell'ambiente e dei livelli di occupazione, in caso di crisi di stabilimenti industriali di interesse strategico nazionale" violino il primo comma dell'art. 117 della Costituzione in riferimento al parametro interposto dell'art. 191 del TFUE che disciplina il principio di precauzione, perché consentono lo svolgimento di attività industriali dannose per salute e ambiente.

Come risulta già dal titolo del decreto, siamo in presenza di principi confliggenti¹⁰. La Corte risponde che sulla base del dato normativo spetta al provvedimento autorizzatorio individuare il punto di equilibrio, e che nel cercarlo deve applicare il principio di precauzione (insieme ad altri principi relativi alla materia ambiente: di prevenzione, correzione alla fonte, informazione e partecipazione). Anche in questo caso il principio di precauzione non è contemplato dal legislatore fra quelli da bilanciare, e nondimeno viene richiamato per via interpretativa. Il procedimento che conduce all'autorizzazione integrata ambientale (AIA) è lo «strumento attraverso il quale si perviene, nella previsione del legislatore, all'individuazione del punto di equilibrio in ordine all'accettabilità e alla gestione dei rischi, che derivano dall'attività oggetto dell'autorizzazione», in altre parole alla definizione del punto di equilibrio fra i principi in ballo nella vicenda (diritto alla salute vs diritto al lavoro).

Più precisamente, per questo tipo di stabilimenti industriali il decreto legge prevede il riesame dell'autorizzazione e indica il «fine di assicurare la più adeguata tutela dell'ambiente e della salute secondo le migliori tecniche disponibili», al cui perseguimento è strumentale il principio di precauzione, che si scontra con l'altro fine pure indicato, quello della «assoluta necessità di salvaguardia dell'occupazione e della produzione».

4. Differenze

Tanto nel caso OGM quanto nel caso Ilva il legislatore cerca di bilanciare i principi costituzionali coinvolti. Però nel secondo caso, a causa della complessità della materia e degli aspetti tecnici, il dato normativo non è in grado di conseguire in maniera soddisfacente l'obiettivo. Il legislatore rimanda pertanto a un atto amministrativo che presenta il vantaggio di poter essere aggiornato alla luce degli sviluppi delle valutazioni tecnico/amministrative¹¹. La revisione del provvedimento autorizzatorio consente di verificare se regge l'equilibrio fra i principi costituzionali. Nell'ambito di questo atto, che è il frutto di contributi tecnici e amministrativi, trovano spazio anche valutazioni relative al

⁹ La giurisprudenza della Corte di giustizia ha evidenziato che l'organo che accerta l'esistenza del rischio potenziale deve: possedere le conoscenze tecniche necessarie; essere riconosciuto dalla comunità scientifica; essere indipendente (cfr. F. De Leonardis, *Il principio di precauzione*, in *Studi sui principi del diritto amministrativo*, a cura di M. Renna, F. Saitta, Milano, 2012, 426).

¹⁰ In realtà il decreto appare sbilanciato a favore delle esigenze economiche legate all'occupazione (così A. Morelli, *Un drammatico bilanciamento fra principi costituzionali*, in *Diritto penale contemporaneo*, 1/2013, 11; G. Arconzo, *Il decreto legge "ad Ilvam" approda alla Corte costituzionale: osservazioni preliminari al giudizio di costituzionalità*, ivi, 27).

¹¹ Come è stato giustamente osservato, per tali situazioni sarebbero opportune regole più generali sul concorso fra autorità amministrativa e autorità giudiziaria (R. Bin, *Giurisdizione o amministrazione, chi deve prevenire reati ambientali? Nota alla sentenza "Ilva"*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 3/2013, 1510).

principio di precauzione che dunque concorre a ridefinire il punto di equilibrio fra i principi confliggenti.

La Corte precisa peraltro che non è compito del giudice controllare le valutazioni tecniche contenute nel provvedimento di autorizzazione all'esito del riesame¹². Non può farlo nemmeno adducendo valutazioni e dati tecnici di segno diverso. Resta fermo che il provvedimento può essere impugnato davanti al giudice da chi lo ritenga illegittimo per violazione di un proprio diritto o interesse legittimo.

Ciò che distingue la vicenda Ilva rispetto al caso OGM è che il legislatore non si limita a tratteggiare in termini generali il bilanciamento, ma aggiunge che il punto di equilibrio debba essere stabilito più precisamente da un atto amministrativo per mezzo del quale fa ingresso un insieme eterogeneo di valutazioni collegate al principio di precauzione¹³. Come dice la Corte, il legislatore adotta uno schema che si basa sulla «combinazione tra un atto amministrativo (...) ed una previsione legislativa, che assume come punto di partenza il nuovo equilibrio tra produzione e ambiente delineato nell'AIA riesaminata». La scelta della combinazione fra atto normativo e atto amministrativo consente di modificare il punto di equilibrio rendendo giustizia al carattere dinamico del bilanciamento di cui parla la Corte¹⁴. In tal modo le coordinate normative del punto di equilibrio possono essere adeguate ai mutamenti intervenuti. Il punto iniziale di equilibrio corrispondente al rilascio dell'autorizzazione viene spostato a seguito della verifica e dell'efficacia delle prescrizioni iniziali da parte da organismi tecnici. Secondo la Corte il punto di equilibrio che viene così definito deve presumersi ragionevole proprio perché l'atto è il risultato di plurimi contributi tecnici e amministrativi.

Tuttavia con l'espedito della combinazione fra legge e atto amministrativo si corre il rischio che la decisione precauzionale sia di fatto rimessa ai soggetti tecnici che predispongono il provvedimento autorizzatorio, mentre dovrebbe essere presa dagli organi politici, dato che «la scelta della risposta da dare di fronte ad una certa situazione deriva (...) da una decisione eminentemente politica, funzione del livello del rischio "accettabile" dalla società che deve sopportarlo»¹⁵.

12 Se i giudici svolgessero apprezzamenti discrezionali di questo tipo ne risulterebbe alterato l'equilibrio dei poteri (V. Onida, *Un conflitto di poteri sotto la veste di questione di costituzionalità: amministrazione e giurisdizione per la tutela dell'ambiente. Nota a Corte costituzionale, sentenza n. 85 del 2013*, in *Rivista*, 3/2013).

13 La legittimazione dell'approccio precauzionale consiste nell'organizzare una procedura per incanalare valutazioni scientifiche, politiche ed economiche (cfr. L. Buffoni, *La "dottrina" della sviluppo sostenibile e della solidarietà generazionale. Il giusto procedimento di normazione ambientale*, in *Federalismi.it*, 8/2007, 11). Peraltro si sostiene che occorra prendere in esame solo una parte dei dati relativi alla situazione di rischio; ciò allo scopo di evitare che il principio di precauzione, che suggerisce l'adozione di misure le quali a loro volta generano nuovi rischi, risulti paralizzante (C.R. Sunstein, *Beyond the Precautionary Principle*, in *U Penn Law Rev.*, vol. 151, n. 3, 2003, 1003 ss.; ID., *Il diritto della paura* cit.).

14 «La Costituzione italiana, come le altre Costituzioni democratiche e pluraliste contemporanee, richiede un continuo e vicendevole bilanciamento tra principi e diritti fondamentali, senza pretese di assolutezza per nessuno di essi. La qualificazione come "primari" dei valori dell'ambiente e della salute significa pertanto che gli stessi non possono essere sacrificati ad altri interessi, ancorché costituzionalmente tutelati, non già che gli stessi siano posti alla sommità di un ordine gerarchico assoluto. Il punto di equilibrio, proprio perché dinamico e non prefissato in anticipo, deve essere valutato – dal legislatore nella statuizione delle norme e dal giudice delle leggi in sede di controllo – secondo criteri di proporzionalità e di ragionevolezza, tali da non consentire un sacrificio del loro nucleo essenziale» (Corte costituzionale, sent. 85/2013).

15 Cfr. Comunicazione della Commissione UE del 2 febbraio 2000. La decisione finale in merito alle misure cautelative compete ad autorità politiche titolari di potestà normative (per questa precisazione cfr. M. Cecchetti, *La funzione normativa di fronte alle sfide del "governo" dell'incertezza scientifica*, in *Forme di responsabilità, regolazione e nanotecnologie*, a cura di G. Guerra, A. Muratorio, E. Pariotti, D. Ruggiu, Bologna, 2011, 146). Sul rapporto fra il dato tecnico/scientifico e il dato normativo cfr., da ultimo, G. Di Cosimo, *Osservazioni conclusive*, in *Spazio della tecnica e spazio del potere nella tutela dei diritti sociali*, a cura di P. Bonetti, A. Cardone, A. Cassatella, F. Cortese, A. Deffenu, A. Guazzarotti, Roma, 2014, 219 ss. Sull'adozione di misure precauzionali da parte dell'amministrazione cfr. S. Spuntarelli, *Normatività del*

*Ordinario di diritto costituzionale – Università di Macerata

L'elezione indiretta del Senato: la peggiore delle soluzioni possibili

Roberto Bin

(20 marzo 2015)

1. *Le false ragioni di un Senato inutile.* - La riforma del Senato sembra irrimediabilmente orientata all'elezione indiretta dei suoi componenti. È la soluzione peggiore tra quante sono prospettabili. Provo a spiegare le ragioni di un'affermazione così *tranchant*.

Nella sua proposta iniziale, il governo aveva delineato una soluzione ben diversa: Senato composto da presidenti di regione e sindaci del capoluogo, nonché da due consiglieri regionali e due sindaci eletti indirettamente dai consigli regionali. Non era certo una soluzione semplice né completamente persuasiva. Tuttavia era un'ipotesi perfettibile con qualche ritocco: per esempio, togliendo la regola della pari rappresentanza delle regioni e inserendo invece la regola per cui i rappresentanti di una regione devono comunque esprimere un voto unitario¹. Invece nel dibattito parlamentare, prima in Senato e poi alla Camera, questa impostazione è stata sfigurata, giungendo alla soluzione del senato eletto indirettamente dai consigli regionali, per metà nel loro seno, per l'altra tra i sindaci in carica. Di voto unitario non si parla proprio, anzi si prevede che l'elezione dei senatori avvenga con metodo proporzionale per liste contrapposte, garantendo così che la rappresentanza della regione si presenti spaccata lungo la stessa *cleavage* che separa le componenti politiche in regione.

È chiaro che così si prefigura una camera in cui non ci sarà una rappresentanza dei territori: tale cioè da avere l'autorità di confrontarsi con le istituzioni politiche nazionali, e in particolare con la camera di rappresentanza democratica dei cittadini e con il governo retto dalla sua maggioranza. Sarà invece il luogo in cui l'eco delle vicende politiche locali si intreccerà con il dibattito politico nazionale: i "senatori regionali" si organizzeranno per gruppo politico e replicheranno le consuete schermaglie politiche che deliziano il nostro paese, alimentate per di più dalle schermaglie politiche locali.

Perché si è giunti a questo risultato? Spulciando nei resoconti parlamentari, assai caotici, emergono alcuni temi ricorrenti, tutti squisitamente teorici e retorici. Il più comune si appella al principio democratico, che ovviamente deve presiedere alla costituzione delle assemblee parlamentari, e insiste sull'esigenza di difendere la "rappresentatività" del Senato: un ramo del Parlamento in cui siedono presidenti di regione e sindaci in carica sarebbe un senato "di nominati", privo di legittimazione democratica. Questo argomento, come molti di quelli usati nel dibattito parlamentare e sui giornali, impasta considerazioni fondate e condivisibili con altre alquanto superficiali e "tattiche". Può far sorridere la particolare circostanza storica per cui nessun parlamento merita l'etichetta di "parlamento di nominati" più di quello attuale, grazie agli effetti del "*porcellum*" certificati dalla Corte costituzionale: ma se si incomincia così si può anche dubitare persino che questo parlamento sia legittimato a por mano a una vasta revisione costituzionale – argomento che affiora di frequente, però più fuori che dentro il parlamento stesso. Ma quanto c'è di fondato in questa critica?

2. *Gli equivoci sulla "rappresentatività" delle Camere* - Ci sono almeno tre argomenti che vanno considerati. In primo luogo, che non è affatto scontato che un ramo del parlamento debba sempre e comunque legittimarsi in base al principio democratico e

¹ In questo senso cfr. R. Bin, *Coerenze e incoerenze del disegno di legge di riforma costituzionale: considerazioni e proposte* (22 aprile 2014), in www.forumcostituzionale.it/wordpress/images/stories/pdf/documenti_forum/paper/0464_bin.pdf.

attraverso meccanismi elettorali diretti. "Rappresentanza" è un concetto complesso, che non può essere schiacciato su quello di rappresentanza del corpo elettorale nazionale. Senza affrontare un tema di elevatissima complessità teorica, basti ricordare due dati. Il primo è che la stessa Assemblea costituente, scegliendo la formula per cui il Senato è "eletto su base regionale", aveva abbozzato un'ipotesi di scostamento della composizione della seconda camera dal principio democratico-rappresentativo della Nazione. È vero che il progetto è stato solo abbozzato, ma l'intenzione di fondo era chiara e ampiamente condivisa dalla gran maggioranza dei costituenti. Anche la scelta di una durata diversa del mandato del Senato rispetto a quello della Camera e di un metodo di elezione differente veniva a scolorire quello che invece poi si è imposto di fatto (nonché attraverso una revisione costituzionale e la legge elettorale per il Senato), cioè la perfetta omologazione delle due camere e il rafforzamento del bicameralismo perfetto.

In secondo luogo è semplicemente assurdo definire "nominati" *leader* politici locali che, per raggiungere la carica che li può qualificare come senatori, hanno superato un vaglio elettorale altamente competitivo (spesso preceduto da elezioni primarie) e ottenuto centinaia di migliaia di voti liberamente espressi dai loro cittadini proprio "sulla persona". La loro legittimazione democratica a rappresentare i rispettivi territori è fuori discussione, dunque: se poi la si confronta con quella di molti oscuri parlamentari attuali – alcuni noti a livello nazionale solo per le fortunate imitazioni di qualche comico – la critica appare a dir poco spudorata.

Infine non sarebbe inopportuno uscire dal provincialismo del dibattito parlamentare e guardare fuori dai confini italiani, dove tra gli altri paesi che optano per il bicameralismo è regola costante che la seconda camera non risponda affatto al principio di rappresentanza diretta del corpo elettorale. Gli Uffici studi delle camere hanno messo a disposizione del resto ottimi testi di comparazione che riassumono il modo di intendere e organizzare il bicameralismo negli altri paesi², di cui evidentemente si è tenuto scarso conto durante i lavori parlamentari.

C'è un dato di fatto su cui conviene riflettere. La soluzione della seconda camera eletta indirettamente ha due antecedenti importanti, quello austriaco tuttora vigente e quello statunitense prima della riforma del 1913. Sono due antecedenti che dovrebbero far riflettere i nostri deputati e senatori, perché hanno un tratto comune: entrambi hanno dato esiti fallimentari.

3. È consigliabile seguire l'esempio del Bundesrat austriaco? - L'inutilità del *Bundesrat* austriaco è ormai diventata una sorta di luogo comune del diritto comparato³. La causa di ciò risiede principalmente nelle modalità con cui l'organo è costituito: modalità che – guarda caso – sono assai simili a quelle disegnate dalla proposta di riforma uscita dal dibattito parlamentare italiano. I membri dell'organo austriaco sono eletti dalle assemblee dei *Länder* di cui possono, anche se non devono, essere componenti (ma devono avere i requisiti per esserlo); come è previsto dal disegno di riforma per i nostri futuri senatori, non sono soggetti a vincolo di mandato; sono eletti sulla base di liste di partito secondo il principio di proporzionalità e, una volta insediati, si organizzano per gruppi politici, non territoriali⁴.

² Si veda ad es. i Dossier www.senato.it/service/PDF/PDFServer/BGT/00749740.pdf, www.senato.it/service/PDF/PDFServer/BGT/00739601.pdf, www.senato.it/japp/bgt/showdoc/17/DOSSIER/752013/index.html

³ Cfr. F. Palermo, *Il federalismo austriaco: un cantiere sempre aperto*, in <http://www.issirfa.cnr.it/4230,949.html>, che gli attribuisce "un ruolo assolutamente insignificante".

⁴ <http://www.parlament.gv.at/PERK/NRBRBV/BR/MBR/index.shtml>.

Ecco riassunte le ragioni dell'inutilità dell'organo: esso riproduce - come "un'immagine allo specchio"⁵ - la camera eletta democraticamente dai cittadini, ma non ne svolge le funzioni propriamente politiche (legate alla fiducia del Governo e pienamente responsabili della formazione delle leggi), perché manca della legittimazione sufficiente. Come scrive un autorevole autore austriaco, abbozzando qualche consiglio in prospettiva di una riforma in senso federale della seconda camera, "*what clearly cannot be recommended, woul be a second chamber of Austrian style*", a causa dei suoi "*congenital defects*"⁶. Ma è un consiglio che in Italia non viene seguito, a quanto pare.

4. Perché è stato riformato il Senato americano? – In origine i senatori degli Stati Uniti erano eletti indirettamente dai parlamenti degli stati membri. I costituenti pensavano che questo metodo fosse più "nobile, funzionale e pratico"⁷: ma più di un secolo dopo, nel 1913, decisero di cambiarlo, passando all'elezione diretta. Come mai? I costituenti americani non potevano prevedere il ruolo che i partiti avrebbero assunto nella vita politica del paese, e confidavano perciò che la scelta dei parlamenti locali sarebbe caduta sui candidati migliori, i più capaci a interpretare gli interessi dello stato di appartenenza, ma anche gli interessi dell'intera nazione. L'esperienza smentì però questi buoni auspici. La scelta dei senatori divenne l'oggetto della contesa tra i partiti locali, anzi il punto di scontro più acceso, e quindi il teatro delle pratiche più ignobili di faziosità, di voto di scambio, di corruzione. Non era la volontà popolare a determinare il risultato, ma le dirigenze politiche; e spesso le lotte politiche tra e nei partiti impedivano persino che l'elezione si compisse, compromettendo il regolare funzionamento delle procedure costituzionali dell'Unione. Per di più, una volta eletti, i senatori rifiutavano di ricevere dai loro stati di appartenenza direttive su come votare in Senato, pretendendo di rappresentare l'intera Nazione e così rifiutando qualsiasi ipotesi di mandato imperativo: mentre, per altro verso, quando vigeva l'elezione indiretta dei senatori, assai frequente era la pratica di una migrazione degli eletti verso incarichi governativi, magari per poi far ritorno in Senato al turno elettorale successivo⁸.

Divenne un problema così scottante e urgente che già prima della Guerra Civile ci furono tentativi di disciplinare a livello federale le modalità di elezione dei senatori, con l'obiettivo di assicurare trasparenza e controllo dell'opinione pubblica. In alcuni stati si cercò di ovviare al problema introducendo l'obbligo di votazioni primarie con cui i cittadini potevano selezionare i candidati che poi sarebbero stati eletti dal parlamento locale (il c.d. *Oregon Plan*). Nel 1912, quando il Senato federale approvò il XVII emendamento, quasi il 60% dei senatori era già *de facto* eletto con votazioni sostanzialmente dirette.

La riforma costituzionale non ha risolto i problemi del Senato americano: proposte di revocarla non sono mancate, anche perché l'elezione diretta, se ha reso più trasparente il rapporto di rappresentanza dei senatori con gli elettori, ha attenuato il rapporto di rappresentanza con gli interessi dello stato di appartenenza. La funzione di rappresentanza "federale" – che costituiva la giustificazione originaria del Senato federale, eretto dalla Costituzione come presidio dei diritti e degli interessi degli stati membri⁹ - si è smarrita in nome della funzione di rappresentanza "democratica". E poi, con l'elezione diretta, la pressione degli interessi economici sul comportamento dei senatori non sembra

⁵ H. Schäffer, *The Austrian federalism: Situation and perspectives*, in *Federalismo y regionalism*, a cura di D. Valadés e J.M. Serna de la Garza, Universidad Nacional Autónoma de México 2005, 2005, 134.

⁶ H. Schäffer, *The Austrian federalism* cit., 151.

⁷ W.J. Schiller-C. Stewart III, *Electing the Senate: Indirect Democracy before the Seventeenth Amendment*, Princeton 2014, 1.

⁸ Cfr. A.R. Amar, *Indirect Effects of Direct Election: A Structural Examination of the Seventeenth Amendment*, in 49 *Vand. L. Rev.* (1996), 1356 ss.

⁹ Cfr. A.R. Amar, *Indirect Effects* cit., 1349.

affatto diminuita: anzi, l'elezione diretta ha ridotto l'isolamento dei senatori, una volta eletti, dagli interessi economici – o forse è semplicemente cambiato il tipo di interessi economici che "pesa" di più, data la rilevanza istituzionale del Senato e l'impegno finanziario che comportano le campagne per esservi eletti o rieletti.

5. Cui prodest? – Non credo che la riforma del Senato muterà l'assetto dei rapporti tra istituzioni costituzionali e gruppi di interesse¹⁰. Il Senato "riformato" semplicemente non svolgerà alcuna funzione effettiva e anche le *lobby* lo trascureranno. Ciò non a causa della scarsa dotazione di competenze che gli riconosce il testo del disegno di riforma, ma a causa della sua composizione.

Il ruolo e il "peso" di un'istituzione non è dato dall'elenco delle sue competenze scritto in costituzione, ma dalla sua autorità politica. Abbiamo almeno un esempio luminoso della validità di questo teorema. Il Parlamento europeo ha cambiato il suo ruolo non perché a un certo punto i trattati gli abbiano conferito nuove e maggiori funzioni, ma perché è stato cambiato il suo sistema di elezione. L'anno stesso della sua prima elezione diretta, il Parlamento europeo ha compiuto un gesto inatteso, usando l'unica competenza che gli fosse riconosciuta: l'approvazione del bilancio. Bocciando il bilancio predisposto dalla Commissione e approvato dal Consiglio, il Parlamento ha iniziato una trattativa politica con le altre istituzioni che ne ha radicalmente mutato il ruolo. I trattati sono venuti dopo, registrando gli "accordi interistituzionali" che si erano imposti *de facto*.

L'esperienza degli altri paesi ci illumina troppo chiaramente sul futuro del nostro Senato se verrà eletto dai consigli regionali: le funzioni che gli affida la Costituzione "riformata" sono fin troppe e non verranno mai svolte con efficacia, perché il Senato non avrà alcuna autorità per esercitarle con forza. Né le regioni né il Governo vedranno nel Senato la sede in cui si svolgono le trattative e le mediazioni necessarie alla leale cooperazione tra livelli di governo: gli stessi presidenti di regione si disinteressano di ciò che avviene in Senato. E chi sarà il sindaco disposto a impiegare il suo tempo e far gravare sulle finanze del "suo" bilancio i costi di missioni a Roma prive di qualsiasi rilevanza? I sindaci continueranno a "parlare" con il Governo attraverso l'Anci.

Il Senato servirà da "cimitero degli elefanti", un luogo dove mantenere nelle istituzioni parlamentari politici ormai esclusi dal circuito principale della politica, ma troppo abituati alla vita romana per poterci rinunciare. Li vedremo candidarsi alle elezioni regionali, contando che il proprio partito li metta nella lista che il consiglio regionale voterà, non senza qualche resistenza e molte polemiche: in fondo, qualche gita a Roma a carico del bilancio regionale può fare gola a tutti... e poi c'è il titolo!

Tutt'altra cosa sarebbe un Senato in cui siedono i presidenti delle regioni e in cui la rappresentanza regionale si esprimesse solo con un voto unitario. Cosa portare in discussione a Roma e quale posizione sostenere sarebbe frutto di una discussione preventiva, svolta in regione: e il Senato sarebbe un luogo di discussione tra le regioni e di esse con il governo. Le competenze formali scritte sulla carta si riempirebbero di contenuti sostanziali, perché quella sarebbe una sede politica capace di esercitare un ruolo effettivo perché dotata di una legittimazione reale. Ma forse è proprio questo ciò che non si vuole.

Il vero problema della riforma costituzionale in discussione è il grave *deficit* culturale che in essa si manifesta. Sembra che il vero problema dell'Italia sia limitare il peso delle regioni e delle autonomie, e assicurare al centro la possibilità di governare senza troppe interferenze. Tutta la questione dello spostamento di qualche etichetta da uno all'altro

¹⁰ Come vorrebbe l'analisi economica delle costituzioni: "*constitutions, in establishing the structure of government, establish the procedures that interest groups must follow in order to obtain passage of the laws they favor*" (J.R. Macey, *Competing Economic Views of the Constitution*, in 56 *Geo. Wash. L. Rev.* (1987-1988), 72).

degli elenchi delle materie, della soppressione della potestà concorrente, dell'affermazione stentorea della prevalenza dell'interesse nazionale è vuota di contenuto, ma non di significato. Vuota di contenuto, perché la Corte costituzionale ha già provveduto da anni a riparare alcune troppo ardite e confuse innovazioni introdotte dalla riforma del titolo V nel 2001 e ad assicurare sempre e comunque la prevalenza degli interessi unitari sull'autonomia legislativa regionale. Le innovazioni che ora si vorrebbero introdurre non sposterebbero di nulla gli assetti attuali. Ma la riforma, così povera di contenuti, assume un significato evidente: che le istituzioni centrali, quelle parlamentari in particolare e le stesse segreterie partitiche, nutrono un malcelato disprezzo per le autonomie. In esse vedono un pericolo per la perdurante preminenza delle istituzioni centrali in cui operano. In ciò si trovano in totale concordia con le burocrazie ministeriali, perché il punto da difendere è lo stesso: è a Roma che si deve concentrare il potere di governo. L'idea stessa che i presidenti delle regioni o i sindaci possano "occupare" una delle sedi parlamentari è sconvolgente e va respinta, magari con la paradossale motivazione che essi non sarebbero "eletti" ma "nominati". Il quadro è anche più esteso: come si evince da tutte le leggi proposte e approvate negli ultimi anni, le autonomie sono un disturbo e vanno "normalizzate": basta con i piccoli comuni, province e città metropolitane vanno regolarizzate con legge nazionale, le regioni devono essere uniformate. Siccome l'autonomia è legata a doppio filo con la diversità (se no a che cosa servirebbe?)¹¹, entrambe vanno ridotte al minimo possibile.

Non è un *deficit* culturale solo per quel che riguarda la "cultura dell'autonomia", ma lo è anche per la "cultura di governo". Pensare che il Parlamento possa convenientemente legiferare senza conoscere come le sue leggi saranno amministrare dagli organi amministrativi e dai governi locali, ma anzi pretendendo di imporsi sempre e comunque ad essi, è un'assurdità: eppure è il senso stesso della riforma del senato eletto indirettamente. Troppo lontana dall'ottica ministeriale e "romanocentrica" della classe dirigente è la semplice ovvietà, che un sistema efficiente di cooperazione tra i diversi livelli di governo non è una priorità soltanto per gli enti locali, ma anche e soprattutto per il Governo centrale. Se questo ha in programma di perseguire politiche pubbliche impegnative, non è certo grazie a un'etichetta di materia che può togliersi dagli impicci per implementarle. Dell'efficienza del *Bundesrat* tedesco non si sono giovati sono i *Länder*, ma in primo luogo il governo federale. Il quale, come tutti i governi, ha bisogno di luoghi di concertazione per la progettazione comune delle politiche e per assicurare la loro attuazione attraverso la collaborazione di tutte le autorità amministrative.

6. Un emendamento semplice ed efficace: "Il Senato della Repubblica è soppresso"

– Ma, come è noto, il *Bundesrat* non è un ramo del Parlamento, ma un organo a se stante dalle lontane radici feudali; così come non c'entra nulla con i parlamenti la sua riproduzione moderna su scala europea, il Consiglio dell'Unione. È un organo che condivide con il Parlamento la funzione legislativa, ma a nessuno verrebbe in mente di definirlo come "seconda Camera". Il che significa che non tutte le istituzioni che partecipano alla funzione legislativa devono necessariamente qualificarsi come istituzioni parlamentari.

Visto che, come si è cercato di dimostrare, così come attualmente configurato il Senato sarebbe perfettamente inutile, meglio sarebbe sopprimerlo, togliendo alla radice l'equivoco della "seconda Camera". I nostri costituenti l'avevano introdotta come strumento di rallentamento dei lavori legislativi e di ripensamento delle decisioni assunte dalla Camera dei deputati: la prudenza e la diffidenza di allora, quando le nuove istituzioni

¹¹ Su questa semplice ma fondamentale equazione cfr. R. Bin, *Relazione conclusiva* al Convegno *In vista della revisione del Titolo V, Parte II, della Costituzione: Quale ruolo per le Autonomie speciali?*, Roma, 20 marzo 2014 (www.robertobin.it/ARTICOLI/RegioniSpeciali.pdf)

costituzionali si accingevano ad affrontare l'incognito delle prime elezioni politiche libere, oggi hanno perso di giustificazione, e anzi si scontrano con le esigenze – forse troppo reclamizzate - di celerità dei processi decisionali.

Tolto di mezzo il problema della seconda camera – problema che in tutti i sistemi "composti" è in discussione e stenta a trovare una soluzione soddisfacente¹² - si potrebbe finalmente affrontare il nodo cruciale di individuare la sede ottimale ove collocare i processi di negoziazione e di accordo tra i diversi livelli di governo, senza restare invischiati in ragionamenti complicati e contorti attorno alle qualità necessarie che non possono non essere richieste ad un ramo del Parlamento. Del resto, anche laddove sia presente un Senato di rappresentanza territoriale più o meno efficiente, ovunque di fatto si sono sviluppate istituzioni e prassi di leale cooperazione tra gli *esecutivi*¹³. In Italia esse si sono collocate per lo più nel sistema delle Conferenze. Da quel sistema converrebbe ripartire, cercando di dotarlo di quelle caratteristiche che gli conferiscano stabilità, funzionalità e efficacia sufficienti¹⁴. Per questo basterebbe una breve norma inserita in Costituzione, che in compenso potrebbe essere depurata dalla quantità di disposizioni mal scritte che la riforma del Senato sembra rendere necessarie. Un bel guadagno davvero.

Forum di Quaderni Costituzionali

¹² Come osserva F. Palermo, *La riforma degli «altri Senati». I casi di Germania e Spagna*, in *Quad. cost.* 2006, 561.

¹³ Cfr. I. Ruggiu, *Contro la Camera delle Regioni*, Napoli 2006.

¹⁴ Qualche ipotesi in questo senso l'ho avanzata in *Ipotesi di inserimento in Costituzione della Conferenza dei Presidenti*, in <http://www.forumcostituzionale.it/wordpress/wp-content/uploads/2015/01/bin-conferenza-presidenti.pdf>

Eccesso colposo nella legittima difesa e patrocinio a spese della Regione*

Claudio Ferrari** Marta Lamanuzzi***

(17 marzo 2015)

§1. Come noto, la disciplina relativa al patrocinio per i non abbienti¹ fornisce tutela sostanziale al diritto inviolabile di agire e difendersi in giudizio, attuando così la previsione costituzionale di cui all'art. 24, c. 3, secondo la quale lo Stato deve provvedere, con appositi istituti, a fornire i mezzi per agire e per difendersi davanti a ogni giurisdizione. Anche l'art. 6, par. 3 C.E.D.U. dispone che ogni accusato - ove non abbia i mezzi per pagare un difensore - abbia diritto a essere assistito gratuitamente da un avvocato d'ufficio, quando lo esigono gli interessi della giustizia. Tale garanzia è altresì prevista dal *Patto internazionale sui diritti civili e politici*, all'art. 14, par. 3, in base al quale ogni individuo accusato di un reato ha diritto, ogni qual volta l'interesse della giustizia lo esiga, a vedersi assegnato un difensore d'ufficio, a titolo gratuito, se egli non dispone di mezzi sufficienti per compensarlo.

Riconoscendo tale garanzia di accesso effettivo alla giustizia, a spese della collettività², l'ordinamento opera (ex art. 3, c. 2 Cost.) la rimozione di un evidente ostacolo all'eguaglianza fra i cittadini, rappresentato dalla disparità di risorse economiche fra le parti e, conseguentemente, dalla diversa possibilità di ottenere la tutela dei propri diritti mediante una difesa tecnica adeguata. Proprio l'art. 14 del Patto internazionale, già citato, si apre icasticamente con la previsione per cui «*tutti sono eguali dinanzi ai tribunali e alle corti di giustizia*»: eguaglianza che non va intesa soltanto in senso formale, ma anche, in senso sostanziale, come parità delle armi ('*égalité des armes*'³). La garanzia della difesa tecnica per i non abbienti, da realizzare mediante appositi istituti, assicura dunque, su un piano di eguaglianza, il diritto di difesa giudiziaria nelle diverse situazioni processuali, consentendo altresì di inverare i doveri collettivi di solidarietà politica, economica e sociale, che la Costituzione impone, all'art. 2, quale riflesso del riconoscimento a ciascuno dei propri diritti inviolabili.

Proprio per la sua evidente funzione di 'riequilibratore' delle posizioni processuali delle parti, la *ratio* che ispira il patrocinio a spese dello Stato (talvolta definito ancora, impropriamente, 'gratuito patrocinio') sembra muovere, quale indefettibile presupposto, dalla condizione di povertà⁴ del richiedente: tale infatti, come si evince

* Scritto sottoposto a *referee*.

¹ Si veda ora il d.P.R. 115/2002 ("*Testo unico in materia di spese di giustizia*"), artt. 74-141.

² Per approfondite analisi sul 'problema sociale' dell'accesso alla giustizia M. CAPPELLETTI, *Access to justice and the welfare state*, European University Institute, Firenze, 1981.

³ La matrice culturale e ideologica di questa nozione risiede nel diritto al 'processo equo', consacrato dall'art. 6, par. 1 della *Convenzione europea dei diritti e delle libertà fondamentali*. Sul punto, cfr., ex pluribus, L. P. COMOGLIO, *Etica e tecnica del giusto processo*, Giappichelli, Torino, 2004.

⁴ Il R.d. 3282/1923 prevedeva che «*[i]l patrocinio gratuito dei poveri è un ufficio onorifico ed obbligatorio della classe degli avvocati e dei procuratori*» (art. 1) e che «*[s]otto il nome di povertà non*

dalle citate disposizioni costituzionali e pattizie, è la situazione che legittima l'intervento attivo dello Stato in favore di una parte del processo.

Attualmente, l'ammissione al patrocinio a spese dello Stato nei giudizi civili, penali, amministrativi, tributari e contabili è riservata a chi sia considerato non abbiente al momento della presentazione della domanda, e sempre che tale condizione permanga per tutta la durata del processo. La condizione di non abbiente è, a sua volta, determinata avuto riguardo a un preciso limite di reddito percepito dal soggetto e dal suo nucleo familiare⁵.

Nel procedimento penale, possono chiedere l'ammissione al beneficio non solo l'indagato, imputato o condannato (nonché il responsabile civile o civilmente obbligato per la pena pecuniaria), ma anche la vittima del reato. Peraltro, proprio in favore delle vittime di alcuni reati (tra i quali, ad esempio, la violenza sessuale) è prevista la possibilità di ammissione al patrocinio anche in deroga ai limiti di reddito ordinariamente richiesti⁶. Al contrario, per quanto riguarda gli indagati, imputati o condannati, l'attuale disciplina in materia non prevede alcuna deroga *in bonam partem* al limite di reddito, così che esso non risulta mai attenuato, in relazione alla particolare natura dell'accusa o della condanna. Si può anzi osservare che la particolare fattispecie di reato oggetto del procedimento può sì rilevare, talvolta, anche per l'autore del reato, ma soltanto in termini restrittivi, comportando una diversa valutazione della condizione di 'non abbiente'. In tal senso la legge prevede una presunzione di superamento del reddito minimo⁷ nei confronti dei condannati con sentenza definitiva per taluni reati, tra i quali l'associazione di tipo mafioso. Si tratta di una presunzione divenuta ormai *iuris tantum*, in seguito all'intervento della C. Cost., sent. 139/2010, che ha ammesso la possibilità per il condannato di fornire la prova contraria sul punto. È poi prevista l'esclusione dal beneficio del patrocinio a spese dello Stato nel caso di procedimenti (anche esecutivi) che abbiano a oggetto determinati reati tributari⁸.

Tali ultime limitazioni, tuttavia, non paiono affatto ispirate da un giudizio di 'immeritevolezza' a causa della gravità dei reati, bensì risultano pur sempre connesse alla valutazione della condizione economica del richiedente. Ciò conferma che la disciplina del patrocinio a spese dello Stato non mira a selezionare talune categorie di indagati, imputati o condannati (a scapito di altre), in relazione all'asserita maggiore o minore riprovevolezza sociale dei fatti commessi, bensì è esclusivamente preordinata a rimediare ai *vulnera* per la tutela effettiva del diritto di

s'intende la nullatenenza, ma uno stato in cui il ricorrente non sia in grado a sopperire alle spese della lite» (art. 16, c. 1).

⁵ Cfr. artt. 76 ss. d.P.R. 115/2002; attualmente il limite è fissato in euro 11.369,24.

⁶ Art. 76, c. 4 *ter* d.P.R. 115/2002: «*[I]a persona offesa dai reati di cui agli articoli 572, 583-bis, 609-bis, 609-quater, 609-octies e 612-bis, nonché, ove commessi in danno di minori, dai reati di cui agli articoli 600, 600-bis, 600-ter, 600-quinquies, 601, 602, 609-quinquies e 609-undecies del codice penale, può essere ammessa al patrocinio anche in deroga ai limiti di reddito previsti dal presente decreto».*

⁷ Cfr. art. 76, c. 4 *bis* d.P.R. 115/2002.

⁸ Cfr. art. 91, c. 1, lett. a) d.P.R. 115/2002.

agire e difendersi in giudizio, cagionati dall'ineguaglianza dei mezzi economici a disposizione delle parti.

Introducendo un diverso criterio di ammissione a questo beneficio (o a un altro beneficio che comunque produca effetti analoghi), basato non più sulla condizione economica del richiedente, bensì sulla natura dell'accusa che a quest'ultimo viene mossa, il legislatore rischierebbe di snaturare la *ratio* originaria dell'istituto della difesa per i non abbienti, che sarebbe invece opportuno rimanesse imperniato sul criterio oggettivo della scarsa disponibilità economica e non su quello - valutativo - della selezione di determinati 'tipi' di autori, o presunti autori, meritevoli di una tutela maggiore di quella degli altri.

Probabilmente sull'onda emotiva prodotta da alcuni recenti fatti di cronaca⁹ (e assecondando, forse, pulsioni di garantismo selettivo¹⁰) pochi giorni fa si è assistito, in Lombardia, all'approvazione di un progetto di legge regionale¹¹, che garantisce (nell'ambito di un fondo di 50.000 euro, rifinanziabile) il patrocinio legale a spese della Regione per chi è accusato di eccesso colposo nella legittima difesa, a prescindere dalla sua condizione economica. Tale progetto, come si legge nella sintesi della seduta della Giunta che ha condotto alla sua approvazione, risulterebbe funzionale al «*sostegno alle vittime della criminalità*» e alla «*sensibilizzazione della*

⁹ Vedi S. ZIRULIA, *Rapina in tabaccheria e limiti della legittima difesa*, (Nota a Ass. Milano 31 marzo 2009), in *Corriere del Merito*, 2009, fasc. 8-9, p. 873-880; R. PALAVERA, *Bilancia e pistola: la prova dell'elemento psicologico "oltre ogni ragionevole dubbio" in un caso di legittima difesa putativa* (Nota a Ass. Milano, 24 maggio 2006), in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, fasc. 4, pp. 1673-1681.

¹⁰ L'espressione 'garantismo selettivo' indica l'introduzione e/o l'attuazione di un 'doppio binario' di garanzie, vale a dire di istituti, soluzioni e benefici variabili in relazione allo *status* o alle caratteristiche del destinatario. I processi di 'selezione' operati in campo penale sono oggetto di studio e vivo interesse per il criminologo. La 'selezione criminale' è l'insieme dei processi attraverso i quali il legislatore e le agenzie di controllo (polizia, procure, giudici di merito e giudici di legittimità) *scelgono* quali fatti debbano essere qualificati come 'reati'. La parola 'crimine' ha infatti la sua origine etimologica nel verbo latino *cernere* ('discernere', 'vagliare', 'distinguere'), a indicare che crimini sono quei fatti che sono stati *selezionati* e *separati* dall'universo delle azioni umane. Tale scelta di 'criminalizzazione' non viene compiuta solo dal legislatore, in via preliminare e astratta, attraverso la strutturazione e l'introduzione di fattispecie incriminatrici, ma è altresì operata in concreto dai soggetti deputati all'interpretazione e all'applicazione delle norme penali. Tanto è vero che, in molti casi, reati effettivamente commessi non vengono 'registrati', poiché nessuno sporge denuncia o querela, oppure poiché il procedimento avviato per il loro accertamento si conclude con archiviazione o dichiarazione di improcedibilità o sentenza assolutoria. Tutti questi fatti, oggetto di 'depenalizzazione prasseologica', danno luogo al cd. 'campo oscuro', termine che, in criminologia, indica lo scarto tra la criminalità reale e la criminalità 'ufficiale'. Lo studio dei processi di selezione operati in campo penale è stato inaugurato dal criminologo statunitense Edwin Hardin Sutherland, noto per aver attentamente analizzato, nella prima metà del secolo scorso, i meccanismi selettivi che tendono a privilegiare gli uomini d'affari (cd. *white collars*). G. FORTI, *L'immane concretezza: metamorfosi del crimine e controllo penale*, Milano, 2000, pp. 50 e ss., 304 e ss.. Per un approfondimento sugli studi compiuti da Sutherland, si veda E. H. SUTHERLAND, *White Collar Crime: The Uncut Version* (1983), trad. it. e a cura di G. FORTI, *Il crimine dei colletti bianchi: la versione integrale*, Milano, 1987.

¹¹ Proposta di progetto di legge "Modifiche alla legge regionale 3 maggio 2011, n. 9 (*Interventi regionali per la prevenzione e il contrasto della criminalità*) e abrogazione della legge regionale 14 febbraio 2011, n. 2 (*Azioni orientate verso l'educazione alla legalità*)", approvato dalla Giunta regionale della Lombardia, nella seduta n. 105 del 26 febbraio 2015.

società e delle istituzioni pubbliche attraverso programmi mirati alla promozione dell'educazione alla legalità». Detto progetto di legge, peraltro, conferma la disciplina introdotta dalla l.r. 35/2014, approvata dal Consiglio regionale della Lombardia il 30 dicembre 2014, la quale, nel nuovo articolo 4 *bis* della l.r. 9/2011 (*Interventi regionali per la prevenzione e il contrasto della criminalità*), ha previsto - per la prima e finora unica volta in Italia - che «*[l]a Regione assicura il patrocinio a proprie spese nei procedimenti penali per la difesa dei cittadini che, vittime di un delitto contro il patrimonio o contro la persona, siano accusati di aver commesso un delitto per eccesso colposo in legittima difesa, ovvero assolti per la sussistenza dell'esimente della legittima difesa».*

Il progetto di legge citato, pur richiamando gli effetti della disciplina statale in materia di patrocinio a spese dello Stato - ossia l'ammissione al patrocinio pagato dalla collettività, valida per ogni stato e grado del procedimento - prevede presupposti di ammissibilità del tutto eterogenei. In luogo del mancato raggiungimento di una determinata soglia di reddito (indice della condizione di non abbiente, contemplata dall'art. 24, c. 3 Cost.), si richiede che il beneficiario appartenga a una specifica classe di soggetti accusati di reato: le persone indagate o imputate per delitti commessi in eccesso colposo nella legittima difesa. Le persone accusate di tutti gli altri reati non potranno godere di questo trattamento favorevole, in grado di incidere in maniera significativa e in concreto sull'esercizio del diritto di difesa in giudizio e, pur indirettamente, sulla stessa materia penale¹². L'intento che muove il legislatore regionale sembra essere, infatti, non tanto quello di sopperire a una obiettiva indisponibilità di mezzi per l'esercizio del diritto di difesa (risultato che avrebbe richiesto la fissazione di soglie di reddito e l'estensione a un catalogo ben più ampio di reati), bensì l'espressione di un giudizio, in chiave minimizzante, sul nucleo di disvalore sotteso a una determinata fattispecie astratta di reato. Questo giudizio è bene riassunto nelle parole del Presidente della Regione, pronunciate in occasione della presentazione del progetto di legge: «*Noi stiamo dalla parte di chi si difende e invece, per una legge distorta, finisce per passare per colpevole»*¹³.

Il patrocinio regionale sembra dunque assumere il significato di un'espressione di 'solidarietà istituzionale' nei confronti di tutte le persone accusate di eccesso colposo nella legittima difesa, per fatti commessi sul territorio della Regione Lombardia. Per comprendere quale sia la *ratio* giustificativa (o se ve ne sia una) di tale intervento settoriale occorre soffermarsi brevemente sulla scriminante della legittima difesa e sulla sua percezione sociale.

§2. La legittima difesa è una causa di giustificazione comune (ossia applicabile a tutti i reati) che opera a favore di chi abbia commesso un fatto tipico di reato «*per esservi*

¹² È appena il caso di ricordare che la legislazione regionale non può costituire fonte diretta e autonoma di norme penali, né nel senso di introdurre nuove incriminazioni, né in quello di rendere lecita un'attività penalmente sanzionata dall'ordinamento nazionale (a quest'ultimo riguardo, *ex plurimis*, C. cost., sentt. 185/2004, 504/213 e 14/1991, nonché, di recente, 48/2014).

¹³ *Lombardia, il Pirellone pagherà le spese legali ai cittadini che sparano per difendersi da soli*, in *La Repubblica*, 27 febbraio 2015.

stato costretto dalla necessità di difendere un diritto proprio od altrui contro il pericolo attuale di un'offesa ingiusta, sempre che la difesa sia proporzionata all'offesa» (art. 52, co. 1 c.p.). I presupposti applicativi della norma sono quindi: l'attualità del pericolo, che deve quindi consistere in una minaccia imminente (né passata, né riferita al futuro); l'ingiustizia dell'offesa, la quale cioè non deve essere espressamente facoltizzata dall'ordinamento; nonché la necessità e la proporzione della difesa. La reazione dell'agredito deve ritenersi necessaria quando è inevitabile, vale a dire insostituibile con un'altra meno dannosa ed egualmente idonea a tutelare il diritto minacciato. Infine, per quanto riguarda la proporzione tra difesa e offesa, l'accertamento di tale requisito richiede un'operazione, spesso delicata e complessa, di bilanciamento tra i beni o gli interessi in conflitto, sempre considerati non come entità statiche e astratte, ma tenendo conto del grado di messa in pericolo o di lesione cui sono esposti nella situazione concreta¹⁴. Può accadere che, pur ricorrendo in partenza i predetti requisiti, l'agredito finisca per travalicare i limiti della scriminante. In tali casi occorre indagare le cause di tale 'eccesso' (dal latino *excedere* ossia 'andare fuori da'). Se l'eccesso è doloso, ossia l'agente è consapevole di superare «i limiti stabiliti dalla legge o dall'ordine dell'Autorità ovvero imposti dalla necessità» e ciononostante pone egualmente in essere la condotta eccessiva, risponderà a titolo di dolo del reato commesso. Se l'eccesso è colposo, ed è l'ipotesi considerata dall'art. 55 c.p., il soggetto risponderà a titolo di colpa «se il fatto è preveduto dalla legge come delitto colposo» (ad esempio, potrà rispondere di omicidio o di lesioni colpose)¹⁵. Solo in caso di errore inevitabile e quindi scusabile, vale a dire determinato da caso fortuito, il soggetto non sarà punibile potendosi applicare in suo favore la legittima difesa¹⁶. È bene precisare che, nell'eccesso colposo, il superamento dei limiti oggettivi dell'esimente può essere dovuto o a un errore nella valutazione della situazione concreta o a un errore nell'uso dei mezzi impiegati per difendersi. In entrambi i casi il requisito della legittima difesa che viene a mancare è la proporzione tra difesa e offesa¹⁷. Nel primo caso, la condotta 'sproporzionata' è tenuta volutamente, a causa di un'erronea rappresentazione delle circostanze di fatto; nel secondo caso, l'agente si rappresenta correttamente la situazione contingente e la portata della minaccia imminente, ma, per un errore esecutivo, reagisce in maniera sproporzionata¹⁸. Il canone della proporzione può essere considerato il fulcro attorno al quale ruota l'istituto della legittima difesa, la garanzia della sua tenuta costituzionale. È stato

¹⁴ G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, ed. VII, Bologna, 2014, p. 294 e ss..

¹⁵ In altri termini, nei casi di eccesso doloso o colposo, «vi sono i presupposti fattuali e normativi» della scriminante, «ma il soggetto agente adotta un comportamento che, da un certo punto ('momento', 'stadio') in poi, non è più coperto dalla scriminante e, proprio in quanto non più giustificato, è (diviene) antiggiuridico (illecito)». M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, I, Art. 1-84, Milano, 1995, p. 543.

¹⁶ S. CODA, *Riflessioni in tema di eccesso colposo*, in *Rivista penale*, fasc. 1, 2012, p. 65 e ss..

¹⁷ La giurisprudenza è concorde nel ritenere sussistente l'eccesso colposo nella legittima difesa qualora ricorrano tutti i requisiti della scriminante a eccezione della proporzione. Vedi ad es. Cass, Sez. V pen., n. 2505, 21 gennaio 2009, in <http://www.diritto.it/>.

¹⁸ G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 274 e ss..

infatti autorevolmente affermato che «solo un fermo aggancio al limite etico-sociale della proporzione può salvaguardare la dignità della legittima difesa come diritto e non come violenza consentita ai buoni contro i cattivi»¹⁹.

Orbene, l'introduzione di un patrocinio legale a spese della Regione per chi è accusato di eccesso colposo nella legittima difesa, oltre a tradursi in una disparità di trattamento tra imputati (di dubbia legittimità costituzionale), rischia, in termini di politica criminale, di incentivare gli eccessi minimizzando l'importanza della proporzione tra difesa e offesa.

Una vistosa deroga alla centralità di tale fondamentale requisito, peraltro, era già stata introdotta dal legislatore, questa volta nazionale, con la legge del 13 febbraio 2006, n° 59, relativa alla nota e tanto discussa legittima difesa 'domiciliare'²⁰. Nei nuovi commi 2 e 3 dell'art. 52 c.p.²¹ è stata infatti introdotta una presunzione *iuris et de jure* di proporzione tra difesa e offesa operante nei casi in cui l'aggressore sorprenda l'agredito in casa o in un luogo destinato all'esercizio di un'attività professionale, commerciale o imprenditoriale²². Pur tralasciando l'incomprensibile disparità introdotta dalla novella tra le vittime di aggressioni in casa o in luoghi ad essa assimilati e coloro che vengono aggrediti in strada, nonché tra coloro che utilizzino per difendersi un'arma regolarmente denunciata e coloro che ad esempio, ricevano, sul momento, l'arma da terzi²³, la scelta di introdurre tale diritto all'autotutela in un privato domicilio presenta, *ictu oculi*, almeno due

¹⁹ D. PULITANÒ, *Diritto penale*, Torino, 2005, p. 308. È bene ricordare che sotto il profilo criminologico, la legittima difesa può essere ricondotta, anche se come ipotesi atipica, al paradigma del 'delitto di relazione' (*Beziehungsdelikt*), in quanto i soggetti coinvolti rivestono, sebbene in modo anomalo, i panni sia dell'autore sia della vittima di reato. A. SZEGÖ, *Ai confini della legittima difesa: un'analisi comparata*, Padova, 2003, p. 242.

²⁰ Per un approfondimento sulla riforma: A. CADOPPI, *La legittima difesa domiciliare (c.d. "sproporzionata" o "allargata"): molto fumo e poco arrosto*, in *Dir. pen. e processo*, 2006, p. 434; P. CIPOLLA, *Modifica ex. L. n. 59 del 2006 all'art. 52 c.p. in materia di diritto all'autotutela in un privato domicilio*, in *Giurisprudenza di merito*, 2006, fasc. 6, p. 1367-1375; E. DOLCINI, *La riforma della legittima difesa: leggi "sacrosante" e sacro valore della vita umana*, in *Dir. pen. e processo*, 2006, p. 431 e ss.; G. FLORA, *Brevi riflessioni sulla recente modifica dell'art. 52: il messaggio mass mediatico e il "vero significato" della norma*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, p. 461 e ss.; F. MANTOVANI, *Legittima difesa comune e legittima difesa speciale*, in *riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, p. 432 e ss.. C. E. PALIERO, *La difesa legittima territoriale (ovvero un paradigma orientato sulla sproporzione) (l. 13. febbraio 2006 n. 59)*, in *Legislazione penale*, 2006, fasc. 4, pp. 569-584, F. VIGANÒ, *Sulla "nuova" legittima difesa*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, fasc.1, 2006, p. 189 e ss..

²¹ La riforma è intervenuta sull'art. 52 c.p. aggiungendo i commi 2 e 3. Il comma secondo stabilisce che: «Nei casi previsti dall'articolo 614, primo e secondo comma, sussiste il rapporto di proporzione di cui al primo comma del presente articolo se taluno legittimamente presente in uno dei luoghi ivi indicati usa un'arma legittimamente detenuta o altro mezzo idoneo al fine di difendere:

a) la propria o la altrui incolumità:

b) i beni propri o altrui, quando non vi è desistenza e vi è pericolo d'aggressione».

Il terzo comma aggiunge che: «La disposizione di cui al secondo comma si applica anche nel caso in cui il fatto sia avvenuto all'interno di ogni altro luogo ove venga esercitata un'attività commerciale, professionale o imprenditoriale».

²² G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 302 e ss..

²³ C. COLOMBO, *La difesa legittima. La riforma è riuscita a garantire maggiormente il diritto di autodifesa del cittadino?*, in *Rivista penale*, fasc. 11, 2009, p. 1227.

controindicazioni. Da una parte, «la “libertà di difendersi» rischia di tramutarsi «socialmente e culturalmente, in *obbligo* di farlo»²⁴, incentivando così i cittadini a eccedere i limiti²⁵, o meglio, come si è detto, *il limite* della proporzione, potendo contare sulla sua presunzione. Dall'altra, sebbene il *novum* legislativo abbia dichiaratamente la fisionomia di una politica securitaria, ossia finalizzata a rispondere alle crescenti domande di sicurezza provenienti dal tessuto sociale, non ne va sottovalutato il possibile 'effetto boomerang' proprio in tema di sicurezza. Tanto è vero che l'accresciuta soglia di violenza degli aggrediti che viene tollerata può tradursi in violenze preventive o nel reperimento di armi e mezzi di offesa maggiormente insidiosi da parte degli aggressori, al fine di garantire la propria incolumità nonché la riuscita dell'azione criminosa²⁶.

Il progetto di legge della Regione Lombardia, al pari della legge n. 59 del 2006, è sintomatico dello stretto rapporto intercorrente tra politica criminale e consenso sociale²⁷, il quale, non a caso, esercita una pressione particolarmente elevata su temi 'mediaticamente connotati'²⁸ come la legittima difesa²⁹. L'origine di tale rapporto va ricercata, in estrema sintesi, nei notevoli cambiamenti economici, sociali e culturali e nella crisi delle istituzioni e della sovranità nazionale, cui si è assistito a partire dagli anni Settanta, nonché nella diffusione dei mass media, fattori che hanno via via

²⁴ G. FORTI, *No duty to retreat? Legittima difesa e politiche criminali di «riconoscimento ideologico»*, in AA. VV., *Studi in onore di Mario Romano*, Napoli, 2011. Vol. I, p. 322. La portata ideologica di ogni gesto di riconoscimento, ivi compreso il riconoscimento del diritto di autodifesa, impone di «dotarsi di criteri idonei a dirimere forme moralmente giustificate e non giustificare di riconoscimento». *Ibidem*, p. 326.

²⁵ A sostegno della riforma sono state più volte riprese le parole di Carlo Nordio, Procuratore aggiunto di Venezia, che nel 2002, nel corso di un'intervista, aveva affermato che «un Codice di impronta liberale dovrebbe garantire la libertà all'individuo di difendersi anche quando non è presente la forza pubblica, avvalendosi di un suo diritto naturale». F. SARNO, M. SARNO, *L'evoluzione della legittima difesa*, Milano, 2008, p. 82. Il riferimento al diritto naturale sembra richiamare la teoria del contratto sociale, secondo la quale l'origine dello Stato va ravvisata nell'atto di rinuncia del singolo alla violenza privata, ossia al suo diritto naturale di vendicarsi spontaneamente dei soprusi subiti, riconoscendo il monopolio della violenza alle istituzioni legittime. Da ciò si evincono da una parte, l'ontologico legame tra diritto e violenza e, dall'altra, la necessità di definire limiti e fondamento filosofico e teleologico della pena (e parimenti della scriminante della legittima difesa), affinché essa non trascenda dalla propria fisionomia di forma legittima di violenza. A. CERETTI, L. NATALI, *Cosmologie violente. Percorsi di vite criminali*, Milano, 2009, p. 35 e ss..

²⁶ C. COLOMBO, *La difesa legittima. La riforma è riuscita a garantire maggiormente il diritto di autodifesa del cittadino?*, cit. p. 1225.

²⁷ A fare del consenso sociale «presupposto irrinunciabile di ogni norma di incriminazione» sono stati, in estrema sintesi e con la massima semplificazione, il graduale abbandono da parte del diritto penale del suo fondamento teologico, sostituito dalla ragione umana politica, e l'avvento delle democrazie partecipative. M. ROMANO, *Legislazione penale e consenso sociale*, in *Jus*, 1985, p. 415 e ss.

²⁸ A. VALLINI, *I nuovi spazi della legittima difesa nel panorama di un diritto penale "mediatico"*, in C. Piemontese (a cura di), *La riforma della legittima difesa e della recidiva tra teoria e prassi*, Pisa, 2008, p. 11 e ss..

²⁹ Del resto, «che l'ambito applicativo di questa scriminante presenti innanzi tutto caratteristiche di flessibilità tali da renderlo particolarmente sensibile ai cambiamenti storico-sociali è rilievo palmare». G. FORTI, *No duty to retreat? Legittima difesa e politiche criminali di «riconoscimento ideologico»*, cit., p. 308.

generalizzato e radicato nelle sensibilità individuali gli episodi criminosi più eclatanti, contribuendo al dilagare di un senso di disordine e insicurezza. Per reagire a tale crisi di fiducia nelle istituzioni, la classe politica ha iniziato a dare risposte fattuali, in termini di provvedimenti legislativi e riforme, spesso populiste ed emotive, per dimostrare ai cittadini che si stesse provvedendo concretamente al problema della criminalità. Una tendenza a sostituire l'azione al pensiero (*acting out*)³⁰.

Occorrerebbe, in tal senso, un'inversione dei ruoli. Non dovrebbero più essere il diffuso senso di insicurezza e le istanze punitive che ne derivano a orientare la politica criminale, ma dovrebbe essere una politica criminale 'intelligente' a orientare culturalmente la società selezionando e valorizzando solo quelle espressioni dell'opinione pubblica che rispecchino «rappresentazioni di giustizia»³¹.

In conclusione, l'istituto, inedito, del patrocinio regionale per soggetti (anche abbienti) indagati o imputati per eccesso colposo nella legittima difesa assume la fisionomia di uno strumento demagogico col quale la Regione sembra disconoscere l'opportunità di una fattispecie incriminatrice, assicurando un concreto ausilio - finanziato da fondi pubblici - per coloro che si assume possano aver commesso quel reato, anche ove questi ultimi fossero effettivamente riconosciuti colpevoli. Inoltre, tale istituto - che in futuro, a giudizio delle singole Regioni, potrebbe operare anche per altre tipologie di reato - presenta profili di rilevante discontinuità rispetto al tradizionale patrocinio a spese dello Stato per i non abbienti, nel quale la condizione economica giustifica l'intervento a prescindere dalla natura del reato e non la natura del reato giustifica l'intervento a prescindere dalla condizione economica.

** Cultore della materia in Diritto costituzionale presso l'Università Cattolica di Milano, tirocinante presso il Tribunale di Sorveglianza di Milano (§1).

*** Dottoranda di ricerca in Diritto penale presso l'Università Cattolica di Milano (§2).

³⁰ D. GARLAND, *The Culture of Control: Crime and Social Order in Contemporary Society*, Oxford 2001, trad. it. A. Ceretti *La cultura del controllo. Crimine e ordine sociale nel mondo contemporaneo*, Roma 2004, pp. 157 e ss, 196 e ss.. Si pensi, in tal senso, all'immagine di efficacia e immediatezza fattuale trasmessa dai numerosi provvedimenti legislativi lanciati con slogan, ricorrenti anche in materia di legittima difesa, quali «tolleranza zero» «farsi giustizia da sé» «padroni a casa nostra». A. CERETTI, R. CORNELLI, *Oltre la paura. Cinque riflessioni su criminalità, società e politica*, Milano, 2013, p. 15. Per un approfondimento sulla recente tendenza del legislatore ad adottare politiche criminali securitarie, M. DONINI, M. PAVARINI (a cura di), *Sicurezza e diritto penale*, Bologna, 2011. S. CORBETTA, A. DELLA BELLA, G. L. GATTA (a cura di), *Sistema penale e 'sicurezza pubblica': le riforme del 2009: l. 15 luglio 2009, n. 94 e d.l. 23 febbraio 2009, n. 11 conv. con modif. dalla l. 23 aprile 2009, n. 38*, Milano, 2009.

³¹ M. ROMANO, *Legislazione penale e consenso sociale*, cit., p. 422.

Finalità e problemi del voto elettronico: le prospettive della sua attuazione in Italia*

di Andrea Gratteri*
(25 marzo 2015)

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Voto presidiato e voto non presidiato. – 3. L'inerzia del Parlamento e le competenze legislative delle Regioni in materia di modalità di espressione del voto – 4. Le finalità del voto elettronico presidiato – 5. I problemi legati al voto elettronico e le ragioni del suo abbandono in molti Paesi europei. – 6. La Legge regionale della Lombardia 23 febbraio 2015, n. 3: verso il secondo caso di voto elettronico in Italia? – 7. Conclusioni.

1. *Introduzione.* – Il 25 novembre del 2007 si è svolta la prima, e sinora ultima, consultazione elettorale in forma elettronica con valore legale in Italia: il *referendum* sull'unione dei comuni di Campolongo al Torre e Tapogliano in Friuli Venezia Giulia¹.

Il tema, di cui si discute ormai da almeno tre decenni², torna ora di attualità con la approvazione della legge 23 febbraio 2015, n. 3 da parte del Consiglio regionale della Lombardia che prevede il ricorso al voto elettronico in occasione dello svolgimento dei *referendum* consultivi; e la contestuale decisione di svolgere un *referendum* consultivo su forme e condizioni particolari di autonomia ai sensi dell'art. 116, co. 3³, della Costituzione pone il voto elettronico in una prospettiva di concreta attuazione nel breve periodo.

Nel corso degli anni sono stati effettuati alcuni test sperimentali accompagnati da un crescente interessamento della dottrina costituzionalistica, come testimonia il buon numero di lavori dedicati al tema in particolare negli ultimi dieci anni⁴, e di voto elettronico non si è mai smesso di parlare quasi fosse una sorta di idolo pagano, venerato perché innovativo o deprecato perché misterioso e incapace di prevenire brogli su larga scala. Se ne è parlato molto ma lì ci si è fermati e sino ad ora il voto elettronico in Italia non ha praticamente mai trovato applicazione in occasione di consultazioni ufficiali a causa del prevalere della diffidenza nei suoi confronti, alimentata anche dalla infausta sperimentazione della *rilevazione*

* Scritto sottoposto a *referee*.

¹ Sulla base della Legge regionale n. 18 del 27 luglio 2007 che attribuisce al Presidente della Giunta regionale il potere di definire le modalità di voto (cartaceo o elettronico con apparati *touch screen* presso il seggio) con il decreto di indizione del *referendum*.

² “Di «voto elettronico» si iniziò a parlare in Italia a partire dagli anni Ottanta” è l'incipit di un saggio di Ernesto Bettinelli del 2001 che ricorda, innanzitutto, le iniziative legislative di Adolfo Battaglia e Carlo Fusaro, v. E. Bettinelli, *La lunga marcia del voto elettronico in Italia*, in *Quaderni dell'Osservatorio elettorale*, 2001, n. 46, p. 7.

³ Il testo del quesito formulato dal Consiglio regionale è “Volete voi che la Regione Lombardia, in considerazione della sua specialità, nel quadro dell'unità nazionale, intraprenda le iniziative istituzionali necessarie per richiedere allo Stato l'attribuzione di ulteriori forme e condizioni particolari di autonomia, con le relative risorse, ai sensi e per gli effetti di cui all'articolo 116, terzo comma della Costituzione?”.

⁴ Senza pretese di esaustività si ricordano A. Gratteri, *Il valore del voto*, Padova, 2005; A.G. Orofino, *L'espressione elettronica del suffragio*, in *Diritto dell'Internet*, 2006, p. 201 ss.; L. Cuocolo, *Voto elettronico e postdemocrazia nel diritto costituzionale comparato*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2008, p. 255 ss.; A. Sarais, *Democrazia e tecnologie. Il voto elettronico*, Bologna, 2008; L. Trucco, *Il voto elettronico nella prospettiva italiana e comparata*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2011/1, p. 47 ss.; M. Rospi, *Internet e diritto di voto*, in M. Nisticò, P. Passaglia (cur.), *Internet e Costituzione*, 2014, p. 263 ss.

elettronica dello scrutinio (spesso impropriamente accostata al voto elettronico) a cavallo del 2004-2006⁵.

Al di fuori dei confini nazionali, il voto elettronico ha vissuto alterne vicende sempre segnate, a un tempo, dal desiderio di rendere più affidabile e veloce il procedimento elettorale e dallo scetticismo dovuto ai rischi di falsificazione del risultato. Da un lato si incontrano ordinamenti entusiasti del voto elettronico, anche non presidiato, dall'altro alcuni Paesi che si erano avviati sulla strada della sua estensione hanno – per diverse ragioni – deciso di invertire la rotta.

Negli ultimi anni il voto elettronico (in genere presidiato) è stato abbandonato nel Regno Unito, in Irlanda, nei Paesi Bassi, in Norvegia, in Germania, in Finlandia⁶ per i problemi tecnici o giuridici che sono sorti in seguito ad una sua utilizzazione. Invece lo strumento continua ad essere impiegato diffusamente – in forme diverse – negli Stati Uniti, in Belgio, in Svizzera, in Estonia ma anche in India e in Brasile⁷.

Mi propongo – nelle pagine che seguono – di illustrare le ragioni che spingono nella direzione dell'introduzione del voto elettronico e quelle che invece consigliano di rimanere ancorati alle tradizionali modalità di scrutinio.

2. *Voto presidiato e voto non presidiato.* – Il voto elettronico, al pari di quello tradizionale, si distingue in *voto presidiato* e *voto non presidiato*. Il *voto presidiato* è reso presso postazioni di voto pubbliche e sorvegliate mentre il *voto non presidiato* può essere espresso a distanza, in qualsiasi luogo, da qualsiasi terminale e senza alcuna forma di supervisione al momento della sua espressione⁸. Per semplicità il primo può essere assimilato al voto su apparati *touch screen* presso il tradizionale seggio elettorale e non richiede la connessione in rete (*voto off line*) o, eventualmente, utilizza una rete dedicata; mentre il secondo può consistere nel voto via Internet (o anche via Sms) espresso da qualsiasi terminale elettronico connesso in rete (*voto on line*)⁹.

La Costituzione italiana è chiara¹⁰ nel prescrivere, all'articolo 48, i requisiti del voto che la dottrina ha da tempo ricondotto alle coppie *eguaglianza-personalità* e *libertà-segretezza* che, salvo il caso del voto per corrispondenza degli italiani residenti all'estero, si riflettono nella necessità di ricorrere a forme di voto

⁵ È emblematica la vicenda delle inconsistenti accuse di brogli che precedettero e seguirono le elezioni del 9 aprile 2006, in particolare stimolata dalle inchieste giornalistiche del settimanale *diario*, v. in proposito il n. 12 del 24 marzo 2006 e il n. 46 del 1° dicembre 2006, e dal film di Enrico Deaglio e Beppe Cremagnani *Uccidete la democrazia!* Si sosteneva in particolare che fosse stato realizzato un broglio al momento della rilevazione elettronica dello scrutinio esteso in quell'occasione a tutte le sezioni elettorali di Liguria, Lazio, Puglia e Sardegna. Sulla distinzione fra voto elettronico e rilevazione informatizzata dello scrutinio v. A. Gratteri, *Il "pallottoliere elettronico", ovvero la rilevazione informatizzata dello scrutinio*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 12 febbraio 2006; più diffusamente v. G. Legnante, P. Corbetta, *Brogli immaginari e sindrome della cospirazione*, in *il Mulino*, 2007/1, p. 91 ss.; L. Ricolfi, S. Testa, *L'ipotesi dei brogli*, in P. Feltrin, *Nel segreto dell'urna*, Torino, 2007, p. 295 ss.

⁶ Anche il Kazakhstan non utilizza più il voto elettronico dal 2007 a causa della bassa fiducia e familiarità del pubblico e della necessità di aggiornare gli apparati di voto, cfr. OSCE/ODIHR Election Observation Mission Final Report, *Republic of Kazakhstan – Early parliamentary elections*, 15 gennaio 2012, p. 8.

⁷ In Svizzera e, soprattutto, in Estonia è utilizzato il voto via Internet mentre negli altri casi si ricorre al voto elettronico presidiato.

⁸ Sul punto si rinvia a A. Gratteri, *Il valore del voto*, cit., 107 ss.

⁹ È anche possibile immaginare soluzioni intermedie di voto *on line* presidiato, ma tale soluzione sembra rappresentare un inutile appesantimento del procedimento.

¹⁰ L. Trucco, *Il voto elettronico nella prospettiva italiana e comparata*, cit., p. 48, parla di "maggior severità della nostra Carta costituzionale, rispetto ad altre, pure coeve, Costituzioni, nell'esigere il rispetto della segretezza e della personalità del voto".

presidiato¹¹. A differenza di quanto accade in altri ordinamenti dove – sul modello statunitense – il momento dell’espressione del voto si connota più per il suo carattere individualistico che per la sua funzione pubblica¹².

Nel quadro costituzionale italiano, si tratta quindi di prendere in considerazione le sole forme di voto presidiato; mentre il voto elettronico a distanza potrà essere utilmente valutato in alternativa al voto per corrispondenza degli italiani residenti all’estero¹³.

3. L’inerzia del Parlamento e le competenze legislative delle Regioni in materia di modalità di espressione del voto. – In Italia il legislatore statale non è mai intervenuto in materia di voto elettronico e ci si è limitati a registrare la presentazione di alcuni disegni di legge. La XVII legislatura non fa eccezione e sinora si hanno soltanto una proposta di legge, mai discussa presso la Commissione affari costituzionali della Camera¹⁴, e un ordine del giorno che, formalmente, impegna il Governo “a sperimentare l’utilizzo del voto elettronico e della firma digitale nelle consultazioni referendarie” e che apparentemente non ha avuto alcun seguito¹⁵.

In assenza di un’iniziativa statale sono stati i legislatori regionali ad attivare un processo di riforma negli interstizi che il riparto delle competenze legislative lascia nella loro disponibilità: potenzialmente le Regioni hanno competenza legislativa in merito alle modalità di svolgimento delle elezioni degli organi della Regione e dei *referendum* regionali. Per le Regioni a Statuto ordinario vale il riparto di competenze di cui all’art. 117 Cost. che riserva allo Stato le competenze legislative per le elezioni e i *referendum* statali nonché per le elezioni europee (co. 2, lett. f) e la legislazione elettorale per Comuni, Province e Città metropolitane (co. 2, lett. p): il procedimento elettorale regionale esula da tali disposizioni e rientra quindi nella competenza residuale delle regioni ai sensi dell’art. 117, comma 4, Cost.¹⁶; mentre l’art. 122 Cost. rimette alla competenza legislativa regionale il sistema di elezione del Presidente della Regione e del Consiglio regionale “nei limiti dei principi fondamentali stabiliti con legge della Repubblica”.

Gli Statuti delle Regioni ad autonomia speciale, invece, riconducono alla competenza regionale esclusiva le modalità di elezione degli organi della Regione e di svolgimento dei *referendum* regionali¹⁷. La cautela del legislatore friulano, che ha previsto il voto elettronico per i soli *referendum* consultivi in materia di

¹¹ Così in dottrina E. Bettinelli, *Diritto di voto*, in *Digesto discipline pubblicistiche*, 1990, p. 226; con specifico riferimento al voto elettronico v. A.G. Orofino, *L’espressione elettronica del suffragio*, cit., p. 205.

¹² V. A. Gratteri, *Il voto elettronico nel sistema federale americano: esperienze e proposte*, in *Quaderni regionali*, 2004, p. 132 ss.

¹³ Sul punto v. L. Trucco, *Le nuove tecnologie salveranno il voto all’estero degli italiani?*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 6 gennaio 2013.

¹⁴ Pdl n. 185 presentata dall’on. Pisicchio il 15 marzo 2013 “Delega al Governo per l’introduzione di un sistema elettronico di votazione per lo svolgimento delle elezioni e dei *referendum*, nonché disciplina della sottoscrizione per via telematica delle liste elettorali, delle candidature e delle richieste di *referendum*”.

¹⁵ Si tratta dell’ordine del giorno G11.94 al Ddl n. 1429 a firma Bignami *et al.* accolto dal Governo nella seduta del Senato del 7 agosto 2014.

¹⁶ Così M. Cosulich, *Il sistema elettorale del consiglio regionale tra fonti statali e fonti regionali*, Padova, 2008, p. 36 s., p. 42 che puntualmente individua nel primo comma dell’art. 48 Cost. “i soli limiti che le Regioni incontrano nella disciplina del procedimento elettorale regionale” e che ritiene inoltre ammissibili forme di espressione del voto diverse da quelle tradizionali su iniziativa del legislatore regionale.

¹⁷ Per una puntuale ricostruzione del quadro delle competenze legislative in materia delle Regioni ad autonomia differenziata si rinvia ancora a M. Cosulich, *Il sistema elettorale del consiglio regionale tra fonti statali e fonti regionali*, cit., p. 129 ss., spec. p. 206.

circoscrizioni comunali¹⁸, è quindi riconducibile ad una scelta discrezionale che, sulla base dell'art. 12 dello Statuto della Regione, sarebbe potuta essere estesa anche all'elezione degli organi regionali.

Lo dimostra la portata della normativa della Provincia autonoma di Trento che comprende tutte le consultazioni (Consiglio provinciale, Presidente della Provincia, *referendum* disciplinati dalle leggi provinciali) facendo però riferimento ad una mera sperimentazione del voto elettronico¹⁹.

Anche la Regione Valle d'Aosta ha, per prima in ordine di tempo, approvato una norma idonea a consentire l'utilizzo del voto elettronico. Infatti, la Legge regionale 24 ottobre 1997, n. 34 che disciplina l'*elezione diretta del sindaco, del vice sindaco e del consiglio comunale* nonché la *votazione e lo scrutinio mediante apparecchiature elettroniche*, all'art. 1 stabilisce che "negli uffici elettorali di sezione individuati con decreto del Presidente della Giunta regionale le operazioni di votazione e di scrutinio si svolgono mediante l'uso di apparecchiature elettroniche". Tale normativa ha trovato però applicazione solo in forma sperimentale e, successivamente, è stata integrata dalla Legge regionale 25 giugno 2003, n. 19 che, all'art. 48, stabilisce che "nel caso in cui si verificano le condizioni per procedere all'espressione del voto mediante procedimento elettronico, con legge ordinaria della Regione si provvederà ad apportare le necessarie modificazioni alla disciplina delle modalità di votazione e di scrutinio di cui alla presente legge", come a dire che il voto elettronico non è ammesso: una sorta di inversione di marcia da parte del legislatore regionale valdostano dopo gli anni della sperimentazione che mai si è tramutata in una adozione ufficiale del voto elettronico²⁰.

4. *Le finalità del voto elettronico presidiato.* – La legge regionale della Lombardia n. 3 del 2015, la legge regionale del Friuli Venezia Giulia n. 18 del 2007 e la legge provinciale di Trento n. 2 del 2003 statuiscono in termini espressi gli obiettivi che si intendono perseguire con la sperimentazione (nel caso della Provincia di Trento) o con la attuazione del voto elettronico.

Così se la legge trentina si limita a fare riferimento "al fine di accelerare e semplificare le operazioni di voto e di scrutinio"²¹, la legge friulana amplia la portata degli obiettivi asseriti e statuisce che l'adozione del voto elettronico "è finalizzata ad accelerare e semplificare le operazioni di voto e di scrutinio, a garantire una maggiore trasparenza e ad eliminare gli errori nell'espressione del voto"²² mentre la legge lombarda riprende letteralmente la locuzione della legge friulana solo nella sua prima parte e richiama la trasparenza laddove prescrive che i sistemi e le procedure adottate "assicurano una maggiore efficienza, economicità e trasparenza delle consultazioni elettorali"²³.

¹⁸ Legge regionale del Friuli Venezia Giulia 27 luglio 2007, n. 18

¹⁹ Art 84 Legge provinciale di Trento 5 marzo 2003, n. 2.

²⁰ In Valle d'Aosta già nel 1996 era stata approvata la Legge regionale n. 38 che consentiva la sperimentazione del voto elettronico; per una sintetica ricognizione di quei test sperimentali v. L. Caporusso, *Elezioni come procedura: forma, osservazione e automatizzazione del voto*, in *Quaderni dell'osservatorio elettorale*, 2008, n. 59, p. 52.

²¹ Art. 84 Legge provinciale di Trento 5 marzo 2003, n. 2, Norme per l'elezione del Consiglio provinciale e del Presidente delle Provincia.

²² Art. 1, co. 2, Legge regionale FVG 27 luglio 2007, n. 17, Norme sullo svolgimento dei *referendum* consultivi in materia di circoscrizioni comunali. Voto e scrutinio elettronico.

²³ Art. 26-bis della Legge regionale Lomb. n. 34 del 1983 come modificata dalla Legge regionale Lomb. n. 3 del 2015, il corsivo è aggiunto. Nessun riferimento alle finalità del voto elettronico è invece riscontrabile nella legislazione valdostana.

Ma è poi vero che la funzione del voto elettronico è quella di accelerare e semplificare le operazioni di voto e di scrutinio?

Indubbiamente un sistema di voto elettronico persegue questi obiettivi, ma pare del tutto riduttivo pensare che si tratti della sua principale finalità nel quadro del procedimento elettorale. Inoltre, si deve considerare che per la fase del voto non si introdurrebbero grandi novità rispetto ai tempi di compilazione della scheda cartacea; mentre qualche ottimizzazione potrebbe forse essere ottenuta nella sola procedura di identificazione degli elettori.

Se si lasciano da parte le definizioni ricavabili dai pochi interventi legislativi delle Regioni e si guarda alla questione nel suo insieme, è possibile riassumere schematicamente le diverse finalità che possono essere perseguite da un sistema di voto e scrutinio elettronico e che, in diversa misura, sono già state indagate dalla dottrina:

a) rendere inequivocabile l'espressione di volontà da parte dell'elettore. L'espressione della volontà dell'elettore attraverso un terminale elettronico implica, necessariamente, l'eliminazione di qualsiasi attività di lettura del suo voto che è, automaticamente, ricondotto alle sole opzioni disponibili (scheda bianca inclusa, mentre la scheda nulla non avrebbe ragion d'essere). Il riflesso positivo di tale automatismo è una accresciuta genuinità del voto: ogni voto scrutinato discende direttamente dalla volontà dell'elettore manifestata attraverso l'apparato elettronico senza mediazioni di natura umana che, per loro natura, possono causare errori al momento dell'interpretazione dei casi dubbi²⁴;

b) eliminare il rischio di errori nel conteggio dei voti. La compilazione manuale dei verbali delle sezioni di voto comporta il rischio di riportare dati totali errati anche in presenza di uno scrutinio regolare. Banali errori di computazione, o vere e proprie frodi (cd. *brogli nominali*), compiute in questa fase possono essere rilevate solo in sede di verifica dei poteri e determinano, quindi, almeno un temporaneo sfasamento fra la volontà degli elettori e l'esito ufficiale della consultazione²⁵;

c) evitare che il voto possa essere riconoscibile. L'art. 70 del DPR 30 marzo 1957, n. 361, Testo unico delle leggi recanti norme per l'elezione della Camera dei deputati, stabilisce che "sono nulli i voti contenuti in schede che presentino

²⁴ Così E. Bettinelli, *La lunga marcia del voto elettronico in Italia*, cit., 18-20; M. Rospi, *Internet e diritto di voto*, cit., 271 che si limita a prefigurare una "riduzione dei margini di annullamento dell'espressione del voto"; A.G. Orofino, *L'espressione elettronica del suffragio*, cit., p. 207-209, secondo cui l'errata interpretazione della volontà dell'elettore determina uno svilimento della sovranità popolare. Secondo P. Rossano, *Teledemocrazia: il voto elettronico*, in *Rassegna parlamentare*, 1994, p. 100 "il problema della sicurezza del voto è quindi anzitutto strettamente collegato agli errori che possono intervenire nelle sedi e nei momenti in cui la scheda viene «manipolata»". V. anche la Legge regionale FVG n. 17 del 2007 che oltre a un generico richiamo alla trasparenza – applicabile a molte fra le funzioni qui enucleate – cita espressamente il fine di "eliminare gli errori nell'espressione del voto" (art. 1, co. 2).

²⁵ I resoconti delle Giunte delle elezioni di Camera e Senato sono ricchi di situazioni in cui è stata riscontrata l'errata trascrizione della cifra elettorale della lista e/o l'inversione della cifra elettorale spettante a ciascuna lista, ad es. v. Camera dei deputati, VI legislatura, Relazione della Giunta delle elezioni, 21 dicembre 1972.

In merito alla certezza dei risultati ottenuti con lo scrutinio elettronico v. le considerazioni di L. Cuocolo, *Voto elettronico e postdemocrazia nel diritto costituzionale comparato*, cit., p. 266 che in prospettiva ritiene ottimisticamente che "qualora nei prossimi annisi riuscissero ad affinare in modo soddisfacente le procedure informatizzate, sarà effettivamente possibile considerare il voto elettronico (e soprattutto lo scrutinio elettronico) più affidabile di quello cartaceo".

scritture o segni tali da far ritenere, in modo inoppugnabile, che l'elettore abbia voluto far riconoscere il proprio voto". Questa norma, posta a tutela della segretezza e della libertà del voto, si scontra con una realtà in cui non è difficile escogitare modi di riconoscimento del voto in grado di superare agilmente il prescritto test di inoppugnabilità, soprattutto in presenza di una pluralità di voti di preferenza o di forme di voto disgiunto. In sostanza in un contesto di illegalità si può immaginare che chi compra (o comunque controlla) i voti assegni a ciascun elettore una diversa combinazione di preferenze così da poter avere un riscontro al momento dello scrutinio della fedeltà degli elettori da lui controllati²⁶.

Questo genere di comportamenti, difficili se non impossibili da sanzionare con un sistema di voto cartaceo, erodono le fondamenta di una elezione libera e genuina e se ripetuti sistematicamente possono falsare il risultato complessivo della consultazione. Con un sistema di voto elettronico questa criticità sarebbe facilmente superata non consentendo la pubblicazione disaggregata dei voti scrutinati;

d) *impedire il cd. broglio materiale periferico*. Si tratta di uno dei punti di maggior vulnerabilità dei sistemi di votazione tradizionali: al momento dello scrutinio le schede possono infatti essere artatamente annullate con dei segni aggiuntivi; compilate se lasciate in bianco; arricchite di voti di preferenza, se ammessi, da parte di scrutatori infedeli che, soprattutto se in accordo fra loro, possono riuscire ad alterare il voto²⁷. Qualsiasi sistema di voto elettronico, eliminando l'intermediazione umana per la lettura e il conteggio dei voti, sopprime alla radice la possibilità che il singolo voto possa essere manipolato²⁸; si apre qui però uno dei temi più delicati in relazione al voto elettronico: la possibilità che si realizzi un broglio su larga scala a livello centrale su cui si rinvia al prossimo paragrafo;

e) *consentire l'immediata correzione di un errore nell'espressione del voto da parte dell'elettore*. L'art. 63 del Testo unico per l'elezione della Camera dei deputati (DPR n. 361/1957) stabilisce che "se un elettore riscontra che la scheda consegnatagli è deteriorata, ovvero egli stesso, per negligenza o ignoranza, l'abbia deteriorata, può richiederne al presidente una seconda". Il voto cartaceo quindi può essere ripetuto, in particolare nel caso in cui sia stato commesso un errore; tuttavia, il procedimento presenta qualche lentezza ed è destinato a lasciare una

²⁶ Questo sistema – che è ancora applicabile e probabilmente è a volte utilizzato – risale al 1924 quando il prefetto fascista di Bologna Bocchini ideò un sistema che facendo esprimere a ogni elettore tre preferenze diverse consentiva un controllo del voto su vasta scala. Un'altra frode elettorale che potrebbe essere evitata grazie al voto elettronico è quella della cd. "scheda girante": si tratta di sottrarre una scheda timbrata, vidimata e non votata e portarla all'esterno del seggio elettorale, magari con la complicità di un componente dell'ufficio elettorale o banalmente inserendo un fac-simile nell'urna; in tal modo la scheda può essere compilata all'esterno e consegnata a un elettore disponibile a "cedere" il suo voto e a riportare una nuova scheda non votata all'esterno affinché la frode sia ripetuta con tutti gli elettori controllati dal possessore della scheda "girante". Su queste frodi si rinvia a A. Gratteri, *Il valore del voto*, cit., p. 45-46, p. 71.

²⁷ Per una classificazione delle ipotesi brogli periferici e per un rapido *excursus* storico v. L. Ricolfi, S. Testa, *L'ipotesi dei brogli*, cit., p. 300; P. Rossano, *Teledemocrazia: il voto elettronico*, cit., p. 100, sottolinea puntualmente che "i brogli sono avvenuti nel maggior numero dei casi nella fase dello scrutinio quando, o in accordo fra loro o individualmente, i presenti all'interno del seggio effettuano correzioni nei casi in cui la scheda, per errore o distrazione, non contiene chiaramente espressa la volontà dell'elettore".

²⁸ Sul punto v. A.G. Orofino, *L'espressione elettronica del suffragio*, cit., p. 209. In India l'introduzione del voto elettronico è stata fra l'altro motivata proprio con l'esigenza di evitare brogli materiali che in quel Paese erano frequenti e anche di proporzioni significative, in proposito v. A. Gratteri, *Il valore del voto*, cit., p. 133. Per una testimonianza diretta di come trasformare una scheda bianca in valida al momento dello scrutinio v. C. Velardi, *L'anno che doveva cambiare l'Italia*, Milano, 2006, p. 169.

traccia che potrebbe anche spingere l'elettore fallace a soprassedere e a non modificare o ad annullare il suo voto. Infatti è prescritto che la scheda deteriorata sia consegnata al presidente dell'ufficio elettorale di sezione che la inserisce in un apposito plico affinché sia allegata agli atti. Con il voto elettronico la stessa operazione è compiuta in autonomia dall'elettore che può facilmente essere abilitato dal sistema a modificare le opzioni precedentemente selezionate²⁹;

f) facilitare l'espressione personale del voto da parte dei disabili. Attualmente “i ciechi, gli amputati delle mani, gli affetti da paralisi o da altro impedimento” possono esprimere la loro volontà di elettori nelle forme del voto assistito (art. 55 DPR n. 361/1957). Di fronte ad un impedimento fisico tale da non consentire l'espressione del voto in autonomia è quindi richiesta, e consentita, l'assistenza di un fiduciario che, pur se configurato giuridicamente come una sorta di proiezione fisica dell'elettore menomato, implica, materialmente, uno svilimento tanto della segretezza quanto della personalità del voto. Gli apparati elettronici per il voto possono, agevolmente, consentire anche a chi è fisicamente impedito di esprimere in piena autonomia il proprio voto: con dei semplici ausili audio è possibile facilitare il voto dei ciechi (che oggi richiedono il voto assistito) ma anche quello degli ipovedenti (che oggi invece non possono usufruire delle modalità del voto assistito)³⁰. Tali dispositivi potrebbero inoltre essere eventualmente messi a disposizione degli elettori che richiedono una qualche forma di aiuto nel momento di espressione del voto, anche in lingue diverse dall'italiano;

g) agevolare la partecipazione al voto degli elettori fuori sede. Il procedimento elettorale italiano è rigidamente vincolato alla corrispondenza fra il luogo di residenza dell'elettore e la sezione elettorale corrispondente³¹. Questo criterio si inserisce in un procedimento elettorale complessivamente strutturato su schemi non informatizzati dove il verbale cartaceo è il protagonista. La mancata informatizzazione del procedimento elettorale consente di limitare il numero di casi in cui il voto può essere espresso al di fuori della sezione di residenza in quanto, a causa dell'impossibilità di effettuare controlli incrociati, ci si esporrebbe a sin troppo facili abusi³². La conseguenza però è la rinuncia ad agevolare la partecipazione degli elettori fuori sede ed il pieno sviluppo di un loro diritto politico oltretutto la mancata rimozione di uno specifico ostacolo “alla effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica del Paese” secondo il dettato dell'art. 3, co. 2, della Costituzione³³. Attraverso un procedimento informatizzato sarebbe possibile garantire, a un tempo, l'eguaglianza del voto (impedendo voti multipli) e la mobilità degli elettori che potrebbero votare in qualsiasi sezione elettorale sul territorio nazionale.

²⁹ Con riferimento all'esperienza degli Stati Uniti in merito alla correzione degli errori da parte dello stesso elettore si rinvia ancora ad A. Gratteri, *Il valore del voto*, cit., p. 120.

³⁰ In questo senso v. E. Bettinelli, *La lunga marcia del voto elettronico in Italia*, cit., p. 27.

³¹ Le uniche eccezioni riguardano, essenzialmente, il personale dell'Ufficio elettorale di sezione (art. 48 DPR n. 361/1957); i militari in servizio (art. 49); i naviganti fuori residenza per motivi di imbarco (art. 50); i degenti in ospedale (art. 51).

³² Esempi di questa modalità di voto sono presenti, anche con il voto su schede di carta, nei Paesi Bassi e in Germania, in proposito v. A. Gratteri, *Il valore del voto*, cit., p. 148.

³³ In questo senso, con riferimento al voto per corrispondenza, v. M. Cosulich, *Il sistema elettorale del consiglio regionale tra fonti statali e fonti regionali*, cit., p. 39; per E. Bettinelli, *La lunga marcia del voto elettronico in Italia*, cit., p. 27, si darebbe così attuazione al principio di non discriminazione tramite la “valorizzazione piena delle condizioni di voto per chiunque”.

Il voto elettronico potrebbe anche ovviare, facilmente, al problema di ricondurre i voti di ciascun elettore all'ambito territoriale di residenza. Salvo il caso di un sistema elettorale basato su un'unica circoscrizione nazionale è essenziale, a tutela dell'eguaglianza del voto e della regolarità della consultazione³⁴, rispettare l'appartenenza di ciascun elettore all'ambito circoscrizionale di residenza. Diventa quindi fondamentale sfruttare il potenziale di un sistema che consente di presentare all'elettore le opzioni di voto disponibili per la sua circoscrizione elettorale, indipendentemente dal luogo in cui il voto è espresso materialmente. Condizione necessaria affinché si possa realizzare tale forma di mobilità degli elettori è la creazione di una rete informatica in grado di connettere fra loro tutte le sezioni elettorali³⁵.

Inoltre, con la predisposizione di postazioni di voto presso ambasciate e consolati, tale sistema sarebbe estensibile sia al voto degli italiani residenti in altri Stati dell'Unione in occasione dell'elezione del Parlamento europeo³⁶ sia, in una prospettiva di riforma, più genericamente agli italiani residenti all'estero;

h) incentivare la partecipazione al voto. Il tema della partecipazione è, a un tempo, uno dei più sentiti e dei più delicati nel momento in cui si valutano le conseguenze dell'introduzione di un sistema di voto elettronico.

Innanzitutto, è necessario sgombrare il campo dalle suggestioni di democrazia elettronica e istantanea che da sempre si accompagnano a qualsiasi forma di automatizzazione del voto. Già all'inizio del '900 vi fu chi profetizzava entusiasticamente il voto "senza fili"³⁷ e Carl Schmitt nel 1928 scriveva (criticamente) che "potrebbe immaginarsi che un giorno per mezzo di ingegnose invenzioni ogni singolo uomo, senza lasciare la sua abitazione, con un apparecchio possa continuamente esprimere le sue opinioni sulle questioni politiche e che tutte queste opinioni vengano automaticamente registrate da una centrale, dove occorrerà solo darne lettura"³⁸. In anni più recenti, come ricorda Stefano Rodotà, è stato ripreso da alcuni il mito fondativo *dell'agorà* ateniese e "si è pensato che nel villaggio globale, nell'immensa sua piazza virtuale, sarebbe stato possibile ricostruire le condizioni della democrazia diretta" e Internet avrebbe soccorso la morente democrazia rappresentativa traghettandola "sui lidi più sicuri di una democrazia 'immediata', ovvero un sistema politico caratterizzato da una consultazione permanente dei cittadini"³⁹.

Ma tali suggestioni si inseriscono nel quadro di un voto elettronico a distanza, ovvero il voto tramite Internet, e non sono pertanto compatibili con il dettato della Costituzione italiana come sopra si è ricordato.

Il voto via Internet, in ogni caso, inciderebbe in modo evidente sulla partecipazione ma – è bene non dimenticarlo – la sua utilizzazione produrrebbe una trasformazione dell'idea stessa di partecipazione che si troverebbe così a

³⁴ Il problema si pone in particolare in presenza di collegi uninominali.

³⁵ Questa soluzione era centrale nella proposta avanzata attraverso il progetto *E-poll*, in proposito v. E. Bettinelli, *La lunga marcia del voto elettronico in Italia*, cit., p. 25 ss. che fa riferimento al "pieno diritto delle persone in mobilità"; per un riferimento puntuale al dibattito tedesco su questo punto v. L. Cuocolo, *Voto elettronico e postdemocrazia nel diritto costituzionale comparato*, cit., p. 266, che però ritiene che tale soluzione sia destinata a ricadute concrete ristrette; M. Rospi, *Internet e diritto di voto*, cit., p. 272 invece ne valuta favorevolmente l'impatto sulla partecipazione.

³⁶ Cfr E. Bettinelli, *La lunga marcia del voto elettronico in Italia*, cit., p. 20.

³⁷ Così l'on. Bertolini nell'aula della Camera dei deputati nella tornata del 17 maggio 1912, sulla vicenda si rinvia a A. Gratterer, *Il valore del voto*, cit., p. 56.

³⁸ C. Schmitt, *Dottrina della Costituzione*, Milano, 1984 (1928), p. 322.

³⁹ S. Rodotà, *Il mondo nella rete*, Roma-Bari, 2014, p. 6 ss.

essere compresa fra le forze contrapposte della sua banalizzazione⁴⁰ e della sua esaltazione⁴¹. Fino al punto di dover probabilmente temere l'instaurazione di un regime democratico tanto immediato da divenire plebiscitario, dove non serve garantire la segretezza e la personalità del voto ma ci si accontenta della partecipazione⁴² o che, comunque, è contraddittorio rispetto alle premesse di democrazia dal basso propugnate dai sostenitori della rete⁴³.

Il diritto di voto, non più garantito secondo i canoni dell'art. 48 Cost., vedrebbe prevalere il suo carattere individualistico⁴⁴ e l'intero procedimento democratico sarebbe svilito dall'assenza di un luogo fisico in cui possa manifestarsi l'appartenenza a una comunità politica. Anche la democrazia diretta prefigurata da Rousseau si fonda, nelle parole di Massimo Luciani, "sul comune interesse per la cosa pubblica, e questo interesse va dimostrato almeno scomodandosi a 'fare un passo' per recarsi all'assemblea. La cosiddetta democrazia elettronica sembra essere invece un ossimoro: una forma di *partecipazione passiva* alla cosa pubblica; un modello di comunità individualistica"⁴⁵ poiché risulta assente, come osserva Pasquale Costanzo la funzione deliberativa "intesa come confronto plurale, paritario, elaborato, ponderato e sovente frutto di accordi e transazioni, quale solo può realizzarsi in organi strutturati, dove ad ognuno e alla maggioranza e alle opposizioni sono riservate in principio le stesse *chances* di farsi udire e dibattere"⁴⁶.

Per quanto concerne, invece, il voto elettronico presidiato l'incentivo alla partecipazione, al di fuori delle ipotesi di voto mobile di cui al precedente paragrafo, sarebbe del tutto irrilevante con atteggiamenti di curiosità e di diffidenza

⁴⁰ Y. Papadopoulos, *Democrazia e referendum*, in *Rivista italiana di Scienza politica*, 1995, p. 217, parla di "banalizzazione dell'atto civico"; sul punto v. anche L. Trucco, *Il voto elettronico nella prospettiva italiana e comparata*, cit., p. 55.

⁴¹ In questo senso v. P. Rossano, *Teledemocrazia: il voto elettronico*, cit., p. 103 secondo cui "la tecnologia è più avanti della politica alla quale ha fornito una strumentazione del tutto nuova" e consente lo sviluppo di "forme inedite di democrazia partecipativa". La valorizzazione del potenziale di Internet quale strumento di partecipazione politica è ripresa da P. Costanzo, *Quale partecipazione politica attraverso le nuove tecnologie comunicative in Italia?*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2011, p. 46, che individua due presupposti necessari e fondamentali: l'alfabetizzazione informatica dei cittadini e il riconoscimento della valenza costituzionale dello strumento.

⁴² Secondo A. Schiavone, *Non ti delego*, Milano, 2013, p. 96, un flusso continuo di votazioni telematiche "non democratizzerebbe il potere, lo sposterebbe ancora più lontano dalla politica" e C. Crouch, *Postdemocrazia*, Roma-Bari, 2003, p. 126, ritiene che vi sarebbe l'interesse della classe politica a "trovare i mezzi per incoraggiare il massimo livello di minima partecipazione" estendendo l'orario di apertura dei seggi o ricorrendo al voto telefonico o via Internet. Sulle opportunità e sui pericoli di Internet quale strumento di veicolazione del consenso (o del dissenso) si rinvia alle ragionate argomentazioni di P. Marsocci, *Cittadinanza digitale e potenziamento della partecipazione politica attraverso il web: un mito così recente già da sfatare?*, in *Rivista AIC*, n.1/2015. Sui limiti della partecipazione politica in rete v. anche le puntuali considerazioni di M. Della Morte, *Rappresentanza vs. Partecipazione? L'equilibrio costituzionale e la sua crisi*, Milano, 2012, p. 138.

⁴³ In questo senso v. S. Rodotà, *Il mondo nella rete*, cit., pag. 6 ss., p. 54 ss., che ricorda che la qualità della democrazia elettronica (variabile da "espansione massima del potere del cittadino" a "fascismo digitale") non può essere affrontata solo con riferimento all'innovazione tecnologica ed è, invece, necessaria anche una valutazione delle "precondizioni che rendono possibile il processo democratico".

⁴⁴ Carattere individualistico del voto che è, peraltro, posto da E. Fraenkel, *La componente rappresentativa e plebiscitaria nello Stato costituzionale democratico*, Torino, 1994 (1958), p. 42, quale elemento essenziale del sistema plebiscitario.

⁴⁵ M. Luciani, *Art. 75 – Il referendum abrogativo*, in *Commentario della Costituzione Branca*, Bologna-Roma, 2005, p. 115.

⁴⁶ P. Costanzo, *La governance di Internet in Italia*, in O. Pollicino, E. Bertolini, V. Lubello (cur.), *Internet: regole e tutela dei diritti fondamentali*, Roma, 2013, p. 55.

da parte degli elettori che, presumibilmente si bilancerebbero⁴⁷ senza modificare il saldo finale del tasso di partecipazione;

i) contenere i costi dopo gli elevati investimenti iniziali. Alla luce dei rari studi realizzati in materia⁴⁸, l'idea che il voto elettronico possa portare ad una riduzione dei costi appare poco più che un luogo comune. In ogni caso è bene sottolineare che esistono molte diverse forme di voto elettronico e che i fattori che incidono sui costi (iniziali e a regime) sono molteplici: il tipo di apparati utilizzati, la loro connessione in rete o meno, la possibilità di stampare il voto su carta; la eventuale riduzione del personale impiegato e dei tempi di scrutinio, la adeguata formazione del personale⁴⁹. Uno dei rari riscontri certi sui costi del voto elettronico deriva dai dati pubblicati dal Ministero dell'interno belga secondo cui nel 2006 il costo del voto elettronico è stato triplo rispetto a quello del voto cartaceo; e proprio in Belgio si è di recente aperta una controversia fra il governo regionale vallone e i pochi comuni della regione che ricorrono al voto elettronico in merito alla copertura dei maggiori costi rispetto al voto tradizionale⁵⁰;

l) velocizzare le operazioni di identificazione e di voto. Tutte le diverse fasi del procedimento elettorale all'interno della sezione elettorale sarebbero influenzate dall'introduzione di un sistema di voto elettronico. Anche la fase dell'identificazione dell'elettore sarebbe informatizzata al pari dell'espressione del voto vero e proprio rendendo l'intero procedimento omogeneo rispetto all'uso della tecnologia e consentendo, ad esempio, il voto al di fuori del seggio di residenza nelle forme sopra descritte alla lettera g).

Quanto ai tempi di attesa e di esercizio del voto probabilmente non si registrerebbe alcuna differenza⁵¹ e il procedimento non beneficerebbe del ricorso alle nuove tecnologie⁵²;

m) rendere istantaneo lo scrutinio dei voti. Indubbiamente questo sarebbe uno degli esiti di maggior visibilità portato dall'introduzione di un sistema di voto elettronico: l'esigenza di soddisfare la curiosità di un pubblico sempre più abituato alla velocità sarebbe di certo garantita. Alla chiusura dei seggi i risultati ufficiali potrebbero essere resi noti con la stessa velocità con cui oggi si diffondono gli *exit-polls*. Ad un primo approccio appare evidente che non si tratta però di un'esigenza degna di considerazione nella prospettiva dell'individuazione delle funzioni costituzionali del voto elettronico. La certezza di un risultato elettorale veritiero è degna di tutela, non la sua immediatezza.

Tuttavia, è bene considerare anche le conseguenze politico-istituzionali di un esito incerto e/o contestato. In particolare nei sistemi maggioritari e nell'elezione di organi monocratici è sempre più frequente il caso di elezioni decise con margini di

⁴⁷ A.G. Orofino, *L'espressione elettronica del suffragio*, cit., p. 209, ritiene che il solo ammodernamento degli strumenti di voto potrebbe avere un riflesso positivo sulla partecipazione al voto.

⁴⁸ Sul punto v. L. Cuocolo, *Voto elettronico e postdemocrazia nel diritto costituzionale comparato*, cit., 265. Anche A.G. Orofino, *L'espressione elettronica del suffragio*, cit., p. 210, valuta in termini critici l'argomento dei minori costi del voto elettronico.

⁴⁹ Cfr. B. Goldsmith, *Electronic Voting & Counting Technologies*, Washington D.C., 2011, p. 37 ss. (in www.ifes.org) che presenta un complesso schema per la valutazione dei costi di un sistema di voto elettronico.

⁵⁰ Il costo aggiuntivo del voto elettronico è oggi stimato in 1,27 euro per elettore, v. M. Sirlereau, *Communes vs Paul Furlan: un bras de fer dû au coût du vote électronique*, 10 aprile 2014, in www.rtbef.be.

⁵¹ In questo senso E. Bettinelli, *La lunga marcia del voto elettronico in Italia*, cit., p. 27.

⁵² Così L. Trucco, *Il voto elettronico nella prospettiva italiana e comparata*, cit., p. 63.

scarto minimi; comprensibilmente accade allora che le contestazioni e le richieste di verifica dello scrutinio si sovrappongano alla attesa proclamazione del risultato ufficiale con un effetto di delegittimazione dell'intera consultazione elettorale e del sistema democratico nel suo insieme, spesso percepito come inadeguato a produrre decisioni tempestive dall'opinione pubblica. Il caso delle elezioni presidenziali americane del 2000 e della contesa fra Bush e Gore è emblematico, così come l'incerto esito delle elezioni politiche italiane del 2006 e poi, ancora, del 2013.

Anche in queste situazioni la rapidità dello scrutinio non risulta, in sé, significativa nella prospettiva costituzionale della tutela della genuinità del voto; tuttavia, essa può essere vista come una sorta di corollario della certezza dello scrutinio (come presentata in precedenza alle lettere *a* e *b*). Se lo scrutinio e il conteggio dei voti attraverso apparati elettronici è inequivocabile, conseguentemente esso sarà anche immediato, così rafforzando la percezione da parte del pubblico di un sistema elettorale efficiente, affidabile e capace di dare piena legittimazione democratica agli eletti.

5. I problemi legati al voto elettronico e le ragioni del suo abbandono in molti Paesi europei. – Il voto elettronico, da un punto di vista tecnico, rappresenta una combinazione insolita di elementi in (apparente) contraddizione fra loro: a) gli elettori devono essere identificati e autorizzati a votare; b) i risultati devono essere verificabili; c) nel rispetto della segretezza non deve essere possibile mettere in connessione il singolo elettore con il suo voto⁵³.

L'identificazione e l'autorizzazione al voto non presenta, nel voto presidiato, particolari snodi critici grazie alla presenza fisica dell'elettore ed alla supervisione del personale del seggio. La verificabilità dei risultati, la contestuale tutela della segretezza e la complessiva sicurezza del sistema di voto pongono, invece, questioni tecniche di estrema delicatezza e, come l'esperienza di molti Paesi europei dimostra, possono addirittura sconsigliare di ricorrere a tali modalità di voto in assenza delle minime garanzie necessarie.

Uno dei momenti salienti nel (mancato) dispiegarsi del pieno potenziale del voto elettronico in Europa è legato alla pubblicazione della sentenza del *Bundesverfassungsgericht* del 3 marzo 2009⁵⁴ che ha di fatto chiuso l'epoca del voto elettronico perlomeno nella Repubblica federale tedesca⁵⁵.

Secondo i giudici della seconda sezione del Tribunale costituzionale tedesco “la pubblicità del voto è la condizione essenziale per la formazione di una volontà politica democratica. Essa assicura la conformità all'ordinamento e il controllo delle procedure di voto e crea pertanto un presupposto basilare per la motivata fiducia dei cittadini nel corretto svolgimento delle votazioni”; perciò “tutti i passaggi essenziali di un'elezione sono soggetti a un possibile controllo pubblico a meno che altri interessi costituzionali (*verfassungsrechtliche Belange*) giustifichino un'eccezione”⁵⁶.

Il cuore del problema è la sicurezza informatica del procedimento sia per quanto riguarda il *software* sia per quanto riguarda l'*hardware* utilizzati. Devono essere

⁵³ Così B. Jacobs, W. Pieters, *Electronic Voting in the Netherlands: from early Adoption to early Abolishment*, in A. Aldini, G. Barthe, R. Gorrieri (eds.), *Foundations of Security Analysis and Design V*, Berlin.Heidelberg-New York, 2009, p. 121.

⁵⁴ BVerfG, 2 BvC 3/07.

⁵⁵ Così A. Gratteri, *Le garanzie minime necessarie per il voto elettronico secondo il Tribunale costituzionale*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 11 marzo 2009.

⁵⁶ Par. 106 e 111 della sentenza

infatti esclusi rischi di sorta in relazione a possibili malfunzionamenti o manipolazioni del voto insite negli apparati utilizzati così come non può essere sottovalutato il possibile attacco di *hacker* intenzionati a realizzare un broglio e, secondo il Tribunale costituzionale, quel che accade nella cd. *black box* deve sempre essere verificabile. Ne discende in particolare l'esigenza di adottare programmi *software* dotati di codici sorgente *open source* al fine di rendere effettivo il controllo pubblico e non di programmi con codici sorgente proprietari, come accadeva proprio in Germania prima della decisione del Tribunale costituzionale, quando si utilizzavano apparati di una società privata semplicemente certificati *ex ante* da parte del Ministero dell'interno.

Tuttavia il Tribunale costituzionale non solo ha ritenuto insufficiente il controllo preventivo delle macchine di voto ma ha anche definito i contorni del controllo pubblico sul procedimento elettorale: "la questione del voto riguarda l'intero popolo e tutti i cittadini [...] e anche il controllo delle procedure di voto deve essere un loro compito"⁵⁷. Si tratta quindi di un controllo individuale (da parte di un elettore *qualsiasi*, privo di *conoscenze tecniche*)⁵⁸ e "una procedura di voto in cui l'elettore non può correttamente stabilire se il suo voto è conteggiato in modo genuino e incluso nel risultato finale al pari di tutti gli altri voti espressi esclude dal controllo pubblico gli elementi centrali del procedimento e non soddisfa i requisiti costituzionali"⁵⁹.

Ne consegue che in Germania il legislatore che volesse perseguire la strada del voto elettronico dovrebbe adottare, compatibilmente con la Legge fondamentale, un sistema basato su *software open source* e che preveda la stampa di ogni singolo voto in modo da rendere possibile un controllo diretto da parte dell'elettore e un eventuale riconteggio.

Su un piano politico legato alle motivazioni del Tribunale costituzionale tedesco si collocano le ragioni che hanno spinto il Governo norvegese ad abbandonare il progetto di introdurre il voto elettronico nel giugno del 2014. In Norvegia, dove la segretezza del voto non è tutelata a livello costituzionale⁶⁰, fra il 2011 e il 2013 il voto via Internet è stato reso disponibile per un ampio campione di elettori⁶¹ sotto forma di voto anticipato sino al giorno precedente il voto tradizionale ed è stato utilizzato da circa un terzo dei votanti. Queste diffuse sperimentazioni (dotate di ufficialità) non hanno determinato una variazione nei tassi di partecipazione e il Governo, pur negando che questo fosse uno degli obiettivi, ha deciso di non proseguire nell'adozione del voto via Internet in quanto è emerso che gli elettori hanno una conoscenza limitata dei meccanismi di sicurezza del sistema per cui vengono meno le premesse di un'elezione libera e genuina; e in assenza di un diffuso consenso si è ritenuto di non procedere alla definitiva modifica delle forme di votazione⁶².

In Irlanda già nel 2004 il voto elettronico subì una significativa battuta d'arresto: proprio quando il progetto per una sua introduzione era in una avanzata fase di attuazione la *Commission on Electronic Voting* istituita dal Governo affermò di non essere nelle condizioni di raccomandare l'uso del sistema proposto in quanto non

⁵⁷ Par. 109 della sentenza.

⁵⁸ Le stesse valutazioni potrebbero estendersi ai rappresentanti di lista.

⁵⁹ Par. 112 della sentenza.

⁶⁰ Cfr. A. Gratteri, *Il valore del voto*, cit., p. 143.

⁶¹ 168 mila elettori nel 2011 e 250 mila elettori nel 2013.

⁶² Comunicato stampa *Internet voting pilot to be discontinued* del 25 giugno 2014; v. anche il comunicato stampa *BBC misreports on ending of Norwegian Internet voting pilots* del 27 giugno 2014 di precisazione alle notizie errate riportate dalla stampa, in www.regjeringen.no.

si poteva fornire la prova del suo pieno funzionamento e il Governo rapidamente si adeguò⁶³.

È diverso, invece, il caso dei Paesi Bassi dove il voto elettronico è stato abbandonato nel 2008 dopo anni di intensa diffusione. In seguito a una campagna di informazione di un gruppo di attivisti⁶⁴ fu dimostrato che le apparecchiature utilizzate potevano essere facilmente manomesse per attribuire i voti di una lista ad un'altra e che era possibile intercettare con degli specifici apparati posti all'esterno del seggio un segnale radio che vanificava il carattere segreto del voto⁶⁵.

Il Regno Unito e la Finlandia, invece, dopo aver testato con valore di ufficialità il voto elettronico lo hanno abbandonato a causa del suo basso livello di affidabilità. Nel 2008 nel Regno Unito la *Electoral Commission* ha rilevato che dopo i numerosissimi test condotti emerge una preoccupazione legata alla bassa fiducia del pubblico nel voto elettronico, alla sua accessibilità e alle difficoltà tecniche riscontrate. Mentre in Finlandia nel 2009 la Suprema corte amministrativa ha addirittura ordinato la ripetizione delle elezioni (con schede cartacee) in tre comuni in seguito agli errori riscontrati in occasione della consultazione elettronica⁶⁶. In seguito sia il Governo britannico sia quello finlandese hanno annunciato l'abbandono della tecnologia elettronica per il voto, salvo in tempi più recenti riproporre la valutazione del voto via Internet⁶⁷.

Anche in Francia, dove nel 2003 è stato avviato un progetto di introduzione del voto elettronico presidiato, si sono verificati numerosi inconvenienti quali, ad esempio, la differenza fra il numero degli elettori ammessi al voto e il numero dei voti espressi e lunghi tempi di attesa per il voto che hanno indotto il Governo a stabilire nel 2008 una moratoria per cui il numero di comuni ammessi al utilizzo del voto elettronico si è progressivamente ridotto e il voto elettronico continua ad essere utilizzato solo per i residenti all'estero⁶⁸.

Nell'insieme i Paesi che hanno deciso di abbandonare la prospettiva dell'introduzione del voto elettronico, e ovviamente quelli che mai hanno seriamente investito in tale direzione, sembrano quindi essere spinti principalmente da un duplice ordine di ragioni:

a) problemi di sicurezza informatica riscontrati nella fase di certificazione degli apparati di voto o in seguito ad errori o episodi di malfunzionamento degli stessi; in particolare tali inconvenienti, anche se contraddistinti da un carattere episodico hanno svolto un ruolo spesso determinante in seguito alla grande attenzione ricevuta dai *media*;

⁶³ Commission on Electronic Voting, *Secrecy, Accuracy and Testing of the Chosen Electronic System (Interim report)*, 29 aprile 2004.

⁶⁴ Chiamati "Non ci fidiamo dei computer per il voto".

⁶⁵ Sul punto v. B. Jacobs, W. Pieters, *Electronic Voting in the Netherlands: from early Adoption to early Abolishment*, cit., p. 131 ss.

⁶⁶ Comunicato stampa del Ministero della giustizia del 23 aprile 2009, *New municipal elections in Vihti, Karkkila, and Kauniainen*, <http://oikeusministerio.fi>.

⁶⁷ In questo senso v. il rapporto *Voter engagement in the UK* del 10 novembre 2014 della Commissione *Political and Constitutional Reform* della Camera dei Comuni e il rapporto della *Speaker's Commission on Digital Democracy, Open Up!*, del 26 gennaio 2015 (in www.digitaldemocracy.parliament.uk) che si pronuncia in favore di una forma di voto sicuro via Internet disponibile per tutti gli elettori nel 2020; e l'istituzione di un gruppo di esperti da parte del Ministero della giustizia finlandese (cfr. il documento presentato al *5th CoE e-voting review meeting* del 28 ottobre 2014 in www.coe.int).

⁶⁸ V. in proposito il *Rapport d'Information* sul voto elettronico presentato dal Senato il 9 aprile 2014 (n. 445) che, oltre a riportare i problemi riscontrati, raccomanda di stabilizzare la moratoria del 2008 e di utilizzare il voto elettronico solo per il voto a distanza dei residenti all'estero rafforzando, peraltro, le garanzie di sicurezza ora previste.

b) valutazioni di natura politica che sconsigliano di ricorrere al voto elettronico in presenza di un forte scetticismo o, comunque, di un consenso non unanime da parte del pubblico (e quindi dell'elettorato).

Il Consiglio d'Europa ha sin dal 2004 adottato una Raccomandazione agli Stati membri su *Legal, operational and technical standards for e-voting*⁶⁹ che fra i molti punti trattati pone, in particolare, l'accento proprio sulle problematiche sopra richiamate. Innanzitutto, il primo punto della raccomandazione, sancisce che "il voto elettronico deve essere tanto sicuro ed affidabile quanto i sistemi di votazione che non ricorrono a mezzi elettronici"⁷⁰ e, a questo scopo, si fornisce un dettagliato catalogo di interventi centrato sulla verificabilità del funzionamento degli apparati e sulla trasparenza delle procedure di controllo; non è però prescritto il ricorso a *software open source*.

Inoltre, anche la fiducia del pubblico nel sistema di voto è presa in considerazione dalla Raccomandazione che affida agli Stati il compito di "procedere per assicurare che gli elettori capiscano il sistema di voto in uso e ne abbiano fiducia"⁷¹. Il tema della trasparenza e della percezione degli elettori è seriamente preso in considerazione dal Consiglio d'Europa che, nel 2011, ha adottato delle specifiche linee guida in proposito: "Prima di introdurre un sistema di voto elettronico deve essere assodato che una significativa maggioranza dell'elettorato ha sufficiente fiducia nel sistema esistente. La fiducia nei confronti del governo (*public trust*) così come la fiducia nel parlamento (*political trust*) sono essenziali per una efficace attuazione del voto elettronico. Diversamente esiste un potenziale rischio di tensioni sociali e politiche"⁷².

6. *La Legge regionale della Lombardia 23 febbraio 2015, n. 3: verso il secondo caso di voto elettronico in Italia?* – L'approvazione di una legge diretta all'introduzione del voto elettronico nella Regione Lombardia rappresenta una significativa novità dopo che, di fatto, in Italia la prospettiva della sua introduzione si era esaurita con le polemiche sulla rilevazione informatizzata dello scrutinio del 2006. Anche la sentenza del Tribunale costituzionale tedesco del 2009 ha probabilmente influenzato, sino ad ora, i decisori politici italiani così come, le numerose battute d'arresto subite dal voto elettronico in altri Paesi europei hanno di certo avuto un ruolo.

Tuttavia, il voto elettronico continua ad esercitare un certo fascino, soprattutto nel più ampio disegno di una democrazia elettronica diretta e immediata che spesso echeggia negli argomenti di chi si richiama all'esempio dell'Estonia o della Svizzera, dove – non a caso – si ricorre al voto via Internet⁷³.

Il legislatore lombardo, proprio sull'onda di una sorta di entusiasmo per la modernizzazione non senza qualche influenza di chi guarda con interesse alla democrazia diretta, ha ora definito il quadro normativo per l'introduzione del voto elettronico per i *referendum* consultivi regionali e per quelli relativi alla fusione di comuni.

La legge 23 febbraio 2015, n. 3 ha modificato la legge 28 aprile 1983, n. 34 introducendo un nuovo articolo 26-*bis* secondo cui spetta al Presidente della

⁶⁹ Rec(2004)11.

⁷⁰ Rec(2004)11, p. 7.

⁷¹ Rec(2004)11, p. 11.

⁷² GGIS (2010) 5 fin. E, *Guidelines on transparency of e-enabled elections*, p. 4.

⁷³ A titolo di esempio v. i siti www.democraticidiretti.it e www.ivot.it oltre, ovviamente, al caso del Movimento 5 stelle che utilizza il voto via Internet per la principali decisioni interne (o per la ratifica di esse) da parte degli attivisti registrati sulla piattaforma www.beppegrillo.it.

Giunta stabilire, con decreto, se ricorrere al voto elettronico, anche solo per una parte di territorio purché per comuni o zone omogenee nel rispetto dei principi fissati dal primo comma (co. 2).

Principi che, oltre al richiamo dei requisiti di eguaglianza, personalità, libertà e segretezza stabiliti dall'art. 48 Cost., consistono nell'“assicurare una maggiore efficienza, economicità e trasparenza delle consultazioni elettorali” sulla scia dei principi generali dell'attività amministrativa fissati dalla legge n. 241 del 1990. La legge lombarda n. 3 del 2015 è molto rigorosa nell'enunciazione di tali principi che, su un piano pratico, si risolvono nella definizione delle condizioni necessarie affinché il Presidente della Giunta possa, in concreto, decretare l'utilizzo del voto elettronico stabilendo dei limiti ulteriori rispetto a quelli derivanti dai criteri che regolano, in generale, il procedimento amministrativo.

I termini utilizzati dall'organo legislativo della Regione sono precisi nel loro significato e il nuovo sistema di voto deve *assicurare*, nel suo significato di *rendere certa*, una *maggiore* efficienza, economicità e trasparenza. Efficienza e trasparenza sono difficilmente misurabili in termini oggettivi e, ragionevolmente, potranno essere valutate in profondità solo *ex post*. I costi dell'innovazione tecnologica delle modalità di voto possono invece essere valutati *ex ante* rispetto alla decisione del Presidente della Giunta e dovranno, inevitabilmente, concorrere alla motivazione del suo decreto ai sensi del comma 2 dell'art. 26-*bis*.

In sostanza la legge lombarda, nello stabilire i principi di fondo del voto elettronico, fissa anche dei criteri volti a guidare l'attività discrezionale del Presidente della Giunta. Una volta stabiliti i requisiti tecnici degli apparati di contorno e gli elementi accessori del procedimento elettorale coinvolti dall'innovazione⁷⁴ sarà necessario procedere ad una comparazione dei costi fra il nuovo e il vecchio sistema per far sì che il voto elettronico, se adottato, *assicuri una maggiore economicità*: diversamente si potrebbe configurare l'illegittimità del decreto del Presidente della Giunta.

Anche la attribuzione al solo Presidente della Giunta della decisione relativa ad un utilizzo parziale del voto elettronico e alla individuazione delle sezioni elettorali corrispondenti, suscita significative perplessità. In particolare appare perlomeno inopportuno rimettere ad una scelta discrezionale, vincolata al solo rispetto dell'incerto parametro dell'omogeneità dei comuni o delle zone interessate, l'introduzione di modalità differenziate di voto sul territorio della Regione, soprattutto nel caso in cui si dovessero riscontrare tassi di partecipazione diversi o una differente incidenza delle schede nulle fra le aree interessate dal voto elettronico e quelle ancorate al voto cartaceo.

La legge regionale lombarda stabilisce le sole caratteristiche di base degli apparati per il voto elettronico e rimette a un successivo regolamento della Giunta la definizione degli elementi di dettaglio. Si prevede quindi l'adozione di un “sistema di voto integrato” (*software* e *hardware*) che consenta sia l'automazione del voto sia l'elaborazione dei dati dei voti scrutinati (art. 26-*bis*, co. 3), oltre alla trasmissione telematica dei risultati (co. 8).

In ogni sezione elettorale deve essere presente almeno un apparecchio elettronico opportunamente isolato in modo da tutelare la segretezza al momento dell'espressione del voto mentre la segretezza del voto espresso è rimessa alle

⁷⁴ Secondo la relazione tecnico-finanziaria che accompagna il testo della legge n. 3 del 2015 (PdL n. 226) la spesa “è difficilmente quantificabile a priori, tenuto conto che per lo svolgimento del referendum con questa modalità innovativa (voto e scrutinio elettronici) occorrono un'intesa con Prefettura-Ministero dell'Interno nonché un regolamento regionale attuativo e che, pertanto, non risultano, allo stato, sufficientemente definiti gli elementi tecnici operativi che consentono una stima effettiva della spesa”.

procedure informatiche utilizzate che “garantiscono la registrazione del voto e il conteggio dello stesso, nonché la protezione dei dati immessi rendendo impossibile l'individuazione della sequenza in cui i voti sono espressi”. Gli apparecchi elettronici utilizzati sono predisposti per la stampa su carta del voto espresso e “al fine di consentire verifiche maggiori circa la regolarità del voto” in ogni comune sono sorteggiate le sezioni (pari ad almeno il 25 per cento degli elettori) in cui il voto elettronico è affiancato dalla sua riproduzione cartacea (art. 26-*bis*, co. 5).

Quanto alla concreta espressione del voto è stabilito che essa avvenga per il tramite di una scheda riprodotta dallo schermo dell'apparato elettronico e che l'elettore possa scegliere fra tutte le opzioni di voto valido oltre che la scheda bianca; è inoltre previsto che in caso di errore il voto possa essere ripetuto per una sola volta (art. 26-*bis*, co. 6).

Gli standard tecnici dell'*hardware* e del *software* necessari ad impedire manipolazioni e contraffazioni del voto sono stabiliti dal regolamento regionale adottato dalla Giunta che dovrà anche disciplinare alcuni elementi accessori del sistema: le istruzioni relative all'installazione del sistema e alla verifica della regolarità delle operazioni di voto; il voto a domicilio in particolari situazioni; la formazione del personale delle sezioni elettorali; le modalità di accesso presso l'ufficio di sezione per il *referendum* dei tecnici informatici; le modalità di conservazione dei verbali e dei supporti elettronici di memoria; ogni ulteriore accorgimento volto a garantire la chiarezza e la comprensibilità del sistema di voto⁷⁵.

Nell'insieme si tratta di un sistema di voto elettronico che tenta di contemperare la valorizzazione del potenziale dell'innovazione tecnologica con la certezza del riscontro cartaceo dei voti espressi. Non mancano però alcune criticità legate innanzitutto alla mancata prescrizione legislativa dell'utilizzo di *software open source*, all'accesso di tecnici informatici presso la sezione elettorale e al complessivo rinvio al regolamento per tutto ciò che riguarda le modalità dei controlli di sicurezza sugli apparati di voto.

Inoltre, la stampa di una controprova cartacea sembra pensata al fine di consolidare la fiducia degli elettori in un sistema che da virtuale si fa tangibile. Ne deriva, inevitabilmente, un appesantimento del procedimento (oltre che un aumento dei costi) che il legislatore lombardo tenta di contenere limitando la stampa cartacea a circa un quarto delle sezioni. Per quanto possa apparire ragionevole l'ampiezza del campione, è opportuno ricordare che la più autorevole elaborazione giuridica ad oggi compiuta è rintracciabile nella sentenza del Tribunale costituzionale tedesco del 2009, più volte citata, secondo cui ogni singolo elettore deve essere posto nelle condizioni di stabilire se il suo voto è stato correttamente conteggiato attraverso la piena verificabilità e comprensione dell'intero procedimento elettorale. In sostanza la legge lombarda ipoteticamente non soddisferebbe il test predisposto dai giudici costituzionali tedeschi né sotto questo aspetto né, stando al testo della sola legge in attesa del corrispondente regolamento, con riferimento alla verificabilità del *software*.

La controprova cartacea quindi sarebbe solo un modo di consentire all'elettore di *vedere* che cosa succede al momento dell'espressione del voto nella granitica certezza, del legislatore, che i voti registrati elettronicamente e quelli cartacei corrispondano. Tanto che la legge non contiene alcuna norma per il caso di un

⁷⁵ Proprio quest'ultimo elemento sembra consentire l'evoluzione degli apparati di voto per consentire un adeguato supporto audio a non vedenti e ipovedenti non esplicitamente contemplato dalla legge.

contrasto fra il risultato elettronico e quello cartaceo, probabilmente anche perché in caso di risultati discordanti nessuna soluzione sarebbe del tutto convincente⁷⁶.

La legge regionale lombarda è stata promossa dal Movimento 5 stelle e non è secondario considerare le motivazioni che, alla luce della *Relazione illustrativa* e delle parole del relatore Nanni in occasione della discussione poi sfociata nella approvazione della proposta da parte del Consiglio regionale⁷⁷, possono essere riassunte in economicità, rapidità, maggior sicurezza e, soprattutto nell'ipotesi di un sempre più frequente coinvolgimento degli elettori nel procedimento di decisione politica.

Il tema della maggior sicurezza del voto elettronico non è approfondito in occasione della discussione, sembra tuttavia ragionevole ritenere che si voglia far riferimento al potenziale del voto elettronico rispetto alla lettura inequivocabile del voto espresso, alla non riconoscibilità del voto e alla eliminazione del rischio di errori nel conteggio. Per quanto nelle intenzioni dei promotori vi sia la progressiva estensione del voto elettronico ad ogni forma di consultazione elettorale, non si può non notare che la legge disciplina unicamente consultazioni referendarie rispetto alle quali né la rapidità né la corretta lettura della volontà dell'elettore sembrano aver mai rappresentato un elemento di criticità.

Nella prospettiva di un maggiore e crescente coinvolgimento degli elettori spicca il ribaltamento logico seguito dal legislatore lombardo: prima si predispongono gli strumenti per le consultazioni elettroniche e poi, forse, quelle consultazioni si svolgeranno con maggior frequenza. Il *referendum* deliberato dal Consiglio regionale lombardo contestualmente alla approvazione della legge sul voto elettronico rappresenterà il primo caso di *referendum* consultivo nella Regione Lombardia dove, sino ad ora, si sono svolti solamente *referendum* territoriali di carattere locale e di scarsissimo rilievo politico. Non si tratta, tuttavia, di un caso: gli strumenti di democrazia diretta sono ben conosciuti dallo Statuto regionale che però li confina in una posizione marginale al punto da renderne molto complessa l'indizione: basti ricordare che ai sensi dell'art. 52 Statuto Lomb. l'indizione del *referendum* consultivo è deliberata dal Consiglio regionale a maggioranza dei due terzi dei suoi componenti.

La legge lombarda sembra quindi essere stata approvata in uno stato di entusiastica adesione al voto elettronico senza che vi sia stata una valutazione ponderata della sua effettiva finalità e così la *Relazione illustrativa* si conclude con l'auspicio di fare da battistrada "a una progressiva diffusione del voto elettronico su tutto il territorio nazionale, nonché a consultazioni sempre più frequenti dell'intero corpo elettorale e tali da promuovere una maggiore partecipazione politica della popolazione, per converso scongiurando gli spettri di un astensionismo che minaccia la legittimazione stessa delle istituzioni democratiche".

Tuttavia, il voto mobile – espresso in una sezione elettorale diversa da quella di residenza – non è preso in considerazione dalla legge lombarda⁷⁸, pur essendo probabilmente l'unico elemento di un procedimento di voto elettronico idoneo a favorire in concreto una più ampia partecipazione degli elettori.

⁷⁶ Sul carattere ridondante della stampa cartacea del voto elettronico v. A. Gratteri, *Le garanzie minime necessarie per il voto elettronico secondo il Tribunale costituzionale*, cit.

⁷⁷ Nella seduta del 17 febbraio 2015.

⁷⁸ Pur se la trasmissione telematica dei risultati prescritta dal co. 8 dell'art. 26-bis lascia supporre una qualche forma di rete integrata fra le postazioni di voto che potrebbe consentire anche il ricorso al voto mobile.

7. *Conclusioni.* – La discrezionalità del legislatore nel regolamentare o meno l'introduzione del voto elettronico è indirizzata sia da scelte di natura politica sia, soprattutto, di natura costituzionale.

Sul piano delle soluzioni politiche possibili, il voto elettronico è posto a confronto con le tradizionali modalità di voto con schede di carta al fine di valutare la sua convenienza in termini di costi e benefici: è qui possibile effettuare una sorta di bilanciamento per concludere quale sia il procedimento elettorale preferibile rispetto a parametri quali i costi, la praticità per l'elettore, il presunto impulso a una maggiore partecipazione.

Su un piano costituzionale, invece, è necessaria una valutazione complessiva del voto elettronico sulla base del dettagliato elenco di finalità che esso si prefigge per poter, poi, stabilire le condizioni che rendono possibile il perseguimento della sua effettiva attuazione.

Le modalità di voto in generale (e del voto elettronico in particolare) rappresentano un aspetto tecnico della funzione elettorale e contribuiscono a garantire al meglio la genuinità del voto, secondo la felice espressione della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo⁷⁹ ripresa sia dalla dottrina⁸⁰ sia dalla giurisprudenza costituzionale⁸¹. Genuinità che si risolve nella capacità di riflettere con esattezza la volontà espressa dagli elettori, in assenza di violazioni dell'eguaglianza, della personalità, della libertà e della segretezza del voto, così da rendere effettivo il fondamento dell'esercizio del potere pubblico sulla sovranità popolare.

Conseguentemente, un sistema di voto elettronico avrebbe la capacità di promuovere la genuinità del voto qualora fosse in grado di assicurare:

- a) la sicurezza e la verificabilità del sistema informatico;
- b) la segretezza del voto (la più sensibile a questa trasformazione fra le garanzie costituzionali che circondano l'atto elettorale);
- c) la certezza della lettura e del conteggio dei voti espressi;
- d) una più agevole partecipazione al voto.

Il carattere genuino di un'elezione passa, ovviamente, attraverso il rispetto dei requisiti fissati dall'art. 48, co. 2, Cost., ma che il voto sia per definizione *personale ed eguale, libero e segreto* "non sta certo a significare che esso di fatto lo sia" come sostenuto con chiarezza da Temistocle Martines che, nel definire la portata dell'art. 48 Cost., sottolinea che la norma costituzionale non ha di per sé la forza per assicurare tali qualità del voto e i suoi destinatari sono il legislatore e l'apparato amministrativo che devono "porre in essere tutte le condizioni necessarie e sufficienti perché il voto sia personale ed eguale, libero e segreto, facendo in tal modo sorgere in capo al cittadino [...] una situazione giuridica garantita"⁸².

Le garanzie costituzionali che circondano la manifestazione di un voto genuino hanno quindi il carattere della indefettibilità⁸³ che, se esteso alle modalità di espressione del voto, induce a ritenere che la loro modifica richieda una preventiva

⁷⁹ La versione inglese riporta, all'art. 21, l'espressione inglese "genuine elections" alternativamente tradotta in "elezioni genuine" o "elezioni veritiere" nelle traduzioni non ufficiali in italiano.

⁸⁰ E. Bettinelli, *La lunga marcia del voto elettronico*, cit., p. 11 ss.

⁸¹ In particolare v. Corte cost., sent. n. 43 del 1961 e anche sent. n. 16 del 1978; più di recente, con riferimento ai profili dell'ineleggibilità v. le sentt. n. 84 del 2006 e n. 257 del 2010 e con riferimento alla non candidabilità v. sent. n. 25 del 2008.

⁸² T. Martines, *Art. 56-58*, in *Commentario della Costituzione a cura di G. Branca*, Bologna-Roma, vol. *Le camere*, tomo I, 1984, p. 79.

⁸³ Così E. Bettinelli, *Diritto di voto*, cit., p. 226.

valutazione del rispetto dei requisiti del voto (che divengono presupposti ineludibili di un'elezione genuina).

In sostanza, anche se nessun sistema di voto potrà mai assicurare in assoluto che non ci siano sostituzioni di persona al seggio o violazioni della segretezza del voto, il procedimento elettorale deve essere strutturato in modo da consentire un adeguato controllo sulla sua effettiva correttezza (e in termini rigorosi il Tribunale costituzionale tedesco richiede che tale verifica possa essere compiuta da un elettore *qualsiasi*).

Nei paragrafi precedenti sono stati messi in luce numerosi problemi dei procedimenti elettorali analizzati e sono stati riportati anche episodi specifici in cui è venuta meno, o ha rischiato di venir meno, la genuinità del voto. Si devono però distinguere le ipotesi di criticità sistemiche dalle ipotesi di criticità episodiche.

I sistemi tradizionali di voto paiono, anche in relazione all'ambiente sociale e politico in cui sono applicati, maggiormente soggetti a criticità episodiche, che potenzialmente alterano l'esito elettorale, ma che in linea teorica sono verificabili a posteriori.

Viceversa, se si accoglie la tesi per cui i requisiti del voto sono qualificabili come precondizioni ineludibili da garantire in concreto, le criticità sistemiche che possono affliggere i sistemi di voto elettronico determinano la necessità di valutare con il massimo rigore gli standard di sicurezza informatica e di verificabilità da parte del pubblico (attraverso *software open source*) che possono essere forniti.

Solo in presenza di una valutazione ragionevolmente certa della sicurezza del sistema elettronico si potrà ritenere che tale innovazione soddisfi appieno l'esigenza di tutelare la genuinità del voto. Innovazione che deve, in ogni caso, avvenire nel rispetto di un principio generale di resistenza secondo cui le modalità di espressione del voto non possono essere modificate in senso regressivo e determinare una diminuzione degli standard di tutela della genuinità della competizione elettorale⁸⁴.

* Ricercatore di Diritto pubblico comparato – Università di Teramo

⁸⁴ Cfr. E. Bettinelli, *La lunga marcia del voto elettronico in Italia*, cit., p. 12; in questo senso muove anche la già citata Raccomandazione del 2004 del Consiglio d'Europa, Rec(2004)11, p. 7.

Fecondazione eterologa: dal riconoscimento del diritto alla sua (in)effettività?*

di Roberta Lugarà **
(6 marzo 2015)

1.- La sent. n. 162 del 2014 e il problema dell'individuazione della disciplina immediatamente applicabile alle tecniche di fecondazione eterologa.

Com'è noto, con la sent. 10 giugno 2014, n. 162, la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale del divieto di ricorso a tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo di cui all'art. 4, comma 3, della l. n. 40 del 2004¹. In particolare, la Consulta ha riconosciuto il diritto ad accedere alle tecniche di procreazione eterologa, nei casi in cui la

* Scritto sottoposto a *referee*.

¹ La sentenza è stata accolta con vivo interesse dalla dottrina, che ne ha considerato approfonditamente tutti i principali nodi problematici. Fra i numerosi commenti, v. A. MORRONE, *Ubi scientia ibi iura*, in *Consulta OnLine*, 11 giugno 2014; G. SORRENTI, *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 OnLine*, 13 giugno 2014; A. RUGGERI, *La Consulta apre all'eterologa ma chiude, dopo averlo preannunziato, al "dialogo" con la Corte Edu*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 14 giugno 2014; V. TIGANO, *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; S. PENASA, *Nuove dimensioni della ragionevolezza? La ragionevolezza scientifica come parametro della discrezionalità legislativa in ambito medico-scientifico*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 16 giugno 2014; G. D'AMICO, *La Corte e il peccato di Ulisse nella sentenza n. 162 del 2014*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 3 luglio 2014; F. GIRELLI, *Bastano le garanzie interne per dichiarare l'incostituzionalità del divieto di fecondazione eterologa*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, 2014, 599 sgg.; F. PERRINI, *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, 603 sgg.; A. MUSUMECI, "La fine è nota". Osservazioni a prima lettura alla sentenza n. 162 del 2014 della Corte costituzionale sul divieto di fecondazione eterologa, in *Osservatorio costituzionale*, n. 2/2014; L. VIOLINI, *La Corte e l'eterologa: i diritti enunciati e gli argomenti addotti a sostegno della decisione*, in *Osservatorio costituzionale*, n. 2/2014; V. BALDINI, *Diritto alla Genitorialità e sua concretizzazione attraverso la PMA di tipo eterologo*, in *www.dirittifondamentali.it*, 15 settembre 2014; C. CASONATO, *La fecondazione eterologa e la ragionevolezza della Corte*, in *Confronti costituzionali*, 17 giugno 2014; A. CIERVO, *Una questione privata (e di diritto interno). La Consulta dichiara incostituzionale il divieto di accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo*, in *diritti-cedu.unipg.it*, 26 giugno 2014; C. NARDOCCI, *La Corte costituzionale decide per l'incostituzionalità della fecondazione eterologa e sospende il dialogo con la Corte europea dei diritti dell'uomo*, in M. D'Amico, M.P. Costantini (a cura di), *L'illegittimità costituzionale della "fecondazione eterologa". Analisi critica e materiali*, Milano, FrancoAngeli, 2014, 112 sgg. La dottrina si era occupata del tema anche prima della sent. n. 162 del 2014: v. ad esempio, i contributi raccolti in A. COSSIRI, G. DI COSIMO (a cura di), *La fecondazione vietata. Sul divieto legislativo di fecondazione eterologa*, Roma, Aracne, 2013; B. VIMERCATI, A. OSTI, *Le limitazioni alla procreazione medicalmente assistita: ragionevoli scelte legislative o illegittime interferenze dello Stato?*, in A. Pérez Miras, G.M. Teruel Lozano, E.C. Raffiotta (a cura di), *Desafíos para los derechos de la persona ante el siglo XXI: Vida y Ciencia; Sfide per i diritti della persona dinanzi al XXI secolo: Vita e Scienza; Challenges of individual rights in XXI century: Life and Science*, Navarra, Aranzadi, 2013; E. ORLANDI, *Fecondazione eterologa e diritto alla conoscenza delle proprie origini biologiche*, *ibid.*

fecondazione omologa risulti inefficace o non praticabile a causa della sterilità o dell'infertilità assoluta ed irreversibile della coppia. Tale pronuncia ha posto il problema di individuare la disciplina applicabile alle "nuove" ² tecniche di procreazione medicalmente assistita. La questione è stata in parte risolta dalla stessa Corte costituzionale, la quale, esclusa la reviviscenza degli atti amministrativi che regolavano le tecniche di fecondazione eterologa prima del 2004³, ha ritenuto che i profili di più pregnante rilievo siano compiutamente disciplinati da norme già esistenti nell'ordinamento. In particolare, l'eliminazione del divieto di fecondazione eterologa (*species* del *genus* procreazione medicalmente assistita) ha avuto l'effetto di estendere anche alle tecniche precedentemente vietate le condizioni ed i principi già previsti, in via generale, dalla l. n. 40 del 2004⁴. Con riferimento, poi, ai tratti specifici della fecondazione eterologa, connessi all'utilizzo di gameti provenienti da soggetti estranei alla coppia, la Consulta ha ritenuto estensibile l'applicazione della disciplina di cui al d. lgs. n. 191 del 2007, che attua la direttiva 2004/23/CE sulle norme di qualità e sicurezza per cellule e tessuti umani ad uso clinico⁵. Un punto sul quale si è viceversa ammessa l'esistenza di un vuoto normativo è quello relativo al numero massimo di donazioni, che la Corte ha ritenuto potersi fissare con atto di livello secondario, ovvero in sede di aggiornamento delle linee guida di cui all'art. 7 della l. n. 40 del 2004. Ancora, la Corte ha rilevato che la fecondazione eterologa non comporta rischi per la salute 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"*⁶. Anche tali protocolli, come dimostra l'esperienza

2 In realtà, come ricorda la sent. n. 162 del 2014, la fecondazione eterologa, prima dell'entrata in vigore della l. n. 40 del 2004, era *"«lecita [...] ed ammessa senza limiti né soggettivi né oggettivi»"* ed era praticata da centri privati operanti *"nel quadro delle circolari del Ministro della sanità del 1° marzo 1985 [...], del 27 aprile 1987 [...] e del 10 aprile 1992 [...], nonché dell'ordinanza dello stesso Ministero del 5 marzo 1997 [...], poi prorogata per ulteriori novanta giorni da una successiva ordinanza del 4 giugno 1997"*; *Considerato in diritto*, par. 5.

3 Cfr. *Considerato in diritto*, par. 10.

4 Ciò vale, esemplificando: per il requisito della certificata assenza di strumenti terapeutici efficaci per rimuovere le cause di sterilità o infertilità richiesto dagli artt. 1, comma 2, e 4, comma 1; per le condizioni relative al sesso e all'età della coppia di cui all'art. 5; per i principi di gradualità e del consenso informato di cui agli artt. 4, comma 2, e 6; per l'estensibilità anche alla fecondazione eterologa delle linee guida di cui all'art. 7; per la regolamentazione delle strutture autorizzate all'applicazione delle tecniche di PMA ai sensi degli artt. 10 e 11. Viene esteso, poi, alla fecondazione eterologa: l'apparato sanzionatorio già previsto dall'art. 12, commi da 2 a 10; la regolamentazione dello stato giuridico del nato di cui all'art. 8 e, nella parte non censurata dalla Corte costituzionale, all'art. 9.

5 In ordine, ad esempio, alla gratuità e volontarietà della donazione, alle modalità del consenso, all'anonimato del donatore e alle esigenze di tutela sotto il profilo sanitario.

6 Cfr. *Considerato in diritto*, par. 9.

della PMA omologa⁷, non richiedono l'intervento di una fonte primaria, ma sono demandati ad atti amministrativi dello Stato e delle Regioni. La sent. n. 162 del 2014, pertanto, tratteggia un quadro normativo sostanzialmente completo e idoneo a consentire l'immediata applicazione delle tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo.

2.- La posizione governativa: la presunta necessità di attendere l'intervento legislativo statale per dare il via alla PMA eterologa.

All'indomani del deposito della sentenza, la questione dell'immediata accessibilità ai trattamenti sanitari di cui si discute e quella della loro rimborsabilità a carico del SSN hanno dato luogo ad un acceso dibattito istituzionale che ha visto contrapporsi lo Stato alle Regioni (e alle Province autonome) e l'emergere, tra queste, di posizioni differenziate. Secondo la tesi governativa, esposta dal Ministro della Salute nel corso dell'audizione tenutasi presso la Commissione Affari sociali della Camera il 29 luglio 2014⁸, "la fecondazione eterologa non può essere considerata una semplice variante di quella omologa, perché implica un'azione in più, totalmente nuova rispetto all'omologa: la selezione di un donatore di gameti". Per tale ragione, l'applicazione della nuova tecnica richiederebbe un previo intervento normativo statale che stabilisca i criteri di selezione del donatore⁹, il numero massimo delle donazioni e l'istituzione di un Registro Nazionale dei Donatori idoneo a garantire la tracciabilità donatore-nato. Tale intervento dovrebbe rivestire la forma di un atto di rango primario, "essendo questo il rango del contesto normativo correlato già in vigore". Quanto al regime di rimborsabilità delle nuove tecniche, sottolineata la necessità di mettere le strutture pubbliche in condizione di garantirne la prestazione¹⁰, il Ministro ha preannunciato l'intenzione di inserire la fecondazione eterologa nel d.P.C.M. recante l'aggiornamento dei Livelli essenziali di assistenza e, nelle more dell'aggiornamento, di voler immediatamente destinare a tal scopo una parte

⁷ Accanto alle già citate linee guida, deve ricordarsi che, ai sensi dell'art. 10 della l. n. 40 del 2004, spetta alle Regioni e alle PP.AA. definire "a) i requisiti tecnico-scientifici e organizzativi delle strutture; b) le caratteristiche del personale delle strutture; c) i criteri per la determinazione della durata delle autorizzazioni e dei casi di revoca delle stesse; d) i criteri per lo svolgimento dei controlli sul rispetto delle disposizioni della presente legge e sul permanere dei requisiti tecnico-scientifici e organizzativi delle strutture".

⁸ Il testo dell'audizione è consultabile sul sito <http://documenti.camera.it/leg17/resoconti/commissioni/stenografici/pdf/12/audiz2/audizione/2014/07/29/leg.17.stencomm.data20140729.U1.com12.audiz2.audizione.0014.pdf>.

⁹ Da attuarsi tramite il recepimento dei "criteri di selezione ed esami di laboratorio richiesti per i donatori di cellule riproduttive" previsti nell'allegato III della direttiva 2006/17/CE, da ultimo modificato dalla direttiva 2012/39/UE.

¹⁰ Si è già accennato, alla nt. 2, come prima dell'entrata in vigore della l. n. 40 del 2004 la fecondazione eterologa fosse praticata solo all'interno di centri privati.

del Fondo Sanitario Nazionale. Tale obiettivo, insieme a quello “di mettere regioni e centri PMA in condizioni di partire subito con l’eterologa”, avrebbe potuto essere raggiunto una volta “approvato il decreto legge” che il Ministro si proponeva di presentare al tavolo del Consiglio dei Ministri.

La proposta di intervenire con decretazione d’urgenza si è arenata, però, già in seno al Consiglio dei Ministri dell’8 agosto. Con lettera ai capigruppo della Camera e del Senato¹¹, infatti, il Ministro della Salute ha reso noto che il Governo non ha condiviso la proposta ministeriale di intervenire con decreto-legge, ritenendo al contrario opportuna, tenuto conto delle implicazioni etiche della materia, non solo l’adozione di una legge, ma addirittura l’iniziativa parlamentare di quest’ultima. Tale decisione ha avuto l’effetto di ritardare l’approvazione di una disciplina organica della materia, che a tutt’oggi manca. Attualmente pendono, infatti, diverse proposte di legge, di colore politico diverso, per le quali non è ancora iniziato l’esame o che ancora attendono l’assegnazione in commissione¹². Il legislatore è invece intervenuto su una questione puntuale, ma di fondamentale importanza, istituendo, con una norma *ad hoc* inserita nella legge di stabilità per il 2015¹³, il Registro nazionale dei donatori di cellule riproduttive a scopi di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo. Questa circostanza appare davvero significativa e su di essa, pertanto, si tornerà *infra*. Per il momento, deve osservarsi che il Registro è doppiamente utile, in quanto da una parte consente di garantire la tracciabilità del percorso delle cellule riproduttive dal donatore al nato e viceversa¹⁴, dall’altra consente il conteggio dei nati dalle cellule riproduttive di un medesimo donatore. Finalità, queste, che sarebbe stato impossibile garantire con una pronuncia della Corte costituzionale o, ancor di più, attraverso l’intervento puntuale dei giudici ordinari e che, d’altra parte, difficilmente avrebbero potuto essere perseguite a livello regionale, essendo del tutto fisiologico che l’utilizzazione delle cellule riproduttive di un

11 La lettera è stata pubblicata in data 11 agosto 2014 sul sito http://www.salute.gov.it/portale/news/p3_2_1_1_1.jsp?lingua=italiano&menu=notizie&p=dalministero&id=1701.

12 C.2654, presentata dall’On. Fucci (FI-PDL); C.2627, presentata dall’On. Fioroni e altri (PD); C.2632, presentata dall’On. De Girolamo e altri (NCD); S.1636, presentata dalla Sen. Bianconi e altri (NCD).

13 Art. 1, comma 298, della l. 23 dicembre 2014, n. 190, recante “*Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (legge di stabilità 2015)*”.

14 Tracciabilità che è fondamentale non solo per garantire il diritto del minore a conoscere le proprie origini genetiche, nei limiti – si badi – in cui si voglia riconoscere un siffatto diritto (sul punto, v. E. ORLANDI, *Fecondazione eterologa e diritto alla conoscenza delle proprie origini biologiche*, cit., 171 sgg.), ma anche per consentire al donatore e al nato di contattarsi per ragioni sanitarie, come nel caso in cui uno dei due scopra di soffrire di una patologia trasmissibile geneticamente ovvero necessiti di un trapianto di tessuti da donatore compatibile.

medesimo donatore avvenga nel territorio di diverse Regioni (se non, addirittura, di diversi Stati membri dell'UE¹⁵).

3.- La posizione delle Regioni: un panorama composito tra immediato accesso ai trattamenti e rimborsabilità a carico del SSN.

Come si è anticipato, le Regioni (e le PP.AA.) hanno dato un'autonoma lettura della sent. n. 162 del 2014, ritenendo che non fosse loro preclusa l'immediata applicabilità delle indicazioni provenienti dalla Consulta indipendentemente da un previo intervento statale. Se, nella maggioranza dei casi, queste si sono trovate d'accordo nel dare diretta attuazione alla sentenza della Corte costituzionale, le soluzioni in concreto adottate si sono poi differenziate pel profilo del regime di rimborsabilità delle prestazioni.

A fare da apripista ha pensato la Regione Toscana che, con delibera della Giunta regionale 28 luglio 2014, ha adottato proprie "Direttive sulla Procreazione medicalmente assistita eterologa", specificandone la cedevolezza nei confronti di eventuali futuri atti normativi o linee guida nazionali¹⁶ (a poche settimane di distanza la tesi dell'immediata applicabilità delle indicazioni contenute nella sent. n. 162 del 2014 è stata sostenuta anche in sede giurisdizionale, con le ordd. Trib. Bologna, Sez. I, 14 agosto 2014¹⁷). L'esempio della Toscana (e delle ordinanze bolognesi) è rimasto, però, isolato, in quanto è prevalsa, almeno tra gli organi di governo regionali¹⁸, l'apprensione per la diffusione di un livello di tutela dei diritti fondamentali fortemente differenziato sul territorio nazionale¹⁹. La maggioranza delle

15 A questo proposito è opportuno ricordare che, fin dalla direttiva 2006/86/CE si è prevista l'istituzione di un codice unico europeo d'identificazione da attribuire a tutti i materiali donati.

16 Il testo della delibera è consultabile sul sito www.iss.it/binary/rpma/cont/Delibera_ETEROLOGA_TOSCANA_n.650_del_28_07_2014_1_.pdf.

17 Il Tribunale di Bologna, in particolare, ha riconosciuto il diritto di due coppie ad accedere alla PMA di tipo eterologo, autorizzando i centri medici convenuti ad effettuare tali prestazioni, sul presupposto dell'inesistenza di un vuoto normativo in materia. Il testo delle ordinanze è consultabile sul sito www.biodiritto.org/index.php/item/525-bologna-pma-eterologa.

18 A quanto consta, ad esempio, nella Regione Siciliana i maggiori centri di PMA avrebbero iniziato a praticare autonomamente la fecondazione eterologa, indipendentemente dall'adozione di un atto regionale, seguendo i principi enucleati nelle richiamate ordd. Trib. Bologna 14 agosto 2014 (cfr. M.A. BOEMI, *La fecondazione eterologa diventa realtà ma in Sicilia resta il paradosso dei costi*, in *La Sicilia.it*, 24 agosto 2014; A. ROTOLO, *Centri medici su eterologa, diffidati Crocetta e Borsellino*, in *loraquotidiano.it*, 19 novembre 2014).

19 In questo senso, alcuni esecutivi regionali hanno dichiarato di voler attendere l'intervento statale (cfr. le interviste all'Assessore alla Sanità della Valle d'Aosta del 13 agosto 2014, consultabile sul sito <http://www.valledaostaglocal.it/leggi-notizia/argomenti/politica-4/articolo/eterologa-a-fosson-la-valle-non-puo-legiferare.html>; all'Assessore alla Sanità della Provincia autonoma di Bolzano del 13 agosto 2014, consultabile sul sito www.altoadige.gelocal.it/bolzano/cronaca/2014/08/13/news/eterologa-la-provincia-frena-sui-tempi-1.9758097; al Presidente della Provincia autonoma di Trento del 12 agosto 2014, consultabile sul sito www.trentinocorrierealpi.gelocal.it/trento/cronaca/2014/08/12/news/eterologa-rossi-prudenteaspettiamo-roma-1.9753721); altri hanno dichiarato di voler procedere autonomamente, ma solo a seguito di un confronto con le altre Regioni (cfr., ad esempio, la

Regioni ha dunque preferito intervenire solo dopo l'approvazione da parte della Conferenza delle Regioni e delle Province autonome del "Documento sulle problematiche relative alla fecondazione eterologa a seguito della sentenza della Corte costituzionale nr. 162/2014" del 4 settembre 2014²⁰, atto con cui le autonomie rivendicano "la responsabilità di fornire indirizzi operativi ed indicazioni cliniche omogenee al fine di rendere immediatamente esigibile un diritto costituzionalmente garantito su tutto il territorio nazionale". Il Documento contiene "un accordo interregionale che verrà recepito dalle singole Regioni e PP.AA.", con valenza transitoria fino all'adozione di una regolazione statale. La Conferenza delle Regioni e delle Province autonome ha dettato dunque una serie di criteri e di principi comuni, sostanzialmente mutuandoli dai risultati del lavoro istruttorio condotto dal Gruppo di esperti convocato dal Ministro della Salute all'indomani del deposito della sent. n. 162 del 2014²¹. E' interessante notare (ma sul punto si tornerà *infra*), come il Documento si mostri per certi versi ambiguo con riferimento al regime di rimborsabilità delle prestazioni sanitarie in esame. Per un verso, infatti, vi si afferma che "omologa ed eterologa, alla luce della sentenza della Corte costituzionale, risultano entrambe modalità di PMA riconosciute LEA", così suggerendo la necessaria rimborsabilità dei trattamenti a carico del SSN; per l'altro, si specifica che "ai fini del riconoscimento economico, le Regioni e le PP.AA. evidenziano la necessità di inserire nel d.P.C.M. di adeguamento dei LEA, così come definito nel Patto per la Salute 2014-2016, la PMA omologa ed eterologa", in tal modo riconoscendo la competenza esclusiva del Governo a inserire la fecondazione eterologa tra i Livelli essenziali di assistenza.

Nonostante il Documento del 4 settembre 2014 sia stato approvato all'unanimità dai rappresentanti delle Regioni e delle Province autonome, solo quattordici sono le Regioni che, ad oggi, risultano averlo recepito²². Fanalino

dichiarazione del Presidente della Regione Basilicata del 13 agosto 2014, consultabile sul sito www.regione.basilicata.it/giunta/site/giunta/detail.jsp?otype=1012&id=2983968).

20 Il documento è consultabile sul sito www.regioni.it/newsletter/n-2557/del-08-09-2014/fecondazione-eterologa-documento-di-indirizzo-12902/.

21 Sul punto, si rimanda all'audizione parlamentare del Ministro della Salute del 29 luglio 2014, nt. 8.

22 In ordine cronologico: la Regione Liguria con Deliberazione della Giunta regionale 5 settembre 2014, n. 1118 (consultabile sul sito www.iterg.regione.liguria.it/Documenti.asp?comando=Ricerca&AnnoProc=2014&NumProc=4711&Emanante=); la Regione Marche con Delibera della Giunta regionale 8 settembre 2014, n. 1014, pubbl. sul B.U. 19 settembre 2014, n. 89 (consultabile sul sito www.cecos.it/ima_ges/Home%20page/Delibera%20Regione%20Marche%20DGR1014_14.pdf); la Regione Veneto con la Deliberazione della Giunta regionale 9 settembre 2014, n. 1654, pubbl. sul B.U. n. 93 del 26 settembre 2014 (consultabile sul sito www.bur.regione.veneto.it/BurvServices/pubblica/DettaglioDgr.aspx?id=281661); la Regione Emilia-Romagna con la Delibera della Giunta regionale 11 settembre 2014, n. 1487, pubbl. sul B.U. 12 settembre 2014 n. 279 (consultabile sul sito www.saluter.it/documentazione/leggi/regionali/delibere/Dgr_1487_2014_eterologa_BUR.pdf); la Regione Friuli-Venezia Giulia con la Delibera della Giunta regionale 12 settembre 2014, n. 1666 (consultabile sul sito www.mtom.regione.fvg.it/storage/2014_1666/Testo%20integrabile%20della%20Delibera%20n%201666-2014.pdf); la Regione Lombardia con la Delibera della Giunta regionale 12 settembre 2014, n. 10/2344, pubbl. sul B.U. 16 settembre 2014, S.O. n. 38 (consultabile sul sito

di coda sono, come purtroppo spesso accade, le Regioni meridionali. Basilicata, Campania e Sardegna, nonostante le rassicurazioni dei rispettivi esecutivi²³, non risultano aver ancora concretizzato il recepimento del Documento del 4 settembre 2014. Quanto alla Calabria, il dibattito che imperversa da mesi su tutto il territorio nazionale non sembra aver neanche varcato i confini regionali. Una delibera di recepimento manca poi anche in Valle D'Aosta e Trentino-Alto Adige, dove però gli esecutivi regionali e provinciali avevano fin da subito espresso riserve nei confronti di una regolazione della materia sganciata dalla previa iniziativa statale²⁴.

Quanto alle Regioni che hanno espressamente riconosciuto il diritto di accesso ai trattamenti di PMA eterologa all'interno dei loro territori, si registrano posizioni estremamente differenziate in merito al regime della rimborsabilità delle prestazioni²⁵. Sul punto, le soluzioni adottate dalle delibere regionali sono le più varie. Nega recisamente il rimborso a carico del SSR, in

www.iss.it/rpma/docu/cont.php?id=328&lang=1&tipo=12); la Regione Piemonte con la Deliberazione della Giunta regionale 15 settembre 2014, n. 12-311, pubbl. sul B.U. 18 settembre 2014, n. 38, S.O. n. 2 (consultabile sul sito *www.iss.it/rpma/docu/cont.php?id=330&lang=1&tipo=12*); la Regione Umbria con la Deliberazione della Giunta regionale 15 settembre 2014, n. 1142, pubbl. sul B.U. 15 ottobre 2014, Serie Gen. n. 48 (consultabile sul sito *www.iss.it/binary/rpma/cont/eterologa_DGR_1142_2014.pdf*); la Regione Lazio con la Deliberazione della Giunta regionale 16 settembre 2014, n. 599, pubbl. sul B.U. 30 settembre 2014 n. 78, suppl. 1 (consultabile sul sito *www.iss.it/rpma/docu/cont.php?id=351&lang=1&tipo=12*); la Regione Abruzzo con la Delibera della Giunta regionale 23 settembre 2014, n. 602 (consultabile sul sito *www.cecos.it/images/Home%20page/AbruzzoeterologaDGR602_2014.pdf*); la Regione Toscana con la Deliberazione della Giunta regionale 6 ottobre 2014, n. 837, pubbl. sul B.U. 22 ottobre 2014, n. 42 (consultabile sul sito *www.regione.toscana.it/documents/10180/12011501/PARTE+II+n.+42+del+22.10.2014.pdf/3874f8a2-e6aa-43be-8eb8-485d09351af6*); la Regione Puglia con la Delibera della Giunta regionale 9 ottobre 2014, n. 2065, pubbl. sul B.U. 28 ottobre 2014, n. 150 (consultabile sul sito *www.iss.it/binary/rpma/cont/eterologa.pdf*); la Regione Molise con la Delibera regionale 13 ottobre 2014, n. 525, pubbl. sul B.U. 31 ottobre 2014, n. 42 (consultabile sul sito *www3.molisedati.it/bollettino/ricerca6.php?anno=2014*); la Regione Siciliana con il Decreto assessoriale 29 dicembre 2014, n. 2277 (consultabile sul sito *https://pti.regione.sicilia.it/portal/page/portal/PIR_PORTALE/PIR_LaStrutturaRegionale/PIR_AssessoratoSalute/PIR_Decreti/PIR_Decreti2014/PIR_Provvedimentiorganiindirizzopolitico/D.A.%20n.%202277%20del%2029%20dic.%202014%20PMA%20ETEROLOGA.pdf*).

23 Quanto alla Basilicata, il Presidente ha dichiarato di voler proporre “a breve, al Consiglio regionale della Basilicata uno schema che segua le indicazioni date ieri in Conferenza. Che la fecondazione eterologa sia inserita nei Livelli essenziali di assistenza e che per le donne fino a 43 anni il costo sia sostenuto dal sistema sanitario nazionale” (dichiarazione del 5 settembre 2014, consultabile sul sito *www.regione.basilicata.it/giunta/site/giunta/detail.jsp?otype=1012&id=2984795*); quanto alla Sardegna, un comunicato dell'Assessorato della Sanità ha rassicurato che sarebbe stata portata “in Giunta una delibera con cui recepire le linee guida nazionali approvate in accordo con le altre Regioni, in attesa della legge parlamentare” (comunicato del 25 settembre 2014, pubblicato sul sito *www.regione.sardegna.it/j/v/25?s=263960&v=2&c=285&t=1*). Quanto alla Campania, nel corso del *Question time* del 10 dicembre 2014, il Presidente della Regione ha fatto sapere che “La Regione Campania sta attualmente valutando la possibilità di applicare gli indirizzi operativi forniti dalla Conferenza delle Regioni e delle Province autonome le relative tariffe pur essendo ancora in piano di rientro” (risposta dell'Assessore Cosenza all'interrogazione del Cons. Abbate, consultabile sul sito *www.consiglio.regione.campania.it/cms/CM_PORTALE_CRC/servlet/Docs?dir=resoconti_ix&file=ResocontoIX_7042.pdf*).

24 V. nota 19.

assenza del previo aggiornamento dei LEA da parte del Governo, la Regione Lombardia²⁶. Viceversa estendono la rimborsabilità a carico SSR alle stesse condizioni dell'omologa le Regioni Friuli-Venezia Giulia, Toscana, Emilia-Romagna, Umbria e la Regione Siciliana. Altre Regioni, fra cui l'Abruzzo, il Lazio, la Puglia e il Molise si limitano a recepire il Documento del 4 settembre 2014 senza dare alcuna esplicita indicazione sul regime di rimborsabilità. Vi è poi chi, come la Regione Liguria, delibera "di evidenziare la necessità d'inserire nel d.P.C.M. di adeguamento dei LEA, così come definito nel Patto per la Salute 2014/2016, la Procreazione Medicalmente Assistita omologa ed eterologa anche a seguito di una puntuale analisi dei relativi costi", così implicitamente negando l'immediata rimborsabilità in assenza del previo intervento governativo, e chi, come la Regione Marche, stabilisce che "dall'adozione della presente deliberazione non derivano oneri aggiuntivi per la regione ed i costi che ne derivano sono a totale carico degli Enti del SSR".

4.- Immediata accessibilità alle tecniche di PMA eterologa e rimborsabilità a carico del SSN. Profili problematici.

Il quadro fin qui descritto mostra che il diritto riconosciuto dalla sent. n. 162 del 2014 è ancora lontano dall'essere effettivo e che le cause di tale ineffettività sono in parte riconducibili ai limiti strutturali della funzione giurisdizionale e della giustizia costituzionale nella tutela dei diritti, in parte all'inerzia o ai ritardi del legislatore (statale) e dell'amministrazione (statale e regionale), in parte alla limitatezza delle disponibilità finanziarie, con cui sempre "si è scontrata" e, a maggior ragione, "si scontra ancora attualmente" "l'esigenza di assicurare la universalità e la completezza del sistema assistenziale nel nostro Paese"²⁷.

Quanto ai limiti della funzione giurisdizionale e della giustizia costituzionale, si è già visto che la Corte costituzionale, seguita da alcune pronunce del giudice ordinario, ha ritenuto che i profili più pregnanti della

25 Il tema della rimborsabilità o meno delle cure è stato affrontato dalla Conferenza delle Regioni e delle Province autonome non solo nel Documento del 4 settembre 2014, ma anche nel successivo Documento avente ad oggetto "Definizione tariffa unica convenzionale per le prestazioni di fecondazione eterologa" approvato in data 25 settembre 2014 e consultabile sul sito www.regioni.it/newsletter/n-2570/del-25-09-2014/fecondazione-eterologa-definizione-tariffa-unicaconvenzionale-12974/. Tale Documento, richiamato il precedente del 4 settembre 2014, ha "ribadito il principio di considerare la PMA (sia l'omologa che l'eterologa) un LEA, in attesa, come richiesto, del loro inserimento nel DPCM sui livelli essenziali di assistenza".

26 In questo senso, la Delibera della Regione Lombardia 12 settembre 2014, n. 10/2344, ove si stabilisce che "nelle more delle determinazioni di competenza del Governo in merito alla remunerazione a carico del SSN di queste attività [...] le prestazioni di PMA di tipo eterologo sono a carico dell'assistito" (confermata, sul punto, dalla successiva Delibera 7 novembre 2014, n. 10/2611, pubbl. sul B.U. 11 novembre 2014, n. 46).

27 Sent. Corte cost. n. 248 del 2011, *Considerato in diritto*, par. 6.1.

materia siano compiutamente disciplinati dalla normativa esistente, sicché l'accesso alle cure deve essere immediatamente garantito. Questa tesi è condivisibile in quanto subordinare l'accesso alle cure alla futura (e incerta) adozione di una normativa statale *ad hoc* significherebbe di fatto privare *sine die* un diritto fondamentale della sua effettività. Del resto, lo stesso legislatore statale pare aver rinunciato ad accogliere una siffatta prospettiva, laddove ha istituito con il già richiamato art. 1, comma 298, della l. n. 190 del 2014 il “Registro nazionale dei donatori di cellule riproduttive a scopi di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo”, senza subordinarne l'operatività all'adozione di una compiuta regolazione della materia, ma, al contrario, prevedendo un regime transitorio che consenta, “fino alla completa operatività del Registro” la raccolta dei dati anagrafici dei donatori. Nondimeno, proprio l'inserimento nella legge di stabilità per il 2015 di una norma apparentemente intrusa quale quella istitutiva del Registro dei donatori, così come la previsione di un meccanismo suscettibile di garantire le finalità perseguite tramite la sua istituzione nelle more della sua attivazione, dimostrano che anche il diritto alla PMA di tipo eterologo, per essere pienamente effettivo (ma anche per non risolversi nel totale sacrificio di preminenti interessi pubblici e dei diritti fondamentali di altri individui), necessita delle attività di bilanciamento, decisione e messa a disposizione delle risorse (anzitutto economiche) che solo la politica può fornire²⁸. Lasciando per il momento da parte la questione della rimborsabilità delle prestazioni a carico del SSN e limitando l'analisi al profilo dell'accesso alle cure, deve infatti osservarsi che l'istituzione del Registro dei donatori garantisce alle coppie che si rivolgono ai centri medici la sicurezza che i gameti che verranno utilizzati per la fecondazione appartengono a donatori “schedati”, che sono addivenuti o potranno addivenire ad un numero limitato di donazioni. Ancora, tale istituzione tutela il diritto alla salute del nato e del donatore, i quali potrebbero aver interesse ad essere informati dell'insorgenza nell'altro di una patologia trasmissibile geneticamente ovvero a ottenere, se necessario, un trapianto di tessuti da donatore compatibile; inoltre, la tracciabilità donatore-nato è l'unico strumento in grado di garantire il diritto del secondo a conoscere le proprie origini genetiche, nei limiti in cui si voglia riconoscere un siffatto diritto²⁹. Non da ultimo, il Registro dei donatori tutela l'interesse pubblico a impedire la nascita di un numero eccessivamente elevato di individui da un medesimo donatore, limitando, fra l'altro, il rischio di successive unioni fra consanguinei. E' del tutto evidente che siffatti diritti e interessi non avrebbero potuto trovare

28 Sostiene la necessità di una regolamentazione di alcune attività fondamentali per la realizzazione della fecondazione eterologa anche M. ABAGNALE, *La procreazione medicalmente assistita nella metamorfosi della legge 40/2004*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 22 gennaio 2015, 22 sg., ove, però, si ipotizza un intervento nelle forme del regolamento governativo e non della legge.

29 Sul punto, si rimanda alla nt. 14.

spazio alcuno nelle aule di un tribunale³⁰. E neanche la Corte costituzionale avrebbe potuto farsene carico, pur essendo dotata di spazi di manovra ben più ampi di quelli del giudice ordinario. La stessa Corte lo ammette laddove *i)* riconosce l'esigenza di consentire le donazioni “entro un limite ragionevolmente ridotto”, ma ne rimette la disciplina al decreto di aggiornamento delle linee guida; *ii)* richiama, quanto al diritto all'identità genetica, la propria giurisprudenza sull'accesso alle informazioni nei confronti della madre che abbia dichiarato alla nascita di non volere essere nominata³¹, giurisprudenza con cui la Corte aveva sì rimosso tale divieto, ma “invitando il legislatore ad introdurre apposite disposizioni volte a consentire la verifica della perdurante attualità della scelta compiuta dalla madre naturale e, nello stesso tempo, a cautelare in termini rigorosi il suo diritto all'anonimato”³². Deve sottolinearsi che, anche ove la Corte avesse deciso di spingersi oltre, individuando in via interpretativa un numero massimo di donazioni costituzionalmente tollerabile ovvero tracciando le linee fondamentali del procedimento volto a ottenere una nuova dichiarazione di volontà del genitore genetico³³, tali affermazioni sarebbero rimaste lettera morta senza l'istituzione, per mano del legislatore, di un Registro unico nazionale dei donatori e senza l'individuazione e la messa a disposizione di risorse tali da garantirne l'istituzione e l'operatività.

L'ineffettività del diritto alla fecondazione eterologa deve poi essere ascritta anche all'inerzia e ai ritardi dell'amministrazione statale e regionale. Sul punto, deve anzitutto ritenersi fortemente opportuna l'approvazione da parte delle Regioni di direttive tecniche comuni, con cui si è cercato di porre rimedio all'inerzia del Ministro della Salute nell'emanazione delle nuove linee guida³⁴. Al di là delle questioni di merito³⁵, che potrebbero essere superate –

30 Ed infatti, anche le citate ordinanze del Tribunale di Bologna riconoscono che i profili riguardanti il numero massimo delle donazioni e l'accesso ai dati del donatore “sono aspetti sui quali [...] dovrà intervenire un decreto ministeriale [...] oppure il legislatore”.

31 Sent. n. 278 del 2013.

32 Sent. n. 162 del 2014, *Considerato in diritto*, par. 12.

33 Ipotesi che è da scartare, stante l'assenza delle famose “rime obbligate”.

34 Ai sensi dell'art. 7 della l. n. 40 del 2004, le linee guida contenenti l'indicazione delle procedure e delle tecniche di procreazione medicalmente assistita sono approvate con decreto del Ministro della Salute e “aggiornate periodicamente, almeno ogni tre anni”. In realtà, le ultime linee guida sono state approvate con d.m. 11 aprile 2008, pubblicato sulla G.U., Serie gen., 30 aprile 2008, n. 101, sicché, sul punto, si registra un ritardo di quasi quattro anni rispetto alla previsione legislativa.

35 Le direttive approvate nel Documento del 4 settembre 2014 sono state duramente criticate da una parte della comunità scientifica, che le ha ritenute eccessivamente severe e, dunque, ingiustificatamente restrittive; cfr., sul punto, l'intervista al Prof. Flamigni pubblicata in data 23 dicembre 2014 sul sito www.repubblica.it/cronaca/2014/12/23/news/carlo_flamigni_eterologa_la_soluzione_donare_ovociti_ma_la_politica_si_mette_di_traverso-103626150/ e l'articolo *Eterologa: un anno di promesse disattese*, pubblicato sul sito www.voxdiritti.it/?p=3582.

appunto – in sede di approvazione del decreto di aggiornamento delle linee guida, deve riconoscersi che l'accordo raggiunto in sede di Conferenza delle Regioni e delle Province autonome ha consentito di garantire una certa uniformità nell'applicazione delle tecniche di PMA di tipo eterologo, impedendo il diffondersi di una protezione dei diritti fondamentali a macchia di leopardo (come sarebbe avvenuto se le Regioni avessero seguito l'esempio della prima delibera della Regione Toscana) o ancora peggio puntiforme (se l'attuazione della sent. n. 162 del 2014 fosse stata interamente rimessa alle determinazioni caso per caso del giudice ordinario). Con specifico riferimento alla competenza delle Regioni ad intervenire in materia con lo strumento della delibera di Giunta, si osserva che, una volta che si sia ammesso che dalla declaratoria di incostituzionalità del divieto di fecondazione eterologa discende, da una parte, il diritto delle coppie ad accedere a tali tecniche e, dall'altra, l'obbligo dei centri medici autorizzati di garantirne la prestazione, deve anche ammettersi la competenza delle Regioni a disciplinare “*con proprio atto*” i requisiti tecnico-scientifici e organizzativi delle strutture pubbliche e private autorizzate a svolgere tali attività³⁶. In questo senso, le delibere di recepimento del Documento della Conferenza delle Regioni e delle Province autonome altro non fanno se non disciplinare, in via transitoria, alcuni profili applicativi relativi allo svolgimento di funzioni amministrative demandate alle Regioni dalla l. n. 40 del 2004.

Si è poi rilevato come alcune Regioni non abbiano provveduto a recepire il Documento del 4 settembre 2014, nonostante quest'ultimo sia stato approvato all'unanimità da parte dei rappresentanti di tutte le Regioni e PPAA. Questo ritardo va guardato con grande sfavore, in quanto costituisce fonte di incertezza per gli operatori del settore e per le coppie bisognose dei trattamenti. Se, infatti, è da escludere che il mancato recepimento delle direttive comuni valga di per sé a impedire l'accesso ai trattamenti di PMA eterologa all'interno del territorio della Regione “inadempiente”³⁷, la mancata adozione di direttive tecniche regionali mette i centri medici nella difficile posizione di scegliere tra offrire spontaneamente anche tali prestazioni (pur non avendo ricevuto un'autorizzazione specifica a eseguire tecniche di PMA di tipo eterologo, con il rischio di esporsi anche a responsabilità contabile per le spese di gestione del servizio) e rifiutarsi di offrirle, esponendosi, però, in quest'ultimo caso, alle azioni giudiziarie promosse dai pazienti innanzi al giudice ordinario.

Centrale per garantire l'effettività del diritto alla fecondazione eterologa è poi il riconoscimento della rimborsabilità dei trattamenti a carico del SSN. Tema, questo, che drammaticamente si scontra con il problema della

³⁶ Art. 10 della l. n. 40 del 2004.

³⁷ Atteso che, come chiarito dalla Corte costituzionale e dalle richiamate ordd. Trib. Bologna, la fecondazione eterologa può essere praticata indipendentemente dall'adozione di una normativa (statale o regionale) *ad hoc*.

limitatezza delle risorse finanziarie che negli ultimi anni ha colpito, con particolare severità, il settore sanitario. A questo proposito, deve anzitutto rilevarsi che, secondo quanto recentemente dichiarato dal Ministro della Salute, l'inserimento della fecondazione eterologa nei LEA dovrebbe essere imminente³⁸, così come imminente dovrebbe essere lo stanziamento di nuove risorse per far fronte a tali prestazioni³⁹. Il d.P.C.M. di aggiornamento dei livelli essenziali di assistenza, adottato ai sensi dell'art. 54, comma 3, della l. n. 289 del 2002, porrebbe evidentemente fine alla questione della rimborsabilità o meno delle prestazioni da parte delle Regioni, in quanto, ai sensi dell'art. 1 del d. lgs. n. 502 del 1992, tali trattamenti verrebbero ad essere assicurati dal SSN. Poiché, però, allo stato, il richiamato d.P.C.M. non risulta ancora pubblicato (né emanato), è utile ricordare che la rimborsabilità a carico del SSR è ammessa anche per prestazioni non incluse nei LEA, solo ove la Regione non sia sottoposta a piani di rientro dal *deficit* sanitario. In caso contrario, infatti, la spesa per prestazioni sanitarie non inserite nei LEA rientra a tutti gli effetti tra le “*spese non obbligatorie*” vietate dall'art. 1, comma 174, della l. n. 311 del 2004⁴⁰. Orbene: alcune delle Regioni che hanno recepito il Documento del 4 settembre 2014⁴¹ risultano soggette a piano di rientro del deficit sanitario⁴². Deve ritenersi, pertanto, che sia precluso a tali Regioni farsi

38 Similmente a quanto rilevato in merito alle linee guida della PMA, anche sull'aggiornamento dei LEA si registra un fortissimo ritardo. Questi, infatti, sono stati definiti con il d.P.C.M. 29 novembre 2001, pubblicato sulla G.U. 8 febbraio 2002, n. 33, e non più aggiornati, subendo soltanto alcuni minimi emendamenti da parte dei dd.PP.CC.MM. 16 aprile 2002, 28 novembre 2003 e 7 marzo 2007. Per completezza, deve ricordarsi che un vero e proprio aggiornamento era stato predisposto dal Governo Prodi con il d.P.C.M. 23 aprile 2008, il quale, però, non è mai stato pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale, venendo revocato dal Governo Berlusconi nel luglio del medesimo anno.

39 Il Ministro della Salute ha annunciato la prossima emanazione del decreto di aggiornamento dei LEA, anticipando che, tra le nuove prestazioni a carico del SSN, vi saranno anche le tecniche di PMA di tipo eterologo. Cfr. comunicato ANSA del 23 dicembre 2014, consultabile sul sito www.regioni.it/sanita/2014/12/23/ansa-lorenzineteterologa-e-celiachia-nellassistenza-garantita-pronto-decreto-revisione-lea-critica-la-cgil-con-quali-risorse-381920/. La proposta di decreto dovrebbe essere presentata alle Regioni nei primi giorni di febbraio (cfr. www.repubblica.it/salute/2015/01/27/news/sanit_pronti_i_lea_470mln_in_pi_per_nuove_cure-105914228/; www.corriere.it/salute/15_gennaio_27/decreto-lea-varo-spazio-epidurale-fecondazione-protesi-2ceb4c26-a657-11e4-96ea-4beaa-b57491a.shtml).

40 V., sul punto, L. MOLLIKA POETA, *L'autonomia degli enti territoriali alla prova della crisi economica: nuovi vincoli ed equilibrio di bilancio*, Relazione al Convegno del Gruppo di Pisa del 18 settembre 2014, consultabile sul sito www.gruppodipisa.it/wp-content/uploads/2014/09/Mollica.pdf, 22 sg. e la giurisprudenza costituzionale ivi citata.

41 Il quale, lo si ricorda, da una parte afferma che “omologa ed eterologa, alla luce della sentenza della Corte costituzionale, risultano entrambe modalità di PMA riconosciute LEA”; dall'altra riconosce che “ai fini del riconoscimento economico, le Regioni e le PP.AA. evidenziano la necessità di inserire nel DPCM di adeguamento dei LEA, così come definito nel Patto per la Salute 2014-2016, la PMA omologa ed eterologa”.

42 In particolare, si tratta delle Regioni Abruzzo, Lazio, Puglia e Molise. A queste si aggiunge la Regione Siciliana, la quale, diversamente dalle altre, non si è limitata a recepire il Documento del 4 settembre 2014, ma ha espressamente riconosciuto la rimborsabilità delle prestazioni di PMA eterologa

carico delle prestazioni di PMA di tipo eterologo e che, in particolare, operi rispetto ad eventuali atti di spesa disposti in violazione del divieto la sanzione della nullità prevista dal citato art. 1, comma 174, della l. n. 311 del 2004. Specularmente, sembra doversi ritenere che, fino all'entrata in vigore dell'aggiornamento dei LEA, la decisione di assicurare la rimborsabilità delle tecniche di fecondazione eterologa permane in capo alle singole Regioni, dovendosi escludere che queste siano obbligate a garantire livelli di tutela più elevati rispetto a quelli imposti dalla normativa statale di riferimento⁴³. Peraltro, anche laddove volesse riconoscersi in capo alle Regioni la facoltà di interpretare estensivamente i LEA, fino a ricomprendervi prestazioni prima certamente non inseritevi (perché vietate), una siffatta estensione, proprio perché operata autonomamente, in assenza della contestuale concessione da parte dello Stato di maggiori risorse finanziarie per farvi fronte, condurrebbe o a gravi squilibri finanziari all'interno del SSR o, più semplicemente, risulterebbe priva di una qualsiasi effettività. A tal proposito, appare utile ricordare che nella Relazione sulla gestione finanziaria degli enti locali per l'esercizio 2013 la Corte dei conti ha sottolineato che "le manovre correttive dei conti pubblici attuate del triennio 2011/2013 sono state poste, per una parte significativa, a carico del settore sanitario" e che ulteriori risparmi, ove non reinvestiti "nei settori dove più carente è l'offerta di servizi sanitari [...] potrebbero rendere problematico il mantenimento dell'attuale assetto dei LEA, facendo emergere, nel medio periodo, *deficit* assistenziali, più marcati nelle Regioni meridionali, dove sono relativamente più frequenti tali carenze"⁴⁴. Le medesime conseguenze, deve ritenersi, deriverebbero dall'aumento della spesa sanitaria connesso all'estensione in via interpretativa delle prestazioni rientranti nei LEA. Anche tali spese, infatti (come gli eventuali ulteriori risparmi imposti alle Regioni), andrebbero a gravare sulle - limitate - risorse destinate al funzionamento del SSR. L'estensione del novero delle prestazioni rimborsabili, pertanto, ove non accompagnata allo stanziamento di nuove risorse in grado di assicurarne la sostenibilità, difficilmente potrebbe garantire maggiori *standard* di tutela, provocando piuttosto all'effetto contrario, specie nelle Regioni commissariate⁴⁵. A ciò deve aggiungersi che anche la giurisprudenza costituzionale si è mostrata restia a offrire interpretazioni

a carico del SSR.

43 A questo proposito, si segnala che pendono attualmente innanzi il TAR Milano due giudizi, rubricati ai R.G.nn. 3246 e 3340/2014, aventi ad oggetto le Delibere con cui la Giunta lombarda ha escluso la rimborsabilità delle tecniche di fecondazione eterologa a carico del SSR. Con ordd. 18 dicembre 2014, n. 1718, e 17 dicembre 2014, n. 1715, il Tribunale Amministrativo Regionale ha rigettato le domande di sospensione cautelare degli atti impugnati, con motivazione incentrata esclusivamente sulla carenza del *periculum*. Occorrerà pertanto attendere la decisione del merito per avere indicazioni più puntuali sulla posizione che il TAR vorrà assumere sul merito della questione.

44 Relazione sulla gestione finanziaria per l'esercizio 2013 degli enti territoriali - Parte I, p. XXI, approvata con Deliberazione n. 29/SEZAUT/2014/FRG, consultabile sul sito www.corteconti.it/export/sites/portalecdc/documenti/controllo/sez_autonomie/2014/delibera_29_2014_sezaut_PARTE_I.pdf.

estensive delle garanzie connesse ai livelli essenziali di assistenza, prediligendo soluzioni ermeneutiche maggiormente sensibili alle esigenze di razionalizzazione e contenimento della spesa pubblica⁴⁶.

Tale tesi non impedisce di intendere l'inserimento della fecondazione eterologa nei LEA quale atto costituzionalmente dovuto, con la conseguenza che, una volta entrato in vigore il d.P.C.M. di aggiornamento dei LEA, ben potrebbero le coppie che nelle more dell'approvazione del decreto avessero usufruito – a proprio carico – delle prestazioni in esame richiedere, tanto in via amministrativa quanto in via giudiziaria, il rimborso delle spese all'uopo sostenute, nei limiti previsti dalla normativa regionale in materia di compartecipazione alla spesa. A questo proposito, può essere utile osservare che il TAR Milano, nella richiamata ord. n. 1718 del 2014, ha ritenuto che dalla mancata rimborsabilità immediata della prestazione a carico del SSR non deriva *“un danno grave e irreparabile [...] in capo alle coppie interessate alla pratica sanitaria, atteso che la possibilità di sottoporsi al trattamento è comunque consentita, seppure previa corresponsione di una somma a copertura delle spese delle tecniche di procreazione medicalmente assistita (P.M.A.)”*. L'importante, dunque, è garantire subito l'accesso alle prestazioni.

45 Le quali sono, poi, le uniche ad aver bisogno di far rientrare le nuove prestazioni nei LEA al fine di garantirne la rimborsabilità, in quanto, come si è visto, le altre possono liberamente decidere di garantire maggiori livelli di tutela. Del resto, non deve dimenticarsi che l'intervento statale in materia di piani di rientro dai disavanzi sanitari e “l'indirizzo «unitario»” che esso esprime sono legittimati proprio “dall'esigenza di preservazione del diritto alla salute a fronte di deficit finanziari suscettibili di metterlo gravemente a rischio”; 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*, Santarcangelo di Romagna, Maggioli, 2014, 36 sg.

46 Ad esempio, con la sent. n. 296 del 2012 la Corte costituzionale ha dichiarato non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 14, comma 2, lett. c), della l. reg. Toscana n. 66 del 2008, in relazione all'art. 117, comma 2, lett. m), Cost. La norma indubbiata disponeva che, nel caso di prestazioni di tipo residenziale a favore di persone disabili, *“la quota di compartecipazione dovuta dalla persona assistita ultrasessantacinquenne è calcolata tenendo conto altresì della situazione reddituale e patrimoniale del coniuge e dei parenti in linea retta entro il primo grado”*, in contrasto, ad avviso del Giudice remittente, con quanto previsto dall'art. 3, comma 2-ter, del d. lgs. n. 109 del 1998, ai sensi del quale, in relazione alle modalità di compartecipazione al costo della prestazione, si sarebbe dovuto evidenziare la situazione economica del solo assistito. Ebbene: in tale pronuncia la Corte nega che, anche in assenza del d.P.C.M. previsto dalla richiamata disposizione statale, la norma ivi contenuta possa essere direttamente applicabile in quanto recante un livello essenziale delle prestazioni relative ai servizi sociali. Al contrario, spetta al d.P.C.M. *“specificare le modalità di attuazione dei principi e dei criteri indicati dall'art. 3, comma 2 ter, operando le scelte coerenti con le indicate finalità, idonee ad individuare «i limiti» entro i quali le norme del decreto legislativo n. 109 del 2009 avrebbero dovuto applicarsi. In particolare, oltre a fissare le norme sul metodo di calcolo della situazione economica equivalente, il decreto avrebbe dovuto procedere all'individuazione delle prestazioni sociali comprese «nell'ambito di percorsi assistenziali integrati di natura sociosanitaria, erogate a domicilio o in ambiente residenziale, a ciclo diurno o continuativo», nonché a meglio definire, sotto un profilo soggettivo, le molteplici categorie dei destinatari delle prestazioni”* (Considerato in diritto, par. 2). Sul punto, v. M. BELLETTI, *I “livelli essenziali delle prestazioni” alla prova del “coordinamento della finanza pubblica”. Alla ricerca della “perequazione” perduta*, in in M. Sesta (a cura di), *L'erogazione della prestazione medica tra diritto alla salute, principio di autodeterminazione e gestione ottimale delle risorse sanitarie*, cit., 120 sgg.

Quanto alla loro rimborsabilità, ferma restando la facoltà per le Regioni non sottoposte a piano di rientro di garantirla, per le altre appare necessario restare in attesa del d.P.C.M. di aggiornamento dei LEA, con la precisazione che, una volta intervenuto tale aggiornamento, le coppie che nel frattempo avessero beneficiato dei trattamenti potrebbero intraprendere la strada del rimborso.

5.- Note conclusive.

Quale insegnamento è possibile ricavare dalle vicende di cui si è dato fin qui conto? Anzitutto, esse dimostrano che la proclamazione di un diritto in sede giurisdizionale⁴⁷ non vale da solo a garantirne l'effettività⁴⁸. In particolare, se l'attività dei giudici comuni e delle Corti costituzionali è fondamentale per dare immediata risposta alle esigenze di tutela che incessantemente emergono in seno alla società e che restano neglette dal legislatore, questa attività incontra dei limiti strutturali, individuabili dell'impossibilità di operare un compiuto bilanciamento che tenga conto di tutti gli interessi in gioco, ivi compresi i diritti di altri individui; di apprestare una disciplina applicativa dettagliata e uniforme, che garantisca l'omogeneità della tutela dei diritti sul territorio nazionale; di individuare e apprestare le risorse economiche necessarie a far sì che la proclamazione del diritto alle cure si traduca nella concreta prestazione dei trattamenti a carico del SSN o, comunque, nella possibilità che la concreta prestazione dei trattamenti avvenga in condizioni tali da garantire la tutela degli interessi pubblici in gioco e di tutti i soggetti coinvolti⁴⁹.

A ciò consegue specularmente che l'ineffettività che ancora caratterizza il diritto ad accedere alla fecondazione eterologa, a otto mesi dal deposito della sentenza della Corte costituzionale, è per altra parte da ascrivere al

47 Da parte di un giudice comune o di un giudice costituzionale, ma l'affermazione potrebbe essere estesa anche alle pronunce di una Corte sovranazionale o internazionale.

48 E' evidente che le stesse conclusioni varrebbero anche per la mera proclamazione di un diritto contenuta in una legge. Ciò che preme qui sottolineare, però, sono i limiti *strutturali* della *funzione* giurisdizionale e della giustizia costituzionale nella tutela dei diritti. In questo senso, esula dal presente scritto l'analisi dei diversi problemi che sorgono per effetto della proclamazione di un diritto contenuta, per ipotesi, in una legge o in una Carta dei diritti.

49 Com'è avvenuto, nella specie, con l'istituzione ed il funzionamento del Registro dei donatori.

legislatore statale⁵⁰ e all'amministrazione statale⁵¹ e regionale⁵². A questo proposito, se, come si ritiene, l'attività del legislatore e dell'amministrazione è indispensabile per dare compiuta effettività ai diritti riconosciuti dalla Costituzione, non è pensabile immaginare di risolvere i problemi derivanti dall'inerzia e dai ritardi della politica, *sic et simpliciter*, con un appello ad una più incisiva supplenza del giudiziario (o della Corte costituzionale). Occorre, invece, mettere di fronte la politica alle sue responsabilità e pretendere che essa si attivi per svolgere il mandato che la Costituzione le assegna. In quest'ottica, le vicende che si sono succedute all'indomani della sent. n. 162 del 2014 e, in particolare, l'approvazione di direttive comuni da parte delle Regioni e l'immediata attivazione da parte di queste delle prestazioni in esame⁵³ dimostrano come, accanto alla critica politica per mano delle opposizioni parlamentari e consiliari e alle forme di responsabilità diffusa nei confronti dell'opinione pubblica, anche la dialettica Stato – Regioni possa costituire un utile strumento di responsabilizzazione reciproca.

** Dottoranda di ricerca in Giustizia costituzionale e diritti fondamentali presso l'Università degli Studi di Pisa

50 Che solo con una norma entrata in vigore il 1° gennaio 2015 ha istituito il Registro dei donatori; cfr. art. 1, comma 735, l. n. 190 del 2014.

51 Che ancora non ha disposto l'aggiornamento delle linee guida di cui all'art. 7 della l. n. 40 del 2004, né, al momento in cui si scrive, l'aggiornamento dei LEA e il connesso stanziamento di fondi per far pronte alla spesa per le nuove prestazioni.

52 Si fa riferimento, in particolare, a quelle Regioni che ancora non hanno recepito le direttive tecniche comuni fissate in sede di Conferenza delle Regioni e delle PP.AA. del 4 settembre 2014.

53 Cui è seguito, come si è visto, l'inserimento di una norma *ad hoc* nella legge di stabilità per il 2015 istitutiva del Registro dei donatori.

La salute mentale attraverso lo spettro dei diritti umani*

di Stefano Rossi**
(22 marzo 2015)

SOMMARIO: 1. Salute mentale e diritti umani: uno sguardo d'insieme – 2. Sul legame tra salute mentale e diritti umani – 3. Le fonti del diritto e i diritti umani nel sistema delle Nazioni unite – 3.1. Statuto delle Nazioni unite – 3.2. Dichiarazione universale dei diritti umani – 4. Il diritto alla salute mentale nelle fonti pattizie – 4.1. Principi di tutela delle persone con malattia mentale – 4.2. Il manuale sulla legislazione della salute mentale dell'OMS – 4.2. La Convenzione delle Nazioni unite sui diritti delle persone con disabilità – 5. I Sistemi regionali per la tutela dei diritti umani: brevi note – 5.1. Il sistema europeo per la protezione dei diritti umani – 5.2. Il sistema inter-americano per la salvaguardia dei diritti umani – 5.3. Il sistema africano per la salvaguardia dei diritti umani – 6. Sviluppo dei diritti umani delle persone con disabilità mentale nel sistema europeo – 6.1. Ricovero e successivo internamento in istituti psichiatrici – 6.1.1. La limitazione della libertà per infermità mentale nel sistema europeo – 6.1.2. Sulla detenzione legittima – 6.1.3. Sul trattamento delle persone con malattia mentale – 6.1.4. Il diritto ad una procedura di revisione della misura restrittiva da parte dell'autorità giudiziaria – 6.1.5. Il potere di rilasciare i pazienti illegittimamente internati e il diritto alle revisioni periodiche – 6.1.6. Il diritto ad essere informati sulle motivazioni del ricovero coatto – 6.1.7. Le condizioni legali del ricovero e dell'internamento – 6.1.8. L'ambiente anti-terapeutico come forma di detenzione arbitraria – 6.2. I diritti civili delle persone con sofferenza mentale – 6.2.1. Il diritto di accesso alla giustizia – 6.2.2. Il diritto alla vita privata e familiare – 6.2.3. Il diritto alla vita – 7. Cenni sul diritto alla salute mentale come diritto sociale – 8. Sviluppo del diritto alla salute mentale e soft law – 9. Salute individuale e salute pubblica – 10. Per un diritto costituzionale cosmopolita: diritti umani e persone con sofferenza mentale.

1. Salute mentale e diritti umani: uno sguardo d'insieme.

I principi e le normative, anche di carattere internazionale e sovranazionale sui diritti umani¹, forniscono un mezzo potente, ma spesso trascurato, per favorire i diritti e le libertà delle persone con sofferenza mentale. Sebbene questo complesso ordinamentale possa apparire, a prima vista, marginale o poco importante nelle nazioni sviluppate, caratterizzate da istituzioni democratiche consolidate, tuttavia, persino in tali contesti si registrano spesso violazioni dei diritti dei pazienti e si manifestano forti resistenze a riforme della legislazione

* Scritto sottoposto a *referee*.

Questo contributo costituisce lo "stralcio" di un più ampio lavoro di analisi sull'inquadramento costituzionale delle tematiche emergenti nel campo della salute mentale. Osservare questo campo, complesso e stratificato, attraverso lo spettro del cd. "diritto costituzionale cosmopolita" costituisce un ulteriore tassello di un puzzle che, per essere completato, necessitava anche della prospettiva sovranazionale. Nello sviluppare tale analisi non posso non dar atto dell'influenza esercitata sul mio lavoro dalle riflessioni di L.O. Gostin.

¹ Con l'espressione "diritti umani", intendiamo il corpus di diritto convenzionale sviluppato in ambito multilaterale – al livello universale (Nazioni unite) o regionale (nell'ambito dell'Organizzazione degli Stati americani, del Consiglio d'Europa, dell'Unione africana) – successivamente al 1948 e relativo alla protezione e promozione dei diritti umani. Questo processo di codificazione ha riguardato tanto la previsione di norme a tutela dei diritti umani dell'universalità degli individui come anche di norme di cui sono titolari individui appartenenti a specifiche categorie sociali (es. donne, minori, persone disabili...), in forza degli specifici bisogni di tutela di tali categorie.

e della prassi amministrativa che, nell'investire il settore della salute mentale, offrano una maggior tutela dei diritti e del benessere delle persone con disabilità mentali².

Benché, nella maggior parte degli Stati occidentali, si siano adottate misure significative per includere nella legislazione tutele per i diritti e le libertà delle persone con sofferenza mentale, permangono comunque "faglie" nelle quali si realizzano, ancor oggi, aperte violazioni dei diritti umani, spesso giustificate da visioni politiche o sociali che intendono la malattia mentale come espressione di pericolosità sociale³, stigmatizzando la patologia e la persona che ne è portatrice⁴.

Al contempo, negli Stati privi di un sistema democratico e costituzionale consolidato, i diritti umani si pongono come principi di sintesi costituendo l'unica tutela reale contro le varie forme di abuso e di violazione dell'integrità fisica e psichica dei soggetti deboli, ed in particolare dei malati di mente⁵.

In questi termini, i principi e le normative internazionali sui diritti umani rivestono particolare rilievo nel contesto della salute mentale per la capacità di riaffermare due concetti fondamentali caratterizzanti la tutela globale dei diritti e delle libertà: in primo luogo poiché rappresentano strumento e, al contempo, parametro che legittima il vaglio a livello sovranazionale o internazionale delle politiche e delle prassi riguardanti la salute mentale all'interno di una nazione sovrana; in secondo luogo, in quanto riconoscono tutele fondamentali che non possono essere dimidiate o denegate con decisioni espresse a maggioranza⁶.

È bene rammentare che la pratica dei diritti umani si è sviluppata attraverso una procedura giuridica molto complessa e articolata, giustificata dall'esigenza di far dialogare l'universalismo proprio dei diritti con le particolari condizioni di fatto, con i contesti istituzionali specifici dettati dal diritto interno, al fine di ottenere il maggiore rispetto possibile dei diritti nelle condizioni date.

Prima della seconda guerra mondiale, il sistema internazionale infatti si strutturava quasi esclusivamente attraverso le interazioni tra Stati sovrani⁷, sicché le violazioni dei diritti umani entro i confini di una nazione erano considerate questioni interne, e raramente queste violazioni erano soggette a sanzioni di qualche sorta⁸. A quell'epoca i diritti dell'uomo erano configurabili solo come diritti del cittadino di uno Stato, il che ha reso

2 D.L. BRADDOCK, S.L. PARISH, *Social Policy Toward Intellectual Disabilities in the Nineteenth and Twentieth Centuries*, in S.S. HERR et al. (eds.), *The Human Rights of Persons with intellectual disabilities: different but equal*, Oxford University Press, Oxford, 2003, 97-99; H.H. KOH, *Different but Equal: The Human Rights of Persons with intellectual disabilities*, in *Md. L. Rev*, 2004, 63, 1, 2.

3 Sul punto invita ad un ripensamento G.B. LEONG, *Revisiting the Politics of Dangerousness*, in *J. Am. Acad. Psychiatry Law*, 2008, 36, 278-281.

4 J. RANDALL et al., *Stigma and Discrimination: Critical Human Rights Issues for Mental Health*, in M. DUDLEY, D. SILOVE, F. GALE (eds.), *Mental Health and Human Rights: Vision, Praxis and Courage*, Oxford University Press, Oxford, 2012, 113 ss.

5 S.O. OKPAKU, S. BISWAS, *History of global mental health*, in S.O. OKPAKU (ed.), *Essentials of Global Mental Health*, Cambridge University Press, Cambridge, 2014, 1-11.

6 J. ARBOLEDA-FLÓREZ, D.N. WEISSTUB, *Mental Health Rights: The Relation between Constitution and Bioethics*, in D.N. WEISSTUB, G.D. PINTOS (eds.), *Autonomy and Human Rights in Health Care*, Springer, 2008, 309 ss., specie 311 s.

7 A. CASSESE, *I diritti umani nel mondo contemporaneo*, Laterza, Roma-Bari, 2004, 5 ss.; M. IGNATIEFF, *Una ragionevole apologia dei diritti umani*, Feltrinelli, Milano, 2003, 7 ss.

8 F. BESTAGNO, *Diritti umani e impunità: obblighi positivi degli Stati in materia penale*, Vita&Pensiero, Milano, 2003, 13 ss.

possibile le peggiori barbarie protette sotto il manto regale della sovranità statale, attraverso cui il nesso uomo-cittadino è stato strumentalizzato o comunque svilito⁹.

Quando il mondo dovette confrontarsi con le indicibili atrocità dell'Olocausto e della guerra, divenne evidente che il sistema esistente, sia a livello nazionale sia internazionale, aveva completamente fallito nel proteggere adeguatamente i diritti e le libertà degli individui¹⁰. La comunità internazionale e il nascente movimento per i diritti umani decisero di cambiare in modo sostanziale la prospettiva del diritto internazionale per assicurare che violazioni simili della dignità umana non potessero più ripetersi¹¹.

L'esperienza della *Shoah* si è infatti storicamente riflessa nei principi e nelle previsioni di alcune importanti convenzioni internazionali e nella creazione di meccanismi per assicurare e proteggere i diritti umani: così, si può rammentare la Dichiarazione universale dei diritti umani e la Convenzione dell'Onu per la prevenzione e la repressione del delitto di genocidio, adottate entrambe nel 1948. Nel maggio 1949 il Trattato di Londra, siglato da dieci paesi europei, ha istituito il Consiglio d'Europa e un anno più tardi, il 4 novembre 1950, è stata firmata la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali.

Anche attraverso tali trattati e convenzioni internazionali, il movimento per i diritti umani consolidò i diritti e le libertà fondamentali, aprendo così un varco nella sovranità nazionale con l'affermazione di una responsabilità anche degli Stati per tali violazioni¹².

I diritti umani, da allora, non sono più semplicemente una questione tra i cittadini e i loro governi, anche se eletti democraticamente, ma sono piuttosto un tema che assume rilievo sovranazionale¹³. Questo rende anche le politiche e le pratiche per la salute mentale di ogni nazione soggette agli *standard* internazionali dei diritti umani e suscettibili di monitoraggio e controllo internazionale.

Tale processo si iscrive nel contesto di una progressiva costituzionalizzazione dei diritti umani, anche a livello internazionale¹⁴, alimentando l'osmosi tra ordinamenti tra loro non assimilabili al fine della creazione di un moderno *jus gentium* di cui si può apprezzare appieno la complessità in relazione al suo svolgersi nei sistemi universali e regionali di promozione e di protezione dei diritti umani, che va ben al di là del dato formale della codificazione¹⁵.

9 P. RACITI, *La cittadinanza e le sue strutture di significato*, Franco Angeli, Milano, 2004, 58 ss., in particolare l'Autore riflette sul concetto di cittadinanza a partire da Hannah Arendt

10 Sulla centralità dell'Olocausto nella costruzione del concetto di diritti umani H. JONAS, *La sacralità della persona. Una nuova genealogia dei diritti umani*, Franco Angeli, Milano, 2014, 109 ss.; P. RABINOW, *Pensare cose umane*, Meltemi, Roma, 2008, 33 ss.

11 U. BAXI, *Le voci della sofferenza, l'universalità frammentata e il futuro dei diritti umani*, in R. CAMMARATA, L. MANCINI, P. TINCANI (a cura di), *Diritti e culture. Un'antologia critica*, Giappichelli, Torino, 2014, specie 88 s.

12 D. BARBA, *Diritti umani e mutamento sociale*, in G.M. CHIODI (a cura di), *I diritti umani. Un'immagine epocale*, Guida, Napoli, 2000, 81 ss.

13 A. PISANÒ, *I diritti umani come fenomeno cosmopolita. Internazionalizzazione, regionalizzazione, specificazione*, Giuffrè, Milano, 2011, 4 ss.; A. CASSESE, *I diritti umani, oggi*, Laterza, Roma-Bari, 2005, 37 ss.

14 Su cui B. FASSBENDER, *The United Nations Charter as Constitution of the International Community*, in *Columbia Journal of Transnational Law* 1998, 36, 529-619; S. GARDBAUM, *Human Rights as International Constitutional Rights*, in *EJIL*, 2008, 4, 749 s.; *contra* P. ALLOTT, *Eunomia – New Order for a New World*, Oxford University Press, Oxford, 1990, 135 ss.; M. POIARES MADURO, *Europe and the Constitution: What if This is as Good as It Gets?*, in J. WEILER, M. WIND (eds.), *European Constitutionalism Beyond the State*, Cambridge University Press, Cambridge, 2003, 101 ss.

Questo percorso ci porta ad un ulteriore arresto, ovvero che i diritti umani non dipendono da una concessione del potere statale. I governi non possiedono il potere di concedere o di negare i diritti umani e le libertà, questi sono riconosciuti agli individui in quanto esseri umani¹⁶. La persona, in quanto fine del sistema delle libertà, è titolare di quei diritti fondamentali costituenti il patrimonio irriducibile della dignità umana che la comunità internazionale s'impegna a salvaguardare. E se da un lato l'accoglimento di tali principi porta con sé il riconoscimento di diritti individuali, in quanto riconosciuti al singolo in funzione dei suoi bisogni, dall'altro, considera l'individuo anche nella sua dimensione di essere sociale, riconoscendo a questi – quale cittadino, o membro di formazioni sociali – diritti "funzionali", ossia attribuiti nell'interesse della comunità.

I diritti umani, quindi, attribuiscono ad ogni persona i diritti e le libertà fondamentali che ne definiscono lo *status*, imponendo, al contempo, ai governi il dovere di rispettarli¹⁷.

Tali doveri si possono concepire in un'accezione ampia così da includere: a) *Rispetto*, riferibile all'obbligo dello Stato di non violare i diritti umani, ad esempio, con forme di reclusione arbitraria; b) *Protezione*, relativo all'obbligo dello Stato di impedire violazioni da parte di privati, ad esempio, con condotte a carattere discriminatorio; c) *Sicurezza*, ovvero l'obbligo dello Stato di promuovere in modo attivo i diritti umani, attraverso la tutela della salute, dell'istruzione e dei servizi sociali¹⁸. Così, la legislazione internazionale sui diritti umani attribuisce allo Stato l'obbligo di salvaguardare i diritti umani di tutte le persone, inclusi gli individui con sofferenza mentale.

Questo contributo si propone l'esame della condizione delle persone con disturbo mentale attraverso il filtro del paradigma dei diritti umani e la promozione di questi diritti da parte dei vari ordinamenti internazionali e sovranazionali che sono stati istituiti a tutela dei diritti umani. Così, mentre un sistema internazionale di tutela dei diritti umani con applicazione universale si è sviluppato attraverso gli strumenti convenzionali predisposti dalle Nazioni unite, al contempo, nei vari sistemi regionali sono stati organizzati altri dispositivi di tutela dei diritti nelle loro rispettive aree geografiche¹⁹, venendo progressivamente a formulare un *corpus* normativo volto a proteggere i sofferenti psichici.

Questi sistemi, istituzioni, trattati e convenzioni hanno stimolato, sia a livello internazionale che nazionale, lo sviluppo di *standard* tangibili e riconoscibili di garanzia dei diritti umani, i quali vengono alimentati all'interno di un circolo virtuoso nel contesto del

15 A. VON BOGDANDY, *Constitutionalism in International Law: Comment on a Proposal from Germany*, in *Harvard International Law Journal* 2006, 47, 1, 228 s.; S. KIRCHNER, *Relative Normativity and the Constitutional Dimension of International Law: A Place for Values in the International Legal System?*, in *German Law Journal* 2004, 5, 1, 47-64.

16 «All human rights are universal, indivisible and interdependent and interrelated. The international community must treat human rights globally in a fair and equal manner, on the same footing, and with the same emphasis. While the significance of national and regional particularities and various historical, cultural and religious backgrounds must be borne in mind, it is the duty of States, regardless of their political, economic and cultural systems, to promote and protect all human rights and fundamental freedoms» (§. 1 Dichiarazione conclusiva, contenuta nel documento delle Nazioni unite A/CONF.157/23, 2 luglio 1993).

17 R. PISILLO MAZZESCHI, *Responsabilité de l'état pour violation des obligations positives relatives aux droits de l'homme*, in *RdC*, 2008, 333, 175 ss.

18 H.J. STEINER, P. ALSTON, *International Human Rights in Context: Law, Politics, Morals*², Oxford University Press, Oxford, 2000, 361-366.

19 Per una panoramica sui sistemi regionali D. SHELTON (ed.), *Regional Protection of Human Rights*, Oxford University Press, Oxford, 2008; A. PISANÒ, *I diritti umani come fenomeno cosmopolita. Internazionalizzazione, regionalizzazione, specificazione, cit.*, 23 ss.

quale i sistemi regionali si “appoggiano” e risultano complementari alle Iniziative svolte nell’ambito del sistema delle Nazioni unite tanto sulla base delle disposizioni della Carta delle Nazioni unite (come ad esempio le attività quasi-giurisdizionali del Consiglio dei diritti umani), quanto delle convenzioni internazionali sui diritti umani.

In particolare il sistema di tutela dei diritti delle persone con sofferenza mentale ha favorito lo sviluppo di un complesso normativo ricco e differenziato, che verrà vagliato avendo particolare riguardo a tre punti di connessione tra salute mentale e diritti umani: a) le politiche coercitive in materia di salute mentale che possono violare i diritti umani; b) le violazioni dei diritti umani che possono incidere sulla salute mentale; c) il rapporto di reciprocità virtuosa tra promozione della salute mentale e tutela dei diritti umani.

In questo percorso si avrà modo di analizzare le fonti del diritto proprie del sistema delle Nazioni unite per la tutela dei diritti umani, considerando in particolare le convenzioni, dichiarazioni, direttive e principi formulati a livello internazionale che, sebbene non siano vincolanti, hanno favorito lo sviluppo dei diritti umani riconosciuto alle persone con sofferenza mentale.

In questa analisi si provvederà ad esaminare l’effettività dei diritti civili e sociali alla salute mentale riconosciuti nei sistemi sovranazionali di tutela dei diritti umani: ci si concentrerà in modo dettagliato sulla protezione offerta dalla Convenzione europea dei diritti umani²⁰ (ECHR) e dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo volta a tutelare principi di equità in tema di ricovero obbligatorio e successivo trattenimento negli istituti psichiatrici (come la rappresentanza legale, un procedimento legale e il ricorso a esperti indipendenti), il diritto a condizioni di ricovero umane e dignitose e infine i diritti di cittadinanza (come, ad esempio, la *privacy*, il matrimonio, il diritto di voto e di associazione)²¹.

Seppure l’ordinamento internazionale conceda ai governi un ampio margine di discrezionalità nella determinazione delle forme di tutela dei diritti e delle libertà, tuttavia i principi affermati vengono inevitabilmente a rappresentare dei punti di riferimento con cui i governi nazionali sono costretti a confrontarsi nella definizione degli obiettivi in materia di salute mentale.

2. Sul legame tra salute mentale e diritti umani

Salvo rare eccezioni²², la salute mentale e i diritti umani di rado sono messi in relazione in un modo sistematico e ponderato, anche se l’universo della salute mentale e la costellazione dei diritti umani offrono l’occasione, analizzati in modo organico, per affrontare le diverse sfaccettature della condizione umana²³.

Si può innanzitutto rilevare come spesso le politiche, i programmi e le pratiche della salute mentale possano violare i diritti umani²⁴: infatti, nonostante la retorica dell’autodeterminazione e della non coercizione, le politiche del settore si riducono,

²⁰ *Ex pluris* B. RANDAZZO, *Giustizia costituzionale sovranazionale. La Corte europea dei diritti dell’uomo*, Giuffrè, Milano, 2012; D. TEGA, *I diritti in crisi. Tra Corti nazionali e Corte europea di Strasburgo*, Giuffrè, Milano, 2012; G. ROLLA (a cura di), *Il sistema europeo di protezione dei diritti fondamentali e i rapporti tra le giurisdizioni*, Giuffrè, Milano, 2010; V. SCARABBA, *Tra fonti e corti. Diritti e principi fondamentali in Europa: profili costituzionali e comparati degli sviluppi sovranazionali*, Cedam, Padova, 2008.

²¹ B. HALE, *Justice and equality in mental health law: The European experience*, in *Int. Journal of Law and Psychiatry*, 2007, 30, 18-28.

essenzialmente, a provvedimenti volti a privare, limitare o porre in scacco alcuni diritti basilari di cittadinanza degli individui con disturbo mentale (come, ad esempio, il diritto di voto, l'accesso alla giustizia e il controllo sulle scelte personalissime come su quelle di carattere patrimoniale)²⁵.

In questi termini l'autorità governativa, per sua stessa natura, influisce su una varietà di interessi personali, quali l'autonomia, l'integrità fisica, la privacy, la proprietà e la libertà, esercitando forme di limitazione che possono far sorgere istanze di rivendicazione dei diritti umani, specie quando i poteri sulla salute sono utilizzati in modo arbitrario, discriminatorio o in assenza di un equo procedimento.

Potrebbe sembrare superfluo notare come le violazioni dei diritti umani (quali la tortura, lo stupro, il genocidio e il trattamento disumano e degradante) influiscano in modo, a volte, devastante sulla salute mentale delle vittime²⁶. Tuttavia, gli effetti e l'incidenza dei conseguenti problemi di salute mentale sono e restano sottovalutati, non considerando come violenze e gravi abusi possano causare gravi sofferenze mentali tali da condizionare per un'intera esistenza non solo l'individuo che ne è stato vittima, ma anche spesso la sua famiglia e la sua comunità. Ne è riprova il fatto che, in varie congiunture, le più gravi violazioni dei diritti umani sono state solitamente perpetrate non tanto per infliggere un dolore fisico quanto per spezzare lo spirito umano: la tortura può infatti avere lo scopo politico di scoraggiare la resistenza a un governo, come lo stupro e il genocidio possono essere impiegati per distruggere un'identità etnica e culturale²⁷.

22 L.O. GOSTIN, *Behind Moral Claim. A Human Rights Approach in Mental Health*, in *Cambridge Quarterly of Healthcare Ethics*, 2001, 10, 264-274; L.O. GOSTIN, L. GABLE, *The Human Rights of Persons with Mental Disabilities: A Global Prospective on the Application of Human Rights Principles to Mental Health*, in *MD. Law Review*, 2004, 63, 20-104; L.O. GOSTIN, J. MCHALE, P. FENNELL, R.D. MACKAY, P. BARTLETT, *Principles of Mental Health Law and Policy*, Oxford University Press, Oxford, 2010; M.L. PERLIN, *International Human Rights and Mental Disability Law: when the silenced are heard*, Oxford University Press, Oxford, 2012; R.P. OLSON, *Mental Health Systems Compared: Great Britain, Norway, Canada, and the United States*, Thomas, Indiana University, 2006.

23 L.O. GOSTIN, *Human Right in Mental Health*, in M. ROTH, R. BLUGLASS (eds.), *Psychiatry, Human Rights and the Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009, 148-156.

24 In ambito anglosassone N. GLOVER-THOMAS, *Reconstructing Mental Health Law and Policy*, Butterworths, Edimburgh, 2002, 11 ss.; per l'Italia D. PICCIONE, *Riflessi costituzionalistici del pensiero di Franco Basaglia a trent'anni dalla morte*, in *Giur. cost.*, 2010, 5, 4137 ss.; I. CIOLLI, *I TSO e le proposte di riforma della legge 180 del 1978. Problemi e prospettive*, in R. FOSCHI (a cura), *La libertà sospesa. Il trattamento sanitario obbligatorio – psicologia, psichiatria, diritti*, Fefè ed., Roma, 2012, 36; S. ROSSI, *La salute mentale e il decisore pubblico. Una strategia a rete tra Lea e policentrismo regionale*, in P. BONETTI, A. CARDONE, F. CORTESE, A. DEFFENU, A. GUAZZAROTTI (a cura di), *Spazio della tecnica e spazio del potere nella tutela dei diritti sociali*, Aracne, Roma, 2014, 643 ss.

25 J. COOPER, *Improving the Civil Rights of People with Disabilities Through International Law*, in Id. (ed.), *Law, Rights & Disability*, Kinsley, London, 2000, 59 ss.; sui tentativi di politiche regressive rinvio a S. ROSSI, *Sussurri e grida. Riflessioni su follia e libertà nell'ennesimo testo di riforma della legge Basaglia*, in *Pol. dir.*, 2012, 2-3, 469 ss.

26 Sulla condizione paradigmatica dei richiedenti asilo A. CALDAROZZI (a cura di), *Le dimensioni del disagio mentale nei richiedenti asilo e nei rifugiati*, Cittalia – Anci, Roma, 2010.

27 N. SCHEPER-HUGHES, *Questioni di coscienza. Antropologia e genocidio*, in F. DEI (a cura di), *Antropologia della violenza*, Meltemi, Roma, 2005, 247 ss.; D. SUMMERFIELD, *Gli effetti della guerra: trauma, ridefinizione morale, vendetta, riconciliazione e versioni medicalizzate della guarigione*, in *Riv. sper. freniatria*, 2005, 1, 1-10.

Persino violazioni dei diritti umani meno drastiche, quali la discriminazione e l'invasione della *privacy*, possono avere effetti negativi sul benessere mentale indebolendo la dignità e l'autostima dell'individuo²⁸.

La salute mentale e i diritti umani sono complementari, sono collegati in modo inestricabile, nella misura in cui la preservazione dello stato di benessere, corrispondente alla moderna concezione di salute, costituisce un presupposto indispensabile per l'esercizio dei diritti umani perché solo coloro che conservano determinate capacità e possono tradurle in funzionamenti sono in condizione di svolgere un ruolo attivo nella vita politica e sociale²⁹. Allo stesso modo, i diritti umani sono indispensabili per la salute mentale perché forniscono sicurezza contro violazioni e limitazioni, favorendo quel contesto che consente di esercitare la libertà di formare ed esprimere identità, credenze, opinioni che sono essenziali per l'identità della persona.

3. Le fonti del diritto e i diritti umani nel sistema delle Nazioni unite

Il *corpus* normativo che si è sviluppato tutto intorno ai diritti umani è complesso e in evoluzione³⁰. Il continuo sviluppo della normativa e delle pratiche per tutelare i diritti umani, all'interno del sistema delle Nazioni unite, ha potenziato gli strumenti di tutela a favore delle persone con sofferenza mentale, trovando tuttavia un'applicazione ancora sporadica³¹.

Il sistema internazionale dei diritti umani si compone dello Statuto delle Nazioni unite, della Dichiarazione universale dei diritti umani e dei due Patti internazionali sui diritti umani³², i cui principi si riflettono anche sulla condizione delle persone con sofferenza mentale. Vi è poi da dire che le Nazioni unite hanno adottato altre dichiarazioni, direttive e documenti con linee guida specificatamente rivolte ai diritti delle persone con disabilità mentali³³. Inoltre, gli ispettori speciali, nominati dalle Nazioni unite per investigare nelle aree specifiche dei diritti umani, hanno fornito altre linee guida che tracciano una connessione tra diritti umani e disabilità mentale³⁴. A loro volta, i sistemi regionali sui diritti umani nelle

28 Gli stati di vulnerabilità e dipendenza imposti dalla malattia possono pregiudicare il senso di dignità individuale. La perdita del significato del proprio esistere, la disintegrazione dell'immagine di sé e l'annullamento della personalità possono determinare nella persona uno stato di disperazione totalizzante. Cfr. A. MARGALIT, *La società decente*, Guerini, Milano, 1998, 86 ss.

29 M.C. NUSSBAUM, *Creare capacità. Liberarsi dalla dittatura del Pil*, Il Mulino, Bologna, 2013, 39 ss.

30 G. SORRENTI, *Le Carte internazionali sui diritti umani: un'ipotesi di «copertura» costituzionale «a più facce»*, in *Pol. dir.*, 1997, 3, 349 ss.; C. DE FIORES, *I diritti inviolabili dell'uomo tra crisi della sovranità e uso della forza*, *ivi*, 2000, 2, 225 ss.

31 S.D. JAMAR, *The International Human Right to Health*, in *S.U. Law Rev.*, 1994, 22, 1,8-17; E.D. KINNEY, *The International Human Right to Health: What Does This Mean for Our Nation and World?*, *Ind. Law Rev.*, 2001, 1457 ss., specie 1467-1474.

32 E. WATSON MACWHINNEY, *The Evolution of United Nations Constitutionalism. The Emerging Constitutional Law of International Organisation*, in AA.VV., *The Evolution of International Law since the Foundation of the UN: With Special Emphasis on the Human Rights*, Thessaloniki: Institute of International Public Law and International Relations of Thessaloniki, 1990, 329 ss.; K. ZEMANEK, *The Legal Foundations of the International System*, in *RdC*, 1997, 9; P.J. SPIRO, *Treaties, International Law and Constitutional Rights*, in *Stanford L. Rev.*, 2003, 55, 2021 ss.

33 Riferimenti in M. FREEMAN, S. PATHARE, *WHO Resource book on mental health, human rights and legislation*, WHO, Geneva, 2005.

34 In termini più specifici, l'Assemblea Generale ha adottato le dichiarazioni sui diritti delle persone mentalmente ritardate nel 1971 ed i principi per la protezione delle persone con malattia mentale e il

Americhe, in Europa e in Africa prevedono anch'essi forme di tutela dei diritti umani delle persone con sofferenza mentale (su cui *infra*).

Di seguito si procederà ad esaminare l'applicazione dei diritti umani alle persone con malattia mentale nel sistema delle Nazioni unite, percorrendo lo sviluppo della normativa internazionale sui diritti umani nel particolare settore della salute mentale.

3.1. Statuto delle Nazioni unite

Nel preambolo, lo Statuto delle Nazioni unite formula in modo articolato la determinazione della comunità internazionale di «riconfermare la fede nei diritti fondamentali dell'uomo [e] nella dignità e valore della persona umana»³⁵.

Uno degli scopi principali dell'Onu è «raggiungere la cooperazione internazionale nel (...) promuovere e incoraggiare il rispetto dei diritti umani e delle libertà fondamentali per tutti senza alcuna distinzione»³⁶, dovendo, nel perseguire tale obiettivo, «promuovere *standard* di vita più alti, la piena occupazione e condizioni di progresso e sviluppo sociali ed economici»³⁷, oltre al «rispetto e [a]l'osservanza in tutto il mondo dei diritti umani e delle libertà fondamentali per tutti».

Lo Statuto, adottato nel 1945, chiede agli Stati membri di sostenere e rispettare i diritti umani di tutti gli individui, senza distinzione di razza, genere, etnia o religione³⁸. In questa prospettiva la creazione dell'Organizzazione delle Nazioni unite ha introdotto tre importanti innovazioni: a) il passaggio da una prospettiva frammentaria ad uno *scopo globale* e totalizzante; non più, quindi, la mera difesa delle religioni, la protezione delle minoranze, ma il rispetto dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali per tutti, senza distinzione di razza, sesso, lingua o religione ex art. 1, §. 2; b) il fatto che lo scopo globale sia indicato nell'elenco dei fini dell'Organizzazione, avendo quale obiettivo quello di stabilire un livello di protezione comune a tutti gli Stati; c) la creazione di un organo mirante a tale scopo, la Commissione per i diritti dell'uomo, nonché l'attribuzione di funzioni e competenze precise

miglioramento delle cure di salute mentale nel 1991 per tutelare e promuovere i diritti di questa popolazione marginalizzata. Inoltre, l'Assemblea Generale ha designato il 21 marzo la Giornata Mondiale della Sindrome di Down e il 2 aprile come Giornata Mondiale dell'Autismo. Più recentemente, in particolare, si è svolta presso le Nazioni unite la Riunione del gruppo di esperti su benessere mentale, disabilità e sviluppo condotto da DESA e UNU-IIGH a Kuala Lumpur nel 2013; la riunione del gruppo di esperti delle Nazioni unite sul benessere mentale, disabilità e riduzione del rischio di catastrofi convocata a Tokyo da UNU, DESA e altri partner nel mese di novembre 2014 e la tavola rotonda sul benessere mentale, disabilità e lo sviluppo svoltasi presso la sede delle Nazioni unite a New York nel dicembre 2014. Linee guida e piani sono stati resi disponibili nell'«Analisi delle Politiche per la salute e lo sviluppo mentale: integrazione e sviluppo della salute Mentale»; «Linee guida sulla salute mentale e sostegno psicosociale in emergenza», redatto dalla Commissione permanente inter-agenzia (IASC) e il «piano globale d'azione per la salute mentale 2013-2020, inoltre meritevoli di attenzione sono le «Linee guida di intervento mhGAP» dell'OMS.

³⁵ Carta delle Nazioni unite, sottoscritta a San Francisco il 26 giugno 1945, resa esecutiva con legge del 17 agosto 1957, n. 848, in Gazz. Uff. suppl. n. 238 del 25 settembre 1957. In dottrina C. ZANGHI, *Diritto delle Organizzazioni internazionali*, Giappichelli, Torino, 2013, 9 ss.; B. CONFORTI, C. FOCARELLI, *Le Nazioni Unite*, Cedam, Padova, 2012, 25 ss.; A. MARCHESI, *Diritti umani e Nazioni Unite. Diritti, obblighi e garanzie*, Franco Angeli, Milano, 2007, 12 ss.

³⁶ Art. 1, §. 3, Carta Onu.

³⁷ Art. 55, lett. a), Carta Onu.

³⁸ Artt. 55-56, Carta Onu. In termini analoghi dispone anche la Costituzione del *World Health Organization*.

nello stesso campo sia all'Assemblea generale, sia al Consiglio economico e sociale. Vi è da rammentare, in tal senso, come l'art. 56 dello Statuto imponga agli Stati membri il dovere di agire, collettivamente o singolarmente, in cooperazione con l'Organizzazione per raggiungere i fini indicati nell'art. 55, fra i quali figurano il rispetto e l'osservanza universale dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali per tutti. Si tratta di un obiettivo da raggiungere gradualmente, a cui tuttavia ha conferito ulteriore rilievo la Dichiarazione universale dei diritti umani, che è venuta ad assumere il valore di manifesto d'azione dell'Onu.

3.2. Dichiarazione universale dei diritti umani

La Dichiarazione universale dei diritti umani (UDHR) è stata plasmata sugli ideali iscritti nello Statuto delle Nazioni unite, identificando quei diritti e quelle libertà che devono essere promosse e tutelate nella comunità internazionale³⁹. Con l'adozione della Dichiarazione nel 1948, la comunità internazionale tentò, per la prima volta, di stabilire «uno *standard* comune come ideale da raggiungere per tutti i popoli e tutte le nazioni» per promuovere i diritti umani⁴⁰, configurando in tal modo quel nucleo essenziale del diritto costituzionale internazionale, dotato di valenza fondante.

Secondo la dottrina prevalente⁴¹ la *Dichiarazione* non è dotata d'efficacia normativa diretta, cioè non stabilisce in piena autonomia regole di per sé obbligatorie, ma ha un ruolo normativo indiretto nel senso che è la prima espressione della pratica dei diritti umani, il suo atto d'inizio o il suo *principio*.

Alla universalizzazione dei diritti, segnatamente al passaggio dai diritti del cittadino ai diritti dell'uomo, si accompagna l'universalizzazione/costituzionalizzazione della relativa base giuridica: la Dichiarazione universale, con il suo portato di principi e valori, assurge dunque a parametro di commisurazione della legittimità-liceità, anche penale, dei comportamenti degli Stati e degli individui e, nel contempo, segna la messa al centro dello scenario giuridico dell'essere umano in quanto tale.

La rilevanza della Dichiarazione universale, quindi, non riposa nel fatto che essa abbia testimoniato il raggiungimento di un "consenso per intersezione" sui diritti umani, ma nel fatto, assai diverso, che essa abbia rappresentato un primo accordo, anche se basato più su interessi partigiani che non su una reale condivisione di valori e/o principi, circa la necessità di delineare, in ambito internazionale, un sistema normativo centrato sui diritti umani. La Dichiarazione, quindi, non è un punto di arrivo, ma solo il punto di partenza di un percorso di giustificazione universale dei diritti umani⁴².

39 Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo (UDHR) adottata dall'Assemblea Generale delle Nazioni unite il 10 Dicembre 1948. In dottrina G. CAPOGRASSI, *La dichiarazione universale dei diritti dell'uomo e il suo significato*, in *Opere*, Giuffrè, Milano, 1959, 38 ss.; E. ALLEVA (a cura di), *I diritti umani a 40 anni dalla Dichiarazione universale*, Cedam, Padova, 1989; M. SALVATI (a cura di), *Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo. 10 dicembre 1948. Nascita, declino e nuovi sviluppi*, Ediesse, Roma, 2006; P. COSTA, *Dai diritti del cittadino ai diritti dell'uomo: alle origini della Dichiarazione Onu del 1948*, in T. MAZZARESE, P. PAROLARI (a cura di), *Diritti fondamentali. Le nuove sfide*, Giappichelli, Torino, 2010, 15-33.

40 Preambolo UDHR.

41 C. ZANGHÌ, *Protezione internazionale dei diritti dell'uomo*, in *Dig. disc. pubbl.*, XII, Utet, Torino, 1997, 154-156.

I trenta articoli della Dichiarazione si basano sul principio generale secondo cui «tutti gli esseri umani sono nati liberi ed uguali in dignità e diritti»⁴³. I diritti enunciati dalla Dichiarazione devono essere rispettati senza discriminazione alcuna, includendo il diritto alla vita, alla libertà e alla sicurezza della propria persona, la proibizione della schiavitù, della tortura e di trattamenti crudeli, disumani o degradanti, il diritto a un ricorso giudiziario effettivo, la proibizione dell'arresto, della detenzione e dell'esilio arbitrari e così di seguito⁴⁴.

Vi è da rilevare che la Dichiarazione non crea categorie né fa distinzione tra i diritti civili e politici e i diritti economici, sociali e culturali⁴⁵, ponendoli tutti su un medesimo piano in termini di funzionalità allo sviluppo dell'uomo.

La Dichiarazione descrive i diritti economici, sociali e culturali come «indispensabili per la dignità [di una persona] e il libero sviluppo della sua personalità»⁴⁶. Tra i diritti economici, sociali e culturali enunciati, numerosi sono applicabili in special modo alle fasce della popolazione più vulnerabili, quali le persone con disturbo mentale: la sicurezza sociale, il lavoro, la parità salariale per lo stesso tipo di lavoro, una remunerazione che assicuri «un'esistenza degna della dignità umana», l'istruzione e il diritto di partecipare alla vita culturale di una comunità, condividendo il progresso scientifico e i suoi benefici⁴⁷.

L'art. 25, in particolare, tratta espressamente della salute⁴⁸ stabilendo che «tutti hanno diritto a uno *standard* di vita adeguato a garantire la salute e al benessere proprio e della propria famiglia, incluso il cibo, il vestiario, l'abitazione e le cure mediche e i servizi sociali necessari, e il diritto alla sicurezza in caso di disoccupazione, malattia, disabilità, vedovanza, vecchiaia o altro caso di perdita di mezzi di sussistenza in circostanze indipendenti dalla sua volontà».

Anche alla luce di queste indicazioni si può concordare sul fatto che la Dichiarazione abbia sostanzialmente mantenuto la promessa del suo preambolo, divenendo fattore espressivo di "*standard* comune" di valutazione delle condizioni per i diritti umani. Per cui, sebbene le Nazioni unite non abbiano promulgato la Dichiarazione con effetti giuridicamente vincolanti per gli Stati membri, questi ultimi hanno accettato e dato applicazione in modo generalizzato ai suoi principi chiave tanto da far assumere loro il carattere di fonte consuetudinaria del diritto internazionale⁴⁹.

La Dichiarazione costituisce dunque la forma attraverso cui la comunità internazionale interpreta i diritti umani, venendo ad ispirare generazioni successive di strumenti normativi sui diritti umani, inclusi gli accordi internazionali sui diritti umani e i documenti regionali quali la Convenzione europea dei diritti umani (Cedu)⁵⁰.

42 A. PISANÒ, *Overlapping consensus e diritti umani*, in *Riv. fil. dir.*, 2014, 2, 413, rinviando all'ampia bibliografia ivi riportata.

43 Art. 1 UDHR. Sul valore della Dichiarazione F. VIOLA, *Dalla Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo ai Patti internazionali. Riflessioni sulla pratica giuridica dei diritti*, in *Ragion pratica*, 1998, 11, 41-57.

44 Artt. 3 e 28 UDHR.

45 Artt. 1 e 28 UDHR.

46 Art. 22 UDHR.

47 Artt. 22-27 UDHR.

48 Sul diritto alla salute come diritto umano, B. TOEBES, *The Right to Health as a Human Right in International Law*, Antwerpen, Groningen, Oxford, Hart Publishers, Oxford, 1999, 293 ss.; M. FREEMAN, S. HAWKES, B. BENNETT (eds.), *Law and Global Health: Current Legal Issues*, Oxford University Press, Oxford, 2014, 456 ss.

49 H. HANNUM, *The Status of the Universal Declaration of Human Rights in National and International Law*, in *GA Journal Int & Comp Law.*, 1995, 25, 287, 317-352.

50 M. DE SALVIA, *La Convenzione Europea dei diritti dell'uomo*, Esi, Napoli 2007, 43 ss.

4. Il diritto alla salute mentale nelle fonti pattizie

L'adozione della Dichiarazione dei diritti ha anticipato la trama dei Patti internazionali sui diritti umani che, sulla base dei trattati, definiscono uno schema vincolante per la protezione e la tutela dei diritti umani.

Il Patto internazionale sui diritti civili e politici (ICCPR) e il Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali (ICESCR) sono stati adottati nel 1966 e sono entrati in vigore nel 1976⁵¹. Come la Dichiarazione, i Patti internazionali non si riferiscono in modo specifico ai diritti delle persone con disturbo mentale, delineando piuttosto dei principi generali per la tutela e la promozione di questi diritti.

A differenza della Dichiarazione, gli estensori dei Patti internazionali hanno separato i diritti in due categorie: i diritti civili e politici ed i diritti economici, sociali e culturali, creando strumenti distinti per ciascuna categoria di diritti configurati comunque in un modo significativamente più ampio rispetto a quanto indicato nella UDHR⁵². Tuttavia, i due Patti internazionali divergono nel modo in cui delineano i limiti ammessi ai diritti che vengono enumerati.

Così i diritti civili e politici contenuti nel ICCPR proteggono l'individuo dalle iniziative governative che violano la sua libertà, vita privata e libertà di espressione e di associazione⁵³; tali diritti sono applicabili ed invocabili anche alle persone con disturbo mentale. Ad esempio, la proibizione di trattamenti crudeli, disumani e degradanti ha consentito alle persone con sofferenza mentale di pretendere condizioni più umane di ricovero e di trattamento⁵⁴, così il diritto di non essere sottoposti ad internamento arbitrario ha agevolato gli sforzi per ottenere l'implementazione delle tutele procedurali adeguate alla condizione delle persone con disturbo mentale soggette a misure restrittive della libertà personale⁵⁵.

Dal ICESCR si ricavano i principi fondamentali atti a delineare le fondamenta di quei diritti (economici e sociali) a cui corrispondono doveri a carico dello Stato di fornire strutture e servizi volti alla protezione della famiglia e ad offrire uno *standard* di vita adeguato⁵⁶. In

51 Patto internazionale sui diritti civili e politici del 19 dicembre 1966, entrato in vigore in data 23 maggio 1976; Patto internazionale dei diritti economici, sociali e culturali del 16 dicembre 1966, entrato in vigore in data 3 gennaio 1976. In dottrina, L. PINESCHI, *Diritti umani (Protezione internazionale dei)*, in *Enc. dir.*, V, Giuffrè, Milano, 2012, 565 s.; M.C.R. CRAVEN, *The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights. A Perspective on its Developments*, Clarendon Press, Oxford, 1998, 20 ss.; A. CONTE, S. DAVIDSON, R. BURCHILL, *Defining Civil and Political Rights*², Ashgate Pub., Burlington, 2009, 3 ss.

52 Come nota M.A. EISSEN, *The European Convention on Human Rights and the United Nations Covenant on Civil and Political Rights: Problems of Coexistence*, in *Buff. Law Rev.*, 1973, 22, 182-183 «*The ICCPR includes most, but not all, of the civil and political rights addressed in the UDHR*».

53 Artt. 9, §. 1; 18, §. 1; 19, §. 2 e 22 ICCPR.

54 Co.Du., 28 maggio 1985, *Ashingdane c. Regno Unito*, ric. n. 8225/78.

55 Co.Du., 24 ottobre 1979, *Winterwerp c. Paesi Bassi*, ric. n. 8130/78.

56 E.W. VIERDAG, *The Legal Nature of the Rights Granted by the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, in *Netherlands Yearbook of International Law*, 1978, 9, 69-105; P. ALSTON, G. QUINN, *The Nature and Scope of States Parties' Obligations under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, in *Human Rights Quarterly*, 1987, 9, 2, 156-229; K. ROTH, *Defending Economic, Social and Cultural Rights: Practical Issues Faced by an International Human Rights Organization*, *ivi*, 2004, 26, 1, 63-73; M.J. DENNIS, D.P. STEWART, *Justiciability of Economic, Social, and Cultural Rights: Should There*

particolare l'art. 12 del ICESCR chiede ai governi di riconoscere «*il diritto di ogni individuo a godere delle migliori condizioni di salute fisica e mentale che sia in grado di conseguire*»⁵⁷. Le persone con disturbo mentale, le famiglie e le associazioni hanno fatto leva sui diritti economici, sociali e culturali per favorire l'accesso a trattamenti di comunità, al fine di sviluppare servizi più efficaci e umani per le malattie psichiche e di implementare l'accesso ai programmi di istruzione e di formazione professionale per persone con disturbo mentale⁵⁸.

Le persone con sofferenza mentale che appartengono anche ad altri gruppi vulnerabili⁵⁹ possono ottenere tutele ulteriori dei loro diritti umani in virtù di quanto disposto in altri quattro trattati internazionali: le convenzioni delle Nazioni unite sui diritti delle donne⁶⁰, dell'infanzia⁶¹ e delle minoranze razziali⁶² che hanno fornito una definizione più rigorosa dei

Be an International Complaints Mechanism to Adjudicate the Rights to Food, Water, Housing, and Health?, in *The American Journal of International Law*, 2004, 98, 3, 462-515; M. ROBINSON, *Advancing Economic, Social, and Cultural Rights: The Way Forward*, in *Human Rights Quarterly*, 2004, 26, 4, 866-872.

57 Vedi anche Artt. 10-15 ICESCR.

58 G. QUINN et al., *Human Rights and Disability: The Current Use and Future Potential of United Nations Human Rights Instruments*, in *The Context of Disability*, 2002, 59-73.

59 Il principio di vulnerabilità è stato inserito, tramite la Dichiarazione di Barcellona del 1998, tra i quattro principi (assieme al principio di autonomia, integrità e dignità) che il Comitato europeo assume come punti di riferimento per la ricerca di una prospettiva comune di fronte alle sfide poste dai progressi delle biotecnologie e della genetica. Il principio di vulnerabilità viene collegato, da un lato, all'idea che la vita in se stessa ha una sua fisiologica vulnerabilità, dall'altro lato, al grave dovere morale di prendersi cura dei soggetti vulnerabili. In questi termini, «portare a principio la vulnerabilità significa riportare dentro ciò che il principio di autonomia lasciava fuori: la debolezza evidente dei soggetti non-autonomi, ma anche il fondo oscuro di debolezza e dipendenza, che rimane negli stessi soggetti considerati autonomi. La vulnerabilità riguarda l'integrità come principio base per il rispetto e per la protezione della vita umana e non umana. Essa esprime la condizione di ogni vita come suscettibile di essere danneggiata, ferita, uccisa. Non è assolutamente integrità come completezza, ma integrità della vita che deve essere rispettata e protetta perchè vulnerabile. Due punti di tale definizione offrono spunti alla riflessione: la connessione tra il principio di vulnerabilità e quello di integrità e rispetto; il livello a cui il principio di vulnerabilità pone tale connessione» (M. GENSABELLA, *Vulnerabilità e cura. Bioetica ed esperienza del limite*, Rubbettino, Soveria Mannelli, 2008, 47).

60 Convenzione internazionale per l'eliminazione di ogni forma di discriminazione contro le donne del 18 dicembre 1979, su cui N. BURROWS, *The 1979 Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women*, in *Netherlands International Law Review*, 1985, 32, 3, 419 ss.; K. FAYEEZA, *Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women*, in *S. Afr. J. on Hum. Rts.*, 1995, 11, 421 ss.; C.M. WOTIPKA, F.O. RAMIREZ, *World society and human rights: an event history analysis of the Convention on the Elimination of All Form of Discrimination against Women*, in B.A. SIMMONS, F. DOBBIN, G. GARRETT (eds.), *The Global Diffusion of Markets and Democracy*, Cambridge University Press, Cambridge, 2007, 303 ss.; R.J. COOK (ed.), *Human Rights of Women: National and International Perspectives*, University of Pennsylvania Press, Pennsylvania, 2011.

61 Convenzione sui diritti dell'infanzia (CRC) del 20 novembre 1989. In dottrina K. BÄCKSTRÖM, *Convention on the rights of the child*, in *International Journal of Early Childhood*, 1989, 21, 2, 35-44; J.L. LE BLANK, *The convention on the rights of the child: United Nations lawmaking on human rights*, University of Nebraska Press, 1995; S. DETRICK, *A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child*, Kluwer, London, 1999; S. EGAN, *The New Complaints Mechanism for the Convention on the Rights of the Child. A Mini Step Forward for Children?*, in *The International Journal of Children's Right*, 2014, 22, 1, 205-225.

62 Convenzione internazionale per l'eliminazione di ogni forma di discriminazione razziale del 7 marzo 1966 su cui N. LERNER, *The UN convention on the elimination of all forms of racial discrimination: a commentary*, Sijtoff, Leyden, 1970; W.A. MCKEAN, *Equality and Discrimination under International Law*, Oxford University Press, Oxford, 1983; T. MERON, *The Meaning and Reach of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination*, in *The American Journal of International Law*, 1985, 79, 2, 283-318.

diritti umani direttamente pertinenti a questi gruppi specifici. Le Nazioni unite hanno anche promulgato una convenzione che proibisce la tortura e i trattamenti disumani o degradanti⁶³, la quale, anche se non tratta esplicitamente della salute mentale, è estremamente importante per le tutele che sancisce a favore delle persone con disturbo mentale le quali, spesso e in concreto, possono subire trattamenti crudeli in istituti o persino nella loro comunità familiare⁶⁴.

I diritti enunciati in queste convenzioni sono rivolti principalmente agli interessi dei gruppi vulnerabili e possono, in alcuni casi, offrire delle protezioni di carattere sostanziale rispetto ai principi più generali enunciati nei Patti internazionali sui diritti. Così la Convenzione sui diritti dell'infanzia, ad esempio, stabilisce che un «bambino con disabilità mentale o fisica deve condurre una vita piena e decente, in condizioni che garantiscano la sua dignità, favoriscano la sua autonomia e agevolino un'attiva partecipazione alla vita della comunità»⁶⁵. Inoltre, ciascuna di queste convenzioni istituisce degli organismi distinti di monitoraggio per supervisionare l'applicazione e l'aderenza delle politiche e prassi statali ai diritti sanciti nelle convenzioni, fornendo peraltro un' autorevole interpretazione delle stesse⁶⁶.

I diritti contenuti nei Patti internazionali e nelle convenzioni menzionate hanno un effetto vincolante per tutti gli Stati che li hanno sottoscritti e ratificati, definendo un livello base di tutela dei diritti umani ed esprimendo l'aspettativa che gli Stati firmatari rispettino questi diritti. Il generale riconoscimento a livello internazionale dei Patti suggerisce che i diritti ivi contemplati possano qualificarsi come fonte consuetudinaria, il che, nel tempo, li potrebbe rendere applicabili anche agli Stati non firmatari⁶⁷. Le altre convenzioni, anche se è improbabile che diventino vincolanti, sono state, tuttavia, ratificate su larga scala e si integrano nel contesto di una significativa struttura internazionale di tutela dei diritti umani.

I trattati sopra citati stabiliscono i pilastri del sistema delle Nazioni unite per i diritti umani, le cui norme e principi, pur non specificatamente rivolti alla tutela dei diritti delle persone con disturbo mentale, hanno trovato riflessi significativi nel settore della salute mentale tramite linee guida, raccomandazioni e spiegazioni onde assicurare che gli Stati membri possano applicare in modo efficace i diritti contenuti in questi strumenti per tutelare e promuovere la condizione delle persone con sofferenza psichica.

Dagli anni '70 le Nazioni unite hanno adottato una serie di raccomandazioni, osservazioni, dichiarazioni, direttive e linee guida volte ad implementare l'attuazione dei

⁶³ Convenzione contro la tortura e i trattamenti crudeli, disumani o degradanti del 10 dicembre 1984. In dottrina M. NOWAK, E. MCARTHUR, *The United Nation Convention Against Torture*, Oxford Commentaries on International Law, Oxford, 2008; i contributi in L. ZAGATO, S. PINTON (a cura di), *La tortura del nuovo millennio. La reazione del diritto*, Cedam, Padova, 2010.

⁶⁴ P.W. CORRIGAN *et al.*, *Structural Levels of Mental Illness Stigma and Discrimination*, in *Schizophrenia Bull.*, 2004, 30, 3, 481-491 in cui si rileva come «Structural, or institutional, discrimination includes the policies of private and governmental institutions that *intentionally* restrict the opportunities of people with mental illness. It also includes major institutions' policies that are not intended to discriminate but whose *consequences* nevertheless hinder the options of people with mental illness».

⁶⁵ Art. 23 CRC.

⁶⁶ J. MERTUS, *The United Nations and Human Rights: A Guide for a New Era*, Routledge, New York, 2009, 82 ss.

⁶⁷ Sul punto U. VILLANI, *I Patti internazionali sui Diritti dell'uomo a venticinque anni dalla loro adozione*, in *Contr. Impr.*, 1992, 139 ss.; T. SCOVAZZI, *Corso di diritto internazionale*, I, Giuffrè, Milano, 2000, 65 ss.

diritti riconosciuti alle persone con disturbi mentali⁶⁸. Questa evoluzione ha avuto luogo gradualmente, in senso progressivo anche se spesso non in un modo armonico. Le osservazioni generali ai Patti internazionali, le direttive dell'Assemblea generale, i resoconti degli ispettori speciali sui diritti alla salute e della disabilità, alcune delle quali ancora in fase di attuazione, hanno inteso delineare i diritti delle persone con disturbo mentale⁶⁹.

4.1. Principi di tutela delle persone con sofferenza mentale

Dopo un lungo processo di stesura iniziato verso la fine degli anni '70 e un significativo dibattito tra i professionisti della salute mentale e i difensori delle libertà civili, l'Assemblea generale delle Nazioni unite ha adottato i Principi di tutela dei diritti delle persone con malattia mentale, una dichiarazione internazionale dettagliata che fornisce una guida utile per interpretare le convenzioni sui diritti umani delle Nazioni unite e quelle regionali⁷⁰.

I Principi MI (*Principles for the Protection of Person with Mental Illness*) iniziano enunciando le libertà e i diritti fondamentali volti ad offrire le "migliori" cure medico-psichiatriche "disponibili", il rispetto per la dignità, la non discriminazione, la protezione dallo sfruttamento, dall'abuso fisico o da ogni altro tipo di trattamento degradante⁷¹. I Principi riconoscono le difficoltà connesse alla protezione dei diritti umani negli istituti ed evidenziano che l'assistenza dovrebbe, quando possibile, essere effettuata in seno alla comunità⁷². La preferenza per l'assistenza nella comunità è supportata dal dovere di trattare i pazienti in un ambiente il meno restrittivo possibile e di conservare e mantenere e arricchire la loro autonomia⁷³.

I Principi definiscono una serie di *standard* e procedure legali per il ricovero ospedaliero obbligatorio⁷⁴ secondo cui una persona può essere sottoposta a ricovero coatto solo se: a) questa soffre di una malattia mentale diagnosticata come tale secondo *standard* medici accettati a livello internazionale; b) c'è una seria possibilità di pericolo immediato per la persona stessa o per altri; c) in alternativa, la persona soffre di una grave malattia mentale, le sue facoltà mentali sono deteriorate o, se non venisse ricoverata, vi sarebbe il rischio di un drastico peggioramento della malattia⁷⁵. Per assicurarsi che un ricovero coatto soddisfi i suddetti requisiti, un paziente deve poter agire in giudizio presso un organo giurisdizionale

68 B. TOEBES, *Right to Health and Health Care*, in D.P. FORSYTHE (ed.), *Encyclopedia of Human Rights*, I, Oxford University Press, Oxford, 2009, 365 ss.

69 M.L. PERLIN (ed.), *International Human Rights and Mental Disability Law. When the Silenced Are Heard*, American Psychology Law, Oxford University Press, Oxford, 2012, 21 ss.

70 *Human Rights and Scientific and Technological Developments*, G.A. Res. 53, V.N. GAOR, 33d Sess., at 144, V.N. Doc. E/1978/33 (1978).

71 E. ROSENTHAL, L.S. RUBENSTEIN, *International human rights advocacy under the "principles for the protection of persons with mental illness"*, in *International Journal of Law and Psychiatry*, 1993, 16, 3-4, 257-300.

72 *MI Principles*, 3, 7, [1991] 45, UNYB.

73 *MI Principles*, 9, *cit.*

74 *MI Principles*, 17, 18, *cit.*; S. ZIFCAK, *The United Nations principles for the protection of people with mental illness: Applications and limitations*, in *Psychiatry, Psychology and Law*, 1996, 1, 3, 1-9.

75 J. FISCHER, *Comparative Look at the Right to Refuse Treatment for Involuntary Hospitalized Persons with a Mental Illness*, in *Hastings Int'l & Comp. L. Rev.*, 2005, 29, 153 ss.

o di revisione imparziale e indipendente⁷⁶. Durante l'udienza, il paziente ha il diritto di essere rappresentato, può chiamare a testimoniare esperti indipendenti e può controllare tutte le prove presentate e le motivazioni della decisione dell'ente di revisione⁷⁷. I Principi offrono una protezione forte in caso di trattamento sanitario obbligatorio, offrendo un dettagliato e complesso compromesso politico tra autonomia e paternalismo⁷⁸. In ogni caso, le persone con malattia mentale hanno anche diritto ad usufruire di una serie di diritti civili e politici, tra cui la *privacy* e la riservatezza, la libertà di comunicare, l'accesso alle informazioni e la libertà di autodeterminarsi⁷⁹.

I Principi enunciano anche alcuni diritti economici, sociali e culturali, tra cui il diritto alla salute e a servizi sociali adeguati alle esigenze sanitarie, un piano di trattamento personalizzato, servizi ricreativi e di istruzione, oltre alla destinazione di risorse per strutture psichiatriche paragonabili a quelle previste per le altre strutture sanitarie⁸⁰.

Si può dunque sostenere che i Principi costituiscano una delle espressioni più dirette della cultura dei diritti umani in relazione alla malattia mentale finora adottate dalle Nazioni unite, tuttavia, gli stessi non sono una panacea per i diritti dei disabili in tutti i contesti: difatti, mentre i diritti civili e politici sono previsti a favore di tutte le persone con disabilità mentale⁸¹, quelli economici, sociali e culturali, invece, sono previsti esclusivamente a favore dei pazienti ricoverati in istituti psichiatrici⁸².

Oltre ai Principi, le Nazioni unite hanno promulgato numerose altre fonti di *soft law* incidenti sulla condizione dei sofferenti psichici, tra cui le dichiarazioni sui diritti delle persone mentalmente ritardate⁸³ e delle persone disabili⁸⁴, come pure le Norme standard sulle pari opportunità delle persone con disabilità⁸⁵. In particolare, la Dichiarazione sui diritti delle persone con disabilità, adottata nel 1975, definisce a grandi linee una persona con disabilità come «un soggetto incapace di far fronte da sé, in tutto o in parte, alle necessità di un individuo normale e/o della vita sociale, in conseguenza di una deficienza, sia essa congenita o no, delle capacità fisiche o mentali»⁸⁶. Nella Dichiarazione sulla disabilità si riporta un ampio catalogo di diritti civili, politici, economici, sociali e culturali, inclusi i diritti al

⁷⁶ *MI Principles*, 17, 18, *cit.*

⁷⁷ C. GENDREAU, *The rights of psychiatry patients in the light of the principles announced by the United Nations: A recognition of the right to consent to treatment?*, in *International Journal of Law and Psychiatry*, 1997, 20, 2, 259-278.

⁷⁸ L. PERLIN, *International Human Rights and Mental Disability Law: When the Silenced are Heard*, Oxford University Press, Oxford, 2011, 15 ss.

⁷⁹ *MI Principles*, 6, 13, 19, *cit.*

⁸⁰ B. McSHERRY, *International Trends in Mental Health Laws: Introduction*, in *Law in Context*, 2008, 26, 2, 1-9.

⁸¹ *MI Principles*, 1, §. 5, *cit.* per cui «Every person with a mental illness shall have the right to exercise all civil, political, economic, social and cultural rights».

⁸² *MI Principles*, 7, 13, *cit.* Cfr. E. ROSENTHAL, C.J. SUNDRAM, *International Human Rights in Mental Health Legislation*, in *NYL Sch. Journal Int'l & Comp Law*, 2002, 21, 469 ss., specie 489.

⁸³ *Declaration on the Rights of Mentally Retarded Persons*, in www.ohchr.org. AMERICAN PSYCHIATRIC ASSOCIATION, *Rights of Mentally Disabled: Statements and Standards*, H&CP, New York, 1984.

⁸⁴ *Declaration on the Rights of Disabled Persons*, in www.ohchr.org.

⁸⁵ *Standard Rules on the Equalization of Opportunities for Persons with Disabilities*, in www.un.org. Cfr. G.L. ALBRECHT (ed.), *Encyclopedia of Disability*, V, Sage, London, 2005, 1587 ss.

⁸⁶ Art. 1, *Declaration on the Rights of Disabled Persons*.

«trattamento medico, psicologico e funzionale»⁸⁷ e alla sicurezza economica e sociale⁸⁸, anche al fine di avallare gli sforzi di integrazione nella comunità⁸⁹.

Nella Conferenza mondiale sui diritti umani del 1993 è stata adottata la dichiarazione di Vienna nella quale si è riconosciuto che alle persone con disabilità spettano, «senza riserva alcuna», tutti i diritti umani e le libertà fondamentali⁹⁰, implementandone l'efficacia tramite un programma d'azione per aumentare la sensibilità ai diritti umani nel contesto della disabilità⁹¹.

Le disposizioni *standard* sono il portato di quel programma d'azione accolto dall'Assemblea generale⁹² che, adottando un approccio più ampio rispetto ai Principi nei confronti dei diritti della disabilità, si è concentrato sulle pari opportunità e sulla partecipazione in tutti i settori della società attraverso il riconoscimento di diritti che gli Stati devono implementare anche attraverso forme di partecipazione delle persone con disabilità.

Sul piano sanitario, le disposizioni incoraggiano gli Stati a fornire cure mediche efficaci, incluse quelle di prevenzione somministrate da personale qualificato e servizi di riabilitazione territoriali. Sul piano sociale si riconosce alle persone con disabilità il diritto di accedere a servizi pubblici, a strutture integrate di istruzione e di formazione professionale, a condizioni di occupazione favorevoli e possibilità di apprendistato, alla sicurezza sociale e ad un reddito di base. Si tratta di condizioni di base atte a consentire che le persone con disabilità abbiano pari opportunità per partecipare a pieno titolo alla società attraverso misure che promuovono una partecipazione completa alla vita familiare, come pure attività culturali, ricreative e religiose⁹³.

Al contempo, in termini di strategia de-stigmatizzante, gli Stati devono anche attivarsi per innalzare il livello di sensibilità ai problemi della disabilità allo scopo di ridurre il senso di vergogna e le incomprensioni spesso associate alla condizione di disabile mentale.

Le Nazioni unite hanno incoraggiato le riforme legali ed economiche per raggiungere questi scopi, offrendo delle linee guida sulla partecipazione attiva nella società⁹⁴, argomento non considerato nei Principi. I governi possono pure sostenere di non essere obbligati a ottemperare alle direttive internazionali, tentando di svuotarle così della loro influenza sulle

87 Art. 6, Declaration on the Rights of Disabled Persons.

88 Art. 7, Declaration on the Rights of Disabled Persons.

89 Art. 9, Declaration on the Rights of Disabled Persons.

90 Dichiarazione e Programma d'azione adottato a Vienna durante la Conferenza Mondiale sui Diritti Umani del 25 giugno 1993, in www.ohchr.org. Su cui P. ALSTON, *The UN's Human Rights Record: From San Francisco to Vienna and beyond*, in **Human Rights Quarterly**, 1994, 16, 2, 375-390. «This statement is echoed most recently in the Vienna Declaration and Programme of Action, which repeats the same language to reaffirm the *status* of the Universal Declaration as a "common standard" for everyone».

91 Dichiarazione di Vienna, §. 63-64.

92 *Standard Rules on the Equalization of Opportunities for Persons with Disabilities*.

93 Artt. 2-12 *Standard Rules on the Equalization of Opportunities for Persons with Disabilities*.

94 Si vedano i rapporti dell'ispettore speciale Lindqvist che sono stati determinanti nell'orientare e implementare l'interpretazione delle *Standard Rules*. Cfr. B. LINDQVIST, *Final Report of the Special Rapporteur of the Commission for Social Development on Monitoring the Implementation of the Standard Rules on the Equalization of opportunities for Persons with Disabilities on His Second Mission, 1997-2000*, in www.un.org; *Id.*, *Report of the Special Rapporteur of the Commission for Social Development on Monitoring the Implementation of the Standard Rules on the Equalization of opportunities for Persons with Disabilities on His Third Mandate, 2000-2002*, in www.un.org.

politiche per la salute mentale, tuttavia i principi internazionali, sanciti nei Principi e nelle disposizioni *standard*, hanno assunto una indiscussa importanza pratica.

Innanzitutto, i Principi e le disposizioni *standard* sono stati di supporto nel rafforzare il ruolo delle norme internazionali sui diritti umani attraverso la creazione di linee guida uniformi per il trattamento equo e dignitoso delle persone con disturbo mentale⁹⁵. In secondo luogo, i principi internazionali permettono di monitorare in modo equo ed efficace gli abusi su pazienti psichiatrici nella misura in cui le organizzazioni internazionali e *no-profit* hanno uno *standard* di riferimento in base al quale giudicare le politiche e prassi di salute mentale. Non da ultimo, le nazioni possono utilizzare le direttive come criteri per interpretare gli obblighi sanciti dai trattati internazionali, potendo venir invocate dai tribunali nazionali o incorporate nella legislazione nazionale⁹⁶. Così i sistemi regionali per i diritti umani hanno utilizzato le direttive o i principi internazionali per interpretare l'ambito della protezione dei diritti umani ai sensi degli strumenti regionali⁹⁷, con un progressivo riconoscimento del loro carattere di fonte consuetudinaria⁹⁸.

4.2. Il manuale su salute mentale, diritti umani e legislazione dell'OMS

I trattati e gli *standard* relativi alla disabilità mentale compongono un mosaico disarmonico nella protezione legale di tali soggetti. Nonostante ciò, gli strumenti convenzionali attribuiscono una significativa autorità ad enti internazionali che sono preposti al monitoraggio e al controllo del rispetto dei diritti dei gruppi vulnerabili.

In questo contesto si può segnalare l'importante iniziativa intrapresa dall'Organizzazione Mondiale della Sanità (OMS) che ha portato alla elaborazione del manuale sulla legislazione in materia di salute mentale.

Visti i diversi approcci alla pratica per la salute mentale esistenti nel mondo e la diversa influenza delle leggi sulla salute mentale a livello nazionale per governare queste pratiche, il Manuale OMS rappresenta un utile modello per far fronte in modo sistematico alle carenze esistenti nelle leggi nazionali sulla salute mentale.

Dal Manuale OMS, inoltre, emerge un tentativo di armonizzare a livello di legislazioni nazionali la promozione della salute mentale, in modo che riflettano le moderne pratiche psichiatriche e rispettino le norme per i diritti umani. Non vi si può trovare un modello unico o particolare di legislazione valido per tutti i paesi, ma la definizione di alcuni principi essenziali che devono guidare il legislatore nella scrittura della normativa in materia⁹⁹.

Si può riscontrare una tendenza generale a privilegiare i trattamenti volontari, spostando il fuoco dell'attività psichiatrica dall'ospedale psichiatrico alle strutture di comunità, anche al

⁹⁵ P. HUNT, J. MESQUITA, *Mental Disabilities and the Human Right to the Highest Attainable Standard of Health*, in *Human Rights Quarterly*, 2006, 28, 2, 332-356.

⁹⁶ Ne discute P.S. APPELBAUM, *Almost a Revolution: Mental Health Law and the Limits of Change*, Oxford University Press, Oxford, 1994, 231 ss.

⁹⁷ La Commissione Interamericana dei diritti umani, ad esempio, ha esplicitamente riconosciuto i Principi nella sentenza sul caso *Victor Rosario Congo c. Ecuador*, Case 11.427, Inter-Am. C.H.R. 63/99, §. 54 (1999).

⁹⁸ G. QUINN, T. DEGENER (eds.), *Human Rights and Disability*, United Nation, Geneve, 2002, 19 ss.

⁹⁹ Si veda M. FREEMAN, S. PATHARE, *WHO Resource book on mental health, human rights and legislation*, cit. Su cui B. SARACENO, *Discorso globale, sofferenze locali. Analisi critica del Movimento di salute mentale globale*, Il Saggiatore, Milano, 2014, 44 s.

fine di praticare forme meno restrittive possibili di trattamento anche per personalizzare la presa in carico dei pazienti psichiatrici che hanno bisogni fra loro diversi.

Appare centrale nel Manuale l'attenzione per la regolamentazione del rapporto fra lo Stato ed il cittadino con disturbi mentali, in particolare modo per quanto attiene all'aspetto della limitazione coattiva della sua libertà personale nello sviluppo di alcune fasi del disturbo ed in occasione dei trattamenti obbligatori.

Vengono a confronto in questo senso i due modelli prevalenti di regolazione degli istituti in materia: ovvero il modello medico, nel quale, essendo l'obiettivo principale quello di fornire cure mediche nell'interesse del paziente, lo psichiatra si trova ad avere ampi margini di discrezionalità con un conseguente ruolo della autorità giudiziaria e amministrativa limitato a funzioni di controllo senza interferenze nel rapporto tra medico e paziente ed inoltre il modello giuridico, teso invece alla protezione del cittadino da un potere eccessivo della autorità medico-psichiatrica, nel quale i presupposti per l'effettuazione del trattamento obbligatorio sono precisamente codificati dalla legge e si basano sui criteri, ritenuti più obiettivi, di pericolosità e di incapacità di prendersi cura di sé.

Privilegiando quest'ultimo modello il Manuale tende a definire criteri, procedure e garanzie volte essenzialmente a tutelare i diritti umani delle persone con disturbi mentali.

Il Manuale infine considera, peraltro in maniera ampia e approfondita, le problematiche connesse alle politiche della salute mentale, alla strutturazione, finanziamento e forme di accesso ai servizi, privilegiando l'approccio della psichiatria di comunità e delle pratiche di de-istituzionalizzazione.

Si può concludere rilevando come il Manuale venga ad anticipare alcuni dei contenuti e principi della Convenzione Onu sui diritti delle persone disabili, in particolare quelle in tema di ricovero coattivo, libertà di rifiuto delle cure o tutela da trattamenti disumani o degradanti.

4.3. La Convenzione delle Nazioni unite sui diritti delle persone con disabilità

Adottata dall'Assemblea generale dell'Onu il 13 dicembre 2006 ed entrata in vigore il 3 maggio 2008, la Convenzione sui diritti delle persone con disabilità intende promuoverne e tutelarne i diritti umani e le libertà fondamentali, assicurando ai portatori di handicap il pieno ed equo godimento.

La Convenzione rappresenta il compimento di un lungo percorso¹⁰⁰ per il riconoscimento dei diritti delle persone con disabilità¹⁰¹, iniziato con l'adozione di atti quali la Dichiarazione sui diritti delle persone mentalmente ritardate del 1971, la Dichiarazione sui diritti delle persone disabili del 1975 e le Regole *standard* sulle pari opportunità delle persone con disabilità del 1993¹⁰².

100 M.R. SAULLE, *Il lungo cammino dei diritti dei disabili*, in *Affari sociali internazionali*, 2008, 3-4, 5-10.

101 Da rilevare come la Convenzione sia scaturita da un lungo lavoro preparatorio, non privo di contrasti, a cui hanno partecipato direttamente le Ong e Associazioni rappresentative del mondo della disabilità. Cfr. J.E. LORD, *NGO Participation in Human Rights Law and Process: Latest Developments in the Effort to Develop an International Treaty on the Rights of People with Disabilities*, in *ILSA Journal of International and Comparative Law*, 2004, 311 ss.; ID., *New Inspiration for the Human Rights Debate: the Convention on the Rights of Persons with Disabilities*, in *Netherlands Quarterly of Human Rights*, 2007, 397 ss.

102 Assemblea generale, *UN standard rules on the equalization of opportunities for persons with disabilities*, UN Doc. A/RES/48/96 del 20 dicembre 1993.

Già nel 1971, infatti, l'Assemblea generale, nel proclamare la predetta dichiarazione, aveva individuato un interesse generale della Comunità internazionale alla disciplina della materia, sottolineando con molta chiarezza come l'obiettivo fondamentale da perseguire fosse che «(...) *persons enjoyed the same human rights as everybody else*». Obiettivo che viene perseguito anche attraverso la Convenzione¹⁰³.

In questa prospettiva si può notare come la Convenzione venga a consolidare la portata di principi sanciti in altri strumenti convenzionali¹⁰⁴, stabilendo obblighi giuridici vincolanti per gli Stati e prevedendo nel Protocollo opzionale un sistema di controllo sul loro rispetto¹⁰⁵.

La Convenzione presenta tuttavia un indubbio plusvalore¹⁰⁶, laddove integra il quadro giuridico esistente aggregandolo attorno ai principi-base di uguaglianza, indipendenza e non discriminazione¹⁰⁷ in relazione alla particolare situazione e alle specifiche esigenze delle persone disabili. Al pari delle donne, dei minori, dei migranti e di altri gruppi vulnerabili, anche i disabili sono dunque tutelati da un strumento giuridico vincolante che non si limita a vietare misure e prassi discriminatorie, ma appresta una tutela *ad hoc*,

103 A. LAWSON, *The United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities: New Era or False Dawn?*, in *Syracuse Journal of International Law and Commerce*, 2007, 563 ss.; F. SEATZU, *La Convenzione delle Nazioni unite sui diritti delle persone disabili: i principi fondamentali*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2008, 3, 535 ss.; M. ZANI, *La Convention de l'O.N.U. relative aux droits des personnes handicapées*, in *Revue de droit international et de droit compare*, 2008, 551 ss.; F. MÈGRET, *The Disabilities Convention: Human Rights of Persons with Disabilities or Disabilities Rights?*, in *Human Rights Quarterly*, 2008, 494-516.

104 Ci si riferisce ai diritti che si sono andati riconoscendo alla persona diversamente abile già a partire dalla Dichiarazione dell'Assemblea generale del 1975 sui diritti delle persone diversamente capaci e dalle norme della Convenzione del 1989 sui diritti del fanciullo. Cfr. P. ALSTON, *Disability and the International Convention on Economic, Social and Cultural Rights*, in T. DEGENER, Y. KOSTER-DREESE (eds.), *Human Rights and Disabled Persons: Essays and Relevant Human Rights Instruments*, Oxford University Press, Oxford, 1995, 94 ss.; L. LOUCAIDES, *The European Convention on Human Rights and the Rights of Persons with Disabilities*, in *Bulletin des droits de l'homme*, 2007, 12 ss.; R. CERA, *Preambolo*, in S. MARCHISIO, R. CERA, V. DELLA FINA (a cura di), *La Convenzione delle Nazioni unite sui diritti delle persone con disabilità. Commentario*, Aracne, Roma, 2010, 6 ss.

105 Sul protocollo opzionale J. VON BRNSTORFF, *Menschenrechte und Betroffenrepräsentation: Entstehung und Inhalt eines UN – Antidiskriminierungsübereinkommens über die Rechte von behinderten Menschen*, in *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, 2007, 1041 ss.; F. SEATZU, *La Convenzione delle Nazioni unite sui diritti delle persone disabili: diritti garantiti, cooperazione, procedure di controllo*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2009, 3, 259 ss.

106 MICHAEL L. PERLIN, "A Change Is Gonna Come": *The Implications of the United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities for the Domestic Practice of Constitutional Mental Disability Law*, in *No. Ill. Un. Law. Rev.*, 2009, 29, 483 ss.; ID., "The ladder of the law has no top and no bottom": *How therapeutic jurisprudence can give life to international human rights*, in *Int. Journal of Law and Psychiatry*, 2014, 37, 537 nota come «This Convention is the most revolutionary international human rights document ever created that applies to persons with disabilities. It furthers the human rights approach to disability and recognizes the right of people with disabilities to equality in most every aspect of life, firmly endorses a social model of disability, and reconceptualizes mental health rights as disability rights».

107 Sulla portata dei principi di eguaglianza e non discriminazione nella protezione internazionale delle persone diversamente abili R. KAYESS, P. FRENCH, *Out of darkness into light? Introducing the Convention on the rights of persons with disabilities*, in *Human Rights Law Review*, 2008, 29 ss.; A. HENDRIKS, *The Significance of Equality and Non Discrimination for the Protection of the Rights and Dignity of Persons with Disabilities*, in T. DEGENER, Y. KOSTER-DREESE (eds.), *Human Rights and Disabled Persons: Essays and Relevant Human Rights Instruments*, cit., 40 ss.

identificando gli strumenti e le procedure necessarie per consentire l'esercizio dei diritti umani da parte delle persone con disabilità.

Portato il baricentro sul principio di uguaglianza, l'attenzione al tema della disabilità si sposta sull'applicazione e implementazione dei diritti umani¹⁰⁸; quindi considerare la disabilità come afferente le politiche di pari opportunità e antidiscriminazione significa superare il tradizionale approccio che la identifica come questione relativa esclusivamente alla salute dell'individuo o alle politiche del *welfare*, per farne un problema di cittadinanza, ovvero di piena partecipazione a tutti gli aspetti della vita e progressiva decostruzione di pregiudizi e stereotipi.

In base all'art. 1 della Convenzione, scopo della stessa è «promuovere, proteggere e garantire il pieno ed uguale godimento di tutti i diritti umani e di tutte le libertà fondamentali da parte delle persone con disabilità e promuovere il rispetto per la loro intrinseca dignità»¹⁰⁹. Nel determinare i soggetti titolari dei diritti ivi affermati, la Convenzione non ne fornisce una definizione limitandosi a sancire «persons with disabilities include those who have longterm physical, mental, intellectual or sensory impairments which in interaction with various barriers may hinder their full and effective participation in society on equal basis with others»¹¹⁰. Si tratta di una definizione aperta, esempio di quel «diritto omeostatico» capace di autoadattamento, ovvero in grado di rispondere in tale maniera ai continui progressi della scienza medica e conseguentemente alla fisionomia storicamente mutevole del concetto di disabilità.

Vi è da notare, in tal senso, come nell'art. 1 della Convenzione in esame si adoperi la locuzione «mental» in luogo della più rigida «intellectual, psychological, neurological, neuro-diverse» per descrivere le tipologie di *handicap* garantite, il che fuga ogni tentazione di interpretazioni restrittive del concetto di disabilità in grado di tutelare comunque tutti coloro che si trovino in una situazione soggettiva di debolezza in quanto “diversamente abili”.

Anche da tale definizione si può desumere la svolta rappresentata dalla Convenzione che è ispirata ad un nuovo approccio alla disabilità, che, superato il modello medico, riconduce la condizione di disabile all'esistenza di barriere di diversa natura che ostacolano l'eguale libertà e partecipazione nella società, individuando nel superamento di tali ostacoli l'obiettivo da raggiungere.

La disabilità dunque è intesa oggi non più come conseguenza ineluttabile di un *impairment*, ma come esito di un'interazione insoddisfacente tra soggetto e ambiente, in senso materiale, istituzionale e culturale.

In un universo normativo, ove l'insieme delle regole e dei principi di giustizia, delle istituzioni formali del diritto e delle convenzioni dell'ordine sociale convive con le narrazioni che le collocano in uno spazio e le dotano di significato, quelle narrazioni, che hanno accompagnato la definizione del concetto di disabilità, «sono in grado, da un lato, di offrire una spiegazione più profonda delle potenzialità trasformative latenti in diversi contesti istituzionali e sociali; dall'altro, di chiarire come la costruzione del significato normativo si

108 E. PARIOTTI, *Diritti umani e tutela delle persone con disabilità: per una chiarificazione concettuale*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2004, 2, 305-314; F. MÈGRET, *The disabilities convention: Human rights of persons with disabilities or disability rights*, in *Human Rights Quarterly*, 2008, 2, 494-516;

109 V. DELLA FINA, *Art. 1 – Scopo*, in S. MARCHISIO, R. CERA, V. DELLA FINA (a cura di), *La Convenzione delle Nazioni unite sui diritti delle persone con disabilità. Commentario*, cit., 17 ss.

110 Per una discussione in proposito, M. CROSSLEY, *The Disability Kaleidoscope*, in *Notre Dame Law Review*, 1999, 74, 621 ss.; S. SCHWEIK, *The Ugly Laws: Disability in Public*, New York University, New York, 2009, 14 ss.; J. GRUE, *Disability and Discourse Analysis*, Ashgate, Burlington, 2015, 25 ss.

sia espressa anche nelle apologie del potere e del privilegio, o, per converso, nella considerazione critica delle giustificazioni delle norme giuridiche, e sia stata attuata grazie ad un coordinato complesso di dispositivi, fino a fare del diritto stesso una riserva di senso idonea a permettere un'ampia gamma di azioni, dal sottomettere, al pervertire, al prendersi gioco, all'umiliare, all'onorare»¹¹¹.

La Convenzione offre dunque l'occasione di rileggere le tematiche della disabilità nei termini di un problema o paradigma di giustizia¹¹² in grado di ridefinire anche le relazioni giuridiche: così, scrivendo del figlio Jamie, affetto da sindrome di Down, Bèrubè nota come «individui come Jamie ci costringano ogni giorno a definire a quale tipo di "individualità" annettiamo valore, in che termini e perché. (...) [È] parte del mio scopo, nel rappresentare Jamie, interrogarmi sugli obblighi che abbiamo reciprocamente gli uni nei confronti degli altri, individualmente e socialmente, e sulla nostra capacità di immaginare persone diverse. (...) Jamie mi ha costretto a pormi di nuovo queste domande, e so quanto è cruciale che coltiviamo collettivamente la nostra capacità di immaginare i nostri obblighi gli uni verso gli altri»¹¹³.

Ogni paradigma interpretativo genera una precisa rappresentazione sociale – così, ad esempio, in relazione al modello morale e all'avversione sociale o al senso di vergogna che suscitava la non conformità alla "normalità" –, un linguaggio specifico – come nel caso del ricorso da parte del modello interazionale all'espressione persona con disabilità – e determinate linee di *policy* finalizzate, di volta in volta, alla compensazione e alla cura con trattamenti speciali inclusivi o escludenti dalla vita sociale, alla rimozione delle barriere fisiche e sociali che creano disabilità o, ancora, alla promozione delle capacità di ciascuno di raggiungere lo stato di benessere desiderato¹¹⁴.

Le fragilità vissute portano infatti ad una riorganizzazione del sistema di vita, dei significati, delle relazioni; ad una sorta di riscoperta, di ridisegno. Questa "risposta" alla fragilità riconfigura in qualche modo la vita quotidiana, i suoi tempi e i suoi spazi, come pure le vicinanze che la abitano, scoprendo nuove possibilità per viverla in un mondo di senso, in abilità e imprevedute capacità, in una trama di affetti e di cure¹¹⁵.

Accanto al profilo relazionale, questa domanda di giustizia si traduce nel riconoscimento dei diritti umani delle persone con disabilità, con la loro grammatica e semantica potente, e nel dovere delle istituzioni di intervenire per neutralizzare il ruolo della 'lotteria naturale' nel creare disuguaglianze¹¹⁶.

111 Così C. COSTANTINI, *La giuridificazione di infermità e disabilità. Profili comparatistici*, in *www.comparazioneDirittocivile*, 5-6 che riprende il paradigma di analisi elaborato da R. COVER, *Nomos e narrazione*, Giappichelli, Torino, 2008, 65 s.

112 M. ZANICHELLI, *Paradigmi di giustizia alla prova della disabilità*, in *Riv. fil. dir.*, 2013, 1, 205 ss. secondo cui la disabilità diviene così occasione per un ripensamento dell'essere umano e della sua autocomprensione; solo ridimensionando l'enfasi sull'autonomia e sulla razionalità e tenendo presente la nostra comune vulnerabilità si può riconoscere una dignità anche nella diversità, nella debolezza, nell'invecchiamento, nella malattia, nell'handicap.

113 M. BÉRUBÉ, *Life As We Know It. A Father, A Family and An Exceptional Child*, Pantheon Books, New York, 1996, XIX.

114 L. CHIURCO, *Disabilità e linguaggio di riferimento nel rinnovato scenario della Convenzione Onu sui diritti delle persone con disabilità*, Isfol, Roma, 2013, 4.

115 I. LIZZOLA, *Fraternità, uguaglianza e riconciliazione*, in O. OSIO, P. BRAIBANTI (a cura di), *Il diritto ai diritti. Riflessioni e approfondimenti a partire dalla Convenzione Onu sui diritti delle persone con disabilità*, Franco Angeli, Milano, 2012, 49-60.

L'accessibilità ai servizi per tutti, l'adozione di "accomodamenti ragionevoli"¹¹⁷, il rafforzamento del ruolo delle organizzazioni di rappresentanza ed il *mainstreaming* della disabilità nel processo globale di sviluppo sono divenute pertanto le priorità su cui si fonda la Convenzione. Tali priorità sono dirette a realizzare principi fondamentali quali la dignità, l'eguaglianza e la non-discriminazione, l'autonomia individuale, la partecipazione e l'inclusione nella società, che sono presupposto per l'accettazione della disabilità come parte della diversità umana.

Tale prospettiva è il portato dell'approccio interazionale¹¹⁸ che connota l'impostazione ideale della Convenzione, la quale identifica la disabilità negli ostacoli (barriere) presenti nell'ambiente, in quanto la diversità viene considerata come caratteristica intrinseca dell'umanità¹¹⁹. In questo modo, si fa una nuova luce sul rapporto diversità-disabilità¹²⁰, affermando che se in una società la diversità produce disabilità siamo di fronte ad un problema di diseguaglianza sociale e mancato riconoscimento dei diritti umani.

I principi generali proclamati nell'art. 3 della Convenzione possono essere suddivisi in diritti afferenti alla dignità, diritti di libertà, diritti di autonomia ed indipendenza, diritti di inclusione e partecipazione ed infine diritti connessi alle pratiche di solidarietà¹²¹.

116 Il *World report on disability*, pubblicato nel 2011 dall'Organizzazione mondiale della Sanità (OMS), definisce la disabilità come parte della condizione umana, in quanto tutti abbiamo sperimentato determinati periodi di tempo con difficoltà nel funzionamento e stati di disabilità.

117 Sul concetto di accomodamenti ragionevoli v. R. CERA, *Art. 2 – Definizioni*, in S. MARCHISIO, R. CERA, V. DELLA FINA (a cura di), *La Convenzione delle Nazioni unite sui diritti delle persone con disabilità. Commentario*, cit., 43 s.

118 Su cui T. SHAKESPEARE, *Disability Rights and Wrongs*, Routledge, New York, 2006, 40 ss.; sul diverso modello sociale, che ha superato quello medico-sanitario, C. BARNES, *The Social Model of Disability: Valuable or Irrelevant*, in N. WATSON et al. (eds.), *The Routledge Handbook of Disability Studies*, Routledge, London, 2012, 12-29.

119 Tale approccio è stato favorito dall'adozione nel 2002, da parte dell'OMS, dell'*International Classification of Functioning, Disability and Health*, che definisce la disabilità non più solo sulla base di strutture e funzioni psico-fisiche, ma anche alla luce di fattori contestuali e parametri di attività e partecipazione. Cfr. M. LEONARDI, *Nuovi paradigmi nella definizione di salute e disabilità. La classificazione ICF e la Convenzione Onu dei diritti delle persone con disabilità*, in A. PESSINA (a cura di), *Paradoxa. Etica della condizione umana*, Vita&Pensiero, Milano, 2010, 11-35.

120 In questa prospettiva la condizione di disabilità non deriva da qualità soggettive delle persone, bensì dalla relazione tra le caratteristiche delle persone e le modalità attraverso le quali la società organizza l'accesso e il godimento di diritti, beni e servizi. Per cui una persona si trova in condizione di disabilità non perché si muove con una sedia a rotelle, comunica con il linguaggio labiale, si orienta con un cane guida, ma perché gli edifici sono costruiti con le scale; si pensa che comunicare sia possibile solo attraverso il linguaggio orale e orientarsi sia possibile solo attraverso l'uso della vista. Il risultato di questa rivoluzione copernicana è che le persone con disabilità subiscono dalla società condizioni di discriminazione e di mancanza di pari opportunità e sono sottoposte a continue violazioni dei diritti umani.

121 Catalogo proposto da G. QUINN, *The UN Human Rights of Persons with Disabilities Treaty: A Blueprint for Disability Law & Policy Research and Reform National Disability Authority*, National University of Ireland, Galway, Annual Research Conference, Dublin, 16 novembre 2006; anche in G. QUINN, T. DEGENER, *Derechos humanos y discapacidad. Uso actual y posibilidades futuras de los instrumentos de derechos humanos de las Naciones Unidas en el contexto de la discapacidad*, New York/Genève, Publicación de las Naciones Unidas, 2002, 11 ss. I principi della Convenzione, affermati all'art. 3, sono: (a) il rispetto per la dignità intrinseca, l'autonomia individuale, compresa la libertà di compiere le proprie scelte, e l'indipendenza delle persone; (b) la non discriminazione; (c) la piena ed effettiva partecipazione e inclusione nella società; (d) il rispetto per la differenza e l'accettazione delle persone con disabilità come parte della diversità umana e dell'umanità stessa; (e) la parità di opportunità; (f) l'accessibilità; (g) la parità tra uomini e donne; (h) il rispetto dello sviluppo delle capacità dei minori con disabilità e il rispetto del diritto dei minori con disabilità a preservare la

Possiamo notare il carattere innovativo del principio di indipendenza delle persone con handicap, che, al di là della sua enunciazione in termini assolutamente generici, si declina anche e soprattutto nella libertà di tali soggetti di auto-determinarsi nelle diverse sfere dell'esistenza, in conformità al pieno «*respect for inherent dignity*» della persona diversamente abile.

Connessa al ripristino delle condizioni di piena cittadinanza della persona portatrice di handicap è l'affermazione del principio di piena ed effettiva partecipazione e inclusione nella società, in virtù del quale gli Stati devono provvedere all'adozione di norme di diritto positivo e di misure efficaci affinché le persone con disabilità ne godano a pieno, in vista dell'integrazione effettiva di tutti gli individui nel modello di società inclusiva prospettata dalla Convenzione.

Tali obblighi posti in capo agli Stati sono esigibili da parte di tutti i diretti beneficiari, che si vedono esclusi dagli ostacoli che precludono loro una piena partecipazione alla vita sociale e quella fioritura umana che dipende dallo sviluppo delle capacità¹²². In questo senso, detto principio va collegato a quello di «accessibilità» che implica non solo l'eliminazione di tutte le barriere che rendono inaccessibile l'esercizio di alcuni diritti fondamentali (dal più banale diritto di locomozione sino a quello all'istruzione)¹²³, ma che, declinato, più in generale, come «accesso all'esercizio di tutti i diritti», inverte i termini classici del problema generato dalla confusione tra protezione sociale e riconoscimento dei diritti fondamentali, laddove piuttosto che riconoscere alle persone con handicap dei diritti, si preferisce considerare tali individui come oggetto di protezione¹²⁴.

La Convenzione si muove “contro vento” propugnando che le persone disabili, da oggetti sottoposti alle cure, si pongano quali soggetti titolari di diritti tali da dare progressivamente rilievo al destino di socializzazione e a cui corrispondono servizi di welfare che dovranno, pertanto, rispondere innanzitutto all'esigenza – illustrata nell'art. 25, lett. b) – di assicurare: «*those health services needed by persons with disabilities specifically because of their disabilities, including early identification and intervention as appropriate, and services designed to minimize and prevent further disabilities, including among children and older persons*».

Il nuovo approccio della Convenzione vuole quindi superare la tradizionale visione istituzionalizzante e segregante, promuovendo il vivere in comunità, anche attraverso il sostegno alla vita indipendente (artt. 19 e 20), trattamenti rispettosi dei diritti umani per le

propria identità. Cfr. V. DELLA FINA, *Art. 3 – Principi generali*, in S. MARCHISIO, R. CERA, V. DELLA FINA (a cura di), *La Convenzione delle Nazioni unite sui diritti delle persone con disabilità. Commentario*, cit., 51 ss.

122 Riguardo al significato dell'espressione «fioritura umana», cfr. l'introduzione dei curatori del volume M. NUSSBAUM, A. SEN (eds.), *The Quality of Life*, Clarendon Press, Oxford, 1993, 1-3.

123 Su cui A.D. MARRA, *Disabilità*, in *Dig. priv.*, sez. civ., Agg. V, Giuffrè, Milano, 2010, 555 ss.; J. CARDONA LLORENS, *Diritti umani e diversità nelle abilità individuali: dalla discriminazione all'inclusione*, in *Ragion pratica*, 2011, 36, 185 ss.

124 Ciò comporta che le persone con disabilità, poste al riparo, lungi dal conseguire l'autonomia e l'indipendenza propria di coloro che sono legittimati ad esercitare e far rispettare i propri diritti, permangano in una condizione di «dipendenza». In tali termini l'esclusione viene incentivata proprio da quei programmi di assistenza sociale che più che alla libertà, conducono alla segregazione. Cfr. J. BEADLE-BROWN, J. MANSELL, A. KOZMA, *Deinstitutionalization in intellectual disabilities*, in *Current Opinion in Psychiatry*, 2007, 20, 437-442.

persone che non possono rappresentarsi da sole (art. 12), un diritto ad avere ed esercitare i diritti¹²⁵ su basi di eguaglianza e senza discriminazioni¹²⁶.

Da questo principio generale a rispettare e garantire i diritti umani, senza discriminazione alcuna e secondo criteri egualitari, derivano una serie di conseguenze ed effetti che si traducono in obblighi ben precisi: tra cui, in primo luogo, quello per gli Stati di astenersi dal realizzare politiche o azioni che in qualsiasi modo determinino, in via diretta o indiretta, situazioni di discriminazione *de jure* o *de facto*, ma, non secondariamente, quello ad adottare misure positive atte a far cessare o a modificare situazioni di discriminazione esistenti nella società in danno dei gruppi vulnerabili¹²⁷.

La concretizzazione di tali obblighi nello specifico ambito delle persone con disabilità, così come afferma la Convenzione delle Nazioni unite, consiste, per un verso, nella proibizione di ogni tipo di discriminazione fondata sulla disabilità e, per altro verso, nella previsione di realizzare una serie di «accomodamenti ragionevoli» fino a che la società non disponga di una «progettazione universale»¹²⁸.

In conclusione, la Convenzione da conto con sensibilità dell'«andamento *irregolare* della vita, sostituendo ad un diritto che ha già deciso una volta per tutte, una disciplina che riconosce e accompagna la varietà delle situazioni concrete, facendo di volta in volta emergere quelle in cui può assumere rilievo la volontà della persona altrimenti ritenuta incapace. (...) L'età, l'handicap, la condizione di salute fisica o mentale non sono condizioni oggettive da registrare una volta per tutte, e davanti alle quali arrestarsi. Sono situazioni da scandagliare, identificando i casi in cui il sostegno di un terzo può accompagnare la volontà *debole* verso una decisione che ritrovi come protagonista il soggetto interessato. Nasce così un diritto *faticoso*, che non allontana da sé la vita, ma cerca di penetrarvi; che non fissa una regola immutabile, ma disegna una procedura per il continuo e solidale coinvolgimento di soggetti diversi; che non sostituisce alla volontà del "debole" il punto di

125 Si veda sul punto il decreto del Tribunale di Varese del 6 ottobre 2009 redatto dal dott. Giuseppe Buffone, nel quale nel rigettare l'istanza di nomina di un amministratore di sostegno si rilevava «Il portatore della sindrome di Down, per il mondo del diritto, non è un "malato" ma una persona diversamente abile. Ed, allora, è persona che non va trattata come soggetto da curare ma come soggetto da aiutare ove la diversità si frapponga al completo e sano fruire dei diritti che l'ordinamento riconosce. Tale situazione congenita non priva il soggetto trisomico della capacità di orientarsi nelle scelte di vita, di emozionarsi, di scegliere per il proprio bene, di capire e comprendere e, se del caso, affezionarsi o, addirittura, innamorarsi. Va, dunque, affermato che il portatore della sindrome Down ha diritto di sposarsi, ai sensi dell'art. 23 della più Convenzione di New York del 13 dicembre». Mi permetto di rinviare anche a S. Rossi, *Il diritto in equilibrio. Il mestiere dei giudici e le "scelte tragiche" di ogni giorno*, in *Dir. soc.*, 2013, 1, 127-168.

126 Tali concetti vengono sviluppati all'art. 2 della Convenzione, che definisce la «discriminazione fondata sulla disabilità» come «qualsivoglia distinzione, esclusione o restrizione sulla base della disabilità che abbia lo scopo o l'effetto di pregiudicare o annullare il riconoscimento, il godimento e l'esercizio, su base di uguaglianza con gli altri, di tutti i diritti umani e delle libertà fondamentali in campo politico, economico, sociale, culturale, civile o in qualsiasi altro campo. Essa include ogni forma di discriminazione, compreso il rifiuto di un accomodamento ragionevole».

127 Sui riflessi di diritto interno della Convenzione rinvio a G. ARCONZO, *Il diritto alla vita indipendente delle persone con disabilità*, in A. MORELLI, L. TRUCCO (a cura di), *Diritti e autonomie territoriali*, Giappichelli, Torino, 2014, 266 ss.; G. GRIFFO, *Persone con disabilità e diritti umani*, in Th. CASADEI (a cura di), *Diritti umani e soggetti vulnerabili. Violazioni, trasformazioni, aporie*, Giappichelli, Torino, 2012, 143 ss.; C. COLAPIETRO, *Diritti dei disabili e Costituzione*, Esi, Napoli, 2011.

128 Art. 2 Convenzione disabilità.

vista di un *altro* (come vuole la logica del paternalismo), ma crea le condizioni perché il «debole» possa sviluppare un punto di vista *proprio* (secondo la logica del sostegno)»¹²⁹.

L'analisi sinora sviluppata dimostra il progresso che, nel sistema delle Nazioni unite, ha connotato gli istituti di garanzia dei diritti delle persone con sofferenza mentale, si potrà procedere quindi alla discussione in merito all'evoluzione delle tutele previste dai trattati nei sistemi regionali per i diritti umani.

5. I Sistemi regionali per la tutela dei diritti umani: brevi note

I sistemi regionali per i diritti umani forniscono altre opportunità per la tutela e lo sviluppo dei diritti umani a un livello sovranazionale¹³⁰. Questi sistemi regionali si sono sviluppati contemporaneamente con gli istituti internazionali adottati dalle Nazioni unite e hanno in comune con quest'ultimo sistema molti principi, ideali e obiettivi¹³¹. Tuttavia, il carattere regionale di questi sistemi ha permesso la creazione e l'implementazione di nuovi approcci e istituzioni per tutelare e promuovere i diritti umani¹³².

Mentre esiste un consenso generale sulla universalità dei diritti umani¹³³, i sistemi regionali hanno creato apposite sedi giudiziarie (tribunali e commissioni) per la tutela e la promozione dei diritti umani, spesso attraverso istituti e procedure che hanno dato agli individui la possibilità di ottenere giustizia e riparazione a fronte di violazioni dei diritti umani non affrontate adeguatamente a livello nazionale¹³⁴.

Qualche nota generale di inquadramento sui diversi sistemi pare dunque essenziale.

5.1. Il sistema europeo per la protezione dei diritti umani

Dopo la seconda guerra mondiale, il Consiglio d'Europa promosse la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti umani e delle libertà fondamentali (Cedu - ECHR), sottoscritta a Roma il 4 novembre 1950, la quale, richiamandosi espressamente ai principi supremi enunciati nella Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, supera la vecchia concezione dell'affidamento della tutela dei diritti fondamentali ai soli ordinamenti statuali,

129 S. RODOTÀ, *Dal soggetto alla persona trasformazioni di una categoria giuridica*, in *Fil. pol.*, 2007, 3, 375.

130 L. CAPPUCCIO, A. LOLLINI, P. TANZARELLA, *Le Corti regionali tra Stati e diritti. I sistemi di protezione dei diritti fondamentali europeo, americano e africano a controllo*, Jovene, Napoli, 2012; C. ARROYO LANDA, L. CASSETTI, A. DI STASI, *Diritti e giurisprudenza. La Corte Interamericana dei diritti umani e la Corte europea di Strasburgo*, Jovene, Napoli, 2014.

131 S. KANTER, *The Globalization of Disability Rights Law*, in *Syracuse Journal Int. Law*, 2003, 30, 241 ss.; M.L. PERLIN, *International Human Rights Law and Comparative Mental Disability Law: The Universal Factors*, *ivi*, 2006, 34, 333 ss.

132 M.A. STEIN, P.J.S. STEIN., *Beyond Disability Civil Rights*, in *Hastings Law Journal*, 2007, 58, 1203 ss.; L. GABLE, L. O. GOSTIN, *Global Mental Health: Changing Norms, Constant Rights*, in *Georgetown Journal of International Affairs*, 2008, 1, 83-92.

133 M. CARTABIA, *L'universalità dei diritti umani nell'età dei "nuovi diritti"*, in *Quad. cost.*, 2009, 3, 537 ss.; più ampi riferimenti in D. SHELTON, P.G. CAROZZA (eds.), *Regional Protection of Human Rights*, Oxford University Press, Oxford, 2013.

134 M.D. EVANS, *The Future(s) of Regional Courts on Human Rights*, in A. CASSESE (ed.), *Realizing Utopia*, Oxford University Press, Oxford, 2012, 265 ss.

istituendo un nuovo organo sovranazionale, la Corte europea dei diritti dell'uomo¹³⁵. Il profilo di maggior rilievo della sopracitata Convenzione europea va individuato nel sistema di controllo istituito, a protezione dei diritti umani. Sono previste due distinte tipologie di atti d'iniziativa: da un lato, i cd. ricorsi interstatali, presentabili da parte dei singoli Stati membri e, dall'altro, i ricorsi individuali, i quali consentono al singolo che lamenta la violazione di un proprio diritto, la possibilità di adire direttamente la Corte europea dei diritti dell'uomo, senza il filtro del controllo statale.

La giurisdizione della Corte europea, ai sensi dell'undicesimo Protocollo, copre tutte le questioni riguardanti l'interpretazione e l'applicazione della ECHR. Inoltre, con l'approvazione del Protocollo, la possibilità del singolo individuo di rivolgersi direttamente alla Corte europea è diventata un diritto che gli Stati firmatari non possono impedire¹³⁶; quindi, oltre alla giurisdizione vincolante su vertenze giudiziarie tra Stati, la Corte europea accoglie istanze individuali presentate da persone o organizzazioni non-governative che sono "vittima/e" di una violazione dei diritti umani sancita nella convenzione.

Il diritto di un individuo di sottoporre a giudizio avanti la Corte le ipotesi di violazione dei diritti ha reso il sistema europeo sensibile alla tutela delle persone con sofferenza mentale permettendo l'accesso a una sede giurisdizionale alternativa a fronte di garanzie nazionali spesso inadeguate¹³⁷. In aggiunta a ciò, molti Stati membri del Consiglio europeo hanno recepito i principi della Cedu nella loro legislazione, fornendo ai tribunali nazionali l'opportunità di raffinare ed espandere la teoria e la pratica dei diritti umani¹³⁸.

5.2. Il sistema inter-americano per la salvaguardia dei diritti umani

Il sistema inter-americano per la salvaguardia dei diritti umani trova fonte nell'ambito della Organizzazione degli Stati Americani (OSA). In questo sistema i diritti umani sono protetti da diversi trattati multilaterali¹³⁹. Particolare rilevanza ha assunto la Convenzione

135 Su cui, *ex multis*, B. RANDAZZO, *Giustizia costituzionale sovranazionale. La Corte europea dei diritti dell'uomo*, cit.; J. CASADEVALL, *El Convenio europeo de derechos humanos: El tribunal de estrasburgo y su jurisprudencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012; C. OVEY, R.C. WHITE, *The European Convention on Human Rights*, Oxford University Press, Oxford, 2010; E. BATES, *The Evolution of the European Convention on Human Rights: From its Inception to the Creation of a Permanent Court*, Oxford University Press, Oxford, 2009.

136 A. BULTRINI, *Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Dig. disc. pubbl.*, Utet, Torino, 2000, 148 ss.; F. MATSCHER, *La nuova Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2000, 217 ss.; U. LEANZA, *Il protocollo n.11 alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Jus*, 1999, 357 ss.; B. NASCIBENE, *La "nuova" Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Studium juris*, 1999, 119 ss.

137 A. BARBERA, *Le tre Corti e la tutela multilivello dei diritti*, in P. BILANCIA, E. DE MARCO, *La tutela multilivello dei diritti. Punti di crisi, problemi aperti, momenti di stabilizzazione*, Giuffrè, Milano, 2004, 95 ss.

138 Sull'incorporazione della Cedu nell'ordinamento interno si deva l'esempio inglese del *Human Rights Act* del 1998 su cui H. DAVIS, *Beginning Human Rights Law*, Routledge, New York, 2014, 22 ss.; N. KRISH, ***The Open Architecture of European Human Rights Law***, in *The Modern Law Review*, 2008, 71, 2, 183-216. Sulla ricezione a livello giurisprudenziale A. RUGGERI, *'Dialogo' tra Corti europee e giudici nazionali, alla ricerca della tutela più intensa dei diritti fondamentali (con specifico riguardo alla materia penale e processuale)*, in www.dirittifondamentali.it (11 novembre 2013).

139 In particolare ci si riferisce alla Convenzione inter-americana sulla prevenzione e la repressione della tortura del 1985, alla Convenzione inter-americana sulla sparizione forzata di persone del 1994, la Convenzione inter-americana sulla prevenzione, la repressione e lo sradicamento della violenza contro la

americana dei diritti umani¹⁴⁰, adottata dall'OSA nel 1969, che contiene delle clausole paragonabili a quelle della Dichiarazione universale dei diritti, inclusive dei diritti civili e politici oltre ai diritti economici, sociali e culturali¹⁴¹. Quali organi operativi, in seno alla OSA, si segnala il ruolo della Commissione Inter-americana sui diritti umani (Commissione inter-americana) che ha la funzione per monitorare e riferire sulla conformità dell'azione degli Stati membri ai diritti tutelati dalla Convenzione, mentre, nel 1969, è stata istituita la Corte Interamericana, la cui competenza si estende a tutti i casi riguardanti l'interpretazione e l'applicazione delle disposizioni della Convenzione che le siano sottoposti.

Il sistema regionale americano di protezione dei diritti umani, dunque, è un sistema binario¹⁴², che comprende, da un lato, l'azione di monitoraggio svolta dalla Commissione nel quadro dell'OSA¹⁴³, in quanto tale indirizzata a tutti gli Stati membri di tale Organizzazione, e, dall'altro il procedimento di garanzia che la Convenzione affida congiuntamente alla Commissione e alla Corte, che trova applicazione solo nei confronti di quegli Stati membri dell'Organizzazione degli Stati Americani che hanno ratificato la Convenzione stessa¹⁴⁴. In conformità con la Convenzione americana, la Corte inter-americana ha una giurisdizione consultiva e per il contenzioso¹⁴⁵. La giurisdizione consultiva permette alla Corte di emanare opinioni e pareri a carattere interpretativo su questioni riguardanti la legislazione sui diritti umani a richiesta degli Stati della OSA¹⁴⁶. La giurisdizione per il contenzioso permette alla Corte di giudicare denunce di violazioni di

donne del 1994, e la Convenzione inter-americana sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione nei confronti delle persone disabili del 1999.

140 Questa Convenzione, anche chiamata Patto di San Josè, è entrata in vigore il 18 luglio 1978 e, pur essendo un atto non vincolante, ha finito con l'assumere valore di interpretazione autentica del significato da attribuire all'espressione "diritti umani" nella prassi dell'Organizzazione degli Stati Americani.

141 Nel capitolo II della Convenzione americana, c'è un catalogo dei diritti civili e politici, quali: diritto alla personalità giuridica (art. 3); diritto alla vita (art. 4); diritto ad un trattamento umano (art. 5); libertà dalla schiavitù (art. 6); diritto alla libertà personale (art. 7); diritto ad un processo equo (art. 8); irretroattività della legge penale (art. 9); diritto alla riparazione giudiziaria (art.10); diritto alla vita privata (art. 11); libertà di coscienza e religione (art. 12); libertà di pensiero e di espressione (art. 13); diritto di replica (art.14); diritto di riunione (art.15); libertà di associazione (art. 16); diritti delle famiglia (art. 17); diritto al nome (art.18); diritti dell'infanzia (art.19); diritto alla nazionalità (art. 20); diritto di proprietà (art. 21); libertà di movimento e di residenza (art. 22); diritti di partecipazione politica (art. 23); eguaglianza davanti alla legge (art.24); e la protezione giudiziaria (art. 25). Ai diritti economici, sociali e culturali è dedicato soltanto l'art. 26 della Convenzione, intitolato «sviluppo progressivo», nel quale si disciplina che gli Stati Parti si impegnano ad adottare misure, sia a livello nazionale sia attraverso la cooperazione internazionale, specialmente di natura economica e tecnica, al fine di conseguire progressivamente, con la legislazione o altri mezzi appropriati, la piena realizzazione dei diritti implicati nelle norme in campo economico, sociale educativo, scientifico e culturale contenute nella Carta.

142 D. HARRIS, S. LIVINGSTONE, *The Inter-American System of Human Rights*, Oxford University Press, Oxford, 1998, 7-12; A. DI STASI, *Il sistema americano dei diritti umani. Circolazione e mutamento di una international legal tradition*, Giappichelli, Torino, 2004, 10-20.

143 Le funzioni della Commissione, comprendono la promozione dei diritti umani, l'attività di raccolta di informazioni e di studio, la funzione consultiva e anche, con il consenso del governo territoriale, le missioni di osservazione.

144 J.L. CAVALLARO, S.E. BREWER, *Reevaluating Regional Human Rights Litigation in the Twenty-First Century: The Case of the Inter-American Court*, in ***The American Journal of International Law***, 2008, 102, 4, 768-827.

145 P. PIRRONE, *Sui poteri della Corte interamericana in materia di responsabilità per violazione dei diritti dell'uomo*, in *RVDn*, 1995, 940 ss.

diritti umani commesse da organi statali, a condizione che le parti statali abbiano esplicitamente riconosciuto la giurisdizione della Corte Interamericana. Nel sistema americano, il filtro da parte della Commissione esiste ancora: i ricorsi individuali (che, diversamente dal sistema europeo, possono essere proposti non solo dalla vittima della violazione, ma da tutti coloro che dimostrino un interesse concreto, compresi i suoi familiari, nonché le ONG) non possono essere indirizzati direttamente alla Corte, ma devono passare per il vaglio della Commissione, la quale ha il compito di adire eventualmente la Corte. Si può notare che, in qualità di organo giurisdizionale, la Corte è incisiva non solo in considerazione della natura vincolante delle decisioni adottate, ma anche per il suo ruolo di *advisor* che, se preso in giusta considerazione, rappresenta un'occasione per migliorare la tutela delle libertà contemplate nella Convenzione¹⁴⁷.

5.3. Il sistema africano per la salvaguardia dei diritti umani

Lo sviluppo in Africa di un sistema regionale per i diritti umani si è consolidato più gradualmente rispetto ad altri sistemi regionali. Il passo più lento dello sviluppo regionale dei diritti umani in Africa deriva dallo sfruttamento storico del popolo africano da parte dei paesi occidentali durante il periodo coloniale, che ha portato come risultato la preferenza per uno Stato sovrano forte¹⁴⁸ e la corrispondente riluttanza a interferire con gli affari interni dei singoli Stati¹⁴⁹.

L'Unione Africana¹⁵⁰ ha approvato uno strumento di tutela dei diritti umani solo a distanza di vent'anni dalla sua fondazione; tale strumento, la Carta africana (Banjul) dei diritti dell'uomo e dei popoli (Carta africana)¹⁵¹, è divenuto il cuore del sistema africano dei diritti umani¹⁵². Molto simile alle equivalenti europee ed americane, la Carta garantisce i diritti

146 M. PASQUALUCCI, *Advisory Practice of the Inter-American Court of Human Rights: Contributing to the Evolution of International Human Rights Law*, in *Stan. Journal Int. Law.*, 2002, 38, 242-243.

147 C.M. PELAYO MOLLER, *Introducción al sistema interamericano de derechos humanos*, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, Mexico, 2011, 44 ss.

148 A. GENTILI, *Lo Stato in Africa Sub-sahariana: da sudditi a cittadini?*, in *Scienza & Politica*, 2006, 34, 51 ss.

149 C. LEGUM, *The Organisation of African Unity – Success or Failure?*, in *International Affairs*, 1975, 51, 2, 208 ss.

150 Da rammentare che l'Unione Africana (UA) è succeduta nel 2002 all'Organizzazione per l'unità africana con l'approvazione del suo Atto istitutivo adottato a Lomé il 12 luglio 2000. L'Organizzazione per l'unità africana, costituita nel maggio 1963, pur volta a promuovere l'unità e la solidarietà tra le nazioni africane, migliorare le condizioni di vita nel continente, difendere la sovranità, l'integrità territoriale e l'indipendenza dei paesi membri, una volta conseguito il suo obiettivo fondante, la cessazione dei regimi coloniali e razzisti in Africa, si era mostrata inadeguata ad essere veicolo per la costruzione di una reale integrazione socio-politica tra gli Stati del Continente africano.

151 Adottata nel 1981 e in vigore dal 1986, la Carta è stata ratificata da tutti gli Stati dell'Unione africana con la sola esclusione del Marocco.

152 U.O. UMOZURIKE, *The African Charter on Human and Peoples' Rights*, in *The American Journal of International Law*, 1983, 77, 4, 902-912; B. OBINNA OKERE, *The Protection of Human Rights in Africa and the African Charter on Human and Peoples' Rights: A Comparative Analysis with the European and American Systems*, in *Human Rights Quarterly*, 1984, 6, 2, 141-159; più recente M. EVANS, R. MURRAY (eds.), *The African Charter on Human and Peoples' Rights: The System in Practice, 1986-2006*, Cambridge University Press, Cambridge, 2008.

umani, civili e politici ed ha istituito una Commissione africana sui diritti dell'uomo e dei popoli (Commissione africana) per promuovere, tutelare e interpretare questi diritti¹⁵³. La Carta africana contiene i diritti civili e politici, i diritti economici, sociali e culturali, e "i diritti dei popoli", un concetto aggiunto a quello tradizionale dei diritti umani che distingue i diritti della comunità come una questione regionale importante e distinta¹⁵⁴.

La Carta africana si differenzia dagli altri strumenti regionali in due aspetti: da un lato, oltre al riconoscimento dei diritti, contiene un corrispondente elenco di doveri individuali¹⁵⁵, dall'altro, sembra concedere alle parti statali maggior autonomia nell'ottemperare ai diritti in essa garantiti¹⁵⁶. In questo senso la maggiore debolezza della Carta africana deriva dall'impiego, piuttosto diffuso, delle c.d. *claw-back clauses*, ossia di clausole che si limitano a rinviare alla legge l'introduzione di eventuali restrizioni ai diritti fondamentali. In altri termini, oltre a questo rinvio al margine di discrezionalità della legislazione interna nel definire la latitudine di alcuni diritti fondamentali, mancano ulteriori vincoli alla attività del legislatore al quale non si impone, espressamente, di operare in modo da evitare trattamenti discriminatori o irragionevoli.

La creazione della [Corte Africana](#)¹⁵⁷, prevista dal Protocollo addizionale alla [Carta africana dei diritti dell'uomo e dei popoli](#), sottoscritto il 10 giugno 1998 ed entrato in vigore il 25 gennaio 2004, ha rappresentato il tentativo di completare e rafforzare il ruolo della Commissione nella protezione dei diritti sanciti nella Carta africana¹⁵⁸. La giurisdizione della Corte riguarda tutti i casi e le dispute riguardanti l'interpretazione e l'applicazione della Carta africana, del Protocollo e di qualsiasi altro testo rilevante per i diritti umani ratificato dagli Stati membri¹⁵⁹.

153 G.M. CALMIERI, *Il sistema regionale africano di promozione dei diritti dell'uomo e dei popoli: profili istituzionali*, in *Riv. int. dir. uomo*, 1991, 53 ss. La Carta africana ha creato la Commissione africana, che ha il potere di investigare, anche in base a denunce provenienti da organizzazioni o singoli individui, sulle violazioni dei diritti umani e di predisporre *reports* volti a vagliare la conformità delle prassi statali alla Carta.

154 Secondo T. METZ, *African Values, Human Rights and Group Rights: A Philosophical Foundation for the Banjul Charter*, in *African Legal Theory and Contemporary Problems*, 2014, 29, 131-151 «A communitarian perspective, which is characteristic of African normative thought, accords some kind of primacy to society or a group, whereas human rights are by definition duties to treat individuals in certain ways, even when not doing so would be better for society».

155 S.A. YESHANEW, *The Justiciability of Economic, Social and Cultural Rights in the African Regional Human Rights System: Theory, practice and prospect*, Intersentia, Cambridge, 2013.

156 M. PAPA, *La Carta Africana dei diritti dell'uomo e dei popoli: un approccio ai diritti umani tra tradizione e modernità*, in *I diritti dell'uomo: cronache e battaglie*, 1998, 5 ss.

157 G. NIYUNGEKO, *La Cour africaine des droits de l'homme et des peuples: défis et perspectives*, in *Rev. trim. dr. homme*, 79, 2009, p. 731 ss.; J. BIEGON, M. KILLANDER, *Human Rights Developments in the African Union during 2009*, in *African Human Rights Law Journal*, 2010, 10, 1, 212 ss.; G. PASCALE, *La tutela dei diritti umani in Africa: origini, istituzione e attività della Corte africana dei diritti dell'uomo e dei popoli*, in *La Comunità internazionale*, 2012, 3-4, 567 ss.; F. VILJOEN, *The African Regional Human Rights System*, in C. KRAUSE, M. SCHEININ (eds.), *International Protection of Human Rights: a Textbook*, Turku/Åbo, 2012, 551 ss.; A. LOLLINI, *La Corte africana dei diritti dell'uomo e dei popoli e il "nuovo" sistema regionale di protezione dei diritti fondamentali*, in L. CAPPUCCIO, A. LOLLINI, P. TANZARELLA (a cura di), *Le Corti regionali tra stati e diritti*, cit., 203 ss.

158 Si veda, in particolare, la sentenza del 14 giugno 2013 nel caso *Tanganika Law Society et al. c. Tanzania* su cui V. PIERGIGLI, *La Corte Africana dei diritti dell'uomo e dei popoli giudica sulla violazione dei diritti di partecipazione politica e delle regole democratiche in Tanzania*, in www.federalismi.it (14 marzo 2014).

In conclusione, è interessante notare come la Commissione africana¹⁶⁰ abbia interpretato la sua potestà giurisdizionale alquanto liberamente, sicchè singoli individui, gruppi e le ONG hanno potuto inoltrare istanze indipendentemente dalla loro ubicazione geografica e dal fatto di essere la vittima concreta della presunta violazione¹⁶¹, diversamente, la Commissione inter-americana ammette denunce provenienti da singoli individui e da ONG solo se legalmente riconosciute dagli Stati membri¹⁶² e nel sistema europeo si ritengono ammissibili solo ricorsi promossi da individui e organizzazioni che siano direttamente lese dalle presunte violazioni dei diritti e, comunque, esaurite le vie della giurisdizione interna degli Stati membri¹⁶³. Tuttavia, nonostante l'approccio più elastico fatto proprio dal sistema africano, raramente questa procedura è stata utilizzata da singoli individui e da ONG¹⁶⁴.

6. Sviluppo dei diritti umani delle persone con disabilità mentale nel sistema europeo

Il livello di sviluppo giurisprudenziale e interpretativo dei diritti umani nel contesto dei tre sistemi regionali varia enormemente. Esiste un'ampia rassegna di casi legali inerenti il settore della salute mentale provenienti dal Comitato e dalla Corte europea per i diritti umani e un numero impressionante di studi che interpretano l'applicazione della sua giurisprudenza in favore di persone con disturbo mentale¹⁶⁵. Per contrasto, le istituzioni dei sistemi inter-americano e africano hanno storicamente mostrato un interesse di gran lunga inferiore per le questioni inerenti la salute mentale¹⁶⁶.

159 G.J. NALDI, *The Role of the Human and Peoples' Rights Section of the African Court of Justice and Human Rights*, in A. ABASS (ed.), *Protecting Human Security in Africa*, Oxford University Press, Oxford, 2010, 284 ss.

160 Da notare che, diversamente, di fronte alla Corte africana dei diritti dell'uomo e dei popoli non possono essere avanzati ricorsi da singoli cittadini, nonché da ONG (le quali debbono possedere lo *status* di osservatore presso la Commissione africana) che non sono abilitati a ricorrere direttamente alla Corte stessa, a meno che lo Stato chiamato in causa non abbia rilasciato formale dichiarazione di accettazione di questa facoltà (art. 34, §. 6 e art. 5, §. 3 Protocollo).

161 G. MUIGAI, *From the African Court on Human and Peoples' Rights to the African Court of Justice and Human Rights*, in M. SSENYONJO (ed), *The African Regional Human Rights System: 30 Years After the African Charter on Human and Peoples' Rights*, Martinus Nijhoff, Leiden, 2012, 265 ss.

162 Artt. 44-47 Convenzione Interamericana.

163 Art. 34 Cedu.

164 Riferimenti in L. MEZZETTI, C. PIZZOLO (a cura di), *Diritto processuale dei diritti umani*, Maggioli, Santarcangelo di Romagna, 2013, 320 ss.

165 P. FENNELL, *The Third Way in Mental Health Policy: Negative Rights, Positive Rights, and the Convention*, in *J.L. & Soc'y*, 1999, 26, 103, 105-27; L.O. GOSTIN, *Human Rights of person with mental disabilities. The European Convention of Human Rights*, in *International Journal of Law and Psychiatry*, 2000, 23, 2, 125-159; O. LEWIA, *Protecting the Rights of People with Mental Disabilities: The European Convention on Human Rights*, in *European Journal of Health Law*, 2002, 9, 4, 293-320; J. BINDMAN et al., *The Human Rights Act and mental health legislation*, in *The British Journal of Psychiatry*, 2003, 182, 91-94; I.E. KOCH, *Human Rights as Indivisible Rights*, Martinus Nijhoff, Leiden, 2009, 59 ss.; M.L. PERLIN, E. SZELI, *Mental Health Law and Human Rights*, in M. DUDLEY, D. SILOVE, F. GALE (eds.), *Mental Health and Human Rights: Vision, Praxis, and Courage*, Oxford University Press, Oxford, 2012, 80 ss.

166 Sul sistema Interamericano R.D. ALARCON, S.A. AGUILAR-GAXIOLA, *Mental Health Policy developments in Latin America*, in *The International Journal of Public Health*, 2000, 78, 4, 483-490; I. LEVAV, R. GONZÁLEZ UZCÁTEGUI, *Rights of persons with mental illness in Central America*, in *Acta Psychiatr Scand.*, 2000, 101, 83-86. Sul sistema africano L.O. GOSTIN, *Global Health Law*, Harvard University Press, Harvard, 2014, 260 ss.

Questa differenza può essere il portato dei dati strutturali che connotano i diversi sistemi oppure una conseguenza della complessità politica, economica e culturale nei rispettivi contesti.

Si deve dar atto che, mentre, il sistema europeo ha finora declinato i diritti umani, principalmente di carattere civile e politico, al fine di porre limiti all'interferenza governativa nei diritti e nelle libertà, ovvero in termini negativi, diversamente, i corrispondenti organismi, propri dei sistemi inter-americano e africano, hanno sviluppato la loro giurisprudenza sui diritti umani nei termini di una garanzia di tutela "minore".

Nell'affrontare la casistica legale nell'esperienza europea si può procedere nell'analisi della giurisprudenza considerando tre aree principali: ricovero obbligatorio, condizioni di internamento e diritti civili¹⁶⁷.

6.1. Ricovero e successivo internamento in istituti psichiatrici

Tutti i sistemi regionali garantiscono il diritto alla libertà e alla sicurezza personale. Nel sistema europeo, questi diritti hanno sede nell'art. 5 della Cedu il quale elenca le circostanze che consentono ai governi di privare le persone della libertà, includendo anche una disposizione specifica sulle «persone malate di mente»¹⁶⁸. Anche gli strumenti normativi dei sistemi inter-americano e africano, nell'offrire ampie tutele delle libertà, consentono solo eccezioni di carattere generale atte a legittimare la privazione della libertà.

In particolare, nell'ambito dei sistemi europeo ed americano i governi devono informare le persone che vi sono sottoposte delle motivazioni del ricovero, prevedendo inoltre meccanismi accelerati di revisione dei relativi provvedimenti da parte di un tribunale o di un organismo indipendente. Inoltre le vittime di un ricovero o di internamento operato in violazione alla Cedu o alla Convenzione americana hanno diritto ad un risarcimento dei danni subiti¹⁶⁹.

L'intera struttura di protezione della libertà e della sicurezza personale è condizionata dalla circostanza che l'autorità statale abbia disposto il ricovero e l'internamento di una persona con disturbi mentali¹⁷⁰.

Così come si presenta il linguaggio del disposto dell'art. 5, per cui «ogni individuo ha diritto alla libertà e alla sicurezza personale», può essere interpretato in termini elastici. La libertà è infatti intesa «nella sua accezione, antica e classica, di libertà fisica, mentre alla libertà di circolazione è dedicato l'art. 2 del protocollo n. 4», ed alla libertà viene abbinato il diritto alla sicurezza, come «garanzia rispetto alle arbitrarie interferenze della pubblica autorità nella libertà di un individuo»¹⁷¹. Inoltre, poiché la sicurezza personale è un concetto

167 Si rinvia per ampi riferimenti a M. MASSA, *Diritti fondamentali e contenzione nelle emergenze psichiatriche*, in *Riv. it. med. leg.*, 2013, 1, 159 ss., specie 170 ss.

168 M. ZINKLER, S. PRIEBE, *Detention of the mentally ill in Europe – a review*, in *Acta Psychiatr Scand.*, 2002, 106, 3-8; J. DAWSON, A. KÄMPF, *Incapacity principles in mental health laws in Europe*, in *Psychology, Public Policy and Law*, 2006, 12, 3, 310-331; G. RICHARDSON, *Coercion and human rights: a European perspective*, in *Journal of Mental Health*, 2008, 17, 3, 245-254.

169 Art. 5, §. 5 Cedu; Art. 10, §. 9 Convenzione Interamericana.

170 Co.Du, 8 giugno 1976, *Engel c. Paesi Bassi*, ric. n. 5100/71.

171 M. PISANI, *Art. 5*, in S. BARTOLE, B. CONFORTI, G. RAIMONDI (a cura di), *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Giuffrè, Milano, 2001, 117 ss.; R. STONE, *Deprivation of liberty: the scope of Article 5 of the European Convention on Human Rights*, in *European*

più ampio della libertà, ciò implica che l'art. 5 riguarda tutti i casi in cui il governo limita la libertà di una persona.

A questa formulazione generale segue la specificazione dei possibili motivi di restrizione della libertà personale, che debbono essere prescritti per legge. In particolare la lett. e) si riferisce alla «detenzione regolare di una persona suscettibile di propagare una malattia contagiosa, di un alienato, di un alcolizzato, di un tossicomane o di un vagabondo», accomunando figure o tipologie umane considerate come “socialmente devianti”¹⁷² (su cui si tornerà tra breve).

Nonostante le possibili differenze di ambito applicativo tra libertà e sicurezza, la Corte europea interpreta l'art. 5 limitandone il campo di applicazione solo a casi di detenzione formale e sembra considerare la detenzione principalmente come un periodo relativamente lungo di reclusione in un istituto¹⁷³.

La Corte europea distingue tra la detenzione, che fa scattare le tutele dell'art. 5, e la semplice limitazione negli spostamenti, la quale riceve una protezione decisamente inferiore dalla Cedu.

Nell'esaminare le decisioni in materia, la Corte europea considera tutte le circostanze del caso, incluso il tipo, la durata, gli effetti e le forme di reclusione, tuttavia la limitazione della libertà è una questione di “grado o intensità” – non di “natura o sostanza” –, che varia in relazione alle restrizioni sempre più gravi fino ad arrivare al livello della “detenzione” vera e propria: così, ad esempio, in *Ashingdane contro Regno Unito*, la Corte europea ha ritenuto che un paziente si trovi in stato di detenzione quando «la sua libertà, e non semplicemente la sua libertà di locomozione, sia stata limitata sia in fatto che in termini legali (...), anche se gli era stato permesso in numerose occasioni di lasciare l'ospedale»¹⁷⁴.

È bene sottolineare come una interpretazione formalista del concetto di “detenzione”, in specie in ambito psichiatrico, potrebbe lasciare le persone senza alcuna sostanziale protezione soprattutto quando la loro autonomia e libertà sono limitate in modo significativo, come nel caso del ricovero volontario e in quello della cd. supervisione obbligatoria nella comunità¹⁷⁵.

Il primo caso si può verificare quando soggetti con disturbo psichico vengano limitati di fatto nella loro libertà personale, subendo un abuso di autorità e non essendo in grado di comprendere che hanno diritto ad opporsi. In *Guenat contro Svizzera*¹⁷⁶ i poliziotti “invitarono” un individuo, che loro ritenevano si stesse comportando in modo anormale, a presentarsi alla stazione di polizia e successivamente, sebbene la sua condotta fosse causata da medicinali che prendeva per curare una malattia neurologica, venne ricoverato in un ospedale psichiatrico, dietro parere di uno specialista convocato dalla polizia. Il Comitato decise che il fermo presso la stazione di polizia non costituiva una privazione

Human Rights Law Review, 2012, 1, 46-57.

172 G.G. VALTOLINA, *Fuori dai margini. Esclusione sociale e disagio psichico*, Franco Angeli, 2003, 35 ss.

173 Co.Du, 25 giugno 1996, *Amuur c. Francia*, ric. n. 19776/92.

174 Co.Du, 28 maggio 1985, *Ashingdane c. Regno Unito*, ric. n. 8225/78.

175 La cosiddetta “supervisione obbligatoria” (Cto o community treatment order) per pazienti psichiatrici dimessi dopo un ricovero forzato, introdotta in Gran Bretagna nella Section 17A del Mental Health Act del 2007, costituisce una misura che consente al clinico di monitorare regolarmente le condizioni del paziente quando questo lascia l'ospedale, per un periodo di tempo che può arrivare fino ai 6 o 12 mesi. Sul punto S. KISELY *et al.*, *The effect of community treatment orders on outcome as assessed by the Health of the Nation Outcome Scales*, in *Psychiatry Research*, 2014, 3, 215, 574-578.

176 Comitato Edu, 10 aprile 1995, *Guenat c. Switzerland*, ric. n. 24722/94.

della libertà perché le forze dell'ordine non avevano fatto uso della forza fisica ed il soggetto sottoposto a fermo era libero di andarsene, ignorando quindi le effettive circostanze in cui la persona versava e se, in realtà, questa si fosse resa conto di essere sottoposta a limitazione della libertà.

Questa problematica si presenta anche quando pazienti inconsapevoli sono ricoverati "volontariamente" in un ospedale psichiatrico. Nel Regno Unito, ad esempio, persone con disturbo mentale potevano, almeno sino al 1997, essere ricoverate "in modo informale"¹⁷⁷, senza che venissero ottemperate le forme di tutela procedurale e sostanziale atte a garantire che queste avessero espresso un consenso effettivo e che il ricovero fosse nel loro migliore interesse¹⁷⁸. Nel caso *R. c. Community Bournemouth /Mental Health NHS Trust, ex parte*¹⁷⁹ un ospedale psichiatrico accettò il ricovero informale di un adulto con gravi disabilità intellettive dopo che si era fatto del male in un circolo di assistenza diurno. La Camera dei Lord sostenne la prassi del ricovero informale, rilevando come il principio di necessità giustificasse il fatto che il paziente fosse stato prima sedato e poi portato in ospedale.

In tal caso, tuttavia, la Corte di Strasburgo condannò la Gran Bretagna per violazione dell'art. 5 della Cedu¹⁸⁰, in quanto il paziente, incapace di acconsentire a causa di *mental deficiency*, era stato trattenuto a prescindere dalla prestazione di alcun valido consenso (ed, anzi, anche *contro* la loro volontà, ovvero *nonostante* l'eventuale contrarietà al ricovero), realizzando una vera e propria "privazione di libertà" ai sensi della Cedu, non regolata dalla legge¹⁸¹.

La Corte europea, diversamente dal caso *Guenat*, prestò attenzione ai dati di fatto a cui il ricorrente si trovò di fronte, considerando il concetto di "detenzione" sulla base di tutte le circostanze del caso, incluso l'uso della forza o dell'inganno, la resistenza della persona alla costrizione e al trattamento, le capacità mentali della persona, oltre al luogo, alle condizioni, alla durata della reclusione.

Nella giurisprudenza più recente¹⁸², la Corte europea ha proceduto a precisare gli elementi (di carattere oggettivo e soggettivo) in presenza dei quali si possa parlare di privazione della libertà ai sensi dell'art. 5, §.1, rilevando come una privazione della libertà personale si concretizzi, sotto il profilo oggettivo, nell'ipotesi di un confinamento in uno spazio ristretto per un lasso di tempo non trascurabile; mentre, sotto il profilo soggettivo, è

¹⁷⁷ *Mental Health Act*, 1983, c. 20, § 131.

¹⁷⁸ In questi termini il *Mental Capacity Act* prevede che chi non ha la capacità di acconsentire ad un trattamento sanitario di qualsiasi tipo (sia perché assolutamente impossibilitato a farlo – ad esempio perché in stato di incoscienza causato da coma – sia perché semplicemente ritenuto incapace a causa di un disturbo mentale) possa comunque esservi sottoposto, previo assenso della *Court of Protection*, se ciò è ritenuto dai medici nel suo *best interest*.

¹⁷⁹ *R. c. Bournemouth Community and Mental Health NHS Trust Ex p. L* [1997] EWCA Civ 2879. Su cui P. BARTLETT, R. SANDLAND, *Mental Health Law: Policy and Practice*, Oxford University Press, Oxford, 2014, 204 ss.

¹⁸⁰ Co.Du., 14 settembre 2004, *HL c. Regno Unito*, ric. n. 45508/99. In dottrina R. CAIRNS, G. RICHARDSON, M. HOTOPF, *Deprivation of liberty: Mental Capacity Act safeguards versus the Mental Health Act*, in *The Psychiatrist*, 2010, 34, 246 s.; N. ALLEN, *The Bournemouth Gap (As Amended?)*, in *Medical Law Review*, 2010, 18, 78 ss.

¹⁸¹ La semplice giustificazione di *common law* basata sulla *doctrine of necessity* non è stata dalla Corte europea considerata base legale sufficiente per ritenere la privazione di libertà legittima in quanto "*prescribed by law*", come richiesto dall'art. 5 Cedu.

¹⁸² Co.Du., 16 giugno 2005, *Storck c. Germania*, ric. n. 61603/00.

necessario che l'internato non abbia acconsentito al ricovero¹⁸³. A quest'ultimo riguardo, i giudici di Strasburgo precisano che il diritto alla libertà personale non venga meno qualora una persona abbia inizialmente accettato di essere reclusa. Il consenso alla detenzione è sempre revocabile e tale eventualità non elimina il dovere degli organi statali di controllare la legittimità della privazione della libertà subito dalla vittima.

Un secondo profilo che ha suscitato grande interesse nel contesto delle politiche sulla salute mentale è quello relativo alle forme di supervisione obbligatoria nel contesto dei servizi di comunità. La pressione sociale volta ad imporre una supervisione obbligatoria da parte dei servizi nasce dalla sensazione che la strategia della de-istituzionalizzazione abbia fallito e che la presenza nella comunità di un numero sempre maggiore di persone mentalmente disabili possa creare condizioni di rischio e pericolosità pubblica¹⁸⁴. In questi termini, diverse legislazioni nazionali¹⁸⁵ hanno previsto che le persone con disturbo mentale siano tenute a vivere in strutture residenziali, frequentare centri per la consulenza psicologica, per l'istruzione e per la formazione professionale, consentire l'accesso alla loro casa a psichiatrici o ancora sottoporsi a trattamento psichiatrico obbligatorio, ove ve ne sia la necessità. Questi poteri influiscono in modo negativo su aspetti importanti dell'esistenza di cui si compendia la dignità umana, tra cui l'autonomia, la vita familiare e la *privacy*.

La giurisprudenza della Corte europea non è ancora giunta a valutare se, in casi estremi, la supervisione obbligatoria possa corrispondere ad una forma di detenzione, tuttavia si può ritenere che le procedure più invasive di tutela nel contesto comunitario abbiano assunto intensità tale da renderle omogenee ad alcune forme di privazione della libertà disciplinate all'art. 5 Cedu.

6.1.1. La limitazione della libertà per infermità mentale nel sistema europeo

L'art. 5 Cedu elenca le uniche circostanze in cui i governi possono giustificatamente privare una persona della libertà, ed in particolare, il sottoparagrafo lett. e) descrive uno di questi casi: «detenzione regolare di una persona suscettibile di propagare una malattia contagiosa, di un alienato, di un alcolista, di un tossicomane o di un vagabondo»¹⁸⁶.

183 Co.Du., 16 ottobre 2012, *Kędzior c. Polonia*, ric. n. 45026/07, nonchè 2 ottobre 2012, *Plesó c. Ungheria*, ric. n. 41242/08; tra le altre si v. 14 febbraio 2012, *D. D. c. Lituania*, ric. n. 13469/06; 17 gennaio 2012, *Stanev c. Bulgaria*, ric. n. 36760/06; 22 gennaio 2013, *Mihailovs c. Lettonia*, ric. n. 35939/10.

184 P. FENNELL, *Doctor Knows Best? Therapeutic Detention Under Common Law, the Mental Health Act, and the European Convention*, in *Med Law Rev.*, 1998, 6, 322 ss.; G. LINK *et al.*, *Public conceptions of mental illness: labels, causes, dangerousness, and social distance*, in *American Journal of Public Health*, 1999, 89, 9, 1328-1333; H.R. LAMB *et al.*, *The Police and Mental Health*, in *Psychiatric Services*, 2002, 53, 10, 1266-1271; A. ROGERS, D. PILGRIM, *A Sociology of Mental Health and Illness*, McGraw Hill, London, 2014, 172 ss.

185 Sul caso canadese G.B. ROBERTSON, *Mental Health*, in Y. JOLY, B.M. KNOPPERS (eds.), *Routledge Handbook of Medical Law and Ethics*, Routledge, Abingdon, 2015, 101 s.; sul caso neozelandese A.J. O'BRIEN, *Community treatment orders in New Zealand: regional variability and international comparisons*, in *Australasian Psychiatry*, 2014, 4, 75-78.

186 T.W. HARDING, *The application of the European Convention of Human Rights to the field of psychiatry*, in *International Journal of Law and Psychiatry*, 1989, 12, 4, 245-262; P. LEACH, *Taking a Case to the European Court of Human Rights*, Oxford University Press, Oxford, 2011, 250 ss.; E. WICKS, B. RAINEY, C. OVEY, *Jacobs, White and Ovey: the European Convention on Human Rights*, Oxford University Press, Oxford, 2014, 234 ss.

La Cedu quindi riunisce grossolanamente entro una disciplina unitaria persone malate di mente e altri individui che vivono ai margini della società a causa delle loro condizioni di salute o di tipo socio-economico¹⁸⁷. Se infatti vi è un legittimo interesse dello Stato alla prevenzione delle malattie infettive, non sussiste un interesse omogeneo a che lo Stato sottoponga a restrizione della libertà personale un individuo che sia di salute cagionevole a causa di una malattia mentale, oppure abbia una dipendenza dall'alcol o dalle droghe, oppure non abbia dei mezzi di sostentamento. Per giustificare la detenzione di persone che appartengono a questi gruppi è necessario trovare specifici motivi di pericolosità o dimostrare che queste persone potranno trarre beneficio dal trattamento¹⁸⁸.

Nonostante la Cedu non preveda, in termini chiari e precisi, i presupposti che giustificano l'internamento per infermità mentale, la Corte europea ha imposto, attraverso l'interpretazione dell'art. 5¹⁸⁹, degli *standard* ragionevolmente severi: a) la detenzione deve essere "legittima", ovvero il governo deve seguire una "procedura prescritta dalla legge" e quindi non può agire in modo arbitrario¹⁹⁰; b) la persona deve essere "malata di mente"; c) essa deve soffrire in quel momento di una malattia mentale che giustifichi la necessità dell'internamento per la cura e il trattamento¹⁹¹.

6.1.2. Sulla detenzione legittima

L'alinea dell'art. 5 che impone la restrizione della libertà solo «in conformità con una procedura prescritta dalla legge» rinvia essenzialmente alla legge nazionale, stabilendo la necessità che l'internamento debba conformarsi alle corrispondenti norme procedurali o di merito dettate dalla legge¹⁹².

La Corte europea ha sostenuto che l'internamento, per essere "legittimo", deve apparire compatibile con gli scopi per cui una struttura psichiatrica trattiene una persona e, conseguentemente, l'autorità statale deve dimostrare la sussistenza di un legame di ragionevolezza tra gli obbiettivi (fornire cura e trattamento nel miglior interesse della

187 G.G. VALTOLINA, *Fuori dai margini. Esclusione sociale e disagio psichico*, Franco Angeli, Milano, 2003, 35 ss.

188 Co.Du., 6 novembre 1980, *Guzzardi c. Italia*, ric. n. 7367/76 secondo cui «il motivo per cui la Convenzione permette che [gli alienati, alcolisti e tossicodipendenti] possano essere privati della libertà non è solo che, a volte, essi sono da considerare come pericolosi per la sicurezza pubblica, ma anche perché per proteggere i loro interessi può essere necessaria la detenzione».

189 J. McHALE, *Fundamental Rights and Health Care*, in E. MOSSIALOS et al. (eds.), *Health Systems Governance in Europe: The Role of European Union Law and Policy*, Cambridge University Press, Cambridge, 2010, 286 ss.; M. MASSA, *Diritti fondamentali e contenzione nelle emergenze psichiatriche*, cit., 171 s.

190 Co.Du., 23 settembre 1998, *Steel c. Regno Unito*, ric. n. 67/1997/851/1058.

191 Di particolare interesse è in questo senso la sentenza 12 giugno 2014, *L.M. c. Slovenia*, riguardante un caso di privazione della libertà personale consistito nel ricovero non volontario del ricorrente in due nosocomi psichiatrici, in ragione di un disordine psicotico, per un complessivo periodo di sei mesi: un primo ricovero in reparto sottoposto a sorveglianza continua, un secondo in struttura aperta. La Corte ha accertato la violazione dei parametri di cui all'art. 5, §§. 1, 2, 4 e 5 Cedu, in virtù dell'assenza di una patologia che rendesse necessaria tale restrizione coattiva della libertà personale, della carenza di un effettivo rimedio per consentire un sindacato di legittimità, nonché della mancata compensazione per la restrizione subita. In precedenza anche Co.Du., 16 giugno 2005, *Storck c. Germania*, ric. n. 61603/00.

192 Co.Du., 20 febbraio 2003, *Hutchison Reid c. Regno Unito*, ric. n. 50272/99, §. 49.

persona) e i mezzi utilizzati per raggiungere tali obiettivi (procedure, criteri e condizioni di reclusione che siano ragionevoli)¹⁹³.

L'azione governativa non è ragionevole se è priva di scopo: «qualsiasi misura che priva una persona della libertà deve essere decisa ed eseguita da un'autorità che vi abbia competenza e non deve essere arbitraria». In questi termini la Corte Edu nella sentenza *Winterwerp c. Paesi Bassi* del 1979¹⁹⁴ ricava alcuni importanti corollari dalla già citata disposizione dell'alea e).

In primo luogo la Corte cerca di definire quali siano i presupposti minimi per privare l'interessato della libertà, rilevando come «si de[bba], salvo casi di urgenza, accertare lo stato di 'alienazione' in maniera convincente. La natura stessa di ciò che occorre dimostrare davanti all'autorità nazionale competente, ovvero un'effettiva alterazione mentale, richiede una perizia medica obiettiva. Inoltre, l'alterazione deve presentare una natura o una gravità tale da legittimare l'internamento. Peraltro, quest'ultimo non può protrarsi validamente senza la persistenza di simile alterazione».

Sicuramente questi criteri lasciano ampi margini di discrezionalità, in quanto si mantengono astratti (utilizzando espressioni come accertare in maniera *convincente* o perizia *obiettiva*), tuttavia il tentativo della Corte è quello di indirizzare verso una lettura che limiti il più possibile l'arbitrarietà degli internamenti¹⁹⁵.

Sul piano procedurale, l'art. 5, §. 4 non obbliga un tribunale a sentire personalmente l'internato, perché il suo stato mentale, accertato sulla base di un parere medico obiettivo, lo renderebbe incapace, di per sé, di ogni dichiarazione utile per la giustizia. La Corte, pur ritenendo che i procedimenti giudiziari che ricadono entro la disciplina dell'art. 5, §. 4 «non devono sempre essere assortiti da garanzie identiche a quelle che l'art. 6, §. 1 prescrive per le controversie civili o penali» ha sostenuto che «occorre che l'interessato abbia accesso ad un tribunale e l'opportunità di essere ascoltato personalmente o, se necessario, mediante una determinata forma di rappresentanza; in caso contrario non fruirebbe delle 'garanzie fondamentali di procedura applicate in materia di privazione di libertà' (...). Difatti l'infermità mentale può condurre a limitare o modificare tale diritto nelle sue condizioni di esercizio (v., per l'art. 6, §. 1, la sentenza *Golder* del 21 febbraio 1975, serie A n. 18, §. 39), ma non può giustificare un pregiudizio alla sua stessa sostanza. In verità, possono essere imposte garanzie speciali di procedura per proteggere coloro che, a causa delle loro alterazioni mentali, non siano pienamente capaci di agire»¹⁹⁶.

Altra importante precisazione proposta dalla Corte, nella stessa sentenza, è che «non si può evidentemente ritenere che l'alea e) dell'art. 5 autorizzi a detenere qualcuno per il solo fatto che le sue idee o la sua condotta si scostino dalle regole che predominano in una

193 Co.Du., 19 maggio 2004, *M.R.L. M.J.D. c. Francia*, ric. n. 44568/98.

194 CoDu, 24 ottobre 1979 n. 33, *Winterwerp c. Paesi Bassi*, ric. n. 8130/78; anche 2 settembre 2010, *Shopov c. Bulgaria*, ric. n. 11373/04.

195 Co.Du., 3 ottobre 2006, *Gajcsi c. Ungheria*, ric. n. 34503/03.

196 La Corte ammette che un sistema giuridico abbia il diritto di proteggersi da ricorrenti "litigiosi e vessatori", ponendo limiti alla possibilità di adire le corti in maniera pretestuosa e immoderata; le autorità pubbliche, tuttavia, hanno l'onere di predisporre un meccanismo che riesca a distinguere le azioni pretestuose e vessatorie da quelle che tali non sono e che, dunque, vanno esaminate in quanto essenziali alla tutela di beni e diritti di primaria importanza, quali, per l'appunto, la libera conduzione della propria vita privata. Nel caso di specie il ricorrente aveva un interesse reale, non pretestuoso, ad agire in difesa di una propria piena autonomia di decisione nelle scelte riguardanti la propria esistenza (Co.Du., 13 ottobre 2009, *Salontaji-Drobnjak c. Serbia*, ric. 36500/05).

determinata società». Questo perché una diversa interpretazione non si concilierebbe con la formulazione dell'art. 5, §. 1, «che contiene un elenco esaustivo di eccezioni che richiedono un'interpretazione restrittiva»; nemmeno collimerebbe con l'oggetto e con lo scopo di tale disposizione nel suo complesso, che la Corte individua nel «garantire che nessuno sia privato arbitrariamente della libertà», in quanto ciò violerebbe «il diritto alla libertà in una società democratica».

La Corte europea ha in più occasioni ribadito la propria legittimazione a verificare se un'autorità nazionale abbia agito in conformità con i termini della sua legislazione oppure in modo arbitrario, anche se il suo potere di controllo è comunque limitato. Ad esempio, nel caso *Van der Leer c. Paesi Bassi*¹⁹⁷, la Corte europea ha riscontrato una violazione dell'art. 5, §. 1, fondata sulla natura arbitraria del ricovero. Nel caso di specie, il giudice non ascoltò la testimonianza del paziente o del suo rappresentante e non comunicò le motivazioni per cui non diede loro udienza. Allo stesso modo, nel caso *D.S.E. c. Paesi Bassi*¹⁹⁸ il Comitato stabilì che il governo non aveva rispettato le procedure legittime, in quanto, a causa di un errore in rito, il periodo di internamento ospedaliero di una persona colpevole di reato e affetta da un disturbo mentale non era stato formalmente prorogato, per cui il ricorrente era stato ristretto per «un periodo di due mesi e venti giorni (...) [senza che vi fosse] alcuna decisione del tribunale a base della detenzione»¹⁹⁹.

L'internamento "legittimo" richiede inoltre un ambiente terapeutico avente requisiti minimi, atti a garantire anche il trattamento della malattia mentale. L'internamento, che ha come scopo la cura e il trattamento della persona malata, non può essere effettuato in ambienti punitivi o non adeguati sotto il profilo terapeutico²⁰⁰ (su cui *infra*).

6.1.3. Sul trattamento delle persone con malattia mentale

L'elemento fondamentale intorno a cui ruota la legislazione sulla salute mentale è costituito dal necessario presupposto di una diagnosi affidabile della malattia. In assenza di questa condizione, gli individui non possono essere sottoposti a limitazione della libertà personale, salvo quando condannati per aver commesso un reato. La normativa sui diritti umani pone perciò in evidenza l'importanza di una diagnosi attenta e accurata delle caratteristiche della patologia di cui soffre la persona.

197 Co.Du., 21 febbraio 1990, *Van der Leer c. Paesi Bassi*, ric. n. 12/1988/156/210.

198 Comitato Edu, 2 luglio 1997, *D.S.E. c. Paesi Bassi*, ric. n. 23807/94.

199 Comitato Edu, 2 luglio 1997, *D.S.E. c. Paesi Bassi*, §. 39; Co.Du., 2 settembre 1998, *Erkalo c. Paesi Bassi*, ric. n. 23807/94.

200 Nel caso *Claes c. Belgio*, la Corte ha sottolineato come la detenzione di una persona con disabilità mentali possa essere considerata legale ai sensi dell'art. 5, §. 1, solo se ha luogo in un istituto appropriato. Sebbene il ricorrente fosse stato collocato nel reparto psichiatrico del carcere di Merksplas, tuttavia non gli erano state offerte le cure adeguate e, peraltro, la sua lunga reclusione era stata causata esclusivamente dall'impossibilità di trovargli un posto in strutture alternative. Secondo la Corte, l'incapacità di fornire cure adeguate derivante da un problema strutturale e la prolungata privazione della libertà personale costituivano effettivi ostacoli alla possibilità di collocare le persone in un differente regime carcerario, ciò tuttavia non dispensava le autorità dal loro dovere di prendere le iniziative necessarie per far sì che la persona interessata ricevesse i trattamenti adatti alla sua condizione, aiutandola così a recuperare la libertà perduta (Co.Du., 10 gennaio 2013, *Claes c. Belgio*, ric. n. 43418/09).

Per giustificare l'internamento in un ospedale psichiatrico, la Cedu richiede un referto o una certificazione medica, anche se non definisce in termini generali che cosa si intenda per malattia mentale.

Tuttavia, nella già richiamata sentenza *Winterwerp c. Paesi Bassi*, la Corte ha sottolineato come «la Convenzione non precis[] cosa si intenda per 'alienato'», dato che «tale termine non si presta ad una interpretazione definitiva: (...) il suo significato non cessa di evolversi in concomitanza con i risultati della ricerca psichiatrica, la crescente flessibilità [*souplesse*] del trattamento ed il cambiamento della percezione collettiva nei confronti delle infermità mentali, in particolare nella misura in cui si va diffondendo una maggiore sensibilità per i problemi dei pazienti».

Ai sensi della Cedu, l'internamento di persone malate di mente richiede, eccetto in casi di emergenza, che siano rispettate tre condizioni minime:

a) lo Stato deve dimostrare sulla base di un *accertamento medico oggettivo* che l'individuo non è sano di mente²⁰¹. La predetta condizione procedurale è importante poichè legittima il provvedimento statale che ritiene necessario l'internamento per il trattamento di una persona con disturbo psichico. Secondo il Comitato, la prova medica può essere fornita anche da un medico generico e non necessariamente da uno psichiatra²⁰², sebbene è indubbio che uno psichiatra corrisponda meglio al Principio MI che richiede uno «standard medico accettato a livello internazionale»²⁰³. La Corte europea ha stabilito che la privazione di libertà, senza previo accertamento medico, è dunque illegittima²⁰⁴;

b) la malattia mentale «deve essere di *un tipo o grado tale da giustificare il ricovero coattivo*»²⁰⁵. Poiché la Cedu non definisce cosa sia malattia mentale, potrebbero teoricamente essere sottoposte a internamento anche persone con problemi di salute mentale relativamente leggeri. La Corte europea ha, tuttavia, messo in chiaro che l'infermità mentale deve essere sufficientemente grave da giustificare la privazione della libertà²⁰⁶. Il «disturbo mentale [riscontrato] (...) di un tipo o grado che giustifica il ricovero

201 Tra le pronunce più recenti della Corte europea, con riferimento all'art. 5 Cedu, si segnala la sentenza 5 giugno 2014, *Akopyan c. Ucraina*, nella quale la Corte ha accertato la violazione dell'art. 5, §. 1, Cedu in relazione al ricovero non volontario in ospedale psichiatrico di un cittadino a causa di una schizofrenia paranoide, cui seguiva la fuga dal nosocomio e il successivo ricovero volontario del ricorrente in altra struttura psichiatrica, nel corso del quale era stata accertata l'assenza di situazioni patologiche legittimanti una restrizione della libertà personale.

202 Comitato Edu, 14 maggio 1984, *Schuurs c. Paesi Bassi*, ric. n. 10518/83,

203 *Principle MI*, 4.

204 La Corte, nel caso *Herz c. Germania* (3 dicembre 2003, ric. n. 44672/98), ha rilevato che, laddove la normativa nazionale autorizzi il giudice ad ordinare in via provvisoria una misura detentiva in caso di urgenza, anche in mancanza di una valutazione medica scritta e dell'audizione del paziente, ciò non configura di per sé una violazione dell'art. 5, §. 1. Infatti, salvo che nei casi di urgenza, lo stato di alienazione di una persona, ai fini del suo ricovero, deve essere provato in modo inoppugnabile sulla base di una perizia medica oggettiva, giustificante la privazione della libertà, che non può protrarsi senza la persistenza del disturbo (Co.Du., 24 ottobre 1997, *Johnson c. Regno Unito*, ric. n. 254040/95; 24 settembre 1992, *Herczegfalvy c. Austria*, ric. n. 10533/83, § 63).

205 La detenzione di un individuo, inoltre, ribadiscono i giudici di Strasburgo, è una misura talmente grave da trovare giustificazione solo quando ogni altra misura di minore afflittività sia da ritenersi insufficiente a salvaguardare l'interesse pubblico o individuale sussistente nel caso concreto; l'internamento disposto a causa di una malattia mentale, in altre parole, è da ritenersi giustificato solo se strettamente necessario (anche Co.Du., 4 aprile 2000, *Witold Litwa c. Polonia*, ricorso n. 26629/95).

206 Al riguardo, la Corte ricorda che alle autorità nazionali deve essere riconosciuto un certo margine d'apprezzamento nello stabilire, caso per caso, se una persona debba essere sottoposta a misure restrittive

coattivo» non richiede che la patologia del paziente sia trattabile²⁰⁷, in quanto tale condizione potrebbe portare ad argomentare che un ospedale psichiatrico non dovrebbe isolare un paziente che soffre di una malattia non trattabile, come ad esempio un disturbo psicopatico, nella misura in cui il ricovero non verrebbe comunque ad influire sul suo stato. La Corte europea ha tuttavia rigettato questa argomentazione, adducendo come ragione che la tutela pubblica può giustificare la reclusione, anche se la malattia mentale non è trattabile²⁰⁸;

c) «la validità dell'internamento per un periodo prolungato *dipende dalla persistenza del disturbo*»²⁰⁹. Di conseguenza, anche se la persona ha sofferto di una forma grave di disturbo mentale al momento del ricovero, l'ospedale deve dimetterla quando raggiunge uno stato di salute mentale che non richiede più l'internamento. Logicamente, le autorità statali devono predisporre procedure per riesaminare nel tempo lo stato mentale di una persona, anche al fine di assicurarsi che tutti gli individui ricoverati siano ancora in una condizione patologica tale da richiedere la persistenza del ricovero.

In particolare, la Corte europea ha stabilito che, anche quando un esperto ha dichiarato che l'internato non soffre più di disturbi mentali, ciò non impone necessariamente che la legge disponga il suo rientro immediato e *incondizionato* nella comunità di provenienza²¹⁰.

Questa impostazione così rigida tuttavia limita la possibilità di giudicare se «gli interessi del paziente e della comunità in cui rientrerà trarrebbero maggior giovamento dalla dimissione immediata e incondizionata oppure no», laddove la Corte europea riconosce invece che l'autorità statale dovrebbe essere in grado di «mantenere forme di supervisione sui progressi di una persona una volta questa sia rientrata nella comunità e (...) far sì che la sua dimissione dal ricovero sia soggetta a condizioni»²¹¹.

Nel caso *Johnson*²¹², il Tribunale inglese di Revisione sulla Salute Mentale stabilì che il paziente era guarito dalla malattia mentale, ma rimandò la sua dimissione condizionandola a che gli fosse trovata una sistemazione idonea in un ostello, la cui mancanza fece sì che Johnson rimase ricoverato nell'ospedale psichiatrico per altri quattro anni. La Corte europea ritenne che, sebbene, di principio, fosse giustificato posticipare la dimissione, l'art. 5, §. 1, lett. e) non permetteva la detenzione di Johnson nella misura in cui l'ospedale non aveva adottato le tutele necessarie per garantire i diritti del paziente, specie sotto il profilo della motivazione della misura.

Nel caso *Gajcsi c. Ungheria*, la Corte ricorda che l'art. 5, §.1 della Convenzione, secondo un'interpretazione consolidata²¹³, richiede che qualsiasi privazione della libertà sia disposta non solo in conformità alle norme sostanziali e procedurali di ciascun Paese membro, ma

della libertà in quanto "malata di mente"; ciò non toglie, tuttavia, che debbano essere soddisfatte alcune condizioni minime: l'infermità mentale dovrà essere adeguatamente provata; il disturbo diagnosticato dovrà essere di natura o di gravità tale da richiedere misure restrittive della libertà; la legittimità del perdurare della detenzione sarà condizionata dalla permanenza del disturbo diagnosticato (cfr. *ex multis Winterwerp c. Paesi Bassi*, ric. n. 6301/73; 23 febbraio 1984, *Luberti c. Italia*, ric. n. 9019/80; 23 marzo 2008, *Shtukaturov c. Russia*, ric. n. 44009/05).

207 Co.Du., 20 febbraio 2003, *Hutchison Reid c. Regno Unito*, cit., §. 52-55.

208 Co.Du., 20 febbraio 2003, *Hutchison Reid c. Regno Unito*, cit., §. 52. Più ampiamente G. NIVEAU, J. MATERI, *Psychiatric commitment: Over 50 years of case law from the European Court of Human Rights*, in *European Psychiatry*, 2007, 22, 59-67.

209 Co.Du., 24 ottobre 1979 n. 33, *Winterwerp c. Paesi Bassi*, cit., §. 33.

210 Co.Du., 5 ottobre 2004, *Jonhson c. Regno Unito*, ric. n. 45508/99.

211 Co.Du., 5 ottobre 2004, *Jonhson c. Regno Unito*, cit., §. 63.

212 Co.Du., 5 ottobre 2004, *Jonhson c. Regno Unito*, cit., §. 60.

altresì in armonia con la finalità di cui all'art. 5, ovvero quella di proteggere l'individuo dall'arbitrio.

La Corte rileva che, per il diritto ungherese, presupposto di legittimità del ricovero e del trattamento obbligatorio è la "pericolosità" del soggetto sottoposto a dette misure. Nel caso oggetto di giudizio, tuttavia, si constatava come, nelle decisioni dei tribunali nazionali, non si fosse proceduto ad alcuna valutazione circa la pericolosità del comportamento del richiedente, come invece richiedeva la legislazione sanitaria interna. Stando così le cose, la Corte ha ritenuto che la proroga del trattamento obbligatorio del ricorrente non fosse stata disposta in conformità alle previsioni di legge, con conseguente violazione dell'art. 5, §. 1 della Convenzione.

Nel caso *H.L. c. Regno Unito*²¹⁴, la questione che la Corte tratta preliminarmente riguarda la possibile qualificazione come "detenzione" del ricovero informale disposto nei confronti del sig. H. L., che era stato sottoposto, tra il 22 luglio e il 29 ottobre 1997, ad una sorveglianza continua, senza possibilità di allontanarsi dalla struttura ospedaliera. Per i giudici di Strasburgo, tali circostanze sono sufficienti a qualificare la condizione subita dal ricorrente come privazione della libertà ai sensi dell'art. 5, §. 1 della Convenzione, non rilevando, ai fini della definizione di specie, la circostanza che le stanze dell'ospedale non fossero chiuse a chiave²¹⁵.

Risolto il problema qualificatorio, i giudici reputano fuor di dubbio che il giorno del ricovero il sig. H.L. versasse in una condizione emergenziale, tale da ritenere sussistenti ragionevoli motivi atti a giustificare la decisione assunta dalle autorità. Tale stato patologico è peraltro perdurato durante l'intero periodo dell'internamento sicchè le autorità nazionali hanno potuto sostenere la legittimità del provvedimento sulla base della dottrina di *common law* dello stato di necessità, imperniata sul criterio del *best interest* (miglior interesse) del paziente incapace di fornire il consenso alle cure. Nel caso trattato, nessuna regola procedurale precostituita e chiaramente fissata per legge ha accompagnato il provvedimento di ricovero informale, né era previsto, ad esempio, un limite di durata oltre il quale il ricovero coatto non potesse protrarsi, così come non si è proceduto alla nomina di un rappresentante legale che potesse esprimere un consenso informato al progetto di cura, opponendosi a trattamenti giudicati inadeguati. Tale carenza di regolamentazione e di garanzie per il paziente, ad avviso della Corte, ha determinato una sostanziale arbitrarietà della misura restrittiva e la sottoposizione del paziente ad un potere decisionale assoluto dei sanitari, venendo a violare quindi le disposizioni dell'art. 5, §. 1, della Convenzione.

Ciò che è opportuno sottolineare è che la Convenzione, in materia di internamento psichiatrico, non si ingerisce nelle questioni interne ai Paesi membri imponendo l'adozione di questa o quella norma sostanziale o procedurale, purché sia fatto salvo il rispetto di alcune regole generali, per lo più giurisprudenziali, derivanti dal principio di ragionevolezza, per cui, ad esempio, un trattamento sanitario obbligatorio va disposto previa acquisizione di

213 Co.Du., 3 gennaio 2007, *Gajcsi c. Ungheria*, ric. n. 34503/03.

214 Co.Du., 5 ottobre 2004, *H.L. c. Regno Unito*, ric. n. 45508/99; 12 marzo 2003, *Nowicka c. Poland*, ric. n. 30218/96.

215 Co.Du., 5 ottobre 2004, *H. L. c. Regno Unito*, cit., § 92, che così si esprime: «*The Court would therefore agree with the applicant that it is not determinative whether the ward was "locked" or "lockable" (...). In this regard, it notes that the applicant in Ashingdane was considered to have been "detained" for the purposes of Article 5 § 1 (e) even during a period when he was in an open ward with regular unescorted access to the unsecured hospital grounds and the possibility of unescorted leave outside the hospital*».

parere medico e sull'internamento deve essere possibile esercitare un controllo giurisdizionale²¹⁶.

È importante notare come i tre *standard* dettati ai sensi della citata disposizione della Cedu (ovvero, prova attendibile di disturbo mentale; disturbo tale da giustificare il ricovero in ospedale e la circostanza che il perdurare della reclusione dipenda dalla persistenza del disturbo) possono non trovare applicazione in situazioni di emergenza, sicchè, se la legislazione nazionale autorizza il ricovero ospedaliero d'urgenza, la Corte di Strasburgo non sempre richiede, quale condizione, che sia effettuata una visita medica approfondita prima del ricovero o dell'internamento specie se è impossibile eseguirla²¹⁷.

Secondo la Corte, infatti, «l'autorità nazionale che ha il potere di ordinare un ricovero d'urgenza deve, per la natura delle cose, godere di un'ampia discrezionalità»²¹⁸ e ciò può avvenire nei casi in cui sussiste il rischio che il paziente possa costituire una minaccia all'incolumità, alla sicurezza o all'ordine pubblico o che la sua condizione mentale possa peggiorare in modo grave. In tali circostanze, la sicurezza pubblica o il miglior interesse del paziente prevalgono sul diritto di libertà dell'individuo e possono giustificare il ricovero d'urgenza senza l'implementazione delle tutele previste dall'art. 5; vi è altresì da notare come la Corte richieda che sia esperita una visita medica completa immediatamente dopo il ricovero di emergenza²¹⁹.

Nel caso di individui malati, incapaci (parzialmente o totalmente) di autodeterminarsi, il controllo dei giudici di Strasburgo si fa, quindi, ancora più rigoroso e, nell'affrontare la questione della tensione/equilibrio tra interesse individuale e interesse collettivo, la loro posizione sembra caratterizzata da un tendenziale sbilanciamento a favore della tutela della persona. È chiaro che tale *favor* dipende, oltre che dal carattere fondamentale del diritto cui si sta trattando e dello scopo da esso perseguito (ossia impedire detenzioni arbitrarie sotto qualunque veste esse si presentino), anche dalla posizione di particolare «debolezza» in cui si trova il soggetto coinvolto.

216 La Corte ha ricordato in più occasioni che l'articolo 5, §. 1 della Convenzione si riferisce essenzialmente al diritto nazionale e stabilisce l'obbligo di rispettarne le norme sostanziali e procedurali, ma richiede, altresì, che la privazione della libertà non sia in contrasto con lo scopo di questo articolo, che è quello di proteggere l'individuo contro l'arbitrio (Co.Du., 24 ottobre 1979, *Winterwerp c. Paesi Bassi*, cit., §. 39; 20 febbraio 2003, *Hutchison Reid c. Regno Unito*, cit., §. 46; 3 dicembre 2003, *Herz c. Germania*, ric. n. 44672/98).

217 Co.Du., 5 novembre 1981, *X c. Regno Unito*, ric. n. 7215/75.

218 Co.Du., 5 novembre 1981, *X c. Regno Unito*, cit.

219 In nessun caso, ad ogni modo, può essere considerata legittima la disposizione di un internamento motivato da infermità mentale che non si basi sulla previa acquisizione di un parere medico, proprio in ossequio al principio della non arbitrarietà. Tale parere deve riguardare le condizioni dell'infermo al momento dell'internamento: accertamenti effettuati troppo tempo prima della detenzione sono dunque da ritenersi inadeguati. Una deroga alla regola del previo parere medico può essere ritenuta ammissibile, per ovvi motivi di urgenza, solo in caso di arresto in flagranza motivato da comportamenti violenti; anche in tale caso, tuttavia, si dovrà procedere all'acquisizione del parere di un esperto medico immediatamente dopo l'arresto. Nel caso in cui una valutazione medica sulle condizioni del presunto infermo di mente sia impossibile, ad esempio perché questi si rifiuta di sottoporsi ad un esame, come avvenuto nel caso di specie, l'autorità che si accinge a disporre misure restrittive della libertà del singolo dovrà quantomeno premunirsi affinché il medico presti le proprie osservazioni sul materiale documentale posseduto; in mancanza di ciò non potrà ritenersi rispettato il requisito in base al quale «la malattia mentale deve essere adeguatamente dimostrata» (cfr. *X c. Regno Unito*, ricorso n. 7215/75; 5 ottobre 2000, *Varbanov c. Bulgaria*, ric. n. 31365/96).

Infatti, tale posizione implica necessariamente una protezione «rafforzata» allo scopo di garantire effettivamente e concretamente quella parità sostanziale tra tutti gli individui nella fruizione dei diritti che è tra i fini ultimi di ogni strumento a tutela dei diritti dell'uomo²²⁰.

Riassumendo sul punto, si può rammentare come l'art. 5, §. 1, lett. e) della Cedu ponga i seguenti limiti all'internamento coatto di persone con disturbi mentali: a) l'autorità statale deve attenersi alle leggi nazionali seguendo tutti i criteri e le procedure richiesti da un regime democratico; b) l'autorità statale deve agire in conformità allo scopo del ricovero, che è quello di fornire una cura e un trattamento nel miglior interesse della persona²²¹. Ciò significa che le autorità non possono agire arbitrariamente e che le circostanze e le condizioni del ricovero devono essere compatibili con il trattamento più che con forme punitive²²²; c) la persona deve soffrire di una malattia mentale tale da giustificare il ricovero e l'internamento: è quindi onere dell'autorità statale fornire delle prove scientifiche da fonti indipendenti che dimostrino, secondo standard medici accettati a livello internazionale, la patologia di cui soffre la persona sottoposta a restrizione della libertà personale²²³; d) l'autorità statale non può trattenere una persona per un periodo irragionevole quando questa può usufruire del diritto ad un reinserimento "controllato" nella comunità.

6.1.4. Il diritto ad una procedura di revisione della misura restrittiva da parte dell'autorità giudiziaria

L'art. 5, §. 4, della Cedu sancisce che «ogni persona privata della libertà mediante arresto o detenzione ha il diritto di presentare un ricorso a un tribunale, affinché quest'organo decida entro breve termine sulla legittimità della sua detenzione e ne ordini la scarcerazione se la detenzione è illegittima»²²⁴.

Si ribadisce, in tal senso, la garanzia del diritto fondamentale di ogni individuo a: a) chiedere ed ottenere un giudizio di revisione sulla legittimità della misura restrittiva della libertà; b) ad opera di un tribunale indipendente, terzo ed imparziale; c) entro un periodo

220 V. ZAMBRANO, *Il favor dei giudici di Strasburgo verso la protezione dei diritti delle persone con disabilità nel quadro dell'interpretazione evolutiva della Cedu*, in *Scritti in memoria di Maria Rita Saulle*, II, Esi, Napoli, 2014, 1657 ss., specie 1663.

221 La Corte di Strasburgo ha tenuto a sottolineare che non è sufficiente che il detenuto sia sottoposto ad esami e sia fatta una diagnosi ma è necessario che sia adottata una terapia adeguata alla diagnosi e che sia soggetto ad un adeguato controllo medico. Cfr., Co.Du., 21 dicembre 2010, *Raffray Taddei v. France*, ric. n. 36435/07.

222 Co.Du., 30 luglio 1998, *Aerts c. Belgio*, ric. n. 25357/94.

223 Significative, in questo senso, le sentenze del 2 maggio 2013, *Zagidulina c. Russia* e *Petukhova c. Russia*, entrambe rese in materia di privazione della libertà personale quale conseguenza del ricovero in ospedale psichiatrico al fine di condurre un esame clinico sullo stato di sanità mentale del ricorrente. Nel primo caso, la Corte ha accertato la violazione del parametro convenzionale espresso nell'art. 5, §. 1, lett. e) per la mancata audizione della persona sottoposta all'indagine clinica (o di un suo rappresentante) al fine di consentire una completa valutazione delle condizioni cliniche inerenti lo stato mentale oggetto di verifica. Nel secondo caso, la violazione dell'art. 5, §. 1, lett. b) è stata accertata dai giudici di Strasburgo quale conseguenza della mancanza di una prova certa dell'informazione alla destinataria del provvedimento restrittivo della libertà e in virtù della violazione della legge nazionale disciplinante la restrizione della libertà personale in caso di necessità di accertare l'esistenza di una patologia psichiatrica.

224 Art. 5, §. 4.

ragionevolmente breve; d) dotato del potere di farlo scarcerare se è detenuto illegittimamente²²⁵.

a) *Il giudizio di revisione sulla legittimità della misura restrittiva*. Le persone private della libertà, in quanto affette da un disturbo mentale, devono usufruire del diritto di «fare ricorso a un tribunale in tempi ragionevoli per far valutare la ‘legittimità’ del loro ricovero, indipendentemente dal fatto che la detenzione sia stata ordinata da un tribunale civile o penale o da altra autorità»²²⁶.

La revisione indipendente del ricovero coatto ha due scopi precisi: da un lato, è indispensabile per verificare se le autorità hanno agito in conformità con le procedure e i criteri stabiliti dalle leggi nazionali, dall'altro, la revisione consente di controllare che l'autorità pubblica abbia agito nel rispetto della Cedu. Le autorità devono essersi conformate agli standard dell'art. 5, §. 1, lett. e) incluso il divieto di detenzione arbitraria e l'obbligo di un accertamento medico indipendente a dimostrazione che la persona è, e continua ad essere, malata di mente. La Corte europea, perciò, ha insistito perché la revisione indipendente non si riduca a una mera formalità, ma rappresenti un serio e approfondito esame del caso. Anche se la decisione dell'organo di revisione non deve sostituire quella dell'autorità che ha il potere di decidere, il primo deve comunque garantire che la persona soffra effettivamente di una malattia mentale tale da giustificare il ricovero coatto.

b) *La revisione da parte di un tribunale*. La Cedu richiede che la procedura di revisione della misura di ricovero coatto sia condotta da un “tribunale”²²⁷; con questa nozione, prevista nell'art. 5, §. 4, non si indica un organo giurisdizionale in senso classico, integrato nell'ordinamento giudiziario di una determinata nazione, ma piuttosto si richiede un organo di carattere giurisdizionale che offra garanzie procedurali alle parti interessate²²⁸.

225 Nell'interpretazione datane dalla giurisprudenza europea l'art. 5, §. 4, della Convenzione afferma principi che possono essere sintetizzati come segue: a) una persona con disturbi mentali, la quale sia ricoverata coattivamente in un istituto psichiatrico per un lasso di tempo non predeterminato, a maggior ragione quando la misura di internamento non sia sottoposta a revisione periodica, ha diritto ad azionare procedimenti finalizzati al controllo di legittimità della detenzione (cfr., *ex aliis*, X. c. *Regno Unito*, ric. n. 7215/75); b) simili procedure devono avere carattere giurisdizionale e devono essere corredate di garanzie individuali adeguate al tipo di restrizione della libertà in questione; l'adeguatezza delle garanzie procedurali va accertata caso per caso a seconda delle particolari circostanze in cui i procedimenti hanno luogo (cfr. Co.Du., 27 settembre 1990, *Wassink c. Paesi Bassi*, ric. n. 12535/86); c) le garanzie procedurali, in tali giudizi, non necessariamente devono coincidere con quelle proprie dei processi civili o penali richiamati dall'art 6, §. 1 della Convenzione; cionondimeno, è essenziale che all'interessato sia assicurato l'accesso a una corte e la connessa possibilità di essere ascoltato dai giudici, di persona o attraverso un proprio rappresentante. Il diritto d'azione va garantito, tramite appositi accorgimenti, anche a coloro i quali soffrono di disturbi psichici tali da compromettere la capacità di stare autonomamente in giudizio (cfr. *Winterwerp c. Paesi Bassi*, ric. n. 6301/73); d) ai fini dell'effettività dell'assistenza legale, l'art. 5 §. 4 della Convenzione non pone alcun onere di attivazione in capo alla persona affetta da disturbi mentali che agisca per la revisione giurisdizionale di una misura restrittiva della libertà (cfr. *Winterwerp c. Paesi Bassi*, ric. n. 6301/73; 12 maggio 1992, *Megyeri c. Germania*, ric. n. 13770/88).

226 Co.Du., 10 marzo 1972, *De Wilde c. Belgio*, ric. n. 2832/66.

227 Co.Du., 5 ottobre 2004, *H.L. c. Regno Unito*, *cit.*; 23 marzo 2008, *Shtukaturov c. Russia*, ric. n. **44009/05**.

228 Secondo la Corte, tuttavia, l'art. 5, §. 4 non è soddisfatto per il solo fatto dell'intervento di un organismo giudiziario anche se la procedura ha carattere giudiziario e offre all'interessato garanzie adeguate alla natura della privazione della libertà oggetto di contestazione. Per determinare se un procedimento offra sufficienti garanzie, si deve tener conto della natura particolare delle circostanze in cui si verifica (Co.Du., 21

Caratteristica fondamentale di tale organo è l'indipendenza dall'esecutivo e la terzietà rispetto alle parti in causa²²⁹, che costituisce una tutela di importanza cruciale poiché garantisce l'assenza di un conflitto di interessi nell'organo di revisione. Poiché tecnicamente l'autorità di disporre un fermo o un arresto appartiene alle forze di polizia, soggette al potere esecutivo, la Corte europea ritiene indispensabile che il tribunale afferisca ad un ramo diverso del potere statale: così, l'organo di revisione potrebbe afferire al ramo giudiziario come ad es. un organo giurisdizionale o potrebbe essere un'autorità indipendente sia dall'esecutivo che dal giudiziario²³⁰.

L'organo di revisione deve seguire una procedura di carattere giurisdizionale per offrire all'individuo le garanzie fondamentali che sono proprie della giurisdizione, anche se non è necessario che le garanzie prescritte dall'art. 6 della Cedu siano applicate anche nelle procedure legali ex art. 5, §. 4. In ogni caso la persona deve avere l'opportunità di presentare il suo caso, o personalmente o tramite un procuratore, e di contestare le prove mediche e legali addotte a supporto dell'internamento²³¹.

I disturbi afferenti alla salute mentale possono comportare restrizioni o deroghe alle procedure e alle forme di accesso alla giurisdizione, ma non possono giustificare una lesione all'essenza dei diritti fondamentali riconosciuti in generale²³². In questi termini può essere necessario istituire delle speciali tutele procedurali per proteggere gli interessi delle persone con sofferenza mentale che non siano pienamente in grado di agire in modo autonomo, come ad esempio la nomina d'ufficio di un legale rappresentante.

c) *La revisione da effettuare in tempi brevi.* L'art. 5, §. 4, nel garantire il diritto di accedere ad una procedura legale, concede anche il diritto ad un processo "in tempi brevi" per porre fine all'internamento, se illegittimo. La Corte europea ha stabilito gli standard temporali di un giudizio ragionevole²³³, sancendo che un ritardo nella procedura di revisione di quattro²³⁴ o cinque²³⁵ mesi viola la Cedu. Tuttavia, nel caso *E c. Nonvay*²³⁶, la Corte europea è andata ben oltre, dichiarando che il ritardo di otto settimane violava il diritto ad ottenere una revisione in tempi brevi²³⁷, violazione che poteva essere giustificata solo in presenza di casi eccezionali.

dicembre 2000, *Vodeničarov c. Slovacchia*, ric. n. 24530/94, § 33; 24 luglio 2001, *Rutten c. Paesi Bassi*, ric. n. 32605/96, § 53).

229 Co.Du., 5 ottobre 2000, *Varbanov c. Bulgaria*, cit.

230 Co.Du., 5 ottobre 2000, *Varbanov c. Bulgaria*, cit., §. 62.

231 Nella sentenza del 30 maggio 2013, *Malofeyeva c. Russia*, la Corte ha affermato la violazione dei §§. 2 e 4 dell'art. 5 Cedu in un caso di restrizione della libertà personale dell'accusata affinché potesse essere sottoposta, seppur contro la sua volontà, a esame psichiatrico. La Corte ribadisce l'orientamento costante in materia di tempestiva e completa enunciazione dei motivi della privazione della libertà e afferma, altresì, l'esigenza che sia garantita un'equa procedura interna anche in sede cautelare.

232 Co.Du., 20 febbraio 2003, *Hutchison Reid c. Regno Unito*, cit., §. 70.

233 La Corte rimarca che, in materia di limitazioni della libertà motivate da malattia mentale, le autorità nazionali hanno l'onere di procedere, ad intervalli di tempo ragionevoli, alla revisione delle misure restrittive comminate, riconsiderando periodicamente le condizioni effettive di chi a tali misure è sottoposto e ponendo fine alle restrizioni che non hanno più ragion d'essere (cfr. Co.Du., 12 ottobre 1978, *X c. Regno Unito*, ric. n. 7215/75). In dottrina P. BARTLETT, O. LEWIS, O. THOROLD, *Mental Disability and the European Convention on Human Rights*, Leiden, Boston, 2007, 252 ss.

234 *Van der Leer c. Paesi Bassi*, cit.

235 Co.Du., 25 ottobre 1990, *Koendjibiharie c. Paesi Bassi*, ric. n. 11497/85.

236 Co.Du., 29 agosto 1990, *E c. Norvegia*, ric. n. 8753/85.

237 Co.Du., 24 luglio 2001, *Rutten c. Paesi Bassi*, ric. n. 32605/96, §. 54.

In aggiunta a ciò, la complessità di un caso psichiatrico non esime le autorità nazionali dall'obbligo fondamentale di offrire una pronta revisione del ricovero²³⁸, così la Corte europea ha rilevato: «la Convenzione affida il dovere agli Stati contraenti di organizzare i loro sistemi legali in modo da permettere ai tribunali di ottemperare all'esigenza di [ottenere un'udienza in tempi brevi]»²³⁹. I ritardi nella revisione del ricovero non solo prolungano la sua durata, ma possono anche portare a valutazioni psichiatriche imprecise che non descrivono più lo stato mentale attuale della persona²⁴⁰. È necessario evidenziare un limite della giurisprudenza di Strasburgo in questo ambito, vale a dire il non aver stabilito termini temporali in relazione alla «periodicità» della revisione della decisione concernente l'internamento, il che si riflette in una riduzione della tutela dell'individuo e del suo diritto a non essere privato arbitrariamente della libertà.

6.1.5. Il potere di rilasciare i pazienti illegittimamente internati e il diritto alle revisioni periodiche

L'art. 5, §. 4, prevede che l'organo di revisione debba avere l'autorità di ordinare la dimissione del paziente se il ricovero è giudicato illegittimo. Di conseguenza, il tribunale deve essere investito del relativo potere e non può quindi operare come semplice ente consultivo²⁴¹.

Sono internati presso gli ospedali psichiatrici, in alcuni casi, autori di reati affetti da disturbi mentali non solo in base all'art. 5, §. 1, lett. e) ma anche ai sensi dell'art. 5, §. 1, lett. a), che permette «la detenzione legittima di una persona in seguito a condanna da parte del tribunale competente». Presumibilmente, la giustificazione della detenzione ai sensi del sottoparagrafo a) cessa quando la persona è rimasta in un istituto penitenziario per un periodo di tempo proporzionale alla gravità del reato commesso.

Quest'ultima ipotesi riguarda gli autori di reati, giudicati parzialmente o totalmente incapaci per infermità mentale, che sono ricoverati in ospedale su ordine di un tribunale, condizione diversa da quella degli altri pazienti ricoverati in forza di quanto disposto dalle leggi civili e sanitarie. Se il tribunale stabilisce che la persona è affetta da disturbi mentali che necessitano del ricovero ospedaliero, allora i requisiti prescritti ai sensi dell'art. 5, §. 4 in tema di controllo giurisdizionale della misura restrittiva si ritengono soddisfatti²⁴². La Corte europea ha ripetutamente sancito che quando un tribunale ordina l'internamento, la revisione giudiziaria prevista dalla Cedu è già presupposta in quella decisione²⁴³. Tuttavia l'ordine iniziale del tribunale può mantenere efficacia solo per un periodo di tempo

238 Co.Du., 5 giugno 2009, *Musial c. Polonia*, ric. n. 28300/06. Così ad esempio le Corti inglesi hanno spesso richiamato la giurisprudenza della Corte Edu sul tema: così in *Queen (on the application of C) v. Mental Health Review Tribunal*, No. C/OI/0022, 2001 WL 676817 (C.A. July 3, 2001), §§. 58, 66; *Mental Health Review Tribunals: Time Limits and the ECHR*, in *Med. Law Rev.*, 2002, 10, 89, 90; *R (on the application of KB, MK, JR, GM, LB, PD, and TB) v. Mental Health Review Tribunal*, 2002 WL 498854 (Q.B. Admin. Ct. Apr. 23, 2002).

239 Co.Du., 13 luglio 1983, *Zimmermann c. Svizzera*, ric. n. 8737/79.

240 Co.Du., 26 febbraio 2002, *Magalhaes Pereira c. Portogallo*, ric. n. 44872/98., §. 48.

241 Co.Du., 28 marzo 2000, *Curley c. Regno Unito*, ric. n. 32340/96.

242 Co.Du., 10 marzo 1972, *De Wilde c. Belgio*, cit.

243 Co.Du., 23 febbraio 1984, *Luberti c. Italia*, cit.

proporzionale alla gravità del reato contestato: così, nel caso *Silva Rocha c. Portogallo*²⁴⁴, la Corte europea affermò che lo Stato poteva, ai sensi del sottoparagrafo a), internare per tre anni una persona riconosciuta non imputabile per ragioni di infermità mentale, vista la gravità dell'offesa e il rischio pubblico; nel predetto caso, il tribunale giudicante aveva incluso nella sua decisione l'obbligo di revisione previsto dall'art. 5, §. 4, per cui, una volta scaduto tale periodo, la richiedente aveva potuto esercitare il diritto ad ottenere un'altra revisione giudiziaria.

In caso di internamento di persone con sofferenza mentale, la Corte europea prevede una revisione periodica della legittimità della misura, dato che la malattia mentale è naturalmente in evoluzione e dunque le revisioni periodiche devono essere eseguite a intervalli ragionevoli per assicurare che lo stato mentale della persona giustifichi la persistenza dell'internamento in ospedale psichiatrico²⁴⁵.

6.1.6. Il diritto ad essere informati sulle motivazioni del ricovero coatto

Il caso *X contro Regno Unito*²⁴⁶, all'inizio degli anni '80, rappresenta una delle decisioni cardine sul tema della salute mentale prese dalla Corte europea per i diritti umani²⁴⁷.

Il caso riguardava la Sez. 66 del *Mental Health Act* del 1959 del Regno Unito, che conferiva al Segretario di Stato per gli Affari Interni l'autorità di dimettere pazienti detenuti in ospedale con ricovero coatto, le cui dimissioni erano soggette a particolari restrizioni. Nella specie, un paziente internato era stato dimesso dall'ospedale di Broadmoor, ma, a seguito di segnalazione della polizia metropolitana, il Ministro degli Interni ne aveva ordinato di nuovo l'immediato ricovero. Ciò era avvenuto nonostante il paziente, nel periodo di libertà, avesse sempre ottemperato alle condizioni prescritte all'atto della sua dimissione, e peraltro non vi erano raccomandazioni mediche in senso contrario né alcun accertamento su fatti che potessero giustificare il suo rinnovato ricovero in ospedale.

La Corte europea ritenne che la Sez. 66 del *Mental Health Act* violasse l'art. 5 Cedu sotto diversi aspetti: in primo luogo, dato che la malattia mentale è soggetta ad evoluzione, chiunque sia trattenuto per motivi di «infermità mentale» ai sensi dell'art. 5, §. 1, lett. e) deve avere diritto a «una revisione giudiziaria periodica». Come indicato in precedenza, questa procedura di revisione non deve essere semplicemente volta a verificare che il ricovero sia stato disposto in conformità con la legge nazionale, ma anche se sia giustificato nel merito. Il paziente aveva, indubbiamente, la facoltà di ricorrere ad un organo giurisdizionale a garanzia dell'*habeas corpus*, di fronte a cui contestare la legittimità dell'internamento, ma, tale garanzia era limitata, in quanto a tale organo erano attribuiti poteri di controllo unicamente sulla legittimità formale del provvedimento. Sicché, nel contesto di tale procedura di revisione giudiziaria, il paziente non aveva potuto dimostrare che il Ministro degli Interni avesse agito in violazione della legge, in mala fede o arbitrariamente, dato che le contestazioni ammissibili riguardavano solo la validità formale

244 Co.Du., 15 novembre 1996, *Silvia Rocha c. Portogallo*, ric. n. 82/1995/588/674.

245 Co.Du., 25 ottobre 1990, *Thynne c. Regno Unito*, ric. n. 11787/85; 2 marzo 1987, *Weeks c. Regno Unito*, ric. n. 9787/82.

246 Co.Du., 5 novembre 1981, *X c. Regno Unito*, cit., §§. 41-46.

247 B. McSHERRY, P. WELLER, *Rethinking Rights-Based Mental Health Laws*, Hart Pubbl., Oxford, 60 ss.; D.W. JACKSON, *The United Kingdom Confronts the European Convention on Human Rights*, University Press of Florida, 1997, 127 s.

della misura limitativa della libertà personale e non il merito. La Corte europea stabilì, perciò, che la procedura di *habeas corpus* non garantiva una forma di revisione giudiziaria conforme ai criteri dettati dalla Convenzione, tale da garantire un esame anche in termini sostanziali della giustificazione dell'internamento.

In secondo luogo, nessuno dei due soggetti preposti alla revisione nel merito del caso – il Ministro degli Interni e il Tribunale di Riesame sulla Salute Mentale (MHRT) – erano organi dotati del potere di ordinare la dimissione del paziente: in particolare il Ministro degli Interni, che aveva assunto la decisione finale, non era un “organo giurisdizionale”, non essendo indipendente dall'esecutivo o dalle parti in causa e non agendo sulla base di motivazioni strettamente giuridiche. L'MHRT, d'altro canto, era un organo giurisdizionale, essendo indipendente e agendo sulla base del dato giuridico, ma non era dotato del potere di disporre la dimissione del paziente, potendo tutt'al più offrire raccomandazioni al Ministero, che però l'esecutivo ignorò.

Le circostanze in cui il Ministro degli Interni ha esercitato il suo potere nel caso *X c. Regno Unito* hanno portato il Comitato europeo a contestare una potenziale violazione dell'art. 5, §. 2²⁴⁸, poichè le autorità non avevano informato prontamente il ricorrente dei motivi del suo rinnovato ricovero. Tale violazione trovava il presupposto nel rapporto tra i §§. 2 e 4²⁴⁹ dell'art. 5 secondo cui una persona soggetta a internamento in un ospedale psichiatrico potrebbe non essere in grado di esercitare in modo efficace il diritto ad accedere alla giustizia a meno che qualcuno non la informi prontamente e adeguatamente delle ragioni della privazione della sua libertà.

6.1.7. Le condizioni legali del ricovero e dell'internamento

I diritti umani che sono posti a tutela delle persone con sofferenza mentale riguardano principalmente la libertà e la sicurezza, così, ad esempio, garantiscono *standard* e procedure adeguate per il ricovero coatto in un ospedale e offrono l'opportunità di revisioni periodiche da parte di un tribunale o di un organo indipendente.

Ma i diritti umani non si fermano sulla soglia di un ospedale, anzi, essi stabiliscono degli *standard* minimi per l'ambiente terapeutico e per la prevenzione di abusi o di negligenza nei confronti dei pazienti.

Il sistema europeo ha definito questi standard minimi sulla base di diverse fonti: a) l'art. 3 Cedu proibisce il trattamento disumano e degradante; b) l'art. 5, §. 1 proibisce la detenzione arbitraria; c) la Convenzione europea per la prevenzione della tortura e delle pene o trattamenti inumani o degradanti prevede un meccanismo per il monitoraggio delle condizioni di reclusione.

In particolare, l'art. 3 Cedu sancisce che «nessuno può essere sottoposto a tortura né a pene o trattamenti inumani o degradanti». Non sono quindi ammesse deroghe anche se tali condotte risultassero necessarie per tutelare la salute collettiva, la sicurezza pubblica o la

248 L'art. 5, §. 2, della Cedu dichiara che «ogni persona arrestata deve essere informata, al più presto e in una lingua a lei comprensibile, dei motivi dell'arresto e di ogni accusa formulata a suo carico». Questa clausola si spinge oltre il campo della legge criminale interessando qualsiasi restrizione della libertà personale ai sensi delle leggi sulla salute mentale.

249 L'art. 5, §. 4, prevede il «diritto di presentare un ricorso a un tribunale, affinché decida entro breve termine sulla legittimità della detenzione [di una persona]». Cfr. Co.Du., 5 ottobre 2000, *Varbanov c. Bulgaria*, ric. n. n. 31365/96, §§. 47-48.

sicurezza nazionale²⁵⁰, anche per questo la Corte europea ha stabilito quindi che la tortura è assolutamente priva di scopo legittimo²⁵¹.

A differenza della tortura, il trattamento disumano e degradante non richiede mala fede da parte delle autorità statali, tuttavia i *Principi delle Nazioni unite sulla detenzione* prescrivono che «i trattamenti o le punizioni disumane e degradanti devono essere interpretate in modo da garantire la massima protezione possibile contro gli abusi, siano questi fisici o mentali»²⁵².

In particolare, nel campo della salute mentale, gli operatori che restringono o limitano la libertà dei pazienti possono violare l'art. 3 Cedu anche se il loro scopo è di fornire una terapia al paziente o sicurezza alla comunità²⁵³. L'indicata disposizione si applica dunque ai pazienti degli ospedali psichiatrici che siano vittime di trascuratezza, maltrattamenti, abusi da parte di chi li assiste o condizioni degradanti nei luoghi in cui sono ricoverati. Poiché i pazienti sono vulnerabili in virtù del loro stato mentale e della loro fragilità è necessario considerare con particolare attenzione le condizioni di ricovero e/o internamento.

La posizione di inferiorità e l'impotenza tipica dei pazienti ricoverati in ospedali psichiatrici richiede un maggior controllo nel verificare che i principi della Convenzione siano rispettati. Anche se la decisione spetta alle autorità mediche, i pazienti, tuttavia, devono essere comunque tutelati ai sensi dell'art. 3²⁵⁴.

Ciò che la Convenzione e, quindi anche la Corte, vogliono garantire è quel nocciolo duro costituito dall'intrinseca dignità connessa all'essere umano che esige rispetto in qualunque circostanza quest'ultimo si trovi a vivere. Affinché tali condizioni siano garantite non è, però, sufficiente la semplice affermazione dell'intangibilità della dignità umana intesa nel suo nucleo essenziale²⁵⁵, ma devono essere adottate tutte le misure concrete indispensabili ad assicurare l'integrità e identità del paziente possano esplicarsi pur nelle reali condizioni di vita proprie di ciascuno. Tale assunto conduce ad un altro principio enucleato dalla giurisprudenza della Corte in relazione al rispetto dell'art. 3, vale a dire l'obbligo delle parti contraenti di assicurare ai detenuti disabili uno *standard* minimo di cure o di garanzie adeguate alle loro particolari esigenze.

Nel già citato caso *Irlanda c. Regno Unito* la Corte europea ha stabilito lo *standard* al di sotto del quale viene ad essere integrato un trattamento disumano e degradante: il trattamento è disumano solo se raggiunge un livello di gravità tale da comportare una sofferenza fisica o mentale considerevole ed è degradante se la persona subisce un'umiliazione o uno svilimento che abbiano un livello minimo di gravità²⁵⁶. Il trattamento disumano e degradante dipende da tutte le circostanze del caso, inclusi «la natura e il

250 Co.Du., 4 dicembre 1995, *Ribitsch c. Austria*, ric. n. 18896/91.

251 Co.Du., 18 gennaio 1978, *Irlanda c. Regno Unito*, ric. n. 5310/71, §. 167 secondo cui la tortura ha «a special stigma to deliberate inhuman treatment causing very serious and cruel suffering».

252 *Body of Principles for the Protection of All Persons Under Any Form of Detention or Imprisonment*, General Assembly Resolution 43/173 (9 December 1988), in www.un.org.

253 Co.Du., 15 maggio 1980, *McFeeley c. Regno Unito*, ric. n. 8317/78.

254 Co.Du., 24 settembre 1992, *Herczegfalvy c. Austria*, ric. n. 10533/83.

255 Sul valore della dignità nel campo della salute mentale M.L. PERLIN, *Understanding the Intersection between International Human Rights and Domestic Mental Disability Law*, in B. ARRIGO, H. BERSOT (eds.), *The Routledge Handbook of International Crime and Justice Studies*, 2013, Routledge, London, 191 ss.

256 Fondamentale, a tale scopo, è il cd. criterio della intensità delle sofferenze inflitte che permette di stabilire una sorta di gerarchia tra i tre diversi tipi di trattamento: il livello superiore è costituito dalla tortura, il livello intermedio dalle pene o trattamenti inumani, mentre il livello inferiore dalle pene o trattamenti degradanti.

contesto del trattamento, il modo e metodo di esecuzione, la sua durata, gli effetti fisici e mentali e, in alcuni casi, il sesso, l'età e lo stato di salute [della vittima]»²⁵⁷.

L'analisi della giurisprudenza europea relativamente all'art. 3, dunque, rivela come si sia consolidato un metodo interpretativo elastico, per cui, stante l'assenza di definizioni precise dei concetti di pena e trattamento inumano o degradante, la Corte si sia riservata la possibilità di adeguare costantemente l'articolo in questione all'evoluzione dei costumi sociali e della mentalità diffusa, in sintonia con i vari cambiamenti politici, sociali, economici e culturali, preservandolo, in tal modo, da ogni anacronismo.

In teoria, gli organi giurisdizionali possono quindi utilizzare i criteri dettati dall'art. 3 per analizzare da vicino sia le condizioni della reclusione sia il trattamento del paziente (incluso il trattamento medico obbligatorio)²⁵⁸. Nonostante questo, la giurisprudenza sull'art. 3 Cedu è stata molto rispettosa nei confronti delle autorità competenti in materia di salute mentale: così la Corte europea ha manifestato questa deferenza nel caso *Herczegfalvy c. Austria*²⁵⁹, ove ha sostenuto che «sta alle autorità sanitarie decidere, in base alle norme riconosciute della scienza medica, i metodi terapeutici da utilizzare, se necessario con la forza, per preservare la salute fisica e mentale dei pazienti». Nel caso di specie, un ospedale psichiatrico aveva ricoverato il ricorrente che versava in uno stato di debolezza fisica in seguito a uno sciopero della fame, nutrendolo forzatamente contro la sua volontà e somministrandogli forti dosi di sedativi. A causa del suo comportamento aggressivo, i dipendenti dell'ospedale lo avevano legato a un letto di sicurezza fissandolo con una rete e delle cinghie, ma, sebbene la Corte europea avesse stigmatizzato l'utilizzo prolungato delle manette e della contenzione quale fattore disturbante, decise che la costrizione era giustificata dal punto di vista medico.

La Corte europea ha perciò tradizionalmente delineato un livello di garanzia che richiede alle autorità statali di dimostrare che le condizioni o il trattamento in questione siano conformi agli *standard* propri della scienza psichiatrica e riconosciuti a livello internazionale. I giudici di Strasburgo, nell'applicare questo criterio, si sono di fatto rimessi al giudizio dei professionisti della salute mentale, non riscontrando in vari casi alcuna violazione²⁶⁰ anche se il paziente riteneva di essere stato trattato come un animale. Si può considerare, in tal senso, l'impostazione adottata nei casi *B c. Regno Unito*²⁶¹, *Dhoest c. Belgio*²⁶² e *Aerts c. Belgio*²⁶³.

Nel già citato caso *B c. Regno Unito*, un paziente del Broadmoor Hospital si lamentò che lo Stato lo stava detenendo in condizioni di sovraffollamento caratterizzato da «servizi igienici inadeguati» e una «costante [atmosfera] di violenza»²⁶⁴. Questi denunciò che i letti del dormitorio erano solo a 8-15 pollici (ovvero circa 20-32 cm) di distanza l'uno dall'altro, che non c'era *privacy* e aveva poche occasioni di stare all'aria aperta e di fare esercizio

257 Co.Du., 18 gennaio 1978, *Irlanda c. Regno Unito*, cit.; anche 25 marzo 1993, *Costello-Roberts c. Regno Unito*, ric. n. 13134/87.

258 Comitato Edu, 2 dicembre 1992, *Grare c. Francia*, ric. n. 18835/91.

259 Co.Du., 24 settembre 1992, *Herczegfalvy c. Austria*, cit. su cui M. MASSA, *Diritti fondamentali e contenzione nelle emergenze psichiatriche*, cit., 181 s.

260 Co.Du., 2 marzo 1976, *Hilton c. Regno Unito*, ric. n. 5613/72; su cui L.O. GOSTIN, *Beyond moral claims: A human rights approach in mental health*, in *Cambridge Quarterly of Healthcare Ethics*, 2001, 10, 3, 264-274.

261 Comitato Edu., 7 ottobre 1981, *B c. Regno Unito*, ric. n. 6870/75.

262 Comitato Edu., 4 marzo 1988, *Dhoest c. Belgio*, ric. n. 10448/83.

263 Co.Du., 30 luglio 1998, *Aerts c. Belgio*, ric. n. 25357/94.

264 Comitato Edu., 7 ottobre 1981, *B c. Regno Unito*, cit., §. 5.

fisico²⁶⁵. Si lamentava inoltre di non aver ricevuto alcun trattamento di qualunque tipo e che non aveva quasi mai visto il suo medico²⁶⁶.

Il Comitato decise che il suo reclamo era ammissibile per le seguenti ragioni:

«Le condizioni fisiche al Broadmoor Hospital sono indubbiamente insoddisfacenti e, nel corso degli anni, sono state criticate da diversi enti ufficiali. Anche se il personale ospedaliero fa (...) del proprio meglio per sopperire alle inadeguatezze, ciò non esclude la possibilità che le condizioni fattuali dell'internamento possano di per sé determinare una questione ai sensi dell'art. 3. Il Comitato ritiene che le diverse accuse del ricorrente concernenti le condizioni del ricovero e la questione del trattamento medico devono essere viste insieme e, se esaminate in questo modo, sollevare il problema ai sensi dell'art. 3 che richiede un'investigazione e un esame in merito».

In seguito il Comitato si pronunciò contro il ricorrente a causa dell'assenza di condotte o situazioni sufficientemente gravi da supportare la tesi di un trattamento disumano e degradante. È da segnalare che la posizione del Comitato non è conforme alla giurisprudenza relativa all'art. 3 Cedu, nella quale si evidenzia che il trattamento disumano e degradante dipende da *tutte* le circostanze del caso²⁶⁷. Ciò in quanto molte forme di tortura e di trattamento disumano e degradante non implicano semplicemente un singolo atto efferato, ma piuttosto un insieme di condotte o atteggiamenti nel loro complesso eccessivamente crudeli.

La Corte ha ribadito in più occasioni che, per rientrare nel campo di applicazione dell'art. 3 della Convenzione, il maltrattamento deve raggiungere un livello minimo di gravità, tenuto conto che la valutazione di standard minimo è relativa, dipendendo da tutte le circostanze del caso (Co.Du., *Vilvarajah e altri c. Regno Unito*, 30 ottobre 1991, ric. n. 13163/87, § 107; 30 luglio 1998, *Aerts c. Belgio*, ric. n. 25357/94).

Nel caso *Dhoest c. Belgio*, il Comitato non riconobbe alcuna violazione dell'art. 3 nel fatto che gli infermieri avessero legato il paziente al letto per una notte, somministrandogli forzatamente dei tranquillanti. Il Comitato sostenne che, per quanto l'opposizione o la non-collaborazione di una persona non giustifichi un trattamento disumano e degradante, «prese in considerazione tutte le circostanze (...) e in particolare la sua ostilità verso (...) il trattamento (...) e le (...) condizioni di detenzione, non si era raggiunta quella soglia di gravità di trattamento [disumano e degradante] previsto dall'art. 3 della Convenzione»²⁶⁸.

Anche nel caso *Aerts c. Belgio*²⁶⁹, la Corte europea non rilevò alcuna violazione dell'art. 3 nonostante il fatto che una persona affetta da malattia mentale fosse stata mantenuta rinchiusa nell'ala psichiatrica del carcere Lantin. La Commissione europea per la prevenzione della tortura e del trattamento disumano e degradante aveva criticato aspramente la detenzione perché non aveva rispettato gli standard «etici e umanitari minimi accettabili», tuttavia, la Corte europea ritenne che «le condizioni di vita (...) non sembrano avere avuto effetti gravi sulla salute mentale [del ricorrente] tali da far rientrare il caso nell'ambito dell'art. 3 (...) [e] non è stato stabilito in modo definitivo che il ricorrente abbia subito trattamenti che possono essere classificati disumani o degradanti»²⁷⁰.

265 Comitato Edu., 7 ottobre 1981, *B c. Regno Unito*, cit., §. 132.

266 Comitato Edu., 7 ottobre 1981, *B c. Regno Unito*, cit., §§. 187, 199.

267 Comitato Edu., 4 marzo 1988, *Dhoes c. Belgio*, cit.

268 Comitato Edu., 4 marzo 1988, *Dhoes c. Belgio*, cit.

269 Co.Du., 30 luglio 1998, *Aerts c. Belgio*, cit.

270 Co.Du., 30 luglio 1998, *Aerts c. Belgio*, cit.

In *A. c. Regno Unito*²⁷¹, il Comitato europeo definì un accordo nel quale implicitamente si riconosceva che certe forme di internamento, anche se ordinate dall'autorità medica, possono risultare disumane. Un paziente del famigerato Broadmoor Hospital aveva lamentato la violazione dell'art. 3 Cedu in quanto l'ospedale l'aveva sottoposto a trattamento disumano e degradante durante un periodo di internamento durato cinque settimane dopo il suo presunto coinvolgimento nell'incendio doloso di uno dei reparti ospedalieri. L'ospedale diede al paziente opportunità limitatissime per fare esercizio fisico o per socializzare con gli altri, lo privò di mobili e abbigliamento adeguati e lo mise in una stanza poco igienica, priva di luce e ricambio d'aria adeguati. Tale caso dimostra che, sebbene anche la Corte europea non sia stata particolarmente sensibile alle denunce di trattamento disumano e degradante, l'art. 3 costituisce comunque una fonte legale importante per migliorare le condizioni di vita negli ospedali psichiatrici.

Nel caso *Claes c. Belgio*²⁷² la Corte ha ribadito che è fondamentale fornire alle persone con disturbi mentali sia i trattamenti adeguati alle diagnosi, sia un appropriato controllo medico. Nel caso di specie, nonostante i sanitari avessero constatato un miglioramento delle condizioni del ricorrente, questi rimase comunque nel reparto psichiatrico, poiché non era stata trovata alcuna struttura idonea ad accoglierlo. Questa perdurante situazione ha avuto un effetto dannoso sullo stato psicologico del ricorrente. La Corte ha infatti riconosciuto che il sig. Claes, a causa del suo stato mentale, era diventato più vulnerabile di qualsiasi altro carcerato e che la lunga detenzione nel reparto psichiatrico aveva esasperato la sua sensazione di disagio. La Corte ha attribuito notevole rilevanza al fatto che le doglianze del ricorrente trovavano conferma nella totalità degli studi effettuati a livello nazionale e internazionale, da cui emergevano: i difetti, le carenze e l'inadeguatezza dei reparti psichiatrici per la detenzione delle persone con disabilità mentali, la carenza di personale, il basso livello di assistenza, lo stato fatiscente dei locali, il sovraffollamento nelle carceri, la carenza dei posti nelle strutture psichiatriche esterne al carcere.

Secondo la Corte, quindi, la condizione del ricorrente derivava proprio da un problema strutturale, conseguente alla circostanza che l'assistenza fornita nei reparti psichiatrici delle carceri era inadeguata e spesso era impossibile collocare le persone in strutture alternative, o a causa della carenza di posti, ovvero perché le leggi in materia non consentivano alle autorità di igiene mentale di sistemare le persone in strutture esterne. La Corte ha quindi concluso che le autorità nazionali non avevano fornito le cure richieste al ricorrente, il quale era stato sottoposto a trattamenti degradanti ex art. 3 Cedu, a causa della lunga detenzione in condizioni non adeguate.

Quanto alle forme del trattamento sanitario, nel caso *Shtukurov c. Russia*²⁷³, il ricorrente lamentava che la somministrazione forzata di psicofarmaci da questi subita si fosse tradotta in un trattamento disumano e degradante ai sensi dell'art. 3 della Convenzione, tuttavia la Corte, facendo uso della propria ampia discrezionalità sul punto, ha osservato che i farmaci impiegati dalla struttura ospedaliera (aloperidolo e clorpromazina) rientravano nei comuni protocolli medici e che peraltro il loro effetto nocivo o afflittivo non era stato provato in maniera sufficiente, il che ha determinato il rigetto della doglianza²⁷⁴.

271 Comitato Edu., 12 maggio 1977, *A. c. Regno Unito*, ric. n. 6840/74.

272 Co.Du., 10 gennaio 2013, *Claes c. Belgio*, ric. n. 43418/09.

273 Co.Du., 23 marzo 2008, *Shtukurov c. Russia*, ric. n. 44009/05.

La Corte europea ha poi affrontato la questione se la Convenzione proibisce di rimpatriare o deportare una persona affetta da malattia mentale in nazioni che non offrono cure adeguate. Nel caso *Bensaid c. Regno Unito*²⁷⁵ la Corte europea ha confermato la legittimità di una decisione del Ministero degli Interni inglese che aveva rimpatriato una persona affetta da schizofrenia nella sua nazione di origine, l'Algeria, adducendo come motivazione che il matrimonio celebrato in Inghilterra era stato concluso per ragioni di convenienza. Non vi era stata pertanto alcuna violazione dell'art. 3, anche se la possibilità per il paziente di usufruire del trattamento prescritto per la sua patologia sarebbe risultata più difficile in Algeria²⁷⁶. La Corte sostenne che l'art. 3 include situazioni in cui la responsabilità per il trattamento lamentato è al di là del controllo dello Stato, è però necessario il raggiungimento di una "alta soglia" nelle violazioni contestate quando lo Stato non è «direttamente responsabile (...) del (...) danno»²⁷⁷.

I casi sopra descritti dimostrano come la Corte europea abbia fissato una alta soglia atta ad innescare una violazione dell'art. 3. Dalle decisioni in commento emerge come, almeno sino agli anni '90, il Comitato e la Corte europea siano state estremamente deferenti verso l'autorità statale tanto che non si rinvenivano precedenti in cui le condizioni degli ospedali psichiatrici siano state considerate sufficientemente disumane e degradanti da violare l'art. 3 della Convenzione.

In due casi importanti, però, la Corte europea ha operato un *revirement* nella sua giurisprudenza e applicato le garanzie contro il trattamento disumano e degradante verso persone con sofferenza mentale in ambiente carcerario. Nel primo caso, quello *Keenan c. Regno Unito*²⁷⁸, si trattava del suicidio di un uomo malato di mente rinchiuso in una cella di isolamento della prigione dopo che aveva assalito due guardie carcerarie. Il vice Governatore prolungò la condanna del prigioniero di 28 giorni, mettendolo in isolamento per 7 giorni. La Corte decise che la mancanza di un effettivo monitoraggio e di assistenza psichiatrica da parte dei funzionari carcerari aveva reso evidenti «significative violazioni nelle cure sanitarie fornite a una persona malata di mente»²⁷⁹. Considerando la vulnerabilità del prigioniero e l'obbligo delle autorità di tutelare la sua salute, la Corte decise che la grave punizione disciplinare «aveva minacciato la sua resistenza fisica e morale», influenzando negativamente sulla sua personalità. La Corte europea stabilì che queste azioni violavano l'art. 3 in quanto «costituiscono trattamento disumano e degradante»²⁸⁰.

Alcuni mesi dopo, la Corte europea applicò di nuovo l'art. 3 in relazione al trattamento subito in una prigione da una persona con infermità psichica. Nel caso *Price c. Regno Unito*²⁸¹ una donna, affetta da gravi disabilità fisiche, fu condannata a sette giorni di

274 Il trattamento farmacologico imposto dal personale medico è stato oggetto di scrutinio per violazione del diritto al rispetto della vita privata e familiare nella sentenza 12 giugno 2014, *L.M. c. Slovenia*, avente ad oggetto un caso in cui il ricorrente era stato sottoposto a ingiustificato ricovero forzato presso un nosocomio psichiatrico, senza consenso alcuno e – per di più – con l'indebito coinvolgimento del genitore nell'adozione della terapia.

275 Co.Du., 6 febbraio 2001, *Bensaid c. Regno Unito*, ric. n. 44599/98.

276 Il paziente poteva essere trattato in Algeria in un ospedale a 75 km da casa (463), quindi la circostanza secondo cui sarebbe stato più difficile per lui sottoporsi a un trattamento nella sua terra di origine rispetto al Regno Unito venne ritenuto ininfluenza ai fini degli scopi dell'art. 3.

277 Co.Du., 6 febbraio 2001, *Bensaid c. Regno Unito*, cit., §. 21.

278 Co.Du., 3 aprile 2001, *Keenan c. Regno Unito*, ric. n. 27229/95.

279 Co.Du., 3 aprile 2001, *Keenan c. Regno Unito*, cit., §§. 125-129.

280 Co.Du., 3 aprile 2001, *Keenan c. Regno Unito*, cit., §. 137.

281 Co.Du., 10 luglio 2001, *Price c. Regno Unito*, ric. n. 33394/96.

reclusione per oltraggio alla corte e rinchiusa in una cella priva di quei supporti di cui necessita una persona con disabilità fisiche. Così, la ricorrente fu costretta a dormire su una sedia a rotelle, non fu in grado di utilizzare i servizi igienici né di accedere agli interruttori della luce o ai pulsanti di emergenza perché erano tutti al di fuori della sua portata, il che aggravò i suoi preesistenti problemi medici. La Corte, nel vagliare il caso, sottolineò come per stabilire se il trattamento fosse degradante si sarebbe dovuto tener conto dell'intento, ovvero se fosse quello di umiliare la persona interessata: in concreto si sancì che i funzionari carcerari, pur non avendo inteso umiliare la donna, avevano altresì integrato la fattispecie del trattamento degradante, proibito dalla Cedu, attraverso la detenzione, in quelle condizioni, di una persona affetta da disabilità.

Si può richiamare, inoltre, il caso *Hénaf c. Francia*²⁸² nel quale, in assenza di pregresse condotte violente o di sintomi di pericolosità, il ricorrente era stato comunque sottoposto alla misura abnorme della contenzione al letto durata per un'intera notte, nonostante che, nel frattempo, due poliziotti piantonassero la camera in cui era ricoverato. Situazioni che integravano in maniera palese un trattamento disumano e degradante.

Sebbene l'uso da parte della Corte europea dell'art. 3 delinea un nuovo percorso nella tutela dei diritti umani delle persone con disabilità, queste decisioni non presentano tuttavia uno standard chiaro o una tendenza ben definita. La realtà di questi casi gioca comunque un ruolo importante nella giurisprudenza europea e, in particolare, nello stabilire se un istituto, una prassi o una specifica condotta abbiano violato la proibizione del trattamento disumano e degradante²⁸³.

6.1.8. L'ambiente anti-terapeutico come forma di detenzione arbitraria

L'art. 5, §. 1, lett. e) della Cedu prevede un altro possibile percorso per stabilire se le condizioni di internamento siano così anti-terapeutiche da violare la Convenzione. Come rammentato sopra, la Corte europea ha sostenuto che, ai sensi della disposizione richiamata, l'utilizzo del termine "legittimo" comporta che il provvedimento debba essere conforme alla legge nazionale e agli scopi di privazione della libertà consentiti nella Cedu²⁸⁴. In teoria, ci deve essere un nesso ragionevole tra i motivi per cui una persona viene internata e i mezzi utilizzati per raggiungere questi scopi e dato che gli scopi per disporre l'internamento per infermità mentale sono essenzialmente di carattere terapeutico, questa misura può aver luogo solo in una struttura attrezzata a fornire una cura e un trattamento minimamente adeguati.

Non si può che ribadire come la Convenzione, ai sensi dell'art. 5, § 1, faccia rinvio essenzialmente al diritto nazionale, prevedendo l'obbligo di rispettarne le norme sostanziali e procedurali, pur nella necessaria conformità di ogni privazione della libertà con lo scopo di cui all'art. 5, vale a dire proteggere l'individuo contro l'arbitrio (si veda, tra le altre, la sentenza *Winterwerp c. Paesi Bassi*, 24 ottobre 1979, *cit.*, §§. 39 e 45; 15 novembre 1996, *Bizzotto c. Grecia*, ric. n. 76/1995/582/668).

Nei casi *Ashingdane* e *Dhoest*, le istituzioni del sistema europeo non hanno riconosciuto un legame tra l'internamento (che è rilevante ai sensi dell'art. 5) e le condizioni della stesso

282 Co.Du., 27 novembre 2003, *Hénaf c. Francia*, ric. n. 65436/01.

283 Co.Du., 25 marzo 1993, *Costello-Roberts c. Regno Unito*, ric. n. 13134/87.

284 Co.Du., 30 luglio 1998, *Aerts c. Belgio*, *cit.*, §§. 41-50.

(rilevanti ai sensi dell'art. 3), è pur vero che la Corte europea ha lasciato intendere che l'art. 5, §. 1, lett. e) influisce sui criteri per la revisione delle condizioni di internamento di un paziente. Un primo indice a questo riguardo si desume dal caso *Ashingdane* ove la Corte stabilì che l'internamento era legittimo ai sensi dell'art. 5 solo se eseguito in un ospedale, clinica o altro istituto idoneo.

La Corte andò anche oltre nel caso *Aerts c. Belgio* laddove suggerì che le persone con malattia mentale devono essere reclusi in un ambiente avente condizioni terapeutiche minime, sottolineando in particolare la necessità di un nesso tra il motivo di una legittima privazione della libertà e il luogo e le condizioni dell'internamento. Per principio, "la detenzione" di un paziente con infermità mentale sarà "legittima" secondo gli scopi descritti nella lettera e) del §. 1 se compiuta in un ospedale, clinica o altro istituto idoneo; sicché non si ritenne, nella specie, che l'ala psichiatrica di una prigione fosse un luogo idoneo per trattenere persone con malattia mentale poiché non era un ambiente terapeutico e non forniva al paziente le cure e terapie di cui aveva bisogno²⁸⁵.

Nel caso *Filip c. Romania*²⁸⁶, la Corte ha valutato che il ricorrente era stato internato per una durata illimitata, su decisione del pubblico ministero adottata senza alcun parere preventivo di un medico specialista. Il pubblico ministero aveva ordinato la perizia solo un mese dopo l'internamento e dopo aver ricevuto la denuncia del ricorrente che criticava la legalità della misura di prevenzione. La Corte ha ribadito, sulla base di un orientamento consolidato, come la previa valutazione di un esperto medico psichiatra sia indispensabile, tenuto conto in particolare che, nella specie, il ricorrente non aveva precedenti problemi psichiatrici. Non si trattava di un internamento psichiatrico di urgenza, situazione in cui si può soprassedere ad effettuare nell'immediato una perizia medico psichiatrica, sicché la Corte ha reputato che la privazione della libertà del ricorrente, ai sensi dell'art. 5, §. 1, lett. e), non fosse stata valutata in conformità ai criteri "legali" come esige la formula dell'articolo citato.

La giurisprudenza europea non è ancora sufficientemente consolidata da poter sostenere che vi siano dei solidi criteri atti a garantire il controllo affinché le strutture psichiatriche forniscano degli *standard* minimi di trattamento, cura e tutela dagli abusi. Si può dedurre infatti dall'interpretazione dell'art. 5 l'esistenza di un "diritto a fruire di condizioni terapeutiche", ovvero a cure e trattamenti minimi adeguati che costituiscono un presupposto indispensabile in caso di internamento per ragioni di infermità di mente, altrimenti non giustificabile. In altre parole, se l'autorità pubblica priva una persona della libertà perché questa necessita di una terapia, in questo caso ha il dovere di fornire un trattamento terapeutico minimo adeguato, garantendo che, durante l'internamento, la salute mentale del soggetto non deteriori, ma anzi migliori²⁸⁷.

6.2. I diritti civili delle persone con sofferenza psichica

285 Co.Du., 30 luglio 1998, *Aerts c. Belgio*, cit., §. 49. Sul punto J. FARBEY, R.J. SHARPE, S. ATRILL, *The Law of Habeas Corpus*, Oxford University Press, Oxford, 2011, 174 ss.

286 Co.Du., 14 marzo 2007, *Filip c. Romania*, ric. n. 41124/02.

287 Sull'importanza di tali principi di civiltà nella giurisprudenza in tema di salute mentale M.L. PERLIN, "Abandoned Love": *The Impact of Wyatt c. Stickney on the Intersection between International Human Rights and Domestic Mental Disability Law*, in *Law and Psychology Review*, 2011, 35, 121-142.

Le norme sui diritti umani comprendono l'esercizio di una vasta gamma di diritti civili sia all'interno sia all'esterno delle istituzioni psichiatriche: infatti, solo perché una persona ha una disabilità mentale o è soggetta ad internamento, ciò non significa che sia incapace di esercitare i diritti di cittadinanza. Anche nella Cedu sono presenti diverse previsioni utili a garantire i diritti civili delle persone con disturbo mentale, inclusi i diritti di accesso ai tribunali, alla privacy, oltre al diritto alla vita privata e familiare (matrimonio e procreazione).

6.2.1. Il diritto di accesso alla giustizia

L'art. 6, §. 1 Cedu prevede: «Nel decidere i suoi diritti e obblighi civili (...), ogni persona ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un tribunale indipendente e imparziale, costituito per legge».

Nel caso *Golder c. Regno Unito*²⁸⁸, la Corte europea, interpretando tale disposizione, dichiarò che sussiste un diritto di portare qualsiasi istanza riguardante i diritti civili avanti un organo giurisdizionale, sulla base di una procedura fondamentalmente equa, comprensiva del diritto delle parti in causa di essere rappresentate e poter presentare il loro caso «in modo appropriato e soddisfacente»²⁸⁹.

Tale diritto può essere soggetto a limitazioni che debbono essere fondate su uno scopo legittimo, essere proporzionate rispetto a quello scopo e non possono condizionare il diritto ad un processo «se danneggiano la vera essenza del diritto»²⁹⁰. Nel caso *Winterwerp*, la Corte ebbe a rammentare che «mentre (...) la malattia mentale può legittimare certe limitazioni all'esercizio del diritto a un processo, non può tuttavia giustificare la totale obliterazione di quel diritto così come rappresentato nell'art. 6, §. 1»²⁹¹.

Se ne desume come, ai sensi della Convenzione europea, le persone con sofferenza mentale abbiano diritto ad "accedere a corte" per veder garantiti i loro diritti civili, il che ha determinato una casistica frastagliata: così ad esempio si è rilevata una violazione dell'art. 6 Cedu nella negazione, ad un paziente internato, del diritto a controllare le sue proprietà²⁹², o ancora nel dichiarare in astratto l'infermità mentale come causa incapacitante all'acquisizione di diritti ed obblighi²⁹³, ed inoltre nel rigetto dell'istanza di un genitore, malato di mente, che voleva incontrare il figlio²⁹⁴.

Tuttavia, nel caso *Ashingdane*²⁹⁵, il Comitato e la Corte europea sostennero che le previsioni della Cedu impedivano al Regno Unito di porre ostacoli procedurali e sostanziali tali da rendere difficoltoso ai malati mentali l'accesso alla giustizia per far valere i loro diritti. Infatti, seppure il governo del Regno Unito avesse sostenuto che le persone con disturbi mentali sono inclini ad intraprendere liti temerarie, non aveva portato nessuna prova a sostegno di questa tesi. La Corte stabilì dunque che la legge inglese sulla salute mentale ostacolava il ricorso di tali soggetti ai tribunali nazionali, tuttavia, considerate le circostanze

288 Co.Du., 21 febbraio 1975, *Golder c. Regno Unito*, ric. n. 4155/70.

289 Co.Du., 9 ottobre 1979, *Airey c. Irlanda*, ric. n. 6289/73, §. 44.

290 Co.Du., 28 ottobre 1998, *Osman c. Regno Unito*, ric. n. 87/1997/871/1083, §. 147.

291 Co.Du., 24 ottobre 1979, *Winterwerp c. Paesi Bassi*, cit., §. 75.

292 Co.Du., 24 ottobre 1979, *Winterwerp c. Paesi Bassi*, cit., §. 69-75.

293 Co.Du., 9 luglio 1999, *Matter c. Slovacchia*, ric. n. 31534/96, §. 51.

294 Co.Du., 8 luglio 1987, *B c. Regno Unito*, ric. n. 9840/82; 8 luglio 1987, *H c. Regno Unito*, ric. n. 9580/81; 16 luglio 2002, *P., C. e S. c. Regno Unito*, ric. n. 56547/00.

295 Co.Du., 28 maggio 1985, *Ashingdane c. Regno Unito*, cit., §. 51.

nel loro complesso, non aveva violato l'art. 6, in quanto, se è indiscutibile che i cittadini hanno il diritto di accedere al sistema giudiziario per chiedere giustizia, quando i ricorsi si rivelino privi di fondamento, i tribunali nazionali sono liberi di emettere una sentenza di non luogo a procedere.

Dalla giurisprudenza europea emerge un orientamento²⁹⁶ che sostiene come, nei casi che coinvolgono persone affette da patologia mentale, le corti nazionali debbano godere di un certo margine di apprezzamento in virtù del quale esse possano, ad esempio, predisporre i necessari aggiustamenti procedurali volti ad assicurare la buona amministrazione della giustizia e la protezione della salute della persona interessata. Tali misure, tuttavia, non devono inficiare la vera essenza del diritto del ricorrente ad un equo processo, come garantito dall'art. 6 della Convenzione. Nel decidere se una particolare misura – quale, ad esempio, l'esclusione del ricorrente dall'udienza – fosse o meno necessaria, dovevano considerarsi tutti i fattori rilevanti: la natura e la complessità della questione dinanzi alle corti interne, i beni della vita messi in gioco dal ricorrente, se la sua presenza fisica rappresentasse una minaccia per altri o per se stesso ecc.

La Corte, in un caso specifico²⁹⁷, avendo rilevato che il ricorrente era, al contempo, parte interessata e oggetto principale dell'esame del giudice, ha valutato che la sua partecipazione sarebbe stata dunque necessaria non solo ai fini dell'integrità del contraddittorio, ma anche per permettere al giudice di farsi una propria autonoma opinione sulla sua capacità mentale. Dalla documentazione del caso, inoltre, emerge che il ricorrente, nonostante soffrisse di problemi psichiatrici, fosse una persona relativamente autonoma, sicchè, date le circostanze descritte, il giudice avrebbe dovuto avere almeno un breve colloquio con il paziente, preferibilmente interrogandolo. La Corte è giunta alla conclusione che la decisione del giudice di statuire sul caso sulla base delle sole prove documentali, senza vedere o sentire il ricorrente, fosse stata irragionevole e irrispettosa del principio del contraddittorio previsto dall'art. 6, §.1, giacché non motivata né da un'impossibilità oggettiva né da serie ragioni di opportunità.

Ancora, nel caso *Salontaji-Drobnjak c. Serbia*²⁹⁸, la Corte ha censurato il fatto che il ricorrente, che non aveva potuto nemmeno avere un colloquio con il legale assegnatogli d'ufficio, fosse stato escluso dall'udienza finale del procedimento, udienza determinante per stabilirne la capacità legale; negli stessi termini i giudici rilevavano come integrasse indizio di violazione la circostanza che non si fosse consentito al ricorrente di contestare la perizia tecnica favorevole alla dichiarazione della parziale incapacità legale. Il quadro descritto ha portato la Corte a concludere che, nel complesso, il procedimento giurisdizionale celebratosi non avesse soddisfatto le garanzie proprie di un equo processo, non avendo assicurato al ricorrente alcun tipo di partecipazione ad una decisione che sarebbe andata ad incidere sulla sua sfera giuridica.

Vero è, ragiona la Corte, che, nel campo della salute mentale, alle autorità giurisdizionali degli Stati membri va riconosciuto un certo margine di discrezionalità nell'adottare procedure e misure particolari al fine di tutelare il buon andamento della giustizia, la sicurezza pubblica, la salute della persona sottoposta a giudizio, tuttavia, le suddette procedure e misure particolari non possono esser tali da tradursi in un totale accantonamento dei principi del giusto processo, come accaduto nel caso di specie.

296 Co.Du., 23 marzo 2008, *Shtukurov c. Russia*, ric. n. 44009/05.

297 Co.Du., 23 marzo 2008, *Shtukurov c. Russia*, cit.

298 Co.Du., 13 ottobre 2009, *Salontaji-Drobnjak c. Serbia*, ric. 36500/05.

Ad aggravare la violazione nel caso *Salontaji-Drobnjak* emergeva come, nell'arco di quattro anni dalla prima pronuncia, nessuna corte domestica fosse mai pervenuta ad una decisione nel merito della questione. Durante tale periodo, inoltre, non era stata disposta nessuna nuova perizia volta all'accertamento delle effettive condizioni di salute mentale del ricorrente. Peraltro la legge serba non prevedeva un sistema volto al riesame periodico delle condizioni dei pazienti psichiatrici destinatari di misure limitative della capacità legale e demandava ai centri di assistenza sociale ogni potere decisionale a tale riguardo, quindi di per sé tale procedimento esorbitava dai limiti della discrezionalità concessa alle autorità statali, integrando una violazione dell'art. 6, §.1 della Convenzione.

6.2.2. Il diritto alla vita privata e familiare

«*The preservation of mental stability is an indispensable precondition to effective enjoyment of the right to respect for private life*»²⁹⁹ per questo l'art. 8 Cedu proibisce alle autorità pubbliche di interferire nei diritti connessi «al rispetto della propria vita privata e familiare, del proprio domicilio e della propria corrispondenza»³⁰⁰. Questo diritto è sufficientemente ampio da comprendere la facoltà di «stabilire e sviluppare rapporti con altri essere umani, specialmente nel campo dei sentimenti per lo sviluppo e la realizzazione della propria personalità»³⁰¹: si tratta di un diritto plurifunzionale che risponde a molteplici finalità e offre tutela a diverse sfaccettature della persona³⁰²; insomma una nozione ad ombrello che tutela una costellazione di diritti, individuati con un approccio casistico, quali il diritto all'integrità fisica e psicologica³⁰³, all'identità fisica e sociale³⁰⁴, all'identificazione del genere, del nome, dell'orientamento e della vita sessuale³⁰⁵ sino al diritto alla tutela delle informazioni relative allo stato di salute³⁰⁶.

L'obbiettivo essenziale di tale disposizione è quello, in negativo, di proteggere l'individuo da ingerenze da parte delle autorità pubbliche e, dall'altro, di imporre al governo un obbligo positivo di rispettare la vita privata e familiare, adottando politiche «intese a garantire una vita privata anche nella sfera delle relazioni» tra privati cittadini³⁰⁷.

I governi possono porre dei limiti ai diritti sanciti nell'art. 8 solo «in conformità con la legge» e, per quanto necessario in una società democratica, per la pubblica sicurezza, la

299 Co.Du., 6 maggio 2001, *Bensaid c. Regno Unito*, ric. n. 44599/98, §. 46.

300 L'art. 8 dispone: «1. Ogni persona ha diritto al rispetto della propria vita privata e familiare, del proprio domicilio e della propria corrispondenza. 2. Non può esservi ingerenza di una autorità pubblica nell'esercizio di tale diritto a meno che tale ingerenza sia prevista dalla legge e costituisca una misura che, in una società democratica, è necessaria alla sicurezza nazionale, alla pubblica sicurezza, al benessere economico del paese, alla difesa dell'ordine e alla prevenzione dei reati, alla protezione della salute o della morale, o alla protezione dei diritti e delle libertà altrui».

301 Co.Du., 18 maggio 1976, *X c. Islanda*, ric. n. 6825/74; 10 maggio 2001, *T.P. c. Regno Unito*, ric. n. 28945/95.

302 S. RODOTÀ, *Persona, riservatezza, identità. Prime note sistematiche sulla protezione dei dati personali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1997, 583.

303 Co.Du., 29 luglio 2002, *Pretty c. Regno Unito*, ric. n. 2346/02, §. 23 «*It is directed to the protection of privacy, including the protection of physical and psychological integrity*».

304 Co.Du., 4 febbraio 2002, *Mikulic c. Croazia*, ric. n. 53176/99.

305 Co.Du., 28 gennaio 2003, *Peck c. Regno Unito*, ric. n. 44647/98.

306 Co.Du., 25 febbraio 1995, *Z. c. Finlandia*, ric. n. 22009/93.

307 Co.Du., 25 marzo 1985, *X e Y c. Paesi Bassi*, ric. n. 9878/80

protezione della salute o della morale o ancora dei diritti e delle libertà altrui³⁰⁸. Tali limitazioni, inoltre, devono essere proporzionate a uno di questi legittimi interessi statali³⁰⁹.

Ai sensi dell'art. 8 della Convenzione la nozione di *privacy* copre l'integrità fisica e morale della persona (Co.Du., 26 marzo 1985, *X e Y c. Paesi Bassi*, ric. n. 8978/80, §§. 22-27; Co.Du., 25 marzo 1993, *Costello-Roberts c. Regno Unito*, ric. n. 134/87, §. 34) e, di conseguenza, anche una compromissione in tono minore dell'integrità fisica di una persona deve essere considerata un'ingerenza nel diritto della stessa al rispetto della vita privata, ai sensi dell'art. 8, se avvenuta contro la sua volontà (cfr. Co.Du., 16 giugno 2005, *Storck c. Germania*, ric. n. 61603/00, §. 143; Co.Du., 13 maggio 2008, *Juhnke c. Turchia*, n. 52515/99, §. 76).

Così, nel caso *Shopov c. Bulgaria*³¹⁰, il ricorrente aveva denunciato che gli era stato imposto un trattamento psichiatrico in *day hospital* contro la sua volontà per oltre cinque anni, in violazione dell'art. 8 della Convenzione. La Corte rammenta che, per essere conforme al §. 2 dell'art. 8, l'ingerenza nell'esercizio di un diritto garantito da questa disposizione deve essere posta in essere «in conformità con la legge», deve perseguire uno o più scopi legittimi e deve essere «necessaria in una società democratica» per il perseguimento di tali obiettivi (v., *ex pluris*, Co.Du., 9 marzo 2004, *Glass c. Regno Unito*, n. 61827/00, §. 73)³¹¹.

Nel caso in esame la decisione sul trattamento obbligatorio era stata adottata in base alla legge sulla sanità pubblica bulgara del 1973 che prevedeva la possibilità di disporre cure psichiatriche anche contro la volontà dell'interessato, qualora vi fosse il rischio che il suo stato di salute potesse peggiorare seriamente. Se dunque il provvedimento dell'autorità giudiziaria soddisfaceva il requisito di legittimità, la Corte ne censura il contenuto, ovvero la circostanza che il trattamento obbligatorio del ricorrente fosse stato deciso per una durata indeterminata e condotto, di fatto, per un periodo superiore a cinque anni. Nonostante la legge prevedesse un meccanismo di controllo giudiziario automatico a intervalli regolari sulla necessità di continuare il trattamento, tuttavia, dopo l'inizio del trattamento, l'autorità giudiziaria non aveva mai effettuato tale controllo. La Corte ha ritenuto, pertanto, che il mantenimento del trattamento psichiatrico obbligatorio nei confronti del sig. Shopov per più di cinque anni non fosse avvenuto in conformità al diritto interno, dal momento che le valutazioni periodiche previste dalla legge non erano mai state effettuate, in aperta violazione dell'art. 8 della Cedu.

Ancora, nel caso *Shtukurov c. Russia*³¹², il ricorrente aveva denunciato come, privandolo della capacità giuridica, le autorità avessero violato l'art. 8 della Convenzione, intromettendosi illegittimamente nella sua vita privata e negandogli, in quanto legalmente incapace, la possibilità di lavorare, di sposarsi, di iscriversi ad associazioni, di viaggiare, di

308 Sul margine di discrezionalità statale Co.Du., 9 aprile 1997, *A.G. c. Svizzera*, ric. n. 28605/95; 31 marzo 2005, *Schneiter c. Svizzera*, ric. n. 63062/00.

309 Co.Du., 13 luglio 1995, *Nasri c. Francia*, ric. n. 19465/92.

310 Co.Du., 2 settembre 2010, *Shopov c. Bulgaria*, ric. n. 11373/04.

311 Secondo la giurisprudenza della Corte, l'espressione «in conformità con la legge» non solo richiede il rispetto del diritto interno, ma riguarda anche la qualità della legge, che deve essere compatibile con la preminenza del diritto (v., fra le altre, Co.Du., 25 maggio 1997, *Halford c. Regno Unito*, ric. n. 20605/92, §. 49; 4 maggio 2000, *Rotaru c. Romania*, ric. n. 28341/95, §. 52).

312 Co.Du., 23 marzo 2008, *Shtukurov c. Russia*, *cit.*; sempre in tema di interdizione, con rilievo anche ai fini della violazione dell'art. 5, §§. 1 e 4, Co.Du., 24 aprile 2013, *M.S. c. Croazia*, ric. n. 36337/10; 22 gennaio 2013, *Lashin c. Russia*, ric. n. 33117/02; 24 marzo 2009, *Berková c. Slovacchia*, ric. n. 67149/01.

acquisire o alienare proprietà ecc. Il provvedimento di interdizione costituiva una risposta inadeguata e sproporzionata alle difficoltà che il ricorrente viveva.

Nota la Corte come, ai sensi dell'art. 8, le autorità, pur conservando un certo margine di apprezzamento, devono ricercare un equo bilanciamento tra gli interessi di una persona affetta da disturbi psichici e gli altri interessi legittimi coinvolti. La Corte rileva che, effettivamente, l'ingerenza nella vita privata del ricorrente si è rivelata molto grave, in quanto, a seguito dell'interdizione – disposta in assenza del rispetto dei principi del giusto processo e adottata senza limitazioni temporali – il ricorrente era forzatamente divenuto dipendente dal suo curatore anche per il compimento degli atti più banali della vita quotidiana. Pur non mettendo in dubbio le condizioni cliniche del ricorrente, i giudici di Strasburgo hanno rilevato come l'esistenza di un disordine mentale, anche serio, non può essere il solo motivo per giustificare il provvedimento interdittivo. Per analogia con i casi relativi alla privazione della libertà, al fine di giustificare l'interdizione, il disordine mentale deve essere «di tipo e grado» tale da giustificare siffatta misura (cfr. *Winterwerp c. Paesi Bassi*, ric. n. 6301/73), aspetto che non era stato considerato nel corso del procedimento giurisdizionale. Alla luce delle considerazioni svolte, la Corte conclude che l'ingerenza nella vita privata del ricorrente fosse stata sproporzionata al legittimo scopo perseguito, venendo a violare l'art. 8 della Convenzione.

La Corte europea ha inoltre accertato una violazione dell'art. 8 in un caso riguardante la libertà di corrispondenza di un paziente internato, a cui l'ospedale aveva controllato la posta in uscita e deciso quali lettere far arrivare al destinatario, incluse quelle in cui il paziente si lamentava del trattamento medico³¹³. In un altro caso la Corte ha definito, attraverso un'azione di *moral suasion*, una possibile violazione del diritto alla *privacy* di una paziente³¹⁴, che, avendo un rapporto difficile con la madre e con il patrigno – autore di abusi sessuali ai suoi danni – chiedeva fosse loro impedito di accedere alle informazioni sensibili che la riguardavano, nonostante la legge nazionale li legittimasse all'esercizio di tali diritti. Dopo l'intervento della Corte, la legge venne modificata, attraverso la previsione di una procedura con la quale la ricorrente avrebbe potuto cambiare la designazione del parente più stretto legittimato ad accedere alle informazioni.

Il diritto alla tutela della vita privata ai sensi dell'art. 8 si estende alla vita sessuale, con la conseguenza di condannare qualsiasi ingerenza irragionevole nello sviluppo delle relazioni di tipo sessuale tra i pazienti rinchiusi in istituti psichiatrici³¹⁵: in questi termini il Comitato ha stabilito che una prigione, avendo adottato regolamenti di contenuto ragionevole, non aveva violato l'art. 8 nel negare a un prigioniero le visite coniugali in assenza di sorveglianza.

Lungo questo tracciato, la Corte si è già espressa in altre occasioni, sottolineando come nel concetto di vita privata debba intendersi ricompreso anche quello all'identità personale, ovvero il diritto del singolo a definire se stesso attraverso le relazioni con la comunità³¹⁶. Così, in riferimento alla comunità familiare, la Corte europea ha interpretato la disposizione

313 Co.Du., 24 settembre 1992, *Herczegfalvy c. Austria*, ric. n. 10533/83, §§. 85-87.

314 Co.Du., 30 marzo 2000, *J.T. c. Regno Unito*, ric. n. 26494/95, §§. 10-15.

315 Co.Du., 22 ottobre 1981, *Dudgeon c. Regno Unito*, ric. n. 7525/76, §§. 53-61.

316 Sul tema si rinvia a A. VIVIANI, *L'identità personale nel sistema della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Esi, Napoli, 2013.

richiamata come comprensiva del diritto dei genitori, affetti da disturbo mentale, a mantenere un rapporto con i figli³¹⁷.

Nel recente caso *Akopyan c. Ucraina*³¹⁸, la Corte ha rilevato la violazione dell'art. 8 della Cedu sottolineando l'indebita restrizione subita dalla ricorrente per un periodo di circa tre anni in ospedale psichiatrico, circostanza che le aveva impedito di poter condurre una normale vita di relazione e di coltivare il rapporto con le proprie figlie, ingiustamente sottratte alla sua custodia a seguito del ricovero coatto.

È bene rammentare inoltre l'indirizzo consolidato della giurisprudenza europea secondo cui, nelle situazioni in cui è coinvolto un minore, l'interesse superiore di questi deve comunque prevalere ed essere l'oggetto principale dell'opera di bilanciamento fra interesse del singolo e quello della comunità (Co.Du., 27 gennaio 2015, *Paradiso e Campanelli c. Italia*, ric. n. 25358/2012)³¹⁹. La Corte si è dichiarata chiaramente contraria a provvedimenti che separino genitori e figli³²⁰, anche se viene riconosciuto alle autorità statali un «ampio margine nel valutare la necessità di assumere la tutela di un minore», provvedimento che può essere adottato solo in virtù di «uno scrutinio stretto». È cruciale in quest'analisi la valutazione se le azioni delle autorità pubbliche siano «giustificate in una società democratica», attribuendo comunque preferenza ai provvedimenti che permettano la massima interazione possibile tra genitori e figli in base alle circostanze, anche se ciò comporta un maggior onere per lo Stato³²¹.

L'art. 12 garantisce un particolare aspetto del diritto alla vita privata: il diritto di sposarsi e di fondare una famiglia. Così se il governo proibisce od ostacola, senza alcuna ragione, il matrimonio di un adulto competente, gli può essere contestata la violazione del diritto di sposarsi e di fondare una famiglia³²². Quindi il diritto di sposarsi consiste nella facoltà di formare un'unione tra un uomo e una donna sulla base di un vincolo legale, conseguentemente le autorità statali non possono negare tale diritto solo perché uno dei due partner è in prigione e la coppia non sarà in grado di vivere sotto lo stesso tetto³²³.

317 Co.Du., 12 luglio 2001, *K. c. Finlandia*, ric. n. 25702/94, §§. 192-194. Per una più ampia analisi sull'applicazione dell'art. 8 si veda H. LAMBERT, *The Position of Aliens in relation to the European Convention on Human Rights*, Council of Europe, 2006, 38

318 Co.Du., 5 giugno 2014, *Akopyan c. Ucraina*, ric. n. 12317/06. La ricorrente, una cittadina ucraina, denunciava la violazione dei parametri di cui agli artt. 3, 5, §. 1 e 8 Cedu, lamentandosi del ricovero coattivo e del trattamento sanitario imposto in un ospedale psichiatrico, motivato dalle autorità in ragione di una schizofrenia paranoide. Veniva ricoverata nel dicembre 1994 presso un nosocomio pubblico a seguito del deteriorarsi della relazione con il suo ex marito, che l'abbandonava portando via con sé le due figlie. A partire dal gennaio 1995, la donna chiese ripetutamente di poter essere dimessa, contestando la diagnosi di schizofrenia e rifiutando il trattamento medico impostole. Nel mese di novembre 1997, la ricorrente fuggiva dall'ospedale psichiatrico, trovando rifugio presso l'abitazione di amici. Si presentava, in seguito, presso altra struttura psichiatrica per sottoporsi a un ricovero volontario, chiedendo una complessiva valutazione del suo stato di salute. Veniva presto dimessa, in virtù di una diagnosi che non rilevava alcuna patologia.

319 In tema Co.Du., 26 marzo 1985, *X, Y c. Olanda*, ric. n. 8978/80 riguardo un caso di violenza sessuale su minore disabile; 12 luglio 2001, *K, T c. Finlandia*, ric. n. 25702/94.

320 Co.Du., 19 febbraio 2013, *B c. Romania*, ric. n. 1285/03 secondo cui «As regards the placement in care of her children, the Court acknowledged that it was difficult to reconcile measures of interference with private life that were sometimes necessary with the preservation of family life within the meaning of article 8. It would nevertheless warn that measures severing contact tended to be irreversible».

321 Co.Du., 26 febbraio 2002, *Kutzner c. Germania*, ric. n. 46544/99, §§. 65-82.

322 Co.Du., 13 dicembre 1979, *Hamer c. Regno Unito*, ric. n. 7114/75; 7 dicembre 1976, *Handyside c. Regno Unito*, ric. n. 5493/72.

Questo principio, per analogia, può essere applicato senza alcun dubbio anche a persone con disturbo mentale internate per lunghi periodi di tempo.

Al di là degli esempi riportati, sorprende il fatto che nel sistema europeo si contino solo pochi casi giudiziari incidenti sulle fattispecie di cui agli artt. 8 e 12 e riguardanti persone con infermità mentale, nonostante l'importanza della vita privata e familiare specie per l'equilibrio e la serenità di tali individui.

Riassumendo, la Cedu prevede una serie di istituti e procedure volti a garantire i diritti civili delle persone con disturbi mentali in svariati contesti: dal diritto di accedere al sistema giudiziario nazionale, al diritto alla vita privata e familiare, inclusa la libertà di comunicare, e il diritto a una vita sessuale e al matrimonio. Ciò consente di definire a tutto tondo la condizione e le tutele che devono essere apprestate anche in queste delicate situazioni.

6.2.3. Il diritto alla vita

Gli ordinamenti nazionali e sovranazionali hanno interpretato il diritto alla vita sia in termini puramente protettivi che in una prospettiva promozionale. È peraltro indubbio che, nella sfera civile e politica, il diritto alla vita, così come concepito negli atti dalle Nazioni unite e dei sistemi regionali, impone ai governi di non togliere la vita senza giustificazione³²⁴. Inoltre, dalla giurisprudenza inerente il diritto alla vita è emersa un'interpretazione che suggerisce come, in circostanze estreme, se il governo non prende le misure necessarie contro rischi prevedibili o persino non fornisce dei servizi necessari a impedire la perdita della vita, esso viola questo diritto.

La Corte europea ha esaminato il diritto alla vita nel contesto della salute mentale alla luce dell'art. 6 (diritto a un processo equo). Nel caso *Edwards c. Regno Unito*³²⁵ la Corte ha dichiarato che il governo britannico era venuto meno al suo dovere, ai sensi dell'art. 2, di proteggere la vita di Edwards che era stato assassinato dal compagno di cella, noto come persona pericolosa e a cui era stata diagnosticata una forma di schizofrenia. La Corte ebbe a dichiarare che le persone e gli enti interessati (medici, polizia, pubblica accusa e tribunale) non avevano informato le autorità carcerarie della condizione del compagno di cella e la natura inadeguata del controllo effettuato all'arrivo in prigione costituiva una violazione all'obbligo dello Stato di proteggere la vita di Edwards.

In immediato parallelo e per comparazione si può rammentare come, nel caso *Congo*, anche la Commissione Inter-americana riconobbe la violazione del diritto alla vita, ai sensi dell'art. 4, §. 1 della Convenzione americana, nella condotta del governo ecuadoriano che «non aveva preso le misure di sua competenza per assicurare il diritto alla vita di una persona che, in parte a causa del suo stato di salute e in parte per le ferite che un agente governativo gli aveva inferto, si era trovato indifeso, isolato e sotto il controllo di quest'ultimo»³²⁶.

323 Co.Du., 10 luglio 1980, *Draper c. Regno Unito*, ric. n. 8186/78, §§. 61-62; 4 dicembre 2007, *Dickson c. Regno Unito*, ric. n. 44362/04.

324 Co.Du., 14 marzo 2002, *Edwards c. Regno Unito*, ric. n. 46477/99

325 Co.Du., 14 marzo 2002, *Edwards c. Regno Unito*, *cit.*

326 *Victor Rosario Congo c. Ecuador*, Case 11.427, Inter-Am. C.H.R. 63/99, 1999, §. 84. Per approfondimenti J. VÁSQUEZ, *Derecho internacional como un instrumentos esencial para la promoción y protección de los derechos humanos y libertades fundamentales de las personas con discapacidad mental y sus familiares en el contexto del Sistema Europeo e Interamericano de Derechos Humanos*, in H. COHEN

Come dimostrano queste pronunce, i sistemi regionali si sono rivelati propensi a sanzionare le violazioni del diritto alla vita quando i governi hanno gestito con evidente negligenza la condizione e i bisogni di persone con disturbo mentale che erano sotto la loro custodia o le hanno messe in situazioni che le espongono a rischi di lesioni o deterioramento fisico e mentale.

7. Cenni sul diritto alla salute mentale come diritto sociale

Abbiamo cercato di ripercorrere la progressiva evoluzione dei diritti civili e politici alla luce del sistema normativo delle Nazioni unite e nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani. La comunità internazionale e quelle regionali hanno peraltro ampiamente trascurato i diritti economici, sociali e culturali, tuttavia i governi dovrebbero offrire a tali diritti una considerazione analoga a quella riconosciuta ai diritti civili e politici³²⁷.

L'importanza dei diritti civili e politici in opposizione ai diritti economici, sociali e culturali sta alla base di una delle dispute più importanti e controverse all'interno della comunità, delle istituzioni e degli studiosi dei diritti umani³²⁸. Generalmente si ritiene che i diritti civili e politici abbiano una sorta di "precedenza", ma, valorizzare la funzione dei diritti umani, significa garantire anche i diritti di autonomia e libertà e, al contempo, sancire – attraverso i diritti sociali – obblighi per le autorità pubbliche di fornire prestazioni e servizi, serventi a consentire la "libertà dal bisogno"³²⁹.

È lo stesso testo dei maggiori strumenti per i diritti civili a fornire il principale supporto a questa posizione: così la Carta delle Nazioni unite, nel preambolo, impegna gli Stati membri a «promuovere il progresso sociale ed un più elevato tenore di vita», l'art. 22 della Dichiarazione universale definisce i diritti sociali ed economici come «indispensabili per la dignità [di una persona] e il libero sviluppo della sua personalità», ancora nel preambolo del Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali (ICESCR) si riconosce come sia i diritti economici, sociali e culturali che i diritti civili e politici siano necessari per raggiungere gli scopi e le libertà previste dalla normativa sui diritti umani, obbligando i governi a promuovere lo sviluppo sociale ed economico. I governi possono porre limiti ai diritti economici, sociali e culturali solo se «compatibili con la natura di questi diritti e unicamente allo scopo di promuovere il benessere generale in un società democratica»³³⁰.

(ed.), *Salud mental y derechos humanos : vigencia de los estándares internacionales*, Organización Panamericana de la Salud – OPS, Buenos Aires, 2009, 33 ss.

327 E. ÖRÜCÜ, *The core of rights and freedoms: The Limits of Limits*, in T. CAMPBELL, D. GOLDBERG, S. MCLEAN, T. MULLEN (eds.), *Human Rights: From Rhetoric to Reality*, Oxford University Press, Oxford, 1986, 37 ss.

328 L.O. GOSTIN, *From a Civil Libertarian to a Sanitarian*, in *Journal of Law and Society*, 2007, 34, 594-616.

329 Per una valorizzazione dei diritti sociali L. FERRAJOLI, *Stato sociale e Stato di diritto*, in *Pol. dir.*, 1982, 44 ss.; anche P. HARVEY, *Human Rights and Economic Policy Discourse: Taking Economic and Social Rights Seriously*, in *Columbia Human Rights Law Review*, 2002, 33, 363 ss.; D. BILCHITZ, *Poverty and Fundamental Rights: The Justification and Enforcement of Socio-Economic Rights*, Oxford University Press, Oxford, 2007, 178 ss.

330 P. ALSTON, G. QUINN, *The Nature and Scope of States Parties' Obligations under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, in *Human Rights Quarterly*, 1987, 156 ss.; R. PISILLO MAZZESCHI, *Sulla natura degli obblighi di tutela e promozione dei diritti economici, sociali e culturali*, in F. BESTAGNO (a cura di), *I diritti economici, sociali e culturali. Promozione e tutela nella comunità internazionale*,

La garanzia offerta dallo Stato sociale è un presupposto inderogabile all'esercizio dei diritti civili e politici, nella misura in cui, senza un vero e proprio dovere pubblico di soddisfare i bisogni basilari, incluso quella alla salute, gli altri diritti diventano meno significativi e irraggiungibili per certi gruppi sociali³³¹. Peraltro l'idea di uno Stato "non sociale", così come l'idea di diritti – individuali o collettivi che siano – che non abbiano un'inevitabile e diretta incidenza "sociale", e dunque che non siano sociali, in fondo è un non senso³³². Allo stesso modo poco fondata è la distinzione fra diritti "di libertà" *incondizionati* e "diritti sociali" *condizionati*, laddove "tutti" i diritti "costano"³³³, anche quelli che, per la loro presunta autoapplicatività, sembrerebbero esaurirsi nel riconoscimento al singolo di una mera *facultas agendi*. Per esempio, la libertà di domicilio a ben vedere costa, in quanto serve a poco senza il diritto alla casa; così celebrare un *referendum* – quale espressione del diritto di partecipazione – "costa"; parimenti la libertà di manifestazione del pensiero, se e quando esercitata attraverso i mezzi di comunicazione di massa tradizionali, comporta dei costi e comunque resta vuota senza che sia garantita l'effettività del diritto all'istruzione e all'informazione.

In questi termini, non si può che constatare come i diritti siano in fondo «a somma zero», per cui ogni progresso nella tutela di un diritto ha un suo contrappeso, cioè la regressione della tutela di un altro diritto o di un altro interesse. Ed è per questo che il bilanciamento è il modo d'essere tipico dei diritti, almeno in un ordinamento costituzionale pluralista, che porta con sé la valutazione della ragionevolezza dei limiti e della proporzionalità tra compressione di un diritto e vantaggio assicurato al diritto o all'interesse concorrente³³⁴.

8. Sviluppo del diritto alla salute mentale e soft law

Il diritto alla salute, inclusa la salute mentale, trova la sua radice nei diritti sociali e culturali riconosciuti in numerosi documenti internazionali³³⁵. La Dichiarazione universale sancisce all'art. 25 il diritto alla salute come un componente di «un tenore di vita sufficiente a garantire la salute e il benessere [della persona] e della sua famiglia, con particolare

Vita&Pensiero, Milano, 2009, 13 ss.

331 Si segnala Co.Du., 14 maggio 2013, *N.K.M. c. Ungheria* in cui si legittimano misure "regressive" del livello della tutela dei diritti, in una situazione di grave crisi economica, in base all'esigenza di rispettare gli impegni a ridurre la spesa pubblica assunti mediante accordi internazionali. In tema A. MÜLLER, *Limitations to and Derogation from Economic, Social and Cultural Rights*, in *Human Rights Law Rev.*, 2009, 588 ss.

332 A. SPADARO, *I diritti sociali di fronte alla crisi (necessità di un nuovo "modello sociale europeo": più sobrio, solidale e sostenibile)*, in *Rivista AIC*, 2011, 4, 2.

333 S. HOLMES, C.R. SUNSTEIN, *Il costo dei diritti. Perché la libertà dipende dalle tasse*, Il Mulino, Bologna, 2000.

334 R. BIN, *Nuovi diritti e vecchie questioni*, in *Studi in onore di Luigi Costati*. III, *I multiformi profili del pensiero giuridico*, Jovene, Napoli, 2014, 77-78.

335 Altri strumenti internazionali e regionali hanno incorporato nei loro testi le diverse declinazioni del diritto alla salute. La Convenzione internazionale sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione razziale (ICERD) include «il diritto alla salute pubblica, alla cura medica, alla sicurezza sociale e ai servizi sociali», la Convenzione sulla eliminazione di ogni forma di discriminazione verso le donne (CEDAW) riconosce un «diritto alla tutela della salute e alla sicurezza delle condizioni di lavoro» e invoca l'eliminazione della «discriminazione nei confronti delle donne nel campo delle cure sanitarie al fine di assicurare loro, in condizione di parità con gli uomini, i mezzi per accedere ai servizi sanitari»; non da ultimo la Convenzione sui diritti per l'infanzia (CRC) asserisce «il diritto del minore di godere del miglior stato di salute possibile e di beneficiare di servizi medici e di riabilitazione sanitaria».

riguardo (...) alle cure mediche e ai servizi sociali necessari, ed al diritto alla sicurezza in caso di (...) malattia». Il Patto internazionale (ICESCR) adotta nell'art. 12 un concetto ampio di salute quale espressione di un diritto umano, affermando «il diritto di ogni individuo alle (...) migliori condizioni di salute fisica e mentale che sia in grado di conseguire». A ciò corrisponde un dovere per gli Stati di adottare misure volte ad assicurare la completa realizzazione di questo diritto, inclusa «la creazione di condizioni che (...) assicurino a tutti servizi medici e assistenza medica in caso di malattia».

Le convenzioni regionali contengono delle clausole meglio dettagliate relative al diritto alla salute che evidenziano in modo più specifico gli obblighi dello Stato. In questa prospettiva la Carta sociale europea concepisce il diritto alla salute come comprensivo della salute pubblica e delle cure sanitarie, prevedendosi inoltre il riconoscimento del diritto alla formazione professionale, alla riabilitazione ed al reinserimento sociale di persone con disabilità fisiche o mentali³³⁶. La concezione estesa di diritto alla salute promosso nella Carta sociale europea si ritrova anche nel Protocollo del Sistema inter-americano di San Salvador, il quale, oltre a invocare «il godimento del massimo livello di benessere fisico, mentale e sociale», include nel diritto alla salute sei aree specifiche, tra cui «la soddisfazione dei bisogni sanitari dei gruppi maggiormente a rischio»³³⁷. La Carta africana riconosce «il diritto di godere dello miglior stato possibile di salute fisica e mentale» e richiede allo Stato di «adottare le misure necessarie per tutelare la salute della popolazione e per garantire che tutti ricevano cure mediche in caso di malattia»³³⁸.

Nonostante il riconoscimento su vasta scala del diritto alla salute presente trasversalmente in tutte le molteplici fonti del sistema, l'ambito applicativo e la definizione del diritto alla salute è rimasto comunque vago e variabile³³⁹: tale criticità è il portato delle diverse terminologie usate e della mancanza di una elaborazione specifica del tema che non hanno aiutato a chiarire l'estensione di questo diritto. Diversamente da molti problemi riguardanti i diritti civili e politici, il significato e il contenuto del diritto alla salute è una questione tuttora dibattuta nella comunità scientifica.

Una definizione del diritto alla salute troppo ampia è priva infatti di un contenuto chiaro e può sminuire l'efficacia del diritto stesso³⁴⁰: così, ad esempio, se la salute è, nelle parole dell'OMS, «uno stato di completo benessere fisico, mentale e sociale»³⁴¹, allora nessuno, in

336 G. GUIGLIA, *Le prospettive della Carta sociale europea*, in www.forumcostituzionale.it, 2010; F. OLIVIERI, *La Carta sociale europea come "strumento vivente". Riflessioni sulla prassi interpretativa del Comitato europeo dei diritti sociali*, in *Jura Gentium*, 2012, 2, 1 ss.; R. BRILLANT, *The Supervisory Machinery of the European Social Charter: Recent Developments and their Impact*, in G. DE BURCA, B. DE WITTE (eds.), *Social Rights in Europe*, Oxford University Press, Oxford, 2005, 31 ss.

337 Protocollo Addizionale alla Convenzione Interamericana in materia di diritti economici, sociali e culturali (Protocollo di San Salvador), adottato in data 17 novembre 1988, in particolare art. 10, §. 2, lett. f), in www.cidh.oas.org.

338 Art. 16 Carta Africana.

339 B. TOEBES, R. FERGUSON, M.M. MARKOVIC, O. NNAMUCHI (eds.), *The Right to Health. A Multi-Country Study of Law, Policy and Practice*, Springer, 2014.

340 D. CALLAHAN, *The WHO definition of "health"*, in *The Hastings Center Studies, The Concept of Health*, 1973, 1, 3, 77-87; più di recente J. FRENK, O. GOMÉZ-DANTÉS, *Designing a framework for the concept of health*, in *Journal of Public Health Policy*, 2014, 35, 401-406; C. BOTRUGNO, *Il diritto alla salute dinnanzi alla sfida della complessità. Dalla crisi del riduzionismo biomedico alla global health*, in *Riv. fil. dir.*, 2014, 2, 495-512.

341 Preambolo della Costituzione OMS-WHO approvato in data 22 luglio 1946 e ratificato in data 7 aprile 1948, recepito con d.lgs. C.p.S. 4 marzo 1947, n. 1068 recante «Approvazione del Protocollo concernente la

astratto, lo potrebbe mai raggiungere; ed è appunto per questo motivo che appare indispensabile definire uno *standard* ragionevole che sia possibile implementare, chiarendo gli obblighi dello Stato e i criteri e le procedure per una sua applicazione efficace³⁴².

Nell'ambito di un'analisi che percorra i sentieri della politica del diritto, la concettualizzazione della salute mentale come diritto umano, e non semplicemente come una rivendicazione sociale o politica, impone agli Stati obblighi vincolanti di rispettare, difendere e promuovere il diritto stesso.

Per chiarire la questione, il Comitato sui diritti economici, sociali e culturali delle Nazioni unite, che supervisiona l'implementazione e il monitoraggio dell'ICESCR, ha pubblicato l'Osservazione generale 14³⁴³ che rappresenta, allo stato, la più autorevole definizione a livello internazionale ai fini della determinazione degli *standard* del diritto alla salute³⁴⁴.

L'Osservazione generale 14 concepisce una nozione ampia di diritto alla salute, di natura fondamentale e «indispensabile per l'esercizio di altri diritti umani». Così, il diritto alla salute comprende le politiche di salute pubblica e le cure sanitarie, come pure altre condizioni che sono fattori determinanti per una vita sana, tra cui un'adeguata nutrizione e abitazione, acqua potabile non contaminata, sicurezza sul posto di lavoro e un ambiente salubre.

Il diritto alla salute si declina quindi sia nelle forme dei diritti di libertà che dei diritti sociali. Le libertà trovano tutele essenzialmente tratte dal contesto dei diritti civili e politici: il diritto di autodeterminazione sul proprio corpo e sulla propria salute, il diritto alla libertà sessuale e riproduttiva e la libertà da interferenze, che include il diritto di non essere sottoposto a tortura o a trattamenti medici senza il proprio consenso. I diritti sociali, invece, comportano l'affermazione di un «diritto a un sistema di tutela della salute che fornisca pari opportunità alle persone di godere del più elevato livello di salute possibile». L'Osservazione generale legge quindi il diritto alla salute in termini di diritti individuali e sociali, doveri statali e *standard* di implementazione in senso lato.

Considerando il contesto della normativa che ha implementato il diritto alla salute, l'Osservazione generale ha sottolineato l'importanza dei criteri di disponibilità, accessibilità, accettabilità e qualità delle strutture, dei prodotti e dei servizi sanitari. In particolare il concetto di «disponibilità» presuppone l'esistenza di «fattori determinanti e fondamentali per la salute», quali servizi sanitari funzionali, incluso personale sanitario qualificato, adeguate strutture per il trattamento sanitario e accesso a medicinali essenziali. La nozione

costituzione dell'Organizzazione mondiale della Sanità stipulato a New York il 22 luglio 1946».

342 L.O. GOSTIN, *The Human Right to Health: A Right to the "Highest Attainable Standard of Health"*, in *Hastings Center Rep.*, 2001, 29 ss.

343 L'Osservazione generale 14 si inserisce in un percorso che prese avvio nella seconda sessione del 1988, nella quale il Comitato decise (E/1988/14 §§. 366 e 367), in conformità con l'invito che gli era stato rivolto dal Consiglio economico e sociale (Risoluzione n. 198715) e fatto proprio dall'Assemblea generale (Risoluzione n. 42/102), di intraprendere a partire dalla sua terza sessione l'elaborazione di osservazioni generali relative ai diversi articoli e disposizioni del Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali, allo scopo di aiutare gli Stati ad adempiere i loro obblighi in materia di presentazione dei rapporti. L'Osservazione generale 14 è stata adottata in data 11 agosto 2000 in www.refworld.org.

344 G. MACNAUGHTON, P. HUNT, *Health impact assessment: The contribution of the right to the highest attainable standard of health*, in *Public Health*, 2009, 123, 4, 302-305; P. HUNT, G. BACKMAN, *Health Systems and the Right to the Highest Attainable Standard of Health*, in ***Health and Human Rights***, 2008, 10, 1, 81-92; in tema P. HUNT, J. MESQUITA, *Mental Disabilities and the Human Right to the Highest Attainable Standard of Health*, *cit.*

di «accessibilità» garantisce che le strutture e i servizi sanitari siano disponibili per tutti, proibendo discriminazioni e barriere economiche, geografiche, fisiche o informative. I servizi sanitari devono pertanto essere conformi agli standard sanciti dalla comunità scientifica e, al contempo, devono adattarsi alle tradizioni culturali locali.

L'autorità statale si trova di fronte a tre obblighi sanciti nel documento citato: rispettare, tutelare e realizzare il diritto alla salute³⁴⁵. Il dovere di rispetto comporta per lo Stato l'obbligo di non interferire «direttamente o indirettamente nel godimento del diritto alla salute», ad esempio limitando le pari opportunità di accesso ai servizi sanitari preventivi, di cura e palliativi, impedendo le tradizionali cure preventive e pratiche mediche o incentivando l'uso di sostanze nocive. L'obbligo di tutelare richiede che lo Stato prenda misure positive per garantire che i privati e le aziende non interferiscano con il diritto alla salute, infine la responsabilità dell'attuazione³⁴⁶ impone di promuovere – in virtù di regole legislative, economiche e promozionali – il diritto alla salute attraverso misure positive che permettano e assistano gli individui e le comunità ai fini di un godimento pieno del diritto alla salute.

Infine, l'Osservazione generale indica dei dettagliati standard di implementazione che impongono allo Stato di sviluppare il proprio ordinamento normativo, programmando una strategia nazionale volta a fissare obiettivi, allocare le relative risorse, controllare i progressi e stabilire le procedure e i rimedi adeguati per far sì che i trasgressori si assumano la responsabilità delle loro azioni.

L'ambiziosa definizione del diritto alla salute sviluppata nell'Osservazione generale 14 ha avuto un impatto sostanzialmente positivo sulle esistenze delle persone con disturbo mentale, imponendo ai governi nazionali e locali di aumentare la qualità dei servizi sanitari e le risorse pubbliche ad essi destinate³⁴⁷.

345 Gli stessi principi sono sanciti nelle Raccomandazioni adottate dal Consiglio d'Europa, in specie: Council of Europe (1977) Recommendation (818) on the Situation of the Mentally Ill. Strasbourg; Council of Europe; Council of Europe (1983) Recommendation R(83)2 of the Committee of Ministers to Member States Concerning the Legal Protection of Persons Suffering from Mental Disorder Placed as Involuntary Patients. Strasbourg; Council of Europe (1994) Recommendation 1235 on Psychiatry and Human Rights. Strasbourg; Council of Europe (1998) Eighth General Report from the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment, paras 34-36. CPT/Inf (98) 12. Strasbourg; Council of Europe (2000) White Paper Regarding a Draft Recommendation on Legal Protection of Persons Suffering from Mental Disorder Especially Those Placed as Involuntary Patients. Strasbourg; Council of Europe (2001) Recommendation Rec(2001)12 of the Committee of Ministers to member states on the adaptation of health care services to the demand for health care and health care services of people in marginal situations Strasbourg; Council of Europe (2004) Recommendation Rec(2004)10 of the Committee of Ministers to member states concerning the protection of the human rights and dignity of persons with mental disorder Strasbourg; Council of Europe (2006) Recommendation Rec(2006)5 of the Committee of Ministers to member states on the Council of Europe Action Plan to promote the rights and full participation of people with disabilities in society: improving the quality of life of people with disabilities in Europe 2006-2015 Strasbourg. Cfr. D. KINGDOM *et al.*, *Protecting the human rights of people with mental disorder: new recommendation emerging from the Council of Europe*, in *British Journal of Psychiatry*, 2004, 185, 277-279.

346 In particolare, l'Osservazione generale 14 indica un numero di obblighi fondamentali in quanto vitali per assicurare un livello minimo di servizi: accesso senza discriminazione ai servizi, alimenti sicuri, acqua potabile, medicinali essenziali, servizi per la riproduzione e la maternità, campagne di immunizzazione, controllo delle malattie infettive, accesso all'informazione sanitaria e formazione del personale sanitario.

347 F. CALLARD, N. SARTORIUS *et al.*, *Mental Illness, Discrimination and the Law, Fighting for Social Justice*, Wiley-Blackwell, Oxford, 2012, 191 ss.

L'Osservazione generale 14 evidenzia peraltro i legami tra il diritto alla salute e altri diritti umani, il che, sotto il profilo giuridico, conferma la pari dignità della salute rispetto agli altri diritti, mentre, sotto il profilo pratico, offre uno strumento in più per promuovere la salute mentale attraverso lo strumento dei diritti umani. Molte delle politiche e azioni che violano il diritto alla salute costituiscono anche una violazione di altri diritti umani: un esempio ne è l'interazione tra il diritto alla salute e il diritto a non subire un trattamento disumano e degradante³⁴⁸. In numerose pronunce, la Corte europea ha sanzionato violazioni alla proibizione di trattamenti disumani e degradanti quando una persona malata di mente è detenuta in condizioni squallide e disumane, non ricevendo un trattamento adeguato³⁴⁹. Al contempo le stesse condotte che integrano un trattamento disumano e degradante potrebbero essere riguardate anche come violazioni del diritto alla salute: così sottoporre persone con disturbo mentale a condizioni non adeguate durante la detenzione e non fornire loro un adeguato trattamento medico-psichiatrico può determinare un deterioramento fisico e mentale significativo o può persino causarne la morte; di conseguenza, queste condizioni non si conformano all'obbligo dello Stato di rispettare il diritto alla salute.

In questi termini il circolo si chiude, in quanto, fondendo le rivendicazioni riguardanti il diritto alla salute con quelle fondate sui diritti umani si ottiene il risultato di legittimare e rafforzare il diritto alla salute. Un ricorso più frequente al diritto alla salute renderebbe quindi possibile integrarne le istanze in una struttura più solida di diritti, proteggendo così la salute mentale, garantendo i relativi servizi a chi ne ha bisogno e migliorando i fattori sociali determinanti che influiscono sulla salute mentale.

La promozione della salute come diritto umano fondamentale passa anche attraverso le linee guida internazionali sull'implementazione del diritto alla salute, che vengono ad influire sulle politiche nazionali in senso progressivo.

9. Salute individuale e salute pubblica

Il diritto alla salute, come altri diritti umani, rappresenta il presupposto legittimante le moderne tendenze delle politiche e delle pratiche per la salute mentale, incluse le iniziative di de-istituzionalizzazione e di integrazione nella comunità delle persone con disagio mentale³⁵⁰. La de-istituzionalizzazione e l'integrazione nella comunità costituiscono le forme attraverso le quali offrire ai pazienti trattamenti efficaci, senza sradicarli dalla loro realtà familiare o sociale e senza sottoporli a meccanismi di stigmatizzazione³⁵¹.

348 G. NIVEAU, *Preventing human rights abuses in psychiatric establishments: the work of the CPT*, in *The Journal of the European Psychiatry Association*, 2004, 19, 3, 146-154; A. BYRNES, *Torture and other Offenses Involving the Violation of the Physical or Mental Integrity of the Human Person*, in G. KIRK McDONALD et al. (eds.), *Substantive and Procedural Aspects of International Criminal Law*, I, The Hague, Kluwer Law International, 2000, 214 ss.

349 Co.Du., 3 aprile 2001, *Keenan c. Regno Unito*, cit.

350 F. ROTELLI, O. DE LEONARDIS, D. MAURI, *Deistituzionalizzazione, un'altra via (La riforma psichiatrica italiana nel contesto dell'Europa Occidentale e dei «paesi avanzati»)*, in P. TRANCHINA, A. PIRELLA (a cura di), *Venti anni di Fogli d'Informazione*, Centro di documentazione Pistoia, 1992, 35 ss.; di recente WHO, *Innovation in deinstitutionalization: a WHO expert survey*, Who, Geneva, 2014.

351 R. PICCIONE, *Il futuro dei servizi di salute mentale in Italia*, Franco Angeli, Milano, 2004, 89 ss.

Tali pratiche, oltre ad una solida base di evidenze scientifiche, consentono di formulare e realizzare diritti esigibili da parte di coloro (utenti e familiari) che attraversano le complesse e profonde esperienze personali proprie del disturbo mentale grave.

Come detto, il diritto alla salute mentale contiene due componenti di uguale importanza: il diritto individuale alla salute e il correlato interesse pubblico. Dato che il profilo individuale del diritto è predominante nella maggior parte dei discorsi riguardanti i diritti umani, tutelare l'interesse dell'individuo in relazione all'autonomia o alla libertà rappresenta il fondamento della maggior parte dei diritti civili e politici. Tuttavia anche i diritti sociali si riflettono inevitabilmente sulle esigenze individuali, per cui se l'autorità statale trascura politiche e pratiche proprie dei servizi di salute mentale, ciò si risolve anche in una violazione del diritto alla salute mentale individuale.

Diversamente, la salute pubblica inerisce questioni di salute mentale che interessano l'intera popolazione o specifici gruppi sociali³⁵². Può essere importante analizzare il diritto alla salute mentale attraverso il prisma della salute pubblica, partendo dalla definizione datane dall'Istituto di Medicina, nell'autorevole relazione *Il futuro della salute pubblica nel XXI° secolo*, secondo cui: «la salute pubblica è ciò che noi, come società, facciamo collettivamente per garantire le condizioni che permettono alla gente di essere sana»³⁵³. L'enfasi sull'obbligo di cooperazione e di condivisione reciproca («noi, come società») rafforza l'idea secondo cui entità collettive (ad es. i governi) dovrebbero assumersi la responsabilità di porre in campo politiche volte a tutelare la salute collettiva della popolazione.

La salute mentale pubblica tuttavia – è bene sottolinearlo – va ben oltre l'impegno di fornire servizi di cura e di riabilitazione, dovendo l'autorità statale favorire quelle condizioni che possono incidere sullo stato di benessere collettivo. Le concezioni ampie del diritto alla salute, come quelle che si rinvergono nell'Osservazione generale 14 e in alcuni strumenti normativi sui diritti umani, fanno una menzione diretta degli obblighi di salute della popolazione che ben si adattano al modello tradizionale di salute pubblica. Ad esempio, l'Osservazione generale 14 richiede agli Stati di sostenere gli sforzi per migliorare la salute sia per gli individui che per la comunità, attraverso campagne di vaccinazione, controllo delle malattie infettive e accesso alle informazioni sanitarie³⁵⁴.

In questi termini, anche il Protocollo di San Salvador nel sistema Interamericano include specificatamente, nella clausola sul diritto alla salute, le condizioni per garantire la salute pubblica³⁵⁵, impegnando gli Stati ad assicurare «campagne di vaccinazione contro le principali malattie infettive; la prevenzione e il trattamento di malattie endemiche, professionali ed altre; l'educazione della popolazione alla prevenzione e al trattamento dei problemi di salute, e soddisfazione della domanda di salute dei gruppi a maggior rischio». Allo stesso modo, il diritto alla salute nella Carta sociale europea abbraccia elementi della pratica per la salute pubblica, incaricando gli Stati «di eliminare al massimo possibile le cause che provocano una cattiva salute; fornire strutture di consulenza e di educazione per

352 Ne fornisce una definizione W. FOSCHI, *Epidemiologia ambientale ed epidemiologia sociale: per un approccio integrato*, in C. CIPOLLA (a cura di), *Manuale di sociologia della salute*, I, Franco Angeli, Milano, 2004, 185 ss.

353 INSTITUTE OF MEDICINE, *The Future of the Public's Health in the 21st Century*², The National Academies Press, Washington, 2011, 1-18. La relazione è stata redatta nel 2002 e costituisce un aggiornamento della precedente *The Future of Public Health* redatta nel 1988.

354 Osservazione generale 14, §§. 36-37.

355 Art. 10 Protocollo San Salvador.

la promozione della salute (...); impedire per quanto possibile il diffondersi di malattie epidemiche, endemiche e di altro genere»³⁵⁶. I diritti e i doveri creati da questi strumenti obbligano lo Stato ad adottare misure esplicite per sostenere le fondamenta della salute pubblica nella società.

Volendo riassumere, possiamo definire le politiche pubbliche per la salute mentale come forme di impegno per lo Stato, compatibilmente con le risorse disponibili, di garantire le condizioni necessarie perché le persone conservino una condizione di salute mentale.

Questa definizione delinea degli obblighi espliciti per lo Stato e riconosce che la rivendicazione del diritto alla salute mentale impone un corrispondente dovere. È evidente come non si potrà imporre alle autorità pubbliche di perseguire l'obiettivo ideale del raggiungimento di uno stato di benessere ottimale per tutta la popolazione, nella misura in cui, nel campo della salute mentale, non esistono standard assoluti, visto che sulla psiche influiscono molti fattori che sono al di fuori del controllo dello Stato (ad es. genetica, comportamento, condizioni stressanti). Tuttavia, richiedere allo Stato di garantire le condizioni che consentano alla popolazione di poter tutelare il proprio diritto alla salute³⁵⁷ costituisce il contenuto minimo del corrispettivo diritto umano.

L'applicazione degli obiettivi e standard di salute pubblica alla pratica della salute mentale, nella prospettiva dell'implementazione dei diritti umani, potrebbe produrre effetti positivi sulla condizione delle persone con disturbo mentale, ma anche per la salute pubblica in generale.

L'attenzione ai problemi di salute mentale da parte dagli organi incaricati della tutela della salute è parte integrante nell'attuazione del diritto alla salute mentale. Poiché la maggior parte dei progetti e delle iniziative per la salute pubblica si svolge a livello locale, l'adozione dei principi sui diritti umani nelle politiche, prassi e procedure locali costituisce un viatico per l'affermazione e la tutela anche dei diritti umani.

10. Per un diritto costituzionale cosmopolita: diritti umani e persone con sofferenza mentale

L'analisi qui sviluppata ha tentato di offrire una visione ampia delle linee direttive che connotano una struttura ordinamentale in progressiva evoluzione. A livello internazionale e nei contesti regionali, tale struttura complessa e dinamica – compendiata da strumenti normativi che definiscono i diritti umani e istituzioni che li fanno rispettare e li interpretano – ha consentito di implementare meccanismi e procedure volti a prevenire e sanzionare forme di violenza ed abuso nei confronti di persone con disturbi mentali.

I vari sistemi per la protezione dei diritti umani offrono, in tal senso, l'opportunità di una tutela tangibile dei diritti umani dei soggetti deboli sia a livello individuale sia in termini collettivi. Procedure di denuncia, di controllo e di giudizio permettono di individuare e prevenire le violazioni ai diritti umani nei contesti ove viene in gioco la salute mentale. Come emerge anche dall'analisi – pur sommaria – della giurisprudenza, i sistemi regionali

³⁵⁶ Art. 11 Carta sociale europea.

³⁵⁷ I governi possono fare molto per migliorare la salute mentale della popolazione, ad es. fornire condizioni economiche decorose, educazione e informazioni sulla salute, opportunità di lavoro decoroso, servizi sociali e di welfare, cure psichiatriche primarie e secondarie, servizi psichiatrici in comunità, e servizi e trattamenti ospedalieri.

per i diritti umani hanno elaborato principi e procedure in grado di tutelare in modo efficace i diritti umani messi a rischio in particolare nelle condizioni di maggiore vulnerabilità.

La legislazione internazionale sui diritti umani può fare molto allo scopo di incentivare e sostenere politiche promozionali per la salute mentale della popolazione in generale, migliorando al contempo la qualità di vita delle persone con disturbi mentali.

I diritti umani si possono descrivere come espressione di un *overlapping consensus*³⁵⁸ e, in una situazione come quella attuale, caratterizzata da un radicato pluralismo riguardo alle concezioni del mondo, della vita, dell'essere umano, il riconoscimento di tali diritti si iscrive nel percorso di progressiva valorizzazione della persona, quale obiettivo primario dei processi normativi ed istituzionali.

Il "consenso per intersezione" intorno ai valori della persona, quindi, non si traspone in una semplice condivisione di principi e norme, non è sinonimo di sincretismo culturale, è invece figlio di processi di ibridazione culturale, sociale, filosofica o religiosa di principi e norme di giustizia³⁵⁹.

In questa prospettiva i diritti umani costituiscono una pratica che si sviluppa attraverso processi non lineari – segnati da retorica, ambiguità e violazioni che si alimentano anche del linguaggio dei diritti con esiti di ineffettività – e richiede impegno, vigilanza, iniziativa, capacità progettuale, attitudine critica e precomprensioni condivise. Li si potrebbe paragonare alla nave dei marinai descritti da Otto Neurath che deve essere riparata durante la navigazione, pezzo per pezzo, in mare aperto, non essendo possibile, anche solo immaginare, che l'imbarcazione possa un giorno venire tirata a secco per una ristrutturazione totale. Diventa quindi necessario cercare un punto di equilibrio, una corretta sintesi tra la forza evocativa dei valori, il peso degli elementi testuali emergenti dagli atti convenzionali e la nuda realtà dei fatti che sembra collocare i diritti umani in una sfera di sostanziale irrilevanza e manipolabilità.

Se il costituzionalismo, nella sua essenza, è la forma per eccellenza di limitazione del potere sovrano e, al contempo, l'interprete delle rinnovate basi di legittimazione del potere stesso³⁶⁰, allora attribuire valenza costituzionale al diritto dei diritti umani – facendo leva sul "nucleo duro" dei principi comuni³⁶¹, sulla circolazione dei modelli e sul dialogo tra corti³⁶² –

358 A. PISANÒ, *Overlapping consensus e diritti umani*, in *Riv. fil. dir.*, 2014, 2, 399 ss. che ipotizza, pur evidenziandone le criticità, l'*overlapping consensus* come chiave euristica per spiegare il consenso generato negli ultimi decenni dai diritti umani. Cfr. J. RAWLS, *The Idea of an Overlapping Consensus*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, 1987, 7, 1, 1-25.

359 La sfida cosmopolitica del sistema normativo dei diritti umani, articolato nel diritto internazionale dei diritti umani, consiste proprio nella sua capacità, al di là dei riconoscimenti formali o in linea di principio, di essere interiorizzato e legittimato dalle diverse dottrine religiose, filosofiche e morali. Cfr. G. GOZZI, *Diritti dell'uomo e diritto cosmopolitico. Radici kantiane nell'odierno dibattito sui diritti*, in G. CAVALLARI (a cura di), *Comunità, individuo e globalizzazione*, Carocci, Roma, 2001, 69 ss.; in termini diversi Q. CAMERLENGO, *Contributo ad una teoria del diritto costituzionale cosmopolitico*, Giuffrè, Milano, 2007, 219 ss.

360 P. RIDOLA, *Il costituzionalismo: itinerari storici e percorsi concettuali*, in *Scritti in onore di Gianni Ferrara*, III, Giappichelli, Torino, 2005, 294-295.

361 Il che configura un prototipo costituzionale dal quale emerge l'esistenza di standard costituzionali minimi, conformi allo spirito profondo comune a tutti i sistemi costituzionali originati da radici condivise. Cfr. Q. CAMERLENGO, *Contributo ad una teoria del diritto costituzionale cosmopolitico*, cit., 110-111.

362 G. ZAGREBELSKY, *Corti costituzionali e diritti universali*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2006, I, 298 ss.; B. ACKERMAN, *The Rise of World Constitutionalism*, in *Val. L. Rev.*, 1997, 83, 771 ss.; A.M. SLAUGHTER, *A Global Community of Courts*, in *Harv. Int'l L. J.*, 2003, 44, 191-219.

rappresenta un passo decisivo verso l'obiettivo di limitare ma anche indirizzare il potere pubblico statale a tutela in particolare dei gruppi vulnerabili.

Il controllo dell'esercizio del potere sovrano, specie quando si esprime in forme di coazione o con l'uso della violenza, avviene anzitutto attraverso l'azione di controllo di organi interni allo Stato, anche attraverso la 'domesticazione' delle norme sui diritti umani di origine internazionale, mentre i meccanismi internazionali di controllo dell'attuazione di tali norme – di natura giurisdizionale o semi-giurisdizionale – rivestono soltanto un ruolo complementare.

Ruolo complementare che non si traduce in una funzione residuale, in quanto una peculiarità importante del diritto dei diritti umani è che esso non solo impegna gli Stati al raggiungimento di determinati standard in materia di tutela e promozione dei diritti, ma li accompagna ad organi sopranazionali di garanzia, deputati al controllo dell'uniforme applicazione della normativa.

È quindi nel dialogo tra giudici nazionali e sovranazionali, appartenenti ai diversi sistemi regionali, che il diritto dei diritti umani tende ad assumere un approccio pragmatico e di prossimità rispetto alle peculiari situazioni locali, favorendo l'omogeneizzazione progressiva degli standard regionali a quelli universali.

Entro questo circuito si sviluppa una riflessione sul ruolo del diritto dei diritti umani nell'orientamento del potere pubblico, laddove ormai nessuno può disconoscere l'esistenza di obblighi positivi istituiti dalle norme sui diritti umani i quali, anche alla luce del riconoscimento della loro interdipendenza, universalità ed indivisibilità, definiscono un complesso corpo giuridico teso alla realizzazione di sistemi politici nazionali e regionali capaci di promuovere e proteggere i diritti umani di tutte le persone soggette alla loro giurisdizione, e, al livello internazionale, parafrasando l'art. 28 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, ad instaurare «un ordine sociale e internazionale nel quale i diritti e la libertà enunciati nella Dichiarazione possano essere pienamente realizzati».

Quanto alla seconda funzione propria del costituzionalismo, ossia quella di legittimazione del potere sovrano, si può ritenere che essa si declini entro la logica cooperativa che connota i diritti umani. Gli Stati aderiscono infatti su base volontaria a numerosi impegni convenzionali in materia di diritti umani, delineando una prospettiva di condivisione – con gli altri membri della Comunità internazionale – di valori, principi e standard comuni, che partecipano alla fondazione di quel processo globale di rinnovata legittimazione delle entità sovrane³⁶³.

La prassi presa in considerazione nel corso di questa analisi ha mostrato come il diritto dei diritti umani goda di ampia legittimazione in quanto riproduttivo di norme considerate fondamentali per la comunità internazionale, tuttavia è necessario prendere atto che l'universalità è l'esito di un processo che si compie, per tentativi, e che avviene in concreto, emergendo "dal basso", nell'orizzonte della comune condizione esistenziale³⁶⁴.

363 L'affermazione dei diritti non può prescindere dall'organizzazione dei poteri e della politica: i diritti, cioè, non si danno che per mezzo della sovranità. Non a caso, dunque, l'affermazione dei diritti umani ha costituito storicamente uno dei veicoli principali di rafforzamento e di legittimazione della sovranità, dell'«universale particolare» dello Stato, mostrandosi lo strumento più adatto, e storicamente il più efficace, al fine di implementare quei diritti. Cfr. U. ALLEGRETTI, *Diritti fondamentali tra tradizione statale e nuovi livelli di potere*, in A. CARRINO (a cura di), *Diritto e politica nell'età dei diritti*, Esi, Napoli, 2004, 11 ss.

364 La dimensione quotidiana, in tal modo, diventa oggetto di attenzione da parte del diritto, sicché l'umanità concreta della persona e la protezione giuridica delle sue spettanze si compenetrano nell'attenzione alle situazioni esistenziali. Ciò sollecita l'adozione di una prospettiva "dal basso", che pone al centro i singoli

È da questa condizione che è necessario partire, riconoscendo contemporaneamente che l'universalità è una delle forme attraverso cui vengono tutelati valori, beni, bisogni e interessi considerati fondamentali, pur essendo espressivi di esigenze, storicamente e culturalmente condizionate, in cui si concretizza l'esistenza. L'universalità, in tal modo, si intreccia con la particolarità, richiedendone la conoscenza, e si manifesta nel tessuto, temporalmente caratterizzato e contingente, dell'esperienza.

Come abbiamo cercato di dimostrare appare influente la portata e l'importanza dell'approccio dei diritti umani per le questioni riguardanti la salute mentale e la condizione delle persone con sofferenza psichica. Attraverso l'affermazione dell'universalità e inviolabilità dei diritti, le dichiarazioni internazionali e le legislazioni nazionali hanno indubbiamente delineato un *corpus* di diritti, immediatamente esigibili, a favore delle persone con disturbi psichici, contribuendo – nel contesto di cambiamenti sociali e culturali – allo smantellamento di molte forme di discriminazione, la cui rimozione è cruciale per garantirne l'uguaglianza civica³⁶⁵.

Se finalità immanente della pratica dei diritti umani è la protezione dell'universale condizione della persona umana considerata nella sua singolarità e specificità, allora, dalla tensione tra normatività ed effettività emerge l'apertura semantica di tali diritti intesa «come potenzialità di senso che si lega all'emersione di bisogni, interessi, valori ritenuti meritevoli di protezione, centrati sulla persona umana, considerata nelle sue diverse dimensioni esistenziali. È in ragione di tale proprietà che il catalogo dei diritti è costitutivamente in evoluzione e procede per specificazioni, connesse al riconoscimento di “nuovi” diritti o alla precisazione in forme diverse di diritti in precedenza riconosciuti»³⁶⁶.

** Dottorando di ricerca in diritto pubblico e tributario nella dimensione europea presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Bergamo.

individui “situati”. Cfr. S. RODOTÀ, *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*², Feltrinelli, Milano, 2009, 10-13, 25-32; P. VERONESI, *Corpo e Costituzione. Concretezza dei casi e astrattezza della norma*, Giuffrè, Milano, 2007, 13-6, 26-28.

³⁶⁵ Per una prospettiva di eguaglianza “molecolare” e casistica si veda il brillante saggio di M. ANIS, *La piccola eguaglianza*, Einaudi, Torino, 2015, 7 ss.

³⁶⁶ B. Pastore, *La concretezza dei diritti umani*, in *Metodo. International Studies in Phenomenology and Philosophy*, 2014, 2, 1, 66.

Le provvidenze all'editoria: un contributo effettivo alla libertà della stampa e al pluralismo informativo?*

di Silvio Troilo **
(17 marzo 2015)

SOMMARIO: 1. Libertà della stampa e provvidenze pubbliche all'editoria alla luce della Costituzione. – 2. Il sistema di contributi previsto dalla l. n. 416/1981. – 3. Le forme di sostegno conservate negli anni novanta e duemila. – 4. Il progressivo superamento degli aiuti diretti. – 5. Riflessioni conclusive: l'eccessiva distorsività e la scarsa efficacia delle provvidenze concretamente erogate in un contesto editoriale in profonda evoluzione.

1. Libertà della stampa e provvidenze pubbliche all'editoria alla luce della Costituzione – Nell'Italia repubblicana è sempre stato vivo l'interesse per la *libertà di stampa* – coltivato, in dottrina, da brillanti ed appassionati studiosi, come Maurizio Pedrazza Gorlero – mentre, per lungo tempo, è stata dedicata minore attenzione ai profili attinenti alla *libertà della stampa*¹.

In effetti, anche in sede costituente² sono stati tenuti assai più presenti i problemi relativi al primo profilo, ossia ai contenuti dell'informazione ed alla libertà degli operatori da ingerenze di qualsivoglia natura, che non quelli relativi al secondo, ovvero alla disponibilità degli strumenti e delle strutture organizzative e professionali necessari alla produzione editoriale.

I due profili sono, comunque, strettamente connessi tra di loro³ e su entrambi si riflette la circostanza che l'attività di stampa assume ad oggetto e a ragion d'essere l'informazione⁴: così, l'obiettività e la completezza dell'informazione sono il risultato, oltre che della dialettica interna alle imprese editoriali, della loro dialettica esterna, che si realizza attraverso la concorrenza tra di esse. Questa fornisce ai giornalisti ed ai lettori gli elementi di comparazione indispensabili, rispettivamente, ad attivare forme di controllo interne e ad effettuare la "taratura" dell'informazione⁵.

* Questo articolo è destinato alla pubblicazione negli *Studi in onore di Maurizio Pedrazza Gorlero* per i tipi dell'editore ESI.

¹ Sulla distinzione tra *libertà di stampa* e *libertà della stampa* v., *ex plurimis*, F. SCHIAVETTI, *Libertà di stampa e libertà della stampa nei lavori dell'Assemblea Costituente*, in *Studi per il XX anniversario dell'Assemblea Costituente*, II, *Le libertà civili e politiche*, Firenze 1969, p. 442 ss.; U. DE SIERVO, *Recenti linee di tendenza degli interventi legislativi e governativi in materia di stampa*, in *La stampa quotidiana tra crisi e riforma*, a cura di P. Barile e E. Cheli, Bologna 1976, p. 51; L. PALADIN, *Problemi e vicende della libertà d'informazione nell'ordinamento giuridico italiano*, in *La libertà di informazione*, a cura di L. Paladin, Torino 1979, p. 7.

² In proposito cfr., in particolare, la discussione sull'attuale quinto comma dell'art. 21, svoltasi il 14 aprile 1947 (*Atti dell'Assemblea Costituente*, Roma 1970, V, p. 848 ss.). Per una puntuale ricostruzione del dibattito cfr. F. SCHIAVETTI, *Libertà di stampa e libertà della stampa ...*, cit., p. 442 ss., nonché A. CONSOLE, *I lavori preparatori dell'Assemblea Costituente in tema di stampa periodica*, in *La stampa quotidiana tra crisi e riforma*, cit., p. 33 ss.

³ Sul punto v., per tutti, U. DE SIERVO, *Recenti linee di tendenza ...*, cit., p. 52, il quale rileva che, «al di là dell'ipotesi limite che non può certo configurarsi un caso, nel quale uno dei tipi di libertà possa sussistere in presenza dell'annullamento dell'altro, stanno tutti quei casi intermedi nei quali una disciplina più o meno restrittiva in materia di contenuto influisce, seppure mediatamente, sul tipo di strutture organizzative e viceversa».

⁴ Circostanza da cui conseguono la possibilità di ricondurre l'attività di stampa tra le forme attuative della libertà di manifestazione del pensiero sancita dall'art. 21 Cost., la potenziale configurabilità dell'informazione – compatibilmente con la sua natura sociale – come bene di consumo e, dunque, commerciabile, nonché il suo caratterizzarsi come polo di riferimento della professionalità degli operatori del settore (cfr. A. BRIGHINA, *La stampa*, in A. LOIODICE, A. BRIGHINA, G. CORASANITI, *I servizi dell'informazione*, I, *Editoria e stampa*, in *Trattato di diritto amministrativo*, diretto da G. Santaniello, XV, Padova 1990, p. 362).

⁵ La strumentalità del pluralismo esterno all'obiettività e alla completezza dell'informazione è comunemente affermata in dottrina: cfr., oltre a M. PEDRAZZA GORLERO, *Il giornalismo nell'ordinamento costituzionale*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*,

Tuttavia, poiché la propensione all'eliminazione del concorrente caratterizza la libertà economica e, anzi, la libertà in genere, la Costituzione repubblicana ha previsto, all'art. 21, tre ordini di garanzie per la conservazione del pluralismo informativo esterno.

Il primo comma sancisce che sia garantita a tutti la libertà di manifestazione del pensiero con ogni mezzo di diffusione, e perciò anche con quello che ha la struttura di un'impresa, per cui tutti coloro che abbiano nella loro disponibilità i mezzi economici necessari sono liberi di dare vita ad un'impresa editoriale e di utilizzarla come strumento della loro e dell'altrui libertà di diffusione del pensiero⁶.

Il secondo comma, vietando autorizzazioni o censure per la stampa, sembra volerla collocare nell'area della libertà economica e della concorrenza, con ciò escludendo la possibilità di nazionalizzazione delle imprese editoriali⁷.

Il quinto comma, infine, permettendo al legislatore di disporre che siano resi noti i mezzi di finanziamento della stampa periodica, consente che sia rivelato il fine di pressione extra-editoriale sotteso ai finanziamenti che essa riceve: sembra, perciò, implicitamente negare per le imprese editoriali la legittimità delle forme di mercato oligopolistiche⁸. Tale disposizione, pur non obbligando espressamente il Parlamento ad intervenire, è posta nell'interesse non dei titolari del diritto di diffondere a mezzo stampa il proprio pensiero, ma dei destinatari dell'informazione ed è strettamente connessa – e, per certi versi, funzionale – al pluralismo del settore, che per consolidata giurisprudenza costituzionale costituisce principio fondamentale di questa materia e nucleo di un diritto del cittadino-utente all'informazione (inteso appunto come diritto al pluralismo informativo, a garanzia dell'obiettività e completezza dell'informazione)⁹.

Alla luce dei principi costituzionali sopra delineati, gli interventi del legislatore devono perseguire due obiettivi: da un lato, assicurare la trasparenza delle fonti di finanziamento, per garantire un sufficiente livello interno di obiettività informativa; dall'altro, mantenere condizioni di concorrenza fra le imprese giornalistiche, agevolandone l'ingresso e la permanenza sul mercato (con misure, però, che non ne annullino la responsabilità della gestione economica), affinché risulti conservato un adeguato livello esterno di obiettività dell'informazione¹⁰.

1987, p. 937 s., V. CRISAFULLI, *Problematica della libertà d'informazione*, in *Il Politico*, 1964, p. 300; A. LOIODICE, *Contributo allo studio sulla libertà di informazione*, Napoli 1969, p. 456; C. CHIOLA, *L'informazione nella Costituzione*, Padova 1973, p. 72 ss.; L. PALADIN, *Problemi e vicende della libertà d'informazione ...*, cit., p. 29 ss. e ID., *Libertà di pensiero e libertà d'informazione: le problematiche attuali*, in *Quad. cost.*, 1987, p. 22 ss.; P. BARILE, S. GRASSI, *Informazione (Libertà di)*, in *Noviss. Dig. It.*, App. IV, Torino 1983, p. 206 ss.; A. PACE, *Stampa-giornalismo-radio televisione*, Padova 1983, p. 61 ss.

⁶ V., per tutti, M. PEDRAZZA GORLERO, *Il giornalismo nell'ordinamento costituzionale*, cit., p. 938. Per un'interpretazione del primo comma dell'art. 21 in chiave anti-oligopolistica cfr. anche L. PALADIN, *Libertà di pensiero e libertà d'informazione ...*, cit., p. 23.

⁷ In tal senso v., per tutti, G. CUOMO, *Libertà di stampa ed impresa giornalistica nell'ordinamento costituzionale italiano*, Napoli 1955, p. 286 ss.; cfr. anche C. CHIOLA, *L'informazione nella Costituzione*, cit., p. 60; L. PALADIN, *Problemi e vicende della libertà d'informazione ...*, cit., p. 52, nonché M. PEDRAZZA GORLERO, *Il giornalismo nell'ordinamento costituzionale*, cit., p. 939.

⁸ Cfr. G. LUCATELLO, *Sul comma 5 dell'art. 21 della Costituzione*, in *Scritti in onore di Costantino Mortati*, III, *Aspetti e tendenze del diritto costituzionale*, Milano 1977, p. 689, nonché L. PALADIN, *Libertà di pensiero e libertà d'informazione ...*, cit., p. 23. V. anche P.G. MARCHETTI, *Provvidenze per l'editoria e statuto dell'impresa giornalistica*, in *Riv. soc.*, 1975, p. 1330 ss.; R. BRUCOLI, *Riforma della stampa quotidiana e periodica: la questione dello Statuto speciale dell'impresa giornalistica nella prospettiva costituzionale*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1980, p. 133 ss.; E. ANTONINI, *Meriti e limiti dello statuto dell'impresa giornalistica*, in *Probl. inform.*, 1982, p. 198 ss.

⁹ V. Corte cost., sentt. n. 420/1994 e n. 466/2002, nonché, per tutti, M. PEDRAZZA GORLERO, *Giornalismo e Costituzione*, Padova 1988, p. 119. Sulla tutela del diritto all'informazione pluralistica nei settori della stampa e della radiotelevisione, in relazione anche agli strumenti giurisdizionali rispettivamente attivabili, v. L. BIANCHI, *Verso un diritto del cittadino-utente ad un'informazione radiotelevisiva pluralistica*, in *Rapporto '93 sui problemi giuridici della radio-televisione in Italia*, a cura di P. Barile e R. Zaccaria, Torino 1994, p. 33.

¹⁰ M. PEDRAZZA GORLERO, *Il giornalismo nell'ordinamento costituzionale*, cit., p. 944. In questo senso cfr. anche L. PALADIN, *Libertà di pensiero e libertà d'informazione ...*, cit., p. 21 ss. In tale contesto si inserisce anche il principio di

Pertanto, eventuali provvidenze pubbliche all'editoria, se erogate in modo da rispettare le condizioni anzidette, costituiscono uno strumento ammesso dalla Costituzione per garantire il pluralismo dell'informazione, rappresentando un sostegno non indifferente soprattutto nella fase iniziale dell'attività editoriale e nei periodi di crisi economica.

Tuttavia, per lungo tempo il quinto comma dell'art. 21 è rimasto inattuato, mentre gli interventi pubblici si sono limitati a disporre contributi "a pioggia", prevalentemente legati al consumo di carta, che si risolvevano in un aiuto economico essenzialmente per i produttori di tale materia prima, senza giovare in modo sostanziale alla solidità economica delle imprese editoriali¹¹.

Soltanto a partire dalla l. n. 1063/1971, espressamente intitolata «Provvidenze a favore dell'editoria giornalistica per il 1971», si assiste ad un progressivo mutamento della filosofia ispiratrice della politica di sostegno alla stampa: da intervento "di riflesso", che in primo luogo aveva ad oggetto lo sviluppo dell'industria cartaria nazionale ed era realizzato attraverso l'Ente nazionale cellulosa e carta, esso diviene gradualmente un ausilio mirato, finanziato direttamente dallo Stato e basato su criteri specifici e vincolanti¹².

Dopo la l. n. 172/1975, in cui si trova l'anticipazione di alcuni istituti che verranno sviluppati successivamente, la l. n. 416/1981 – successivamente integrata dalla l. n. 67/1987 e dalla l. n. 250/1990 – riforma organicamente il sistema di intervento pubblico, cercando di finalizzare il sostegno economico dello Stato a programmi di riconversione tecnologica e produttiva delle imprese editoriali, resi necessari dalla crisi del settore, in modo da consentire il mantenimento di un sufficiente livello di pluralismo informativo.

Nonostante tali incisivi interventi di sostegno, è difficile non convenire con Maurizio Pedrazza Gorlero sul fatto che «la stampa soffre oggi di una considerazione marginale, perché nella realtà svolge una funzione limitata, quasi residuale. Se poi questa funzione sia ancora essenziale all'informazione, o costituisca invece un lascito della "lunga durata" della prima tecnica informativa della modernità – destinata, perciò, a venire progressivamente sostituita dalla informazione visiva – non è [ancora] possibile sapere»¹³.

In ogni caso per la stampa, come per qualunque altro mezzo informativo, il problema di fondo è «come conservare un pluralismo reale di informazioni e di opinioni quale riflesso della dialettica degli interessi e dei valori, delle differenze irriducibili di natura e di cultura, delle differenze componibili entro l'interesse generale, dentro e fuori il mezzo di informazione; come garantire la libertà di chi fornisce le informazioni e i diritti di chi ne viene attinto; come realizzare, cioè, l'informazione come libertà e difendersi dalla informazione come potere»¹⁴.

equilibrio delle risorse tra i diversi settori della comunicazione (a fini di garanzia dei settori più deboli, a cominciare dall'editoria, rispetto a quelli più forti, come la radiotelevisione), enucleato dalla Corte costituzionale a partire dalla sent. n. 225/1974, seguita dalle sentt. n. 231/1985 e n. 826/1988, fino alla citata sent. n. 420/1994 (su questo profilo v., *ex plurimis*, R. ZACCARIA, *Diritto dell'informazione e della comunicazione*, Padova 2002, p. 172 s.).

¹¹ Tali interventi – inaugurati con la legge di epoca fascista n. 1453/1935, istitutiva dell'Ente nazionale per la cellulosa e la carta (ENCC) – si erano limitati a disporre, in modo disorganico e non coordinato, provvidenze diverse quanto a tipologia e modalità di erogazione: integrazioni del prezzo della carta – erogate dall'ENCC, le cui risorse derivavano dai contributi versati dalle categorie produttrici interessate –, mutui a tasso agevolato, agevolazioni fiscali e tariffarie, previste dalla l. n. 482/1949. La frammentarietà dell'intervento statale si era riflessa anche sulle strutture pubbliche preposte al settore, con una proliferazione di organismi, formati in modo da rispecchiare interessi settoriali, spesso contrapposti, che facevano capo a due distinti centri direttivi: la Presidenza del Consiglio dei Ministri e il Ministero dell'Industria, che per lo più operavano in totale autonomia reciproca e senza il minimo coordinamento (v. F. GOBBO, *L'industria italiana della carta: un oligopolio imperfetto*, Bologna 1974 e ID., *Ente nazionale cellulosa e carta e intervento pubblico a favore della stampa*, in *Probl. inform.*, 1976, p. 289 ss., nonché R. LUPO, S. TROILO, *Mezzo secolo di stampa assistita. Rapporto sulle forme di sostegno dello Stato all'editoria (1935-1987)*, I parte, in *Dir. inform. informatica*, 1988, p. 517 ss.).

¹² Cfr., per tutti, P. CARETTI, *Diritto dell'informazione e della comunicazione*, Bologna 2013, p. 72.

¹³ M. PEDRAZZA GORLERO, *L'informazione giornalistica e il pluralismo interno*, in *Informazione e comunicazione*, a cura di R. Zaccaria, in *Trattato di diritto amministrativo*, diretto da G. Santaniello, XXVIII, Padova 1999, p. 941.

¹⁴ M. PEDRAZZA GORLERO, *L'informazione giornalistica e il pluralismo interno*, cit., p. 942.

2. *Il sistema di contributi previsto dalla l. n. 416/1981* – Per un ampio lasso di tempo, l'ordinamento dell'informazione a mezzo stampa si è fondato sulla garanzia di un pluralismo incentivato e sostenuto¹⁵.

In particolare, la già ricordata l. n. 416/1981 ha cercato di dare organica attuazione al principio della trasparenza delle fonti di finanziamento (e degli assetti proprietari) delle imprese editoriali, nonché al principio del pluralismo esterno del settore, sia attraverso misure "negative", come le disposizioni impeditive di posizioni dominanti, sia attraverso interventi "positivi", diretti ad integrare il prezzo della carta e ad agevolare programmi di ristrutturazione e riconversione tecnologica.

Sono state, così, previste svariate provvidenze dirette e indirette¹⁶.

Le prime – di carattere transitorio e collegate al mantenimento per un ulteriore quinquennio del prezzo amministrato dei quotidiani¹⁷ – consistevano, per la stampa quotidiana, in un contributo sul prezzo della carta per ogni copia stampata, che decresceva con il crescere della tiratura; per la stampa periodica, in un contributo commisurato, in misura decrescente, alla quantità di carta utilizzata mensilmente, cui si aggiungeva un ulteriore contributo a favore delle pubblicazioni di «elevato valore culturale»¹⁸; per i quotidiani e i periodici pubblicati all'estero, ovvero editi in Italia ma diffusi prevalentemente all'estero, in un ausilio finanziario ripartito tra gli interessati sulla base di criteri determinati dal Governo; per le agenzie di stampa, sia a diffusione nazionale che locale, in un contributo decrescente a seconda della loro dimensione operativa.

Le provvidenze indirette – che costituivano la parte più innovativa delle forme di sostegno disposte dalla l. n. 416/1981 – erano rappresentate innanzitutto da finanziamenti a tasso agevolato da parte di istituti di credito a medio termine a ciò autorizzati, nonché da contributi statali in conto interessi (in caso di mutui) o in conto canoni (in caso di *leasing*) su tali finanziamenti, collegati alla presentazione di specifici programmi di ristrutturazione economico-produttiva delle imprese editrici, od anche distributrici, di quotidiani e periodici, nonché delle agenzie di stampa e, a seguito della l. n. 67/1987, pure degli editori e stampatori di libri¹⁹.

Poteva inoltre essere concessa, da parte di un apposito Fondo centrale istituito presso la Presidenza del Consiglio, una garanzia sussidiaria sui finanziamenti accordati dagli istituti di credito e dalle società di *leasing* (purché di importo non superiore a 1,5 miliardi di lire), su richiesta degli operatori finanziari interessati o degli stessi beneficiari delle forme di sostegno²⁰.

¹⁵

¹⁶ V. *amplius* R. LUPO, S. TROILO, *Mezzo secolo di stampa assistita*, cit., III parte, in *Dir. inform. informatica*, 1989, p. 246 ss.; P. CARETTI, *Diritto dell'informazione e della comunicazione*, cit., p. 73 ss.

¹⁷ Il prezzo amministrato, introdotto dal d.lgs. del Capo Provvisorio dello Stato n. 1484/1947, è stato definitivamente abolito a partire dal 1988, in concomitanza con la cessazione dei contributi diretti generalizzati, che erano stati prorogati per altri due anni dalla l. n. 67/1987.

¹⁸ La cui assegnazione era rimessa ad un'apposita commissione, secondo criteri determinati dal Governo alla luce di un parere espresso dalle Commissioni parlamentari competenti per materia. Doveva trattarsi, comunque, di pubblicazioni di attualità e di taglio informativo, e non meramente culturale (come poteva essere una rivista che riproduceva articoli di periodici del passato, esclusa, quindi, dal beneficio). C. Cons. Stato, sez. IV, 5 novembre 1991, in *Quar. Informazione e partecipazione. Profili di partecipazione*, Bari 1986, p. 147. C. Cons. Stato, 1991, I, p. 1635).

¹⁹ I contributi in conto interessi o in conto canoni – di ammontare pari al 50% del tasso di interesse agevolato praticato dagli istituti di credito o dalle società di *leasing* – venivano tratti da un apposito Fondo speciale istituito presso la Presidenza del Consiglio (distinto dall'ulteriore Fondo di garanzia, di cui si dirà tra poco) e venivano accordati, su una quota delle spese complessive finanziate non superiore al 70% (elevata all'80% nei confronti delle cooperative giornalistiche), su deliberazione di un Comitato di nomina governativa, tra i cui membri vi erano anche tre esperti in materia di editoria. Per le modalità di concessione v. R. LUPO, S. TROILO, *Mezzo secolo di stampa assistita*, cit., III parte, p. 256 ss.

²⁰ Va segnalata anche l'estensione, operata dall'art. 35 della l. n. 416, del trattamento straordinario di integrazione salariale, previsto dalla l. n. 675/1977, ai giornalisti dipendenti da imprese editrici di giornali quotidiani (e poi anche di

Erano infine disposte agevolazioni sulle tariffe telefoniche, telegrafiche, postali e dei trasporti²¹, nonché forme di mutuo agevolato a favore delle imprese editrici di opere di elevato valore culturale.

Con successive disposizioni legislative, poi, a beneficio della stampa quotidiana e periodica sono stati introdotti nel settore radiotelevisivo un tetto massimo degli introiti pubblicitari (prima per la sola concessionaria pubblica e successivamente anche per le emittenti private)²², nonché limiti quantitativi alle trasmissioni pubblicitarie rapportati alla programmazione oraria e giornaliera²³, mentre è stata dettata una specifica disciplina per la pubblicità promossa dalle pubbliche amministrazioni²⁴.

Si trattava, dunque, di un sistema di aiuti cospicuo e articolato, la cui corresponsione era talora oggetto di obbligazione pubblica *ex lege*²⁵, assumendo la consistenza di diritto soggettivo perfetto riguardo all'integrazione del prezzo della carta per i quotidiani²⁶, e talora oggetto di valutazione e di ripartizione discrezionali, con la configurazione in termini di interesse legittimo della pretesa ai contributi per i periodici, le pubblicazioni di elevato valore culturale, la stampa italiana all'estero²⁷. Conseguentemente, le relative controversie si radicavano nel primo caso presso la giurisdizione ordinaria – salvo che venisse in considerazione, anziché la pretesa all'erogazione dei contributi, il modo di esercizio del potere amministrativo in materia²⁸ –, nel secondo caso presso la giurisdizione amministrativa.

Il sistema di provvidenze pubbliche, nell'arco di cinque anni dall'entrata in vigore della l. n. 416, avrebbe dovuto consentire al settore editoriale «di rendersi autosufficiente e, quindi, in tutti i sensi autonom[o]»²⁹. Senonché, l'applicazione della normativa è risultata assai difficoltosa, anche per la mancanza di personale e mezzi adeguati, tanto che si è

periodici) e da agenzie di stampa a diffusione nazionale, sospesi dal lavoro a causa di crisi aziendali.

²¹ Era previsto un abbattimento del 50% delle tariffe telefoniche ordinarie per le imprese editrici di quotidiani, nonché di periodici che pubblicassero almeno 9 numeri all'anno. Le riduzioni sulle tariffe postali, inizialmente limitate ad alcune categorie di imprese editoriali (principalmente quelle editrici di quotidiani e periodici che non contenessero inserzioni pubblicitarie, su base annua, per un'area superiore al 45% di quella dello stampato, e quelle facenti capo ad associazioni, fondazioni, comitati senza scopo di lucro in relazione alle pubblicazioni legate alle loro specifiche finalità associative), vennero successivamente estese dalla l. n. 662/1996 ad altre categorie di imprese (ossia a quelle editrici di libri, di quotidiani e periodici in genere). Tale ultima legge ha provveduto ad istituire un ulteriore e apposito Fondo per le integrazioni tariffarie presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri - Dipartimento per l'informazione e l'editoria.

²² Ad opera, rispettivamente, della l. n. 103/1975 e della l. n. 10/1985, di conversione del d.l. n. 807/1984.

²³ V. l'art. 8, c. 6-9, l. n. 223/1990.

²⁴ V. l'art. 5 l. n. 67/1987.

²⁵ Le obbligazioni pubbliche, peraltro, non rappresentano una categoria distinta dalle obbligazioni di diritto comune, ma rispondono ad una funzione meramente descrittiva, volta ad evidenziarne la particolarità della fonte, e sono anch'esse disciplinate dalle disposizioni del codice civile, se non derogate da norme speciali (come può avvenire anche per le obbligazioni di diritto comune).

²⁶ Al proposito, infatti, la normativa non attribuiva all'amministrazione poteri discrezionali, ma soltanto compiti di accertamento della sussistenza delle condizioni predeterminate dalla legge per la corresponsione dell'ausilio finanziario, per cui l'attività del Servizio (poi del Dipartimento) per l'editoria aveva carattere dichiarativo ed era volta alla mera liquidazione del contributo.

²⁷ Stante anche l'importo globale prefissato delle sovvenzioni, da distribuire tra un numero di aspiranti indefinito.

²⁸ V. Cass. 5 novembre 1984, n. 5585, in *Foro it.*, 1984, I, col. 2696 ss., nonché più recentemente, in riferimento alle sovvenzioni pubbliche in generale, Cass., sez. un., 18 luglio 2008, n. 19806, *ivi*, Rep. 2008, voce *Giurisdizione civile*, n. 185; Cons. Stato, sez. V, 14 aprile 2008, n. 1603, *ivi*, Rep. 2008, voce *Economia nazionale*, n. 62. La giurisdizione spetta, invece, al giudice amministrativo tutte le volte in cui le norme che prevedono un contributo affidano all'amministrazione l'apprezzamento discrezionale circa la sua erogazione (come è oggi anche per l'integrazione del prezzo della carta, a seguito dell'art. 44 d.l. n. 133/2008) ovvero nell'ipotesi di esercizio di poteri di autotutela dell'amministrazione per vizi di legittimità del provvedimento (v. Cass., sez. un., 20 aprile 2007, n. 9356, in *Foro it.*, 2008, I, col. 582 s., nonché Cons. Stato, sez. VI, 12 giugno 2008, n. 2919, *ivi*, Rep. 2008, voce *Economia nazionale*, n. 61).

²⁹ *Relazione del Garante dell'editoria al Parlamento al 30 novembre 1983*, in *Disciplina delle imprese editrici e provvidenze per l'editoria*, a cura della Presidenza del Consiglio dei Ministri, Roma 1984, p. 249.

parlato di “mancata copertura amministrativa” della riforma³⁰. Inoltre, il tentativo di conciliare le esigenze delle imprese editoriali di maggiore consistenza con la sopravvivenza e lo sviluppo di quelle minori, in modo da mantenere un adeguato livello di pluralismo nel settore, non è, in sostanza, riuscito per la scarsa incidenza che i criteri perequativi previsti dalla legge sono stati in grado di esercitare sul livello dei contributi pubblici erogati³¹.

3. Le forme di sostegno conservate negli anni novanta e duemila – La legislazione successiva ha reso permanenti le provvidenze dirette per un novero ristretto di destinatari³², pur confermandone la cessazione per tutti gli altri, mentre ha incrementato quelle indirette, allargando la sfera dei beneficiari³³.

Quanto ai contributi diretti, sono stati previsti essenzialmente a favore delle imprese editoriali “di particolare valore”, categoria eterogenea introdotta dalla legge n. 67/1987 e mantenuta dalla legge n. 250/1990 – e, in definitiva, identificabile in termini residuali rispetto alle altre categorie³⁴ – che ricomprende quelle costituite come cooperative³⁵, quelle che editano quotidiani in lingua francese, tedesca e slovena nelle Regioni abitate dalle rispettive minoranze linguistiche³⁶, quelle che pubblicano quotidiani o periodici che risultino essere organi o giornali di forze politiche³⁷. Ad esse si aggiungono le imprese che editano giornali o riviste pubblicati all'estero o pubblicazioni edite in Italia e diffuse prevalentemente all'estero, le imprese che editano pubblicazioni di particolare valore culturale³⁸, nonché, ai sensi dell'art. 6 l. n. 281/1998 (ed ora dell'art. 138 d.lgs. n. 206/2005), le associazioni di tutela dei consumatori riguardo alle attività editoriali da loro realizzate³⁹.

La pur apprezzabile volontà di concentrare gli aiuti diretti a favore degli operatori editoriali più deboli e meritevoli non è riuscita, però, ad evitare insufficienze e lacune⁴⁰: sono rimaste, infatti, escluse dai benefici le imprese locali di piccole dimensioni aventi fini

³⁰ Cfr. R. LUPO, S. TROILO, *Mezzo secolo di stampa assistita*, cit., II parte, in *Dir. inform. informatica*, 1988, p. 902 ss.

³¹ P. CARETTI, *Diritto dell'informazione e della comunicazione*, cit., p. 74.

³² Modificando anche i parametri per il calcolo dell'importo dei contributi: al criterio basato essenzialmente sulla tiratura media giornaliera se ne è aggiunto, infatti, un altro collegato al costo medio di gestione della singola impresa, che assicurava alla medesima un contributo variabile dal 30% al 40% di tale costo, consentendole di vivere largamente al di fuori delle logiche di mercato.

³³ V. *amplius* P. CARETTI, *Diritto dell'informazione e della comunicazione*, cit., p. 75 ss.

³⁴ L. BIANCHI, *Nuove dimensioni della libertà di stampa nel settore dell'editoria*, in *Diritti, nuove tecnologie, trasformazioni sociali. Scritti in memoria di Paolo Barile*, Padova 2003, p. 102.

³⁵ Per l'esattezza, in forma di cooperative giornalistiche oppure in forma di società, le cui azioni siano detenute in maggioranza da cooperative, fondazioni o enti morali privi di scopo di lucro, costituite da almeno tre anni ovvero che abbiano editato o diffuso la testata per cui è richiesta l'erogazione dei contributi per almeno cinque anni, termine ridotto a tre anni per le cooperative giornalistiche editrici di giornali quotidiani (che divengono, quindi, una sorta di imprese editrici di valore molto particolare) (art. 3, c. 2, l. n. 250/1990, come modificato dalla l. n. 650/1996).

³⁶ Purché siano costituite da almeno tre anni o pubblichino testate diffuse da almeno cinque anni.

³⁷ Tali forze dovevano avere almeno due rappresentanti eletti in Parlamento, ovvero uno in una Camera e uno nel Parlamento europeo, ma, a seguito della l. n. 248/2006, questo requisito non è stato più richiesto alle imprese editrici che avessero già maturato il diritto ai contributi alla data del 31 dicembre 2005.

³⁸ Ossia quelle «pubblicazioni periodiche le cui pagine pubblicitarie siano state nell'anno precedente inferiori al 50% delle pagine complessivamente pubblicate e che vengano riconosciute di elevato valore culturale per il rigore scientifico con il quale viene svolta la trattazione degli argomenti» (art. 25 l. n. 416/1981, come modificato dall'art. 18 l. n. 67/1987).

³⁹ Peraltro, in base al citato art. 6 l. n. 281/1998 (recante “Disciplina dei diritti dei consumatori e degli utenti”) ed al D.P.C.M. n. 218/1999, per poter accedere al contributo annuale occorre una relazione diretta tra l'associazione e il periodico e quest'ultimo deve essere direttamente imputabile all'attività della prima. Infatti le associazioni stesse, nella misura in cui pubblicano periodici, vengono definite dall'art. 3, c. 4, D.P.C.M. cit. «imprese editrici», attraverso una non casuale assimilazione alla nozione prevista dalla l. n. 416/1981 (v. TAR Lazio, 21 giugno 2002, n. 5669, in *Foro amm. - Tar*, 2002, p. 2050 ss., con nota di A. PARISI, *Associazioni di tutela dei consumatori, diritto di informazione e presuppsti per le sovvenzioni pubbliche alle attività editoriali*).

di lucro, non ricomprese tra le imprese editrici esercitate da cooperative, fondazioni o enti morali senza scopo di lucro (anche se a loro favore potevano intervenire le Regioni, alle quali, dagli anni '90, è stata riconosciuta tale possibilità⁴¹); il criterio della periodicità si è dimostrato incapace di tenere conto delle peculiarità dei periodici con bassa tiratura; riguardo alle pubblicazioni di elevato valore culturale il dettato legislativo è risultato generico, rinviando alla sede regolamentare (D.P.R. n. 254/1983) la determinazione dei criteri e dei requisiti per l'erogazione dei contributi⁴². Per altri versi, i contributi alla stampa politica – che potevano giungere a coprire fino al 70% dei costi – parevano rappresentare, più che una forma di sostegno all'editoria, una surrettizia modalità di finanziamento dei partiti politici⁴³.

Infine, uno degli aspetti che avrebbe dovuto caratterizzare in senso innovativo la nuova disciplina della materia, ossia la sostituzione del criterio della tiratura con quello della diffusione ai fini dell'accesso alle provvidenze, non è stato alla fine introdotto, per motivi collegati anche alla difficoltà di precisare la nozione di diffusione⁴⁴.

D'altra parte, nella normativa successiva alla l. n. 416 vi è stata un'ulteriore accentuazione delle forme di contribuzione indiretta, con l'aumento del loro importo quantitativo globale, l'inserimento tra di esse dei crediti d'imposta per l'acquisto di macchinari o impianti e l'ampliamento della sfera dei destinatari, operato attraverso l'ammissione ai finanziamenti anche dell'editoria libraria, senza più alcuna distinzione tra le imprese editrici di opere di elevato valore culturale e le altre⁴⁵. È stato altresì previsto

⁴⁰ Inizialmente, si è temuto anche che «i requisiti di cui si è detto fossero facilmente acquisibili da chiunque adeguate il proprio assetto proprietario a quanto voluto dalla legge, dal momento che esisteva la condizione alternativa della costituzione dell'impresa da almeno tre anni ovvero della diffusione della testata edita da almeno cinque anni, ... condizione conseguibile acquisendo la proprietà o la gestione di una testata che avesse tale anzianità» (A.M. MUOLO, *Il sostegno dello stato alla stampa e all'editoria*, in *Informazione e comunicazione*, cit., p. 1018). Il Consiglio di Stato, sez. I, 3 marzo 1993, n. 98 (in *Cons. Stato*, 1994, I, p. 646) ha però fugato tale rischio, optando per un'interpretazione rigorosa della normativa, e la l. n. 650/1996, all'art. 1, c. 39, ha poi richiesto la contemporanea esistenza delle due condizioni.

⁴¹ Come si illustrerà meglio nella parte finale del successivo par. 4.

⁴² Sicché si sono avuti «troppi casi di imprese che hanno semplicemente “indossato il vestitino” voluto dalla legge per accedere ai contributi» (A.M. MUOLO, *Il sostegno dello stato alla stampa e all'editoria*, cit., p. 1019).

⁴³ Cfr., per tutti, U. DE SIERVO, *Stampa (dir. pubbl.)*, in *Enc. dir.*, XLIII, 1990, p. 622; L. BIANCHI, *Nuove dimensioni della libertà di stampa ...*, cit., p. 105 s. D'altra parte, dal punto di vista industriale i quotidiani politici sono testate assai deboli, più che per la loro caratterizzazione ideologica, perché non hanno una precisa focalizzazione territoriale, né un pubblico omogeneo sotto il profilo demografico e pubblicitario: ciò li penalizza sia sul piano della diffusione (dove incontrano costi più elevati), sia su quello pubblicitario, rivestendo un interesse residuale per gli inserzionisti. Nello stesso tempo, l'ampiezza dei finanziamenti pubblici ha consentito la sopravvivenza di numerose testate, ma ha sottratto lettori e risorse ai giornali “di opinione” aventi un orientamento politico non troppo distante (v. M. GAMBARO, *La difficile partita dei quotidiani politici*, in *Probl. inform.*, 2010, p. 91 ss.).

⁴⁴ La scelta del parametro della tiratura invece di quello della vendita come base per il calcolo dei contributi, operata da tutte le leggi succedutesi nel corso del tempo, è derivato dalla forza delle prassi consolidate e dal fatto che, in definitiva, il contributo diretto era comunque considerato un'integrazione del costo della carta consumata dall'editore (anche perché la carta da giornale continuava ad essere piuttosto costosa in Italia). Invece, nel resto d'Europa, per quantificare le copie di un giornale – non solo ai fini di eventuali contributi pubblici – si preferisce generalmente fare riferimento alle copie vendute. In Italia le discussioni sulla preferibilità dell'uno o dell'altro criterio si sono trascinate per lungo tempo, coinvolgendo studiosi ed operatori del settore. Vi è infatti chi sottolinea che il criterio della tiratura ha portato a notevoli distorsioni nell'erogazione delle sovvenzioni (ad esempio, L. BIANCHI, *Nuove dimensioni della libertà di stampa ...*, cit., p. 110) e chi sostiene che «questo parametro assicura in realtà l'imparzialità dello Stato nell'attività di sostegno in favore dei giornali ed è assimilabile alle provvidenze cosiddette indirette: altri parametri, come quello delle vendite, rischiano di far svolgere all'intervento dello Stato un ruolo condizionante del mercato e quindi, in definitiva, contrario al fine del perseguimento del pluralismo delle testate e dell'informazione». Inoltre «il numero delle copie vendute risente di elementi perturbatori quali i gadget e supplementi vari, per non citare altri parametri che non possono comunque essere considerati misuratori certi» (così A.M. MUOLO, *Il sostegno dello stato alla stampa e all'editoria*, cit., p. 1013 s.).

⁴⁵ La l. n. 62/2001 ha, infatti, sostituito la disciplina dettata dagli artt. 29, 30, 31 e 33 l. n. 416/1981 (che sono stati abrogati), istituendo, al posto dei due precedenti, un nuovo Fondo per le agevolazioni di credito presso il Dipartimento per l'informazione e l'editoria della Presidenza del Consiglio, attraverso il quale vengono concessi contributi in conto

l'assoggettamento all'IVA, nella misura agevolata del 4%, di una parte soltanto della tiratura dei giornali e periodici (dapprima il 40%, poi il 20%) e dei libri (prima il 50%, poi il 30%)⁴⁶. È stato, infine, ridisciplinato il sistema di agevolazioni relativo alle tariffe postali dei prodotti editoriali⁴⁷, superando la farraginosità della normativa precedente.

Inoltre, l'amministrazione pubblica a cui fare riferimento è (finalmente) divenuta il solo Dipartimento per l'informazione e l'editoria della Presidenza del Consiglio e, in particolare, l'Ufficio per il sostegno all'editoria e ai prodotti editoriali⁴⁸. Con d.l. n. 513/1994, convertito nella l. n. 595/1994, è stato infatti posto in liquidazione l'Ente nazionale cellulosa e carta, assegnando direttamente allo Stato il compito di versare i contributi da esso precedentemente erogati. Per quanto riguarda le pubblicazioni di elevato valore culturale e l'editoria libraria, invece, la competenza a concedere il sostegno finanziario continua a spettare al Ministero per i Beni e le Attività culturali.

Infine, la l. n. 62/2001, prendendo atto della sempre maggiore diffusione dell'editoria telematica, ne ha disposto l'equiparazione con l'editoria cartacea, pur se non a tutti gli effetti⁴⁹. Pertanto, le provvidenze previste dalla l. n. 416/1981 e dalle norme ad essa collegate, nate per la carta stampata, non possono essere estese *tout court*, in via interpretativa, alle testate *on line*, se non quando sia espressamente previsto, come ha precisato la giurisprudenza amministrativa⁵⁰. Infatti, la l. n. 62 – dopo aver incluso nella nozione di «prodotto editoriale» non soltanto il supporto cartaceo, ma anche quello informatico, preordinato alla propria pubblicazione o, comunque, alla diffusione di informazioni presso il pubblico con ogni mezzo, anche elettronico – ha ridisciplinato i finanziamenti agevolati a favore delle imprese editoriali, ricomprendendo chiaramente fra quelle beneficiarie anche le imprese che si occupano di divulgazione *on line* e a tal fine abrogando espressamente (nel proprio art. 21) gli artt. 29, 30, 31 e 33 della l. n. 416/1981, ma non altre sue disposizioni (come quella di cui all'art. 28 sulle agevolazioni indirette di tipo tariffario), che quindi devono essere applicate, nel rispetto dell'intenzione legislativa originaria, a favore dell'editoria così com'era nota allora, ossia di quella esclusivamente cartacea⁵¹.

interessi su finanziamenti di durata massima decennale, destinati alla realizzazione di progetti di ristrutturazione economico-produttiva, con particolare riferimento al potenziamento della rete informatica. Si prevede che una quota del 5% del Fondo sia riservata ad imprese che non abbiano avuto, nell'anno precedente, un fatturato superiore a 2,5 milioni di euro; che un'ulteriore quota del 5% sia riservata ad imprese impegnate in progetti relativi alla diffusione della lettura in Italia o alla diffusione di prodotti editoriali in lingua italiana all'estero; che una quota del 10% sia riservata a progetti volti a sostenere spese di gestione o di esercizio delle imprese costituite in forma cooperativa. La legge prevede, poi, un credito di imposta, pari al 3% dei costi sostenuti per investimenti diretti alla ristrutturazione economico-produttiva. Inoltre, presso il Ministero per i Beni e le Attività culturali è stato istituito un Fondo finalizzato all'assegnazione di contributi sui mutui accessi per lo sviluppo dell'attività di produzione, distribuzione e vendita dei libri e dei prodotti editoriali di elevato valore culturale, nonché per la loro diffusione all'estero.

⁴⁶ L'imposta, infatti, può essere determinata in relazione al numero, anziché delle copie vendute, di quelle consegnate o spedite, diminuito di una percentuale di forfetizzazione della resa pari all'80% (inizialmente al 60%) per i quotidiani e i periodici, ovvero al 70% (inizialmente al 50%) per i libri, ai sensi dell'art. 74, c. 1, lett. c), D.P.R. n. 633/1972 e successive modifiche.

⁴⁷ Con d.l. n. 353/2003, convertito, con modificazioni, nella l. n. 46/2004.

⁴⁸ L'Ufficio svolge anche attività di raccordo generale con gli altri soggetti pubblici coinvolti negli interventi di supporto al settore: assicura, così, il coordinamento delle attività inerenti al sostegno dei prodotti editoriali svolte dalle diverse amministrazioni dello Stato e cura le relazioni con le autorità di garanzia, con le Regioni e gli enti locali, nonché con le istituzioni comunitarie e gli organismi internazionali.

⁴⁹ Su alcuni aspetti rimasti poco chiari v. P. COSTANZO, *La stampa telematica (tuttora) tra ambiguità legislative e dissensi giurisprudenziali*, in *Alle frontiere del diritto costituzionale. Scritti in onore di Valerio Onida*, a cura di M. D'Amico e B. Randazzo, Milano 2011, p. 519 ss.

⁵⁰ Cons. Giust. Amm. Reg. Sic., Sez. giurisd., 5 dicembre 2007, n. 1095, in *Foro amm. - Cons. Stato*, 2008, p. 174.

⁵¹ Né sarebbe possibile interpretare in combinato disposto tra loro l'art. 1 l. n. 62/2001 e l'art. 28 l. n. 416/1981, perché ciò contrasterebbe con il principio di tassatività dei precetti che presiedono ad un'azione amministrativa da ritenersi fortemente vincolata nei suoi presupposti e nei suoi contenuti, com'è quella in materia di sostegno economico alle imprese che si occupano di informazione e, più in generale, quella in tema di libertà di manifestazione del pensiero (cfr.

Tale conclusione si fonda sul principio per cui l'esercizio dell'attività amministrativa deve avvenire entro parametri di stretta legalità quando abbia ad oggetto fattispecie che coinvolgono la libertà di manifestazione del pensiero, anche ove l'amministrazione con la sua discrezionalità possa agire in favore dei beneficiari.

D'altra parte, riservare alla sola carta stampata i contributi previsti dalla l. n. 416 e da quelle collegate trova un'ulteriore giustificazione nella necessità di aiutare l'editoria tradizionale a competere economicamente con altri mezzi di diffusione tecnologicamente più avanzati, onde evitarne la scomparsa, che inciderebbe sulla libertà di espressione e sul diritto all'informazione garantiti ad ogni persona (anche perché il "divario digitale" o "*digital divide*" – ossia la disparità di attitudini nell'impiego delle risorse elettroniche – spesso non consente l'immediato passaggio di un soggetto dall'utilizzo dello strumento informativo cartaceo a quello del mezzo elettronico)⁵².

4. Il progressivo superamento degli aiuti diretti – La l. n. 250/1990 non prevedeva un termine per la cessazione dei contributi da essa disposti. In seguito⁵³, l'entità dei finanziamenti diretti è stata progressivamente ridotta, dapprima ad opera dell'art. 20 d.l. n. 223/2006 (c.d. "decreto Bersani"), convertito, con modificazioni, nella l. n. 248/2006, e poi dell'art. 44 d.l. n. 112/2008, convertito, con modificazioni, nella l. n. 133/2008⁵⁴.

Nel contempo, si è proceduto, con regolamento di delegificazione (il D.P.R. n. 223/2010), alla «semplificazione e [al] riordino della disciplina di erogazione dei contributi all'editoria», superando anche la loro configurazione – nel caso dell'integrazione del prezzo della carta – come diritti soggettivi⁵⁵. Pertanto, in caso di insufficienza delle risorse, i contributi dovevano essere distribuiti in modo proporzionale tra chi ne aveva titolo⁵⁶. È stato anche disposto che i dati circa la tiratura, la distribuzione complessiva nelle sue diverse modalità, nonché la vendita di quotidiani e periodici dovessero essere analiticamente certificati da una società di revisione iscritta nell'apposito albo tenuto dalla CONSOB.

Molte previsioni del D.P.R. n. 223, però, sono state rapidamente superate, in particolare riguardo ai contributi diretti (nonché alle agevolazioni postali, sospese per mancanza di

A. BERTOLDINI, *Il Consiglio di giustizia amministrativa assoggetta al principio di stretta interpretazione l'applicazione delle norme in materia di aiuti pubblici all'editoria*, in *Foro amm. - Cons. Stato*, 2008, p. 179).

⁵² Cfr. A. BERTOLDINI, *Il Consiglio di giustizia amministrativa assoggetta al principio di stretta interpretazione ...*, cit., p. 180 s.

⁵³ Per una panoramica degli interventi normativi più recenti v. P. CARETTI, *Diritto dell'informazione e della comunicazione*, cit., p. 80 ss.

⁵⁴ Tali provvedimenti hanno disposto la riduzione dell'autorizzazione di spesa relativa alle provvidenze per l'editoria in misura pari ad 1 milione di euro per l'anno 2006, a 50 milioni di euro per ciascuno degli anni 2007 e 2008, a circa 87 milioni di euro per il 2009 e a 100 milioni di euro per il 2010.

⁵⁵ Infatti l'art. 44 d.l. n. 112/2008 ha sancito che la loro corresponsione debba sempre tenere «conto delle somme complessivamente stanziare nel bilancio dello Stato per il settore dell'editoria, che costituiscono limite massimo di spesa», disponendo altresì che le erogazioni siano da destinarsi prioritariamente ai contributi diretti e, per le residue disponibilità, alle altre tipologie di agevolazioni (così il c. 1-bis, introdotto dal d.l. n. 207/2008, convertito, con modificazioni, nella l. n. 14/2009). Già in precedenza l'art. 2, c. 117, d.l. n. 262/2006, convertito nella l. n. 286/2006 (collegato alla legge finanziaria 2007), aveva previsto che, con regolamenti di delegificazione, si procedesse al riordino ed alla semplificazione delle disposizioni relative alle provvidenze per le imprese editrici di quotidiani e periodici, radiofoniche e televisive, in coerenza con gli obiettivi di contenimento della spesa pubblica, ma anche al fine di far sì che le imprese editoriali perseguissero «obiettivi di maggiore efficienza, occupazione e qualificazione, utilizzo delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione, effettiva diffusione del prodotto editoriale sul territorio, con particolare riguardo a: 1) occupazione; 2) tutela del prodotto editoriale primario; 3) livelli ottimali di costi di produzione e di diffusione riferiti al mercato editoriale». Ma tale precedente previsione non aveva avuto seguito.

⁵⁶ I contributi, inoltre, potevano ora essere erogati solo a condizione che la pubblicazione fosse venduta, per le testate nazionali, nella misura di almeno il 15% delle copie "distribuite" (ossia poste in vendita in edicola o presso punti vendita non esclusivi, tramite contratti con società di distribuzione esterne, ovvero distribuite in abbonamento a titolo oneroso, escluse quelle oggetto di vendita in blocco ad un prezzo inferiore a quello indicato sulla pubblicazione, nonché quelle cedute in connessione con il versamento di quote associative e quelle diffuse tramite lo strilloneggio).

fondi a partire dal 1° aprile 2010)⁵⁷.

Infatti, l'art. 29, c. 3, d.l. n. 201/2011 (convertito, con modificazioni, nella l. n. 214/2011), allo scopo di contribuire all'obiettivo del pareggio di bilancio entro la fine del 2013, ha disposto la cessazione, alla data del 31 dicembre 2014 (con riferimento alla gestione 2013), del sistema di ausilio diretto di cui alla l. n. 250/1990.

Nel contempo aveva previsto che il Governo provvedesse, entro il 1° gennaio 2012, a rivedere il D.P.R. n. 223, «al fine di conseguire il risanamento della contribuzione pubblica, una più rigorosa selezione dell'accesso alle risorse, nonché [ulteriori] risparmi nella spesa pubblica» (che, compatibilmente con le esigenze di pareggio di bilancio, sarebbero stati indirizzati a favore della ristrutturazione delle aziende già beneficiarie della contribuzione diretta, dell'innovazione tecnologica del settore, del contenimento dell'aumento del costo delle materie prime, dell'informatizzazione della rete distributiva).

Decorso inutilmente il termine di cui sopra, il d.l. n. 63/2012, convertito, con modificazioni, nella l. n. 103/2012, ha adottato alcune misure per razionalizzare l'utilizzo delle risorse nell'ambito del transitorio sistema vigente, in conformità con le finalità del succitato art. 29 d.l. n. 201⁵⁸. Più in particolare, per accedere ai contributi diretti relativi al 2012 e al 2013 occorrono una percentuale minima di vendita delle pubblicazioni⁵⁹ e un numero minimo di dipendenti delle imprese editoriali⁶⁰.

Sono stati rivisti anche i criteri di calcolo e di liquidazione dei contributi⁶¹ (stabilendosi altresì che il loro importo non possa comunque superare quello riferito all'anno 2010) ed è stata introdotta una nuova disciplina per le sovvenzioni a favore dei periodici stampati o diffusi all'estero⁶² e dell'editoria elettronica⁶³.

⁵⁷ In applicazione dapprima dell'art. 10-sexies, c. 1 e 2, d.l. n. 194/2009, convertito, con modificazioni, nella l. n. 25/2010, poi dell'art. 2, c. 1-bis, d.l. n. 125/2010, convertito, con modificazioni, nella l. n. 163/2010, infine dell'art. 1, c. 336, l. n. 147/2013 (legge di stabilità per il 2014). In compenso, è stato previsto che l'entità massima delle tariffe postali applicabili sia determinata, senza oneri a carico del bilancio dello Stato, con decreto del Ministro dello Sviluppo economico, di concerto con il Ministro dell'Economia e delle Finanze, sentita la Presidenza del Consiglio dei Ministri.

⁵⁸ Quasi contestualmente all'adozione del d.l. n. 63 il Governo ha presentato alle Camere il disegno di legge A.C. n. 5270, volto a conferirgli la delega per la ridefinizione delle forme di sostegno all'editoria e per lo sviluppo del mercato editoriale, ma l'esame del provvedimento non è stato concluso entro la fine della XVI legislatura.

⁵⁹ Per ottenere le sovvenzioni, le testate nazionali – che, per essere considerate tali, devono essere distribuite in almeno cinque Regioni e con una percentuale di distribuzione in ciascuna Regione non inferiore al 5% della propria distribuzione totale – devono essere vendute nella misura di almeno il 30% e le testate locali nella misura di almeno il 35% delle copie “distribuite” (nel senso indicato nella nota 56).

⁶⁰ In particolare, le cooperative editrici devono essere composte esclusivamente da giornalisti, poligrafici, grafici editoriali, con prevalenza di giornalisti, e la maggioranza dei soci deve essere dipendente della cooperativa con contratto di lavoro a tempo indeterminato (art. 1, c. 4, lett. a), d.l. n. 63). Le imprese editrici di quotidiani, invece, devono aver impiegato, nell'intero anno di riferimento del contributo, almeno 5 dipendenti, con prevalenza di giornalisti, regolarmente assunti con contratto di lavoro a tempo indeterminato; quelle editrici di periodici devono aver impiegato, sempre nell'intero anno di riferimento del contributo, almeno 3 dipendenti con le stesse caratteristiche (art. 1, c. 4, lett. b).

⁶¹ Tali contributi sono calcolati sommando (*ex art. 2 d.l. n. 63*): a) una quota pari al 50% dei costi sostenuti per il personale dipendente – calcolati in un importo massimo, rispettivamente, di 120.000 e di 50.000 euro annui per ogni giornalista e per ogni poligrafico assunti con contratto di lavoro a tempo indeterminato – volta a coprire una parte dei costi di acquisto della carta, di stampa e di distribuzione; b) una quota pari a 0,20 euro per ogni copia venduta per i quotidiani nazionali, a 0,15 euro per i quotidiani locali e a 0,35 euro per i periodici. Tale ultima quota, comunque, non può essere superiore all'effettivo prezzo di vendita di ciascuna copia e il suo importo complessivo non può superare 3.500.000 euro per i quotidiani e 200.000 euro per i periodici.

⁶² In applicazione dei criteri indicati dall'art. 1-bis d.l. n. 63/2012, introdotto dalla legge di conversione n. 103/2012, il D.P.R. n. 138/2014 ha dettato nuove regole al riguardo, stabilendo tra l'altro la misura massima del contributo per ogni periodico, nonché la suddivisione dello stanziamento complessivo disponibile fra le pubblicazioni edite all'estero (70%) e quelle in Italia, pur se diffuse all'estero (30%). In precedenza, l'art. 1, c. 294, lett. f), l. n. 147/2013, aveva disposto l'integrazione dello stanziamento previsto per tali pubblicazioni (pari a 2 milioni di euro annui) con 1 ulteriore milione di euro per il 2014.

⁶³ Riguardo a quest'ultima, è stato chiarito che, per testate in formato digitale, si intendono quelle migrate a un sistema digitale di gestione di contenuti unico, dotate di un sistema di gestione di spazi pubblicitari digitali, di un sistema che

Più di recente, il 17 luglio 2014, la VII Commissione della Camera dei deputati ha avviato l'esame del progetto di legge A.C. n. 1990, presentato il 23 gennaio 2014, volto ad abrogare numerose disposizioni concernenti il finanziamento pubblico all'editoria (tra cui, in particolare, il D.P.R. n. 223/2010 e gran parte del d.l. n. 63/2012, oltre alle precedenti norme relative ai contributi diretti) e a destinare le risorse che si renderanno disponibili all'incentivazione degli investimenti delle imprese editoriali di nuova costituzione finalizzati all'innovazione tecnologica e all'accesso al settore di giovani professionisti.

Nel frattempo gli stanziamenti complessivi a disposizione per i contributi diretti all'editoria sono diminuiti di anno in anno. Da 150 milioni di euro nel 2010 si è passati a 80 milioni nel 2012, per arrivare a 52 milioni nel 2013⁶⁴.

Dalle tabelle relative all'anno 2012 risulta che tali finanziamenti sono stati assegnati a 45 testate⁶⁵. Tuttavia, la larga maggioranza dei quotidiani, che rappresentano il 90% delle copie diffuse in Italia, non ha ricevuto contributi diretti.

Per il 2014, il Dipartimento per l'informazione e l'editoria della Presidenza del Consiglio ha avuto complessivamente a disposizione, in via ordinaria, attorno a 140 milioni di euro, a cui si è aggiunto, peraltro, uno stanziamento straordinario: infatti, l'art. 1, c. 261, della legge di stabilità per il 2014 (l. n. 147/2013) ha previsto un «Fondo straordinario per gli interventi di sostegno all'editoria» dell'ammontare di 120 milioni di euro: 50 milioni per il 2014, 40 milioni per il 2015 e 30 milioni per il 2016⁶⁶. Lo scopo è «incentivare gli investimenti delle imprese editoriali, anche di nuova costituzione, orientati all'innovazione tecnologica e digitale, all'ingresso di giovani professionisti qualificati nel campo dei nuovi media» e «sostenere le ristrutturazioni aziendali e gli ammortizzatori sociali».

Tuttavia, il 3 dicembre 2014, il *premier* Matteo Renzi, rispondendo ad una interrogazione dell'on. Sergio Pizzolante durante il “*question time*” alla Camera dei deputati, ha «confirm[at]o la volontà di Palazzo Chigi e del Dipartimento per l'editoria di intervenire, perché il livello di interventi in questo settore non ha paragoni in nessun Paese al mondo»: «siamo pronti a intervenire, semplificare e ridurre, ma lo faremo con la massima concertazione e con il coinvolgimento doveroso di tutti i soggetti interessati».

Pertanto le risorse iscritte nel bilancio previsionale per il 2015 e per il 2016 potrebbero essere ridotte, anche se ben 50 milioni di euro all'anno devono essere versati a Poste

consenta l'inserimento di commenti da parte del pubblico (con facoltà di prevedere registrazione e moderazione), nonché di un sistema di distribuzione di contenuti attraverso dispositivi mobili (art. 3, c. 4, d.l. n. 63). Tali testate, per accedere ai contributi pubblici, devono essere accessibili *on line*, anche a titolo non oneroso, in formato non inferiore a quattro pagine per numero, e devono essere editate esclusivamente in formato digitale e accessibile *on line* per almeno 240 uscite per i quotidiani, 45 per i settimanali e plurisettemanali, 18 per i quindicinali e 9 per i mensili (art. 3, c. 1). Quanto alla liquidazione del beneficio, la norma prevede che, fermi restando i tetti massimi previsti, il contributo per la pubblicazione esclusivamente in formato digitale sia composto da una quota pari, per i primi due anni, al 70% dei costi sostenuti e da una quota calcolata sulla base di 0,10 euro per ogni copia digitale, ove venduta in abbonamento (art. 3, c. 3).

⁶⁴ V. il sito *internet* del Dipartimento per l'informazione e l'editoria (www.governo.it/die/), sub “Politiche a sostegno dell'editoria” e “Contributi erogati”, che riporta i dati relativi alle somme versate negli anni dal 2003 al 2013.

⁶⁵ Tra cui *Avvenire* (euro 4.355.324,42), *Italia Oggi* (euro 3.904.773,62), *L'Unità* (euro 3.615.894,65), *Il Manifesto* (euro 2.712.406,23), *Europa* (euro 1.183.113,76), *Il Foglio* (euro 1.523.106,65). Tra le imprese editrici di periodici che risultano esercitate da cooperative, fondazioni o enti morali, ci sono 136 testate: quelle che hanno ricevuto i contributi più consistenti sono *Famiglia Cristiana* (euro 142.069,68), *Quaderni di Milano* (euro 139.389,12), *Il Giornalino* (euro 136.708,56), *Rho Settegiorni* (euro 127.551,95), *Il Biellese* (euro 121.326,79).

⁶⁶ Tali somme, peraltro, sono state successivamente decurtate per coprire gli oneri derivanti dal rifinanziamento dell'accesso alla pensione di vecchiaia anticipata per i giornalisti, ai sensi dell'art. 1-bis d.l. n. 90/2014, convertito, con modificazioni, nella l. n. 114/2014. Pertanto, per il 2014 la dotazione disponibile del Fondo si è ridotta a poco meno di 21 milioni di euro. Il D.P.C.M. 30 settembre 2014 ha dettato i criteri per la concessione dei relativi contributi: essi sono destinati, per 7,4 milioni, a garanzia sui finanziamenti ottenuti dalle imprese editoriali per le finalità di cui alla l. n. 147, per 11 milioni a sgravi contributivi sulle assunzioni di giornalisti dotati «di specifiche competenze professionali nel campo dei nuovi media», per non più di 2 milioni a parziale copertura dei trattamenti di sostegno al reddito dei giornalisti in cassa integrazione straordinaria.

Italiane come rimborso per le agevolazioni sulle tariffe postali che l'azienda ha concesso agli editori dal 2000 al 2007⁶⁷.

D'altra parte, alle forme di sostegno statali si aggiungono ormai ulteriori, pur se più ridotti, aiuti erogati dalle Regioni. Infatti, a seguito delle sentt. n. 348/1990 e n. 29/1996 della Corte costituzionale, l'informazione non è stata più concepita come una "materia", ma come un presupposto per il corretto esercizio delle funzioni politiche (in senso lato) da parte dei soggetti che ne sono istituzionalmente investiti: da ciò consegue che a curare l'interesse allo sviluppo di un sistema informativo diffuso e pluralistico sono chiamati tutti i soggetti titolari di funzioni politiche, incluse le Regioni⁶⁸. Questa responsabilità trova ora esplicito riconoscimento nell'art. 117, c. 3, Cost, come riformato nel 2001, che ricomprende tra le materie di competenza concorrente l'«ordinamento della comunicazione», pur se restano sfuggenti gli esatti confini di tale competenza, risultata di fatto poco esercitata (ed esercitabile) da parte delle Regioni al di fuori dell'ambito del sostegno economico o della disciplina della comunicazione istituzionale e dei Comitati regionali per le comunicazioni (Co.re.com.)⁶⁹.

5. Riflessioni conclusive: l'eccessiva distorsività e la scarsa efficacia delle provvidenze

⁶⁷ Al 31 dicembre 2012 – si legge nel bilancio di Poste Italiane – l'azienda vantava crediti per circa «251 milioni di euro relativi a integrazioni tariffarie al settore editoriale. Di tali crediti, 203 milioni di euro, relativi a corrispettivi per gli esercizi dal 2001 al 2007, sono stati oggetto di dilazione in base ad apposito Dpcm, che ne ha previsto l'incasso in quote costanti negli esercizi 2010-2016, e sono iscritti in bilancio in base al relativo valore attuale. Altri 9 milioni di euro circa, riferiti agli esercizi 2009 e 2010, sono tuttora privi di copertura finanziaria nel bilancio dello Stato» (v. G. COLARUSSO, *Soldi pubblici*, in www.lettera43.it).

⁶⁸ Sviate Regioni hanno, quindi, approvato leggi che – ispirandosi ai principi sanciti nei propri statuti a favore di un sistema informativo pluralistico e teso ad assicurare una partecipazione consapevole dei cittadini alle scelte regionali – hanno previsto varie forme di sostegno economico (nel rispetto della normativa europea in materia di aiuti pubblici c.d. "de minimis") per le imprese editoriali che operano nell'ambito del proprio territorio e che forniscono notizie sui problemi della comunità regionale e sull'attività svolta dagli organi della Regione: ad esempio, la Campania ha adottato dapprima la l.r. n. 30 del 1990 ("Iniziative di promozione culturale nell'ambito dell'editoria campana") e poi la l.r. n. 13 del 2013 ("Promozione e sostegno dell'editoria libraria regionale e dell'informazione"); il Lazio dapprima la l.r. n. 36 del 1998 ("Interventi della Regione per il pluralismo culturale dell'informazione e per il sostegno all'editoria e alla distribuzione locale, ai punti vendita della stampa quotidiana e periodica") e poi la più specifica l.r. n. 16 del 2008 ("Iniziative ed interventi regionali in favore della promozione del libro, della lettura e delle piccole e medie imprese editoriali del Lazio"); le Marche la l.r. n. 51 del 1997 ("Norme per il sostegno dell'informazione e dell'editoria locali"); il Piemonte la l.r. n. 18 del 2008 ("Interventi a sostegno dell'editoria piemontese e dell'informazione locale"); la Sardegna la l.r. n. 22 del 1998 ("Interventi della Regione a sostegno dell'editoria locale, dell'informazione e disciplina della pubblicità istituzionale ..."); la Sicilia dapprima la l.r. n. 16/2007 ("Interventi in favore del cinema e dell'audiovisivo") e poi la l.r. n. 24 del 2013 ("Norme per la promozione ed il sostegno delle imprese dell'informazione locale"); la Toscana la l.r. n. 22 del 2002 ("Norme e interventi in materia di informazione e comunicazione. Disciplina del comitato regionale per le comunicazioni"); la Valle d'Aosta la l.r. n. 11/2008 ("Nuove disposizioni in materia di interventi a sostegno dell'informazione e dell'editoria locale"). Dal panorama spicca l'assenza della Lombardia, dovuta probabilmente alla complessità ed alla numerosità dei *mass media* presenti nel suo territorio: in essa – come pure nelle altre Regioni ancora prive di simili normative – sono state comunque presentate diverse proposte di legge, da consiglieri di maggioranza e di opposizione. Riguardo alla tipologia degli aiuti previsti a livello regionale, rappresenta un valido esempio la legislazione piemontese, che prevede l'erogazione, a favore di imprese editrici di periodici con sede legale ed attività produttiva nella Regione, di contributi in conto corrente per l'acquisto della carta fino ad un massimo del 10% della spesa complessiva, contributi in conto interessi per consentire l'accesso a mutui bancari a tasso agevolato a sostegno di investimenti per la ristrutturazione aziendale e l'ammmodernamento tecnologico anche finalizzato alla fruizione della stampa periodica locale da parte dei soggetti disabili sensoriali; contributi per l'abbonamento ad un massimo di due agenzie di stampa ad informazione regionale; riduzione dell'aliquota dell'IRAP al 2,25%; nonché l'ulteriore erogazione di contributi finanziari, fino al 20% del costo complessivo di produzione.

⁶⁹ In proposito v., *ex plurimis*, P. CARETTI, *Il ruolo delle Regioni nell'ordinamento della comunicazione*, in ID., *Stato, Regioni, enti locali tra innovazione e continuità. Scritti sulla riforma del Titolo V della Costituzione*, Torino 2003, p. 127 ss.; E. LAMARQUE, *Ordinamento della comunicazione*, in *Il diritto amministrativo dopo le riforme costituzionali*, Parte speciale, II, a cura di G. Corso e V. Lopilato, Milano 2006, p. 50 ss.; N. SIGNORI, *Esercizio da parte delle Regioni delle competenze in materia di ordinamento della comunicazione*, in *Mezzi di comunicazione e riservatezza*, a cura di A. Pace, R. Zaccaria e G. De Minico, Napoli 2008, p. 51 ss.

concretamente erogate in un contesto editoriale in profonda evoluzione – Benché i numerosi interventi normativi susseguitisi fino ad oggi, e sopra illustrati, si siano collocati all'interno di una prospettiva volta più al sostegno economico che alla regolamentazione organica del settore⁷⁰, il comportamento dello Stato nell'arco temporale che va dalla l. n. 416/1981 fino ad oggi ha seguito – pur se in modo non sempre lineare e coerente – una logica di progressivo abbandono dell'ausilio diretto, di natura sostanzialmente assistenziale, a favore di un intervento indiretto, mirato ad agevolare il processo di modernizzazione tecnologica e produttiva in atto nel settore editoriale⁷¹.

Tuttavia, soltanto in questi ultimi anni i contributi diretti, conservati sotto forma di sovvenzioni "a pioggia" a favore di un pur ristretto numero di destinatari, sono stati razionalizzati e collegati a parametri oggettivi, quali una percentuale minima di vendita delle pubblicazioni e un numero minimo di dipendenti delle imprese editoriali. Senonché, la loro configurazione in ogni caso come interessi legittimi alla corresponsione delle provvidenze (ora erogate nei limiti degli stanziamenti previsti anche ove si tratti di integrazioni del prezzo della carta), la riduzione della loro entità e, da ultimo, la loro abolizione a partire dal 2015, in riferimento alla gestione 2014, sono stati decisi non in un'ottica di riordino della disciplina in materia – come pure era previsto che si facesse⁷² – ma al fine di limitare l'impegno finanziario statale. Tutto ciò, poi, è stato compensato da un incremento dei contributi indiretti, per lo meno riguardo alla loro tipologia ed ai costi sovvenzionati.

In definitiva, la politica di sostegno pubblico all'editoria, superata la fase di intervento massiccio degli anni '80, ha cercato di perseguire due esigenze contrapposte: da un lato, far sopravvivere un certo pluralismo in un settore sempre più in crisi – utilizzando a tal fine, peraltro, strumenti in larga parte tradizionali e spesso inadeguati – dall'altro, contenere le spese dello Stato.

Ad impedire un sostegno indiscriminato al settore editoriale contribuisce oggi anche la disciplina comunitaria sul divieto degli aiuti di Stato.

Infatti, la Commissione europea – dopo che in un primo momento aveva ritenuto legittime le provvidenze concesse alla stampa, in considerazione del fatto che in questo settore non era presente una concorrenza tra produttori di differenti Stati membri⁷³ – in seguito, in assenza di una espressa esenzione dal divieto generale di cui all'art. 87, par. 1, TCE (ora art. 107, par. 1, TFUE), ha ritenuto che anche il settore editoriale sia soggetto a tale divieto, valutando poi, di volta in volta, l'eventuale applicabilità della deroga relativa agli aiuti di Stato «destinati ad agevolare lo sviluppo di talune attività o di talune regioni economiche, sempre che non alterino le condizioni degli scambi in misura contraria al comune interesse» (art. 87, ora 107, par. 3, lett. c). Così, in una serie di decisioni adottate tra il 2004 e il 2006, relative a sovvenzioni concesse rispettivamente dall'Italia, dal Belgio e dalla Slovacchia, la Commissione, dopo aver ricordato che la deroga in parola deve essere letta in modo restrittivo⁷⁴, ne ha operato una interpretazione orientata,

⁷⁰ La stessa Autorità garante della concorrenza e del mercato, in un'indagine del 2007, ha rilevato che «non è agevole individuar[vi] un disegno organico orientato alla tutela del pluralismo» (cfr. G. MASTELLARINI, *L'editoria italiana nell'indagine dell'Autorità per la concorrenza*, in *Probl. inform.*, 2007, p. 397).

⁷¹ Nello stesso senso cfr. A.M. MUOLO, *Il sostegno dello stato alla stampa e all'editoria*, cit., p. 1019 e P. CARETTI, *Diritto dell'informazione e della comunicazione*, cit., p. 73.

⁷² Una tale previsione era stata sancita, dapprima, dall'art. 2, c. 117, d.l. n. 262/2006, convertito, con modificazioni, nella l. n. 286/2006 (collegato alla legge finanziaria 2007) – mentre l'art. 1, c. 1245, della medesima legge finanziaria aveva incaricato il Governo di elaborare una proposta di riforma complessiva della disciplina del settore editoriale –, poi dall'art. 44 d.l. n. 112/2008, convertito, con modificazioni, nella l. n. 133/2008, infine dall'art. 29, c. 3, d.l. n. 201/2011, convertito, con modificazioni, nella l. n. 214/2011 (che aveva anche fissato il termine del 1° gennaio 2012 per il riordino della materia). In merito v. *supra* il par. 4 e, in particolare, la nota 55.

⁷³ V. il VI *Rapporto sulla politica di concorrenza* della Commissione europea (1976), par. 239.

⁷⁴ Con particolare riferimento alla decisione 2006/320/CE del 30 giugno 2004 (in G.U.U.E. n. L118 del 3 maggio 2006), relativa alle provvidenze concesse dalla Repubblica italiana, l'autorità comunitaria ha sostenuto che «le esigenze

giustificandone l'applicazione ai casi di specie in quanto gli aiuti avevano la finalità di «agevolare lo sviluppo di ... attività» editoriali ed erano finalizzati alla tutela del pluralismo, così come riconosciuto dall'art. 11, par. 2, della Carta di Nizza⁷⁵.

La situazione italiana, comunque, non è, in sé, anomala rispetto agli altri Paesi occidentali, dove sono frequenti le forme di sostegno alle imprese editoriali: così, ad esempio, in Francia, Paesi Bassi, Svezia, Portogallo sono previsti aiuti diretti ed indiretti, in Gran Bretagna e in Irlanda soltanto indiretti, mentre in Germania e in Spagna i contributi sono corrisposti al livello dei *Länder* o delle Comunità Autonome. In particolare, la Francia – che rappresenta oggi lo Stato che spende di più per finanziare i propri *media*, con 1,2 miliardi di euro annui (anche se si prospetta una prossima riforma del sistema) – eroga ausili diretti, che comprendono agevolazioni nelle tariffe di trasporto ferroviario dei quotidiani, forme di sostegno alla modernizzazione della rete di vendita, fondi specifici per favorire la diffusione mondiale della stampa francese, oltre ad aiuti indiretti, tramite tariffe postali e un'aliquota dell'IVA (al 2,10%) agevolate⁷⁶.

Se si confrontano, poi, i dati ufficiali sul finanziamento pubblico all'editoria, risulta che il nostro Paese, rispetto a Francia, Germania, Gran Bretagna, Stati Uniti, è penultimo come stanziamento pubblico complessivo a sostegno della stampa (nonché della televisione pubblica), e ultimo come spesa *pro capite* (43 euro)⁷⁷.

Tuttavia, non trova riscontro nell'esperienza di altri ordinamenti occidentali la delimitazione di un ambito protetto (quello in cui hanno trovato applicazione dal 1990 i contributi diretti dello Stato) nel quale sono ricomprese soltanto alcune iniziative editoriali, oltretutto non sempre annoverabili tra le più deboli o le più meritevoli: esso, infatti, mal si concilia con le esigenze del pluralismo informativo che, come tale, non consente scelte di merito operate *a priori*⁷⁸.

Ma il problema maggiore – prescindendo dagli abusi, pure presenti⁷⁹ – è,

educative e democratiche di uno Stato membro», tra cui rientra la tutela del pluralismo dei *mass media*, «sono da considerarsi distinte dalla promozione della cultura» (par. 54). Pertanto, non ha accolto la richiesta dell'Italia (né quelle analoghe di Belgio e Slovacchia) di dichiarare che il divieto di aiuti di Stato, nel caso specifico, doveva considerarsi derogato ai sensi della previsione dell'art. 87, par. 3, lett. d), TCE, che ammette gli ausili «destinati a promuovere la cultura e la conservazione del patrimonio quando non alterino le condizioni degli scambi e della concorrenza nella Comunità in misura contraria all'interesse comune».

⁷⁵ Cfr. L.F. PACE, *Unione europea e pluralismo nei «media», con particolare riferimento alla stampa*, in *Mezzi di comunicazione e riservatezza*, cit., p. 366. Nella citata decisione relativa alle misure notificate dall'Italia «la Commissione riconosce che ai fini della valutazione della tipologia di misure in esame non esistono discipline od orientamenti applicabili. Pertanto non sembra che ai regimi notificati, quali attualmente descritti, possa essere applicata alcuna clausola di compatibilità a prescindere dall'applicazione generica, sempre possibile, dell'articolo 87, paragrafo 3, lettera c), del trattato CE secondo cui possono considerarsi compatibili con il mercato comune «gli aiuti destinati ad agevolare lo sviluppo di talune attività o di talune regioni economiche, sempreché non alterino le condizioni degli scambi in misura contraria al comune interesse»... Del resto, l'obiettivo dichiarato dell'aiuto è la preservazione del pluralismo dell'informazione, che è un obiettivo sancito dall'articolo 11, paragrafo 2, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea» (par. 58 e 62).

⁷⁶ A. PARACCHINI, *Aiuti pubblici alla stampa, in Francia la resa dei conti si avvicina*, in <http://www.lsd.it>. V. anche *Contributi all'editoria di partito nei principali paesi europei*, Appunto 3/2013, Camera dei deputati, XVII Legislatura, Biblioteca - legislazione straniera, in www.camera.it.

⁷⁷ Come risulta dalla ricerca *Ten Years that Shook the Media*, a cura di R. Kleis Nielsen, del Reuters Institute for the Study of Journalism dell'Università di Oxford, 2012, sui sistemi di finanziamento pubblico all'editoria in sei Paesi (in https://reutersinstitute.politics.ox.ac.uk/fileadmin/documents/Publications/Working_Papers/Nielsen_-_Ten_Years_that_Shook_the_Media.pdf): Francia (che spendeva 1,2 miliardi di euro all'anno), Germania (dove gli aiuti superavano i 560 milioni di euro annui), Gran Bretagna (dove ammontavano a 594 milioni di sterline all'anno), Italia, Stati Uniti (nei quali i *media* ricevevano ogni anno 2,3 miliardi di dollari tra aiuti federali e statali), nonché Finlandia (la quale risultava lo Stato con la maggiore spesa *pro capite*: 130 euro contro i 43 euro dell'Italia).

⁷⁸ Cfr. P. CARETTI, *Diritto dell'informazione e della comunicazione*, cit., p. 98.

⁷⁹ Da una serie di accertamenti della Guardia di Finanza è risultato, infatti, che fra il 1998 e il 2011 13 testate (tra cui *L'Avanti*, *Libero*, *Il Nuovo Riformista*, *Rinascita*, mentre dall'elenco va depennata *Risk*, a seguito dell'archiviazione del relativo procedimento penale) hanno commesso violazioni della normativa in materia di provvidenze, per cui sono stati

probabilmente, la scarsa efficacia degli interventi disposti in Italia.

Un'indagine dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato del 2007 ha sottolineato, ad esempio, come le agevolazioni postali non abbiano «costituito una misura efficace per sviluppare gli abbonamenti» ai giornali e come siano servite, in realtà, a «favorire Poste Italiane, unico soggetto presso cui è possibile ottenere i benefici, ostacolando lo sviluppo di una piena concorrenza» nell'ambito della distribuzione dei quotidiani e dei periodici⁸⁰. Inoltre, la quota maggiore di tali agevolazioni è andata alla stampa con più elevata tiratura, di proprietà di grandi gruppi editoriali, «per i quali il sostegno non appare così rilevante»⁸¹.

Per altro verso, i fondi per le pubblicazioni italiane all'estero sono stati finora erogati sulla base di regole sommarie e con scarsa trasparenza⁸².

Quanto alle testate politiche, gli elevati finanziamenti pubblici di cui hanno goduto hanno consentito loro di sopravvivere e prosperare a dispetto di uno squilibrio cronico tra costi e ricavi, dovuto non solo a condizioni intrinseche, ma anche a scelte editoriali conservatrici⁸³.

Così, anche se il declino della carta stampata caratterizza tutto il mondo occidentale⁸⁴, in Italia l'editoria tradizionale si dibatte in una crisi decisamente più acuta e sempre più profonda, avendo registrato dal 2009 al 2012 un calo complessivo del 20% del fatturato, da 6,5 miliardi di euro nel 2009 a 5,3 del 2012. In compenso, è cresciuta l'editoria *on line*, a dispetto del *gap* digitale che ancora caratterizza il nostro Paese⁸⁵.

Nello stesso tempo, quanto a libertà di stampa, l'Italia continua ad essere classificata

revocati i contributi loro precedentemente concessi, per un totale di 64.112.127,55 euro (da cui vanno dedotti 1.235.220,98 euro concessi a *Risk*): dati riportati nel sito *internet* del Dipartimento per l'informazione e l'editoria (www.governo.it/die/), sub "Politiche a sostegno dell'editoria" e "I controlli sulle imprese che percepiscono contributi".

⁸⁰ Cfr. G. COLARUSSO, *Soldi pubblici*, cit.

⁸¹ Nel 2006 tre gruppi hanno assorbito quasi un terzo delle agevolazioni complessive, mentre altre 19 imprese hanno ottenuto un ulteriore 25% dei contributi a disposizione. Invece, i piccoli e medi editori e le organizzazioni *non profit* (che pubblicano gran parte delle testate beneficiarie, pari a ben 7.124 nel 2006) hanno ricevuto somme «nell'ordine dei 16mila euro» (cfr. G. MASTELLARINI, *L'editoria italiana nell'indagine dell'Autorità per la concorrenza*, cit., p. 398).

⁸² Solo ad opera dell'art. 1-bis d.l. n. 63/2012, introdotto dalla legge di conversione n. 103/2012, si è stabilito che la misura dei contributi per tali pubblicazioni «è determinata tenendo conto della loro diffusione presso le comunità italiane all'estero, del loro apporto alla diffusione della lingua e della cultura italiane, del loro contributo alla promozione del sistema Italia all'estero, della loro consistenza informativa ... tenendo conto del numero di uscite annue, del numero di pagine pubblicate, del numero di copie vendute anche in formato digitale, e riservando una apposita quota parte dell'importo complessivo ... alle testate che esprimono specifiche appartenenze politiche, culturali e religiose», rinviandosi ad un successivo regolamento (rappresentato dal D.P.R. n. 138/2014) la definizione degli specifici criteri e modalità per la concessione dei contributi. In precedenza, però, l'unica regola che sembrava valere era che più copie si stampavano, più si incassava. Per questo [Basilio Giordano](#), editore del settimanale *Il Cittadino canadese* e del mensile *La Voce di Montreal*, già senatore del Popolo della Libertà (e promotore, a suo tempo, di una proposta di legge volta ad aumentare da 2 a 4 milioni di euro i contributi annui per l'informazione italiana all'estero), è stato accusato di false fatturazioni al fine di incamerare un sostegno pubblico maggiore. Le due testate, infatti, hanno ricevuto dal 2004 al 2007 contributi per oltre 360.000 euro, in base alla tiratura dichiarata. Ma, secondo Giovanni Rapanà, membro del Consiglio Generale degli Italiani all'Estero in Canada, *Il Cittadino canadese* avrebbe dichiarato alla Presidenza del Consiglio di aver stampato più copie di quelle reali (31.500 contro le «12-13.000» di cui ha parlato lo stesso Giordano davanti ad un giudice canadese nel corso di un processo per diffamazione) (cfr. S. CERAMI, *Giornali esteri, la mangiatoia*, in <http://espresso.repubblica.it>).

⁸³ Esse hanno infatti puntato poco sulla vendita per abbonamento e non abbastanza sulle edizioni *on line*, che consentirebbero di raggiungere con successo un gruppo di clienti sparso sul territorio, qual è quello dei lettori di tali giornali. Né, per lungo tempo, hanno sperimentato una diversa periodicità delle testate o forme di integrazione fra le diverse redazioni locali (cfr. M. GAMBARO, *La difficile partita dei quotidiani politici*, cit., p. 108 ss.).

⁸⁴ Come risulta dalla ricerca sulle tendenze dell'informazione a livello globale, condotta dall'Associazione mondiale degli editori di giornali (*Wan-Ifra*), i cui risultati sono stati comunicati durante il 66° congresso annuale svoltosi a Torino nel giugno 2014: nel complesso, i lettori nel mondo sono in aumento, ma la carta stampata ha perso in un anno il 5,2% del mercato in Europa e Nord America, l'1% in Medio Oriente e Africa, mentre ha guadagnato l'1,4% in Asia e il 2,5% in America Latina (cfr. *Quotidiani: senza risorse sufficienti dal digitale, mediocrità e declino*, 11 giugno 2014, in www.lsdi.it).

tra i Paesi soltanto parzialmente liberi, nonostante si trovi in un contesto come quello europeo, che vanta il più alto *standard* mondiale al riguardo⁸⁶.

Non sembra, dunque, che il cospicuo sistema di provvidenze all'editoria realizzato in Italia sia stato realmente in grado di garantire il pluralismo esterno dell'informazione.

Eppure, è opinione comune che i maggiori pericoli per la libertà di stampa (e per quella degli altri *media*) provengano oggi, più che da interferenze dei pubblici poteri sul contenuto dell'informazione, pur sempre possibili⁸⁷, dai processi economici in atto nel settore ad opera delle medesime imprese editoriali, ossia degli stessi soggetti titolari della libertà in parola.

Infatti, a livello internazionale è ormai in corso una "partita a *risiko*", in cui i maggiori gruppi del settore (e le società che li controllano) stanno conquistando ulteriori marchi editoriali o stringendo alleanze strategiche⁸⁸.

Tutto questo non può non avere ripercussioni anche in Italia. È vero che il nostro mercato è molto piccolo se confrontato a quello mondiale, ma è altrettanto vero che il mondo editoriale è attraversato ovunque da una vera e propria rivoluzione nei processi produttivi: sempre più contenuti vengono divulgati attraverso più mezzi di comunicazione, sicché gli editori stanno diventando produttori di un "universo narrativo" che racchiude informazione, approfondimento, cultura, intrattenimento, contenuti *web*, audio, video⁸⁹. In questo scenario, i pochi gruppi dominanti il nostro panorama (*Mondadori*, *RCS*, *Gruppo*

⁸⁵ Cfr. F. VINCIARELLI, *Editoria e Comunicazione: cresce solo il Web*, 10 luglio 2013, in www.pmi.it, che riporta i dati salienti della relazione annuale presentata dall'Autorità garante delle comunicazioni al Parlamento nel 2013.

⁸⁶ In riferimento alla libertà di stampa, nel 2013 29 Stati del nostro continente (pari al 69% del totale) sono stati valutati liberi, 12 (il 29%) sono stati classificati parzialmente liberi, e 1 (il 2%) è stato valutato non libero. Il punteggio ottenuto dall'Italia sulla base dei 109 indicatori considerati (giuridici, politici ed economici, combinati e indicizzati su una scala discendente) è leggermente migliorato rispetto agli anni precedenti, «a causa di una diminuzione dell'auto-censura e dell'influenza delle entrate pubblicitarie sul settore» conseguenti alle dimissioni di Silvio Berlusconi dalla carica di Presidente del Consiglio (FREEDOM HOUSE, *Freedom of the press 2014*, a cura di K. Deutsch Karlekar e J. Dunham, in https://freedomhouse.org/sites/default/files/FOTP_2014.pdf, p. 12).

⁸⁷ Così come non mancano pressioni di gruppi criminali ovvero di potentati economici: a tal riguardo l'osservatorio *Ossigeno per l'informazione* pubblica periodicamente rapporti (relativi agli anni dal 2006 in poi) che, purtroppo, segnalano costantemente numerosi casi del genere in Italia (incluse intromissioni talora pesanti dell'autorità giudiziaria, tramite perquisizioni o processi per diffamazione), mentre rileva, a sua volta, il fenomeno del rapporto *Respect for media freedom*, steso da Andrew McIntosh e adottato dall'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa il 6 gennaio 2010. In proposito v. il sito <http://notiziario.ossigeno.info/>, nonché A. SPAMPINATO, *1/ Per proteggere i giornalisti minacciati in Italia*, in *Probl. inform.*, 2010, p. 124 ss., R. MANI e R.S. ROSSI, *3/ Quando sono carte bollate*, *ivi*, p. 172 ss., nonché i diversi contributi contenuti in *Probl. inform.*, n. 4/2011, p. 353 ss.

⁸⁸ Dopo una fase di proliferazione delle testate e dei mezzi informativi – e quindi di incremento del pluralismo – ma anche di segmentazione dell'*audience* e di riduzione delle entrate pubblicitarie *pro capite*, le chiusure, talora silenziose, e i cambi di proprietà di numerose testate hanno prodotto ovunque in Europa incisivi fenomeni di concentrazione: così, la stampa quotidiana è ormai in buona parte controllata, in Spagna, da tre grandi gruppi (*Prisa*, *Vocento*, *Unidad Editorial*) e in Francia da cinque *holding* maggiori e due minori (*Ouest-France*, *Ebra*, *Média-Sud Europe*, *Hersant Média*, *Grand Centre*, *Amaury*, *Rosset*); in Germania, il gruppo *Springer* detiene da solo il 22% della diffusione, seguito da altri nove complessi societari con percentuali tra il 2% e l'8,5% ciascuno; nel Regno Unito, la *News Corporation* di Rupert Murdoch detiene il 35% del mercato nazionale, mentre il gruppo *Trinity Mirror* controlla quasi il 22% della stampa regionale, seguito da altri quattro gruppi con una percentuale variabile tra il 10% e il 15%. Fenomeni analoghi si registrano nell'ambito radiofonico e televisivo (cfr. J.M. NOBRE-CORREIA, *L'Europa dei media di fronte alla crisi*, in *Probl. inform.*, 2010, p. 384 ss., che riporta dati aggiornati al 2009/10). Anche nell'ambito dell'editoria libraria, a seguito della fusione, il 29 ottobre 2012, tra l'inglese *Penguin Books* e la tedesca *Random House* (di proprietà della Bertelsmann) – che ha prodotto la nascita di un colosso da 12.000 dipendenti sparsi in 23 Paesi, con più di 3,5 miliardi di dollari di ricavi all'anno – vi sono ora cinque gruppi egemoni a livello mondiale: le americane *Simon & Schuster* e *HarperCollins*, la *Macmillan* (inglese, ma acquisita da un gruppo tedesco), la francese *Hachette* e, appunto, l'anglo-tedesca *Penguin Random House*.

⁸⁹ Cfr. S. PARMEGGIANI, *Risiko e fusioni, il Grande Gioco dell'editoria*, in *la Repubblica*, 9 dicembre 2014, p. 56 s. Sugli scenari prossimi venturi v., *ex plurimis*, A. MINC, *I dieci giorni che sconvolgeranno il mondo: il futuro che ci attende*, Milano 2010, in particolare p. 44 ss.

Editoriale L'Espresso, Poligrafici Editoriale, Cairo Editore, De Agostini)⁹⁰ potrebbero siglare nuove alleanze o, in un futuro non così ipotetico, finire inglobati nell'uno o nell'altro dei colossi internazionali.

D'altra parte, la più recente indagine sul rapporto tra gli italiani e l'informazione⁹¹ segnala l'affermarsi di un sistema "ibrido" o "plurimo", dove il ricorso ai nuovi mezzi di comunicazione, a cominciare dai siti *internet*, non esclude quelli tradizionali, ma si traduce in nuove e diverse forme di integrazione tra di loro⁹².

Ciò comporta una significativa trasformazione del ruolo dei pubblici poteri e dei loro rapporti con i titolari della libertà di informazione tramite *mass media*: lo Stato (ma, per certi profili, anche l'Unione europea e, per altri, le Regioni) non deve più soltanto astenersi da indebite interferenze nell'operato dei titolari di quella libertà, ma è chiamato a realizzare le condizioni necessarie affinché arbitrarie limitazioni della stessa non derivino proprio dall'operato di coloro che ne sono i titolari, individuando le regole e le modalità più idonee a contenere il loro potere di condizionamento della società⁹³.

Mentre l'interesse all'informazione di tutti i consociati – inteso, come già evidenziato, quale diritto al pluralismo informativo, a garanzia dell'obiettività e completezza dell'informazione – non poteva non autorizzare un'interpretazione estensiva del quinto comma dell'art. 21 Cost., che andasse oltre la sua lettera, e consentire l'introduzione di limiti all'iniziativa economica (pur tutelata dall'art. 41 Cost.) del tipo di quelli previsti dalla legislazione in materia, a una diversa conclusione occorre pervenire in merito alle forme di sostegno economico alla stampa.

Esse possono certamente giustificarsi se sono configurate come misure temporanee nella fase iniziale dell'attività editoriale e nei periodi di crisi economica o, comunque, se sono mirate a risolvere specifici problemi o sono assegnate attraverso criteri stringenti al fine di promuovere le indispensabili innovazioni tecnologiche e organizzative, a favore, in particolare, dei piccoli editori. Invece, un sistema di così ampio respiro e così scarsa selettività, quale quello realizzato in Italia, appare sovradimensionato e perciò ingiustificato.

Tale sistema sembra fondarsi su, o comunque perpetuare, quell'atteggiamento ambiguo che, anche in altri settori, ha spesso caratterizzato il rapporto tra poteri pubblici e operatori privati: da un lato, vi è la rivendicazione da parte dei secondi di un grado sempre maggiore

⁹⁰ I cui maggiori azionisti (le famiglie Berlusconi, Agnelli, De Benedetti, Monti - Riffeser, Caltagirone, Cairo, Drago e Boroli del gruppo *De Agostini*, nonché Murdoch, più i soci della "galassia" Mediobanca - Assicurazioni Generali) controllano spesso anche le società più importanti degli altri settori della "filiera" editoriale: agenzie di informazione, editoria libraria, radiofonia, emittenza televisiva, concessionarie di pubblicità, ecc. (v. E. SEGHETTI, *Comunicazione e informazione in Italia. Gli assetti proprietari ed economici*, in *Probl. inform.*, 2010, p. 29 ss., che riporta dati aggiornati al 2009/10).

⁹¹ *Osservatorio Capitale Sociale*, a cura di Demos-Coop, n. 44, *Informazione e politica*, 9 dicembre 2014, in www.demos.it.

⁹² Ormai metà degli italiani si informa ogni giorno attraverso *internet*: il doppio rispetto al 2007 e quasi il 10% in più di due anni fa. Solo la televisione supera ancora – e largamente – la "rete" come canale di informazione quotidiana. Ma la distanza fra questi due ultimi mezzi, dal 2007 ad oggi, si è ridotta da circa 60 a 30 punti percentuali. La radio e, soprattutto, i giornali cartacei sono, invece, consultati da una quota di persone molto più ridotta e in continuo calo. Peraltro, quasi due terzi di coloro che utilizzano la "rete" lo fanno per leggere i quotidiani, che hanno quasi tutti edizioni digitali. Ma su *internet*, ormai, è possibile accedere anche alle principali reti televisive e radiofoniche, mentre, reciprocamente, tutti i programmi televisivi e radiofonici sono in comunicazione diretta e continua con *internet*, attraverso i *social network* (cfr. I. DIAMANTI, *L'informazione liquida*, in *la Repubblica*, 9 dicembre 2014, p. 36 s.).

⁹³ Cfr., per tutti, P. CARETTI, *Diritto dell'informazione e della comunicazione*, cit., p. 97; A. PACE, *Art. 21 La libertà di manifestazione del pensiero*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca e A. Pizzorusso, Bologna-Roma 2006, p. 531 s. Anche il Garante della concorrenza ha evidenziato, fin dal 2007, che «nei contesti caratterizzati dall'assenza di editori cosiddetti "puri", come nel caso dell'Italia, il potere di condizionamento dell'opinione pubblica» e l'«attività di persuasione» dei governanti vengono «esercitat[i] al fine diretto di influenzare decisioni che hanno effetti sui profitti» in altri settori economici (cfr. G. MASTELLARINI, *L'editoria italiana nell'indagine dell'Autorità per la concorrenza*, cit., p. 396 s.).

di libertà, autonomia e vera e propria alterità rispetto ai primi, ma, dall'altro, si registra la contestuale e costante richiesta di aiuti economici di vario tipo e consistenza⁹⁴.

Così, alla luce della parabola delle provvidenze pubbliche all'editoria, pare trovare conferma l'intuizione di Maurizio Pedrazza Gorlero, secondo cui «la "postmodernità" sembra proporre il pluralismo interno come il nodo cruciale dell'informazione giornalistica ed indicarlo insieme come il nuovo asse interpretativo del sistema delle norme costituzionali»⁹⁵.

Se così è, si deve allora agire con coerenza, riversando almeno una parte dell'attenzione, dell'impegno e delle risorse dal poco efficace sostegno economico esterno alla promozione di un effettivo pluralismo interno alla stampa ed agli altri mezzi informativi.

** Professore associato di Istituzioni di diritto pubblico nell'Università degli Studi di Bergamo.

⁹⁴ P. CARETTI, *Diritto dell'informazione e della comunicazione*, cit., p. 98. Di recente, sono state le associazioni della filiera della carta, riunite a Roma in un convegno il 18 febbraio 2014, a lanciare un grido d'allarme, con l'appello al neocostituito Governo di Matteo Renzi affinché adottasse misure immediate di sostegno (v. N. PINI, *Piano per l'industria della carta*, in *Avvenire*, 19 febbraio 2014, p. 18).

⁹⁵ M. PEDRAZZA GORLERO, *L'informazione giornalistica e il pluralismo interno*, cit., p. 943. In senso analogo v. A. PACE, *Art. 21 La libertà di manifestazione del pensiero*, cit., p. 532 ss., secondo cui «il c.d. diritto all'informazione – proprio perché inteso a garantire una "libera opinione pubblica" (senza che essa determini una funzionalizzazione in tal senso delle situazioni soggettive degli operatori dell'informazione) – non può però fondarsi sul solo "pluralismo esterno"».

**Il ritorno senz'armi su un vecchio campo di battaglia:
nota alle sentt. nn. 1 e 3 del 2015 della Corte costituzionale***

di Alessandro Martinuzzi**
(13 marzo 2015)

SOMMARIO: I. Il ritorno su un vecchio campo di battaglia; II. Una dichiarazione di illegittimità di norme interpretate conformemente a Costituzione; III. Un altro caso di tutela dei diritti al di là della costituzionalità delle norme; IV. L'evoluzione di un conflitto tra diritto vivente e interpretazione conforme; V. Il valore del diritto vivente nell'ordinamento; VI. Conclusioni.

I. ***Il ritorno della Consulta su un vecchio campo di battaglia.***

Il tema della sindacabilità del diritto vivente è stato riproposto all'attenzione dei commentatori con le recenti sentenze della Corte Costituzionale n. 1 e n. 3 del 2015. Si tratta di due pronunce aventi caratteristiche e natura diverse, ma accomunate dal proposito di verificare la compatibilità costituzionale di determinate interpretazioni giurisprudenziali.

Con la prima decisione, emessa in data 12 gennaio 2015 ed avente come redattore il giudice Giorgio Lattanzi, è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'interpretazione data dalla Corte di Cassazione¹ dell'art. 458 cod. proc. pen. e dell'art. 1, 1° comma, del DPR n. 448 del 1988 nella parte in cui stabiliscono che, in caso di giudizio abbreviato richiesto dall'imputato in seguito a un decreto di giudizio immediato disposto su istanza del Pubblico Ministero, la composizione dell'organo giudicante nel processo minorile sia monocratica invece che collegiale.

Con la seconda decisione, emessa lo stesso giorno ed avente come redattore il giudice Giancarlo Coraggio, è stata, invece, dichiarata l'infondatezza della questione posta non senza, però, aver fornito un'interpretazione sistematica e conforme a costituzione che fosse idonea a risolvere i dubbi di legittimità. Infatti, il problema interessava, in questo caso, l'interpretazione data dalle Sezioni Unite Civili della Corte di Cassazione² degli artt. 133, commi 1° e 2° e 327, comma 1°, del cod. proc. civ., nella loro formulazione antecedente alla riforma apportata con la L. 18 giugno 2009, n. 69 (Disposizioni per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività nonché in materia di processo civile).

In entrambi i casi, come accennato, la Corte affronta diverse problematiche relative agli effetti del diritto vivente ed, in un certo senso, interferisce con l'esercizio della funzione nomofilattica da parte della Corte Suprema per evitare che il consolidamento di un orientamento giurisprudenziale finisca per comportare violazioni dei precetti costituzionali. Va opportunamente osservato che la Corte, in aderenza al dettato esplicito dell'art. 134 Cost., evidenzia che le questioni di legittimità interessano articoli di leggi - seppur come interpretati nella giurisprudenza - nonostante la questioni rimesse dai giudici *a quo* fossero specificamente circoscritte alla legittimità di una data lettura di quelle disposizioni. In altre parole, da un lato, i giudici remittenti mostrano di non potere ricercare un possibile significato della disposizione che risulti costituzionalmente compatibile in quanto costretti a constatare un consolidato diritto vivente, mentre, dall'altro lato, la Consulta non rinuncia ad

* Scritto sottoposto a *referee*.

¹ Corte di Cassazione, sentenza del 15 luglio 2013.

² Corte di Cassazione, Sezioni Unite Civili, sentenza n. 13794 del 1° agosto 2012.

esercitare una sorta di funzione nomofilattica costituzionale svincolando, talora, la disposizione legislativa dall'interpretazione consolidata dal diritto vivente. La tensione tra il potere della Corte Suprema (specie nella sua composizione a sezioni unite) di stabilire l'interpretazione definitiva di una data disposizione legislativa e il potere esclusivo della Consulta di svolgere giudizi di compatibilità costituzionale si dimostra ancora oggi particolarmente accentuata e foriera di possibili conflitti. Quel che fin da ora preme rilevare è la disomogeneità di questo confronto dal momento che alla Corte di Cassazione è legislativamente attribuita una fondamentale funzione interpretativa³, mentre alla Corte Costituzionale, che è priva di una simile funzione, è attribuito il potere di annullare le norme di legge che risultino incompatibili con la Carta fondamentale. In effetti, la funzione interpretativa che la Consulta ha progressivamente assunto è stata fatta discendere da argomenti logici sostanzialmente non dissimili da quelli esposti dal Giudice della Corte Suprema degli Stati Uniti John Marshall nell'arcinoto caso *Marbury Vs Madison*⁴. Infatti, se è vero che tutti i giudici (compresi quelli costituzionali) sono chiamati a determinare qual è la legge applicabile e sono soggetti ai superiori precetti della Carta fondamentale, essi sono tenuti ad esporre e spiegare la regola che vanno ad applicare, se non altro per il vincolo di motivazione imposto dalla stessa Costituzione⁵. Lo stretto ed indissolubile legame tra i principi affermati nei motivi di diritto e la parte dispositiva, conferisce una dignità all'interpretazione accolta dalla Corte Costituzionale che non può essere ignorata dai giudici comuni. In questo senso si comprende maggiormente l'importanza che ha rivestito nel corso del tempo la dottrina dell'interpretazione costituzionalmente conforme anche e forse soprattutto in relazione al consolidarsi di costanti orientamenti giurisprudenziali⁶.

3 Si veda l'art 65 del Regio decreto del 30 gennaio 1941, n. 12.

4 Si veda al riguardo il passaggio in U.S. Supreme Court, *MARBURY v. MADISON*, 5 U.S. 137 (1803): “[...]E’ enfaticamente dovere e competenza del potere giudiziario di dire che cos’è la legge. Coloro che applicano la regola a casi particolari, la devono necessariamente esporre e spiegare. Se c’è un conflitto fra due leggi, le corti devono decidere l’operatività di ciascuna. Allo stesso modo se una legge è in contrasto con la Costituzione; se sia la legge che la Costituzione trovano applicazione in un determinato caso, in modo che la Corte possa decidere il caso in conformità alla legge, senza considerare la Costituzione, oppure in conformità alla Costituzione, senza considerare la legge, la Corte dovrà determinare quale di queste regole contrastanti deve essere applicata. Questa è l’essenza stessa della funzione giudiziaria. Se poi, le corti devono considerare la Costituzione, e la Costituzione è legge superiore a qualsiasi altra legge dell’ordinamento, sarà la Costituzione, e non la legge ordinaria, ad essere applicata al caso in questione.”

5 Si veda Art. 111, 5° comma, della Costituzione e Art. 18, commi 1° e 3°, L. 11 marzo 1953, n. 87 (Norme sulla Costituzione e sul Funzionamento della Corte Costituzionale).

6 Si veda sul tema IANNUCILLI (a cura di), *L’interpretazione secundum constitutionem tra Corte Costituzionale e Giudici comuni. Brevi note sul tema*, Servizio Studi e Massimario della Corte Costituzionale, Roma 2009; RUGGERI, *L’interpretazione conforme e la ricerca del “sistema dei sistemi” come problema*, in www.rivistaaic.it, 30/05/14; RUGGERI, *L’interpretazione conforme. Due o tre cose che so di lei*, in www.rivistaaic.it, 09/01/15; inoltre, C. Cost. sentenza n. 11 del 1965: “È evidente che della legittimità costituzionale di una norma non si può giudicare senza prima avere stabilito quali della norma siano il contenuto e la portata. A questo fine non è escluso che la Corte Costituzionale possa anche avvalersi di una precedente interpretazione, sempre però che, a seguito di una piena adesione, questa sia divenuta anche la interpretazione propria. Stabilire infatti quale sia il contenuto della norma impugnata è inderogabile presupposto del giudizio di legittimità costituzionale; ma esso appartiene al giudizio della Corte non meno della comparazione, che ne consegue, fra la norma interpretata e la norma costituzionale, l’uno e l’altro essendo parti inscindibili del giudizio che è propriamente suo. Che poi frequentemente la parte del giudizio della Corte relativa alla interpretazione della norma ordinaria non assuma un particolare rilievo, per la evidenza del contenuto della norma stessa, o per effetto, appunto, di una precedente interpretazione sicuramente consolidata, non è cosa che valga a mutare la posizione logica dei due momenti, né l’appartenenza di entrambi all’unitario giudizio della Corte (...)”.

II. **Una dichiarazione di illegittimità di norme interpretate conformemente a Costituzione.**

Procedendo con ordine, occorre esaminare, innanzitutto, la sentenza n. 1/2015 data anche la sua maggiore complessità dovuta a delicate questioni procedurali. In tale vicenda, l'imputato minorenni era stato condannato in primo grado per i reati contestatigli, a seguito di giudizio abbreviato richiesto dallo stesso in seguito all'accoglimento dell'istanza del Pubblico Ministero per procedere con giudizio immediato. Va chiarito fin da subito questo profilo di particolare delicatezza: il decreto di accoglimento dell'istanza di giudizio immediato proposta dal PM costituisce atto di competenza del giudice per le indagini preliminari il quale è organo monocratico. Nel caso in cui il procedimento sia destinato a concludersi con un giudizio immediato, l'udienza preliminare non si tiene affatto e si va immediatamente a sentenza, mentre, se l'imputato richiede (al GIP) di procedere con giudizio abbreviato entro quindici giorni dalla notificazione del decreto di giudizio immediato ai sensi dell'art. 458 cod. proc. pen., il GIP fissa l'udienza preliminare. In tal caso è, quindi, il Giudice dell'Udienza Preliminare, nella sua particolare composizione collegiale, a definire il giudizio. Va tenuto presente che la particolare composizione collegiale prevista avanti il Tribunale per i Minorenni⁷ è stata concepita, come giustamente rileva la Corte Costituzionale, al fine di perseguire il preminente interesse del minore dal momento che affianca al giudice togato due altri componenti laici esperti nelle materie psico- pedagogiche e sociali⁸. Nel caso che ci interessa, il giudizio era stato definito dal GUP in composizione collegiale.

Tuttavia, in sede di impugnazione, la Corte d'Appello di Bologna rileva la sussistenza di un consolidato orientamento della Corte Suprema (c.d. diritto vivente) in base al quale *«in tema di procedimento a carico di minorenni, la competenza per il giudizio abbreviato instaurato a seguito di giudizio immediato spetta al giudice delle indagini preliminari e non al tribunale per i minorenni nella composizione prevista per l'udienza preliminare»*. In conseguenza di ciò, il giudice dell'impugnazione annulla la sentenza di primo grado *“per difetto di competenza funzionale”* ai sensi degli artt. 178, 1° comma, lett. a) e 179 cod. proc. pen.. La Corte di Cassazione⁹, su ricorso proposto dalla Procura Generale, ritiene di confermare il principio consolidato nella sua giurisprudenza come diritto vivente, mantenendo, quindi, la sentenza d'appello.

A questo punto, il giudice del rinvio veniva investito di una questione che risultava problematica sotto due distinti profili: da un lato, si poneva il tema del vincolo ad un consolidato orientamento giurisprudenziale ritenuto erroneo o quantomeno iniquo, mentre, dall'altro lato, vi era, come rilevato dalla Consulta, il vincolo imposto dalla legislazione procedurale per il giudice del rinvio al rispetto della decisione emessa dalla Cassazione sulla competenza¹⁰. La questione non lasciava apparentemente molto margine di

⁷ Si veda Regio Decreto del 30 gennaio 1941, n. 12, all'art. 50bis (*Giudice per le indagini preliminari*):

1. *In ogni tribunale per i minorenni uno o più magistrati sono incaricati, come giudici singoli, dei provvedimenti previsti dal codice di procedura penale per la fase delle indagini preliminari. L'organizzazione del lavoro dei predetti giudici è attribuita al più anziano.*

2. *Nell'udienza preliminare, il tribunale per i minorenni, giudica composto da un magistrato e da due giudici onorari, un uomo e una donna, dello stesso tribunale.*

⁸ Si veda Regio Decreto Legge 20 luglio 1934, n. 1404 (Istituzione e funzionamento del Tribunale per i Minorenni), all'art 2 (*Istituzione e composizione dei Tribunali per i minorenni*):

In ogni sede di Corte di appello, o di sezione di Corte d'appello, è istituito il Tribunale per i minorenni composto da un magistrato di Corte d'appello, che lo presiede, da un magistrato di tribunale e da due cittadini, un uomo ed una donna, benemeriti, dell'assistenza sociale, scelti fra i cultori di biologia, di psichiatria, di antropologia criminale, di pedagogia, di psicologia, che abbiano compiuto il trentesimo anno di età.

⁹ Corte di Cassazione, sentenza del 15 luglio 2013.

¹⁰ Cfr. Art. 25 Cod. Proc. Pen.; Corte Cost. Sent. n. 1/2015, terzo considerato in diritto, §5; Corte Cost. n. 408/2005,

valutazione.

Tuttavia, come opportunamente sottolinea la Corte, il primo problema si rivela essere solo apparente dato l'intervento di una nuova decisione delle Sezioni Unite della Cassazione che compie un vero e proprio *overruling*, mutando il precedente orientamento giurisprudenziale¹¹. Si osservi incidentalmente, peraltro, che nella sentenza del 2014 la Corte di Cassazione rileva in merito alla questione due orientamenti giurisprudenziali consolidati idonei a costituire diritto vivente: il primo, relativo all'identificazione della fattispecie in esame come "difetto funzionale di competenza" ed, in quanto tale, come causa di nullità della sentenza ai sensi degli artt. 178 e 179 cod. proc. pen., ed il secondo, in merito alla competenza del giudice monocratico per le indagini preliminari in caso di giudizio abbreviato richiesto dall'imputato a seguito di decreto di accoglimento del giudizio immediato. Con riferimento al primo orientamento la Corte Suprema si spinge addirittura a definirlo "*jus receptum*"¹². La combinazione di questi due consolidati orientamenti induce, pertanto, la Corte a mutare la propria precedente posizione in merito alla competenza del GIP.

Per quanto riguarda il secondo problema posto al giudice del rinvio, la Corte Costituzionale riconosce un effettivo ostacolo. Il vincolo al precedente della Cassazione per il giudice del rinvio è legislativamente imposto¹³ e, in quanto tale, non è superabile da un successivo *overruling* della stessa Corte che intervenga nelle more del giudizio di rinvio. La Consulta sembra giustificare l'opportunità della sua pronuncia proprio sulla base di tale aporia, dal momento che un nuovo giudizio che risulti conforme al vecchio principio di diritto, ma altresì contrastante con il nuovo orientamento della Corte Suprema e, potenzialmente, con il principio di eguaglianza e con il diritto di difesa risulterebbe quantomeno iniquo. A questo punto, però, la Corte Costituzionale interferisce con la funzione nomofilattica della Suprema Corte laddove, pur ammettendo che l'ordinamento riconosca l'insindacabilità delle decisioni della Cassazione sulla competenza, tenta di fondare la rilevanza e la necessità della propria pronuncia financo eludendo propri precedenti orientamenti. Infatti, nello svolgimento del terzo punto in diritto, la Corte correttamente rileva che "*dall'effetto vincolante delle decisioni della Corte di cassazione in materia di competenza, stabilito dall'art. 25 cod. proc. pen., «discende la irrilevanza di questioni che tendano a rimettere in discussione la competenza attribuita nel caso concreto dalla Cassazione medesima, in quanto ogni ulteriore indagine sul punto deve ritenersi definitivamente preclusa e quindi nessuna influenza potrebbe avere una qualsiasi pronuncia di questa Corte nel giudizio a quo» (ex plurimis, sentenze n. 294 del 1995 e n. 25 del 1989; ordinanze n. 306 del 2013 e n. 222 del 1997).*". Tuttavia, la Corte prosegue ritenendo che, in realtà, non si tratti di una questione di competenza del caso concreto, bensì dell'inidoneità del giudice per le indagini preliminari a svolgere il giudizio abbreviato per il Tribunale per i Minorenni.

Tale posizione si presta ad un duplice ordine di critiche. Da un lato, se si fosse trattato effettivamente soltanto della generale inidoneità del GIP monocratico a svolgere il giudizio abbreviato in relazione all'assunta incompatibilità con gli artt. 3, 24 e 31 Cost., la questione avrebbe dovuto ritenersi risolta con l'intervento del nuovo orientamento della Cassazione. Tale decisione delle Sezioni Unite, infatti, avrebbe fatto ragionevolmente ritenere che qualsiasi discostamento dall'affermato principio di diritto ad opera delle corti e

considerato in diritto n. 3.2.

11 Si veda al riguardo C. Cass. SS.UU. Penali, 27 febbraio 2014, n. 18292 ed, in particolare, il considerato in diritto n. 4.1 e 4.2.

12 C. Cass. SS.UU. Penali, 27 febbraio 2014, n. 18292 ed, in particolare, il considerato in diritto n. 3.3.

13 Si veda art. 25 cod. proc. pen.

dei tribunali inferiori sarebbe stato cassato, espungendo, di fatto, dall'ordinamento il precedente principio.

Dall'altro lato, la Corte distingue dalla questione di competenza un generale profilo di valutazione di idoneità che rientrerebbe più propriamente nell'ambito della discrezionalità delle scelte del Parlamento. Tuttavia, risulta di tutta evidenza che il legislatore non ha operato in maniera esplicita tale valutazione, lasciando, in realtà, gran parte del lavoro all'interprete. Quindi pare legittimo chiedersi quale sia stato il reale oggetto del sindacato della Corte.

Volendo mettere da parte per un momento gli orientamenti giurisprudenziali relativi alla fattispecie, un'attenta lettura sistematica delle norme di legge interessate dalla questione avrebbe condotto al medesimo risultato senza una dichiarazione di illegittimità costituzionale. Infatti, come giustamente rilevato dalla Corte di Cassazione nella sent. n. 18292/2014, uno dei pilastri che sorreggevano il precedente orientamento giurisprudenziale risulta essere particolarmente debole. Infatti, *"il rinvio alle disposizioni del codice di procedura penale [art. 1, 1° comma, DPR 448/88], su cui si fa generalmente leva, vale "per quanto non previsto" dalle disposizioni sul processo penale minorile, ma questa espressione non equivale a quella "per quanto non specificamente previsto". Mentre va tenuto in conto che il secondo periodo del medesimo comma 1 dell'art. 1 prevede che le disposizioni codicistiche generali «sono applicate in modo adeguato alla personalità e alle esigenze educative del minore» (principio C.d. di adeguatezza applicativa)".* Inoltre, va osservato che il comma 2° dell'art. 458 cod. proc. pen.¹⁴ richiama esplicitamente, per la particolare ipotesi contemplata, l'applicazione dell'art. 441¹⁵ il quale, a sua volta, impone l'osservanza, in quanto applicabili, delle disposizioni previste per l'udienza preliminare. Nel contesto di cui si tratta, le disposizioni previste per l'udienza preliminare¹⁶ si sarebbero sempre dovute ritenere integrate, secondo una prospettiva sistematica, dall'art. 50bis del R.D. 30 gennaio 1941, n. 12, così come aggiunto dall'art. 14 del D.P.R. 22 settembre 1988, n. 449¹⁷. Infatti, il richiamo operato dall'art. 441 Cod. Proc. Pen. non include alcuna riserva codicistica, ma, anzi, rinvia alla disciplina dell'istituto nel suo complesso. Tale interpretazione sistematica, peraltro costituzionalmente compatibile, è stata integralmente accolta dalle Sezioni Unite della Corte Suprema nel febbraio 2014. Si è, quindi, indotti a interrogarsi sul perché la Corte di Cassazione con la sentenza del 15 luglio 2013 abbia ritenuto di sentirsi maggiormente vincolata ad un orientamento giurisprudenziale consolidato piuttosto che ad una esplicita previsione legislativa (i.e. le norme per l'adeguamento dell'ordinamento giudiziario al nuovo processo penale ed a quello a carico degli imputati minorenni), dando sempre per presupposto il fondamentale principio per cui *iura novit curia*.

Al di là delle valutazioni della Corte Suprema, suscitano ancora maggiore interesse quelle svolte dalla Corte Costituzionale. Infatti, come abbiamo accennato, al fine di aggirare l'insindacabilità delle decisioni della Cassazione sulla competenza, la Corte

14 Art. 458 Cod. Proc. Pen. (Richiesta di Giudizio Abbreviato), 2° comma: "Se la richiesta è ammissibile, il giudice fissa con decreto l'udienza dandone avviso almeno cinque giorni prima al pubblico ministero, all'imputato al difensore e alla persona offesa. Nel giudizio si osservano, in quanto applicabili, le disposizioni degli articoli 438, commi 3 e 5, 441, 441 bis, 442 e 443; nel caso di cui all'articolo 441 bis, comma 4, il giudice, revocata l'ordinanza con cui era stato disposto il giudizio abbreviato, fissa l'udienza per il giudizio immediato."

15 Art. 441 Cod. Proc. Pen. (Svolgimento del giudizio abbreviato), 1° comma: "Nel giudizio abbreviato si osservano, in quanto applicabili, le disposizioni previste per l'udienza preliminare, fatta eccezione per quelle di cui agli articoli 422 e 423."

16 Titolo IX, Cod. Proc. Pen., artt. da 416 a 433.

17 Decr. Pres. Rep. 22 settembre 1988, n. 449 (Approvazione delle norme per l'adeguamento dell'ordinamento giudiziario al nuovo processo penale ed a quello a carico degli imputati minorenni).

decide di dichiarare l'incostituzionalità delle due disposizioni legislative contestate, sebbene ne fosse stata data in precedenza un'adeguata interpretazione conforme da parte delle Sezioni Unite della Corte Suprema. In queste considerazioni riecheggia l'ormai risalente guerra fra due corti che sembrava doversi ritenere archiviata¹⁸.

In conseguenza della dichiarazione di incostituzionalità, non è chiaro quale sia la sorte del nuovo orientamento della Cassazione o, viceversa, quali effetti espliciti realmente la decisione della Consulta in relazione al nuovo orientamento di legittimità. Infatti, da un lato, la Corte Costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale degli art. 458 cod. proc. pen. e dell'art. 1, 1° comma, del DPR n. 448/88 nella parte in cui prevedono che, nel processo minorile, nel caso di giudizio abbreviato richiesto dall'imputato in seguito a un decreto di giudizio immediato, la composizione dell'organo giudicante sia monocratica, mentre, dall'altro lato, la Corte di Cassazione ha rilevato, per via esegetica, che tali norme non prevedono una simile attribuzione di competenza al GIP. Pertanto l'oggetto della dichiarazione di illegittimità finisce per sfuggire.

D'altra parte, non si può non rilevare che le due corti, in questo caso, finiscano per raggiungere la stessa conclusione per vie diverse. La Corte Costituzionale, però, dimostra un particolare sforzo volto alla tutela dei diritti di un minorene tale da prevalere persino sulle esigenze di certezza del diritto. Da quest'approccio potrebbe desumersi un tentativo di recuperare quel ruolo di giudice dei diritti che le corti di Strasburgo e Lussemburgo le stanno progressivamente portando via.

III. ***Un altro caso di tutela dei diritti al di là della costituzionalità delle norme***

Non a caso, lo stesso approccio si ritrova anche nella sentenza n. 3/2015 laddove la Corte, considerando la particolare situazione dei ricorrenti, adotta una diversa soluzione offrendo "solo" una interpretazione conforme all'interno di un giudizio di infondatezza. Anche in questo caso il problema era stato già risolto con la sentenza delle Sezioni Unite Civili della Cassazione 1° agosto 2012, n. 13794, qualificata espressamente dalla Consulta come "diritto vivente". In particolare la questione riguardava la data da cui far decorrere il termine lungo di impugnazione della sentenza (art. 327 cod. proc. civ.)¹⁹ dal momento che, nel caso specifico, il cancelliere aveva ritenuto di apporre date diverse per il deposito e per la avvenuta pubblicazione. In conseguenza di ciò, la Corte d'Appello di Napoli aveva dichiarato l'inammissibilità dell'impugnazione in quanto proposta oltre il termine di cui all'art. 327 cod. proc. civ. rispetto alla data di deposito, mentre sarebbe risultata tempestiva se fosse stata presa a riferimento la data di pubblicazione.

In breve, la Corte rileva il diritto vivente consolidato dalla Corte di Cassazione con la sent. n. 13794/2012 e ne condivide l'impostazione confermando come solo la data di deposito rilevi ai fini dell'impugnazione. Tuttavia, essendo i fatti che hanno coinvolto i ricorrenti intervenuti in data antecedente al suddetto arresto giurisprudenziale, questi non hanno avuto la possibilità di confidare su tale principio. Pertanto, sebbene la questione sia stata risolta in punto di diritto, la Corte ritiene anche in questo caso di dover intervenire per tutelare i diritti dei ricorrenti nel caso specifico suggerendo alla Cassazione di disporre una rimessione in termini. Sebbene tale contributo venga esplicitamente qualificato come interpretazione costituzionalmente conforme del diritto vivente²⁰, sembra, in realtà, che la

18 Si veda al riguardo CRISAFULLI, *Ancora delle sentenze interpretative di rigetto della Corte Costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1965, 96 ss. e *Questioni in tema di interpretazione della Corte costituzionale nei rapporti con l'interpretazione giudiziaria*, *Giur. cost.*, 1956, 939.

19 Art. 327 Cod. Proc. Civ. (Decadenza dall'impugnazione), 1° comma: Indipendentemente dalla notificazione, l'appello, il ricorso per cassazione e la revocazione per i motivi indicati nei numeri 4 e 5 dell'articolo 395 non possono proporsi dopo decorso un anno dalla pubblicazione della sentenza.

20 Corte Cost. 12 gennaio 2015, n. 3, nono considerato in diritto.

Corte, una volta confermata la compatibilità costituzionale dell'orientamento della Cassazione, si preoccupi prevalentemente di trovare adeguata tutela per i ricorrenti, i quali si sono ritrovati in una condizione iniqua dovuta ad una lesione di quello che è stato autorevolmente definito come 'affidamento nella sicurezza giuridica'²¹. In questo senso, anche nella sentenza n. 3/15 si troverebbe conferma dell'approccio poco più sopra descritto.

E' certamente degno di nota che in questo caso la Corte si sia limitata ad una sentenza interpretativa di rigetto. Tuttavia, in presenza di queste particolari circostanze, è lecito interrogarsi sugli effetti di questa decisione sul giudizio a quo ed, in particolare, sulla rilevanza che è stata ritenuta sussistere.

Non pare che gli artt. 133, commi 1° e 2°, e 327, 1° comma, cod. proc. civ. fossero realmente l'oggetto dei dubbi di legittimità costituzionale, così come pare che non lo fosse l'interpretazione offerta dalla Cassazione. Tuttavia, la rigida applicazione del principio di diritto enucleato dalla Corte di legittimità avrebbe certamente comportato una situazione di ingiustizia sostanziale nei confronti dei ricorrenti, i quali sarebbero risultati discriminati per il solo fatto di essersi trovati in tali circostanze prima del chiarimento delle Sezioni Unite. Ecco che, quindi, si spiegano i parametri presi in esame, ovvero gli artt. 3 e 24 Cost..

D'altra parte, sarebbe stato del tutto irragionevole aspettarsi dalla Cassazione che provvedesse a formulare una regola per i casi pendenti, se non assumendo le fattezze di uno pseudo-legislatore²².

Pare, poi, di notevole interesse la natura del 'suggerimento' offerto dalla Corte Costituzionale alla Corte Suprema attraverso una sentenza di rigetto. Al di là della considerazione che si tratti di una positiva forma di 'dialogo' tra Corti, resta poco chiaro quale reale influenza eserciti sulla libera valutazione del giudice remittente, posto che sembra abbastanza scontato che, qualora i giudici di cassazione ritenessero di ricorrere ad un diverso strumento di tutela, non ne deriverebbero particolari conseguenze.

IV. **L'evoluzione della tensione tra diritto vivente e interpretazione conforme**

Quel che emerge con estrema evidenza è che la dottrina dell'interpretazione conforme tende ad intersecarsi con quella del diritto vivente in modo tale da lasciar emergere gli effetti della valorizzazione del precedente giurisprudenziale.

Come rilevato, il potere ermeneutico dei giudici comuni sul testo legislativo di per sé non esclude che la Corte Costituzionale possa esercitare un analogo potere nel giudizio incidentale. A differenza di quanto avviene nel giudizio in via principale, però, l'autonomia interpretativa del Giudice delle leggi si dimostra non assoluta, bensì correlata all'interpretazione adottata dal giudice *a quo* ed alle altre interpretazioni presenti nella giurisprudenza comune. La regolazione dell'esercizio del potere interpretativo della Corte rispetto a quello dei giudici comuni è, infatti, affidata alla dialettica tra la giurisprudenza costituzionale e quella ordinaria, e, in definitiva, a un patto istituzionale (inespresso) tra il Giudice delle leggi e la Magistratura. Al riguardo, non va dimenticato che la Cassazione e la Consulta rappresentano giurisdizioni dotate di funzioni peculiari e fondamentali ma che, al contempo, sono state istituite nel nostro ordinamento in periodi storici culturalmente molto differenti. Infatti, da un lato, la prima Corte di Cassazione venne istituita per il Regno di Sardegna nel 1848²³ sul modello originario della *Cour de Cassation* francese,

21 Luciani, M., *Garanzie ed efficienza nella tutela giurisdizionale*, Rivista AIC N.° 4/2014, 10/10/2014, www.rivistaaic.it

22 Cfr. sul punto Cappelletti M., *The Judicial Process in Comparative Perspective*, Oxford: Clarendon Press (1989), 35 e ss.

23 Lo Statuto Albertino, infatti, istituì la prima Corte di Cassazione di Torino. Con la nascita nel 1861 del Regno d'Italia

così come delineato dal Portalis. Essa, pertanto, non costituiva un terzo grado di giudizio, bensì un organo esterno all'ordinamento giudiziario che avrebbe dovuto rappresentare una garanzia rispetto alle ipotesi di errata applicazione del diritto²⁴. Dall'altro lato, la Corte Costituzionale rappresenta il frutto dell'influenza delle teorie Kelseniane nel periodo costituente in quanto prototipo di garante dell'applicazione della nuova Carta fondamentale nel contesto di un ordinamento dato, in massima parte, in epoca pre-repubblicana.

Si comprende, quindi, come l'accostamento di queste due fondamentali istituzioni nel contesto italiano si sia dimostrato talora difficilmente armonizzabile. Tuttavia, dal "dialogo" fra le due Corti²⁵, rinnovatosi nel tempo con aggiustamenti anche notevoli, emerge se la Corte costituzionale ritenga di potere o meno discostarsi dall'interpretazione del rimettente, verificarne la plausibilità e/o il grado di condivisione da parte dei giudici delle giurisdizioni superiori, così come se l'interpretazione ritenuta dalla Corte conforme alla *ratio constitutionis* possa essere opposta a quella isolatamente adottata dal rimettente, o anche a quella ampiamente condivisa dalla generalità dei giudici²⁶. Le due sentenze prese in esame confermano che da detto "dialogo" si possono trarre tre conclusioni di principio. La prima è che la Corte può reinterpretare la legge sottoposta al suo esame; la seconda è che la reinterpretazione della Corte non può prevaricare il compito interpretativo dei giudici comuni; la terza è che tale compito deve essere autonomamente orientato al rispetto della *ratio constitutionis*²⁷. Pare opportuno porre particolare attenzione sulla seconda conclusione di principio in base alla quale l'autonomia interpretativa della Corte nella fase di controllo accentrato non è illimitata, ma deve arrestarsi di fronte ad una interpretazione giurisprudenziale dotata di tale saldezza, da non poter essere considerata come mera opinione o frutto di errore, e che assume perciò il valore di significato obiettivo della legge. In altre parole, in presenza di diverse interpretazioni possibili dello stesso testo legislativo, emerge come la forza del precedente (specie se delle corti superiori) induca i giudici costituzionali ad orientare l'analisi sulla legittimità della norma, quantomeno prevalentemente, verso lo specifico significato generalmente attribuito dalla giurisprudenza. Da questa conclusione derivano limiti specifici, diretti a garantire la piena indipendenza e autonomia interpretativa del singolo giudice, la funzione interpretativa dei giudici come caratterizzante l'attività giurisdizionale, e il potere di nomofilachia della Cassazione²⁸ in un'ottica che inquadra i ruoli delle due Corti in maniera più sistemica. Un

furono successivamente istituite nuove corti di cassazione cosiddette "regionali", in relazione alla geografia degli stati pre-unitari: Torino per i territori dell'ex-Regno di Sardegna ed il Regno Lombardo-Veneto, Firenze per il Granducato e i Ducati, Roma per i territori appartenuti allo Stato Pontificio, Napoli e Palermo per l'ex-Regno delle Due Sicilie. Nel 1923, nell'ambito della politica accentratrice del Regime Fascista, le cinque corti furono unificate con la denominazione ufficiale di *Corte suprema di cassazione*. Si veda sul tema DI FEDERICO, *La Corte di cassazione: la giustizia come organizzazione*, Bari, Laterza 1969.

24 Si veda al riguardo KOMAREK (2013, Settembre). Reasoning With Previous Decisions: Beyond the Doctrine of Precedent. *American Journal of Comparative Law* (61), pp. 149- 171.

25 Si veda al riguardo CRISAFULLI, *Ancora delle sentenze interpretative di rigetto della Corte Costituzionale*, cit., 98.

26 Si veda sul punto la Relazione del Presidente della Corte Costituzionale Paolo Casavola per l'anno 1992, §§ 4 e 5, www.cortecostituzionale.it, 22 febbraio 1993.

27 Cfr. IANNUCILLI (a cura di), *L'interpretazione secundum constitutionem tra Corte Costituzionale e Giudici comuni*, cit. 6.

28 La sentenza C. Cost. n. 456 del 1989 così ricostruisce il ruolo della Corte in rapporto a quello della Cassazione e degli altri giudici: "(...) occorre chiarire il senso ed i limiti della funzione assegnata a questa Corte, in relazione al controllo incidentale di legittimità costituzionale delle leggi, e degli atti aventi forza di legge. Controllo che riguarda appunto la compatibilità delle leggi denunciate con i principi della Costituzione, e che non può, quindi, sostanzialmente in una revisione, in grado ulteriore, delle interpretazioni offerte dalla Corte di Cassazione. Proprio in virtù del principio di esclusiva soggezione del giudice alla legge (art. 101, secondo comma, della Costituzione), invocato nell'ordinanza, a

primo limite è costituito dalla sindacabilità dell'interpretazione che – seppur minoritaria – sia congruamente motivata nell'ordinanza di rimessione e risulti pertanto plausibile o basata su un “ (...) *quanto meno non implausibile (...) convincimento del giudice a quo*”²⁹. Il rovescio del medesimo limite è che la Corte ben può disattendere – correggendola – l'interpretazione del rimettente basata su un presupposto ermeneutico palesemente erroneo o contraddetto dalla generalità dei giudici.

Un secondo limite è rappresentato dalla “dottrina del diritto vivente”, alla cui stregua, la Corte rinuncia a (re-) interpretare la disposizione legislativa (potendo solo, se necessario, annullarla) quando, riguardo ad essa, esista una interpretazione consolidata nella giurisprudenza (soprattutto) delle Corti superiori. In tal caso, “ (...) *la norma vive ormai nell'ordinamento in modo così radicato che è difficilmente ipotizzabile una modifica del sistema senza l'intervento del legislatore [o] di questa Corte*”³⁰. L'interpretazione che risulti ampiamente condivisa dalla generalità dei giudici e fatta propria dalla Cassazione viene assunta come significato obbiettivo della legge, diventando impermeabile al potere interpretativo della Corte costituzionale. In questo senso si comprende come la dottrina del diritto vivente abbia elevato la dignità del precedente giurisprudenziale ad un meccanismo di selezione o, per lo meno, di orientamento del sindacato di legittimità costituzionale, che si rivela essere più sistematico e meno contingente anche in un'ottica di tutela dell'affidamento nella sicurezza giuridica.

Ulteriori limiti, dettati soprattutto dal rispetto della funzione nomofilattica della Cassazione, possono considerarsi i dinieghi di competenza opposti dalla Corte alle richieste di risolvere questioni meramente interpretative o di avallare l'interpretazione che il rimettente ritiene preferibile.

V. **Il valore del diritto vivente nell'ordinamento**

Tra i limiti passati in rassegna, quello che ha effetti pratici più evidenti è la dottrina del “diritto vivente”, il cui rispetto comporta che le sentenze interpretative di rigetto siano utilizzabili solo per confermare o conformare gli indirizzi giurisprudenziali non ancora consolidati, orientandoli nel senso costituzionalmente compatibile. La possibilità di reagire a un “diritto vivente” incostituzionale resta così affidata a pronunce manipolative dei testi legislativi oggetto di interpretazione, aventi efficacia *erga omnes*, ma esposte a inconvenienti come la necessaria presenza della “rima obbligata”, la considerazione delle ricadute finanziarie, l'impatto sociale o la reazione del legislatore, che la *reductio ad legitimitatem* per via interpretativa consente di evitare³¹. In effetti, le sentenze esaminate dimostrano come le esigenze di tutela derivanti da una problematica conformazione al diritto vivente non siano sempre strettamente legate alla costituzionalità della legge interpretata. In conseguenza, il dovere della Corte di tutelare i diritti fondamentali rischia di essere inibito, almeno in parte, dai limiti derivanti dalla combinazione delle dottrine dell'interpretazione conforme e del diritto vivente. Da un lato, infatti, le sentenze interpretative di rigetto non sempre riescono ad imporre l'interpretazione costituzionalmente conforme al giudice comune, mentre, dall'altro lato, ricorrere alle più invasive sentenze manipolative per espungere dall'ordinamento una consolidata

tutti gli Organi giurisdizionali spetta, in piena indipendenza ed autonomia, una indeclinabile funzione interpretativa. Solo allorché il giudice ritenga (...) che nella giurisprudenza si sia consolidata una reiterata, prevalente e costante lettura della disposizione, è consentito richiedere l'intervento di questa Corte affinché controlli la compatibilità dell'indirizzo consolidato con i principi costituzionali”.

²⁹ *Ex plurimis*, sentenza C. Cost. n. 10 del 2009.

³⁰ Così la sentenza n. 350 del 1997.

³¹ Si trova conferma in questo senso in C. Cost. ord. n. 124/2008 e in ord. n. 98/2010.

interpretazione assurda a diritto vivente finisce per comportare più problemi che soluzioni. Resta ancora irrisolto, oltretutto, il problema della definizione del concetto di diritto vivente dal momento che lasciarne l'individuazione alla stessa Corte di Cassazione si presta inevitabilmente al rischio di arbitrii ed incertezze. Nella Relazione per l'anno 1992, il Presidente della Corte Costituzionale Casavola rilevava come neanche la stessa Consulta fosse addivenuta ad una definizione univoca di tale sfuggente concetto³². Infatti, in taluni casi è stata ritenuta sufficiente una pronuncia delle Sezioni Unite idonea a chiarire in maniera definitiva il principio di diritto, mentre in altri casi il diritto vivente è stato identificato con un consolidato orientamento della giurisprudenza (non solo di cassazione) fatto di una serie ripetuta di decisioni coerenti e conformi (c.d. *jurisprudence constante*)³³. Ad ogni buon conto, va detto che il concetto di diritto vivente si lega intrinsecamente all'intensità della funzione interpretativa nomofilattica esercitata dalla Corte Suprema. In mancanza della possibilità di emettere le c.d. 'advisory opinions'³⁴, la Corte di cassazione italiana può esercitare tale funzione solo attraverso i propri precedenti giurisprudenziali (così come eventualmente massimati). In coerenza con la procedura delle corti europee, è dato riscontrare una diversa intensità della carica nomofilattica tra precedenti delle Sezioni Unite della Corte e precedenti delle singole sezioni. Inoltre, dalle considerazioni della Consulta emerge come una serie coerente di decisioni presenti una carica nomofilattica maggiore rispetto ad un singolo precedente, ma sempre minore rispetto agli arresti delle Sezioni Unite. Le sentenze n. 1 e n. 3 della Corte Costituzionale confermano quest'ordine di valore. Proprio in relazione alla considerazione che la Consulta dà ai precedenti per rilevare la sussistenza di un diritto vivente, si comprende la rilevanza dell'esercizio della funzione nomofilattica in tale contesto.

VI. **Conclusioni**

Se un'attenta combinazione tra le dottrine dell'interpretazione conforme e del diritto vivente sembrava, in effetti, aver rappresentato un ragionevole "armistizio" fra le due Corti, entrambe le sentenze che sono state esaminate dimostrano che il "dialogo" è ancora in fase di evoluzione. Infatti, in entrambi i casi, in presenza di un orientamento giurisprudenziale chiaro della Cassazione che risultava essere, peraltro, costituzionalmente compatibile, la Corte ritiene, comunque, di emettere due sentenze interpretative, l'una di accoglimento e l'altra di rigetto. Tale contributo ermeneutico, a ben vedere, non si è dimostrato determinante per riportare alla costituzionalità le disposizioni legislative contestate, mentre è emersa con maggiore evidenza la volontà di tutelare le posizioni soggettive dei ricorrenti nei casi specifici. Con la prima decisione, infatti, la Corte è ricorsa al più dirompente strumento della dichiarazione d'incostituzionalità per infrangere

32 Relazione del Presidente della Corte Costituzionale Paolo Casavola per l'anno 1992, § 5, www.cortecostituzionale.it, 22 febbraio 1993: "Nella sentenza n. 205, red. Granata, il diritto vivente è la consolidata interpretazione della Corte rego-latrice. Nella sentenza n. 210, red. Spagnoli, si contesta che una interpretazione della Cassazione costituisca diritto vivente, trattandosi di affermazione non ripresa in seguito e rappresentando non la ratio decidendi, ma un semplice obiter dictum della pronuncia. Infine nella sentenza n. 260, red. Spagnoli, il diritto vivente, formatosi per effetto di una soluzione adottata dalle Sezioni unite della Cassazione, è posto a base della decisione adottata."

33 In alcuni sistemi la questione è stata affrontata legislativamente sotto un profilo più strettamente procedurale: è il caso della Spagna (c.d. *doctrina legal*), del Brasile (c.d. *sumula vinculante*) o del Giappone (c.d. *hanreihô*). In questi ordinamenti il legislatore ha stabilito quando un insieme di precedenti conformi giustifica l'impugnazione per errore di diritto della sentenza che se ne discosti; vedi al riguardo Schlesinger R., *Comparative Law. Cases-Text-Materials*, VI Ed. University Casebook Series, New York: Foundation Press (1998) p. 668.

34 Come, invece, è previsto per quanto riguarda almeno dieci della Corti Supreme Statali degli Stati Uniti d'America, e dagli ordinamenti di Canada, India, Svezia, Finlandia e Russia; cfr. al riguardo Cappelletti M., *The Judicial Process in Comparative Perspective*, Oxford: Clarendon Press (1989).

il vincolo del giudice *a quo* al rispetto della decisione della Cassazione sulla competenza; con la seconda, invece, la Corte respinge il ricorso suggerendo di quali strumenti il giudice comune dispone per meglio tutelare l'interesse delle parti in presenza di una norma costituzionalmente valida che rischia, però, di determinare una situazione di ingiustizia nei loro confronti. Sia nell'uno che nell'altro caso le esigenze di tutela dei diritti dei ricorrenti si sono dimostrate non tanto legate alla costituzionalità della disposizione legislativa, quanto agli inconvenienti derivanti da una problematica conformazione al diritto vivente. La Corte Costituzionale ha, tuttavia, dimostrato di saper commisurare la propria funzione interpretativa con quella nomofilattica esercitata dalla Corte Suprema.

Dal diverso approccio rispetto ai giudizi *a quo* si può concludere che, nell'ambito del suo ruolo di garante della costituzionalità del sistema, la Corte Costituzionale abbia riaffermato quello più specifico di garante dei diritti individuali. In effetti si tratta di un ruolo che, come già osservato, si stava progressivamente riducendo in relazione all'espansione del ruolo delle Corti europee di Strasburgo e Lussemburgo, ma anche in conseguenza del costante incremento dei conflitti di competenza fra Stato e Regioni. Una volta condiviso con il giudice comune il gravoso compito di assicurare la costituzionalità dell'intero ordinamento, il giudice della legittimità delle leggi si spinge, quindi, a valutare come meglio tutelare i diritti fondamentali nel caso specifico, anche al di là dei profili di illegittimità della normativa impugnata. Restano, tuttavia, aperte diverse questioni che vanno dall'esercizio della interpretazione costituzionalmente conforme da parte del giudice comune alla definizione del concetto di diritto vivente, dall'adeguatezza degli strumenti a disposizione della Corte alle difficoltà di conciliare la più ampia tutela dei diritti con la modalità di accesso in via incidentale. Quel che pare, comunque, significativo è che la Corte è ritornata senz'armi su un vecchio "campo di battaglia", con l'umiltà per proseguire un positivo 'dialogo' con la Corte Suprema e tutto l'ordinamento giudiziario, e con l'autorevolezza per riaffermare un ruolo nella tutela dei diritti fondamentali spesso messo in discussione.

** Dottorando di ricerca, Università di Bologna

Prescadenza e *prorogatio* del Consiglio regionale

di Fabio Corvaja *
(13 marzo 2015)

(in corso di pubblicazione in “*le Regioni*”, 2014)

1. La Corte costituzionale torna sui limiti che la funzione legislativa incontra quando il Consiglio regionale si trova in fase di rinnovo, e coglie l'occasione per precisare punti rilevanti anche in relazione all'assetto delle fonti di disciplina della materia e al bilanciamento tra le esigenze della continuità e quelle della libera competizione elettorale. L'occasione è offerta da un ricorso del Governo contro la legge regionale del Friuli-Venezia Giulia 8 aprile 2013, n. 5, recante “Disposizioni urgenti in materia di attività economiche, tutela ambientale, difesa del territorio, gestione del territorio, infrastrutture, lavori pubblici, edilizia e trasporti, attività culturali, ricreative e sportive, relazioni internazionali e comunitarie, istruzione, corregionali all'estero, ricerca, cooperazione e famiglia, lavoro e formazione professionale, sanità pubblica e protezione sociale, funzione pubblica, autonomie locali, affari istituzionali, economici e fiscali generali”. Tale legge era stata approvata dal Consiglio regionale il 21 marzo 2013, in prossimità delle elezioni regionali, che si sono tenute il 21 e il 22 aprile 2013.

1.1. Il Presidente del Consiglio dei ministri, in via principale, censurava la legge nel suo complesso, lamentando che l'atto legislativo fosse stato adottato dal Consiglio regionale “in carenza di potere” e in violazione dei “principi fondamentali dell'ordinamento in materia di *prorogatio*”.

Secondo il ricorso, infatti, la legge sarebbe stata deliberata in difetto dei presupposti di urgenza e indifferibilità che condizionerebbero l'attivazione della funzione legislativa nel periodo pre-elettorale. La carenza dei presupposti, stando alla prospettazione del ricorrente, era comprovata dal contenuto estremamente eterogeneo dell'atto legislativo (già dichiarato dal titolo *omnibus*)¹; dal ricorrere di diverse disposizioni che si limitavano a prevedere contributi; dalla presenza di norme di carattere ordinamentale, delle quali non si poteva ammettere il carattere urgente; dalla carenza di ogni motivazione dell'atto, assente anche dal preambolo.

Il ricorso deduceva poi il contrasto con gli artt. 12 e 14, della legge costituzionale n.1 del 1963, recante lo statuto speciale, nonché con gli artt. 1 e 2 della legge statutaria sulla forma di governo (l.r. Friuli-Venezia Giulia 18 giugno 2007, n. 17), questi ultimi invocati quali norme interposte.

1.2. La Corte, nel dichiarare inammissibili queste censure, osserva che non è pertinente il richiamo ai principi valevoli per la *prorogatio* delle assemblee legislative.

La legge regionale n. 5 del 2013, infatti, era stata approvata prima del termine del mandato consiliare, mandato che l'art. 14 dello statuto di autonomia fissa in cinque anni, decorrenti dalla data delle elezioni regionali (che si erano svolte il 13-14 aprile 2008). Per contro, l'istituto della *prorogatio* presuppone l'avvenuta scadenza, naturale o anticipata, del mandato: “prima di tale scadenza, non vi può essere *prorogatio*”.

¹ Il Governo denunciava come vizio invalidante l'intero atto anche l'eterogeneità del contenuto della legge. Secondo il ricorrente, tale modo di legiferare contrastava con quanto previsto nel “Manuale regionale di regole e suggerimenti per la redazione dei testi normativi” predisposto dall'Ufficio di presidenza del Consiglio regionale, e rendeva difficile l'impugnazione della legge, con violazione del principio di leale collaborazione. Anche tale doglianza, al pari dell'altra questione sollevata sull'intera legge, è dichiarata inammissibile. La sentenza, invece, accoglie talune delle censure appuntate, in via subordinate, su singole disposizioni.

La sentenza esclude altresì che siano utilizzabili i principi in materia di *prescadenza* dell'organo nella fase immediatamente precedente il suo rinnovo.

Tale istituto, che la Corte tiene distinto dalla *prorogatio*, era previsto per le Regioni ordinarie dall'art. 3, secondo comma, della legge 17 febbraio 1968, n. 108 (Norme per la elezione dei Consigli regionali delle Regioni a statuto normale). La disposizione – osserva la sentenza – conserva efficacia per tali Regioni, fino a che non sia stata sostituita dagli statuti regionali, divenuti competenti sul punto dopo l'entrata in vigore della legge costituzionale n. 1 del 1999.

La Corte rileva però che l'ordinamento del Friuli-Venezia Giulia non sancisce la prescadenza del Consiglio regionale, dal momento che l'art. 14 dello statuto speciale si limita a disciplinare le scansioni temporali del procedimento elettorale, prevedendo, in particolare, che le elezioni debbano tenersi a decorrere dalla quarta domenica precedente e non oltre la seconda domenica successiva al compimento del quinquennio decorrente dalla precedente votazione, e che il decreto di indizione delle elezioni debba essere pubblicato non oltre il quarantacinquesimo giorno antecedente la data stabilita per la votazione. La disposizione statutaria, invece, non detta limitazioni in ordine ai poteri del Consiglio nella fase pre-elettorale. Né detti limiti possono essere ricavati in via interpretativa, dal momento che nemmeno la legge regionale sulla forma di governo regola la prescadenza dell'organo.

A questo punto la Corte costituzionale sente però la necessità di avvertire, in forma di *obiter dictum*, che l'assenza di ogni disciplina limitativa dei poteri dell'assemblea legislativa nel periodo elettorale è disarmonica rispetto ad una delle esigenze cui risponde – secondo la sentenza n. 68 del 2010 - l'istituto della *prorogatio*, vale a dire quella di assicurare una competizione libera e trasparente, inibendo gli interventi legislativi che possano essere interpretati come una *captatio benevolentiae* nei confronti degli elettori.

Secondo la Corte, tale esigenza, che giustifica la necessaria attenuazione dei poteri del Consiglio regionale dopo lo scioglimento e quindi in regime di *prorogatio*, si pone parimenti allorché il mandato del Consiglio, dopo il decreto di indizione delle elezioni, non sia formalmente terminato. È però riservata alla legge statutaria, approvata ai sensi dell'art. 12 dello statuto speciale, l'individuazione della soluzione normativa più idonea a salvaguardare tale esigenza. La sentenza indica come possibili meccanismi idonei a tale scopo o una norma analoga a quella dell'art. 3, comma 2, della legge n. 108 del 1968; o la previsione secondo cui il decreto di indizione delle elezioni sancisce, contestualmente, anche lo scioglimento del Consiglio regionale in carica, determinando applicazione del regime di *prorogatio*; oppure una non meglio descritta "altra regolamentazione adeguata allo scopo". Rimane però fermo, secondo il giudice costituzionale, che la mancanza di ogni disciplina sul punto e la conseguente assenza di limiti ai poteri del Consiglio regionale in prossimità della votazione possono dar luogo alla violazione del vincolo di armonizzazione con la Costituzione e con i principi generali dell'ordinamento giuridico, gravante sulla legge rinforzata che regola la forma di governo.

2. La risoluzione del caso appare a chi scrive per molti versi condivisibile, sia nell'esito (e dunque nel dispositivo di inammissibilità), sia nell'apparato argomentativo, mentre suscita qualche perplessità la digressione compiuta nell'*obiter*.

È apprezzabile, anzitutto, che la Corte abbia respinto la tentazione di ricavare una regola limitativa della *potestas* del Consiglio in fase di rinnovo direttamente dalle disposizioni dello statuto regionale interpretate alla luce di altri materiali normativi.

Tale strada era stata suggerita dall'Avvocatura dello Stato.

Il ricorso, invero, dava atto che le norme statutarie non fissano il *dies a quo* di una *deminutio potestatis* del Consiglio in prescadenza, né delimitano concretamente le funzioni consiliari nel periodo pre-elettorale. Tuttavia, ravvisata la necessità di enucleare comunque

dei principi di ordine generale sul punto, l'Avvocatura erariale riteneva di poter coglierli nelle scansioni temporali di cui all'art. 14, secondo e terzo comma, dello statuto regionale, e in particolare nella previsione secondo cui il decreto di indizione delle elezioni deve essere adottato almeno quarantacinque giorni prima delle elezioni. Secondo il ricorrente, tali precetti andavano letti alla luce di quanto prescrive il già citato art. 3 della legge n. 108 del 1968 o di quanto dice la legislazione statutaria di altre Regioni speciali od ordinarie, che analogamente sancisce la prescadenza del Consiglio o limita i poteri dell'assemblea a partire dal quarantacinquesimo giorno antecedenti alle elezioni². Alternativamente, sempre secondo la prospettazione dell'Avvocatura dello Stato, poteva essere considerata la previsione di cui all'art. 38 del d.lgs. n. 268 del 2000, recante il Testo unico sugli enti locali, che regola la prescadenza dei consigli comunali e provinciali a far data dalla pubblicazione decreto di convocazione dei comizi elettorali.

Il ricorso, pur avvedendosi della pluralità di opzioni possibili quanto alla individuazione del *dies a quo* della asserita riduzione dei poteri del Consiglio, ritiene irrilevante una presa di posizione sul punto, in ragione di una sorta di prova di resistenza. Infatti, quale che sia la soluzione da preferire, la legge regionale risultava - in tesi - comunque viziata, perché approvata sia dopo il decreto di indizione delle elezioni regionali (datato 4 marzo 2014)³, sia dopo il quarantacinquesimo giorno antecedente le elezioni.

Il giudice costituzionale, invece di assecondare questo approccio "sostanzialista" che pretenderebbe di fare applicazione diretta di un principio di carattere generale (quello della diminuzione delle potestà del Consiglio nella fase elettorale) anche quando questo consente concretizzazioni diverse, mantiene ferma l'esigenza di lasciare alla Regione la scelta della disciplina che dia attuazione, mediante la fonte competente, al principio richiamato.

Tale esito non era del tutto scontato, se solo si rammenta la recente sentenza n. 35 del 2014, in tema di numero massimo di consiglieri regionali. Quella pronuncia, resa all'esito della impugnazione governativa della revisione statutaria approvata dal Consiglio regionale della Calabria, innesta sulla delibera legislativa statutaria, mediante un dispositivo sostitutivo, un diverso precetto⁴, stabilendo che il numero di consiglieri che compongono il Consiglio regionale calabrese sia determinato in trenta, anziché in quaranta, e che il numero massimo di assessori sia non superiore a sei, anziché non superiore ad otto: ciò in pretesa applicazione diretta di parametri massimi di cui all'art. 14, comma 1, lett. a) e b), del d.-l. 13 agosto 2014, n. 138, convertito, con modificazioni, dalla [legge 14 settembre 2011, n. 148](#). Tali parametri, accreditati come norme di coordinamento della finanza pubblica, fissano però soglie massime e si rivolgono al legislatore statutario⁵; inoltre, essi vedevano la propria effettività presidiata da specifici meccanismi, diversi dalla diretta applicabilità⁶, sicché la pronuncia sostitutiva appare ingiustificata anche in una logica di "sanzione".

Mostrando maggior rispetto per l'autonomia statutaria, nella sentenza n. 181 del 2014 la Corte rileva, invece, che in assenza di una intermediazione ad opera della legge statutaria

2 Il ricorso cita la l'art. 9 della l.r. (statutaria) Valle d'Aosta 27 agosto 2007, n. 27, e l'art. 29 dello statuto della Regione Marche, che in caso di scadenza naturale della legislatura limitano le funzioni della assemblea legislativa, a partire dal quarantacinquesimo giorno antecedente la data delle elezioni, alla adozione degli atti urgenti ed indifferibili.

3 Decreto del Presidente della Giunta regionale 4 marzo 2013, n. 38, in BUR del 6 marzo 2013, n. 10 – supplemento ordinario n. 10.

4 In senso fortemente critico con la decisione si vedano le condivisibili osservazioni di R. BIN, *Quando la Corte calza gli scarponi*, in questa *Rivista*, 2014, 828 s.

5 Come del resto aveva riconosciuto del resto la stessa Corte costituzionale nella sentenza n. 198 del 2012.

6 Mediante le sanzioni previste dallo stesso art. 14 del d.-l. n. 138 del 2011 e dell'art. 2 del d.-l. 10 ottobre 2012, n. 174, convertito dalla legge 7 dicembre 2012, n. 213. Per quanto riguarda il numero dei Consiglieri regionali, l'art. 2, comma 3, del d.-l. n. 174 del 2012 aveva poi previsto che qualora all'atto dell'indizione delle elezioni per il rinnovo del Consiglio regionale la Regione non avesse ancora provveduto all'adeguamento statutario le elezioni fossero indette per il numero massimo dei consiglieri regionali previsto dal d.-l. n. 138 del 2011.

il principio della *deminutio potestatis* in prossimità delle elezioni, pur cogente, rimane un principio non autopplicativo, in quanto suscettibile di essere attuato con modalità diverse. Ciò ha per conseguenza che il principio non può essere giocato direttamente contro la legge regionale nemmeno nei termini di un principio generale dell'ordinamento. Peraltro, una ricostruzione del vizio lamentato dal ricorso nei termini di una violazione del limite dei principi generali dell'ordinamento avrebbe messo il giudice costituzionale in una difficile alternativa. Infatti, o si sarebbe dovuto ammettere che detto limite continua a vigere per tutte le potestà legislative regionali, comprese quelle regolate dal Titolo V novellato dalla legge cost. n. 3 del 2001, e dunque che è limite capace di invalidare le norme legislative indipendentemente dalla materia su cui intervengono; ma l'ipotesi di una generalizzata permanenza del limite dei principi dell'ordinamento male si armonizza con l'esplicitazione dei limiti verticali contenuta nell'art.117, primo comma, Cost. Oppure la Corte avrebbe dovuto procedere ad un esame partito delle diverse norme contenute nella legge regionale, al fine di individuare se esse siano ascrivibili alla vecchie potestà delle Regioni speciali, per le quali il limite dei principi generali dell'ordinamento appare tuttora condizionante, o alle nuove, per le quali esso non vale più. Ma anche tale conclusione appare poco accettabile, essendo incongruo che un principio quale la prescadenza incida differentemente a seconda del titolo competenziale al quale sono riferibili le diverse norme.

In ogni caso, il ricorso del Governo non sembrava nemmeno indicare questa strada, ipotizzando piuttosto un vizio dei presupposti soggettivi della legge, impropriamente descritto nei termini di una carenza di potere⁷; ed è di per sé dubbio che principi di tal fatta, per quanto effettivamente generali, possano integrare il limite dei principi generali dell'ordinamento, che dovrebbe pur sempre rimanere un limite che riguarda una disciplina materiale del settore e non la conformazione del potere dell'organo legislativo.

3. Passando dal piano della tecnica decisoria a quello del merito, il primo punto di rilievo è quello relativo alla affermazione di una competenza statutaria in punto di disciplina della eventuale prescadenza.

Nel caso specifico del Friuli-Venezia Giulia non potevano esserci dubbi in proposito, dal momento che la durata della legislatura è fissata direttamente dallo statuto speciale (art. 14, primo comma) e che la stessa *prorogatio* del Consiglio regionale è prevista da una legge costituzionale (art. 4 della legge costituzionale n. 1 del 1972)⁸: sicché l'unica fonte che poteva venire in rilievo per l'integrazione della disciplina di rango costituzionale – nel rispetto di tali specifici vincoli – non poteva essere che la legge statutaria sulla forma di governo, prevista dall'art. 12 dello statuto speciale.

Piuttosto, il valore di questa parte della sentenza va apprezzato con riferimento alle Regioni ordinarie, cui peraltro è testualmente riferito il ragionamento della Corte. In proposito, infatti, si sarebbe potuto almeno astrattamente ritenere che la disciplina della prescadenza fosse ascrivibile alla competenza statale in materia di durata degli organi elettivi, prevista dall'art. 122, primo comma, Cost. Correttamente, invece, la Corte colloca

7 P. CARNEVALE, *La prorogatio delle Camere come limite alla funzione legislativa*, in *Scritti in memoria di Livio Paladin*, Napoli 2004, vol. I, 485.

8 L'art. 4 della legge cost. 23 febbraio 1972, recante "Modifica del termine stabilito per la durata in carica dell'Assemblea regionale siciliana e dei Consigli regionali della Sardegna, della Valle d'Aosta, del Trentino-Alto Adige, del Friuli-Venezia Giulia", stabilisce infatti che fino a quando non sia riunita la nuova Assemblea regionale siciliana e non siano riuniti i nuovi Consigli regionali della Sardegna, della Valle d'Aosta, del Trentino-Alto Adige e del Friuli-Venezia Giulia, "sono prorogati i poteri, rispettivamente, della precedente Assemblea e dei precedenti Consigli regionali". È ora prevalente l'opinione che la disposizione, pur non entrata nei testi degli statuti speciali, non abbia un contenuto meramente contingente e concreto, ma che vada intesa "come se dettasse una disciplina di valore permanente, modificativa ad ogni effetto degli originari Statuti speciali" (così L. PALADIN, *Diritto regionale*, VII edizione, Padova 2000, 305, nota 17; in termini simili T. MARTINES, *Il Consiglio regionale*, nuova ed., Milano 1981, 80 s.). Tale posizione è accolta anche dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 68 del 2010.

tale disciplina nella materia statutaria e tale soluzione è da approvare, dal momento che è coerente con la riconduzione della *prorogatio* alla “forma di governo”⁹ e con la parziale fungibilità dei due istituti (prescadenza e *prorogatio*).

4. In secondo luogo, la Corte risolve la questione interpretativa relativa alla vigenza dell’art. 3, secondo comma, della legge n. 108 del 1968¹⁰.

Stando alla sentenza, tale disposizione mantiene efficacia per le Regioni a statuto ordinario che ancora non si sono dotate, nel proprio statuto, di una disciplina in merito.

Questa affermazione, che ribadisce quanto il giudice delle leggi aveva affermato nella sentenza n. 196 del 2003¹¹, richiede però delle precisazioni.

Anzitutto, dal *dictum* ricaviamo che secondo la Corte la disposizione non è stata abrogata, per nuova disciplina della materia, dall’art. 5 della legge n. 165 del 2004, norma che nel confermare la durata della legislatura regionale in cinque anni non ha riprodotto il disposto sulla prescadenza.

A tale silenzio, tuttavia, non è corretto attribuire il significato di una volontà abrogativa. La mancanza di una disposizione sulla eventuale prescadenza o sulla *prorogatio* risponde, piuttosto, alla volontà di rispettare la sfera di autonomia statutaria, o almeno va ricostruita in tali termini¹². Pertanto, va riconosciuto che l’art. 3, secondo comma, della legge n. 108 del 1968 ha continuato a vigere in forza del principio di continuità.

La seconda osservazione è che la norma sulla prescadenza in talune Regioni era stata abrogata già prima dell’entrata in vigore dei nuovi statuti, tramite leggi regionali che, modificando la legge elettorale statale, avevano dichiarato inapplicabile l’art. 3, secondo comma, della legge n. 108 del 1968¹³.

Il terzo rilievo riguarda il fatto che in seguito alla quasi completa chiusura della seconda stagione statutaria l’art. 3 della legge n. 108 del 1968 conserva la sua funzione di diritto transitorio soltanto con riferimento alla Regione Basilicata, l’unica che non si è ancora dotata di un nuovo statuto¹⁴.

9 In tal senso la sentenza n. 196 del 2003, annotata da A. MORRONE, *Sistema elettorale e prorogatio degli organi regionali*, in questa *Rivista* 2003, 1269 ss. Peraltro, la competenza statutaria sul punto risulta parzialmente relativizzata nella sentenza n. 68 del 2010. Tale pronuncia, a proposito dei limiti (“naturali”) alle funzioni del Consiglio in regime di *prorogatio*, precisa che ove essi non siano “espressi dalla disciplina statutaria, potrebbero successivamente essere definiti tramite apposite disposizioni legislative di attuazione dello statuto o anche semplicemente rilevare nei lavori consiliari o dallo specifico contenuto delle leggi adottate”.

10 A tale problema sono dedicate le considerazioni di B. E. G. FUOCO, *La cessazione anticipata delle funzioni consiliari, durante il periodo elettorale, nelle Regioni a Statuto ordinario*, in *Istit. fed.* 2005, 305 ss.

11 Tale sentenza, infatti, rileva che “allo stato della legislazione statale (tuttora applicabile fino all’esercizio delle nuove competenze statutarie e legislative regionali), i Consigli regionali conservano i loro poteri solo fino alla scadenza”.

12 Così già M. OLIVETTI, *L’attuazione delle norme costituzionale in materia di sistemi elettorali regionali*, in *Giorn. dir. amm.*, 2005, 1, 18.

13 In tal senso si veda l’art. 17, comma 4, della l.r. Toscana n. 74 del 2004 e l’art. 3 della legge regionale Abruzzo n. 1 del 2002, il secondo dichiarato illegittimo dalla Corte costituzionale con sentenza n. 196 del 2003, per violazione della riserva di statuto. Successivamente all’entrata in vigore dello statuto, hanno provveduto in tal senso anche la legge regionale Lazio 13 gennaio 2005, n. 5, e la legge regionale Puglia 28 gennaio 2005, n. 5, all’art. 5. Per qualche considerazione su questi interventi legislativi si veda B. E. G. FUOCO, *La cessazione anticipata delle funzioni consiliari* cit., 328.

14 Tale Regione si era dotata di una propria legge elettorale (l.r. 19 gennaio 2010, n. 3) e ciò avrebbe potuto essere sufficiente, sul piano della efficacia, ad escludere l’applicabilità della legge elettorale statale e dunque anche dell’art. 3, secondo comma, della legge n. 108 del 1968. Tuttavia, con sentenza n. 45 del 2011 la Corte ha dichiarato illegittima tale legge regionale, salvo che per aspetti di mero dettaglio, per violazione dell’art. 5, comma 1, della legge cost. n. 1 del 1999, che irrigidendo in via transitoria la disciplina elettorale statale non consente al legislatore regionale interventi sostanziali su di essa prima della adozione del nuovo statuto (in tale senso già Corte cost., sent. n. 196 del 2003 e 4 del 2005). Pertanto, dopo la sentenza n. 45 del 2011, si può ritenere rioperante l’istituto della prescadenza ex art. 3 della legge n. 108 del 1968.

L'ultima osservazione è che, guardando ai contenuti degli statuti di seconda generazione, si nota che essi – con l'eccezione dello statuto della Regione Marche¹⁵, del Molise¹⁶ e della Emilia-Romagna¹⁷ - hanno previsto la *prorogatio* ma non la prescadenza (e solitamente senza prescrivere limitazioni particolari a carico delle funzioni consiliari dopo lo scioglimento)¹⁸. Ora, tale silenzio comporta – trattandosi questa volta di una disciplina esaustiva, perché dettata dalla fonte competente – che nelle Regioni che si sono dotate di un nuovo statuto (con le eccezioni viste sopra¹⁹) il meccanismo della prescadenza non opera, esattamente come esso non opera in Friuli-Venezia Giulia, dove la legge statutaria si è limitata a prevedere la *prorogatio*. In altri termini, il principio di continuità non può essere invocato in tali ipotesi, perché l'efficacia della legge statale è paralizzata da una nuova regolazione regionale della materia, indipendentemente dal fatto che l'ordinamento regionale recepisca l'istituto²⁰.

15 L'art. 29, comma 2, della legge statutaria 8 marzo 2005, n. 1, recante lo statuto delle Marche stabilisce che il Consiglio - Assemblea legislativa esercita poteri limitati agli atti indifferibili e urgenti a partire dal quarantacinquesimo giorno antecedente alla data delle elezioni conseguenti alla scadenza naturale della legislatura ovvero a partire dal verificarsi di una causa di scioglimento funzionale.

16 Lo statuto del Molise, approvato con l.r. 18 aprile 2014, n. 10, stabilisce all'art. 14 che i poteri del Consiglio regionale, decorso il quarantaseiesimo giorno antecedente alla sua scadenza, sono limitati agli affari urgenti e indifferibili e che alla scadenza naturale della legislatura e nei casi di scioglimento anticipato non previsti dall'art. 126, primo comma Cost., i medesimi poteri sono prorogati sino alla prima riunione del nuovo Consiglio.

17 Lo statuto dell'Emilia-Romagna prevede che in caso di scadenza naturale della legislatura le funzioni della assemblea legislative sono limitate agli adempimenti urgenti ed improrogabili a partire dalla pubblicazione del decreto di indizione dei comizi elettorali.

18 Vedasi, ad esempio, l'art. 30, comma 1, lett. a) e comma 2, dello statuto della Lombardia, che prevede la proroga delle funzioni consiliari fino alla prima seduta del nuovo Consiglio, limitatamente al compimento degli atti urgenti ed indifferibili, e ciò sia nel caso di scioglimento anticipato, sia in caso di fine naturale della legislatura (su tale disciplina cfr. F. SEMERARO, in *Lineamenti di diritto costituzionale della Regione Lombardia*, a cura di Q. CAMERLENGO, L. VIOLINI, Torino 2014, 33 s.). In senso simile dispone l'art. 86, comma 3, dello statuto Abruzzo (modificato per questa parte dall'art. 10, comma 1, della legge statutaria 9 febbraio 2012, n. 1), a mente del quale in caso di scioglimento anticipato o di scadenza naturale le funzioni del Consiglio regionale sono prorogate, secondo le modalità disciplinate nel regolamento interno, sino al completamento delle operazioni di proclamazione degli eletti nelle nuove elezioni limitatamente agli interventi che si rendono dovuti in base agli impegni derivanti dall'appartenenza all'Unione Europea, a disposizioni costituzionali o legislative statali o che, comunque, presentano il carattere della urgenza e necessità. E analogamente stabilisce l'art. 44, comma 4, dello statuto dell'Umbria, di cui alla legge regionale 16 aprile 2005, n. 21, che autorizza il Consiglio agli adempimenti improrogabili per legge o derivanti da situazioni di forza maggiore conseguenti ad eventi naturali. In altre Regioni, invece, la previsione della *prorogatio* non è accompagnata dalla statuizione di limiti espressi alle funzioni consiliari. Così, l'art. 18, comma 2, dello statuto della Calabria (l.r. 19 ottobre 2014, n. 25) e l'art. 24 dello statuto della Puglia, stabiliscono la *prorogatio* fino alla proclamazione degli eletti. L'art. 1 dello statuto del Lazio (legge statutaria 11 novembre 2004, n. 1) e l'art. 7 dello statuto della Toscana prevedono rispettivamente, che i consiglieri regionali rimangano in carica fino all'insediamento del nuovo Consiglio ovvero fino alla prima seduta del Consiglio della legislatura successiva. L'art. 25 dello statuto della Liguria (legge statutaria 3 maggio 2005, n. 1) stabilisce che fino all'insediamento della nuova assemblea legislativa sono prorogati i poteri della precedente; l'art. 25 dello statuto del Piemonte (legge regionale statutaria 4 marzo 2005, n. 1) proroga i poteri dell'assemblea legislativa fino a che il nuovo consiglio non si sia riunito. Articolata è la disciplina statutaria vigente in Campania, ove lo statuto (l.r. 28 maggio 2009, n. 6), dopo aver previsto all'art. 28 che i consiglieri rimangano in carica fino all'insediamento del nuovo Consiglio, limita i poteri dell'assemblea all'ordinaria amministrazione per il solo caso di scioglimento funzionale (così l'art. 46, commi 7 e 8). Analogamente dispongono gli artt. 30 e 55 dello statuto del Veneto (legge statutaria 17 aprile 2012, n.1), su cui cfr. S. TROILO, in *Lineamenti di diritto costituzionale della Regione Veneto*, a cura di P. CAVALERI, P. GIANFRANCESCO, Torino, 2013, 121 s. Anche nelle Regioni in cui le norme statutarie prevedono la *prorogatio* senza esplicitare eventuali limiti l'esistenza di limitazioni connaturate con l'istituto è generalmente ammessa in letteratura, in linea con quanto affermato dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 68 del 2010: così E. ALBANESE, *Lineamenti di diritto costituzionale della Regione Liguria*, a cura di P. COSTANZO, Torino 2011, 115 s. (con riferimento all'art. 25 dello statuto della Liguria).

19 E dunque con l'eccezione di Marche, Molise ed Emilia-Romagna, alle quali va aggiunta una Regione a statuto speciale, la Valle d'Aosta, che come si è già ricordato ha recepito la prescadenza nell'art. 9 della legge regionale (statutaria) 7 agosto 2007, n. 21.

Questa ricognizione della legislazione non sembra priva di ricadute anche sul piano dei principi, perché appare difficile attribuire oggi valenza generale ad un istituto che è stato superato da quasi tutte le Regioni ordinarie e che, nella legge statale, rimane attivo soltanto per una sola Regione. Ne consegue che anche l'accreditamento dell'istituto nei termini di un principio generale dell'ordinamento, che traspare dalla sentenza in esame, risulta problematico, a meno di non attribuire rilevanza sistematica – e a questo punto decisiva – alle norme sulla prescadenza dei consigli contenute nel Testo unico sugli enti locali, all'art. 38. Ma tale uso della legislazione sugli enti locali sembra improprio, se si tiene conto che la diversità tra enti locali e Regioni, e soprattutto tra gli organi assembleari dei primi e delle seconde, rende difficile ogni comparazione analogica²¹.

Lo spunto critico svolto sopra non è agevolmente superabile nemmeno attribuendo al principio un contenuto diverso e più ampio, come del resto sembra fare la Corte; la quale ricostruisce il principio nel senso di una necessaria *deminutio* delle potestà dell'assemblea legislativa in prossimità delle elezioni; *deminutio* diversamente articolabile non in relazione al *quantum* delle funzioni esercitabili, bensì con riferimento ai meccanismi di attivazione.

Il problema è però che nella generalità degli ordinamenti regionali parrebbe mancare, oltre che una norma sulla prescadenza, anche quel meccanismo alternativo che assicura lo stesso risultato, vale a dire una norma (o anche una prassi) che renda contestuale alla convocazione dei comizi elettorali lo scioglimento del Consiglio regionale, in modo che all'appuntamento elettorale il Consiglio arrivi in regime di *prorogatio*.

Pertanto, se si vuole mantenere ferma l'impostazione della sentenza bisognerebbe ambientare il vincolo a prevedere la *deminutio potestatis* del Consiglio non tanto in un principio generale dell'ordinamento giuridico, quanto nell'armonia con la Costituzione.

Una tale qualificazione del vincolo in esame non risulta particolarmente difficile. Nel recuperare lo "spirito" dell'art. 61 Cost.²² è infatti possibile tenere conto della prassi costituzionale per cui il decreto di indizione delle elezioni della Camera e del Senato, anche quando la legislatura volge al suo termine naturale, è preceduto dal decreto di scioglimento delle Camere, così che il procedimento elettorale si sviluppa in regime di *prorogatio*.

Ricondurre la necessaria limitazione dei poteri del Consiglio regionale nel periodo elettorale all'imperativo di armonia con la Costituzione, anziché ad un principio generale dell'ordinamento, avrebbe poi il vantaggio di rendere tale esigenze vincolante anche per le Regioni ordinarie²³, i cui statuti hanno come parametro di armonizzazione soltanto la

20 Questo sembra il modo esatto di intendere il principio di continuità, guardando cioè alla avvenuta disciplina della materia da parte della fonte divenuta competente, e non invece parcellizzando il confronto su singole norme o su singoli istituti. Per il dubbio che l'istituto della prescadenza operi fino a quando non sia espressamente espunto dalla legislazione elettorale si veda però G. FERRAIUOLO, *La Corte costituzionale torna sul tema della prorogatio degli organi politici regionali. Considerazioni a margine della sent. n. 68 del 2010*, in questa Rivista 2010, 1311 s., il quale ipotizza per altro verso che tale ipotesi potrebbe essere superata se si ritenesse che il depotenziamento per prescadenza "non sia coerente con la *prorogatio* introdotta a livello statutario, che rivela l'intento di spostare in avanti le attenuazioni funzionali dell'organo consiliare con la conseguente inapplicabilità dell'art. 3 della l. n. 108 del 1968".

21 Per qualche spunto intorno a questo passaggio si veda T. MARTINES, *Il Consiglio regionale* cit., 81, che giustamente evidenzia il maggior grado di autonomia politica ed organizzativa delle Regioni rispetto alle Province e ai Comuni. In senso diverso cfr. D. CODUTI, *La prorogatio dei Consigli regionali: l'armonia con la Costituzione etra uniformità e omogeneità*, in www.issrfa.cnr.it (maggio 2011), che rileva le oggettive convergenze nei modi in cui il principio di continuità si è atteggiato per gli organi dei diversi enti territoriali (Regioni, Province e Comuni). Peraltro, nella sentenza n. 208 del 1992, la Corte costituzionale osservava che una *prorogatio* a tempo indeterminato degli organi politici degli enti locali – che non era e non è prevista per i consigli – avrebbe potuto giustificarsi, trattandosi di organi di "enti politici esponenziali di comunità, e quindi necessari a causa della peculiare rilevanza della territorialità".

22 Per l'affermazione che l'imperativo di armonia con la Costituzione comporta che l'autonomia statutaria deve essere esercitata anche nel rispetto dello "spirito" delle disposizioni costituzionali si vedano le sentenze nn. 304 e 306 del 2002 e 3 del 2004.

23 La ricostruzione qui suggerita permetterebbe di superare l'incongruenza giustamente messa in luce da E. ALBANESE, *La c.d. prescadenza dei Consigli regionali tra differenziazioni ed assimilazioni con l'istituto della prorogatio* (sent.

Costituzione e non anche i principi dell'ordinamento, a differenza delle leggi statuarie delle Regioni ad autonomia differenziata, che invece incontrano anche tale limite.

Ma, se la strada è quella della armonia con la Costituzione, occorrerebbe coerentemente tenere conto anche di come l'istituto della *prorogatio* delle Camere si atteggia complessivamente, considerando dunque anche come le assemblee parlamentari intendono le eventuali limitazioni funzionali derivanti dall'art. 61 Cost.²⁴.

5. Piuttosto, ciò su cui va posto un accento critico è la premessa di ordine generale (che naturalmente non è nuova²⁵) dalla quale muove la sentenza n. 181 del 2014, vale a dire che lo statuto – o la legge statutaria – debbano imporre limitazioni alle funzioni consiliari in periodo pre-elettorale.

In primo luogo, la declinazione di tale premessa relativizza sensibilmente il riconoscimento di una competenza della fonte regionale su questo punto, dal momento che – per mutuare una terminologia corrente nella giurisprudenza sull'ammissibilità dei referendum abrogativi – norme costituzionalmente necessarie vengono ad assumere un contenuto costituzionalmente vincolato.

Quali margini di manovra, infatti, ha l'autonomia statutaria? Pressoché nessuno²⁶. Infatti, lo statuto – o la legge statutaria – sarebbero tenuti, secondo la Corte, a limitare l'attività consiliare nel periodo elettorale e quindi, almeno, dalla adozione del decreto di convocazione dei comizi. Tale limitazione delle funzioni, inoltre, dovrebbe consentire al Consiglio soltanto l'approvazione degli atti urgenti o indispensabili²⁷.

In sostanza, la scelta dello statuto è soltanto in ordine al mezzo per conseguire un risultato che, nell'ottica della Corte, rimane necessariamente predeterminato. Si assiste dunque alla stessa neutralizzazione che ha conosciuto il riconoscimento della competenza statutaria in tema di *prorogatio* vera e propria. Ammessa la competenza della fonte di autonomia in relazione all'istituto (anche con riferimento alla statuizione dei limiti, che in primo tempo il giudice costituzionale ha descritto come meramente "eventuali"²⁸), la Corte ha successivamente ipostatizzato l'istituto, prescindendo completamente dalle norme statuarie²⁹.

Corte cost. N. 181/2014), in *Rass. par.* 2014, 642, che ritiene non accettabile un trattamento deteriore delle Regioni speciali su questo punto..

24 Uno degli appunti critici che è mosso alla sentenza n. 68 del 2010 è che alla base di essa vi è invece una ricostruzione assai approssimativa della prassi parlamentare, che resta comunque piuttosto oscura: per questo rilievo – ma anche per i dubbi sulla eccessiva valorizzazione di una prassi – si veda D. PICCIONE, *I "limiti immanenti" della prorogatio dei Consigli regionali e la (in)certezza della prassi parlamentare*, in *Giur. cost.* 2010, 792.

25 Cfr. la sentenza n. 68 del 2010. Già le sentenze n. 468 del 1991 e 515 del 1995 avevano però parlato – in relazione ai Consigli regionali in regime di prescadenza – di assemblee con "poteri attenuati, confacenti alla loro situazione di organi in scadenza, analoga a quella degli organi legislativi in *prorogatio*".

26 Non a caso è stato osservato – da parte di G. PERNICIARO, *La Corte costituzionale pone un altro «tassello» in materia di prorogatio dei Consigli regionali*, in *Quad. cost.* 2014, 680 - che dalla pronuncia traspare un "rispetto più formale che non sostanziale dell'autonomia della Regione".

27 Così la sentenza n. 181 del 2014, con rinvio alla sentenza n. 68 del 2010, che ragionava anche di "atti necessari ed urgenti, dovuti o costituzionalmente indifferibili".

28 Cfr. la sentenza n. 196 del 2003, che era stata letta in questi termini anche in letteratura (così, ad esempio, A. MORRONE, *Sistema elettorale e prorogatio cit.*, 1276. La sentenza n. 196, peraltro, descriveva la stessa *prorogatio* nei termini di una previsione solo "eventuale".

29 Sentenza 68 del 2010, criticamente annotata, anche per questo profilo, da G. DEMURO, *Prorogatio del Consiglio regionale e "limiti immanenti"*, in questa *Rivista* 2010, 1299, da D. PICCIONE, *I "limiti immanenti" della prorogatio cit.*, 793, nonché da E. DI SALVATORE, *Il Consiglio regionale abruzzese in regime di prorogatio*, in *Giur. cost.* 2010, 796 s., che dimostra come la corretta esegesi delle norme dello statuto abruzzese fosse un'altra. Per una diversa valutazione della sentenza n. 68 del 2010 si veda invece G. FERRAIUOLO, *La Corte costituzionale torna sul tema della prorogatio cit.*, 1318 s., sul rilievo che la definizione dei limiti oggettivi della *prorogatio* non sarebbe centrale per l'autonomia regionale.

A questo punto, l'alternativa tra prescadenza e *prorogatio* rischia di diventare una questione meramente nominalistica³⁰, dal momento che i poteri del Consiglio in *prorogatio* vengono a coincidere con i poteri del Consiglio prescaduto³¹, e che l'arco temporale in cui intervengono i due fenomeni è sostanzialmente sovrapponibile, coprendo il periodo pre-elettorale.

Volendo trovare una differenza tra i due istituti, si osserva che la soluzione dello scioglimento contestuale alla convocazione dei comizi consente una maggiore flessibilità rispetto alla determinazione rigida di una prescadenza a partire da un termine fisso, decorrente a ritroso dal quinquennio (o dalla data delle elezioni). Tale flessibilità, da un lato, può essere un vantaggio, in quanto potrebbe consentire, ad esempio, di trovare entro certi limiti il tempo per concludere almeno parte dei procedimenti in corso; dall'altro, essa passa verosimilmente per l'attribuzione di un ulteriore potere al Presidente della giunta regionale, dal momento che è questi, nella sua veste di Presidente della Regione, l'organo naturalmente vocato ad adottare il decreto di scioglimento, anche in considerazione della connessione forte con la competenza a convocare i comizi elettorali³².

La seconda critica investe in sé e per sé la premessa da cui muove la pronuncia della Corte, vale a dire che siano indefettibili dei meccanismi per limitare giuridicamente le funzioni – e segnatamente la potestà legislativa – del Consiglio in regime di prescadenza o di *prorogatio* alla adozione dei soli atti urgenti indifferibili.

Tale impostazione appare discutibile sotto molteplici profili, sui quali sarebbe necessario soffermarsi in modo approfondito. Ci si limita in questa sede a qualche cenno.

Un primo dato di cui occorre conto è che la teoria della Corte – per cui è necessario evitare il dubbio di *captatio* degli elettori – muove da una idea di corpo elettorale immaturo e manipolabile; quando invece, se sono assicurate le necessarie condizioni di contorno della competizione elettorale, bisogna supporre che gli elettori siano capaci di compiere consapevolmente le proprie scelte.

Più radicalmente, si potrebbe osservare che tutta la legislazione – e non solo quella approvata alla fine della legislatura – è il risultato di una scelta tra interessi e che in essa è sempre potenziale una qualche misura di *captatio*. La questione dovrebbe essere non se una legge sia o meno captativa, bensì se essa sia o no rispettosa del limite generale della eguaglianza e del principio di ragionevolezza.

Il secondo elemento che appare rilevante è che norme limitative della potestà del Consiglio dovrebbero essere accompagnate da previsione analoghe riferite agli organi esecutivi, altrimenti vi è il rischio che la *captatio* sia esercitata da questi. Sarebbe incongruo limitare le funzioni consiliari in periodo elettorale sul presupposto che è opportuno evitare condizionamenti sugli elettori, e lasciare intatte quelle del Presidente della Giunta³³, soggetto che sicuramente ha una capacità di condizionamento significativa

30 Per una valutazione simile vedi E. ALBANESE, *La c.d. prescadenza dei Consigli regionali tra differenziazioni* cit., 644, che evidenzia anche come la sentenza sia contraddittoria nel tenere distinte le due figure in premessa per poi confonderle al momento di trarre le conclusioni. La medesima contraddizione è rilevata anche da G. PERNICIARO, *La Corte costituzionale pone un altro «tassello»* cit., 880.

31 Appare invece sostenibile che i limiti possano essere diversi in relazione ai due istituti, dal momento che l'organo in prescadenza, a differenza di quello in *prorogatio*, è ancora in carica e conosce soltanto una flessione di rappresentatività: così G. FERRAIUOLO, *La Corte costituzionale torna sul tema della prorogatio* cit., 1311, sulla scorta delle riflessioni di A. A. ROMANO, *Ordinaria amministrazione e continuità funzionale degli organi*, Torino, 1988. Per uno spunto su una possibile diversa *ratio* dei due istituti si veda poi E. ALBANESE, *La c.d. prescadenza dei Consigli regionali tra differenziazioni* cit., 646 ss..

32 Non è escluso però che possa essere il Presidente del Consiglio regionale a decretare lo scioglimento. Ciò è previsto, ad esempio, dall'art. 19, comma 4, dello statuto della Regione Lazio, in una disposizione che pur essendo apparentemente formulata per la sola ipotesi di dimissioni *ultra dimidium* è applicata, nella prassi, anche ad altre ipotesi di scioglimento funzionale.

e che normalmente è interessato alla competizione elettorale, direttamente (se è candidato) o indirettamente (quale esponente di una forza politica)³⁴.

Ancora, occorre tenere in considerazione che, in caso di conclusione anticipata della legislatura, l'arco temporale di *prorogatio* può essere assai lungo, dal momento che le "finestre" elettorali previste dalla legislazione si aprono in periodi predeterminati. In tale evenienza la limitazione ai poteri del Consiglio ai soli atti improrogabili potrebbe rivelarsi eccessiva, e il bilanciamento tra il principio di continuità e quello di rappresentatività potrebbe essere articolato altrimenti, riconoscendo maggior peso al primo.

Infine, sarebbe sensato – recuperando uno spunto che si può trarre da una originale lettura dell'art. 61 Cost., secondo la quale i poteri prorogati sarebbero quelli concretamente in atto al momento dello scioglimento³⁵ - consentire, in fase di *prorogatio* o di prescadenza, la conclusione dei procedimenti legislativi già avviati, in relazione ai quali non si può sospettare un intento occasionale³⁶.

Tutti questi rilievi dimostrano che vi sarebbero spazio per una disciplina statutaria più articolata e differenziata sia della *prorogatio*, sia della eventuale prescadenza, e che quindi il riconoscimento della autonomia statutaria andrebbe esteso anche alla conformazione complessiva di questi istituti.

* Ricercatore di Diritto costituzionale, Università di Padova

33 Si segnala la sentenza del Consiglio di Stato, sez. IV, 15 gennaio 2013, n. 180, che ha ritenuto pertinenti, in un giudizio relativo alla impugnazione di atti di organi dell'esecutivo regionale, i principi rinvenibili nella sentenza della Corte costituzionale n. 68 del 2010, e conseguentemente ha letto dentro le previsioni statutarie sulla *prorogatio* quei limiti immanenti che circoscriverebbero i poteri degli organi prorogati alla adozione dei soli atti urgenti o indifferibili. La sentenza del TAR Campania, sez. I, 4 -5 aprile 2012, n. 1638, riformata dal Consiglio di Stato, aveva invece fatto una rigorosa applicazione delle norme dello statuto, che nell'eventualità di una scadenza naturale della legislatura non prevedono limitazioni a carico degli organi esecutivi (e neppure carico del legislativo).

34 Occorre dare atto che gli statuti prevedono generalmente limitazioni per gli organi esecutivi in regime di *prorogatio*, ma servirebbe una analoga disciplina per la prescadenza, se si ritenesse di restringere le funzioni dell'assemblea legislativa nel periodo pre-elettorale. Sulle necessaria limitazione, in nome degli stessi principi, delle funzioni del Presidente della giunta eletto a suffragio universale e diretto si veda D. BALDAZZI, *L'annullamento di leggi regionali adottate in regime di prorogatio: un coerente approdo della giurisprudenza costituzionale (a prima lettura di Corte cost. n. 68 del 2010)*, in www.forumcostituzionale.it (24 marzo 2010).

35 G. FERRARA, *Il rinvio della legge alle Camere prorogate*, Milano 1964, 104 ss.

36 Per un caso-limite (approvazione in via definitiva di una delibera legislativa da parte del Consiglio regionale pochi minuti dopo l'inizio della prescadenza prevista dall'art. 3 della legge n. 108 del 1968) si veda Corte cost., sent. n. 515 del 1998, con le considerazioni di G. FALCON, *Uno pseudo-rinvio di una vera legge regionale*, in questa *Rivista* 1996, 537 ss. e di E. GIANFRANCESCO, *Legge regionale approvata a fine legislatura e sindacabilità dei motivi posti a fondamento del suo rinvio*, in *Giur. cost.* 1996, 2683 ss.

La legge sulla procreazione assistita perde un altro “pilastro”: illegittimo il divieto assoluto di fecondazione eterologa*

Paolo Veronesi**

(5 marzo 2015)

1. Premessa.

Nel perdurare della consueta inerzia del legislatore, la sent. cost. n. 162/2014 costituisce solo l'ultima tappa della penetrante opera di demolizione giurisprudenziale in corso già da tempo sugli sghebbi capitelli della legge n. 40/2004¹. Con tale pronuncia la Consulta ha dichiarato infatti costituzionalmente illegittime le norme che imponevano il *divieto assoluto* di ricorrere a tecniche di procreazione assistita di tipo c.d. eterologo (ossia mediante l'ausilio della donazione di gameti); una proibizione che collocava l'ordinamento italiano tra i pochissimi, in Europa, a tracciare un simile *niet* senza sfumature². Si tratta dell'ennesimo segmento della legge a essere neutralizzato e razionalizzato: e non è neppure detto che sia l'ultimo³.

2. Una corretta “perimetrazione” degli interessi rilevanti nel caso.

Nello sviluppo del suo *iter* decisorio, la Corte innanzi tutto procede a un serrato “sindacato esterno” sulla scelta del legislatore di plasmare il divieto *de quo*; emergono in tal modo le aberrazioni in cui esso è incorso già nella “mappatura” dei diritti coinvolti nella fattispecie. In altri termini – e *con riguardo al solo divieto di fecondazione eterologa per i soggetti assolutamente sterili e infertili* – i vizi della legge affiorano già vagliando la «fase di perimetrazione del conflitto o di definizione degli interessi» effettivamente coinvolti nella

*Il presente contributo è destinato alla pubblicazione sul n. 1/2015 di *Istituzioni del Federalismo*.

¹ Si pensi alla sent. cost. n. 151/2009 (che ha ritenuto illegittimi sia l'obbligo del contemporaneo impianto di un numero di embrioni non superiore a tre, sia il conseguente divieto di crioconservazione degli embrioni prodotti) o alle pronunce dei giudici di merito che hanno ritenuto legittima la diagnosi genetica preimpianto richiesta dalle coppie sterili (ad es., Trib. Cagliari 12 novembre 2012), ammessa poi anche per le coppie non sterili, se portatrici di malattia genetica (ad es., Trib. Salerno 9 gennaio 2010, n. 191 e, da ultimo, Trib. Roma 26 settembre 2013). Su questo punto si è peraltro espressa anche la Corte Edu, sez. II, 28 agosto 2012, n. 54270, condannando il divieto italiano in materia. Di un «processo di sgretolamento» della legge n. 40, in corso sin dal 2004, ragiona, tra gli altri, C. TRIPODINA, *Il “diritto” a procreare artificialmente in Italia: una storia emblematica tra legislatore, giudici e corti*, in *Biolaw Journal* 2014, n. 2, p. 68. La pessima qualità della legge n. 40/2004 ha del resto, e sin da subito, fatto auspicare una simile deriva: si v. il mio *La legge sulla procreazione assistita alla prova dei giudici e della Corte costituzionale*, in *Quad. cost.* 2004, pp. 523 ss. Prima della sent. n. 162, la Corte si è pronunciata sulla stessa *quaestio* – sollecitata dai medesimi remittenti – nell'ord. n. 150/2012; in quel caso essa restituì però gli atti ai giudici *a quibus* dopo che la sent. Cedu, Grande Camera, 3 novembre 2011, SH. E altri c. Austria, aveva ribaltato la decisione della sez. I, 1° aprile 2010 (avallando così la scelta austriaca di limitare l'accesso alla fecondazione eterologa, peraltro *non vietata in modo assoluto*): su questa interessante vicenda processuale, che non ha mancato di far discutere, si rinvia, *ex plurimis*, ai numerosi commenti comparsi sul sito www.giurcost.org.

² C. NARDOCCI, *La fecondazione di tipo eterologo e le soluzioni accolte in alcuni ordinamenti giuridici di Stati membri dell'Unione Europea*, in M. D'AMICO - M.P. COSTANTINI (a cura di), *L'illegittimità costituzionale del divieto di “fecondazione eterologa”*, Milano 2014, pp. 337 ss.

³ Al momento, risultano pendenti, davanti alla Corte costituzionale, una *quaestio* di legittimità avente a oggetto le norme che impedirebbero di procedere alla diagnosi preimpianto per le coppie fertili portatrici di malattie genetiche trasmissibili, nonché un'altra richiesta relativa sia all'impossibilità di revocare il consenso dopo la fecondazione dell'ovulo, sia al divieto di svolgere ricerche scientifiche sugli embrioni inutilizzati.

vicenda⁴. Insomma, il legislatore non è neppure partito con il “piede giusto”: ha selezionato solo gli ingredienti giuridici funzionali ai suoi preconcetti, dimenticando tutte le altre istanze comunque coinvolte nella fattispecie.

La Corte si dedica quindi allo «scrutinio delle censure» mosse al divieto assoluto di fecondazione eterologa, «avendo riguardo congiuntamente a tutti» i parametri costituzionali utilizzati dai giudici *a quibus* e davvero rilevanti nella fattispecie (gli artt. 2, 3, 29, 31 e 32 Cost.); non potrebbe del resto fare altrimenti, posto che «la procreazione medicalmente assistita coinvolge “plurime esigenze costituzionali” (sent. n. 347/1998), e... incide su una molteplicità di interessi di pari rango». Questi ultimi, «nel loro complesso, richiedono “un bilanciamento... che assicuri un livello minimo di tutela legislativa” ad ognuno (sent. n. 45/2005)»; dunque, dimenticarne alcuni (o esagerare il rilievo dei “prediletti”) inevitabilmente delinea – al contrario – un quadro costituzionalmente imperfetto dei problemi da disciplinare.

Non deve quindi scandalizzare se – chiamata a verificare l’operato del legislatore in ordine al divieto *de quo* – la Corte ne metta a nudo l’approssimazione giuridica e l’arroganza ideologica⁵. Ai fini di un ben calibrato controllo di costituzionalità – e in ragione dello specifico *thema decidendum* delineato dai rimettenti – essa *deve* pertanto integrare i “fattori” da prendere in esame nel caso. Posto ciò, non pare quindi congruo rimproverare alla Consulta di non essersi collocata entro il “campo d’azione” delineato dal Parlamento, limitandosi a una verifica sulla sola coerenza “interna” del suo operato⁶. Se – come avviene nel caso – lo “spettro” profilato dal legislatore è evidentemente deficitario, anche l’immagine normativa che ne scaturisce apparirà infatti deformata (e, fuor di metafora, costituzionalmente illegittima). In simili circostanze la Corte *deve* insomma offrire rilievo anche a ciò che il legislatore ha colpevolmente disatteso⁷.

Detto questo, «la scelta... politica di vietare in generale il ricorso alla donazione di gameti è rimasta» comunque al fuori dal sindacato di costituzionalità; *la Corte colpisce infatti solo un’assai specifica declinazione di tale divieto (quella applicabile ai soggetti totalmente sterili)*⁸. Essa non si è dunque collocata davvero e del tutto “all’esterno” dei circuiti tracciati dal Parlamento, depurandoli soltanto delle lacune e degli eccessi illegittimi derivati dagli errori appena segnalati.

Adottando un simile approccio, il divieto *assoluto* di fecondazione c.d. eterologa svela pertanto la sua arbitrarietà: impedendosi anche alla coppia formata da membri del tutto sterili o infertili di utilizzare questo metodo, si azzera infatti la loro «fondamentale e generale libertà di autodeterminarsi» in materia. Di contro, «la determinazione di avere o meno un figlio, anche per la coppia assolutamente sterile o infertile, concernendo la sfera più intima ed intangibile della persona umana, non può che essere incoercibile, qualora non vulneri altri valori costituzionali, e ciò anche quando sia esercitata mediante la scelta di ricorrere... alla tecnica di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo, poiché anch’essa attiene a questa sfera»⁹. Ed è evidente che una libertà così “ritagliata” non

⁴ Che costituisce un momento essenziale del giudizio di bilanciamento: A. MORRONE, *Il custode della ragionevolezza*, Milano 2001, p. 277.

⁵ Solo un ribaltamento della realtà può così indurre i tenaci sostenitori della legge n. 40 (v. ad esempio M. CASINI - C. CASINI, *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 *Biolaw Journal* 2014, n. 2, p. 137) ad accusare di “furore ideologico” proprio i critici della stessa.

⁶ Così L. VIOLINI, *La Corte e l’eterologa: i diritti enunciati e gli argomenti adottati a sostegno della decisione*, in *AIC – Osservatorio costituzionale*, luglio 2014, p. 10.

⁷ Occorre insomma che la Corte definisca l’esatta «topografia del conflitto», avendo riguardo agli interessi concorrenti nel caso: v. R. BIN, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano 1992, pp. 62 s.

⁸ G. D’AMICO, *La Corte e il peccato di Ulisse nella sentenza n. 162 del 2014*, in www.forumcostituzionale.it (3 luglio 2014).

⁹ Punto 6 del *Considerato in diritto*.

configura affatto – come qualcuno obietta – un “diritto ad avere un figlio sempre e comunque”¹⁰, bensì quello – più circoscritto – «di essere liberi di tentare di averlo»¹¹ anche mediante l’ausilio della scienza medica.

Quanto astrattamente consentito dalla tecnica non viene quindi ammesso senza confini o senza ritegno¹². La Corte non esclude infatti che più mirati divieti in materia possano presentare una qualche significativa ragion d’essere: lei stessa ne evidenzia anzi l’attuale (e legittima) vigenza di una corposa serie¹³. Insomma, «la libertà e la volontarietà dell’atto che consente di diventare genitori e di formare una famiglia», pur nell’ambito di un percorso di procreazione eterologa, «di sicuro non implica che la libertà in esame possa esplicarsi senza limiti. Tuttavia, questi limiti, anche se ispirati da considerazioni e convincimenti di ordine etico, pur meritevoli di attenzione..., non possono consistere in un divieto assoluto... a meno che lo stesso non sia l’unico mezzo per tutelare altri interessi di rango costituzionale»¹⁴.

La Corte avrebbe altresì potuto aggiungere che, se fosse davvero legittimo vietare questo tipo di fecondazione, ciò dovrebbe paradossalmente determinare analoghe proibizioni in materia di filiazione “naturale”. Se lo scopo è infatti di escludere ogni *turbatio sanguinis*¹⁵, prevenire gli eventuali disagi psicologici del futuro bambino e tutelarne il diritto di conoscere le proprie origini biologiche¹⁶ – al punto da impedirgli addirittura di venire in essere – sarebbe allora coerentemente indispensabile vietare e punire anche le ipotesi di filiazione adulterina o provocata da un *partner* occasionale¹⁷. Balza anzi agli occhi il maggior effetto disgregante sugli equilibri familiari causato da una procreazione “eterologa” perseguita per “vie naturali” rispetto a quella praticata medicalmente previa la matura complicità e il consapevole accordo dei *partners*¹⁸.

Né può ribattersi che simili eventi – se provocati attraverso il coito – sarebbero comunque protetti dalla natura assolutamente privata delle relative vicende: il divieto di fecondazione eterologa, già sancito nella legge n. 40/2004, si applicava e veniva

¹⁰ *Contra v.*, ad esempio, C. TRIPODINA, *Il “diritto” a procreare artificialmente in Italia*, cit., p. 81, per la quale, nella sent. n. 162/2014, la Corte di fatto riconosce un vero e proprio “diritto al figlio”. Analogamente, I. RIVERA, *Quando il desiderio di avere un figlio diventa un diritto: il caso della legge n. 40 del 2004 e della sua (recente) incostituzionalità*, in *Biolaw Journal* 2014, n. 2, p. 54, ragiona di «una sorta di diritto al figlio *ad ogni costo e a tutti i costi*».

¹¹ Cfr. S. AGOSTA, *Bioetica e Costituzione*, I, *Le scelte esistenziali di inizio-vita*, Milano 2012, pp. 239 s. e I. PELLIZZONE, *Il riconoscimento della “libertà di scelta della coppia di diventare genitori e di formare una famiglia che abbia anche figli”*, in M. D’AMICO - M.P. COSTANTINI (a cura di), *L’illegittimità costituzionale del divieto di “fecondazione eterologa”*, cit., p. 16.

¹² *Contra* quanto sostiene A. MORRONE, *Ubi scientia ibi iura*, in www.giurcost.org (11 giugno 2014).

¹³ Come infatti si legge al punto 6 del *Considerato in diritto*, «la libertà e volontarietà dell’atto che consente di diventare genitori e di formare una famiglia... di sicuro non implica che la libertà in esame possa esplicarsi senza limiti». I numerosi limiti e i sostanziali divieti d’accesso alla fecondazione omologa ed eterologa verranno meglio illustrati *infra spec.* §§ 5 e 8 (nota 103).

¹⁴ Punto 6 del *Considerato in diritto*.

¹⁵ I. RAPISARDA, *Il divieto di fecondazione eterologa: la parola definitiva alla Consulta*, in *Nuova giur. civ. comm.* 2013, pp. 933 s.

¹⁶ *V. infra* § 6.

¹⁷ A. VALLINI, *Illecito concepimento e valore del concepito. Statuto punitivo della procreazione, principi, prassi*, Torino 2012, p. 106.

¹⁸ Non si riesce davvero a comprendere perché la scelta condivisa di diventare genitori, sia pure attraverso una fecondazione eterologa, debba considerarsi immancabilmente distruttiva e non invece rafforzativa di una dedizione reciproca dei componenti la coppia: I. CORTI, *Divieto di fecondazione eterologa. Riflessioni critiche?*, in A. COSSIRI - G. DI COSIMO (a cura di), *La fecondazione vietata. Sul divieto legislativo di fecondazione eterologa*, Roma 2013, p. 140. Anzi, un recentissimo studio svedese, pubblicato su *Reproductive Health*, testimonierebbe che la fecondazione eterologa non impatta in alcun modo sulla stabilità della coppia.

sanzionato¹⁹ anche quando ci si fosse sottoposti alla pratica con modalità indiscutibilmente private e al riparo da qualsiasi “complicità” statale²⁰.

3. Segue: quale “diritto alla salute”?

L'errore commesso dal legislatore nel definire la cornice giuridico-costituzionale della vicenda, viene ulteriormente valorizzato ponendo mente alla mancata considerazione delle conseguenze che un divieto assoluto in materia può provocare sullo stesso “diritto alla salute della coppia” sterile. Un diritto che, secondo la costante giurisprudenza costituzionale – e in linea con quanto sancito dall'Organizzazione Mondiale della Sanità – va ritenuto «comprensivo anche della salute psichica oltre che fisica»²¹; la tutela della prima, anzi, «deve essere di grado pari» a quello della seconda²². Ponendosi lungo questa collaudata traiettoria, per la Corte non sono quindi «dirimenti le differenze tra PMA di tipo omologo ed eterologo»: «è, infatti, certo che l'impossibilità di formare una famiglia con figli insieme al proprio *partner*, mediante il ricorso alla PMA di tipo eterologo, possa incidere negativamente, in misura anche rilevante, sulla salute della coppia»²³.

Non deve poi stupire il richiamo a un “diritto alla salute della coppia” anziché dei suoi singoli componenti, pur non sottacendosi i dubbi che questa affermazione ha suscitato tra i commentatori²⁴. Del resto, è la stessa legge n. 40 a fare spesso e *indifferentemente* cenno, entro la trama delle sue norme, sia alle “coppie” decise a sottoporsi alla procreazione assistita²⁵, sia ai «soggetti» e ai «richiedenti» la pratica²⁶. Non mancano inoltre, nella sentenza, i richiami alla dimensione anche strettamente individuale dell'esercizio del diritto in discorso²⁷. E' quanto avviene laddove la Corte evoca il diritto alla salute fisica e psichica di *ciascuno* dei soggetti coinvolti, il quale «costituisce un diritto fondamentale di *ogni essere umano*», sottolineando altresì come lo specifico oggetto del contendere sottenda «*atti dispositivi del proprio corpo*» (al singolare)²⁸. Si pensi altresì al passaggio testuale in cui la Corte assume la sterilità assoluta come una “patologia produttiva di disabilità”, avvertendo che, con ciò, «non si tratta di soggettivizzare la nozione di salute, né di assecondare il desiderio di autocompiacimento dei *componenti di una coppia*»²⁹; analoghe valutazioni valgono per il passaggio ove la Corte afferma che la

¹⁹ Il divieto era infatti punito dalla legge con pesantissime sanzioni amministrative destinate agli operatori sanitari (l'art. 12, comma 8, esentava invece da ogni responsabilità la coppia): v. E. DOLCINI, *Il divieto di fecondazione assistita “eterologa” in attesa di giudizio*, in *Dir. pen. e proc.* 2011, p. 353. S. CANESTRARI, *Procreazione assistita: limiti e sanzioni*, in *Dir. pen. proc.* 2004, p. 416, aveva ragionato – a tal proposito – di una “frode delle etichette”, sottintendendo la natura sostanzialmente “penalistica” della punizione, peraltro non accompagnata dalle garanzie che caratterizzano il processo penale.

²⁰ A. VALLINI, *Illecito concepimento*, cit., p. 106.

²¹ V., ad esempio, già la sent. n. 161/1985 e – più di recente (e tra le tante) – le sentt. n. 167/1999 (punto 7 del *Considerato in diritto*), n. 251/2008 (punto 11 del *Considerato in diritto*) e n. 113/2004 (punto 4 del *Considerato in diritto*).

²² Cfr. la sent. n. 167/1999 (punto 7 del *Considerato in diritto*).

²³ Punto 7 del *Considerato in diritto*.

²⁴ In particolare, si v. G. ROCCHI, *Il divieto di fecondazione eterologa viola il diritto costituzionale alla salute?*, in *Rivista AIC*, n. 2/2012, p. 7, per il quale – ex art. 32, comma 1, Cost. – «la salute... è un diritto individuale, che viene riconosciuto in capo a ogni singola persona». Sulla stessa falsariga v. anche I. RIVERA, *Quando il desiderio di avere un figlio diventa un diritto*, cit., p. 52.

²⁵ V., ad esempio, l'art. 5, comma 1; l'art. 6, comma 2; l'art. 12, comma 2.

²⁶ Cfr., ad esempio, l'art. 6, commi 3 e 5.

²⁷ Lo rileva anche B. LIBERALI, *Il diritto alla procreazione: quale fondamento costituzionale?*, in M. D'AMICO - M.P. COSTANTINI (a cura di), *L'illegittimità costituzionale del divieto di “fecondazione eterologa”*, cit., p. 77.

²⁸ Punto 7 del *Considerato in diritto*. Corsivo non testuale.

²⁹ V. ancora il punto 7 del *Considerato in diritto*. Corsivo non testuale.

scelta di avere o meno dei figli rientra «nella sfera più intima e intangibile della persona umana»³⁰.

Insomma, una lettura “in filigrana” delle argomentazioni della Corte dimostra com’esse si riferiscano agli scompensi riproduttivi «intesi come problemi di coppia nel senso che incidono sulla *salute psichica e sul benessere relazionale dei singoli membri della coppia*» (anche nei loro reciproci rapporti)³¹. Ragionare sinteticamente di un “diritto alla salute della coppia” comprime insomma un discorso che rimane, in radice, assai più articolato³²; esso allude al fatto per cui la patologia riproduttiva del singolo (o dei singoli) può talvolta impedire alla famiglia ex art. 29 Cost. e alle formazioni sociali di analoga natura (art. 2 Cost.) di svolgere appieno il loro ruolo di supporto alla “realizzazione personale” dei soggetti che le compongono.

Le obiezioni non si sono fatte attendere. Si è pertanto affermato che «sottesa a questa ricostruzione vi è... un’ideologia che trasforma i desideri in diritti e l’impossibilità di soddisfarli in malattia»³³; perché allora impedire la surrogazione di maternità o la possibilità per le coppie omosessuali di accedere alle tecniche di PMA³⁴? A prescindere dalla “bontà” di simili divieti *assoluti* – che altrove stanno mostrando crepe – va tuttavia da sé che, in tutte queste ipotesi, il coinvolgimento dei terzi e della medicina appare di tenore decisamente diverso rispetto al caso in cui ci si limiti a fornire un aiuto biologico e tecnico alla procreazione portata a termine all’*interno* alla coppia. Nella fecondazione eterologa è inoltre coinvolto non già un “desiderio” qualsiasi, bensì l’impossibile attivazione di una “capacità” altrimenti fisiologica dei soggetti, bloccata dalla patologia di uno o di entrambi i componenti la coppia (cui la medicina consente invece di ovviare).

A ogni buon conto, concentrandosi «sulla salute della coppia» in sé, la Corte si pone nello stesso ordine d’idee del legislatore, il quale ha associato la possibilità di procedere alle tecniche di procreazione assistita (appunto) alle sole coppie e non già ai/alle *singles*³⁵. Le incongruenze e le asimmetrie sottese al non coerente sviluppo delle iniziali scelte legislative vengono, in tal modo, ancor più evidenziate. Del resto, non mancano certo norme costituzionali che – proprio in riferimento alla dimensione familiare – riconoscono e s’incentrano sui «diritti della famiglia» (art. 29) o sui diritti-doveri «dei genitori» (art. 30). Prescrizioni che non escludono la dimensione anche individuale di simili diritti, come ha più volte evidenziato la stessa Corte costituzionale³⁶.

³⁰ Punto 6 del *Considerato in diritto*.

³¹ A. VALLINI, *Sistema e metodo di un biodiritto costituzionale: l’illegittimità del divieto di fecondazione “eterologa”*, in *Dir. pen. e proc.* 2014, p. 835. Per l’idea che il “benessere relazionale” e le esigenze di “socializzazione” rientrino nella nozione di salute ex art. 32 Cost., v., ad esempio, la sent. n. 167/1999, punti 6 e 7 del *Considerato in diritto*.

³² Valorizzando ciò, M. D’AMICO, *L’incostituzionalità del divieto assoluto della c.d. fecondazione eterologa*, in *Biolaw Journal* 2014, n. 2, p. 23, sostiene dunque che, scegliendo di esaminare la *quaestio* a partire dall’art. 2 Cost. – ed affermando che la scelta di ricorrere alla scienza per diventare genitore, «concernendo la sfera più intima ed intangibile della persona umana, non può non essere incoercibile» – la Corte aprirebbe (addirittura) nuovi scenari anche per la procreazione dei/delle *singles*.

³³ G. ROCCHI, *Il divieto di fecondazione eterologa*, cit., p. 8. Analogamente, A. MORRONE, *Ubi scientia ibi iura*, cit., § 10, afferma che «quella che emerge dalla pronuncia... è, in sostanza, una concezione della libertà meramente individualistica, egoistica, sradicata da relazioni intersoggettive».

³⁴ G. ROCCHI, *Il divieto di fecondazione eterologa*, cit., p. 5. V. anche A. MORRONE, *Ubi scientia ibi iura*, cit., § 9.

³⁵ Non a caso, la Corte torna su questo aspetto nei passaggi in cui evidenzia l’inesistenza di un vuoto normativo conseguente alla dichiarazione di illegittimità del divieto *de quo* (cfr. punto 11.1 del *Considerato in diritto*): i «requisiti soggettivi» di cui all’art. 5, comma 1, della legge n. 40 – in base al quale possono fare ricorso alla procreazione assistita soltanto le «coppie di maggiorenni di sesso diverso, coniugate o conviventi, in età potenzialmente fertile, entrambi viventi» – si applicheranno infatti anche alle (ora ammesse) ipotesi di fecondazione eterologa.

³⁶ Si v., ad esempio, la sent. n. 183/1994, ove la Corte afferma che gli artt. 3, 29 e 30 Cost., non escludono che il legislatore possa stabilire quando sia comunque conveniente disporre l’adozione da parte di *singles*.

4. Segue: perché la fecondazione eterologa è un trattamento sanitario.

Sarebbe stato forse opportuno che la Corte avesse replicato in modo più netto a chi continua a sostenere che la procreazione assistita non è un'autentica "terapia" in quanto non favorirebbe alcuna effettiva "guarigione"³⁷. Questo argomento – innanzi tutto – non trova infatti alcuna conferma nell'art. 1, comma 2, della legge n. 40/2004 (e, quindi, nella stessa "logica" della legge): affermando che «il ricorso alla procreazione medicalmente assistita è consentito qualora non vi siano *altri metodi terapeutici* efficaci per rimuovere le cause di sterilità o infertilità», la disposizione evidentemente colloca anche questa *metodica* nell'ampio *genus* delle terapie³⁸. Del resto, lo stesso art. 32 Cost., nel plasmare i tratti indefettibili del diritto alla salute, si riferisce – come noto – ai ben più generici "trattamenti sanitari".

A dire il vero, tra le righe della sua sentenza la Corte non lesina di cimentarsi anche su questo terreno: ponendo l'accento sulla circostanza per cui l'essere irrimediabilmente sterili costituisce un'innegabile "patologia produttiva di disabilità", la Corte di fatto demolisce proprio le già rammentate argomentazioni³⁹. La PMA viene insomma inquadrata per quello che è: un trattamento sanitario, somministrato da personale altamente specializzato, il quale «se non ripristina... funzioni organiche compromesse, tuttavia è in grado di surrogarle»; né più né meno di una dialisi, di una protesi, dell'assunzione di ormoni sintetici sostitutivi, dell'insulina, di enzimi essenziali⁴⁰. Sulla scia di suoi collaudati precedenti⁴¹, la Corte ribadisce pertanto che «un intervento sul merito delle scelte terapeutiche, in relazione alla loro appropriatezza, non può nascere da valutazioni di pura discrezionalità politica del legislatore, ma deve tener conto anche degli indirizzi fondati sulla verifica dello stato delle conoscenze scientifiche e delle evidenze sperimentali acquisite, tramite istituzioni e organismi a ciò deputati»⁴².

Sovrapponendo perciò le argomentazioni della decisione in commento con quanto messo efficacemente in fila già dalla sent. n. 151/2009 – oltre che in una numerosa serie di interventi giurisprudenziali – ne risulta ulteriormente avvalorata l'idea per cui, su questo versante, «il vizio originario della legge n. 40 non sia» tanto «riconciliabile alle singole scelte normative compiute...», ma più globalmente alla impostazione di metodo della legislazione adottata in un ambito peculiare quale quello medico-scientifico⁴³. La sua intrinseca debolezza risiederebbe cioè nell'approccio intransigente e ideologico a una materia che, per sua natura, dev'essere invece duttile al punto da adattarsi il più possibile alle esigenze dei casi concreti. Un "fronte" in cui – come ha sottolineato la stessa Corte – è essenziale che la *dura lex* lasci il campo a opportune "deleghe di bilanciamento in

Si pensi altresì alla sent. n. 245/2011, in cui la violazione del diritto fondamentale a contrarre matrimonio degli stranieri irregolari è colto nella sua stessa incidenza sul corrispondente diritto del/la cittadino/a italiana che voglia sposarsi con uno/a straniero/a. Nella sent. n. 332/2000 si dichiara poi l'illegittimità delle norme che subordinavano la possibilità di essere reclutati nelle varie armi all'essere senza prole.

³⁷ V., di recente, e per tutti, I. RAPISARDA, *Il divieto di fecondazione eterologa*, cit., p. 933.

³⁸ Cfr. G. REPETTO, "Non di sola Cedu". *La fecondazione assistita e il diritto alla salute in Italia e in Europa*, in *Dir. pubbl.* 2013, p. 163. Similmente già C. TRIPODINA, *Studio sui possibili profili di incostituzionalità della legge n. 40 del 2004*, ivi 2004, pp. 541 s., la quale peraltro affermava che la PMA non sarebbe comunque una terapia, in quanto inidonea a eliminare le cause della sterilità o dell'infertilità.

³⁹ Punto 7 del *Considerato in diritto*.

⁴⁰ A. VALLINI, *Sistema e metodo*, cit., p. 835.

⁴¹ V., in particolare, le sentt. n. 282/2002, n. 338/2003, n. 151/2009, n. 8/2011, n. 274/2014.

⁴² Punto 7 del *Considerato in diritto*.

⁴³ S. PENASA, *Nuove dimensioni della ragionevolezza? La ragionevolezza scientifica come parametro della discrezionalità del legislatore*, in www.forumcostituzionale.it (16 giugno 2014), § 1.

concreto”⁴⁴, praticate, in questo caso, dai medici di concerto con i diretti interessati. Né tale approdo è destinato a tradursi in un “via libera” senza limiti a ciò che la scienza rende possibile⁴⁵: in materia di fecondazione eterologa, ad esempio, continuano a vigere i severi divieti cui si farà più precisamente cenno⁴⁶.

Valga, a tal proposito, la vicenda del già previsto obbligo di procedere a un unico e contemporaneo impianto di un numero di embrioni comunque non superiore a tre, dichiarato illegittimo dalla citata sent. n. 151/2009. Non è affatto vero che «il limite dei tre embrioni era esattamente individuato al fine di dare a ciascuno la possibilità di svilupparsi in utero»⁴⁷. In materia non si può infatti disconoscere quanto ricavabile dall’esperienza medico-scientifica, impedendo altresì ai professionisti di calibrare i loro interventi alla luce delle concrete esigenze e alla particolare fisiologia di chi deve ricorrere a essi. Insomma, la medicina insegna che c’è “donna e donna”, nonché – più precisamente – c’è “patologia riproduttiva e patologia riproduttiva”, così come ci sono donne in grado di sopportare più cicli di stimolazione ovarica e altre che rischiano invece, in tal modo, di compromettere irrimediabilmente la loro salute. Non è certo il legislatore il soggetto più vicino a queste realtà, né quello più competente a coglierne le singole pieghe nei vari casi, imponendo – in aggiunta – grossolani divieti.

E’ poi di certo arguto affermare che se la procreazione assistita fosse davvero una terapia, apparirebbe incomprensibile e illegittimo impedirne la somministrazione alle coppie di soggetti *non* conviventi, ai minorenni e a chi non possa fare a meno di ricorrere alla donazione di gameti. E come si potrebbe poi pacificamente sostenere che l’adozione costituisca l’alternativa a una terapia? Come giustificare inoltre che il ricorso a un simile trattamento dipenda dalla volontà di una persona diversa dal soggetto sterile-malato? E perché stabilire l’impossibilità di revocare il consenso alla sua somministrazione dopo un certo momento (la fecondazione dell’ovulo)⁴⁸?

Che sia illegittimo impedire il ricorso a una procreazione di tipo eterologo è argomentato proprio nella sentenza in commento, mentre già molto è stato detto sulla palese incostituzionalità della previsione che proibirebbe agli interessati di sottrarsi al trattamento già avviato⁴⁹ o sull’idea che la salute vada ricondotta alla coppia⁵⁰. Quanto alle restanti obiezioni, la ragion d’essere delle peculiari evenienze del caso deriva evidentemente dal singolarissimo statuto della patologia in discussione; dal fatto che quest’ultima presenti essenziali e originali “ingredienti” di carattere psico-fisico; dalle concrete esigenze di bilanciare adeguatamente “i diritti di tutti i soggetti coinvolti” nella vicenda, (ex art. 1 della stessa legge n. 40)⁵¹. Del resto, non è un trattamento medico anche la donazione d’organi *inter vivos*? In questo caso la salute o la stessa vita del malato non dipendono forse dal consenso e dalla disponibilità di un altro soggetto sul quale s’interviene con modalità anche invasive? E se lo stress psico-fisico in cui si dibatte la coppia sterile scaturisce davvero dall’assenza di prole, perché considerare aberrante che – sotto questo profilo – l’adozione non possa costituire “anche” il rimedio a un simile

⁴⁴ R. BIN, *Giudizio “in astratto” e delega di bilanciamento “in concreto”*, in *Giur. cost.* 1991, pp. 3574 ss. V. la giurisprudenza citata *supra* alla nota 41.

⁴⁵ E’ la preoccupazione di A. MORRONE, *Ubi scientia ibi iura*, cit., §§ 10 e 11.

⁴⁶ V. più diffusamente *infra* §§ 5 e 8.

⁴⁷ L. VIOLINI, *La Corte e l’eterologa*, cit., p. 7.

⁴⁸ G. ROCCHI, *Il divieto di fecondazione eterologa*, cit., p. 4 s. Di un figlio, inteso dalla sentenza come «cura» della coppia, ragiona anche I. RIVERA, *Quando il desiderio di avere un figlio diventa un diritto*, cit., p. 54.

⁴⁹ Si rinvia anche al mio *Il corpo e la Costituzione*, Milano 2007, pp. 159 s. Sul punto risulta pendente – come già ricordato *supra* – una *quaestio* di costituzionalità.

⁵⁰ V. *supra* § 3.

⁵¹ Da qui la legittimità di escludere i minorenni e di ottenere il consenso di entrambi i membri della coppia (anche a tutela del nascituro, oltre che dei diritti del padre sterile).

stato di cose, sanandosi altresì un altro “male” già in essere⁵²? Non è stata poi la stessa Corte a collegare il diritto alla salute dei portatori di handicap addirittura all’esigenza che venga loro concesso un diritto di passaggio coattivo su fondo altrui⁵³?

5. Problemi di “bilanciamento”.

Potrebbe addirittura bastare – sbagliare la “mappa” dei diritti coinvolti in una fattispecie è assai grave – ma la Corte ribadisce che «ciò non è sufficiente» a far ritenere illegittimo «il censurato divieto»⁵⁴. Essa evidenzia quindi come dall’errore iniziale del legislatore siano derivate – a cascata – ripercussioni negative anche sulla “qualità” dei bilanciamenti ospitati dalla disciplina. Per verificarlo (e provarlo) la Corte abbandona l’analisi solo “esterna” e “statica” dell’impostazione giuridico-costituzionale della vicenda, muovendosi invece su un piano che potremmo definire “interno” e “dinamico”. Essa ricorda pertanto che l’individuazione di un «ragionevole punto d’equilibrio delle contrapposte esigenze» coinvolte nel caso – nel costante «rispetto della dignità della persona umana» – spetta «primariamente alla valutazione del legislatore (sent. n. 347/1998); resta tuttavia ferma la sindacabilità della stessa, al fine di verificare se sia stato realizzato un non irragionevole bilanciamento di quelle esigenze e dei valori ai quali si ispirano»⁵⁵.

La Corte prepara perciò il terreno del suo controllo affermando che le limitazioni alla libertà di autodeterminarsi, qual è «la scelta... di diventare genitori e di formare una famiglia che abbia anche figli», «ed in particolare un *divieto assoluto* imposto al suo esercizio, devono essere ragionevolmente e congruamente giustificate dall’impossibilità di tutelare altrimenti interessi di pari rango (sent. n. 332/2000)»⁵⁶. Bisogna perciò accertare «se l’*assolutezza* che lo connota sia l’unico mezzo per garantire la tutela di altri valori costituzionali coinvolti dalla tecnica in esame»⁵⁷.

In questo quadro, la Corte ricorda quindi «che la giurisprudenza costituzionale ha sottolineato come la legge n. 40/2004 sia appunto preordinata alla “tutela delle esigenze della procreazione”, da contemperare con ulteriori valori costituzionali, senza peraltro che sia riconosciuto a nessuno di essi una tutela assoluta, imponendosi un ragionevole bilanciamento tra gli stessi (sent. n. 151/2009)». Essa rammenta così di avere «già affermato che la stessa “tutela dell’embrione non è comunque assoluta, ma limitata dalla necessità di individuare un giusto bilanciamento con la tutela delle esigenze di procreazione” (sent. n. 151/2009)»⁵⁸, potendo perciò concludere che «il censurato divieto, nella sua assolutezza, è pertanto il risultato di un irragionevole bilanciamento degli interessi in gioco»⁵⁹.

Estremamente significativo è il primo passo che la Corte compie sul terreno di questi accertamenti: essa infatti osserva che «in linea preliminare la PMA di tipo eterologo mira a favorire la vita e pone problematiche riferibili eminentemente al tempo successivo alla nascita». La Corte spezza così la convinzione per cui la procreazione assistita sarebbe inevitabilmente un “male”: un’opzione morale del tutto legittima ma non suffragata da basi giuridiche che ne legittimino l’imposizione *erga omnes*.

⁵² Sulla principale *ratio* dell’adozione – approntare un rimedio per i bambini già nati che versano in stato d’abbandono morale e materiale – si v. *infra* § 6.

⁵³ Si v. la sent. n. 167/1999, a ulteriore conferma che il «concetto di salute rinvenibile nella giurisprudenza costituzionale... appare assai ampio»: M. LUCIANI, *I livelli essenziali delle prestazioni in materia sanitaria tra Stato e Regioni*, in AA.VV., *Diritto alla salute tra uniformità e differenziazioni*, Torino 2011, p. 20.

⁵⁴ Punto 8 del *Considerato in diritto*.

⁵⁵ Punto 5 del *Considerato in diritto*.

⁵⁶ Punto 6 del *Considerato in diritto*.

⁵⁷ Punto 8 del *Considerato in diritto*.

⁵⁸ Punto 5 del *Considerato in diritto*.

⁵⁹ Punto 13 del *Considerato in diritto*.

La Corte precisa invece che – «alla luce delle notorie risultanze della scienza medica» – la procreazione eterologa non comporta «rischi per la salute dei donanti e dei donatori eccedenti la normale alea insita in qualunque 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»⁶⁰. Gli argomenti di tal fatta perdono così qualsiasi efficacia, evidenziando tutta la loro strumentalità⁶¹: in base a essi dovrebbe vietarsi anche una comune appendicite (che, come noto, non è esente da rischi). Va anzi aggiunto che – per chi si ponga nell'ottica appena criticata – appare evidentemente capzioso non concludere che il ricorso ad amanti occasionali per raggiungere il medesimo risultato sia addirittura più rischioso dell'utilizzo medicalmente assistito di seme e ovuli controllati in laboratorio e “donati” da persone attentamente selezionate⁶². Perché dunque non vietare anche questi comportamenti “insani”?

Evocare poi minacce per la salute collettiva – conseguenti a pratiche di procreazione eterologa – sembra in realtà dettato da paure in larga parte irrazionali⁶³. Se si vogliono infatti prevenire incesti inconsapevoli, con ciò proteggendo la salute degli eventuali nascituri⁶⁴, non è affatto necessario ricorrere a un divieto assoluto e senza scampo, bensì elaborare discipline che impongano alcuni elementari accorgimenti. Facendo tesoro delle esperienze straniere, andrebbe quindi limitato il numero delle donazioni possibili «a quanto adeguato a rendere statisticamente insignificante il rischio»⁶⁵. A questo scopo, la norma annullata sacrificava invece in misura troppo intensa altri diritti pur evidentemente coinvolti dalla fattispecie; essa insomma “costava troppo”, nel senso che «il legislatore avrebbe potuto raggiungere lo stesso scopo con un minor sacrificio di altri interessi rilevanti» nel caso⁶⁶.

Le medesime preoccupazioni poste alla base del divieto *de quo* si presentano, del resto, in forma del tutto simile (quando non addirittura più intensa) in ogni caso di prole nata da adulterio⁶⁷ o da genitori adottati⁶⁸. Non si comprende dunque perché queste eventualità non suscitino analoghe preoccupazioni (sollecitando identici divieti).

Rilievi del tutto simili valgono altresì ove si contestasse alla fecondazione eterologa di dare inevitabilmente luogo a un pernicioso “mercato dei gameti” o di avallare la futura progettazione biologica di figli *a la carte*⁶⁹. Non è evidentemente così, posto che i limiti alla fecondazione eterologa già ora vigenti – anche dopo l'intervento della Consulta – sono più che idonei a evitare simili derive. La legge n. 40/2004 vieta infatti «la commercializzazione di gameti o di embrioni», proibendo altresì, nell'ordine, la «surrogazione di maternità», «ogni forma di selezione a scopo eugenetico degli embrioni e dei gameti», l'alterazione del patrimonio genetico degli stessi, la clonazione, la fecondazione di un gamete umano con un gamete di specie diversa o la produzione di ibridi e chimere (art. 13, comma 3). Prescrizioni che costituiscono una barriera più che solida a “pendii scivolosi” di vario genere. A questo del resto dovrebbe servire il diritto: non a vietare, usando l'accetta, per l'inconsulto timore di uno *slippery slope*, ma governare opportunamente quest'ultimo per ampliare la sfera delle possibilità umane.

⁶⁰ Punto 9 del *Considerato in diritto*.

⁶¹ Li ripropone I. RAPISARDA, *Il divieto di fecondazione eterologa*, cit., p. 933.

⁶² A. VALLINI, *Illecito concepimento*, cit., p. 109.

⁶³ V., ad esempio, A. GUSTAPANE, *La procreazione con metodi artificiali nella prospettiva costituzionale*, in *Dir. e soc.* 1996, p. 207.

⁶⁴ Così, ad esempio, I. RAPISARDA, *Il divieto di fecondazione eterologa*, cit., pp. 933 s.

⁶⁵ A. VALLINI, *Illecito concepimento*, cit., 110, nonché Id., *Sistema e metodo*, cit., p. 838.

⁶⁶ R. BIN, *Diritti e argomenti*, cit., pp. 81, 82 ss.

⁶⁷ V., ad esempio, G. FERRANDO, *Libertà, responsabilità, procreazione*, Padova 1999, p. 351.

⁶⁸ Cfr., ad esempio, M. MORI, *La “novità” della bioetica*, in S. RODOTÀ (a cura di), *Questioni di bioetica*, Roma-Bari 1997, p. 410, il quale sottolinea l'esistenza di una notevole percentuale di prole adulterina.

⁶⁹ I. RAPISARDA, *Il divieto di fecondazione eterologa*, cit., pp. 933 s.

6. I diritti della persona nata da fecondazione eterologa.

Le uniche preoccupazioni davvero sensate riguardano pertanto i diritti propri della «persona nata da PMA di tipo eterologo»⁷⁰; il venire in essere mediante una simile pratica determina cioè una lesione di suoi specifici diritti costituzionali?

A tal proposito, paiono davvero privi di spessore gli apodittici rilievi per cui la fecondazione eterologa comprometterebbe «comunque l'identità personale e il diritto al libero e autonomo sviluppo della personalità» del nato⁷¹, oltre che (addirittura) la sua «dignità»⁷², inficiandone altresì la corretta crescita. Perché allora non estendere queste affermazioni anche alla procreazione derivante da violenza sessuale o da adulterio? L'argomento è insomma strumentale e dà per provato ciò che non lo è affatto.

Né appare decisivo sottolineare i possibili disagi psicologici sofferti dalla persona nata mediante una procreazione assistita di tipo eterologo. Tale “pericolo” è ravvisabile in pressoché tutte le pratiche umane⁷³; non solo nell'adulterio “procreativo” e nell'adozione, ma anche nella stessa filiazione naturale entro la coppia: chi può infatti mai garantire che il nato non imputi ai genitori la “sofferenza del vivere”? Tale pericolo potrebbe inoltre presentarsi con maggiore evidenza nell'ipotesi di procreazione realizzata da soggetti *prima facie* inidonei ad allevare bambini: perché non agire quindi anche su questi versanti?

Insomma, non si scorge come la (del tutto) teorica eventualità di un tale “tormento filiale” possa giustificare il sacrificio attuale e assoluto della scelta procreativa delle persone completamente sterili⁷⁴. Sono del resto numerose le ricerche che – ai fini di una formazione equilibrata della personalità del bambino – attestano l'importanza che quest'ultimo sia accolto in un ambiente favorevole e stimolante, anche a prescindere dall'esistenza di una parentela biologica (la quale, come insegna la cronaca, non è apprezzabile in sé)⁷⁵. E ulteriori studi provano altresì come il rapporto genitoriale

⁷⁰ Punto 10 del *Considerato in diritto*.

⁷¹ E. BILOTTI, *Il diritto alla conoscenza delle proprie origini*, Relazione al Convegno “*Quale diritto per i figli dell'eterologa*”, svoltosi presso la Camera dei deputati il 3 giugno 2014. Analogamente, L. VIOLINI, *Tra scienza e diritto*, in AA.VV., *La procreazione assistita: problemi e prospettive*, Atti del Convegno di studi tenuto presso l'Accademia dei Lincei il 31 gennaio, Fasano 2005. *Contra*, tra i tanti (e ragionevolmente); M. MANETTI, *Profili di illegittimità costituzionale della legge sulla procreazione assistita*, in *Pol. dir.* 2004, p. 460 ed E. DOLCINI, *Il divieto di fecondazione assistita “eterologa”*, cit., 354. Per una rassegna di osservazioni di stampo psicologico v., *ex plurimis*, M.C. ZURLO, *Filiazione, tecniche di biomediche e procreazione assistita*, in R. Prodomo (a cura di), *Progressi biomedici tra pluralismo etico e regole giuridiche*, Torino 2004, pp. 81 ss.

⁷² M. CLARA, *I nemici della fecondazione eterologa e il loro convitato di pietra*, in M. D'AMICO - B. LIBERALI (a cura di), *La legge n. 40 del 2004 ancora a giudizio*, Milano 2012, p. 27, cita, a tal proposito, l'opinione separata del giudice De Gaetano, favorevole alla restrittiva sent. della Grande Camera delle Cedu 3 novembre 2011, in cui – senza alcuna spiegazione e con accenti apodittici – si afferma che è necessario proibire la fecondazione eterologa «al fine di attestare il carattere inalienabile della dignità propria di ciascun essere umano».

⁷³ Come peraltro riporta I. CORTI, *Divieto di fecondazione eterologa*, cit., p. 142, questa preoccupazione non viene confermata dagli studi psicopedagogici, né «risultano problematiche specifiche relative ai figli, dipendenti dalla modalità del concepimento naturale o artificiale».

⁷⁴ A. PIOGGIA, *La disciplina in materia di procreazione e la riconquistata legittimità della fecondazione eterologa: un altro passo avanti per una legge che resta indietro*, in *GenIUS* 2014, n. 2, 88.

⁷⁵ V., ad esempio, S. AGOSTA, *Bioetica e Costituzione*, I, cit., p. 231. Per un *excursus* sulle ricerche a tal proposito v. M.P. COSTANTINI, *Tutele e garanzie nella donazione di gameti: le possibili risposte dell'ordinamento italiano*, in M. D'AMICO – B. LIBERALI (a cura di), *La legge n. 40 del 2004 ancora a giudizio*, cit., p. 43.

conseguente a una procreazione eterologa generi meccanismi psicologici (e addirittura ormonali) del tutto simili a quelli di una filiazione naturale⁷⁶.

I dubbi di cui sopra acquistano tuttavia una maggiore precisione di contorni ragionando del diritto del nato alla conoscenza della propria precisa identità biologica; e ciò non solo ai fini della tutela della sua salute in concreto (la quale, in taluni casi, potrebbe richiedere il ricorso al donatore di gameti che ne ha permesso la nascita)⁷⁷.

Conoscere le proprie origini è senz'altro un diritto fondamentale, come tale previsto anche dall'art. 7 della "Convenzione internazionale dei diritti del fanciullo", la quale tuttavia opportunamente precisa che esso va protetto «*nella misura del possibile*»⁷⁸. In altri termini – come del resto la Corte afferma di ogni prerogativa costituzionale⁷⁹ – il concetto di limite è insito *anche* in questo specifico diritto; nel senso che lo stesso diritto a conoscere le proprie origini non è per nulla illimitato, né i suoi legittimi confini creano immancabilmente «un ostacolo al raggiungimento di un'identità completa e integrata» dell'interessato⁸⁰. Esso va dunque calibrato in rapporto agli altri diritti con i quali può venire in collisione e non deve diventare un *totem*.

Questi assunti non contraddicono affatto l'art. 30, ult. co., Cost., con il quale si pongono anzi in perfetta consonanza. Non è insomma affatto vero che, «riservando alla legge il compito di dettare norme e limiti per la ricerca della paternità», tale disposizione implicitamente affermerebbe il diritto invincibile di ogni persona a conoscere le proprie origini biologiche⁸¹. Al contrario, l'art. 30 dà per assodato che la legge possa anche (e opportunamente) limitare il diritto alla ricerca della paternità⁸². Ecco perché nel nostro ordinamento non mancano discipline che sacrificano il *favor veritatis* al cospetto di altri (e prevalenti) interessi del minore⁸³. Dalla stessa giurisprudenza costituzionale si evince del resto che la "bussola", in questi casi, è rappresentata dal «migliore sviluppo della persona del figlio» (ove è proprio il principio di "verità biologica" a passare – evidentemente – in secondo piano)⁸⁴. Ed è ancora il *favor veritatis* a poter essere disatteso nel caso in cui la madre che abbia chiesto di non essere nominata al momento del parto non maturi poi alcun ripensamento al proposito⁸⁵. E dunque senz'altro vero che questo specifico diritto

⁷⁶ Per un'agile rassegna di tali ricerche v. D. OVADIA, *Genitori senza geni*, in *Le Scienze – Mente & Cervello*, gennaio 2015, 54 ss.

⁷⁷ I. CORTI, *Divieto di fecondazione eterologa*, cit., p. 143: in questi casi taluni ordinamenti hanno perciò dato la prevalenza assoluta al diritto del nato sul diritto all'anonimato del donatore.

⁷⁸ Analoghe cautele presenta anche la "Convenzione dell'Aia sulla protezione dei minori e sulla cooperazione in materia di adozione internazionale" (29 maggio 1993), la quale obbliga gli Stati aderenti a trattenere le informazioni sull'identità dei genitori dell'adottato, e a metterle a sua eventuale disposizione, sempre però nei limiti fissati dalle leggi statali.

⁷⁹ Si v., ad esempio, le notissime sentt. n. 1/1956, n. 36/1958 e n. 57/1976.

⁸⁰ Così invece M. CASINI - C. CASINI, *Il dibattito sulla PMA eterologa*, cit., p. 147.

⁸¹ Così, ad esempio, I. NICOTRA GUERRERA, *Anonimato del donatore e diritto all'identità personale del figlio nella procreazione medicalmente assistita*, in *Quad. cost.* 2002, p. 795.

⁸² Si v. al proposito quanto affermato nelle sentt. n. 70/1965 e n. 50/2006. Sul punto cfr. F. MEOLA, *La scelta di procreare tra (poche) libertà e (molti) limiti: considerazioni a margine alla recente legge sulla procreazione assistita*, in R. PRODROMO (a cura di), *Progressi biomedici*, cit., pp. 139 ss.

⁸³ Si pensi, per esempio, alla presunzione di paternità del marito (art. 231 c.c.), ai rigidi termini di prescrizione imposti all'azione di disconoscimento di paternità (art. 244 c.c.), al riconoscimento dei figli incestuosi, subordinato alla previa autorizzazione del giudice, il quale dovrà avere riguardo all'interesse del figlio e alla necessità di evitargli qualsiasi pregiudizio (art. 215 c.c.), al riconoscimento del figlio che non ha compiuto sedici anni, il quale necessita del consenso dell'altro genitore, o del figlio che ha già sedici anni, che impone di incassare il suo assenso (art. 250 c.c.).

⁸⁴ Si rinvia all'accurata ricostruzione giurisprudenziale di E. LAMARQUE, *Le norme e i limiti per la ricerca della paternità. Contributo allo studio dell'art. 30, quarto comma, della Costituzione*, Padova 1998, pp. 55 ss., 63 s.

⁸⁵ V. ora la sent. n. 278/2013, che sensibilmente corregge la precedente sent. n. 425/2005. Ciò dopo le celebri pronunce della Corte Edu, *Odievre c. Francia*, Grande Camera, 13 febbraio 2003, n. 42236/98, e – soprattutto – *Godelli c. Italia*, sez. II, 25 settembre 2012, n. 33783/09, con la quale si condannava la

del nato da fecondazione eterologa è del tutto «degnò di essere tutelato in via legislativa», ma ciò soltanto «dopo un ragionevole e complesso bilanciamento di tutti i fattori in gioco»⁸⁶.

E' anche con riguardo a questo profilo che la Corte pone a raffronto il divieto assoluto di fecondazione eterologa con la disciplina dell'istituto dell'adozione; quest'ultima presenta evidenti analogie con la filiazione generata da un provvidenziale dono di gameti. Nel senso che – pur nell'innegabile diversità "originaria" dei due fenomeni⁸⁷ – sono del tutto simili i problemi riguardanti la prole che avverta l'irrefrenabile impulso a rintracciare le proprie origini biologiche. Lo prova (paradossalmente) proprio chi – contestando tale assimilazione – utilizza la giurisprudenza interna e della Cedu, relativa a un simile diritto degli adottati, proprio per argomentare l'esistenza di un diritto a conoscere le proprie origini biologiche anche nell'ipotesi *de qua*⁸⁸.

Per la Corte – anche su questo specifico punto – è del resto «già desumibile una regolamentazione della PMA di tipo eterologo... ricavabile, mediante gli ordinari strumenti interpretativi, dalla disciplina concernente, in linea generale, la donazione dei tessuti e cellule umani, in quanto espressiva di principi generali pur nelle diversità delle fattispecie (in ordine, esemplificativamente, alla gratuità e volontarietà della donazione, alle modalità del consenso, all'anonimato del donatore, alle esigenze di tutela sotto il profilo sanitario») eccetera.

Al proposito, vigono poi anche altre discipline, proprio di recente "rimodellate" dalla Corte o dallo stesso legislatore, alle quali la Consulta fa esplicito richiamo in sentenza. E' il caso della già menzionata sent. n. 278/2013 (ove la Corte rimodula il diritto all'anonimato della madre, affermando che l'irreversibilità del segreto arrecava un'insanabile lesione ai diritti del nato, invitando perciò il legislatore a introdurre una normativa che consenta di accertare se la madre non abbia cambiato idea) e del nuovo art. 231 c.c. (in cui si «stabilisce, significativamente, che "il marito è padre del figlio concepito o nato durante il matrimonio"», a prescindere, cioè, dal fatto biologico del concepimento)⁸⁹.

Né la mancata indicazione di un numero fisso di donazioni è tale da impedire alla Corte di esprimersi sulla *quaestio*. A questo fine, sarebbe comunque agevole procedere a «un aggiornamento delle Linee guida, eventualmente anche alla luce delle discipline stabilite in altri Paesi europei... tenendo conto dell'esigenza di consentirle entro un limite ragionevolmente ridotto»⁹⁰. E' stata del resto la stessa Corte a giudicare ammissibile un referendum che aveva appunto lo scopo di abrogare *sic et simpliciter* il divieto di fecondazione eterologa, sottolineando che l'accoglimento di una simile proposta non avrebbe fatto «venir meno un livello minimo di tutela costituzionalmente necessario»⁹¹. Sarebbe stato incomprensibile se essa fosse tornata oggi sui suoi passi, affermando cioè di non poter produrre effetti del tutto simili a quelli che sarebbero derivati dalla richiesta referendaria legittimata nel 2005.

In tutti i casi sin qui menzionati si tratta insomma di lacune non idonee a impedire che la Consulta facesse valere fino in fondo le proprie prerogative. Sin dal 1958 essa ha

disciplina italiana in quanto troppo rigida nel non consentire alla madre di rivedere la sua decisione di mantenere l'anonimato (così sacrificando anche il corrispondente diritto del figlio a ricostruire le sue origini).

⁸⁶ E. LAMARQUE, *Le norme e i limiti per la ricerca della paternità*, cit., pp. 20 s., 65 ss.

⁸⁷ Come affermato da molti commentatori, per i quali l'adozione rimedierebbe a un male già esistente, non invece creandolo: v., per tutti, A. Barbera, *La procreazione medicalmente assistita: profili costituzionali*, in AA.VV., *La procreazione assistita: problemi e prospettive*, Atti del Convegno, cit., p. 355. Come a dire che in questi casi – se non si fraintende – nascere sarebbe immancabilmente un "male".

⁸⁸ V., ad esempio, L. VIOLINI - A. OSTI, *Gli argomenti contro l'incostituzionalità del divieto di fecondazione eterologa*, in A. COSSIRI - G. DI COSIMO (a cura di), *La fecondazione vietata*, cit., pp. 119 ss.

⁸⁹ V. il punto 11 del *Considerato in diritto*.

⁹⁰ Punto 12 del *Considerato in diritto*.

⁹¹ Così nella sent. n. 49/2005, punto 3.3. del *Considerato in diritto*.

del resto «affermato che il proprio potere “di dichiarare l’illegittimità costituzionale delle leggi non può trovare ostacolo nella carenza legislativa che, in ordine a dati rapporti, possa derivarne», mentre spetta alla «saggezza del legislatore» intervenire con tempismo⁹², oppure «ai giudici comuni trarre dalla decisione i necessari corollari sul piano applicativo»⁹³.

La Corte non valorizza invece – facendovi solo cenno – un ulteriore argomento che ha tutta l’aria di essere “razionalmente” decisivo nel caso. A ben vedere, infatti, «un illecito di concepimento quale quello in discussione... non può mai essere idoneo – e dunque men che mai necessario – a salvaguardare gli interessi del figlio, per la semplice ragione che impedisce il concepimento e dunque la nascita di qualsiasi figlio»⁹⁴. Con esso non si persegue perciò l’interesse di nessun (ipotetico) nascituro, la cui esistenza viene infatti del tutto frustrata (negandogli addirittura e radicalmente il diritto alla vita). Ragionare di questo dibattito è comunque istruttivo: da esso si trae infatti la significativa conferma che – anche per coloro i quali sostengono abitualmente il contrario – lo stesso “diritto alla vita” va, almeno in talune circostanze, adeguatamente bilanciato⁹⁵. Insomma, in questo caso – e solo perché utile ai loro scopi – i cosiddetti “difensori della vita” sembrano incoerentemente viaggiare verso altri lidi.

7. Oltre il bilanciamento, altre irrazionalità della legge n. 40.

Tiriamo le fila. Nel vietare sempre e comunque la fecondazione c.d. eterologa, il legislatore non ha preso in esame tutta la tavolozza dei diritti coinvolti nella vicenda. Il bilanciamento predisposto dalla legge ha così messo in luce numerose falle e insopportabili disequilibri. Non solo: il legislatore ha sbagliato anche a reperire un ragionevole punto di equilibrio tra i diritti che ha comunque assunto a parametro.

Ma c’è di più. La Corte denuncia infatti come il divieto assoluto della PMA di tipo eterologo «introduca un evidente elemento di irrazionalità» “interno” alla stessa legge. In contrasto con la sua esplicita *ratio legis* – volta a «favorire la soluzione dei problemi riproduttivi derivanti dalla sterilità o dalla infertilità umana» (art. 1, comma 1) – la legge n. 40 rende infatti assolutamente impossibile alle «coppie affette dalle patologie più gravi» – i totalmente sterili – di realizzare i loro diritti all’autodeterminazione, alla «genitorialità, alla formazione di una famiglia con figli, con incidenza sul diritto alla salute»⁹⁶. Per accedere alla PMA era insomma necessario «essere sterili sì, ma non troppo»⁹⁷.

Non è finita. La regolamentazione comunque offerta alla fecondazione eterologa praticata all’estero – benché ispirata dall’esigenza di fornire adeguata protezione al nato – introduceva, a ben vedere, un ulteriore motivo d’irrazionalità della disciplina. Ammettere che i coniugi potessero praticare altrove quanto vietato in Italia – assieme al divieto di disconoscere la paternità e di non nominare la madre – suggeriva infatti una comoda via d’uscita agli altrimenti ferrei divieti del legislatore. Si palesava così «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

⁹² Sent. n. 59/1958 e sent. n. 113/2011, punto 8 del *Considerato in diritto*.

⁹³ Sent. n. 113/2011, punto 8 del *Considerato in diritto*.

⁹⁴ A. VALLINI, *Sistema e metodo*, cit., p. 838. Così già G. FERRANDO, *Libertà, responsabilità, Procreazione*, cit., p. 336 e M. AINIS, *Le libertà negate*, Milano 2004, p. 85.

⁹⁵ V. già il mio *Il corpo e la Costituzione*, cit., p. 175.

⁹⁶ Punto 13 del *Considerato in diritto*.

⁹⁷ Come chiosa C. CASONATO, *La fecondazione eterologa e la ragionevolezza della Corte*, in www.confronticostituzionali.it (17 giugno 2014).

fondamentale, negato solo a quelle prive delle risorse finanziarie necessarie per potere fare ricorso a tale tecnica recandosi in altri Paesi»⁹⁸.

Sebbene quello appena descritto costituisca un argomento *a fortiori*, esso non costituisce tuttavia – afferma la Corte – «un mero inconveniente di fatto», bensì il «diretto effetto delle disposizioni in esame, conseguente a un bilanciamento degli interessi manifestamente irragionevole». Il disfavore espresso dalla legge non era infatti rivolto alla pratica in sé, bensì solo ai medici che l'avessero somministrata in Italia, posto che i genitori non sarebbero stati puniti neppure in questo caso.

Sul punto, la decisione della Corte non è dunque ispirata al ragionamento per cui «in alcuni Paesi la fecondazione eterologa è permessa, quindi deve essere permessa anche in Italia»⁹⁹: *era infatti la stessa normativa a legittimare questa pratica (purché si svolgesse all'estero)*. Nessuna assimilazione dunque – come pure è stato sbandierato – con l'azione pedofila perpetrata dal cittadino italiano in un Paese che la tolleri, o con la mutilazione genitale della figlia compiuta all'estero da persone residenti in Italia. In entrambe le ipotesi – non a caso – le leggi vigenti puniscono sempre e comunque questi comportamenti delittuosi, manifestando, in tal modo, il profondo disvalore associato all'una o all'altra azione¹⁰⁰. Fermo restando che non esiste poi alcun diritto fondamentale ad avere rapporti sessuali con i bambini e men che meno a imporre una mutilazione genitale alle proprie figlie: è anzi vero proprio il contrario.

Niente di tutto ciò si riscontrava invece – stante la vigenza del divieto – nella fecondazione eterologa realizzata all'estero da una coppia italiana; tale pratica continuava – di fatto – a essere protetta e “suggerita” dalla legge, nel mentre la s'impediva invece in Italia. La dichiarazione d'illegittimità del divieto ha quindi permesso nulla più che *l'espansione della disciplina più favorevole, predisposta per la fecondazione eterologa praticata all'estero, anche ai casi realizzati entro i nostri confini*: la Corte ha così rispettato – anche su questo fronte – le coordinate adottate del legislatore, superandone soltanto le più intime (e discriminanti) contraddizioni.

8. Dopo la sentenza, tra Governo e Regioni.

Sottolineando come il divieto di fecondazione eterologa celasse sia una discriminazione economica quanto un ingiusto trattamento rivolti ai cittadini meno facoltosi, la Corte lancia un evidente messaggio alle «istituzioni che dovranno vigilare sul modo in cui il ricorso a questa tecnica si svilupperà nel territorio nazionale, e, in particolare, sulla necessità che anche le coppie meno abbienti possano accedervi»¹⁰¹. In questo senso, però, i problemi non mancano; per meglio comprenderli è necessario ricostruire quanto è accaduto subito dopo la pronuncia della Corte.

Non appena pronunciata la sent. n. 162, la Ministra della salute manifestò l'intenzione di intervenire urgentemente con un decreto legge al fine di consentire il rapido inizio dei trattamenti di PMA eterologa, inserendoli altresì nei Livelli Essenziali di

⁹⁸ Punto 13 del *Considerato in diritto*. Sottolinea come si tratti di un argomento «piuttosto inconsueto nella giurisprudenza costituzionale», A. PIOGGIA, *La disciplina in materia di procreazione e la riconquistata legittimità della fecondazione eterologa*, cit., 89.

⁹⁹ Così, criticamente, G. ROCCHI, *Il divieto di fecondazione eterologa*, cit., 8. Analogamente, C. TRIPODINA, *Il “diritto” a procreare artificialmente in Italia*, cit., p. 83.

¹⁰⁰ Si v. l'art. 600-*quinquies* c.p. (che punisce le iniziative turistiche volte allo sfruttamento della prostituzione minorile) e l'art. 604 c.p. (che punisce anche il fatto commesso all'estero). Si v. altresì l'art. 583-*bis* c.p., introdotto dalla legge 9 gennaio 2006, n. 7 (“Disposizioni concernenti la prevenzione e il divieto delle pratiche di mutilazione genitale femminile”).

¹⁰¹ M. D'AMICO, *L'incostituzionalità del divieto assoluto della c.d. fecondazione eterologa*, cit., p. 30.

Assistenza ai sensi dell'art. 117, comma 2, lett. m), Cost¹⁰². Un progetto di decreto legge venne così presentato nel Consiglio dei Ministri dell'8 agosto; in quella sede il Presidente del Consiglio espresse però un parere contrario alla sua adozione, ritenendo che su una materia così densa di profili etici si dovesse pronunciare il Parlamento. La Ministra aderiva quindi alla posizione del Capo del Governo, ribadendo più volte che, in mancanza un intervento legislativo, le Regioni non avrebbero dovuto assumere iniziative di sorta: ne sarebbe verosimilmente scaturito un rinvio *sine die*.

Simili prese di posizione sono parse tuttavia criticabili, posto che la stessa Corte aveva opportunamente evidenziato in sentenza come non fosse affatto necessario adottare un provvedimento legislativo per consentire l'avvio delle procedure (in gran parte già disciplinate dalla legge n. 40 e da altre fonti)¹⁰³: intervenire sulle Linee guida o adottare un d.m. sarebbe quindi stato più che sufficiente per colmare gli eventuali vuoti (comunque non essenziali). Del resto, nella già citata sent. n. 282/2002 la Corte ha sancito che l'assenza di norme di legge statali volte a disciplinare una pratica terapeutica «concorre a definire la portata dei principi che reggono la materia, e che, nella specie, non possono non ricollegarsi anzitutto allo stesso sistema costituzionale»¹⁰⁴.

Né può quindi sostenersi che le Linee guida non potrebbero comunque intervenire su quanto non previsto dalla legge – ossia in materia di fecondazione eterologa – posto che sarebbero altrimenti impugnabili davanti al giudice amministrativo¹⁰⁵. E' invece chiaro che, dopo l'annullamento del relativo divieto, le norme legislative applicabili al caso – già vigenti per le restanti forme di PMA o in materie analoghe – risultano di fatto estese anche alla fecondazione eterologa (che è ora oggetto di un diritto); esse appaiono dunque più che idonee a porre i principi ai quali si dovranno ispirare ulteriori fonti e provvedimenti subordinati di rango statale o regionale.

Da queste considerazioni ha quindi preso corpo lo “strappo” messo in atto dalla Regione Toscana, la quale, con una sua particolareggiata delibera del 28 luglio 2014 – corredata da un ampio Allegato tecnico – ha predisposto una corposa disciplina tesa a regolare tutti gli aspetti medici, clinici e giuridici della PMA eterologa ancora privi di “copertura”. L'obiettivo era chiaro: consentire l'immediato avvio degli interventi nei Centri del proprio territorio, per i quali veniva addirittura stabilita la gratuità.

Tale delibera ha costituito il modello cui s'è successivamente ispirata la “Conferenza delle Regioni e delle Province autonome” nel predisporre il “Documento d'indirizzo sulle problematiche relative alla fecondazione eterologa a seguito della sentenza della Corte costituzionale n. 162/2014”¹⁰⁶: un «accordo interregionale» avente

¹⁰² Si v. l'Audizione del Ministro alla Commissione XII (Affari sociali) della Camera dei deputati, il 29 luglio 2014.

¹⁰³ Si pensi alle prescrizioni che la legge dedica ai requisiti soggettivi per l'accesso alle pratiche (con esclusione dei *singles*, delle coppie omosessuali, di chi può comunque procreare), ai divieti che continuano a riguardarla (ad esempio per la surrogazione di maternità o la commercializzazione di gameti ed embrioni), alle modalità espressive del consenso, all'indispensabile documentazione medica, ai criteri operativi che i medici devono assolutamente rispettare (ad esempio, la “gradualità”), alle invincibili conseguenze sullo *status* giuridico del nato (con l'inammissibilità dell'azione di disconoscimento di paternità, già sancito dalla Corte nella sent. n. 347/1998), sull'esclusione dell'insorgere di relazioni giuridiche parentali tra i donatori di gameti e i nati: la Corte se ne occupa in dettaglio al punto 11 del *Considerato in diritto*. Rilevano inoltre le numerose Direttive, attuate in Italia con appositi decreti legislativi, relative alle norme di qualità e di sicurezza della donazione, approvvigionamento, stoccaggio, distribuzione, controllo e rintracciabilità dei tessuti e delle cellule riproduttive destinate all'applicazione sull'uomo: vengono menzionate dalla stessa Corte – che invita a utilizzare al proposito gli «ordinari strumenti interpretativi» – e, ancor più nel dettaglio, dal Trib. Bologna, sez. I civ., 14 agosto 2014, che autorizza pertanto un centro medico ad applicare la tecnica in discorso alla coppia di ricorrenti pur in assenza dell'intervento del legislatore.

¹⁰⁴ Punto 4 del *Considerato in diritto*.

¹⁰⁵ M. CASINI - C. CASINI, *Il dibattito sulla PMA eterologa*, cit., p. 140.

¹⁰⁶ Questo documento è reperibile al sito dell'Istituto Superiore di Sanità. Ciò vale anche per tutti gli altri provvedimenti dai quali si sono ricavate le informazioni utilizzate in questo paragrafo.

«valenza transitoria» – nell’attesa cioè che il Parlamento intervenga – teso a fornire «indirizzi operativi ed indicazioni cliniche omogenee al fine di rendere immediatamente esigibile un diritto costituzionalmente garantito su tutto il territorio nazionale». Ne scaturiva un evidente “messaggio”: nonostante l’apparente sostegno alla tesi ministeriale, l’esistenza stessa del Documento dimostra infatti che un’ulteriore legislazione in materia non è davvero indispensabile¹⁰⁷. Un approdo, quest’ultimo, che ha fatto finalmente breccia anche ai “piani alti”. Prova ne sia l’ondivago atteggiamento della Ministra: dopo aver predisposto il testo di un decreto legge (ritenendolo essenziale) – e contestato altresì l’attivismo degli enti territoriali – ella si è poi mostrata del tutto d’accordo con le scelte (ben diverse) operate dalla Conferenza delle Regioni¹⁰⁸.

Nel Documento d’indirizzo si sottolinea pertanto «l’urgente necessità» che le tecniche di procreazione assistita omologa ed eterologa siano inserite nel DPCM di adeguamento dei LEA, così come definito nel “Patto per la Salute 2014-2016”. Esso contiene pertanto una serie di puntuali prescrizioni e di circostanziate indicazioni cliniche che – man mano che tale accordo verrà recepito dalle singole Regioni o Province autonome – permetterà la somministrazione del trattamento. Tale Documento si occupa insomma dei variegati problemi operativi (anche di dettaglio) connessi alla tecnica in discorso¹⁰⁹.

Dopo tale Documento d’indirizzo, la Conferenza ha altresì adottato un’ulteriore delibera che definisce la «tariffa unica convenzionale per le prestazioni di fecondazione eterologa»¹¹⁰. Vi si ribadisce (con più forza) il principio per cui la PMA anche eterologa va comunque considerata un LEA sebbene si sia ancora in attesa del suo formale inserimento nell’apposito DPCM; si afferma pertanto (ed esplicitamente) che è condivisa dalle Regioni e dalle Province autonome la necessità di definire – in questa fase transitoria – «una tariffa unica convenzionale che quantifichi i costi per queste attività anche al fine di regolare le eventuali compensazioni relative alla mobilità interregionale». Segue una dettagliata «proposta di tariffe convenzionali da utilizzare nelle Regioni e PP.AA., oltre che per la relativa compensazione della mobilità interregionale».

Questo stesso documento tuttavia prende atto che «la Regione Lombardia ha comunicato che fino a quando non le prestazioni di PMA non verranno ricomprese nel DPCM che individua i LEA, le stesse saranno a carico dell’assistito anche qualora venissero rese da strutture di altre Regioni». E’ una prima crepa che sembra aprirsi nel fronte, apparentemente monolitico, delle amministrazioni regionali.

Ciò che è accaduto dopo l’adozione di tali accordi – a prescindere dal caso tutto particolare della Regione Lombardia – conferma comunque che il nostro “federalismo sanitario regionale” presenta qualche pecca. Nel momento in cui si scrive esiste così un cospicuo gruppo di Regioni che non ha neanche recepito il Documento d’indirizzo cui aveva comunque prestato il proprio consenso (da qui anche la diffida legale del 19 novembre 2014 notificata all’Assessora alla salute della Regione Sicilia); un altro gruppo di enti lo ha invece adottato, mettendo meglio a fuoco qualche ulteriore regola applicativa; in molti casi lo si è invece recepito puramente e semplicemente (nulla di più). Ovunque i

¹⁰⁷ Il “Registro nazionale dei donatori di cellule riproduttive a scopi di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo”, è stato quindi istituito – presso l’Istituto Superiore di Sanità, Centro Nazionale Trapianti, e nell’ambito del Sistema Informativo Trapianti – dall’art. 1, comma 298, della legge 23 dicembre 2014, n. 190 (Legge di stabilità 2015), che peraltro nulla dice circa il necessario rispetto della *privacy* dei donatori, dando luogo a un’incertezza che potrebbe non essere priva di effetti.

¹⁰⁸ R. VILLANI, *La caduta del divieto di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo: le ragioni della sua incostituzionalità e i successivi “indirizzi operativi” della Conferenza delle regioni*, in *Studium Iuris* 2014, p. 1256.

¹⁰⁹ Per una dettagliata ricostruzione del Documento v. R. VILLANI, *La caduta del divieto*, cit., pp. 1252 ss.

¹¹⁰ Il documento è datato 25 settembre 2014.

problemi sono però di carattere pratico e (per quanto riguarda le strutture pubbliche) finanziario.

Tra gli ostacoli si veda, ad esempio, il ritardo con cui alcune realtà regionali stanno precisando l'ammontare dei ticket per queste prestazioni sino a oggi non contemplate. E va anche rimarcato l'immobilismo di talune Regioni che – a gennaio 2015 inoltrato – stanno ancora «valutando la possibilità di applicare gli indirizzi operativi forniti dalla Conferenza delle Regioni e delle Province autonome e le relative tariffe»¹¹¹: in pratica il nulla.

E' chiaro che una procedura come quella in discorso – anche a seguito degli opportuni accertamenti medici introdotti dai Documenti sin qui evocati – non è di facile avvio. La donazione di gameti non è una “passeggiata” (soprattutto per le donne) e le verifiche cliniche cui si devono sottoporre i volontari e le volontarie sono spesso gravose. Risulta pertanto comprensibile che la messa a regime di una simile procedura, dopo dieci anni di “fermo” forzato, richiederà tempi adeguati.

Per questi motivi – tanto per fare un esempio – la Regione Emilia-Romagna, che è stata una delle prime a muoversi, ha sinora potuto realizzare ben pochi trattamenti nelle sue strutture pubbliche¹¹². Anche presso le cliniche private della Regione risulterebbe in corso, al momento, un numero esiguo di procedure in fase avanzata: con un costo, per famiglia, che si aggirerebbe tra i 4.500 e i 5.000 euro¹¹³. In tutte le strutture sono poi moltissime le coppie in lista d'attesa: per quanto riguarda le aziende pubbliche si calcolano – forse pessimisticamente – anche tre o quattro anni di prevedibile ritardo. Non è affatto poco, specie considerando che le percentuali di successo calano sensibilmente all'aumentare dell'età dei riceventi e che molte coppie supereranno – proprio durante l'attesa – il limite dei 43 anni, già ora fissato dalle linee guida regionali per essere ammessi alla procedura (sul quale – sia detto per inciso – il dibattito non manca). La legge n. 40/2004, in altri termini, continuerà a mietere vittime ancora per un bel po', né troveranno risposta (almeno a breve) talune delle censure contenute nella stessa pronuncia costituzionale: si continueranno insomma a discriminare, *de facto*, le coppie meno abbienti.

** Associato di diritto costituzionale – Università di Ferrara

¹¹¹ Così nella risposta del Presidente della Regione Campania (Stefano Caldoro) al *question time* di due Consiglieri regionali del 10 dicembre 2014 (reperibile al sito dell'Associazione “Luca Coscioni”).

¹¹² Dal *Resto del Carlino – Rimini* del 19 gennaio 2015, si apprende che tre gravidanze sono state avviate presso l'Ausl Romagna nel dicembre 2014, ma i problemi di reperimento dei donatori continuano.

¹¹³ Si v. *La Repubblica - Bologna* dell'11 dicembre 2014.

La convalida delle elezioni e gli effetti della sentenza della Corte costituzionale n. 1 del 2014*

di Antonello lo Calzo**

(12 marzo 2015)

1. Le implicazioni del rapporto tra proclamazione e convalida.

La sentenza della Corte costituzionale 13 gennaio 2014, n. 1¹, come ampiamente prevedibile, ha sollevato notevoli dibattiti nella dottrina costituzionalistica e nell'opinione pubblica. Ciò è avvenuto per due ordini di ragioni: da una parte, la Corte costituzionale affronta e risolve nei termini dell'illegittimità costituzionale una questione di estrema complessità dal punto di vista sia politico, perché investe la legge elettorale intesa come meccanismo primario per la composizione degli organi rappresentativi dello Stato, sia giuridico, perché essa, per giungere ad una pronuncia di merito da più parti auspicata, è stata costretta a "forzare" i tradizionali canoni in materia di pregiudizialità della questione rispetto ad un giudizio principale (diretto alla soluzione di un caso concreto); dall'altra parte, la Corte introduce nella motivazione della propria decisione alcuni argomenti che, se indubbiamente le consentono di superare gravi problemi di ordine pratico che inevitabilmente sarebbero seguiti ad una pronuncia di questo tipo, lasciano più di un dubbio sulla correttezza delle implicazioni giuridiche che ne derivano.

Tra questi merita sicuramente attenzione il punto in cui la Corte definisce gli effetti nel tempo della propria dichiarazione d'incostituzionalità e lascia più di una perplessità nel non tener conto delle conseguenze giuridiche delle affermazioni fatte nel delineare i rapporti tra gli istituti della proclamazione e della convalida delle elezioni ex art. 66 Cost.

Superflua appare l'affermazione secondo cui la decisione in commento produrrà i propri effetti a partire dalla prossima consultazione elettorale senza in alcun modo investire le elezioni passate e gli atti adottati dal Parlamento sulla base dei risultati ottenuti in quelle consultazioni². Precisa la Corte che le proprie sentenze hanno efficacia retroattiva, tuttavia, ciò vale soltanto per i rapporti ancora pendenti «con conseguente esclusione di quelli esauriti, i quali rimangono regolati dalla legge dichiarata invalida». Sempre secondo la Corte «le elezioni che si sono svolte in applicazione delle norme elettorali dichiarate costituzionalmente illegittime costituiscono, in definitiva, e con ogni evidenza, un fatto concluso, posto

* Scritto sottoposto a *referee*.

1 Corte cost., 13 gennaio 2014, n. 1, in *Giur. cost.*, 2014, p. 1 ss., con le osservazioni di G. U. RESCIGNO, *Il diritto costituzionale di voto secondo la Corte di cassazione e la Corte costituzionale*; A. ANZON DEMMIG, *Accesso al giudizio di costituzionalità e intervento "creativo" della Corte costituzionale*; A. D'ANDREA, *La "riforma" elettorale "imposta" dal giudice costituzionale al sistema politico e l'esigenza di "governabilità" dell'ordinamento*; A. MORRONE, *L'eguaglianza del voto anche in uscita: falso idolo o principio?*; E. LEHNER, *Il diritto di voto dopo la conquista della zona "franca"*.

2 Come d'altra parte confermato da Corte cost., ord. 27 marzo 2014, n. 57, in *Consulta Online*. In questa sede la Corte (oltre a rilevare la carenza della necessaria rilevanza e incidentalità della questione) ha negato espressamente che dall'illegittimità della legge elettorale del 2005 possa derivare l'illegittimità delle norme approvate dal Parlamento costituitosi a seguito delle elezioni tenute sulla base di quella legge.

che il processo di composizione delle Camere si compie con la proclamazione degli eletti»³.

La consequenzialità tra proclamazione-rapporti esauriti adottata dalla Corte induce ad interrogarsi, come già aveva fatto autorevole dottrina⁴ prima della pubblicazione della sentenza in commento, sui rapporti intercorrenti tra la proclamazione e la convalida degli eletti. Se la proclamazione degli eletti esaurisce l'elezione quale significato assume la convalida delle elezioni e, soprattutto, quale disciplina applicare nell'ipotesi in cui in sede di convalida dovesse porsi contestazione dell'elezione?

Con le proprie affermazioni la Corte non fa altro che riprendere puntualmente il dato normativo dei regolamenti parlamentari i quali stabiliscono perentoriamente come momento di assunzione della carica quello della proclamazione⁵.

La dottrina, sostanzialmente unanime, in aderenza al dato normativo ritiene che l'assunzione della carica si abbia a partire dal momento della proclamazione del risultato delle elezioni da parte dell'Ufficio elettorale competente, ovvero in seguito alla proclamazione compiuta da ciascuna Camera, nell'ipotesi di sostituzione in corso di legislatura di qualcuno dei suoi componenti⁶. Solo con la proclamazione si realizza la «trasformazione degli eletti da organi individuali dell'ordinamento in componenti dell'organo collegiale dell'ente»⁷, prima di questo momento, infatti, gli eletti non assumono la carica di Deputato o Senatore⁸. Essi saranno soltanto titolari di una qualità giuridicamente rilevante, ma detta qualità (di eletto) è priva di una qualificazione formale. In questo senso la proclamazione non ha una mera efficacia dichiarativa dei risultati elettorali già accertati, ma ha un'immediata efficacia costitutiva essendo essa «atto di certezza pubblica», che è sì dichiarazione di un fatto giuridicamente rilevante, ma diretto non a fondare una

3 Corte cost., 13 gennaio 2014, n. 1, cit., par. 7 Cons. diritto.

4 A. RUGGERI, *La riscrittura, in un paio di punti di cruciale rilievo, della disciplina elettorale da parte dei giudici costituzionali e il suo probabile seguito (a margine del comunicato emesso dalla Consulta a riguardo della dichiarazione d'incostituzionalità della legge n. 270 del 2005)*, in *Consulta Online*, 9 dicembre 2013, p. 5.

5 In particolare l'art. 1 Reg. Cam. afferma che «i Deputati entrano nel pieno esercizio delle loro funzioni dall'atto di proclamazione»; l'art. 1 Reg. Sen., in modo leggermente più articolato, che «i Senatori acquistano le prerogative della carica e tutti i diritti inerenti alle loro funzioni, per il solo fatto della elezione o della nomina, dal momento della proclamazione se eletti, o della comunicazione della nomina se nominati».

6 P. BISCARETTI DI RUFFIA, *Diritto costituzionale*, Napoli, 1974, p. 306; V. LIPPOLIS, *Commento all'art. 66 della Costituzione*, in *Commentario alla Costituzione*, fondato da G. BRANCA e continuato da A. PIZZORUSSO, *Le Camere*, tomo II, Bologna-Roma, 1986, p. 133; C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, vol. I, Padova, 1991, p. 484; M. L. MAZZONI HONORATI, *Lezioni di diritto parlamentare*, Torino, 1993, p. 127; C. DE CESARE, *Verifica dei poteri*, in *Enc. giur.* Treccani, vol. XXXII, Roma, 1994, p. 1.

7 G. FERRARI, *Elezioni (Teoria generale)*, in *Enc. dir.*, vol. XIV, Milano, 1965, p. 648.

8 Diversa era l'esperienza dell'epoca statutaria dove l'acquisto della carica di Senatore (di nomina regia) avveniva dal momento della proclamazione, la quale, però, era successiva alla convalida e al giuramento. In questo senso il rapporto tra convalida e proclamazione si invertiva rispetto all'esperienza attuale in quanto il giudizio sui titoli era sempre anteriore all'assunzione della carica e non si ponevano problemi in ordine ad una sua efficacia confermativa, sospensiva o risolutiva. Sul punto cfr. P. TORRETTA, *Verifica dei poteri e Stato costituzionale. Saggio sull'articolo 66 della Costituzione*, Roma, 2012, p. 61 ss.

verità ma a fornire una certezza⁹. In sintesi «la produzione dell'effetto (assunzione della carica), attraverso la mediazione della norma, rapportata al fatto (risultati elettorali), si avvera soltanto con l'atto che accerta il fatto (atto di proclamazione degli eletti) e lo introduce nel mondo giuridico»¹⁰.

Se non ci sono dubbi sul fatto che la proclamazione segni il momento di assunzione della carica altrettanto incontrovertibile è che tale assunzione ha carattere provvisorio perché l'art. 66 Cost. rimette alle Camere il definitivo accertamento dei titoli di ammissione dei propri membri, sia per quanto concerne la sussistenza dei requisiti della capacità elettorale passiva, sia per l'insussistenza di cause di ineleggibilità o incompatibilità, nonché della regolarità delle operazioni elettorali¹¹. A tale fine è devoluto il c.d. giudizio di convalida.

Autorevole dottrina¹² qualifica la mancata convalida come condizione risolutiva, vigendo nel nostro ordinamento un generale «sospetto d'invalidità di tutte le elezioni»¹³; in essa, tuttavia, subito si precisa che l'ipotesi di annullamento conseguente a mancata convalida ha efficacia solo dal momento della sua pronuncia effettiva¹⁴. Partendo dalla medesima considerazione - per cui la proclamazione è già di per sé atto perfetto di assunzione della carica e che la cessazione della stessa per annullamento produce effetto solo dalla pronuncia - appare, forse, più precisa la definizione di chi considera la convalida un «elemento confermativo dell'efficacia dell'atto di proclamazione»¹⁵. Non sarebbe corretto in questi casi parlare di condizione sospensiva perché, come si è detto, la proclamazione è di per sé atto perfetto, né di condizione risolutiva perché dalla mancata convalida non discende alcun effetto sulla carica e le funzioni svolte dal parlamentare, né l'annullamento espresso avrà effetti retroattivi sugli atti posti in essere dal parlamentare¹⁶.

9 M. S. GIANNINI, *Certezza pubblica*, in *Enc. dir.*, vol. VI, Milano, 1960, p. 771.

10 Per questo e per indicazioni più approfondite al riguardo cfr. A. GUANTARIO, *Profili giuridici dei fantasmi e tutela del giudice amministrativo (La questione dei seggi vacanti nella XVI Legislatura)*, in *Nuova rass. legisl. dottr. giur.*, n. 1, 2004, p. 51 s.

11 Sul carattere provvisorio dell'immissione nella carica v. F. COSENTINO, *La verifica dei poteri in Parlamento: la convalida*, in *Pol. parl.*, 1953, p. 110; P. BISCARETTI DI RUFFIA, *Diritto costituzionale*, cit., p. 306; C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, cit., p. 484; V. LIPPOLIS, *Commento all'art. 66*, cit., p. 133; C. DE CESARE, *Verifica dei poteri*, cit., p. 1. Più di recente v. S. RAGONE, *Italia*, in L. PEGORARO, G. PAVANI e S. PENNICINO, *Chi controlla le elezioni? Verifica parlamentare dei poteri, tribunali, commissioni indipendenti*, Bologna, 2011, p. 75.

12 C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, cit., p. 484; V. LIPPOLIS, *Commento all'art. 66*, cit., p. 134; M. L. MAZZONI HONORATI, *Lezioni di diritto parlamentare*, cit., p. 127.

13 C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, cit., p. 484.

14 C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, cit., p. 485.

15 V. DI CIOLO e L. CIAURRO, *Elezioni politiche: contenzioso*, in *Enc. giur.* Treccani, vol. XII, Roma, 1989, p. 12; P. PERLINGIERI e M. PARRELLA, *Commento all'art. 66 della Costituzione*, in P. PERLINGIERI, *Commento alla Costituzione italiana*, Napoli, 2001, p. 426. Al riguardo si parla anche di «mero visto di legittimità», G. FERRARI, *Elezioni*, cit., p. 489; e di convalida con «efficacia di consolidare quel che la proclamazione ha già prodotto», M. CERASE, *Commento all'art. 66 della Costituzione*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO e M. OLIVETTI, *Commento alla Costituzione*, vol. II, Torino, 2006, p. 1279.

16 DI CIOLO e L. CIAURRO, *Elezioni politiche*, cit., p. 12. Si tratta di un approccio che è stato veementemente contestato in occasione della prima applicazione in Parlamento del comma 2 dell'articolo 3 del decreto legislativo 31 dicembre 2012, n. 235, secondo cui: «Se l'accertamento della causa di incandidabilità interviene nella fase di convalida degli eletti, la Camera interessata,

La Corte costituzionale aderisce a tale tesi largamente diffusa, ma non convince ove considera il rapporto tra proclamazione e convalida svolendo del tutto la seconda rispetto alla prima¹⁷. È innegabile infatti che, in ogni caso, la convalida va a produrre effetti giuridici sulla proclamazione, quant'anche fosse un mero effetto confermativo e, a maggior ragione, tale considerazione vale nell'ipotesi in cui in sede di convalida si apra un giudizio di contestazione in grado di travolgere gli effetti della proclamazione con una deliberazione di annullamento dell'elezione. Affermando semplicemente che le elezioni sono fatti conclusi sulla base della proclamazione si giungerebbe all'assurdo secondo cui le Camere non avrebbero più la possibilità di rimettere in discussione l'elezione secondo quanto stabilito dall'art. 66 Cost., con la conseguenza che la proclamazione verrebbe ad assumere non solo efficacia costitutiva rispetto alla carica ma anche preclusiva rispetto all'accertamento imposto a ciascuna Camera¹⁸.

Se questi sono i rapporti che si pongono tra proclamazione e convalida non si può accogliere in modo aprioristico, come fa la Corte, che in ogni caso la proclamazione definisca, conclusivamente, la vicenda elettorale rispetto a ciascun parlamentare¹⁹. Può accettarsi che, a livello generale, l'elezione costituisca un

anche nelle more della conclusione di tale fase, procede immediatamente alla deliberazione sulla mancata convalida». Durante la seduta di esame del Doc. III, n. 1 della XVII legislatura, nell'Assemblea del Senato, la senatrice Alberti Casellati sostenne che «se veramente si fosse ritenuto di essere in presenza di una mancata convalida, allora sappiamo che l'efficacia è *ex tunc*, cioè da allora»; anche il senatore Augello dichiarò che la proposta della Giunta («La Giunta decide a maggioranza di proporre all'Assemblea del Senato - disattesa ogni diversa istanza - di deliberare la mancata convalida dell'elezione del senatore Silvio Berlusconi, ai sensi dell'articolo 3, comma 2, del decreto legislativo 31 dicembre 2012, n. 235») stabiliva «un'assolutamente impropria coincidenza tra la delibera di mancata convalida e la decadenza di un senatore (...) Ricordo a me stesso e all'Assemblea che nella XVI legislatura, ad esempio, non erano stati convalidati i senatori Spinello, Drago, Mancuso e Vedani, ma non per questo sono decaduti; nella XV legislatura tutti e sei i senatori eletti nella Circoscrizione Estero erano nella stessa identica situazione: non furono convalidati, ma non decadde». Il relatore Stefano dissentì da tali ricostruzioni, e con lui il voto dell'Assemblea (*Senato, Legislatura 17^a - Aula - Resoconto stenografico della seduta n. 142 del 27 novembre 2013*).

17 G. SCACCIA, *Riflessi ordinamentali dell'annullamento della legge n. 270 del 2005 e riforma della legge elettorale*, in *www.forumcostituzionale.it*, 31 gennaio 2014, p. 2, nota 1. Sul punto anche i contributi di P. A. CAPOTOSTI, p. 634, e T. F. GIUPPONI, p. 674, in AA. VV., *Dibattito sulla sentenza della Corte costituzionale n. 1 del 2014 dichiarativa dell'incostituzionalità di talune disposizioni della l. n. 270 del 2005*, in *Giur. cost.*, 2014, p. 629 ss.. Si veda, altresì, F. GABRIELE, *Molto rumore per nulla? La "zona franca" elettorale colpita ma non affondata (anzi...) Riflessioni sulla sentenza della Corte costituzionale n. 1 del 2014*, in *Consulta Online*, 24 luglio 2014, p. 8.

18 G. GUZZETTA, *La sentenza n. 1 del 2014 sulla legge elettorale a una prima lettura*, in *www.forumcostituzionale.it*, 14 gennaio 2014, p. 4; in termini sostanzialmente identici ID., *La sentenza della Corte costituzionale sulla legge elettorale: molti, forse troppi, spunti di riflessione*, in *Quad. cost.*, 2014, p. 130. Osserva un sostanziale svuotamento delle prerogative parlamentari in relazione all'art. 66 Cost. anche A. RIMEZZO, *Nel giudizio in via incidentale in materia elettorale la Corte forgia un tipo di dispositivo inedito: l'annullamento irretroattivo come l'abrogazione. È arrivato l'"abroga-mento"?*, in *www.forumcostituzionale.it*, 10 marzo 2014, p. 3.

19 La natura di "fatto concluso" delle elezioni svolte in applicazione delle norme dichiarate incostituzionali è stato, di recente, fermamente messo in dubbio da G. SERGES, *Spunti di giustizia costituzionale a margine della declaratoria di illegittimità della legge elettorale*, in *Rivista AIC*, 1/2014, p. 11 s.; e P. CARNEVALE, *La Corte vince ma non (sempre) convince. Riflessioni intorno ad alcuni profili della "storica" sentenza n. 1 del 2014 della Corte costituzionale*, Atti del seminario "Le Corti e il voto". La sentenza della Corte costituzionale su sistema elettorale, Università di Roma "La Sapienza", 29 gennaio 2014, in *Nomos*, 3/2013, p. 12, proprio in ragione del fatto che la

fatto concluso per cui esso non potrà essere più rimesso in discussione determinando la decadenza del Parlamento in carica, per cui, come autorevolmente sostenuto²⁰, le leggi elettorali rientrerebbero nella categoria delle leggi *de facto* irreversibili; ma altra cosa è incidere sul ruolo delle Camere in sede di convalida.

Ritenere valide le elezioni passate e gli atti compiuti da quei Parlamenti è espressione del principio di continuità dello Stato che impone la persistenza dei propri organi costituzionali. Le Camere, infatti, sono organi «costituzionalmente necessari ed indefettibili e non possono in alcun momento cessare di esistere o perdere la capacità di deliberare»²¹. Non si mette in dubbio che il Parlamento attuale sia, in ogni caso, inamovibile. Si dubita, però, che lo stesso principio possa valere in relazione alle singole elezioni di ciascun parlamentare²².

proclamazione non esaurisce l'intero processo di composizione delle Camere ma, essendo a sua volta seguita dalla convalida, si richiede un'applicazione protratta nel tempo dell'intera normativa che disciplina l'elezione. La legge elettorale non potrebbe definirsi, quindi, "legge ad applicazione puntuale" dal momento che le vicende dell'elezione sono ancora pendenti fino al momento dell'intervenuta convalida. In termini altrettanto critici M. CAREDDA, *La retroattività bilanciabile. Ragionando intorno alla sentenza n. 1 del 2014 della Corte costituzionale*, in *Costituzionalismo.it*, 21 settembre 2014, p. 3, la quale ritiene che la carica di membro del Parlamento acquisisce i caratteri dell'irrevocabilità (fisiologica) soltanto con la verifica dei poteri. Per ulteriori indicazioni dottrinali si rinvia alla nota 7 dell'ultimo lavoro citato.

20 G. ZAGREBELSKY e V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, Bologna, 2012, p. 305.

21 Corte cost., 13 gennaio 2014, n. 1, cit., par. 7 Cons. diritto. La Corte assimila allo stesso principio la *prorogatio* dei poteri delle Camere precedenti in occasione di elezioni per il loro rinnovo (art. 61 Cost.) e la convocazione delle Camere disciolte per la conversione dei decreti legge (art. 77 Cost.). In questo modo, però, si fraintende la stessa funzione degli istituti richiamati: il primo diretto a garantire la continuità (di funzioni di "ordinaria amministrazione") per un lasso di tempo circoscritto e facilmente determinabile; il secondo diretto a consentire una reazione ai casi straordinari di necessità e urgenza anche a Camere disciolte. Osservazioni critiche in A. SEVERINI, *Luci ed ombre della sentenza n. 1/2014*, in *Osservatorio AIC*, Febbraio 2014, p. 9 ss.; G. GUZZETTA, *La sentenza n. 1 del 2014*, cit., p. 4; M. IANNELLA, *Notazioni a Corte cost. n. 1/2014 ad esaurimento del giudizio di rinvio*, in *Osservatorio AIC*, Ottobre 2014, p. 21. Esprimono perplessità sul richiamo alla *prorogatio* nel caso in esame anche S. LIETO e P. PASQUINO, *La Corte costituzionale e la legge elettorale: la sentenza n. 1 del 2014*, in *www.forumcostituzionale.it*, 26 marzo 2014, p. 16, i quali osservano che ciò che giustifica un regime "depotenziato" di prosecuzione della carica è la necessità di evitare vuoti ordinamentali, pur in caso di scioglimento delle Camere; non sarebbe quindi possibile assimilare la situazione che giustifica la *prorogatio* dei poteri a quella palesata dalla Corte nella sua decisione ove si ha, invece, prosecuzione nella carica delle Camere e non loro scioglimento (presupposto della *prorogatio*). Ivi ulteriori richiami, in particolare a L. ELIA, *La continuità nel funzionamento degli organi costituzionali*, Milano, 1958, p. 21; e ID., *Amministrazione ordinaria degli organi costituzionali*, in *Enc. dir.*, vol. II, Milano, 1958, p. 229 ss.

22 Secondo A. RIVIEZZO, *Il giudizio in via incidentale*, cit., p. 6, il richiamo al principio di continuità dello stato sarebbe fatto impropriamente dalla Corte in quanto riferibile alla continuità del Parlamento nel suo complesso; invece, la sentenza in esame dovrebbe, più correttamente, incidere sulle vicende relative ai singoli parlamentari. Di conseguenza sarebbe stata salva la parte di parlamentari eletti secondo i principi ribaditi nella sentenza n. 1 del 2014 mentre la parte restante, eletta secondo un premio illegittimo, sarebbe stata da "sostituire" secondo regole determinate all'esito della sentenza. Lo stesso Autore riconosce, comunque, le difficoltà connesse all'ulteriore profilo di illegittimità relativo al voto di preferenza e alle liste bloccate che, per quanto non immediato sul blocco delle liste (e più specificamente connesso alla "irragionevole lunghezza" delle stesse), finisce comunque per travolgere il sistema di scelta dei rappresentanti della legge n. 270 del 2005. Sulle conseguenze relative al singolo candidato v. anche il contributo di A. CERRI, in AA. VV., *Dibattito sulla sentenza della Corte costituzionale*, cit., p. 664.

Il giudizio di convalida, come affermato, ha la funzione di accertare la sussistenza dei requisiti richiesti agli eletti, ma anche di verificare l'osservanza delle disposizioni legislative che regolano il procedimento elettorale²³, ivi compresa la legge elettorale. Se le Camere si arrestassero ad una convalida "semplice" i problemi sarebbero sicuramente minori. Non così nel caso di contestazione dell'elezione. Essa è un procedimento contenzioso eventuale caratterizzato dalla partecipazione delle parti interessate che si apre nell'ipotesi in cui la Giunta dubiti della validità dell'elezione²⁴. Il giudizio di contestazione può giungere ad annullare le elezioni ed imporre l'applicazione del diritto alla singola elezione; diritto che deve essere genericamente inteso come comprensivo dei precetti della legge elettorale²⁵. Se questo è vero, è difficile dire quale sia la sorte dei parlamentari ancora in attesa di convalida²⁶, ovvero, quale legge elettorale dovranno applicare le Giunte in sede di contestazione. Un Parlamentare eletto sulla scorta di un premio di maggioranza incostituzionale può ottenere regolare convalida in applicazione dei nuovi principi emersi dalla sentenza in commento? Oppure, per superare questo dubbio andrà, in ogni caso, applicata la vecchia legge elettorale²⁷?

L'alternativa sarà, quindi, tra il considerare l'elezione un fatto concluso senza possibilità di ulteriori accertamenti, ovvero, consentire la convalida da parte della

23 V. LIPPOLIS, *Commento all'art. 66*, cit., p. 134.

24 L. ELIA, *Elezioni politiche (contenzioso)*, in *Enc. dir.*, vol. XIV, Milano, 1965, p. 769 ss.

25 Tale legge – è stato osservato – avrebbe un duplice contenuto: da una parte trasformare i voti in seggi assegnandoli ai singoli eletti; dall'altra, conferire legittimazione al singolo eletto. Mentre il primo aspetto si esaurisce nella proclamazione, il secondo permane per tutta la durata del mandato. È evidente, quindi, che le Camere dovranno tenerne conto nelle loro operazioni di convalida (il dubbio che sorge è stabilire in quale misura potranno continuare a tener conto di una legge ormai dichiarata incostituzionale). Al riguardo si veda il contributo di P. A. CAPOTOSTI, in AA. VV., *Dibattito sulla sentenza della Corte costituzionale*, cit., p. 654.

26 Al momento della pubblicazione della sentenza erano stati convalidati i risultati in una sola regione, la Val d'Aosta. In ragione di ciò è stato depositato presso la Giunta delle elezioni della Camera un'istanza di immediato esame (art. 9 Reg. Giunta elez.) dei "ricorsi" presentati a suo tempo, per contestare il risultato delle elezioni con riferimento ai casi ancora non definiti con convalida in riferimento a 148 Deputati: ciò sulla base della considerazione che per la Corte dovrebbero «ritenersi definite tutte le proclamazioni non contestate ed è evidente che così non è per le proclamazioni oggetto del presente ricorso che sono state tempestivamente contestate». (Così l'Avv. Pellegrino presentatore dell'istanza per conto del "Movimento per il cittadino"). ANSA, 15 gennaio 2014. Tali doglianze erano state, però, qualificate (dalla Giunta delle elezioni della Camera in data 21 maggio 2013) come mero "esposto" che non assume la forma del "ricorso", unico atto in grado di produrre conseguenze giuridiche; pertanto è stato ritenuto irrimediabilmente decorso il termine a ricorrere. Al riguardo G. BUONOMO, *Amor vacui*, in *Mondoperaio*, 12/2013, p. 12. Questioni di analoga complessità, inoltre, deriverebbero dall'osservazione che le proclamazioni non vanno limitate esclusivamente al momento della formazione delle Camere, ma potrebbero avvenire anche in corso di legislatura, in ogni ipotesi in cui si venissero a determinare seggi vacanti. Resta il dato che alle convalide successive ai subentri si è dato luogo secondo la vecchia disciplina elettorale. Tali aspetti sono ben presenti all'attenzione degli organi deputati alla convalida, in particolare si veda la lettera inviata dal Sen. Buemi il giorno 8 ottobre 2014 al Presidente della Giunta delle elezioni del Senato; di questa si dà conto in *Senato, Legislatura 17^a – Giunta delle elezioni e delle immunità parlamentari - Resoconto sommario n. 48 del 16 ottobre 2014*.

27 R. PASTENA, *Operazione di chirurgia elettorale. Note a margine della sentenza n. 1 del 2014*, in *Osservatorio AIC*, Febbraio 2014, p. 7.

Giunta competente sulla base della nuova legge elettorale (o residuata all'esito della sentenza)²⁸.

2. Possibili conseguenze applicative delle affermazioni della Corte.

In verità la Corte non precisa tale aspetto per cui rispetto ad esso possono porsi una pluralità di ipotesi.

Innanzitutto, la valutazione impone di chiarire il significato di "rapporto esaurito". In genere per rapporto esaurito si intende quella situazione giuridica irrimediabilmente bloccata nel suo carattere definitivo da norme giuridiche dell'ordinamento: ad esempio, per essere passata in giudicato una sentenza, per essersi prescritto un determinato diritto. Si tratta di ipotesi che non consentono l'instaurazione di un nuovo giudizio idoneo a rivedere la portata delle medesime situazioni²⁹. A ben vedere tale definizione si scontra con la tesi della Corte costituzionale secondo cui l'elezione è rapporto esaurito dal momento della proclamazione: tale situazione non può essere assimilata a quella di una sentenza passata in giudicato, se non nel caso in cui il giudizio di convalida si sia concluso positivamente; diversamente all'esito di una possibile contestazione l'elezione potrebbe sempre essere annullata, incidendosi sulla sua presunta "definitività".³⁰ È preferibile, pertanto, ritenere che le elezioni in attesa di convalida siano situazioni pendenti che, quindi, risentono direttamente del giudicato della Corte³¹. Tuttavia, il Giudice delle leggi non lo afferma espressamente.

Se la Corte intendesse le elezioni come rapporti esauriti *sic et simpliciter* le stesse sarebbero da considerare perfettamente valide indipendentemente dalla successiva convalida. Ciò, in ragione del principio di continuità dello Stato, consentirebbe di evitare pericolosi "colpi bassi" istituzionali, garantendo la continuità delle maggioranze definite negli organi rappresentativi. Due sono, però, i problemi insormontabili che si porrebbero al riguardo: non si tiene conto del fatto che alcuni eletti potrebbero essere tali sulla base di norme già dichiarate

28 A. SEVERINI, *Luci ed ombre*, cit., p. 11.

29 A. CERRI, *Corso di giustizia costituzionale*, Milano, 2004, p. 225 ss.; E. MALFATTI, S. PANIZZA e R. ROMBOLI, *Giustizia costituzionale*, Torino, 2013, p. 138. Nella giurisprudenza si veda Corte cost., 7 maggio 1984, n. 139, par. 15 Cons. diritto, in *Giur. cost.*, 1984, p. 933 ss., «Per rapporti esauriti debbono certamente intendersi tutti quelli che sul piano processuale hanno trovato la loro definitiva e irretrattabile conclusione mediante sentenza passata in giudicato, i cui effetti non vengono intaccati dalla successiva pronuncia di incostituzionalità [...]. Secondo l'orientamento talvolta emerso nella giurisprudenza di questa Corte [...] e il prevalente indirizzo dottrinale, vanno considerati esauriti anche i rapporti rispetto ai quali sia decorso il termine di prescrizione o di decadenza previsto dalla legge per l'esercizio di diritti ad essi relativi».

30 F. GABRIELE, *Molto rumore per nulla?*, cit., p. 10, osserva che il fatto concluso, in quanto tale, potrebbe dare copertura soltanto a quanto avvenuto prima della dichiarazione d'incostituzionalità; gli effetti prodotti dopo sarebbero fatti nuovi destinati ad essere coperti dal giudicato costituzionale. Alla luce di tale osservazione è difficile collocare le elezioni proclamate ma non convalidate nel novero dei fatti conclusi, in considerazione degli effetti che potrebbero comunque esplicarsi dopo la pronuncia di incostituzionalità.

31 A. RUGGERI, *La riscrittura, in un paio di punti di cruciale rilievo, della disciplina elettorale*, cit., p. 5. S. LIETO e P. PASQUINO, *La Corte costituzionale*, cit., p. 15 s., osservano che la possibilità di riattivare, per diversi motivi, il procedimento di composizione delle Camere consente di identificare l'esistenza di un rapporto giuridico di durata, che ha origine nell'elezione, ma che resta in corso anche nel periodo successivo alla proclamazione, escludendo, poi, che detto rapporto di durata possa con assoluta certezza equipararsi a rapporti pacificamente ritenuti "esauriti".

incostituzionali, ma soprattutto, la Corte verrebbe ad invadere un campo che la Costituzione riserva alle Camere. Nel nostro ordinamento l'art. 66 Cost. attribuisce alle Camere il compito di verificare la sussistenza dei "titoli" degli eletti come espressione di «una tradizione che affonda le sue radici nell'esigenza, propria degli antichi sistemi rappresentativi, di difendere l'autonomia della rappresentanza elettiva»³². Nessun altro organo avrebbe la possibilità di sostituirsi alle Camere nell'affermare il carattere definitivo o meno dell'elezione³³.

Se, invece, si volessero considerare le elezioni non ancora convalidate come rapporti pendenti a tutti gli effetti, la giunta delle elezioni dovrebbe applicare, in sede di convalida la nuova legge elettorale (qualora fosse approvata), ovvero ciò che residua dalla sentenza n. 1 del 2014. In questo modo sarebbero garantite le normali regole sull'efficacia delle pronunce della Corte costituzionale, ma verrebbe alterata artificiosamente la composizione delle Camere. Si darebbe vita ad una "chimera" giuridica, un ibrido nato dall'unione di due diversi sistemi elettorali, per cui una parte dei Deputati sarebbe espressione del sistema proporzionale con premi di maggioranza, mentre l'altra parte di un sistema proporzionale puro delineato dalla Corte³⁴. La conseguenza sarebbe quella di una situazione totalmente caotica³⁵ con un Parlamento a composizione multipla ove sarebbero illogicamente "vigenti" due diverse leggi elettorali: una, la più risalente, per i rapporti ritenuti coperti dal "giudicato"; l'altra, la più recente, per i rapporti pendenti dei parlamentari in attesa di convalida³⁶.

Se si volesse accedere ad una soluzione "intermedia", ossia, ritenere comunque fatto salvo il giudizio di convalida, prerogativa esclusiva di ciascuna Camera, ma rispettando, allo stesso tempo, quanto stabilito dalla Corte sull'impossibilità di compromettere gli esiti delle elezioni svoltesi e sul carattere definitivo del processo di composizione delle Camere che si compie con la proclamazione degli eletti, si dovrebbe prevedere l'applicazione in sede di convalida della vecchia legge elettorale.

Tale ipotesi, che sembra ricavabile dalla considerazione per cui la convalida, meramente confermativa della proclamazione, sarebbe intimamente legata a

32 Corte cost., 4 febbraio 2003, n. 29, in *Giur. cost.*, 2003, p. 169 ss., par. 3 Cons. diritto.

33 G. ZAGREBELSKY e V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, cit., p. 305. Con specifico riferimento alla pronuncia in commento v. i contributi di A. CERRI, p. 664, e F. LANCHSTER, p. 679, in AA. VV., *Dibattito sulla sentenza della Corte costituzionale*, cit.

34 Tale aspetto era stato giustamente colto da diversi autorevoli commentatori già prima della pronuncia della Corte costituzionale. Gli stessi, pur dubitando che l'eventuale declaratoria di incostituzionalità della legge elettorale potesse comportare l'annullamento degli atti adottati dai precedenti Parlamenti eletti con la legge n. 270 del 2005, non escludevano la possibilità di effetti sul Parlamento in carica, almeno per la parte di Deputati e Senatori in attesa di convalida. Cfr. E. ROSSI, *La Corte costituzionale e la legge elettorale: un quadro in tre atti dall'epilogo incerto*, in *Federalismi.it*, 5 giugno 2013, p. 7; P. CARNEVALE, *La Cassazione all'attacco della legge elettorale. Riflessioni a prima lettura alla luce di una recente ordinanza di rimessione della Suprema Corte*, in *Nomos*, 1/2013, p. 11.

35 A. SEVERINI, *Luci ed ombre*, cit., p. 11.

36 Analogo problema si porrebbe nel caso dell'eventuale sostituzione di un parlamentare eletto secondo i meccanismi del premio maggioritario previsti dalla legge n. 270 del 2005. Il nuovo parlamentare sarebbe scelto secondo i vecchi meccanismi premiali o secondo la disciplina applicabile all'esito della pronuncia? Si può determinare un'alterazione nelle modalità (già definite) di composizione di una Camera ricorrendo per il sostituto ad un meccanismo diverso da quello usato per il sostituito?

quest'ultima e di questa condividerebbe la disciplina applicabile³⁷, darebbe luogo a più problemi di quanti ne risolve.

Seguendola, infatti, si avrebbero delle Camere composte secondo un unico meccanismo elettorale: ma non si tiene conto del fatto che, comunque, si continuerebbe a dare applicazione ad una legge incostituzionale (di cui alla prima soluzione esposta); inoltre, si ignora la conseguenza del fatto che dalla convalida si possa passare alla contestazione ed, infine, all'annullamento, non consentendo di accogliere in modo pacifico la tesi del carattere definitivo delle elezioni non convalidate.

Superare tale problema ritenendo comunque applicabile la vecchia legge elettorale in sede di convalida significa contravvenire ai normali criteri di efficacia nel tempo delle sentenze d'incostituzionalità della Corte.

Nell'ambito del suo concreto funzionamento la Corte costituzionale aveva fatto ricorso a raffinate tecniche decisorie al fine di posticipare nel tempo l'effetto della dichiarazione d'incostituzionalità³⁸. In particolare, all'esito di un bilanciamento tra contrapposti valori, alcuni protetti dalla dichiarazione d'incostituzionalità e altri che, pur meritevoli di tutela, verrebbero ad essere compressi dalla medesima dichiarazione, la Corte ha individuato un termine a partire dal quale la disposizione impugnata doveva ritenersi incostituzionale³⁹. In questo modo si deroga sia alla normale retroattività delle decisioni della Corte sia al principio per cui la legge dichiarata incostituzionale non può avere applicazione nel giudizio pendente⁴⁰.

37 Sul punto il contributo di T. F. GIUPPONI, in AA. VV., *Dibattito sulla sentenza della Corte costituzionale*, cit., p. 674, nota 6.

38 Come, d'altra parte, emblematicamente osservato da A. PIZZORUSSO, *Soluzioni tecniche per graduare gli effetti nel tempo delle decisioni di accoglimento della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1988, p. 2425 ss., «nell'ambito di un giudizio di costituzionalità di una legge, ben può aversi d'altronde una situazione nella quale le ragioni che determinano l'incostituzionalità sono tali da risultare operanti con riferimento ad un certo ambito temporale e non ad un altro, per cui, da un punto di vista generale, ben può ipotizzarsi il caso in cui una decisione di accoglimento della Corte pronunci l'illegittimità costituzionale di una norma limitatamente ad un certo ambito temporale di applicabilità. Una soluzione di questo genere ben può essere adottata – sempre sulla base di un'opportuna motivazione – anche per limitare gli effetti di una determinata decisione a taluni rapporti anteriori ma non esauriti cui essa sarebbe astrattamente applicabile». Per una più recente sintesi sul punto v. M. CAREDDA, *La retroattività bilanciabile*, cit.

39 A tal riguardo si vedano, in particolare, Corte cost., 9 marzo 1988, n. 266, in *Giur. cost.*, 1988, p. 1089 ss., con nota di S. BARTOLE, *Elaborazione del parametro ed articolazione del dispositivo in una sentenza sull'ordinamento giudiziario militare*; Corte cost., 5 maggio 1988, n. 501, in *Giur. cost.*, 1988, p. 2361 ss., con nota di S. BARTOLE, *Ancora sulla delimitazione degli effetti temporali di decisione di accoglimento (in materia di pensioni di magistrati)*; Corte cost., 16 febbraio 1989, n. 50, in *Giur. cost.*, 1989, p. 252 ss., con note di A. RUFFINI, *Tendenze evolutive del sindacato incidentale di legittimità costituzionale fra tecniche di giudizio e clausole decisorie extra ordinem (in margine alla vicenda della pubblicità dei processi tributari)*, e A. PISANESCHI, *Determinazione di limiti alla retroattività della decisione costituzionale di accoglimento: potere del giudice costituzionale o del giudice comune?*; Corte cost., 13 luglio 1989, n. 398, in *Giur. cost.*, 1989, p. 1802 ss.; Corte cost., 9 gennaio 1991, n. 1, in *Giur. cost.*, 1991, p. 3 ss.

40 Sul punto A. RUGGERI e A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Torino, 2009, p. 162; E. MALFATTI, S. PANIZZA e R. ROMBOLI, *Giustizia costituzionale*, cit., p. 140 s. Diffusamente su tale aspetto nel medesimo caso trattato v. G. SERGES, *Spunti di giustizia costituzionale*, cit., p. 7 ss., e M. CAREDDA, *La retroattività bilanciabile*, cit., p. 6 ss.

In tale caso non ricorrono gli estremi di un tale tipo di pronuncia, al contrario la Corte sembrerebbe riconoscere una ultrattività parziale di una legge già dichiarata incostituzionale. La Corte non fissa un termine a partire dal quale la legge deve essere considerata incostituzionale⁴¹, ma l'incostituzionalità è attuale, nel senso che in una prossima elezione, anche a scadenza brevissima, dovrebbe applicarsi la disciplina proporzionale residua dopo la sentenza. Nel diverso caso del giudizio di convalida dovrebbe trovare ancora applicazione nel tempo una legge di cui la Corte non tiene "in sospeso" l'incostituzionalità, ma essa è stata già accertata e dichiarata. In questo modo si verrebbe a determinare una modulazione degli effetti della pronuncia non solo diacronicamente ma anche sincronicamente per cui ciò che oggi varrebbe per la convalida non potrebbe valere per le nuove elezioni.

Una convalida condotta in questo modo avrebbe un carattere fittizio in quanto diretta a dare conferma ad una proclamazione evidentemente priva di legittimità costituzionale⁴², per quanto la si voglia collocare nell'ambito dei rapporti esauriti. La convalida sarebbe, sempre e comunque, una conferma d'illegittimità, essa stessa, pertanto, illegittima.

I problemi connessi alle ricadute concrete della scelta della Corte in ordine agli effetti della pronuncia sul Parlamento in carica sono evidenti. Probabilmente sarebbe stato più opportuno evitare un accenno sul punto (che complica il discorso più per quello che non dice che per quello che dice) e lasciare all'interprete la soluzione del caso⁴³, oppure, condurre fino in fondo le implicazioni connesse alla propria decisione: affermare puramente e semplicemente che le elezioni sono un fatto concluso - in virtù della mera proclamazione - non contribuisce alle esigenze di certezza delle situazioni giuridiche (e, in tal caso, anche politiche), da più parti richiesta; tanto più che ciò avviene di fronte ad un Parlamento dalla legittimazione "macchiata", chiamato a fondamentali scelte in materia elettorale e costituzionale⁴⁴.

** Dottorando in Giustizia costituzionale e diritti fondamentali nell'Università degli Studi di Pisa.

41 Come osservato da G. SERGES, *Spunti di giustizia costituzionale*, cit., p. 10, la Corte non indica alcun «ordine di ulteriore, sia pure precaria, limitata e condizionata vigenza della disciplina incostituzionale, bensì si limita alla dichiarazione "secca" d'incostituzionalità».

42 In questo senso anche F. SORRENTINO, in AA. VV., *Dibattito sulla sentenza della Corte costituzionale*, cit., p. 708.

43 Sul punto cfr. P. A. CAPOTOSTI, in AA. VV., *Dibattito sulla sentenza della Corte costituzionale*, cit., p. 654.

44 Esprime le proprie perplessità su un Parlamento delegittimato che possa continuare ad operare "come se nulla fosse successo", ossia, come se la sentenza n. 1 del 2014 non fosse stata pronunciata, A. PACE, *I limiti di un Parlamento delegittimato*, in *Osservatorio AIC*, Marzo 2014. I problemi sono sicuramente aggravati dal processo di riforma costituzionale in corso che, in ragione del maggior consenso democratico da esso richiesto, difficilmente potrebbero essere portato avanti (politicamente) da un Parlamento illegittimamente composto. Al riguardo, d'altra parte, concordano diversi autorevoli Autori che hanno fornito il loro contributo nel *Dibattito sulla sentenza della Corte costituzionale*, tra i tanti v., P. A. CAPOTOSTI, p. 655; L. CARLASSARE, p. 659; F. LANCHSTER, p. 679; F. RIMOLI, p. 690 s.; R. ROMBOLI, p. 696 s.; F. SORRENTINO, p. 708 e S. STAIANO, p. 713.

La Corte europea dei diritti dell'uomo avalla la *Ley Orgánica 6/2007 de reforma del Tribunal Constitucional**

Ugo Adamo**

(5 marzo 2015)

Con una recente decisione (*Affaire Arribas Antón c. Espagne*) depositata il 20 gennaio di quest'anno, la terza sezione della Corte europea dei diritti dell'uomo, all'unanimità, rigetta un ricorso proposto in ragione della decisione del *Tribunal Constitucional de España* (d'ora in avanti *TC*) di non ammettere un *recurso de amparo* per mancanza del requisito sostanziale della *especial trascendencia constitucional* (speciale rilevanza costituzionale), la cui assenza è causa, appunto, di inammissibilità per quanto disposto dalla *Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, de reforma del Tribunal Constitucional* (d'ora in avanti *LOTC*).

La riforma del 2007 introduce l'obbligo, in capo al ricorrente, di dimostrare che il contenuto del ricorso giustifica una decisione nel merito da parte del *TC*, in ragione della sua *especial trascendencia constitucional*, data l'importanza di questa ai fini dell'interpretazione, dell'applicazione o della generale efficacia della Costituzione. Dunque, si supera il modello nel quale l'*amparo* era ammesso a garanzia della sola tutela dei diritti fondamentali: a seguito della riforma, l'accoglimento del *recurso de amparo* deve assicurare una sua 'proiezione oggettiva', che prescindendo dalla (sola) lesione di un diritto fondamentale per assicurare l'interesse pubblico e generale (sotteso al singolo ricorso), permettendo, così, al *TC* di definire la norma imponendola a tutti i pubblici poteri. Entrambi i presupposti di ammissione (lesione del diritto e speciale rilevanza costituzionale) sono fra di loro autonomi, avendo il *Tribunal* esplicitamente affermato che la *especial trascendencia constitucional* è "qualcosa di più e di distinto"¹ dalla denunciata lesione di un diritto fondamentale.

Dicevamo che il ricorrente adisce il giudice europeo perché ritiene che il motivo di inammissibilità – per come è stato fondato, *id est* giudicato carente di *especial trascendencia constitucional* – è "eccessivamente formale"; stesso giudizio vale per l'interpretazione dei criteri utili a rilevare la presenza della speciale rilevanza costituzionale

*In corso di pubblicazione su *Quaderni Costituzionali*.

1 Cfr. *ATC* 11/2012, del 26 gennaio (*Sección Cuarta, FJ 2*). Su tale punto, oramai, il *TC* ha prodotto una giurisprudenza a dir poco granitica, si v., *ex pluribus*, le *SSTC* 96/2010, del 19 luglio (*Sección Tercera, FJ único*) e 69/2011, del 16 maggio (*Sala Primera, FJ 3*).

fornita dal TC per meglio definire il contenuto di tale 'enigmatica' figura processuale (il riferimento va alla nota STC 155/2009 essendo il ricorso *de quo* temporalmente successivo a tale decisione). Tale riforma e tale lettura giurisprudenziale nell'atto di ricorso sono giudicate –sempre dal ricorrente– come contrarie alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo (§ 24), in quanto lederebbero il diritto d'*accès à un tribunal*, che è compreso nel più ampio diritto ad un equo processo (causa *Golden c. Regno Unito* del 21 febbraio 1975, §§ 28-36) così come disciplinato dall'art. 6 § 1.

La *ratio* che sta alla base del ricorso è quella per cui l'evoluzione legislativa (riforma della LOTC) e la seguente (e conseguente) giurisprudenza costituzionale hanno trasformato il *recurso de amparo* in ciò che non è (*rectius* che non potrebbe essere) alla luce delle disposizioni della Costituzione spagnola, che –a dire del ricorrente– lo definiscono come strumento di protezione dei diritti e delle libertà fondamentali a prescindere dal fatto che il ricorso sia portatore di una speciale rilevanza costituzionale (dimensione c.d. 'soggettiva' dell'*amparo*).

La Corte europea, non accogliendo la tesi del ricorrente, dichiara il ricorso infondato, e per una pluralità di ragioni: 1) la configurazione del *recurso de amparo* è di competenza del legislatore statale; 2) il fatto di sottomettere l'ammissibilità del *recurso de amparo* a requisiti di carattere oggettivo è proporzionale alle finalità cui tende la riforma e non lede il diritto all'equo processo; 3) l'applicazione del criterio di ammissibilità, che comunque viene giudicata dalla Corte, è stata delineata dalla giurisprudenza del TC, che – seppur in modo progressivo – ha precisato quando concorre e come deve essere giustificato (formalmente e sostanzialmente) il requisito della *especial trascendencia constitucional*.

La Corte Edu, seguendo sul punto quanto argomentato dal Governo spagnolo, costituitosi in giudizio, ben coglie, a differenza del ricorrente (e di tutti coloro che continuano a sollevare ogni anno migliaia di *recursos de amparo*), le ragioni a base della riforma del 2007 e, quindi, la *ratio* a fondamento della oggettivizzazione dell'*amparo*².

Iniziamo con il ricordare che il TC, già da diversi anni, non era più in grado di svolgere adeguatamente le proprie funzioni e di ricoprire il ruolo cui è chiamato dalla

² A ben vedere bisognerebbe parlare di non completa oggettivazione del *recurso*, in quanto davanti ad un ricorso dichiarato ammissibile, perché portatore (anche) della *especial trascendencia constitucional*, la dimensione soggettiva dello stesso riemerge, poiché il TC giudica nella sua "concretezza la violazione o meno dello specifico diritto in quella particolare fattispecie portata al giudizio del TC [e l'*amparo* arriva] a ricevere quindi una tutela assolutamente diretta e per niente indiretta, come riflesso della garanzia di altri, superiori valori o finalità", così R. ROMBOLI, *La protección de los derechos tras la "objetivación" del amparo*, in M. CARRILLO, ID., *La reforma del recurso de amparo*, Madrid, 2012, 40. Cfr., se si vuole, anche il nostro, *Il «nuovo» amparo constitucional secondo la riforma della legge organica n. 6/2007 e la sua attuazione da parte del Tribunal Constitucional*, in *Rivista di Diritto Costituzionale*, 2011, 196.

stessa Costituzione a causa dell'“ipertrofia”³ del ricorso d'*amparo*. La situazione di ‘stallo’ dei lavori del TC era stata determinata dal fatto che presso la cancelleria del TC pervenivano ogni anno migliaia di questioni, delle quali solo poche decine erano inerenti a ricorsi e questioni di incostituzionalità e a conflitti di attribuzione, mentre la parte rimanente era costituita da *recursos de amparo*. Già dai primi anni '80, si era registrata una evidente crescita di tali *recursos*: se quelli presentati nel 1980 erano 218, già nel 1985 sfioravano il numero di 1.000 (precisamente 969), fino a giungere nel 2007 (anno di entrata in vigore della LOTC 6/2007) a ben 9.840 ricorsi di *amparo* su 10.013 questioni presentate, che andavano letteralmente ad intasare il ruolo delle cause, con la naturale conseguenza che ogni anno (tenendo come anno ultimo di riferimento sempre il 2007) i ricorsi che venivano risolti erano di gran lunga inferiori a quelli ricevuti, con crescente aumento del numero di ricorsi pendenti⁴.

Alla luce di ciò, la Corte europea riconosce che la *ratio* della riforma è quella di attribuire (in modo compiuto) alla giurisdizione ordinaria il ruolo di (diretta) garanzia dei diritti fondamentali e ciò in quanto sono i giudici e i tribunali ordinari i *guardianes naturales y primeros de los derechos fundamentales*, affermazione che si legge in piena continuità, d'altra parte, con il carattere sussidiario del *recurso de amparo*, che viene rafforzato, quindi e soprattutto, con l'*incidente de nullidad de actuaciones* ex art. 241 *Ley Orgánica del Poder Judicial*, vale a dire con quel particolare ricorso giurisdizionale che costituisce l'ultimo rimedio a disposizione dei giudici prima della possibilità che il ricorrente sollevi (in un sistema di garanzie realmente sussidiario) un *amparo constitucional*. Si riconosce, quindi, ai giudici la possibilità di ritornare sulla decisione e correggerla, dal momento che essi, attraverso tale pronuncia, avrebbero leso proprio il diritto fondamentale del quale, ora, si chiede la riparazione. I giudici occupano il posto che in precedenza – e più precisamente prima della riforma del 2007 – era occupato dal TC, in quanto essi tutelano

3 F. FERNÁNDEZ SEGADO, *La reforma del régimen jurídico-procesal del recurso de amparo en España*, in *Revista de Derecho*, 3/2008, 87; P. PÉREZ TREMPES, *Tribunal Constitucional, juez ordinario y una deuda pendiente del legislador*, in ID. (a cura di), *La reforma del recurso de amparo*, Valencia, 2004, 185.

4 Una recente analisi della mole di lavoro (che continua ad essere) richiesta al *Tribunal* è in J.M. MORALES ARROYO, *Presentación*, in ID. (diretto da), *Recurso de amparo, derechos fundamentales y trascendencia constitucional (El camino hacia la objetivación del amparo constitucional en España)*, Navarra 2014, 10 ss. Sulla riduzione dell'arretrato dovuta in gran parte alla riforma del 2007, si v. M. HERNÁNDEZ RAMOS, *¿Admisión discrecional de los recursos de amparo por el Tribunal Constitucional? Balance de cuatro años de aplicación del nuevo trámite de admisión*, in *Revista de las Cortes Generales*, 81/2010, 280 e, se si vuole, anche U. ADAMO, *A cinque anni dalla riforma della Legge Organica del Tribunal Constitucional. Verso lo smaltimento dell'arretrato? Osservazioni a partire dalle Memorias di 'inizio' anno*, in *www.rivistaaic.it*, 4/2012, 10 ss.

direttamente i diritti fondamentali senza previa verifica della presenza (concorrente) della *especial trascendencia constitucional*; da ciò deriva l'affermazione per cui, per molti aspetti, i giudici sono l'ultimo baluardo dei diritti consacrati in Costituzione. D'altronde, che i giudici siano i guardiani primi e naturali dei diritti fondamentali è qualcosa in più che una mera affermazione legale⁵ o giurisprudenziale⁶. Tale constatazione è dovuta, piuttosto, alla loro opera concreta ed è supportata da dati oggettivi: è sufficiente richiamare la percentuale delle risoluzioni annullate dal TC già prima dell'entrata in vigore della riforma (che è del 2%, e coincide con i dati a otto anni dall'entrata in vigore) per concordare con la definizione appena riportata.

Per i giudici di Strasburgo, il diritto d'*accès à un tribunal* ha un carattere relativo e non assoluto, che può essere limitato per giungere a fini legittimi, stabiliti mediante un *test* di proporzionalità tra mezzi utilizzati e scopi perseguiti. Dicevamo che il passaggio argomentativo decisivo impiegato dalla Corte (contenuto nel § 48) per valutare la conformità a Convenzione della riforma del 2007 e quindi escludere che vi sia stata violazione del diritto di accesso ad un tribunale, è quello secondo cui la riforma della LOTC (e quindi della giurisprudenza che l'ha attuata) deve essere valutata nel merito, vale a dire secondo gli obiettivi prefissati dal legislatore, che sono ritenuti legittimi dalla Corte: migliorare il funzionamento del massimo organo della giustizia costituzionale spagnola; rafforzare la salvaguardia dei diritti fondamentali; evitare un *encombrement excessif du rôle* del TC con "questioni di minore importanza".

Se con riguardo al primo obiettivo *nulla questio*, due precisazioni sono opportune rispetto al secondo e al terzo punto rilevato dai giudici di Strasburgo.

Leggere la riforma come rafforzamento per la salvaguardia dei diritti fondamentali non pare del tutto corretto se ciò (oltre a quanto ricordato prima con riguardo all'*incidente di nullidad*) non è seguito almeno da una precisazione, che del resto è ben presente alla Corte europea, vale a dire quella per cui la riforma – avendo il merito di garantire una maggiore celerità della decisione del giudice costituzionale, di ridurre la "valanga"⁷ di ricorsi che annualmente intasavano la cancelleria del TC e di smaltire l'arretrato – consente che il TC risponda (nel merito) in modo più celere garantendo così un

5 Cfr. il III capoverso della Esposizione dei motivi che accompagnano la LOTC 6/2007.

6 SSTC 9/2014, del 27 gennaio (FJ 3), 107/2011, del 20 giugno (Sala Segunda, FJ 5), 43/2010, del 26 luglio (Sala Primera, FJ 5); ATC 10/2010, del 25 gennaio (Sección Cuarta, FJ único).

7 P. CRUZ VILLALÓN, *Costituzione spagnola e giustizia costituzionale*, in *Il Foro italiano*, 1999, V, 275

innalzamento della tutela dei diritti fondamentali, che rimane (una volta ammesso il ricorso) compito della giurisdizione costituzionale.

Con riguardo all'altra constatazione fatta dalla Corte (tralasciare le questioni di minore importanza), bisogna chiarire cosa debba intendersi per 'maggiore' o 'minore' rilievo di una questione; se ci si riferisce, cioè, all'importanza costituzionale del ricorso ovvero ad una rilevanza di altro tipo, per la quale – riprendendo i motivi di ricorso della parte ricorrente (§ 36) – la riforma limiterebbe l'accesso ai *recursos* alle sole questioni aventi una "importanza mediatica, sociale o politica". A tale proposito, a noi pare invece che non si possa affermare che la riforma della *LOTC* limiti la decisione nel merito alle sole questioni di significativa rilevanza così come descritte dal ricorrente, e ciò alla luce, in particolare, della già richiamata *sentencia* 155/2009.

Entrata in vigore la modifica della *LOTC*, dinanzi al *TC* si presentavano come percorribili almeno due strade: riconoscersi un ampio margine di discrezionalità⁸ (riempiendo di contenuto la nozione della speciale rilevanza costituzionale casisticamente, *id est* solo gradualmente, sulla base dei casi concreti che si sarebbero presentati e, quindi, "in considerazione della particolarità del caso"), ovvero limitarlo, prescindendo dal caso concreto e anticipando, in tal modo, le ipotesi che sarebbero state considerate espressione della speciale rilevanza costituzionale, e quindi ammissibili, con "evidente beneficio per la certezza del diritto e per la trasparenza dell'attività del giudice costituzionale"⁹. Delle due strade è stata scelta la seconda (e tale modo di procedere è ritenuto più che legittimo dai giudici di Strasburgo, cfr. § 46), anche al fine di ridurre l'onere richiesto ai ricorrenti nel predisporre la domanda di *amparo*.

Con la *STC* 155/2009, il *TC* ha avuto modo di affermare che le ipotesi dove ricorre la *especial trascendencia constitucional* sono sette e sono le seguenti: a) che nella domanda si faccia riferimento ad un problema o ad un aspetto di un diritto fondamentale amparabile rispetto al quale non esiste una giurisprudenza costituzionale, ovvero che il *TC* si trovi per la prima volta dinanzi ad un caso nuovo; b) che il ricorso offra al *Tribunal* la possibilità di chiarire o di mutare la propria giurisprudenza, come risultato di un processo di riflessione interna o di nuove realtà sociali, di mutamenti normativi rilevanti ovvero di cambiamenti di

⁸ Risulta più che opportuna una precisazione di ordine generale ponendo l'attenzione sulla circostanza che il *TC* non ha la possibilità di selezionare liberamente i ricorsi fra quelli che accoglie e quelli che, invece, dichiara inammissibili, perché, se la domanda di *amparo* risulta completa di tutti i requisiti richiesti per l'ammissione, il *TC* è obbligato a giudicare nel merito il *recurso* e non può (discrezionalmente) decidere se ammetterlo o meno. Per questo non si può parlare di *writ of certiorari* per la selezione dei ricorsi di *amparo*.

⁹ R. ROMBOLI, *La protezione dei diritti fondamentali dopo la c.d. "oggettivazione" dell'amparo costituzionale in Spagna: un'analisi comparata con la esperienza italiana*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it, 13.

giurisprudenza degli organi incaricati di interpretare i trattati o gli accordi internazionali; c) che la supposta violazione di un diritto fondamentale discenda da una legge o da altra disposizione di carattere generale; d) che si sia formato un diritto vivente contrario a Costituzione; e) che il TC pronunci una decisione in grado di porsi come giurisprudenza consolidata per il futuro e che sia fatta propria dalla giurisdizione ordinaria; f) che il giudice sia venuto meno al dovere di seguire l'interpretazione già indicata dal TC e che lo abbia fatto in modo manifesto; g) che il problema posto, pur non rientrando in nessuna delle ipotesi precedenti, prescindendo dal caso concreto, ponga una questione giuridica di rilevante e generale ripercussione sociale, economica o politica.

Come si vede, quindi, l'importanza del contenuto del ricorso con riguardo al soggetto ricorrente o alla rilevanza politica o mediatica della questione come fondamento giustificativo della *especial transcendencia constitucional* prescinde dalla lettera della LOTC e dalla giurisprudenza costituzionale, potendo tutto al più rientrare nel solo punto g). Ciò che manca nell'elenco – e il ricorrente pare che si dolga proprio di questo¹⁰ – è l'ipotesi per cui si ammette il *recurso* dinanzi ad una grave lesione dei diritti fondamentali invocati, a differenza, ad esempio, di quanto avviene per il ricorso costituzionale diretto al *Bundesverfassungsgericht*. Infatti, nel 1993 viene modificato l'articolo 93 della legge sul funzionamento della Corte costituzionale tedesca ed in essa, per la prima volta, si prescrive che il ricorso individuale diretto (*Verfassungsbeschwerde*) debba contenere, pena l'inammissibilità, il requisito della 'rilevanza costituzionale fondamentale', anche se è prescritto che il ricorso sarà comunque dichiarato ammissibile nel caso in cui la mancanza di una decisione nel merito possa causare "un grave pregiudizio per il richiedente *amparo*".

Per il massimo organo della giustizia costituzionale spagnola, invece, prescindere dalla eventuale lesione del diritto fondamentale invocato quando si valuta, in fase di ammissione, la presenza o meno della *especial transcendencia constitucional* significa non rilevarne neanche la gravità. Così facendo, il TC – in modo netto – prende posizione sulla questione che aveva animato i dibattiti dottrinali nei quali vi era chi¹¹ (avanzando ipotesi

10 Dall'ammissione rimarrebbero esclusi i "casi di violazione reale ed effettiva dei diritti. Il criterio di ammissibilità deve [...] basarsi sugli effetti reali o materiali, e non puramente formali, a condizione che [si dimostri] il pregiudizio subito", così nel § 36.

11 Spingeva per tale interpretazione, anche alla luce di quanto avviene nel sistema di giustizia costituzionale tedesco, M. HERNÁNDEZ RAMOS, *El nuevo trámite de admision del recurso de amparo constitucional*, Madrid, 2009, 296 e 359; E. ESPÍN TEMPLADO, *Comentarios al anteproyecto de reforma de la LOTC*, in ID., G. FERNÁNDEZ FERRARES, P. CRUZ VILLALÓN, *La reforma de la justicia constitucional*, Navarra, 2006, 32; A. ESPINOSA DÍAZ, *El recurso de amparo: problemas antes, y después, de la reforma*, in *www.indret.com*, 15. In tale filone

ricostruttive sulla interpretazione della *especial trascendencia constitucional*, e prima della *STC 155/2009*) argomentava circa la possibilità di considerare la gravità del pregiudizio per il richiedente *amparo* come elemento integrante del nuovo requisito introdotto dalla riforma. È più che opportuno, a questo punto, richiamare l'*ATC 29/2011*, del 17 marzo (*Sección Primera, FJ 3*), in quanto ci pare degna di particolare attenzione: il carattere non tassativo dell'elenco stilato con la sentenza *155/2009* ha fatto sì che si sia avanzata la tesi di far rientrare proprio nel punto g) l'ipotesi di una grave violazione del diritto fondamentale. La proposta di tale argomentazione è alla base dell'ordinanza segnalata; infatti essa fu avanzata dal pubblico ministero in occasione di un *recurso de súplica* contro una *providencia* di inammissibilità per carenza della *especial trascendencia constitucional*. Il *TC* rifiutò tale interpretazione ed ebbe modo di affermare che non si può “includere il criterio della gravità del pregiudizio, per i titolari dei diritti fondamentali che ne denunciano la lesione, fra i requisiti con i quali si deve apprezzare che un ricorso di *amparo* contiene la speciale rilevanza costituzionale. Il rinvio al punto g) della *STC 155/2009, FJ 2* [...] non può intendersi come apertura ad un criterio puramente soggettivo della gravità della lesione, perché, dato il necessario carattere oggettivo del ricorso di *amparo* a partire dalla riforma introdotta dalla *LO 6/2007*, il problema della speciale gravità del pregiudizio soggettivo o la speciale gravità della lesione costituzionale può solo aggiungersi alla generalità degli effetti dell'*amparo*”.

A questo punto è più che opportuno rilevare che un'altra (e molto significativa) riforma della *LOTC* era (già) stata giudicata conformemente al parametro convenzionale. Ci si riferisce alla previsione dell'utilizzo della *providencia*, atto giurisdizionale con il quale si dichiara proprio l'inammissibilità del *recurso*. Al di là delle diverse tesi avanzate in dottrina sulla legittimità o meno della mancanza di motivazione della *providencia* – che è proprio un atto giurisdizionale carente di motivazione –, con una recente decisione di inammissibilità della stessa CorteEDU¹², il giudice di Strasburgo ha avuto modo di

dottrinario anche altra autorevole dottrina, fra la prima a commentare la *STC 155/2009*, che poneva la mancanza della violazione dei diritti fondamentali fra gli aspetti negativi della sentenza: F.J. GARCÍA ROCA, *Justicia constitucional: procesos y competencias*, in *Justicia administrativa*, 45/2009, 90. Vi è anche chi afferma che il *TC* possa sempre rintracciare l'elemento soggettivo della *especial trascendencia constitucional* nell'interpretazione della sua definizione legale, più precisamente in quella che fa riferimento alla *aplicación o general eficacia* della Costituzione, in tal senso S. OUBIÑA BARBOLLA, *El Tribunal Constitucional. Pasado, presente y futuro*, Valencia, 2012, 507.

¹² *Causa Pedro Maria Beraza Oroquieta c. España*, ordinanza del 25 settembre 2012, di cui si dà conto nella memoria del *TC* dell'anno 2013. *Anexo IV*, reperibile in <http://www.tribunalconstitucional.es/en/tribunal/memorias/Documents/memo%202012%20anexo%2004%20estrasburgo.pdf>.

affermare che la mancanza di motivazione della *providencia* non viola il diritto ad un processo equo così come tutelato dall'art. 6 § 1. Il giudice europeo ha precisato che la circostanza che un *recurso de amparo* non venga ammesso dal *Tribunal Constitucional* mediante una *providencia ex art. 50.1 LOTC*, che si limita ad affermare che il *recurso* è carente della *especial transcendencia constitucional*, rispetta il dovere ricadente sui giudici di motivare le proprie decisioni, in quanto tale obbligo non comporta l'esigenza di offrire una risposta dettagliata ad ogni domanda formulata. Inoltre, e soprattutto, tenendo in debito conto che il *recurso* si presenta dinanzi ad una giurisdizione superiore, risulta lecito che esso venga dichiarato inammissibile limitandosi a far riferimento alle disposizioni legali che richiedono la predisposizione dell'atto processuale in questione, sempre che le questioni non rivestano una importanza tale da essere accolte.

La sentenza della Corte europea, quindi, deve essere letta ricordando il ruolo che la giustizia costituzionale spagnola ha già svolto e quello che dovrà svolgere nella costruzione, prima, e nel mantenimento, ora, dell'ordinamento costituzionale. Se nei suoi primi vent'anni di attività il *TC* ha contribuito al consolidamento dello Stato costituzionale spagnolo, anche e soprattutto attraverso la diffusione dei valori costituzionali, la funzione pedagogica¹³ da esso esercitata pare oggi essersi conclusa, dovendosi il *Tribunal* occupare soprattutto del controllo di costituzionalità delle leggi e della risoluzione dei conflitti tra i poteri dello Stato e tra le autonomie locali, senza, d'altra parte, perdere del tutto la sua funzione di tutela dei diritti fondamentali.

Il legislatore organico del 2007 dimostra di aver superato quella sorta di sfiducia nei confronti dei giudici che aveva portato il legislatore costituente alla convinzione che questi, non riuscendo ad "interiorizzare con rapidità i nuovi valori costituzionali in materia di diritti, [avevano individuato nel *Tribunal*] l'organo supremo cui affidare, in materia di diritti fondamentali, la formazione di un orientamento giurisprudenziale vincolante per tutti i poteri dello Stato"¹⁴.

La riforma, letta nel suo complesso – e questo è quello che fa la CorteEDU –, tende a rendere più agevole il lavoro del *TC*, a ridefinire i rapporti con l'organo giudiziario e a delimitare il ricorso d'*amparo* ad uno strumento di tutela eccezionale, anche se ciò tarda ancora a palesarsi e il ricorso che è alla base della sentenza commentata ne è una prova.

13 TOMÁS Y VALIENTE, *Escritos on y desde el Tribunal Constitucional*, ora in *Id.*, *Obras completas*, III, Madrid, 1997, 2180.

14 G. ROLLA, *Corte costituzionale, giudici comuni e interpretazioni adeguatrici. L'esperienza spagnola*, in www.cortecostituzionale.it, 29; P. CRUZ VILLALÓN, *El recurso de amparo constitucional. El juez y el legislador*, in *Id.*, *La curiosidad del jurista persa, y otros estudios sobre la Constitución*, Madrid, 1999, 479.

Infatti, la riforma inizierà a produrre risultati solo allorché gli avvocati si asterranno dal presentare ricorso di *amparo* al *Tribunal Constitucional* se non avranno la fondata presunzione che il ricorso venga accolto, in quanto in possesso della *especial trascendencia constitucional*.

Quindi, la CorteEDU, avallando la riforma del 2007, conclude affermando che “il ricorrente non è stato privato della sostanza del suo diritto di accesso ad un tribunale. Inoltre, le limitazioni applicate perseguono un obiettivo legittimo. L’applicazione delle limitazioni in questione non ha condizionato la ragionevolezza del rapporto tra i mezzi impiegati e lo scopo perseguito. Per questi motivi, la Corte giudica che il ricorrente non ha subito un intervento sproporzionato al suo diritto di accesso ad un tribunale” (§ 52).

La CorteEDU ha concluso per la non violazione dell’art. 6 § 1 e ha, quindi, riconosciuto la piena conformità a Convenzione della riforma dell’*amparo* in Spagna (la cui legittimità a Costituzione era già stata affermata proprio dal TC) e, nel far ciò, aveva bene presente anche gli altri sistemi di giustizia che limitano la possibilità di accesso diretto ai Tribunali (senza ledere alcun *droit à un tribunal*) come avviene, ad esempio, per il Tribunale Federale Tedesco e per la stessa Corte europea. Allo stesso tempo, ha ricordato che “compito [della Corte] non è quello di controllare *in astratto* la legge [...], ma quello di giudicare se il modo in cui [essa è stata] applicata al ricorrente ha violato la Convenzione” e questo a prescindere dal fatto che il TC abbia o meno dichiarato inammissibile il *recurso* rilevata l’assenza della *especial trascendencia constitucional* (§ 51).

**Assegnista di ricerca in Diritto costituzionale presso l’Università ‘Magna Graecia’ di Catanzaro

Eguaglianza o neutralità nell'IVA sugli ebook, tra sovranità nell'interpretazione autentica ed esegesi letterale della Corte di giustizia *

di Flavio Guella**
(23 marzo 2015)

La questione dell'assoggettabilità dei libri elettronici ad IVA ridotta presenta, nel contesto europeo e nazionale, una specifica rilevanza pratica, posto che la Francia ha optato per un'aliquota del 5,5% e il Lussemburgo e l'Italia per aliquote – rispettivamente – del 3% e del 4%. L'ammissibilità di tali regimi di favore è stata vagliata, in riferimento a Francia e Lussemburgo, nelle sentenze della Corte di giustizia del 5 marzo 2015 relative alle cause C-479/13 e C-502/13, con esito negativo.

La medesima questione pone specifici problemi teorici, posto che l'ammissibilità o meno di tali trattamenti fiscali favorevoli dipende da diverse soluzioni ermeneutiche, assumibili a livello nazionale o nel contesto della sistematica tributaria dell'Unione europea. Nel caso italiano, in particolare, la sovranità finanziaria si è espressa con un'interpretazione autentica del regime IVA, volta ad assimilare l'imposizione sugli ebook a quella relativa ai libri cartacei; opzione nazionale che si è posta come un'esegesi orientata dal principio di eguaglianza. A tale soluzione ermeneutica si contrappone quella indicata dalla Corte di giustizia, che segue invece un approccio letterale mediante il quale viene esclusa una portata del principio di c.d. neutralità fiscale che sia analoga a quella, generale, di un principio costituzionale di parità di trattamento.

Nell'ordinamento italiano l'art. 16 del d.P.R. 633/72 distingue tra un'aliquota IVA normale (22%), una sola aliquota ridotta (10%) ed un'aliquota c.d. super-ridotta (4%). Quest'ultimo regime di prelievo, valido per i beni e servizi di cui alla parte II della tabella A, è compatibile con la direttiva 2006/112/CE in materia di IVA nella misura in cui si applichi ad operazioni così beneficate già al 1° gennaio 1991 (gli artt. 99 e 110 della direttiva non consentendo – altrimenti – un'imposizione inferiore al 5%, ponendo un divieto che è stato fatto oggetto di giurisprudenza restrittiva: cause C-462/05, *Commissione c. Portogallo*; C-240/05, *Eurodental*; C-169/00, *Commissione c. Finlandia*).

Per quanto riguarda specificamente il regime fiscale dei prodotti librari, la direttiva 2009/47/CE era però intervenuta sulla direttiva 2006/112/CE, anche con l'obiettivo di "precisare ed adeguare al progresso tecnologico il riferimento ai libri nell'allegato III" (Considerando n. 4); ciò meglio specificando l'originaria espressione – "fornitura di libri" – come "fornitura di libri su qualsiasi supporto fisico" (punto 6 dell'allegato III), ostacolando però in tal modo soluzioni interpretative di tipo evolutivo.

A fronte di questo contesto normativo, il legislatore italiano ha comunque tentato di applicare l'aliquota super-ridotta del 4% anche ai libri digitali, operando appunto mediante interpretazione autentica in modo da sfruttarne la fisiologica retroattività e – così – rispettare il termine del 1° gennaio 1991 (come momento oltre il quale non perpetrare ulteriori scelte qualificatorie di favore, in deroga). L'art. 1, co. 667, della legge 190/2014 (legge di stabilità 2015) ha infatti equiparato l'imposizione indiretta su libri cartacei (già pacificamente ricondotti al n. 18 della tabella A, parte II, del d.P.R. 633/1972) e l'imposizione indiretta su ebook, statuendo che per "libro" ha da intendersi ogni pubblicazione identificata da codice ISBN, anche se veicolata attraverso mezzi di comunicazione elettronica.

* Scritto sottoposto a *referee*.

In antitesi a tale opzione del legislatore-interprete italiano va però considerata la ricostruzione della disciplina europea fornita nelle citate sentenze sui ricorsi per inadempimento avverso i regimi IVA per l'editoria elettronica adottati in Francia e Lussemburgo. L'esegesi della Corte di giustizia nelle cause C-479/13 e C-502/13 ha infatti segnato un orientamento di tipo restrittivo, considerando non ammissibile l'estensione dell'ambito di applicazione delle aliquote ridotte al di fuori dei casi e delle condizioni previste dal dato letterale della disciplina UE.

Secondo la ricostruzione della Corte, l'applicazione di un'aliquota ridotta è ammissibile – ex art. 98, par. 2, co. 1, della direttiva IVA – unicamente per le cessioni di beni e le prestazioni di servizi di cui all'allegato III (cfr. la sentenza in C-219/13, *K Oy*, punti 21 e 22); allegato che menziona la “fornitura di libri su qualsiasi tipo di supporto fisico”, cui non sarebbero assimilabili gli ebook in quanto alienati tipicamente in via elettronica. È così stato confermato che per delimitare la portata di una disposizione di diritto dell'Unione si deve tener conto del suo contesto e delle sue finalità ma – allo stesso tempo, e qui in via prioritaria – anche del tenore letterale (cfr. i riferimenti dal punto 23 della sentenza in C-174/08, *NCC Construction Danmark*); dato letterale che nel caso di specie, proprio nel riferirsi a “supporti fisici”, garantisce la coerenza dell'elencazione dell'allegato con il generale precetto di inammissibilità di aliquote IVA ridotte per i “servizi forniti per via elettronica” (ex art. 98, par. 2, co. 2; tipologia di servizio cui la Corte ha ricondotto la fornitura di ebook).

L'opzione letterale sarebbe peraltro ulteriormente corroborata dal contesto della disposizione, sia sistematico che finalistico. Per quel che riguarda l'interpretazione sistematica, la disposizione sull'assoggettabilità dei libri ad IVA ridotta costituisce una deroga al principio dell'aliquota “normale” e, pertanto, dev'essere interpretata restrittivamente (cfr. i riferimenti dal punto 18 della sentenza in C-360/11, *Commissione c. Spagna*). Per quel che riguarda l'interpretazione teleologica, sebbene mediante l'individuazione dell'ambito di applicazione del punto 6 dell'allegato III della direttiva IVA nella “fornitura di libri su qualsiasi tipo di supporto fisico” il legislatore europeo abbia perseguito l'obiettivo di adeguare la nozione di “libri” al progresso tecnologico (cfr. Considerando 4 della direttiva 2009/47), nondimeno il contesto letterale non permette di ignorare che il “verso” di tale adeguamento sembra essere quello ostativo di un'equiparazione dei regimi fiscali.

La Corte di giustizia ha operato quindi una ricostruzione rigorosa del quadro normativo europeo, ponendone la literalità alla base dell'esegesi proposta; manca invece una sensibilità “costituzionale” nella considerazione del ruolo che alcuni principi generali – pure rilevanti in materia – avrebbero potuto svolgere, in particolare orientando l'interpretazione nel senso di valori di eguaglianza.

In ciò, l'interpretazione autentica svolta nell'ordinamento italiano (del n. 18 della tabella A, parte II, del d.P.R. 633/72) si pone come metodologicamente antitetica rispetto a quella europea (del punto 6 dell'allegato III della direttiva IVA). A parere della Corte di giustizia, infatti, l'interpretazione letterale (pur prospettabile anche sulla base del d.P.R. italiano in materia di IVA) non sarebbe rimessa in discussione dal principio di c.d. neutralità fiscale.

Tale neutralità, che costituisce una traduzione – in materia di imposte indirette – del principio generale di parità di trattamento (cfr. i riferimenti dal punto 41 della sentenza in C-174/08, *NCC Construction Danmark*), esclude quelle ricostruzioni ermeneutiche del regime di singoli tributi o di sistemi fiscali complessivi che possano incidere sulle decisioni e i comportamenti dei contribuenti, espressione di autonomia privata. Il regime fiscale (e la sua interpretazione ed applicazione) deve cioè evitare distorsioni e variazioni nei prezzi tali da incidere sulle scelte del contribuente; la libertà economica dei singoli non deve così

essere condizionata da scelte impositive che discriminino irragionevolmente alcune opzioni di acquisto a discapito di altre, senza una *ratio* meritoria a giustificazione di tale discriminazione (come pare nel caso del diverso regime di prelievo per libri cartacei ed ebook).

Tuttavia, la Corte di giustizia non ha valorizzato tale interpretazione orientata ai principi, ritenendo recessivo il valore della neutralità fiscale, che non potrebbe intervenire neppure in via suppletiva a fronte di una disposizione equivoca. Tale principio UE non opererebbe cioè in chiave integrativa, nel senso di consentire l'estensione dell'ambito di applicazione di un'aliquota IVA ridotta in presenza di una disposizione suscettibile di più interpretazioni, e ciò in quanto la neutralità fiscale – pur derivante dal principio di parità di trattamento – non è considerata una regola di diritto primario che possa incidere sulla validità del diritto derivato, né operare in senso additivo sul piano ermeneutico (cfr. i riferimenti dal punto 50 della sentenza in C-174/11, *Zimmermann*).

In questa prospettiva, il punto 6 dell'allegato III della direttiva IVA non è stato considerato disposizione la quale, in modo sufficientemente non equivoco, estenda l'ambito di applicazione delle aliquote ridotte alla fornitura di libri elettronici; pertanto – in forza della struttura normativa così descritta, che limita l'impiego del principio di neutralità fiscale come strumento di interpretazione creativa – la Corte di giustizia ha escluso la possibilità di un'esegesi della nozione di "libro" orientata al valore della parità di trattamento.

Sulla base di tale ricostruzione ermeneutica le sentenze del 5 marzo 2015 hanno condannato Francia e Lussemburgo per violazione del diritto UE, mentre rimane aperto il giudizio sul regime che il legislatore italiano – nell'esercizio della sua sovranità finanziaria, espressa quale interprete autentico delle disposizioni fiscali – ha sviluppato in materia, ponendo al centro della propria esegesi l'apprezzamento del ruolo del principio di eguaglianza nelle qualificazioni degli oggetti del trattamento impositivo.

Sebbene tale impostazione dell'ordinamento italiano risulti in contrasto con la ricostruzione svolta dalla Corte di giustizia, nondimeno la specifica considerazione della parità di trattamento nei regimi fiscali di libri cartacei ed ebook era già stata fatta oggetto di attenzione politica nella Comunicazione della Commissione sul futuro dell'IVA, del 6 dicembre 2011 [COM (2011) 851 def.], nonché nel Consiglio UE *Istruzione, gioventù, cultura e sport* del 25 novembre 2014 (pur se non competente in materia fiscale); ciò con un sostanziale auspicio di interventi sulla direttiva IVA volti a realizzare un'effettiva neutralità del prelievo fiscale relativo alla commercializzazione di ebook o libri cartacei.

Nell'attesa di un intervento risolutore a livello europeo, permane il problema del rapporto tra ordinamento italiano e diritto dell'Unione, posto che sebbene sia la Corte di giustizia l'interprete privilegiato della disciplina UE, nondimeno nell'esegesi delle disposizioni di armonizzazione fiscale la stessa Corte deve garantire standard di tutela della parità di trattamento che siano adeguati alla difesa dei diritti fondamentali dei contribuenti, anche con interpretazioni conformi ai principi di razionalità del sistema (validi altresì per il diritto europeo, e non solamente invocabili dal legislatore che svolga una propria interpretazione autentica in un'ottica costituzionalmente orientata). Non sfruttare il principio generale della neutralità fiscale per fondare un'interpretazione evolutiva del regime IVA degli ebook segnala quindi una perdurante diversità di sensibilità in materia di standard costituzionali nell'ambito degli ordinamenti tributari nazionale e dell'Unione europea, che il formante giurisprudenziale europeo – in questa ipotesi – non ha ritenuto di superare.

** Assegnista di ricerca in Diritto pubblico comparato, Università di Trento

La delimitazione dell'obiezione di coscienza
alla luce di alcune recenti vicende giudiziarie e amministrative *

Benedetta Liberali**

(20 marzo 2015)

L'ordinanza cautelare del Consiglio di Stato (sez. III, 5.2.2015) che ha parzialmente sospeso l'efficacia del Decreto della Regione Lazio, relativo alle Linee di indirizzo per le attività dei consultori familiari (U00152, 12.5.2014), offre l'occasione per tornare a riflettere sulla esatta delimitazione del diritto di obiezione di coscienza in materia di interruzione volontaria di gravidanza e, in particolare, sul possibile riconoscimento del diritto di obiezione di coscienza nelle attività consultoriali e anche in quelle precedenti, come la contraccezione.

L'art. 9, l. n. 194/1978, consente al personale medico di sollevare obiezione di coscienza per le "procedure di cui agli articoli 5 e 7 [e gli] interventi per l'interruzione della gravidanza" (co. 1) e per le "procedure e [...] attività specificamente e necessariamente dirette a determinare l'interruzione della gravidanza", ma non per le attività di "assistenza antecedente e conseguente all'intervento" (co. 3), fermo restando l'obbligo di intervento anche del medico obiettore nel caso di imminente pericolo di vita per la donna (co. 5).

A fronte di questo riconoscimento, l'art. 9, co. 4, impone agli ospedali e alle Regioni di organizzarsi in modo da assicurare "in ogni caso" l'accesso all'intervento abortivo.

A partire dall'entrata in vigore della legge, la concreta prassi applicativa ha mostrato rilevanti problematicità - già prefigurate durante i lavori preparatori e definite "tecniche di delegittimazione e di depotenziamento" da Brunelli, "L'interruzione volontaria della gravidanza: come si ostacola l'applicazione di una legge (a contenuto costituzionalmente vincolato)", in *Scritti in onore di Lorenza Carlassare*, Jovene, 2009, 823 - in rapporto al diritto di obiezione di coscienza da un punto di vista sia quantitativo (numero di medici obiettori) sia qualitativo (delimitazione del diritto di obiezione).

Rispetto al primo profilo, come è stato accertato dal Comitato Europeo dei Diritti Sociali (decisione di merito sul Reclamo collettivo n. 87/2012, IPPF EN c. Italia, su cui si veda D'Amico, "The Decision of the European Committee of Social Rights on the conscientious objection in case of voluntary termination of pregnancy (Collective Complaint No. 87/2012)", in D'Amico – Guiglia (a cura di), *European Social Charter and the challenges of the XXI century*, Napoli, 2014, e Lanzoni – Liberali, "The protection of the right to health and the procedures for voluntary termination of pregnancy between European Court of Human Rights and European Committee of Social Rights", ivi), l'elevato e crescente numero di medici obiettori di coscienza e la disorganizzazione di ospedali e Regioni sono idonei a impedire l'effettivo accesso al trattamento abortivo, con conseguente violazione degli artt. 11 (*Diritto alla salute*) ed E (*Non discriminazione*) della Carta Sociale Europea.

* In corso di pubblicazione su *Quaderni costituzionali*.

Dal punto di vista qualitativo, nella concreta prassi applicativa si è cercato di estendere il diritto di obiezione alle attività non specificamente e necessariamente dirette all'aborto; all'intervento del giudice tutelare nella procedura abortiva della minorenni; alle attività consultoriali; alla contraccezione e alle attività di infermieri e farmacisti.

Con riguardo alle prime, come è noto, in diverse occasioni la giurisprudenza è stata chiamata a esprimersi sui limiti del diritto di obiezione e a definire quali siano le attività dirette all'aborto. Le più significative riguardano i casi decisi dalla Pretura di Ancona (1979), secondo cui non possono rifiutarsi le attività che lasciano ancora spazio a "una desistenza dalla volontà di effettuare l'intervento abortivo", come l'elettrocardiogramma, al contrario di "quelle legate in maniera indissolubile, in senso spaziale, cronologico e tecnico, all'intervento abortivo"; dalla Pretura di Penne (1983), secondo cui la preparazione di un campo sterile per il successivo intervento è attività di assistenza precedente che non può essere rifiutata, e dalla Corte di cassazione (2013), che ha confermato che l'assistenza medica dopo l'aborto non rientra nell'ambito applicativo dell'art. 9, a prescindere dal pericolo per la vita della donna.

Rispetto alla possibilità di obiezione anche per il giudice tutelare, la questione di legittimità costituzionale è stata dichiarata infondata (Corte cost., sent. 196/1987), poiché egli "rimane esterno alla procedura di riscontro, nel concreto, dei parametri previsti dal legislatore per potersi procedere all'interruzione gravidica" e dunque interviene "nella sola generica sfera della capacità (o incapacità) del soggetto" "integre restando, comunque, le successive valutazioni della gestante abilitata essa sola a decidere".

In relazione alle attività consultoriali (art. 5: necessari accertamenti medici; soluzioni ai problemi e interventi di aiuto; rilascio immediato in caso di urgenza del certificato; in assenza di urgenza rilascio di una copia di attestazione della gravidanza e richiesta di interruzione; invito a soprassedere per 7 giorni) si è da sempre sottolineato, rilevando come forse il legislatore non avesse "appieno valutato le conseguenze delle sue affermazioni" (Galli – Italia – Realmonte – Spina – Traverso, *L'interruzione volontaria della gravidanza*, Giuffrè, 1978, 232), il profilo di contraddizione dell'art. 9, che, come si è visto, richiamando l'art. 5 sembra includerle nel proprio ambito applicativo, sebbene non siano "specificamente e necessariamente dirette" all'aborto.

A questo riguardo il TAR Puglia (sent. 3477/2010), nel dichiarare discriminatoria la clausola di riserva di un bando teso a selezionare solo medici non obiettori per lo svolgimento di attività consultoriali, offre una significativa prospettazione, che supera tale contraddizione.

Il TAR ha affermato, infatti, che la presenza o l'assenza di obiettori nei consultori è "assolutamente irrilevante, posto che all'interno [degli stessi] non si pratica materialmente l'interruzione volontaria della gravidanza per la quale unicamente opera l'obiezione ai sensi dell'art. 9, comma 3 [...], bensì soltanto attività di assistenza psicologica e di informazione/consulenza della gestante [...] ovvero vengono svolte funzioni di ginecologo [...] che esulano dall'iter abortivo, per le quali non opera l'esonero ex art. 9, e quindi

attività e funzioni che qualsiasi medico (obiettore e non) è in grado di svolgere ed è altresì tenuto ad espletare senza che possa invocare l'esonero di cui alla disposizione citata.”

Il richiamo dell'art. 9, co. 1, all'art. 5, quindi, deve essere interpretato in modo sistematico rispetto al co. 3 e deve essere “esclusivamente rivolto alla pratica di interruzione volontaria della gravidanza [...] e non già all'attività di informazione, consulenza e assistenza psicologica della gestante [...], né alle funzioni proprie del ginecologo [...] che [...] esulano dall'iter abortivo e che vengono istituzionalmente svolte dai Consulitori familiari.”

Dalla considerazione per cui “anche il medico obiettore legittimamente inserito nella struttura del Consultorio è comunque tenuto all'espletamento di quelle attività istruttorie e consultive (come ad esempio il rilascio del documento attestante lo stato di gravidanza di cui all'art. 5 [...])” discende che “la presenza teorica di soli obiettori all'interno del Consultorio [...] appare irrilevante ai fini di una corretta doverosa applicazione della l. n. 194”.

In questo contesto si inserisce il Decreto della Regione Lazio, che presenta indubbi profili di interesse e che consente di svolgere ulteriori considerazioni in merito alla delimitazione del diritto di obiezione.

Il Decreto, infatti, da un lato ribadisce che l'ambito applicativo dell'art. 9 riguarda “l'attività degli operatori impegnati esclusivamente nel trattamento dell'interruzione volontaria di gravidanza”, precisando che “il personale operante nel Consultorio Familiare non è coinvolto direttamente nella effettuazione di tale pratica, bensì solo in attività di attestazione dello stato di gravidanza e certificazione attestante la richiesta inoltrata dalla donna di effettuare IVG”; dall'altro lato dispone che il personale è “tenuto alla prescrizione di contraccettivi ormonali, [...] nonché all'applicazione di sistemi contraccettivi meccanici”.

Il Consiglio di Stato ha ritenuto “assistito da profili di fondatezza” l'appello cautelare (proposto da *Federazione Nazionale dei Centri e Movimenti per la Vita D'Italia, Associazione Italiana dei Medici Cattolici e Associazione Italiana Ginecologi Ostetrici Cattolici* contro TAR Lazio, ord. cautelare 4843/2014) nella parte in cui “contesta il dovere del medico operante presso il Consultorio familiare di attestare, anche se obiettore di coscienza, lo stato di gravidanza e la richiesta della donna di voler effettuare l'IVG, ai sensi dell'art. 5, comma 4,” l. n. 194.

Pur a fronte della succinta ordinanza, sembra che il Consiglio di Stato non abbia accolto l'interpretazione secondo cui le attività consultoriali non possono rifiutarsi, poiché non sono né specificamente e necessariamente connesse all'aborto, né soprattutto impediscono alla donna di autodeterminarsi nella successiva (e ancora eventuale) scelta di abortire o non abortire, imponendosi a questo scopo l'invito a soprassedere per 7 giorni e lasciando quindi spazio a una desistenza dalla volontà di effettuare l'intervento.

Tale interpretazione sistematica, peraltro, pare imporsi anche considerando che diversamente si riconoscerebbe il diritto di obiezione a coloro che svolgono attività ancora

più risalenti nel tempo rispetto all'attività di "assistenza antecedente" all'aborto, per cui il diritto di obiezione non può essere invocato.

Con riguardo alla seconda previsione del Decreto attinente alla contraccezione (non sospesa in via cautelare), occorre considerare che né la prescrizione né l'applicazione di contraccettivi rientrano nell'ambito applicativo dell'art. 9, poiché non riguardano né si inseriscono in alcuna procedura abortiva e quindi non possono essere rifiutate.

In conclusione, a fronte delle problematiche applicative "quantitative" sarebbe opportuno adottare specifiche misure tese a dare effettiva applicazione alla legge (definita dalla Corte costituzionale quale normativa a contenuto costituzionalmente vincolato), laddove impone un obbligo di organizzazione per ospedali e Regioni, e a porre fine alla violazione della Carta Sociale Europea, accertata dal Comitato Europeo e di cui ha preso atto la Risoluzione del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa (30.4.2014). In caso contrario, infatti, si determinerebbe una perdurante violazione dell'art. 117, co. 1., Cost., in relazione agli artt. 11 ed E, Carta Sociale Europea, oltre che degli artt. 2, 3, 13 e 32 Cost.

Per quanto concerne le problematiche "qualitative" di delimitazione delle attività che possono essere rifiutate, il riconoscimento del diritto di obiezione anche per quelle consultoriali innanzitutto sembrerebbe porsi in contrasto con la delineata interpretazione sistematica. In secondo luogo, sembrerebbe determinare una irragionevole discriminazione nei confronti di coloro che svolgono attività di assistenza medica precedente all'aborto che non può essere rifiutata. Infine, potrebbe indurre a riconoscere il diritto di obiezione anche rispetto ad attività ancora più risalenti come la prescrizione, applicazione, produzione o vendita di contraccettivi e pillola del giorno dopo, con ciò accentuandosi ulteriormente i precedenti profili di criticità.

** Assegnista di ricerca in Diritto costituzionale, presso il Dipartimento di Diritto pubblico italiano e sovranazionale dell'Università degli Studi di Milano

La sentenza del TC sul caso *Melloni*: esempio del dialogo giudiziario europeo o di un monologo?*

Valentina Faggiani**

(20 marzo 2015)

1. L'interessante «saga» *Melloni*, che ha avuto inizio con il primo rinvio pregiudiziale sollevato dal *Tribunal constitucional* (*infra* TC) spagnolo con ordinanza (*auto*) n. 86/2011 ed è proseguita con la sentenza della Corte di giustizia UE del 26 febbraio 2013, si è chiusa con la pronuncia del TC n. 26/2014, segnando il suo epilogo¹. In questa vicenda si sono affrontate, per la prima volta, alcune delle problematiche più delicate e complesse riguardanti lo spazio europeo di giustizia penale post-Lisbona, come quella concernente lo *standard* di garanzia del diritto a un processo equo e dei diritti della difesa, riconosciuti rispettivamente negli artt. 47 e 48 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE (*infra* Carta), ed il ruolo delle Corti europee in questo sistema labirintico, caratterizzato da un pluralismo intrinseco.

2. Questo contributo, tuttavia, ha ad oggetto, in modo specifico, la sentenza del TC n. 26/2014, nell'intento di analizzare gli effetti che questa pronuncia è destinata a produrre nell'ordinamento giuridico spagnolo. Nella sentenza, il TC respinge il ricorso sollevato dal Sr. *Melloni*, procedendo a modificare, anche se a malincuore, la sua dottrina sulle «violazioni indirette dei diritti fondamentali» in relazione al «contenuto assoluto» del diritto a un processo equo, enunciato nell'art. 24.2 Cost.. Questo nuovo *standard* di tutela, infatti, sebbene conforme ai parametri europei e alla risposta della Corte di giustizia nel caso *Melloni*, è inferiore rispetto a quello garantito fino a quel momento nel sistema spagnolo.

L'«implicita resistenza»² del TC alla pronuncia dei giudici di Lussemburgo traspare dalla lettura dei fondamenti giuridici. Innanzitutto, prima di incorporare il nuovo *standard* europeo, il TC si preoccupa di «completare» quanto affermato nel caso *Melloni* con la dottrina contenuta nella dichiarazione 1/2004³ del 13 dicembre sul Trattato costituzionale, riportandone un passaggio in cui, addirittura per tre volte, condizionava il primato del diritto dell'UE al rispetto dei controlimiti, ovvero ai principi e ai valori fondamentali della Costituzione⁴. Nell'ordinamento spagnolo, i limiti sostanziali all'integrazione europea, anche se

* Scritto sottoposto a *referee*.

¹ La «saga Melloni» si è sviluppata in tre episodi: a) il rinvio pregiudiziale sollevato dal TC alla Corte di giustizia UE con ordinanza (*auto*), n. 86/2011, del 9 giugno; b) la sentenza della Corte di giustizia UE del 26 febbraio 2013, *Melloni*, C-399/11; c) infine, la sentenza del TC, n. 26/2014, del 13 febbraio.

² Al riguardo, si veda l'opinione concorrente (*voto particular concurrente*) di A. Asua Batarrita alla STC n. 26/2014.

³ *Declaración del Pleno del TC 1/2004, de 13 de diciembre de 2004.*

⁴ TC n. 26/2014 del 13 febbraio, FJ 3.

non riconosciuti espressamente nella Costituzione, si desumono dalla *ratio* dell'art. 93 Cost., che costituisce la clausola di apertura alle cessioni di sovranità ad organizzazioni sovranazionali ed internazionali.

Il TC, in questo caso, lungi dall'applicare i controlimiti al caso concreto sottopostogli, si limita ad invocarli, consapevole del carattere straordinario di quest'arma e degli effetti che il suo uso potrebbe provocare nel processo di integrazione europea. Ribadendo in modo espresso la loro importanza, il TC vuole manifestare una certa mancanza di fiducia nei confronti del «primato incondizionato» del diritto dell'UE, che in alcune occasioni potrebbe arrivare a pregiudicare le strutture fondamentali politiche e costituzionali degli Stati membri, e cerca di riaffermare il suo ruolo di massimo garante della Costituzione e dei diritti fondamentali nell'ambito dell'ordinamento spagnolo.

Dopo questa premessa, il TC entra nel cuore della questione, correggendo la dottrina sulle «violazioni indirette dei diritti fondamentali» in relazione al diritto a un processo equo. In virtù di questo orientamento giurisprudenziale, il TC distingue a seconda che tali diritti, la cui protezione può essere attivata mediante un ricorso di *amparo*, abbiano rilevanza *ad intra* o si proiettino *ad extra*, rispetto a possibili «violazioni indirette» da parte di una decisione emessa da un'autorità straniera, che dovrebbe essere riconosciuta, omologata o convalidata in Spagna. Nel primo caso, i poteri pubblici spagnoli sono vincolati ai diritti fondamentali così come consacrati nella Costituzione; nel secondo caso, invece, non sono vincolati a tutte le garanzie riconosciute nell'art. 24 Cost., ma solo ai requisiti fondamentali o elementari, costituenti l'essenza dell'equo processo, in quanto espressione della dignità umana. Tali requisiti essenziali rappresentano il parametro alla stregua del quale si può controllare e valutare l'azione delle autorità pubbliche straniere, potendo rivelare l'incostituzionalità «indiretta» dell'attuazione della giurisdizione spagnola⁵.

Questa dottrina, inizialmente applicata all'istituto dell'extradizione e successivamente estesa alle questioni concernenti il mandato d'arresto europeo⁶, aveva indotto il TC a ricomprendere il diritto della persona accusata ad essere presente nel giudizio orale nel «contenuto assoluto» del diritto a un processo equo e ad annullare un numero rilevante di decisioni emesse contro persone condannate penalmente in contumacia nel loro paese, sottoponendone, in tal modo, l'operatività a un nuovo giudizio.

Lo *standard* di tutela elaborato dal TC, anche se più elevato, si trovava però in contrasto con il livello di protezione sancito nell'art. 6 CEDU e negli artt. 47 e 48 della Carta, così come interpretati dalla Corte EDU e dalla Corte di giustizia. Consapevole, pertanto, della necessità di adattarsi ai parametri stabiliti nei trattati ed accordi internazionali, ratificati dalla Spagna (ex art. 10.2 Cost.),

⁵ STC 91/2000, del 30 marzo, FFJJ 7 e 8.

⁶ Sentenze del TC 177/2006, del 5 giugno, e 199/2009, del 28 settembre 2009.

ed enunciati nella giurisprudenza dei loro «organi giurisdizionali di garanzia», il TC decide di modificare il suo consolidato orientamento giurisprudenziale, affermando che la condanna penale imposta con sentenza pronunciata in contumacia non viola il «contenuto assoluto» di questo diritto (ex art. 24.2 Cost.), quando l'assenza dell'accusato sia decisa volontariamente e in modo inequivocabile –come nel caso di specie analizzato– e l'interessato sia stato citato personalmente o comunque debitamente informato della data e del luogo del giudizio e sia stato difeso da un avvocato da lui scelto. Di conseguenza, in questo caso, non si può subordinare la consegna di una persona condannata *in absentia* alla condizione che la sentenza di condanna possa essere oggetto di revisione nello Stato membro emittente, al fine di evitare una lesione del diritto ad un processo equo e dei diritti della difesa garantiti dalla Costituzione⁷.

3. Sebbene la soluzione adottata manifesti lo sforzo di adattarsi ai parametri definiti a livello europeo, il TC avrebbe potuto sviluppare e specificare la propria posizione in modo differente. Innanzitutto, ancorché il TC richiami i diritti fondamentali e le libertà che la Costituzione riconosce negli accordi e nei trattati internazionali ratificati dalla Spagna, non fa riferimento, salvo nel fondamento giuridico n. 3, al primato del diritto dell'UE, che è il principio fondamentale attorno al quale ruota il *reasoning* della Corte di giustizia nella sentenza *Melloni*.

In secondo luogo, il TC, pur recependo l'interpretazione realizzata al riguardo dalla Corte EDU, in particolare, nella sentenza *Sejdovic c. Italia*⁸, e dalla Corte di giustizia nei casi *Trade Agency* e *Melloni*⁹, si limita a fare solo un breve accenno a quest'ultima, che, invece, costituisce proprio la fattispecie che ha determinato il *revirement* della dottrina sulle «violazioni indirette» del diritto a un processo equo. Se non fosse intervenuta questa sentenza, si sarebbe continuato, senza dubbio, ad applicare il precedente *standard* di tutela.

In terzo luogo, il TC non si sofferma sulla lettura realizzata nella sentenza *Melloni* dalla Corte di giustizia della «clausola orizzontale» contenuta nell'art. 53 della Carta, relativo al livello di protezione dei diritti ivi riconosciuti, limitandosi ad affermare che la risposta dei giudici di Lussemburgo alle questioni pregiudiziali «sarà di grande utilità» al fine di determinare il contenuto del diritto a un processo equo nella sua proiezione *ad extra*.

Infine, il TC non avrebbe dovuto estendere, in termini generali, lo *standard* della Corte di giustizia per regolare fattispecie appartenenti al diritto dell'UE alle «violazioni indirette» dei diritti fondamentali provocate da decisioni emesse da un'autorità straniera di uno Stato terzo, includendo, in tal modo, anche l'istituto dell'estradizione, il quale risponde a una logica e a principi differenti a quelli che ispirano il mandato d'arresto europeo; avrebbe dovuto

⁷ Corte di giustizia UE, *Melloni*, cit., parr. 55-64.

⁸ Corte EDU, sentenza del 3 marzo 2006, *Sejdovic c. Italia*, par. 82 e ss.

⁹ Corte di giustizia UE, 6 settembre 2012, *Trade Agency*, C-619/10, parr. 52 e 55; Corte di giustizia UE, *Melloni*, cit., par. 49.

elaborare, piuttosto, diversi *standard* di protezione, distinguendo a seconda che la fattispecie in questione rientri o meno nel campo di applicazione del diritto dell'UE. Il nuovo *standard* si sarebbe dovuto applicare solo nel primo caso. In tale ipotesi, infatti, secondo l'interpretazione della Corte di giustizia, la necessità di stabilire e di rispettare una cornice legale comune per la protezione del diritto a un processo equo può portare ad una riduzione del livello di tutela. A suo parere, permettere ad uno Stato membro di valersi dell'articolo 53 della Carta per subordinare la consegna di una persona condannata *in absentia*, laddove questa persona abbia inequivocabilmente rinunciato a comparire nel processo a suo carico alla condizione (del resto né prevista dalla decisione quadro 2009/299 né conforme alla giurisprudenza della Corte EDU) che la sentenza di condanna possa essere oggetto di revisione nello Stato membro emittente, non eviterebbe una lesione del diritto ad un processo equo e dei diritti della difesa garantiti dalla Costituzione dello Stato membro di esecuzione, ma sarebbe pregiudizievole per il sistema nel suo insieme. In questo modo, si attribuirebbe agli Stati un margine di discrezionalità troppo ampio per bloccare l'esecuzione dei mandati di arresto europei emanati per eseguire sentenze contumaciali, non potendo gli Stati membri di emissione garantire alle persone interessate un nuovo processo. Questo pregiudicherebbe i principi di fiducia e di riconoscimento reciproci, che il mandato d'arresto intende rafforzare, e l'effettività della decisione quadro che lo regola e rischierebbe di creare un «sistema a geometria variabile», che incoraggerebbe i criminali a rifugiarsi negli Stati membri nei quali le norme costituzionali accordano una maggiore protezione, compromettendo l'uniformità dello *standard* di protezione elaborato a livello europeo¹⁰. Di conseguenza, gli Stati membri e, quindi, anche la Spagna, non possono applicare un livello di protezione più elevato di quello garantito dagli artt. 47 e 48,2 della Carta, che riconoscono il diritto a un processo equo e a un giudice imparziale e i diritti della difesa, in un ambito come quello del mandato di arresto europeo, le cui condizioni di esecuzione sono state armonizzate e sulle quali, pertanto, esistono norme comuni, soprattutto quando l'applicazione degli *standard* nazionali di tutela dei diritti fondamentali possa arrivare a compromettere –come nel caso *Melloni*– il primato, l'unità e l'effettività del diritto dell'Unione¹¹.

Questa esigenza non si avverte, invece, nel secondo caso, in cui ci si può trovare dinanzi a Paesi che non condividono gli stessi valori e la stessa cultura in materia di diritti fondamentali degli Stati dell'UE e che non sarebbero in grado di garantire che la persona estradata sia sottoposta a un processo con tutte le garanzie. Nel caso dell'extradizione, pertanto, lo *standard* tradizionalmente applicato dal TC ex art. 10.2 Cost. sarebbe dovuto rimanere invariato. L'interpretazione realizzata, a questo proposito, da parte del TC non

¹⁰ Conclusioni dell'Avv. gen. Y. Bot, presentate il 2 ottobre 2012, *Melloni*, C-399/11, par. 103.

¹¹ Corte di giustizia UE, *Melloni*, cit., par. 60.

considera che, malgrado l'extradizione ed il mandato d'arresto perseguano entrambi lo scopo di garantire la consegna di individui imputati o condannati affinché siano giudicati o scontino la condanna eventualmente inflitta, rispondono, tuttavia, ad uno schema assiologico profondamente distinto. Nell'extradizione entrano in contatto due Stati sovrani: lo Stato che richiede l'extradizione e quello a cui è richiesta, il quale decide, caso per caso, se collaborare, a seguito di una valutazione di opportunità che va al di là di un'analisi dei profili strettamente giuridici della fattispecie e che giustifica l'intervento ultimo delle autorità politiche e l'applicazione di criteri quali la reciprocità e la doppia incriminazione. Nel caso del mandato di arresto europeo, invece, non ci troviamo dinanzi a Stati sovrani considerati come compartimenti stagni, ma dinanzi ad uno scenario completamente diverso, che si sviluppa nell'ambito del sistema giuridico dell'Unione europea, in cui gli Stati membri hanno deciso di cedere parte della propria sovranità nazionale, trasferendo competenze in determinati ambiti. Il mandato d'arresto è, infatti, una decisione giudiziaria emessa da uno Stato membro (Stato di emissione) in vista dell'arresto e della consegna da parte di un altro Stato membro (Stato di esecuzione) di una persona ricercata ai fini dell'esercizio di un'azione penale o dell'esecuzione di una pena o di una misura di sicurezza privative della libertà nel rispetto del principio del riconoscimento reciproco, dei diritti fondamentali e dei principi giuridici sanciti dall'articolo 6 del TUE. Inoltre, in questo caso, essendo lo Stato di emissione e quello di esecuzione membri dell'Unione, si suppone che condividano principi e valori e che garantiscano un livello di protezione almeno equivalente, in virtù della fiducia reciproca.

4. In conclusione, il caso *Melloni* non costituirebbe semplicemente un «monologo», in cui la Corte di giustizia ha cercato di mantenere a tutti i costi l'ultima parola sul livello di protezione dei diritti fondamentali nell'ambito di applicazione del diritto dell'UE e a cui il TC ha dovuto prestare un assenso forzato, ma un buon esempio del circuito giudiziario europeo, in cui l'incontro/scontro tra i giudici si è trasformato in un dialogo costruttivo, conducendo ad una soluzione equilibrata. Quando il TC ha sollevato il suo primo rinvio pregiudiziale era consapevole del fatto che avrebbe dovuto accettare la risposta della Corte di giustizia, sia nel bene che nel male. Molto probabilmente si aspettava un'altra soluzione, ma era un rischio che doveva assumere. D'altro canto, la Corte di giustizia si è trovata dinanzi ad un caso complesso, destinato ad avere delle importanti ripercussioni su un ambito così delicato come lo *standard* di garanzia del diritto a un processo equo, dalla cui effettività dipende la protezione di tutti gli altri diritti fondamentali. È stata la prima volta che la Corte di giustizia si è pronunciata sul senso e sulla portata giuridica degli artt. 47 e 48,2 e sulla loro relazione con l'art. 53 della Carta. La soluzione adottata, che sarà, senza dubbio, oggetto di sviluppi futuri, sembrerebbe l'unica, a ben vedere, che le avrebbe permesso di mantenere un certo equilibrio del sistema e di non pregiudicare il primato del diritto dell'UE.

Mediante l'espansione degli effetti della Carta, la Corte di giustizia non ha voluto pregiudicare le Costituzioni nazionali, ma ha cercato di consolidare la funzione di unità che la Carta dovrebbe assumere in questo sistema interordinamentale, soprattutto quando entrino in gioco i valori europei fondamentali. Infine, per quanto riguarda la reazione del TC, il suo atteggiamento forse un po' ambiguo, che lo porta ad accettare con un velato dissenso la risposta della Corte di Lussemburgo, era prevedibile ed anche comprensibile. La sentenza *Melloni*, infatti, non solo sosteneva un orientamento contrario a quello consolidato nella giurisprudenza del TC, ma soprattutto ribadiva il ruolo della Corte di giustizia di massimo garante dei diritti fondamentali nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione, in virtù del primato sui diritti interni degli Stati membri. Il TC, tuttavia, non poteva fare altro che incassare il colpo e adeguarsi a questa decisione. Ad ogni modo, anche se la sentenza del TC segna l'epilogo della «saga *Melloni*», in realtà questa vicenda ha aperto un nuovo capitolo nella costruzione di un sistema europeo di giustizia penale e nella definizione dei suoi principi fondamentali.

** Dottore di ricerca in Diritto costituzionale europeo, Università di Granada in cotutela con l'Università degli Studi di Ferrara.

Forum di Quaderni Costituzionali

Giuditta Matucci, *Lo statuto costituzionale del minore d'età*, Cedam, Padova, 2015, VII-474.

L'idea di ricostruire lo statuto costituzionale del minore d'età muove dalla considerazione, ampiamente suffragata dai documenti internazionali ed europei, per cui il fanciullo è, anzitutto, una *persona*, titolare di diritti al pari dell'adulto.

Il riconoscimento della soggettività giuridica del minore d'età non esclude, tuttavia, la peculiarità della sua condizione di personalità *in divenire*, come tale destinataria di protezione.

La consapevolezza della "doppia anima" del minore, come persona *in fieri*, è la premessa su cui l'opera ricostruisce il presente statuto: accanto a situazioni giuridiche soggettive che riflettono spiccate esigenze di protezione, vi sono posizioni che esprimono la sua pretesa di autodeterminarsi, ossia il suo bisogno di diventare protagonista attivo delle proprie scelte di vita.

In generale, fra le posizioni che denotano un intenso bisogno di protezione si collocano i diritti spettanti al minore all'interno della sua famiglia e nei rapporti con le istituzioni (il pensiero va, anzitutto, al mondo della scuola e della giustizia).

Fra le principali manifestazioni dell'esigenza di autodeterminazione s'inseriscono i diritti che attengono alla vita, alla salute e all'integrità fisica; i diritti concernenti alla sfera della *privacy*; la libertà di manifestazione del pensiero e il diritto all'ascolto; la libertà di coscienza e di religione; i diritti di riunione e di associazione e i diritti che sono riconosciuti al minore nel settore del lavoro.

L'opera passa in rassegna le principali situazioni giuridiche soggettive imputabili al minore, nella sua duplice dimensione di destinatario di protezione e di soggetto autonomo di diritti, ponendo in rilievo la necessità che l'ordinamento offra risposte *flessibili* e *individualizzate*, capaci di mediare fra le molteplici esigenze che entrano in gioco nel caso concreto.

Sentenza del *Tribunal Constitucional* 26/2014* **(Estratto)**

Sentenza 26/2014 del 13 febbraio 2014. Ricorso di *amparo* 6922-2008. Promosso dal Sr. S. Melloni contro l'ordinanza della prima sezione della camera penale dell'*Audiencia Nacional* (Tribunale centrale, Spagna), che autorizza la consegna alle autorità italiane per l'esecuzione della condanna pronunciata dalla Corte d'Appello di Bologna, nell'ambito di un mandato d'arresto europeo. Presunta violazione del diritto a un processo equo: la condanna penale, imposta in contumacia, non viola il «contenuto assoluto» del diritto a un processo equo, quando l'assenza sia decisa volontariamente e in modo inequivocabile da una persona accusata che sia stata debitamente citata e difesa da un avvocato da questa nominato a tal fine (sentenza della Corte di giustizia UE del 26 febbraio 2013, C-399/11, *Melloni*). Voti particolari.

II Fondamenti Giuridici

[...]

3. Prima di determinare il contenuto *ad extra* del diritto a un processo equo, dobbiamo, tuttavia, completare la risposta della Corte di Giustizia con la dottrina fissata a suo tempo dal *Tribunal constitucional* (*infra* TC) nella DTC 1/2004 del 13 dicembre.

In quell'occasione, abbiamo segnalato che «la cessione *ex art. 93 C.* presenta a sua volta dei limiti materiali che limitano questo trasferimento. Tali limiti materiali, sebbene non riconosciuti in modo espreso, ma implicitamente desunti dalla Costituzione e dal significato essenziale di questo precetto, si traducono nel rispetto della sovranità statale, delle nostre strutture costituzionali e del sistema di valori e principi fondamentali sanciti nella nostra Costituzione, in cui i diritti fondamentali acquisiscono una propria essenza (art. 10.1 Cost)» [DTC 1/2004 del 13 dicembre, *FJ 2*].

[...]

Senza pregiudizio di quanto affermato, il TC ha anche dichiarato che «nel caso difficilmente concepibile in cui si verificasse un conflitto inconciliabile tra il diritto dell'UE e la Costituzione spagnola e non fosse possibile risolvere gli ipotetici eccessi del diritto europeo nei confronti della Costituzione europea [il diritto primario], mediante gli ordinari canali previsti, la necessità di conservare la sovranità del popolo spagnolo e la supremazia della sua Costituzione potrebbero indurlo ad affrontare l'insorgere di eventuali problemi, che attualmente non sussistono, attivando i procedimenti costituzionali pertinenti (DTC 1/2004 del 13 dicembre, *FJ 4*).

4. In ragione delle considerazioni sopra esposte, ai fini del presente ricorso di *amparo*, è opportuno ricordare la dottrina del TC in relazione alle c.d. violazioni indirette dei diritti fondamentali e la sua applicazione specifica al diritto fondamentale a un processo equo riconosciuto nell'art. 24.2 Cost.

Secondo la dottrina, a cui si è fatto riferimento, quando le autorità nazionali (tra cui l'autorità giurisdizionale) devono riconoscere, omologare o convalidare una

* La traduzione dallo spagnolo dell'estratto della sentenza del TC 26/2014 del 13 febbraio è stata realizzata da Valentina Faggiani, Dottore di ricerca in Diritto costituzionale europeo, Università di Granada in cotutela con l'Università degli Studi di Ferrara.

decisione adottata da un'autorità straniera, possono incorrere in una violazione «indiretta» dei diritti fondamentali, a cui si può concedere protezione mediante un ricorso di *amparo*, quando quella decisione sia considerata lesiva di tali diritti. Tuttavia, secondo il TC, mentre le autorità spagnole sono vincolate incondizionatamente *ad intra* ai diritti fondamentali, così come consacrati nella Costituzione, il contenuto vincolante dei diritti fondamentali nella sua proiezione *ad extra* è più ridotto. L'ambito di applicazione del diritto a un processo equo non ricomprende, quindi, tutte le garanzie riconosciute nell'art. 24 Cost., ma solo i requisiti fondamentali o elementari, che costituiscono l'essenza stessa dell'equo processo, i quali possono proiettarsi sulla valutazione dell'azione dei poteri pubblici stranieri, potendo arrivare a determinare l'incostituzionalità «indiretta» dell'attuazione della giurisdizione spagnola che è propriamente l'oggetto del nostro controllo (STC 91/2000, del 30 marzo, FFJJ 7 e 8).

Una volta ricordata la dottrina di questa Corte riguardante le violazioni indirette dei diritti fondamentali e la sua applicazione specifica al diritto fondamentale a un giudizio giusto, è opportuno riformulare il c.d. «contenuto assoluto» del diritto a un processo equo» (art. 24.2 Cost.).

[...]

In virtù della dottrina costituzionale sulle violazioni indirette del diritto alla difesa e a un processo equo (art. 24.2 Cost.), il canone di controllo che si deve applicare per valutare la costituzionalità dell'ordinanza della prima sezione della camera penale dell'*Audiencia Nacional* del 12 settembre 2008 che autorizza la consegna del ricorrente alle autorità italiane deve essere integrato con i trattati e accordi internazionali in materia di protezione dei diritti fondamentali e delle libertà pubbliche ratificati dalla Spagna. Tra questi trattati si includono sia la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (*infra* CEDU) sia la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (*infra* Carta), che divengono, assieme all'interpretazione realizzata dagli organi di garanzia previsti in tali trattati e accordi internazionali, elementi essenziali per l'interpretazione del contenuto assoluto del diritto riconosciuto nell'art. 24.2 Cost.. Il mancato riconoscimento di questo contenuto determina la violazione indiretta del diritto fondamentale da parte dei giudici spagnoli.

È opportuno analizzare, quindi, l'interpretazione che la Corte EDU e la Corte di giustizia dell'UE hanno realizzato del contenuto del diritto a un processo equo, riconosciuto sia nella CEDU che nella Carta.

La Corte EDU ha considerato ricompreso nel diritto a un processo equo, sancito nell'articolo 6 della CEDU, il diritto delle persone condannate in contumacia a richiedere che un tribunale si pronunci di nuovo nel merito dopo aver sentito l'imputato. Tuttavia, l'inclusione di tale diritto nell'ambito dell'art. 6 CEDU è stato condizionato dalla dottrina della Corte EDU al fatto che queste persone siano state informate in modo effettivo del procedimento e abbiano rinunciato in modo inequivocabile al diritto ad essere presenti [Corte EDU, *Sejdovic c. Italia*, 1° marzo 2006, §§ 82 e segg.].

[...]

Da parte sua, la Corte di giustizia dell'UE ha affermato che «Per quanto riguarda la portata del diritto ad una tutela giurisdizionale effettiva e ad un processo equo previsto dall'articolo 47 della Carta nonché dei diritti della difesa garantiti dall'articolo 48, paragrafo 2, della stessa, si deve precisare che, sebbene il diritto dell'imputato a

comparire personalmente al processo costituisca un elemento essenziale del diritto a un equo processo, tale diritto non è assoluto (v., in particolare, sentenza del 6 settembre 2012, *Trade Agency*, C-619/10, punti 52 e 55), l'imputato può rinunciarvi, di sua spontanea volontà, espressamente o tacitamente, a condizione che la rinuncia risulti in modo inequivocabile, che sia accompagnata da garanzie minime corrispondenti alla sua gravità e che non contrasti con un interesse pubblico importante. In particolare, anche quando l'imputato non sia comparso personalmente, la violazione del diritto ad un equo processo non sussiste allorché egli è stato informato della data e del luogo del processo o è stato assistito da un difensore da lui nominato a tal fine» [sentenza della Corte di giustizia UE del 26 febbraio 2013, C-399/11, *Melloni*, punto 49].

In questo contesto, sia l'interpretazione della Corte EDU del diritto europeo a un processo equo sancito dall'articolo 6 della Convenzione europea sia quella realizzata dalla Corte di giustizia UE del diritto alla tutela giudiziaria effettiva, a un processo equo e dei diritti della difesa enunciati negli artt. 47 e 48.2 della Carta, che in gran parte coincidono, operano, nel caso di specie, come criteri interpretativi che ci consentono di definire l'ambito del c.d. contenuto assoluto del diritto a un processo equo, nella sua proiezione *ad extra*; cioè ci permettono di identificare i poteri e le garanzie, il cui mancato riconoscimento da parte delle autorità straniere può portare alla violazione indiretta nel caso in cui le autorità spagnole accordino la consegna.

In tal modo, dobbiamo affermare, riconsiderando la dottrina fissata a partire dalla STC 91/2000, che non viola il contenuto assoluto del diritto a un processo equo (art. 24.2 CE) l'imposizione di una condanna in assenza, quando nell'atto di giudizio consti che sia stata decisa in modo volontario ed inequivocabile da un imputato citato e difeso effettivamente da un avvocato da lui designato a tal fine.

Tali considerazioni dovrebbero correttamente condurci a respingere il presente ricorso di *amparo*, dal momento che l'organo giudiziario, ai sensi dell'art. 12 della legge 3/2003 del 14 marzo, ha ritenuto che non si fosse verificato nessuno dei casi, che potessero ostacolare la consegna del condannato in contumacia allo Stato italiano e che, pertanto, a suo avviso, sarebbe stato inopportuno richiedere alle autorità di rilascio ulteriori garanzie.

Opinione concorrente del Magistrato Sra. Adela Asua Batarrita

Voglio sottolineare che il mio dissenso non si riferisce al rigetto del ricorso di *amparo*, criterio che condivido pienamente, ma ai fondamenti giuridici addotti, sia in relazione a quello che dice e fa, sia a quello che non dice. Comincerò spiegando ciò che, a mio parere, la sentenza schiva o omette (1) per poi esprimere il mio disaccordo con le conseguenze di quello che dice (2) e, infine, spiegare il mio disaccordo con quello che fa (3).

1. [...]

Il giudizio della maggioranza [...] non si sofferma sulle implicazioni che possono avere le considerazioni della Corte di Giustizia nella sentenza del 26 febbraio 2013 sul significato dell'art. 53 della Carta nelle relazioni tra l'ordinamento statale e quello dell'Unione e nelle relazioni tra i rispettivi organi supremi di garanzia.

[...]

(Innanzitutto, il TC avrebbe dovuto considerare la sentenza *Melloni* nel più ampio contesto della recente giurisprudenza della Corte di giustizia, tenendo conto di altri pronunciamenti importanti come, ad esempio, l'altra sentenza pronunciata dalla Gran Sala, lo stesso giorno, il 26 febbraio 2013, sul caso *Åkerberg Fransson* o la successiva sentenza del 30 maggio 2013 pronunciata in risposta a una pronuncia pregiudiziale sollevata dal Consiglio costituzionale francese su un caso riguardante anche questa volta il mandato d'arresto europeo, ma su una questione non pienamente armonizzata.

2. Inoltre, considero che i riferimenti contenuti nel fondamento giuridico n. 3 sono totalmente inutili per risolvere il ricorso di *amparo* ed incoerenti in relazione alla decisione definitivamente adottata.

La sentenza della maggioranza «quando completa la risposta della Corte di Giustizia, con la dottrina fissata da questa Corte nella DTC 1/2004 del 13 dicembre» sembra indicare che non accetta la risposta della Corte di Giustizia alla terza questione, e ritiene che il TC possa applicare il livello di protezione eventualmente maggiore, concesso dalla Costituzione spagnola nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione.

Se questa lettura del fondamento giuridico n. 3 fosse corretta, la sentenza della maggioranza starebbe formulando in forma implicita il suo rifiuto nei confronti del primato del diritto dell'Unione che la Corte di Giustizia ha di nuovo riconfermato proprio nella sentenza del 26 febbraio 2013. Tutti i riferimenti contenuti nel fondamento giuridico n. 3 alla DTC 1/2004 sono diretti a sottolineare i limiti all'integrazione europea. L'accettazione del primato del diritto dell'Unione è condizionata – così si ripete tre volte in tre modi diversi – al rispetto dei principi e dei valori fondamentali della Costituzione.

Che l'intenzione di critica nei confronti della Corte di Giustizia sia reale e non semplicemente il risultato del mio sospetto, è accreditata nel successivo paragrafo della sentenza in cui si riproduce il testo della DTC 1/2004, secondo il quale nel caso di un eccesso della Corte di Giustizia, a cui non ha posto rimedio, la salvaguardia della supremazia della Costituzione obbligherebbe il TC ad intervenire, per porvi fine.

[...]

Insomma, penso che la sentenza avrebbe dovuto omettere del tutto il fondamento giuridico n. 3, che, in sintesi, lascia intravedere che il TC è in qualche modo insoddisfatto della risposta della Corte di Giustizia.

[...]

Opinione concorrente del Magistrato Sra. Encarnación Roca Trías

[...]

2. Il TC si trovava a dover rispettare, per la prima volta, una decisione pronunciata dalla Corte di Giustizia che, nell'esercizio delle sue competenze e come conseguenza delle tre questioni pregiudiziali che sono state sollevate, richiedeva un livello di protezione del diritto alla difesa, nell'ambito di procedimenti riguardanti il mandato di arresto europeo, inferiore a quello garantito finora. Devo dire che, sebbene condivido il dispositivo della sentenza, che respinge il ricorso di *amparo*, in cui si

richiedeva l'applicazione del canone applicato dal TC fino a questa decisione, non posso accettare la motivazione sulla quale si fonda questo nuovo *standard*.

In effetti, non posso ammettere che la modifica di una dottrina consolidata che il TC ha elaborato ai fini dell'interpretazione dell'articolo 24.2 Cost. sin dalla pronuncia del TC 91/2000, del 30 marzo, non sia conseguenza della sentenza della Corte di Giustizia del 26 febbraio 2013 (caso *Melloni*), che interpreta le condizioni per l'esecuzione di un mandato d'arresto europeo emesso in contumacia, sebbene con la rappresentanza legale degli accusati, non considerando che la Corte di giustizia dell'Unione europea ha pronunciato questa decisione, su richiesta proprio del TC, in virtù della questione pregiudiziale da questo interposta, ma perché questi abbia riconsiderato, legittimamente, la sua precedente dottrina.

[...]

6. [...]

d) Il mandato d'arresto europeo sostituisce l'estradizione nei Paesi europei, ma non in relazione a Paesi terzi, dal momento che, non condividendo gli stessi principi, non si riteneva necessario o, addirittura, conveniente stabilire un unico canone di tutela del diritto di difesa.

In effetti, si deve osservare, e questa è una differenza fondamentale, che i Paesi membri dell'Unione europea condividono una cultura in materia di diritti fondamentali, derivata dalla loro appartenenza a questo ente sovranazionale (art. 93 Cost.), che è invece assente negli altri Stati. Il riconoscimento di un livello di protezione inferiore dei diritti della difesa nel caso del mandato d'arresto europeo si deve al principio di reciproca fiducia, dal momento che i Paesi europei condividono uno stesso sistema di protezione o almeno equivalente, avendo accettato nel Trattato di Lisbona i diritti ivi riconosciuti.

Proprio per questo motivo, e perché questa Corte non è soggetta al rispetto del diritto dell'Unione in materia di estradizione con i paesi terzi non integrati nell'Unione europea, non c'è ragione di vedersi limitati dagli *standard* europei. Il canone, parametro o norma costituzionale, potrebbe essere uno diverso; persino potrebbe essere rimasto lo stesso, conformemente a quanto disposto nell'art. 10.2 Cost.

Nella sentenza si afferma con carattere generale che «mentre le autorità spagnole sono vincolate incondizionatamente *ad intra* ai diritti fondamentali, così come consacrati nella Costituzione, il contenuto vincolante dei diritti fondamentali nella sua proiezione *ad extra* è più ridotto». Al riguardo, mi domando: vale anche nel caso degli Stati che richiedono l'estradizione e non condividano la stessa concezione dei diritti e delle libertà? Qual è la ragione per intendere che deve essere più ridotto? Queste ed altre domande sorgono da questa decisione; un cambiamento così radicale di posizione dopo una giurisprudenza costante iniziata nel 2000, richiederebbe, con tutto il rispetto, una motivazione più articolata; a meno che avessimo ammesso chiaramente che si trattava di una sentenza di esecuzione e non di una sentenza pronunciata nell'ambito di un ricorso di *amparo* e che comporta un cambiamento dottrinale.

[...]

7. In conclusione, non sono d'accordo con le argomentazioni contenute nel testo della sentenza approvata dal Plenum, per i seguenti motivi che risultano dagli argomenti esposti.

1. Il Plenum non precisa quali sono le ragioni per cui si modificano i canoni utilizzati finora nel nostro sistema su cui si fonda l'interpretazione del diritto alla difesa.

2. Non si allude alla natura del diritto dell'Unione europea in relazione ai diritti e agli obblighi contenuti nella Carta.

3. Non si includono criteri o canoni costituzionali che dovrebbero regolare le estradizioni verso Paesi terzi. Si lascia il problema irrisolto.

4. In definitiva, il TC non assume il suo ruolo di giudice europeo.

Opinione concorrente del giudice Sr. Andrés Ollero Tassara

1. In primo luogo devo dire che condivido il dispositivo della sentenza e parte dell'argomentazione giuridica sottesa [...]

Condivido il riconoscimento del legame che deriva, in virtù dell'art. 93 Cost., per il Regno di Spagna dalla condizione di Stato membro dell'Unione europea. Sottoscrivo, a sua volta, in tutta la sua portata, l'affermazione contenuta nella nostra dichiarazione 1/2004, del 13 dicembre, *FJ 2*, citata nel fondamento giuridico n. 3.

[...]

2. [...] (N)on riesco a condividere l'affermazione contenuta nel fondamento giuridico n. 4 di questa sentenza.

[...]

Non vedo alcuna ragione per cui si debba estendere il trattamento eccezionale *ex art.* 93 Cost. alla maggior parte dei Paesi che non sono parte dell'Unione europea.

[...]

Anche se –per altri motivi, non indicati in questa sentenza– si considera che avremmo dovuto abbandonare l'iperprotezione della tutela giudiziaria implicita nella nostra dottrina, non sarebbe questa l'occasione più opportuna per giustificarla in questo modo: un ricorso di *amparo* sollevato da un cittadino di uno Stato membro dell'Unione europea, vincolato al mandato d'arresto europeo. Non credo che il modo migliore per inaugurare quello che viene visto come un laborioso «dialogo tra le Corti», tra il TC e la Corte di giustizia UE, sia prestandole senza necessità la parvenza di un monologo con un obbligato assenso.

Patrizia Vipiana (a cura di), *Tendenze centripete e centrifughe negli ordinamenti statali dell'Europa in crisi*, Giappichelli, Torino, 2014

La grave crisi economico-finanziaria che ha colpito l'Europa da qualche anno e le iniziative per contrastarla attuate dall'Unione europea e dagli Stati aderenti hanno provocato rilevanti conseguenze sull'assetto autonomistico di tali Paesi: si tratta di un profilo meno studiato, su cui il volume intende soffermarsi analizzando – a campione – cinque Stati membri dell'UE, aventi un'articolazione territoriale più o meno accentuata; per ciascuno di essi l'analisi tende a chiarire se l'impegno a fronteggiare la crisi abbia fatto prevalere la tendenza centripeta oppure quella centrifuga.

In Italia, ove le autonomie regionali e locali erano state valorizzate dalla revisione costituzionale del 2001, la normazione anti-crisi adottata negli ultimi anni (in particolare la l. cost. 1/2012 e numerosi decreti-legge) ha modificato il riparto delle competenze legislative tra Stato e Regioni a danno delle seconde, ha inciso sugli aspetti strutturali delle Regioni e degli enti locali nonché ha prodotto una sensibile compressione dell'autonomia finanziaria delle entità substatali: nell'ordinamento italiano si è dunque manifestata una netta tendenza accentratrice, che trova ulteriore conferma nelle recenti proposte di modifica della Costituzione.

In Gran Bretagna, ove dalla fine degli anni '90 si è sviluppato un processo di *devolution* per contenere i movimenti nazionalisti diffusi in alcune aree del Paese, la crisi economica ha determinato un'intensificazione delle istanze secessionistiche culminata nello svolgimento del referendum sull'indipendenza della Scozia il 18 settembre 2014: l'esito negativo del referendum scozzese ha evitato la disgregazione del Regno Unito ed al contempo ha segnato l'avvio di una nuova fase del decentramento politico, nella prospettiva della riforma dell'intero sistema costituzionale britannico.

In Belgio, ove la revisione costituzionale del 2012 e del 2014 ha esteso le competenze degli enti federati ma per converso ha sminuito il ruolo del Senato, la necessità di affrontare la crisi economica ha imposto una riforma dell'assetto finanziario delle entità territoriali suscitando reazioni anticentralistiche: peraltro alcuni fattori, fra cui soprattutto il rilevante apporto del partito indipendentista fiammingo alla formazione del governo nazionale, hanno per il momento scongiurato la disarticolazione dello Stato federale belga.

In Francia, ove si è verificata una cospicua *décentralisation* specialmente ad opera della revisione costituzionale del 2003, l'intento di superare la crisi economica ha ispirato l'approvazione nel 2010 di una legge che comprimeva l'autonomia delle regioni e dei dipartimenti, eliminando la competenza generale dei rispettivi consigli; però tale competenza è stata ripristinata da una legge del 2014 che ha previsto un sensibile potenziamento dell'autonomia delle collettività territoriali riavviando così il processo di

decentralizzazione.

In Spagna, ove l'articolazione autonomistica è già da tempo assai accentuata, le recenti misure per contrastare la crisi economica hanno avuto significative ripercussioni sulle Comunità autonome facendo emergere tendenze separatistiche: in particolare la Catalogna ha indetto per il 9 novembre 2014 un referendum sulla propria indipendenza, ma lo Stato centrale ha ottenuto la sospensione del referendum e la Catalogna ha rinunciato ad esso, pur manifestando la volontà di promuovere sul medesimo tema una consultazione popolare non referendaria.

Dai saggi raccolti nel volume può enuclearsi la conclusione che, per effetto della crisi economica, negli Stati europei considerati prevalgono tendenze ora centripete ora (più spesso) centrifughe, sebbene mitigate dal perdurante rilievo del livello centrale: dall'operatività di tali tendenze affiora un quadro delle autonomie in continua evoluzione e comunque – almeno parzialmente – diverso rispetto a come si configurava prima dell'insorgere della crisi.

STEFANO ROSSI (a cura di), *Il nodo della contenzione: Diritto, psichiatria e dignità della persona*, Alpha Beta Verlang, Merano, 2015, pp. 400.

Il volume trae origine dal convegno organizzato dal Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Bergamo nel febbraio 2014 dal titolo "Diritto, dignità della persona e psichiatria: il nodo della contenzione".

L'interesse suscitato dal convegno e il vivace dibattito che ne è scaturito sono state l'occasione per ampliare lo spazio di riflessione con approfondimenti e contributi da più campi disciplinari nella speranza di contribuire a far emergere, anche solo in parte, la complessità che è in gioco quando si tratta della tematica della contenzione.

Nella grammatica dei diritti, dignità, libertà e rispetto sono divenuti vocaboli essenziali per tentare di costruire un nuovo linguaggio più attento alle persone, ai loro bisogni, alle loro aspirazioni.

La disciplina della contenzione, però, in quanto limitazione della libertà individuale, pone i sanitari come i giuristi di fronte ad uno di quei "casi tragici" in cui il bilanciamento delle ragioni di chi cura e di chi è curato non permette di raggiungere una negoziazione soddisfacente, un incontro che non comporti il sacrificio di valori considerati fondamentali.

Tale prassi invoca direttamente le diverse strutture di garanzia imposte dall'art. 13 Cost. per la tutela della libertà personale (riserva assoluta di legge, riserva di giurisdizione, adozione di atto motivato), misurando su di esse l'impiego dello strumento.

Al contempo, tuttavia, ogni trattamento rivolto a un malato psichiatrico, in quanto questione che riguarda la salute, dovrebbe trovare il suo immediato riscontro normativo nell'art. 32 Cost., che aspira ad essere un riferimento autosufficiente; con la conseguenza che la contenzione potrebbe ammettersi solo nella misura in cui fosse qualificata, in base ad una valutazione dell'appropriatezza medica, come una modalità di trattamento terapeutico e che i problemi del suo utilizzo dovrebbero apparire non diversi da quelli di qualsiasi altro trattamento medico.

Vi sono tuttavia luoghi, pratiche ed esperienze, ove – al di là di ogni idealizzazione – l'autonomia delle persone si interseca con la loro vulnerabilità, il bisogno di cura e di sostegno, creando condizioni di asimmetria di potere, di subordinazione, che evocano lo scacco, la sconfitta, la perdita dell'autonomia e della libertà.

Proprio per superare questa aporia, la ricerca corale, ma polifonica, proposta nel volume sviluppa un approccio interdisciplinare, riunendo nella riflessione su un tema controverso e complesso giuristi, psichiatri, psicologi, filosofi e sociologi (Antonio Amatulli, Stefania Borghetti, Giuseppe Arconzo, Marco Azzalini, Pietro Barbeta, Beatrice Catini, Peppe Dell'Acqua, Giandomenico Dodaro, Anna Lorenzetti, Michele Massa, Luca Negro, Barbara Pezzini, Giovanni Rossi, Stefano Rossi, Nadine Tabacchi, Lorenzo Toresini) che, pur provenendo da percorsi di vita, esperienze e sensibilità differenti, hanno inteso misurarsi su una questione di giustizia che si riflette nelle plurime dimensioni in cui si esprime la persona.

Si segnala quindi lo sforzo di far vivere l'interdisciplinarietà in una dimensione non puramente *orizzontale* – in cui ognuno parla di un tema dal suo punto di vista e secondo il suo specifico approccio e si limita all'ascolto degli approcci e dei punti di vista altrui – ma

anche *verticale*, che si struttura quindi nella ricerca di come saperi diversi si possano stratificare ed intrecciare intorno ad uno stesso oggetto, per capire a quale livello ciascuno di essi sia chiamato in gioco. Così mentre in *orizzontale* ci si scambiano dati, ipotesi, concetti, che ciascuno poi continua a governare esclusivamente nella coerenza interna della propria disciplina, in *verticale* ognuno prova a rapportarsi criticamente agli altri diversi approcci, in modo che dal confronto emerga la misura che ogni sapere può fornire, in un dialogo che diviene più serrato e dal quale le coerenze di ciascun ambito disciplinare vengono ridefinite.

Forum di Quaderni Costituzionali

stituzionali

