



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TRENTO

Facoltà di Giurisprudenza

L'ECCEZIONE NEL DIRITTO

Atti della giornata di studio
(Trento, 31 ottobre 2013)

a cura di
SERGIO BONINI
LUCIA BUSATTA
ILARIA MARCHI

2015



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TRENTO

Facoltà di Giurisprudenza

QUADERNI DELLA FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA

11

2015

Al fine di garantire la qualità scientifica della Collana di cui fa parte, il presente volume è stato valutato e approvato da un *Referee* esterno alla Facoltà a seguito di una procedura che ha garantito trasparenza di criteri valutativi, autonomia dei giudizi, anonimato reciproco del *Referee* nei confronti di Autori e Curatori.

PROPRIETÀ LETTERARIA RISERVATA

© *Copyright 2015*
by Università degli Studi di Trento
Via Calepina 14 - 38122 Trento

ISBN 978-88-8443-606-1

ISSN 2284-2810

Libro in Open Access scaricabile gratuitamente dall'archivio IRIS - Anagrafe della ricerca (<https://iris.unitn.it/>) con Creative Commons Attribuzione-Non commerciale-Non opere derivate 3.0 Italia License.

Maggiori informazioni circa la licenza all'URL:
<http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/3.0/it/legalcode>

*Il presente volume è pubblicato anche in versione cartacea
per i tipi di Editoriale Scientifica - Napoli
(ISBN 978-88-6342-822-3).*

Ottobre 2015

L'ECCEZIONE NEL DIRITTO

Atti della giornata di studio
(Trento, 31 ottobre 2013)

a cura di

Sergio Bonini

Lucia Busatta

Ilaria Marchi

Università degli Studi di Trento 2015

INDICE

	Pag.
Sergio Bonini, Lucia Busatta, Ilaria Marchi <i>Premessa</i>	1
SEZIONE I INTRODUZIONE	
Fulvio Cortese <i>Significati e ruoli dell'eccezione nello Stato di diritto: anatomia di un dispositivo</i>	9
Serena Tomasi <i>La struttura argomentativa dell'eccezione. Una proposta di stu- dio su base pragma-dialettica</i>	25
SEZIONE II ECCEZIONE E FONTI DEL DIRITTO	
Michele Di Bari <i>La coerenza interpretativa delle corti internazionali come plau- sibile parametro capace di tipizzare i caratteri dell'emergenza. Il diritto fondamentale ad un giusto processo rientra nella defi- nizione di non-derogable rights?</i>	45
Eugenio Caliceti <i>Le "eccezioni ambientali" ex art. 36 TFUE al principio di libera circolazione delle merci. L'eccezione come strumento di risolu- zione di un conflitto tra interessi giuridicamente riconosciuti</i>	67
Lorenzo Cristanelli <i>L'eccezione in un sistema fortemente composito: il diritto dei contratti pubblici</i>	101
Lorenzo Pelle <i>L'eccezione come (re)azione contro gli atti processuali irrituali</i>	111
Antonio Cassatella, <i>Discussant</i> <i>Eccezione "nel" diritto, sistema, indeterminazione</i>	127

SEZIONE III
L'ECCEZIONE COME STRUMENTO
A GARANZIA DEI DIRITTI

Simone Penasa	
<i>Quando l'eccezione diventa regola(rità): garanzie costituzionali negli spazi di restrizione della libertà personale. Carceri e CIE....</i>	141
Lucia Busatta	
<i>Diritto alla salute e principio d'eguaglianza: può un'eccezione fare la differenza?</i>	169
Marta Tomasi	
<i>La tutela del minore: eccezioni integrate al sistema e ipotesi di rottura</i>	197
Gracy Pelacani	
<i>«Purché non si venga privati della cittadinanza dell'Unione»: sovranità, popolo, territorio dell'Unione europea cercasi.....</i>	229
Cinzia Piciocchi, <i>Discussant</i>	
<i>Alcune considerazioni a margine. Tra eccezioni, dissonanze ed armonia.....</i>	253

SEZIONE IV
TERRORISMO E CONTRASTO ALLA CRIMINALITÀ

Ilaria Marchi	
<i>Stato di eccezione e sovvertimento delle regole: alcune riflessioni sul sistema israeliano antiterrorismo</i>	265
Roberto Wenin	
<i>La strumentalizzazione della logica "amico-nemico" nel rovesciamento del rapporto "eccezione (illiceità)-regola (liceità)"? Alcuni spunti di riflessione sulla tenuta del sistema, muovendo dalle disposizioni sull'addestramento nell'uso di armi</i>	293

	Pag.
Lorenzo Pasculli <i>La normalizzazione della prevenzione eccezionale del crimine globale. Improvvisazione “con una mano legata” in quattro tempi e finale sull’emerso diritto della prevenzione criminale negativa</i>	319
Ilaria Anna Colussi <i>Pubblicare o censurare? Il difficile bilanciamento tra la sicurezza e la libertà di ricerca scientifica nelle ipotesi di rischi di bioterrorismo: una prospettiva “regola/eccezione”</i>	361
Marianna Biral <i>Tra regola ed eccezione: precari equilibri nella disciplina della testimonianza anonima</i>	383
Elena Mattevi, <i>Discussant</i> <i>L’eccezione nel diritto penale. Una riflessione a partire dal lessico della sicurezza</i>	403

SEZIONE V CONCLUSIONI GENERALI

Gabriele Fornasari <i>Antinomie giuridiche, norme di civiltà e l’ideologia dell’eccezione</i>	417
Carlo Casonato <i>Eccezione e regola: definizioni, fisiologie e patologie, responsabilità</i>	423
Notizie sugli Autori	433

PREMESSA

Sergio Bonini, Lucia Busatta, Ilaria Marchi

«Se è abbastanza chiaro che cosa sia il diritto – il sistema delle norme – il “rovescio del diritto” può significare due cose: il torto e l’illegalità (e, più che di rovescio, si tratta allora di contrario), oppure la decisione sull’eccezione, l’atto che rompe un sistema di norme, di diritto, per formarne un altro (e in questo senso si tratta di un rovescio come quello di un tappeto, che consente di capirne la genealogia, il modo in cui la trama è fatta)» (da C. GALLI, *Il diritto e il suo rovescio*, Udine, 2010, 13).

SOMMARIO: 1. *L’Associazione Alumni SGCE*. 2. *Le ragioni della giornata di studio*.

1. L’Associazione Alumni SGCE

La giornata di studio su *L’eccezione nel diritto*, della quale questo volume raccoglie gli atti, nasce come iniziativa dell’Associazione Alumni SGCE, che raccoglie dottori di ricerca e dottorandi del Corso di Dottorato in Studi Giuridici Comparati ed Europei della Facoltà di Giurisprudenza di Trento.

Essa è stata costituita nel 2011 grazie all’entusiasmo di alcuni dottori di ricerca, mossi dal desiderio di creare uno spazio di confronto e continuo aggiornamento interdisciplinare su temi trasversali.

Nella mente dei suoi ideatori l’Associazione è stata pensata come uno spazio in cui tutti i suoi membri potessero avere la possibilità di mettersi in gioco, in modo assolutamente democratico e libero da etichette o “sovrastutture”, attraverso l’organizzazione di iniziative volte a favorire il dialogo. L’obiettivo primario da perseguire, infatti, è stato

da sempre quello di stimolare la curiosità e ampliare l'angolo visuale del giurista, per dimostrare come un singolo tema possa assumere sfumature nuove e arricchirsi grazie all'apporto di discipline diverse e dell'esperienza maturata anche in altri ordinamenti.

Non si può comunque tacere il fatto che l'esigenza di individuare una struttura stabile, idonea a favorire un vivo scambio intellettuale, è nata anche dal desiderio di creare un ponte che permetta di mantenere un contatto con coloro che hanno percorso parte del proprio cammino di studiosi a Trento e che ora, per le ragioni più diverse, si trovano "lontani".

L'idea di poter mantenere vivo il clima di confronto interdisciplinare vissuto durante gli anni del dottorato non poteva che trovare un momento di concretizzazione migliore nell'organizzazione di una giornata di studio su un tema di carattere trasversale. Con il seminario sull'eccezione si è dunque riusciti a dare corpo alle aspirazioni dei "padri fondatori".

Si è dimostrato, infatti, come la dedizione alla ricerca possa creare una originale trama di conoscenze che, partendo da un tema condiviso e attraversando percorsi argomentativi tipici dei differenti rami del diritto, riesca comunque a convergere su tratti comuni, spesso non immaginabili *a priori*.

Questa esperienza è la prova tangibile dell'accrescimento culturale che può derivare da un confronto entusiasta tra persone appassionate e dotate di menti curiose.

2. Le ragioni della giornata di studio

Ecco, allora, spiegata la scelta del tema del convegno che ha condotto alla raccolta degli atti pubblicata in questa sede editoriale: il rapporto tra norma giuridica ed eccezione; l'indagine circa l'individuazione di una disciplina particolare adottata in deroga a quella generale; l'attività creativa dei giudici e la capacità di innovare l'ordinamento giuridico attraverso gli strumenti argomentativi. Ai fini dell'individuazione delle possibili tematiche oggetto di approfondimento durante la conferenza (tenutasi a Trento, presso la Facoltà di Giurisprudenza, il 31 ottobre

2013) si è preferito intendere il concetto di eccezione nel modo più esteso possibile, senza precludere *ab origine* la possibilità di affrontare alcun argomento, nella convinzione che tale concetto permei costantemente l'ordinamento giuridico e si possa pertanto prestare anche a letture in buona parte differenti.

Proprio l'ipotesi di poter individuare molteplici declinazioni del tema ha caratterizzato le fasi preparatorie della giornata di studio. L'assunto da cui si è partiti è quello per cui l'eccezione è un dato riscontrabile in ciascuna disciplina giuridica: possono mutarne i significati ed è possibile trovarne diversi utilizzi; gli impieghi del concetto variano anche a seconda del formante (legislativo o giurisdizionale, per esempio) che si trova ad avere a che fare con le eccezioni; possono essere, infine, differenti i limiti posti dagli ordinamenti all'ammissibilità o alla legittimità dell'una o dell'altra eccezione.

In altre parole, sia esso inteso come spazio di non applicazione o deroga della norma giuridica generale ed astratta sia come una (variamente intesa) situazione peculiare che necessita di una disciplina differenziata, propria ed autonoma, il concetto di eccezione caratterizza costantemente l'esperienza giuridica e costituisce, alternativamente, una cartina di tornasole per la verifica della tenuta e della coerenza del sistema e un continuo banco di prova dell'interazione tra norme giuridiche.

Pur all'interno di un comune intendimento del concetto di eccezione, che si colloca entro lo spettro della necessità di fornire una disciplina giuridica a fattispecie diverse o ulteriori rispetto all'ordinarietà e di fondare la legittimità della mancata applicazione di una norma ad un caso da quest'ultima disciplinato, sembrano emergere diverse concezioni e interpretazioni del concetto. Eppure, al contempo, il confronto interdisciplinare può dimostrare che, anche se le prospettive differiscono in ragione del *modus* argomentativo proprio di ciascuna area giuridica, notevoli possono essere le sovrapposizioni e significative le convergenze raggiungibili.

Lo spirito della ricerca è stato, quindi, quello di indagare – senza alcuna pretesa di completezza – quali siano i possibili modi di intendere l'«eccezione» quando si pone in relazione con il «diritto», al fine di individuare linee comuni e divergenti tra i possibili impieghi, così da ragionare, in ultima analisi, sull'attualità del concetto di positivismo e sul

rapporto tra astrattezza e generalità della norma, da un lato, ed eccezione, dall'altro lato.

I singoli contributi sono stati proposti su base volontaria, da parte dei membri dell'Associazione Alumni SGCE, in base alle inclinazioni e alle preferenze di ricerca di ciascuno, a partire da alcune linee guida comuni, cosicché ogni relazione potesse evidenziare, in ultima analisi, in quale modo l'impiego dell'eccezione condizioni l'ordinamento o una specifica disciplina giuridica. Le finalità comuni delle singole ricerche hanno quindi portato a chiedersi se i principi generali che orientano uno specifico ramo del diritto vengano messi in crisi o quantomeno subiscano modifiche significative in presenza di un'eccezione; e se il discostamento rispetto alla regola sia qualificabile effettivamente come soluzione eccezionale, come deroga limitata (nel tempo, nello spazio o in riferimento ai soggetti destinatari) oppure come prassi, alla luce dell'insufficienza o inadeguatezza degli strumenti di diritto positivo disponibili. In termini ancora più generali, lo studio collettivo di un tema all'apparenza tanto indeterminato mira a verificare anche se l'impiego e l'applicazione dell'eccezione costituisca uno strumento per preservare le categorie giuridiche tradizionali (pur nella necessità di un loro adattamento rispetto all'evoluzione della società e dei rapporti giuridici), oppure se questo rappresenti il segnale di un momento di transizione, che prelude al superamento delle categorie giuridiche tradizionali e all'emersione di un nuovo modo di intendere il diritto.

Da nessuno dei quattro segmenti di lavoro in cui si è articolato il seminario potevano in ogni caso provenire risposte e soluzioni "definitive": il che ai curatori non pare censurabile, se è vero che risulta sempre preferibile la trasparente manifestazione di un dubbio ermeneutico – espressione di pensiero problematico – rispetto alle certezze pigramente rassicuranti derivanti dall'accoglimento di postulati assiomatici.

A ben vedere, forse, un filo rosso in grado di legare contributi provenienti dai più diversi settori disciplinari è peraltro rinvenibile, ed esattamente esso è dato dalla sottolineatura del ruolo di irrinunciabili garanzie individuali-liberali: secondo quanto suggerisce già l'intitolazione della sezione III («L'eccezione come strumento a garanzia dei diritti»); e come non poteva non essere nella sezione IV, (prevalentemente) penalistica (dedicata in particolare a «Terrorismo e contrasto

alla criminalità»); ma, *mutatis multis mutandis*, quel profilo d'unione pare ravvisabile già nell'ambito delle prime due sezioni («Introduzione» ed «Eccezione e fonti del diritto»).

Non spetta però certamente a noi individuare la “trama”, se vi è, del libro: ci affidiamo invece al giudizio insindacabile dei lettori, non prima di avere ringraziato i docenti della Facoltà di Giurisprudenza trentina che hanno voluto presenziare alla giornata seminariale e, per tutti, in specie, il Preside, professor Giuseppe Nesi, e il professor Marino Marinelli, in qualità di vice-coordinatore della Scuola di Dottorato; alcuni professori sono anzi intervenuti con un ruolo immediatamente attivo, quali relatori, *discussant* o conclusori e i loro contributi impreziosiscono perciò i presenti atti; senza dimenticare il personale amministrativo, che anche in questa occasione non ha fatto mancare il proprio validissimo supporto.

SEZIONE I

INTRODUZIONE

SIGNIFICATI E RUOLI DELL'ECCEZIONE NELLO STATO DI DIRITTO: ANATOMIA DI UN DISPOSITIVO

Fulvio Cortese

«Creiamo delle regole cui siamo costretti ad applicare di continuo nuove eccezioni, per evitare che si trasformino nel loro opposto: da guide per la nostra virtù a ossessioni che ledono la nostra libertà» (da G. FONTANA, *Morte di un uomo felice*, Palermo, 2014, 125)

SOMMARIO: 1. *L'eccezione nel gergo del giurista: rationes e topografia di un termine polifunzionale.* 2. *Il carattere del riferimento all'eccezione e la teoria dei dispositivi: il nesso tra l'eccezione e il paradigma della legge.*

1. L'eccezione nel gergo del giurista: rationes e topografia di un termine polifunzionale

Per entrare subito in comunicazione con tutta l'insospettabile complessità che si nasconde dietro l'utilizzo, nel diritto, della parola «eccezione» – termine a prima vista lineare e d'impiego quasi ordinario – è sufficiente ricorrere ad un famoso adagio: «l'eccezione conferma la regola». L'*impasse* è immediata: come è possibile che un'eccezione rafforzi ciò cui proprio la sua affermazione consente di sfuggire?

Occorre dire che, nel linguaggio di tutti i giorni, il carattere paradossale dell'espressione surriferita è in qualche modo assimilato e dato per scontato. Spesso, la sua evocazione è del tutto decontestualizzata e sottende, al verificarsi di determinati eventi, una certa ironia sull'impossibilità occasionale di verificare l'esattezza di una previsione che si immaginava obbligata, se non la sconsolata constatazione che nella realtà

gli imprevisti sono davvero tali e che tutto ciò che ci accade può facilmente sfuggire a quanto ci eravamo prefigurati¹.

Tuttavia, l'ambiguità – o meglio: l'erroneità – dell'espressione è nota anche dal punto di vista tecnico-giuridico, ossia anche nella prospettiva che l'ha vista nascere. Essa costituisce, forse, il frutto di un vero fraintendimento, dovuto a un processo di volgarizzazione di un insegnamento che, in verità, appartiene allo strumentario più sofisticato del giurista.

Le sue origini, infatti, sono usualmente ricondotte ad un brocardo di conio medievale («*exceptio confirmat regulam in casibus non exceptis*»)², che avrebbe generalizzato il senso di un'affermazione svolta da Cicerone nel contesto dell'orazione *Pro Balbo* («*Quod si exceptio facit ne liceat, ubi <non sit exceptum, ibi> necesse est licere*»)³.

Come si può constatare, nel primo come nel secondo caso il riferimento all'eccezione serve per argomentare che, in assenza di prescrizioni specifiche di carattere negativo, una certa cosa (un certo effetto) o una specifica azione (una certa condotta) si può dare o compiere senza che vi siano ostacoli di sorta. In entrambi i casi, quindi, l'esistenza dell'eccezione “conferma” la regola che corrisponde al pacifico realizzarsi dell'azione o del fatto che in talune circostanze devono essere esclusi.

Vero è, però, che nei due casi il ragionamento appare diretto a raggiungere risultati un po' diversi, in quanto connesso a presupposti di valore non necessariamente condivisi, né reciprocamente implicati.

Cicerone si era avvalso di questo insegnamento per interpretare il significato di alcuni (così li chiameremmo oggi) trattati internazionali stipulati dalla Repubblica, accordi che, non ponendo alcun divieto circa l'acquisto della cittadinanza romana da parte di coloro che appartene-

¹ Così inteso, del resto, l'adagio è la perfetta anticamera alla famosa “legge di Murphy”, per la quale “se qualcosa può andar male, andrà male” (su cui v. A. BLOCH, *La legge di Murphy e altri motivi per cui le cose vanno a rovescio!*, Milano, 1988).

² In questo senso, tra i tanti, P. WARD, J. EDWARDS (eds.), *The Book of Common Fallacies*, New York, 2013, *ad vocem*. Di questo brocardo, per vero, esistono molteplici versioni, quali «*exceptio probat regulam in casibus non exceptis*», «*exceptio firmat regulam in casibus non exceptis*» ovvero (e da qui il tenore attuale dell'adagio) «*exceptio firmat regulam*» o «*exceptio probat regulam*»: cfr. in J. CANTERA ORTIZ DE URBINA, *Diccionario Akal del Refranero Latino*, Madrid, 2005, p. 80.

³ V. in CICERONE, *Pro L. Cornelio Balbo oratio*, 32.

vano ad un altro popolo, avvaloravano implicitamente l'esistenza di una generale regola permissiva⁴.

In questo modo, segnatamente, Cicerone si era fatto inconsapevole precursore, sul piano retorico, della formulazione della c.d. "norma generale esclusiva", di ascendenza liberale, secondo cui "tutto ciò che non è vietato è permesso", e così di un *dispositivo*⁵ che, soprattutto con l'affermarsi storico dello Stato di diritto, consentirà nel continente europeo di attribuire un valore ben preciso al diritto positivo di matrice statale e di raffigurare l'ordinamento giuridico da esso promanante come autonomo e completo⁶.

Nel brocardo di stampo medievale la lezione è maggiormente asettica, tanto che il suo spazio applicativo si può circoscrivere alla (limitata) misura in cui può essere invocato l'argomento *a contrario*⁷.

Ad esempio, se ci fosse una regola scritta che stabilisse che «i cani non possono entrare nel parco», allora se ne potrebbe dedurre pacificamente che possono entrarvi gli uomini, non anche, tuttavia, che possono entrarvi i gatti o i cavalli, visto che una regola di questo tenore, forse, sarebbe ragionevolmente soggetta a interpretazione estensiva⁸. Orbene, è chiaro che anche la "norma generale esclusiva" poggia su di un argomento *a contrario*, ma è altrettanto chiaro che dietro la prima si celano intenzioni che il secondo può soltanto veicolare occasionalmente e che, soprattutto, mentre il riferimento al secondo è sempre ammesso (quale

⁴ Il passo intero dell'orazione ciceroniana è questo: «Etenim quaedam foedera exstant, ut Cenomanorum, Insubrium, Helvetiorum, Iapydum, non nullorum item ex Gallia barbarorum, quorum in foederibus exceptum est ne quis eorum a nobis civis recipiatur. Quod si exceptio facit ne liceat, ubi <non sit exceptum, ibi> necesse est licere. Ubi est igitur <in> foedere Gaditano, ne quem populus Romanus Gaditanum recipiat civitate? Nusquam» (*ibid.*).

⁵ Sul significato di questa espressione si tornerà subito *infra*, par. 2.

⁶ Le più significative e coerenti teorizzazioni sull'esistenza di simile "norma" risalgono a E. ZITELMANN, *Lücken im Recht*, Leipzig, 1903, e D. DONATI, *Il problema delle lacune dell'ordinamento giuridico*, Milano, 1910.

⁷ Tanto che del brocardo in esame esiste anche la versione «exceptio firmat regulam in contrario»: v. W. ADAMS SHUMAKER, G. FOSTER LONGSDORF (eds.), *The cyclopedic law dictionary*, Chicago, 1922, p. 377.

⁸ V., per questa soluzione, G. FALCON, *Lineamenti di diritto pubblico*, Padova, 2014, p. 25.

tecnica vera e propria), il richiamo della prima è possibile soltanto laddove essa sia stabilita, espressamente o implicitamente, come regola generale (come è stato efficacemente osservato, «la norma generale esclusiva rende completi tutti e soli quegli ordinamenti nei quali si può sostenere che sia diritto vigente»)⁹.

Questa rapida divagazione consente di apprezzare sia che, giuridicamente, l'invocazione dell'eccezione è cosa sempre delicata, sia che lo studio delle ragioni per cui è talvolta richiamata può dischiudere le porte per l'accesso ai meandri più intricati dell'ermeneutica giuridica, della teoria dell'argomentazione, della teoria delle fonti, nonché – come se tutto ciò già non bastasse – dell'*identità* costituzionale¹⁰ (o ancor più della *struttura*)¹¹ di un determinato ordinamento giuridico o (anche) della teoria (*tout court*) della norma giuridica (nel senso, cioè, della predicabilità della sua stessa esistenza e della sua differenza ontologica da regole di altra natura)¹².

⁹ Così R. GUASTINI, *Interpretare e argomentare*, Milano, 2011, pp. 144-145, il quale ricorda che nel diritto italiano tale norma esiste senz'altro, ed espressamente, con riguardo all'individuazione delle fattispecie di reato, in ragione dell'art. 25, comma 2, Cost., e dell'art. 1 c.p., mentre non esisterebbe nel diritto civile (in cui, viceversa, sarebbe vigente l'opposta "norma generale inclusiva") e, *lato sensu*, nel diritto volto a regolare l'azione e l'organizzazione dei pubblici poteri («che possono compiere non già ogni atto che non sia loro vietato, ma anzi solo quegli atti che siano loro espressamente consentiti», in ragione dell'affermazione del principio di legalità). È opportuno rammentare che l'affermazione dell'esistenza della "norma generale esclusiva" nel contesto del diritto penale giustifica anche quanto si trova statuito nel noto art. 14 delle cc.dd. "Preleggi", laddove si dispone il divieto del ricorso all'analogia con riguardo all'interpretazione, per l'appunto, delle leggi penali, nonché di tutte le «leggi che fanno eccezione a regole generali o ad altre leggi». Sulle norme eccezionali in questo contesto v., recentemente, V. VELLUZZI, *Le Preleggi e l'interpretazione. Un'introduzione critica*, Pisa, 2013, pp. 80 ss.

¹⁰ Si rammenti quanto accennato in ordine al contesto storico dell'affermazione compiuta della "norma generale esclusiva". Sul punto si tornerà anche *infra*, par. 2.

¹¹ Nel senso indicato da V. FROSINI, *La struttura del diritto*, Milano, 1962. Ma anche su questo punto si tornerà subito *infra*, nel testo.

¹² Il punto è sviluppato autorevolmente e in modo estremamente lineare da H.L.A. HART, *The Concept of Law* (1961), Oxford, 2012, p. 139, per cui le regole presentano sempre e inevitabilmente delle eccezioni che non possono essere pienamente previste in anticipo (e che, quindi, non possono considerarsi come ostative all'esistenza stessa della regola). In altri termini: le regole giuridiche restano sempre regole anche se

Può dirsi, quindi, alla luce di quanto si è ora sperimentato, che ragionare sull'eccezione dice molto su come si atteggi la radice forte (e quindi il *modello* dello Stato di diritto) dell'esperienza giuridica che tuttora connota buona parte degli ordinamenti occidentali.

Ma di eccezione, sempre giuridicamente, si discute anche in un altro frangente, apparentemente distante da quelli da ultimo menzionati e campo d'elezione, anzi, di discipline e approcci scientifici ulteriori.

L'allusione corre naturale al diritto civile e al diritto processuale civile, che, come è risaputo, sono ricchi di riferimenti espressi alla possibilità, o meno, per il convenuto, nell'ambito della propria attività difensiva, di sollevare in giudizio *eccezioni* di varia natura (di merito o di rito; in senso lato o in senso stretto)¹³.

Qui il significato e il ruolo dell'eccezione sembrano chiaramente diversi, anche se non si può restare indifferenti alla constatazione che *anche nel processo*, quando viene in gioco un'eccezione, si tratta di definire o delimitare l'operatività materiale e controversa di determinate regole a favore dell'applicazione puntuale di regole diverse e dello stabilimento a tutti gli effetti del diritto effettivamente conforme ad una fattispecie concreta.

Né si può sottovalutare il fatto che la disponibilità o meno di quest'attività di definizione o delimitazione sia a sua volta condizionata da un "gioco" interpretativo di regola-eccezione (al pari di quello discusso poc'anzi), per il quale la tendenziale rilevabilità d'ufficio dell'eccezione (in senso lato) che si può spendere nel giudizio è desunta, di fatto, *a contrario* dalla rilevazione di specifici casi in cui simile opzione non è testualmente consentita¹⁴.

in taluni casi non si dimostrino applicabili e possano essere dunque soggette ad un'eccezione. Può essere curioso notare che, in questa prospettiva, il senso (sopra definito come) decontestualizzato dell'adagio per cui "l'eccezione conferma la regola" si rivela, ancor più paradossalmente, quasi esatto.

¹³ Per un'introduzione, v. C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, I, *Le tutele (di merito, sommarie ed esecutive) e il rapporto giuridico processuale*, Torino, 2014, pp. 139 ss.

¹⁴ V., sul punto, anche la chiara illustrazione di B. SASSANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, Napoli, 2006, p. 160.

Più in generale, però, indipendentemente da quelle che possono sembrare soltanto suggestioni o assonanze, si può rammentare che la pietra angolare della moderna teoria processuale delle eccezioni¹⁵ viene posta in una fase storica nella quale molto si ragiona sulla funzione (e sull'*istituzionalizzazione*) del giudizio e dell'attività giurisdizionale nel suo complesso, e in cui ci si propone in modo esplicito di precisare e "dogmatizzare" alcuni concetti della disciplina del rito per renderli meglio adeguati alle trasformazioni dell'intero ordinamento giuridico secondo una determinata e nuova *identità*. Lo Stato di diritto entra nuovamente in gioco anche in questa cornice.

In particolare, nel modello dello Stato di diritto, anche l'attività giurisdizionale è una funzione pubblica da ricondurre a coerenza ed equilibrio all'interno di una medesima cornice sovrana; anch'essa, infatti, partecipa, e in modo decisivo, allo stesso *continuum* di cui si fa portavoce, nell'ordinamento giuridico, il legislatore, visto che si tratta di proseguirne il dettato e di dare attualità e sostanza alle norme generali e astratte mediante la loro traduzione in giudizi individuali e concreti¹⁶.

Ciò che nel giudizio, però, appare essenziale, e tanto più in questa nuova cornice, è che si diano tutti i presupposti affinché l'accertamento del diritto non avvenga in modo pretesamente ultimativo e assoluto (come puro fatto di volontà, potenzialmente arbitrario), bensì secondo una dinamica necessariamente neutrale e intersoggettiva, che consenta alle parti interessate di contendere equamente sui fatti di causa per renderli istituzionalmente certi. Viene, così, introdotta e generalizzata una visione (una *struttura*) procedurale del fenomeno giuridico interamente considerato¹⁷. Poiché, in particolare, non si tratta di fare giustizia, ma di *obbligare l'ordinamento* a riconoscere e a tutelare determinate pretese in quanto fondate sulle regole positive verificate come concretamente pertinenti alla fattispecie oggetto di contestazione¹⁸.

¹⁵ Che, con tutta probabilità, si può ricondurre alla dissertazione di O. BÜLOW, *De praejudicialibus exceptionibus*, Heidelbergae, MDCCCLXIII.

¹⁶ Per questa impostazione v. O. VON BÜLOW, *Gesetz und Richteramt*, Leipzig, 1885, tr. it. *Legge e giurisdizione*, cur. F. Cortese e A. Sandri, Seregno, 2012.

¹⁷ Nel senso, per l'appunto, rappresentato da V. FROSINI, *La struttura*, cit.

¹⁸ V., in particolare, sempre V. FROSINI, *La struttura*, cit., p. 58: «Riteniamo che non si possano avere "diritti" che nei confronti d'un ordinamento giuridico, che è il solo

Ora, in tale contesto (in tale *struttura*), che si tratti dello stabilimento di un punto fermo, sul piano puramente interpretativo, nella relazione che in un certo caso si dà tra regola ed eccezione, i.e. tra norma generale e norma eccezionale, ovvero del rapporto, nel processo, tra la domanda giudiziale e le eccezioni che ad essa vengono opposte, ad attivarsi è sempre un *meccanismo di negazione e contestuale affermazione*: in un'ipotesi, è il meccanismo della negazione della norma generale e dell'affermazione della norma eccezionale; nell'altra, è il meccanismo della negazione della portata effettiva della pretesa altrui e della pertinenza reale della norma invocata a sostegno di detta pretesa, a favore dell'affermazione di fatti capaci di introdurre la pertinenza specifica di altre norme o di circostanze idonee a precludere il giudizio stesso sulla medesima pretesa.

In entrambe le ipotesi, in definitiva, si può ben ripetere lo stesso adagio da cui si sono avviate queste riflessioni, «l'eccezione conferma la regola», poiché, anche nel caso del processo, il ricorso all'eccezione consente di stabilire (nel senso di *probare*) e di fissare (nel senso di *firmare*) con precisione quale sia la regola del caso concreto, secondo le possibilità combinatorie che l'ordinamento positivo ammette nelle forme da esso stesso riconosciute come valide.

Tutto ciò può apparire il frutto di un puro *divertissement*, eppure la possibilità che, nel diritto, un medesimo termine, proprio se dichiaratamente polisenso e polifunzionale (come è il termine «eccezione»), finisca per orientare e accomunare, quanto meno potenzialmente, problemi e istituti diversi secondo meccanismi simili di negazione e affermazione è suscettibile di alcune spiegazioni, soprattutto se vi si possa scorgere la messa in opera di un *dispositivo* comune.

che possa riconoscerli e tutelarli, cioè definirli e farli valere come forme giuridiche dell'azione».

2. Il carattere del riferimento all'eccezione e la teoria dei dispositivi: il nesso tra l'eccezione e il paradigma della legge

Di che cosa sia un *dispositivo* si è accennato in precedenza, allorché si è richiamata la “norma generale esclusiva” e, per l'appunto, il rapporto, ad essa intrinsecamente correlato, tra l'affermazione di un principio costitutivo dell'ordinamento giuridico (*rectius*: di un ordinamento connotato da una certa *identità*) e l'attivazione diffusa e replicabile di relazioni circostanziate regola-eccezione nella fase dell'individuazione del diritto applicabile.

Ebbene, sono tutte queste interazioni che fanno parte di un medesimo dispositivo, di un accorgimento multipolare che si traduce in forme diverse e che mira sempre, nella determinazione di ciò che è il *diritto* di una specifica fattispecie, alla negazione della *regula iuris* scorretta a favore di quella che vi è realmente pertinente. Non è altro, per ciò che interessa, che una dinamica di *certificazione* dell'individuazione del diritto applicabile, una dinamica, segnatamente, che si addice ad un ordinamento, di matrice liberale, che è improntato al modello continentale dello Stato di diritto e alla sua connotazione costitutivamente positivista.

Si tratta, naturalmente, di un'esemplificazione o, meglio, di una trasposizione nel contesto del diritto pubblico di ciò che può essere, dal punto di vista teorico, un dispositivo.

Come è noto, la teoria dei dispositivi ha la sua origine nell'opera di Michel Foucault e da quel momento in poi è stata indagata più volte anche da altri studiosi¹⁹. La migliore espressione (e definizione) di che cosa sia, in generale, un dispositivo si deve ancora allo stesso Foucault²⁰:

¹⁹ Cfr., per tutti, G. DELEUZE, *Che cos'è un dispositivo?*, Napoli, 2002 (tr. it. de *Qu'est-ce qu'un dispositif?*, in *Michel Foucault. Rencontre internationale, Paris, 9, 10, 11 janvier 1988*, Paris, 1989, 185 ss.), e G. AGAMBEN, *Che cos'è un dispositivo?*, Roma, 2006.

²⁰ V. l'intervista rilasciata da Foucault in *Il gioco di Michel Foucault*, in *Millepiani*, n. 2/1994, 35 (tr. it. de *Le jeu de Michel Foucault*, in *Ornicar*, n. 10/1977, 62 ss., nonché, oggi, in M. FOUCAULT, *Dits et écrites*, II, 1954-1988, Paris, 2001, pp. 298 ss.).

Ciò che io cerco di individuare con questo nome è, in primo luogo, un insieme assolutamente eterogeneo che implica discorsi, istituzioni, strutture architettoniche, decisioni regolative, leggi, misure amministrative, enunciati scientifici, proposizioni filosofiche, morali e filantropiche, in breve: tanto del detto che del non detto, ecco gli elementi del dispositivo. Il dispositivo esso stesso è la rete che si stabilisce fra questi elementi.

In secondo luogo, quello che cerco di individuare nel dispositivo è precisamente la natura del legame che può esistere tra questi elementi eterogenei. (...) In breve, fra questi elementi, discorsivi o meno, c'è una specie di gioco, di cambi di posizione, di modificazione di funzioni che possono, anche loro, essere molto differenti.

In terzo luogo per dispositivo intendo una specie, diciamo, di formazione che, in un dato momento storico, ha avuto per funzione maggiore quella di rispondere a una urgenza. Il dispositivo ha dunque una funzione strategica dominante. (...)

Ho detto che il dispositivo era di natura eminentemente strategica, la qual cosa implica che si tratta di una certa manipolazione di rapporti di forze, di un intervento razionale e concertato in questi rapporti di forze, sia per svilupparle in una tal certa direzione, sia per bloccarle, oppure per stabilizzarle, utilizzarle. Il dispositivo è sempre quindi iscritto in un gioco di potere, ma sempre anche legato a uno o alcuni limiti del sapere, che vi nascono ma, allo stesso tempo, lo condizionano. È questo, il dispositivo: delle strategie di rapporti di forze che supportano dei tipi di sapere e sono supportati da essi.

Come è facile rilevare, da questa definizione, così articolata, si può desumere che sono connaturati al dispositivo il suo “sciogliersi” in declinazioni differenti, ma anche la rispondenza di queste ad un “discorso sul potere”, sul suo controllo e sulla razionalizzazione di rapporti di forza, oltre che la stretta connessione con un universo culturale ben preciso e con una dogmatica a questo del tutto congeniale. Allo stesso modo, il dispositivo può servirsi di tecniche e di accorgimenti forgiati in altre situazioni per ri-orientarli verso le direzioni con esso coerenti.

Nel caso che qui interessa, il dispositivo – colto nel momento in cui si esprime mediante una dinamica di negazione e affermazione per la selezione e lo stabilimento ad ogni effetto della *regula iuris* applicabile (e non) ad una fattispecie concreta – è emanazione della centralità, nello Stato di diritto, del paradigma della legge e della sua *disponibilità*, intesa come espressione privilegiata, se non esclusiva, della sovranità.

Un esempio interessante, nello Stato liberale, di come questo dispositivo si concepisca come autosufficiente e di come esso ritenga di garantire *ab origine* la sua tenuta si può trarre dal modo con cui vengono trattati, nella cultura e nelle costituzioni liberali ottocentesche, alcuni principi considerati irrinunciabili per l'identità dell'ordinamento giuridico, su tutti il principio di uguaglianza. Anche a tale riguardo, infatti, l'eccezione svolge un ruolo significativo.

Si pensi, per restare all'esperienza italiana, all'art. 24 dello Statuto albertino (1848): «Tutti i regnicoli, qualunque sia il loro titolo o grado, sono eguali dinanzi alla legge. Tutti godono egualmente i diritti civili e politici, e sono ammissibili alle cariche civili, e militari, salve le *eccezioni* determinate dalle Leggi»²¹. Come si può constatare, per il principio di uguaglianza così affermato, «tutti» sono «eguali», nel senso, in particolare, che «godono egualmente i diritti civili e politici»; ma possono esistere delle «eccezioni», che sono determinate «dalle Leggi», e quindi dal Parlamento come produttore di ciò che può legittimamente considerarsi regola giuridica nello Stato di diritto.

A che cosa servono, poi, queste eccezioni? A disciplinare *in modo ragionevole* determinate fattispecie? Se avallassimo questa lettura usciremmo dal dispositivo dello Stato di diritto di matrice liberale per entrare, direttamente, in una dinamica un po' diversa, nella quale la transizione ad una nuova forma di Stato (quello democratico) ha portato il medesimo principio di uguaglianza a qualificarsi, *anche come regola*, nel senso esattamente opposto: si ricorderà, del resto, che l'art. 3 della Costituzione italiana vigente, al primo comma, stabilisce che «Tutti i cittadini hanno pari dignità sociale e sono eguali davanti alla legge, *senza distinzione di sesso, di razza, di lingua, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali e sociali*»²².

In verità, nel contesto liberale dello Stato di diritto, le “eccezioni” servono (nuovamente) a conservare la “regola”, ossia a riaffermare l'*ordine naturale delle cose* (i.e. l'ordine economico-sociale) che l'ordine politico e giuridico non può scalfire o alterare, e quindi a riaffermare un'uguaglianza di natura e a farlo (se indispensabile) anche con il mas-

²¹ Corsivo aggiunto.

²² Corsivo aggiunto.

simo strumento del “comando” giuridico e della sua concreta amministrazione²³.

Per alcuni interpreti, peraltro, la segnalata dinamica (di negazione e affermazione) e il rapporto stesso (dal punto di vista teorico-generale) tra regola ed eccezione costituirebbero il *punto di prova* dell'intero dispositivo, di talché sarebbe proprio quel rapporto, e così nell'afferma-

²³ Di quale sia, nella cultura liberale, questa particolare funzione del principio di uguaglianza e della sua “gestione” da parte delle istituzioni pubbliche è brillante testimonianza una “memoria” di Gian Domenico Romagnosi, pubblicata a Trento già nel 1792: v. *Che cosa è eguaglianza?*, in G.D. ROMAGNOSI, *Scritti di diritto filosofico*, Palermo, 1814, pp. 324 ss. (ma il tema verrà riproposto, dallo stesso Romagnosi, anche in altri scritti: v., ad esempio, G.D. ROMAGNOSI, *Assunto primo della scienza del diritto naturale*, Milano, 1820, pp. 181 ss.). In questa “memoria”, per meglio descrivere la propria concezione, Romagnosi si avvale di una *robinsonade*, vale a dire di un'autonoma rielaborazione del racconto robinsoniano di Daniel Defoe e del tema dell'isola deserta (giova rammentare che questo tema è stato più volte utilizzato per discutere sull'identità degli ordinamenti giuridici: cfr., in materia, V. FROSINI, *L'ipotesi robinsoniana*, in *Annali del Seminario Giuridico dell'Università di Catania*, VI-VII (1951-1953), Milano, 1953, pp. 168 ss.). In particolare, Romagnosi immagina che nell'isola siano naufragate due famiglie, quella di Robinson e quella di Zadich (o Zadig, personaggio tratto dall'omonimo racconto Voltaire). I due decidono di dividersi l'isola in parti eguali e, in poco tempo, mentre Robinson fa fruttare bene la porzione che gli spetta (perché più industrioso e forte), Zadich ha qualche difficoltà in più, poiché genera più figli del primo (e le risorse della sua porzione non gli sono sufficienti). Sicché, ad un certo punto, Zadich si accorda con Robinson e gli offre parte della sua terra in cambio di altrettanto grano per alimentare la sua famiglia; in seguito, uno dei figli di Zadich conviene con Robinson di lavorare al suo servizio e dividere con lui alla pari i frutti del suo lavoro. Secondo Romagnosi, queste due forme di disuguaglianza sono perfettamente coerenti con il principio di uguaglianza, poiché stabilizzate con l'uguale e libero consenso dei soggetti uguali. Ma c'è di più: per Romagnosi sarebbe inconcepibile che qualcuno si proponesse di togliere unilateralmente qualcosa a Robinson per aiutare Zadich e la progenie, giacché, oltre a violarsi il diritto di proprietà, si muterebbe in modo inaccettabile l'ordine della natura, che ha voluto premiare le abilità e l'intraprendenza del primo. Anzi, per evitare che simili appropriazioni unilaterali possano avvenire (in modo arbitrario o meno), Romagnosi afferma che è necessario «introdurre l'impero e l'obbedienza», e che in tal senso si giustificano i poteri dello Stato e delle istituzioni pubbliche (*ibid.*, p. 326). Per Romagnosi, in definitiva, l'uguaglianza è tale solo come pari dignità, ossia nel pari accesso ai diritti (e, su tutti, a quello di proprietà), potendo perfettamente esserci disuguaglianza negli oggetti su cui quei diritti insistono (e su cui, quindi, insiste la proprietà).

zione dell'eccezione, a garantire la vigenza formale della regola e *anche* la creazione di uno spazio in cui quella medesima regola non è applicabile e *lo è* allo stesso tempo (per il tramite dell'eccezione).

Più precisamente, è nell'ambito di una famosa riflessione sulla nozione di "stato di eccezione" che si è cercato di proporre l'idea che quella nozione non equivalga *tout court* allo "stato di necessità" e alla possibilità di cortocircuitare il dominio della legge e del diritto, né sia confondibile, allo stesso modo, con la condizione del processo rivoluzionario. Lo stato di eccezione, viceversa, altro non sarebbe che «l'apertura nell'ordinamento di una lacuna fittizia allo scopo di salvaguardare l'esistenza della norma e la sua applicabilità alla situazione normale»²⁴.

Quindi, ancora una volta, l'adagio d'uso comune da cui si è originata la presente riflessione – «l'eccezione conferma la regola» – risulterebbe assai calzante, poiché l'eccezione «rende possibile la costituzione della sfera normale»²⁵.

È interessante notare, inoltre, che, in questa ricostruzione, che muove dagli studi di Carl Schmitt, la sovranità si manifesterebbe nella pre-determinazione delle condizioni affinché lo stato di eccezione si possa manifestare, nel senso che sarebbe sovrano quel soggetto (o quel potere) che, pur appartenendo all'ordinamento, ne risulti anche e parzialmente *esterno* e, come tale, possa "decidere" sulla rilevanza o meno dello stato di eccezione²⁶.

²⁴ Così G. AGAMBEN, *Stato di eccezione*, Torino, 2003, p. 43.

²⁵ *Ibid.*, p. 73.

²⁶ *Ibid.*, pp. 44 ss. È risaputo che l'elaborazione di questo Autore poggia sull'analisi dei lavori di Carl Schmitt e, precisamente, sulla dottrina della *decisione*, così come elaborata dal giurista tedesco, e sulle indagini teologico-politiche da questo compiute. Lungi dal voler considerare in questa sede l'estrema complessità delle ricostruzioni schmittiane e delle meta-letture che Agamben ha sviluppato, può essere utile, perché strumentale al significato del presente contributo, constatare (a soli fini esplicativi) che, nell'interpretazione dello stato di eccezione qui descritta, l'eccezione ha una *funzione* simile a quella del *monstrum* di latina memoria, segno o presagio di un futuro che, tra i tanti possibili, può proporsi e può quindi realizzarsi con la stessa dignità di ciò che è norma nel presente, essendo emanazione di quella medesima forza (nel caso divina) che crea ogni cosa e contribuendo così a confermarla e a giustificarne le comuni affermazioni. Il seguente passo (tratto da ISIDORO DI SIVIGLIA, Etym. XI, 3, 1-2) può risultare, in questo senso, illuminante: «Portenta esse Varro ait quae contra naturam nata

Contemporaneamente – e per tornare, anche solo in parte, al tema dell'eccezione nel processo – si può ricordare che questa insistenza, tutta schmittiana, sulla funzione-chiave della “decisione” si matura, nell'evoluzione del giurista tedesco, nei lavori precocemente dedicati alla struttura del giudizio penale²⁷ e, precisamente, all'operazione ivi condotta sul disvelamento della natura intrinsecamente creatrice del meccanismo che, solo formalmente, porta la norma astratta all'applicazione concreta, e sulla necessità di trovare un bilanciamento a tale atto creativo nello studio della prassi giudiziaria e processuale²⁸. Schmitt, a ben vedere, non individua negli spazi argomentativi della contrapposizione tra domanda e difesa questo bilanciamento, bensì nell'esistenza della comunità epistemica dei giudici e nel doveroso rispetto di ciò che è considerato “giusto” in quella comunità. Eppure, proprio l'indicazione della prassi come sede della razionalizzazione argomentata dell'arbitrio rappresenta, forse, il quadro migliore nel quale recuperare il senso oggettivizzante dei conflitti sulla definizione dei fatti e della *regula iuris* di volta in volta pertinente.

Soprattutto, però, l'approfondimento circa il rapporto regola-eccezione e il funzionamento del correlato dispositivo hanno anche consentito di illustrare compiutamente come lo Stato di diritto che ne forma la matrice sia andato in crisi, nel continente europeo, proprio a causa di un'alterazione fondamentale (e *non garantita*)²⁹ della fisiologia di quel rapporto.

videntur: sed non sunt contra naturam, quia divina voluntate fiunt, cum voluntas Creatoris cuiusque conditae rei naturae sit. (...) Portentum ergo fit non contra naturam, sed contra quam est nota natura. Portenta autem et ostenta, monstra atque prodigia ideo nuncupantur, quod protendere atque ostendere, mostrare ac predicare aliqua futura videntur».

²⁷ Il riferimento è alla tesi di dottorato *Gesetz und Urteil. Eine Untersuchung zum Problem der Rechtspraxis*, Berlin, 1912.

²⁸ Per una bella e approfondita analisi del tema v. A. CALABRESE, *Colpa e decisione negli scritti giuspenalistici di Carl Schmitt (1910-1912)*, in *Logos*, n. 7, 2012, pp. 45 ss.

²⁹ O garantita mediante strumenti non completamente “terzi”. Sul punto è ben nota la diversa soluzione che era stata immaginata da C. SCHMITT, *Der Hüter der Verfassung*, Tübingen, 1931 (tr. it. *Il custode della costituzione*, cur. A. Caracciolo, Milano, 1981), che riteneva che la funzione di garanzia dovesse essere rivestita dal Presidente del Reich, e da H. KELSEN, *Wer soll der Hüter der Verfassung sein?*, Berlin, 1931 (tr. it.

Il dispositivo, infatti, continua ad operare solo a condizione che non si crei, nell'ordinamento giuridico, una vera e propria *frattura*, e non si anticipi, quindi, istituzionalmente, qualche cosa di completamente nuovo e, al limite, antitetico o alternativo (o *degenerativo*). In altre parole: «Quando l'eccezione diventa la regola, la macchina non può più funzionare. (...) la regola, che coincide ora con ciò di cui vive, divora se stessa. Ma questa confusione tra l'eccezione e la regola era proprio quanto il Terzo Reich aveva concretamente realizzato e l'ostinazione con cui Hitler perseguì l'organizzazione del suo 'Stato duale' senza promulgare una nuova costituzione ne è la prova»³⁰. Nell'eccezione, dunque, non si nasconde soltanto un modo per indagare e riscoprire le ragioni di una specifica scelta istituzionale; in essa si cela anche il pericolo di un'inversione del rapporto di negazione e affermazione, e quindi di un sovvertimento di quelle stesse ragioni.

La giustizia costituzionale, cur. C. Geraci, Milano, 1981), che sosteneva, diversamente, la necessità dell'istituzione di un giudice costituzionale. In argomento v. M. TROPER, "The Guardian of the Constitution" - Hans Kelsen's Evaluation of a Legal Concept, in D. DINER, M. STOLLEIS (eds.), *Hans Kelsen and Carl Schmitt. A Juxtaposition*, Gerlingen, 1999, pp. 81 ss.

³⁰ Così sempre G. AGAMBEN, *Stato di eccezione*, cit., p. 76, il quale subito appresso osserva che, in questo senso, «il tentativo di Schmitt di definire la nuova relazione materiale tra *Führer* e popolo nel Reich nazista era votato all'insuccesso». Lo Stato di diritto ha conosciuto una parabola involutiva dello stesso tipo anche con riguardo alla trasformazione dell'ordinamento giuridico italiano durante il fascismo. In proposito, lo stretto legame tra l'affermazione di una specifica e nuova classe dirigente fascista e l'approvazione di «leggi eccezionali» (nel senso di una strumentalità delle seconde ai fini del perseguimento degli scopi di prevaricazione, di moltiplicazione e di mutamento progressivo dell'intera società che la prima si doveva porre sotto la guida del partito) era stata bene evidenziata da S. TRENTIN, *Dix ans de fascisme totalitaire en Italie. De l'installation du Tribunal spécial à l'établissement de l'Empire*, Paris, 1937, tr. it. *Dieci anni di fascismo (1926-1936)*, Roma, 1975, in part. pp. 221-223: «né il partito, né le corporazioni avrebbero potuto adempiere al loro compito senza l'«aiuto» delle leggi speciali. È al riparo di queste leggi che fu possibile all'uno e alle altre di rendere irresistibile il loro dominio: il che ebbe come conseguenza inevitabile di provocare quasi insensibilmente la nascita di tutta una classe politica sostanzialmente parassitaria, i cui interessi tendono a poco a poco a identificarsi con quelli della dittatura, ed il cui destino è di costituirsi, alla fine, in un suo baluardo».

Indipendentemente dallo scrutinio sulla correttezza di questo approccio e delle chiavi di lettura da esso veicolate, è inevitabile constatare che, proprio in quanto legato all'approfondimento dei caratteri essenziali dello Stato di diritto, esso ha avuto una grande influenza, da ultimo, anche nella comparazione giuridica, specialmente in relazione alla comprensione della distinzione tra quel modello e la *rule of law* anglosassone.

In particolare, non è mancato chi ha cercato di spiegare, proprio mediante uno studio rinnovato sul ruolo e sulla genesi dello “stato di eccezione”, il rapporto, nella tradizione giuridica occidentale, tra sistemi di *common law* e sistemi di *civil law*, nonché, con esso, la differenza del ruolo della “legge” e dello *stile* che ne caratterizzerebbe le rispettive evoluzioni positive, giurisprudenziali e dottrinali³¹.

In questo senso, l'analisi dello “stato di eccezione” è diventata espressamente una lente per la migliore decifrazione (in prospettiva teologico-politica) di un dispositivo giuridico fondamentale (o fondativo) e dei motivi che hanno portato alla divaricazione delle esperienze di *common law* da quelle di *civil law*, quali frutto di «due prassi completamente opposte dell'agire politico»: da un lato, «la cattura completa della legge e della sua eccedenza nella *legislazione*»; dall'altro, «quel processo ‘oracolare’ progressivo ed inconcludibile che dipinge i giudici inglesi quali *medium* di quella misteriosa entità denominata *Legge*»³².

Il campo per la piena discussione di questa proposta metodologica è ancora assai aperto. Non c'è dubbio, tuttavia, che con tale e singolare lettura la ricerca sui ruoli e sui significati dell'eccezione dimostra ulteriormente un rilevante valore euristico.

³¹ V., sul punto, P.G. MONATERI, *Geopolitica del diritto. Genesi, governo e dissoluzione dei corpi politici*, Roma-Bari, 2013, e ID., *I confini della legge. Sovranità e governo del mondo*, Torino, 2014.

³² Così M. BALESTRIERI, *Oltre la forma. Le dinamiche dello stile tra legge e letteratura*, in *The Cardozo Electronic Law Bulletin* (<http://cardozolawbulletin.blogspot.it>), 2, 2014, p. 13.

LA STRUTTURA ARGOMENTATIVA DELL'ECCEZIONE

UNA PROPOSTA DI STUDIO SU BASE PRAGMA-DIALETTICA

Serena Tomasi

SOMMARIO: 1. *La parola al giurista*. 2. *Una logica per l'eccezione*. 3. *Note sulla pragma-dialettica*. 4. *L'eccezione in chiave pragma-dialettica*. 5. *Riflessioni conclusive*.

1. La parola al giurista

Decidiamo di accostarci al tema dell'eccezione nel diritto a partire dalla parola, domandandoci, senza ambagi, cosa significa «eccezione».

La ricerca etimologica ci riporta anzitutto al verbo latino *excipere* che designa un'azione esclusiva, volta a trarre qualche cosa fuori dall'insieme cui essa è ricondotto. Il verbo indica un'azione di (dis)ordine, nella misura in cui chi eccettua interviene sull'ordine altrui modificandolo, catturando qualcosa per collocarlo all'esterno di una possibile ricostruzione di ordine. Eccettuando, qualche cosa è tolto dalla totalità da cui se ne distacca, appunto, *eccezionalmente*.

In questo preciso senso, ricorre sovente nelle nostre espressioni di uso quotidiano dire che «l'eccezione conferma la regola»: l'adagio traduce il brocardo¹ *exceptio probat regulam in casibus non exceptis*. Il che significa, in altre parole, che la ricorrenza di un caso eccezionale conferma l'esistenza di una norma da applicarsi a tutti i casi non eccettuati. Troviamo estremamente interessante notare che l'uso linguistico

¹ Per uno studio sui brocardi e sul loro valore logico-retorico nell'esperienza giuridica, cfr. D. VELO DALBRENTA, *Brocardica. Un'introduzione allo studio e all'uso dei brocardi*, Padova, 2007; ID., *Rilevanza dei brocardi nel discorso forense*, in F. CAVALLA (a cura di), *Retorica Processo Verità. Principi di filosofia forense*, Milano, 2007, pp. 184-208.

del termine nel linguaggio ordinario testimonia la pregnanza normativa del termine.

A buona ragione, quindi, la parola spetta al giurista, sul quale grava il compito di chiarirne il concetto².

Possiamo riconoscere che l'uso del termine «eccezione» nel lessico giuridico si connota diversamente a seconda del concetto di ordine cui inevitabilmente rimanda, laddove è contrapposto *staticamente* alla norma ovvero, *dinamicamente*, all'azione/domanda. Riteniamo che a fondamento di una teoria sull'eccezione nel diritto ci sia l'idea di sistema, con i suoi molti riflessi sulla costituzione dell'eccezione nelle diverse discipline di diritto positivo. Il nostro sguardo è attirato dalla questione dell'ordine che concorre, a nostro giudizio, in modo decisivo a qualificare l'eccezione come fenomeno giuridico.

Senza approfondire le dottrine elaborate nei diversi campi del diritto³, assumendo la prospettiva di studio del filosofo del diritto e facendo inizialmente propria la tesi di Maurizio Manzin sulle origini del pensiero sistematico⁴, proponiamo di spiegare l'eccezione in duplice modo: nell'ambito di una concezione statica di sistema e nell'ambito di una concezione dinamica di sistema.

² In accordo con la prospettiva di Vittorio Villa, «concorrono a formare un concetto tutte quelle assunzioni che esprimono il contenuto di credenze di carattere *sostanziale* (collegate, cioè, a dei comuni presupposti di più teorie), ovvero di carattere *semantico* (collegate, cioè, al comune nocciolo di significato di una nozione suscettibile di più interpretazioni)». V. VILLA, *Il positivismo giuridico: metodi, teorie e giudizi di valore. Lezioni di filosofia del diritto*, Torino, 2004, pp. 12-13.

³ Per una ricognizione del dibattito della dottrina processual-civilista e processual-penalista sul concetto di eccezione, v. V. COLESANTI, Vc. *Eccezione*, in *Enciclopedia del diritto*, XIV, Milano, pp. 172-204; A. TORRENTE, Vc. *Eccezione*, in *Enciclopedia del diritto*, XIV, Milano, pp. 205-221.

⁴ M. MANZIN, *Ordo iuris. La nascita del pensiero sistematico*, Milano, 2008; del rapporto ordine-gerarchia si occupa ID., *L'ordine infranto. Ambiguità e limiti delle narrazioni formali nel diritto dell'età post-moderna*, in *Tigor: rivista di scienze della comunicazione*, 2009, 1, pp. 31-41; sui presupposti filosofici del sistema delle fonti del diritto, cfr. C. SARRA, *Diritto e ordine*, Padova, 2012. Per una riflessione sul sistema giuridico moderno e sulla ricerca dell'oggettività nel diritto, rinviando anche a R. BIN, *A discrezione del giudice. Ordine e disordine: una prospettiva giuridica*, Milano, 2013.

Secondo un approccio statico, tendenzialmente ‘normocentrico’⁵, il sistema giuridico è un insieme di norme ordinate del quale l’eccezione costituisce una deviazione. L’impronta è dualistica nella misura in cui focalizza la norma e l’eccezione come un binomio di opposti la cui unica relazione consiste nella costante negazione reciproca per cui l’uno non è l’altro⁶. Questo modo di guardare all’eccezione è fortemente influenzato da metadiscorsi normativi che riguardano in prevalenza la legge e la possibilità di una narrazione giuridica completa ed esaustiva, sulla base di un sistema di fonti garante della certezza dei rapporti giuridici. Ciò corrisponde al modello moderno di scienza giuridica capace, imitando il sapere forte (quello della scienza), di spiegare i fenomeni giuridici con continuità e stabilità.

Secondo un approccio dinamico, tendenzialmente processuale⁷, l’eccezione è posta in coppia con l’azione, nel quadro dei rapporti tra le parti del processo, imperniato sul contraddittorio di fronte al giudice. In questa concezione, l’eccezione è intesa in relazione di congiunzione e non di opposizione con l’azione: sarebbe, infatti, riduttivo semplificare l’eccezione opponendola all’azione e limitarsi così ad indicarle come due attività processuali contrapposte sulla base della formale posizione delle parti. In termini platonici, si potrebbe meglio dire che l’eccezione non è contrapposta all’azione ma è essa stessa azione, così come l’azione è anche eccezione⁸. Nella dinamica processuale, generatrice di differenze, l’eccezione non si riduce mai univocamente all’attività di una parte contrapposta all’altra ma evoca un procedimento di tipo elenctico che ciascuna parte pone in essere nel suo dire ed eccepire.

⁵ Per una critica ad una concezione ‘normocentrica’ del diritto, si rimanda a P. MORO, *La via della giustizia. Il fondamento dialettico del processo*, Pordenone, 2001.

⁶ Sul rapporto tra principio identitario e processo, cfr. M. MANZIN, *Ordo Iuris*, cit.

⁷ Per una ricognizione dei presupposti filosofici di questa prospettiva, si richiamano a titolo paradigmatico: G. CAPOGRASSI, *Intorno al processo (ricordando Giuseppe Chiovenda)*, in *Opere*, IV, Milano, 1959, pp. 51-76; E. OPOCHER, *Lezioni di filosofia del diritto*, Padova, 1983; F. CAVALLA, *La prospettiva processuale del diritto. Saggio sul pensiero di Enrico Opocher*, Padova, 1991.

⁸ Sul principio di identità e differenza nel pensiero giuridico, v. M. MANZIN, *Ordo Iuris*, cit.

Queste considerazioni costituiranno il punto di partenza ed il fondamento della nostra analisi che sarà dedicata all'eccezione così come è implicata in questa seconda concezione di ordine dinamico di *logos*.

Nelle pagine che seguono, cercheremo in particolare di spiegare la logica dell'eccezione proponendo la tesi secondo la quale la logica eccezzuativa è di tipo argomentativo ed affidandoci, per sostenerla, alle intuizioni della scuola pragma-dialettica di Amsterdam.

2. *Una logica per l'eccezione*

Interrogarci sulla logica⁹ dell'eccezione significa interrogarci sulla forma del ragionamento giuridico inteso nel suo dinamico svolgersi di azioni ed eccezioni, sì da poterlo spiegare e controllare. Quando parliamo di ragionamento, intendiamo l'attività cognitiva situata nel processo per la quale determinate conoscenze particolari vengono presentate sotto forma di discorsi e vengono collegate tra loro in modo tale da produrre ulteriori conoscenze che non possono essere rifiutate se sono accettate le premesse, pena la contraddizione. In questa prospettiva, lo studio dell'eccezione nel diritto comporta l'acquisizione di competenze di analisi, presentazione e valutazione di discorsi¹⁰.

A questo scopo sovengono le numerose teorie che, a partire dagli anni Cinquanta del secolo scorso, secondo un approccio anti-formalista, propongono di elaborare strumenti di indagine alternativi al sillogismo

⁹ Per uno studio approfondito della logica nel diritto e per il diritto, v. F. PUPPO, *Dalla vaghezza del linguaggio alla retorica forense. Saggio di logica giuridica*, Padova, 2012.

¹⁰ Analisi, valutazione e presentazione costituiscono le componenti di studio del *critical reasoning*: per un'introduzione pratica, v. A. IACONA, *L'argomentazione*, Torino, 2010; A. THOMSON, *Argomentare e imparare a farlo meglio*, Milano-Udine, 2010; più approfonditamente, v. R. ENNIS, *Critical Thinking*, New Jersey, 1985; A.E. FISHER, *The logic of real arguments*, Cambridge, 1988; ID., *Critical Thinking*, Cambridge, 2001; E. GLASER, *An experiment in the development of critical thinking*, New York, 1941.

pratico, fondandosi, la gran parte di esse, sulle forme dell'argomentazione¹¹.

Poiché il ragionamento giuridico è una specie del genere ragionamento, lo studio del ragionamento giuridico deve attingere ai mezzi approntati dalle teorie dell'argomentazione che si occupano di descrivere i modi in cui noi concateniamo idee in forma convincente e persuasiva, offriamo ragioni, alleghiamo prove, avanziamo conclusioni accettabili¹².

Le teorie dell'argomentazione servono al giurista come «cassette degli attrezzi»¹³, mettendo a disposizione gli strumenti per l'esercizio pratico del ragionamento valido e retoricamente efficace. Si assiste alla formazione di apparati teorici che interessano *anche* il giurista perché possa acquisire abilità nell'esercizio della pratica argomentativa: *argumentation & law* è, infatti, una branca specializzata delle teorie dell'argomentazione, *lato sensu* intesa, avente ad oggetto lo studio dell'esperienza argomentativa nel campo del diritto.

Tra le teorie argomentative contemporanee abbiamo scelto di avvalerci del modello elaborato dalla pragma-dialettica: la predilezione per questo approccio argomentativo è determinata da alcuni punti di forza,

¹¹ D. CANALE, *Il ragionamento giuridico*, in G. PINO, A. SCHIAVELLO, V. VILLA (a cura di), *Filosofia del diritto. Introduzione critica al pensiero giuridico e al diritto positivo*, Torino, 2013, pp. 316-351.

¹² Una ricognizione sui principali indirizzi argomentativi contemporanei è offerta *ex multis* da: S. BONFIGLIOLI, M. COSTANTINO (a cura di), *Retorica e scienze del linguaggio. Teorie e pratiche dell'argomentazione e della persuasione. Atti del X Congresso Nazionale, Rimini, 19-21 settembre 2003*, Roma, 2005; PH. BRETON, G. GAUTHIER, *Histoire des théories de l'argumentation*, Paris, 2000; P. CANTÙ, I. TESTA, *Teorie dell'argomentazione. Un'introduzione alle logiche del dialogo*, Milano, 2006; E. FETERIS, *Fundamentals of legal argumentation. A survey of theories on the justification of judicial decisions*, Dordrecht, 1999; A. PENNACINI (a cura di), *Retorica e comunicazione*, Alessandria, 1993; F.H. VAN EEMEREN ET AL., *Fundamentals of argumentation theory: a handbook of historical backgrounds and contemporary developments*, New Jersey, 1996; D. WALTON, A. BRINTON (eds.), *Historical foundations of Informal Logic*, Aldershot, 1997.

¹³ A. THOMSON, *Argomentare e imparare e farlo meglio*, cit., p. 8.

di ordine teorico e metodologico, che vanno riconosciuti a van Eemeren e alla scuola di Amsterdam nel confronto internazionale¹⁴.

Le intuizioni del teorico olandese, che rappresentano le ragioni pratiche per le quali intendiamo avvalerci della sua proposta in questo contributo, sono, a nostro avviso, (almeno) quattro.

Anzitutto, l'elaborazione di una teoria sistematica¹⁵. L'intento di van Eemeren e Grootendorst, sin dagli inizi del loro programma di ricerca, fu quello di ridurre la complessità interdisciplinare dello studio dell'ar-

¹⁴ Ci limiteremo ad indicare i referenti delle teorie argomentative contemporanee più diffuse, appuntando i principali riferimenti bibliografici: i teorici dell'argomentazione cui ci riferiamo sono Michel Meyer, Eddo Rigotti, Christian Plantin, Douglas Walton, Frans van Eemeren. In particolare, nell'ordine esposto, cfr.: M. MEYER, *Logique, langage et argumentation*, Paris, 1982 (= *From Logic to Rhetoric*, Amsterdam, 1986); ID., *De la Métaphysique à la Rhétorique*, Bruxelles, 1986; ID., *De la problématique: langage, science et philosophie*, Bruxelles, 1986 (= *Problematologia. Linguaggio. Scienza. Filosofia*, Parma, 1991); ID., *Questions de rhétorique*, Paris, 1993 (= *La retorica*, Bologna, 1997); ID., *Petite métaphysique de la différence*, Paris, 2000 (= *Piccola metafisica della differenza. Religione, arte, società*, Genova, 2009); ID., *Principia Rhetorica*, Paris, 2008; ID., *La problématique*, «Que Sais-je?», Paris, 2010; E. RIGOTTI, S. GRECO MORASSO, *Argumentative process and communication context*, Amsterdam, 2009; ID., S. CIGADA, *La comunicazione verbale*, Milano, 2004; C. PLANTIN, *L'argumentación*, Barcelona, 1998; ID., M. DOURY, V. TRAVERSO (a cura di), *Les émotions dans les interactions*, Lyon, 2000; ID., *Les bonnes raisons des émotions. Principes et méthode pour l'étude du discours émotionné*, Bern, 2011; D. WALTON, *The New Dialectic*, Toronto, 1998; ID., *Fundamentals of critical argumentation*, New York, 2006; ID., C. REED, F. MACAGNO, *Argumentation Schemes*, Cambridge, 2008. Per la pragma-dialettica, rinviamo alla nota successiva.

¹⁵ Per uno studio della teoria pragma-dialettica, indichiamo principalmente: F.H. VAN EEMEREN, *Speech acts in argumentative discussions: a theoretical model for the analysis of discussions directed towards solving conflicts of opinion*, Berlin, 1984; ID., R. GROOTENDORST (a cura di), *Studies in pragma-dialectics*, Amsterdam, 1994; ID., *Crucial Concepts in Argumentation Theory*, Amsterdam, 2001; ID., R. GROOTENDORST, A.F. SNOEK HENKEMANS, *Argumentation. Analysis. Evaluation. Presentation*, Mahwah, 2002 (= *Il galateo della discussione (orale e scritta)*, Milano-Udine, 2011); ID., R. GROOTENDORST, *A systematic theory of argumentation. The pragma-dialectical approach*, Cambridge, 2004 (= *Una teoria sistematica dell'argomentazione. L'approccio pragma-dialettico*, Milano-Udine, 2008); ID., B. GARSSEN B. (a cura di), *Pondering on problems of argumentation: twenty essays on theoretical issues*, Dordrecht, 2009; ID., *Strategic manoeuvring in argumentative discourse: Extending the pragma-dialectical theory of argumentation*, Amsterdam, 2010; ID., *In reasonableness*, Amsterdam, 2011.

gomentazione in forma sistematica. Essi considerano l'argomentazione «un'attività verbale, sociale e razionale mirante a convincere un critico ragionevole dell'accettabilità di una tesi tramite un insieme di proposizioni che vengono avanzate per provare o confutare la proposizione espressa nella tesi»¹⁶. Nell'ambito della cornice di studi formata dalla logica dialettica di Lorenzen¹⁷, dalla teoria linguistica di Searle¹⁸, dal modello comunicativo di Grice¹⁹ e dalla filosofia di Habermas²⁰, gli olandesi hanno sviluppato un modello di argomentazione, c.d. di discussione critica, cioè un ideale scambio argomentativo orientato alla risoluzione di una differenza di opinioni, in modo ragionevole. Il loro programma di ricerca è formato da cinque componenti: quella filosofica, teorica, analitica, empirica e pratica²¹. Dal punto di vista filosofico, essi accolgono una concezione critica di ragionevolezza²², per la quale non può esservi certezza in un contesto in cui il conflitto di opinioni è costitutivo ed indisponibile: ciascuno è indotto per natura a mettere in dubbio e/o a opporre l'altrui tesi. Il modello teorico rappresenta lo strumento per collegare l'astrazione filosofica alla realtà effettiva: esso consiste in un vero e proprio codice di comportamento per condurre una discussione critica, cioè ragionevole sulla base di criteri intersoggettivamente accettati. Sono dieci le regole che devono essere seguite perché sia risolta una divergenza di opinioni in modo ragionevole. La ricostruzione analitica serve a combinare «l'ideale filosofico» ed il «reale pratico»: lo scopo è quello di rappresentare quali, tra gli atti linguistici eseguiti in un discorso, svolgano un ruolo nel risolvere la divergenza di opinioni. Sulla base della ricostruzione analitica, risulterà cioè evidente quale tipo di ricerca empirica sia rilevante. La componente pratica del-

¹⁶ F.H. VAN EEMEREN, R. GROOTENDORST, *Una teoria sistematica dell'argomentazione*, cit., p. 13.

¹⁷ P. LORENZEN, *Dialogische Logik*, Darmstadt, 1978.

¹⁸ J. SEARLE, *Atti linguistici: saggio di filosofia del linguaggio*, Torino, 1976.

¹⁹ P. GRICE, *Logica e conversazione. Saggi su intenzione, significato e comunicazione*, Bologna, 1993; ID., *Logica e conversazione*, in M. SBISÀ (a cura di), *Gli atti linguistici*, Milano, 1978 (1967), pp. 199-219.

²⁰ J. HABERMAS, *Teoria dell'agire comunicativo*, Bologna, 1986.

²¹ Cfr. F.H. VAN EEMEREN, R. GROOTENDORST, *Teoria sistematica dell'argomentazione*, cit., pp. 19-43.

²² S. TOULMIN, *Knowing and acting*, New York, 1976.

l'argomentazione riguarda, infine, la ricerca applicata nei contesti istituzionali in cui si argomenta: quello giuridico, politico, diplomatico, medico, commerciale, accademico, ecc. Ogni ambito specifico presuppone pratiche e abilità argomentative sue proprie²³.

Le cinque parti della ricerca pragma-dialettica ci consentono di mettere in luce un'ulteriore proprietà di questa teoria: la combinazione di un approccio descrittivo e di un approccio normativo. La proposta di Amsterdam è quella sia di descrivere le pratiche argomentative in determinati contesti per coglierne i meta-criteri ricorrenti, sia di determinare una serie di regole (anche chiamate «dieci comandamenti» o «galateo della discussione»)²⁴ che, se osservate, garantiscono la risoluzione ragionevole del conflitto di opinioni. La pragmatica normativa è così associata ad una teoria della fallacia: le fallacie vengono considerate mosse argomentative che possono essere patologicamente generate dalle regole ideali di discussione critica. Poiché la violazione di queste regole può rendere difficile o impedire la risoluzione di una divergenza di opinioni, la violazione delle stesse è una fallacia²⁵.

In terzo ordine, rileviamo l'interesse pragma-dialettico per la *formazione* del giurista ad argomentare. Il programma di ricerca si occupa di istruire chi argomenta all'analisi del discorso argomentativo, alla sua valutazione e presentazione. L'analisi attiene alla necessità di riconoscere la divergenza di opinioni, scomporre il discorso e identificare le forme di argomentazione. Solo una volta analizzato il discorso, sarà possibile valutarne la bontà sulla base delle dieci regole per condurre una discussione critica. Analisi e valutazione sono attività funzionali ad acquisire competenze per la preparazione di argomentazioni in forma scritta o orale: i manuali della Scuola, a questo scopo, offrono dovizia

²³ La linguista Mortara Garavelli spiega l'importanza degli studi di Amsterdam per «la capacità di dare un modello sia della produzione sia dell'analisi degli atti argomentativi» e per le «applicazioni in ambiti diversi, dalla stilistica allo studio delle argomentazioni giuridiche, alla dialettica della composizione e dell'interpretazione di testi»: B. MORTARA GARAVELLI, *Manuale di retorica*, Milano, 2008, p. 292.

²⁴ A. GILARDONI, *Nota del curatore*, in F.H. van EEMEREN, A.F. SNOEK HENKEMANS, *Il galateo della discussione*, cit., p. 10.

²⁵ Per una disamina delle fallacie in logica, v. F. D'AGOSTINI, *Logica in pratica. Esercizi per la filosofia e il ragionamento comune*, Roma, 2013; EAD., *Verità avvelenata. Buoni e cattivi nel dibattito politico*, Torino, 2010.

di suggerimenti pratici per presentare il proprio discorso in modo ragionevole ed efficace²⁶.

Infine, intendiamo valorizzare l'attenzione per studio e l'applicazione del modello pragma-dialettico nel contesto giuridico: nella Scuola di Amsterdam, Evelin Feteris²⁷, in particolare, si occupa di analisi, valutazione e presentazione dell'argomentazione giuridica²⁸, intesa come una specifica ed istituzionalizzata forma di argomentazione. Gli studi della Feteris mostrano come il modello ideale elaborato da van Eemeren e Grootendorst possa essere qualificato come un valido strumento «euristico»²⁹, in quanto funzionale al giurista nella ricerca di argomenti, e «critico»³⁰, in quanto funzionale al giurista a determinare i fattori che incidono in modo positivo o negativo nel processo di risoluzione della controversia.

Così precisate le nostre scelte di riferimento teorico, ricercheremo dunque nei prossimi paragrafi nel modello pragma-dialettico gli strumenti per analizzare l'eccezione nel diritto.

3. Note sulla pragma-dialettica

Riteniamo necessario soffermarci, sia pur con mirata sintesi, su alcuni aspetti fondamentali della teoria pragma-dialettica che ci appaiono rilevanti per descrivere la logica dell'eccezione secondo questo approccio.

Il nome della teoria segna le sue anime: quella pragmatica e quella dialettica. La teoria è dialettica poiché predispone un set di regole per condurre la discussione critica; è pragmatica perché caratterizza ciascu-

²⁶ F.H. VAN EEMEREN, A.F. SNOEK HENKEMANS, *Il galateo della discussione*, cit., pp. 121-143.

²⁷ E. FETERIS, *Fundamentals of legal argumentation*, cit.; EAD., C. DAHLMAN (a cura di), *Legal argumentation theory: cross-disciplinary perspectives*, Dordrecht, 2013.

²⁸ Per la branca *argumentation & law*, v. anche J. HANSEN, *A pragma-dialectical analysis and assessment of a contrario argumentation in law*, Amsterdam, 2003; J. PLUG, *Viewed in mutual connection. The pragma-dialectical reconstruction of complex argumentation in legal judgments*, Amsterdam, 2010.

²⁹ E. FETERIS, *Fundamentals of legal argumentation*, cit., p. 164.

³⁰ *Ibidem*.

na mossa e contromossa argomentativa come *speech act*. Vale a dire che, da un lato, in una prospettiva logica-dialettica, determina le condizioni di validità di un ragionamento riferendosi alle sue strutture inferenziali e agli schemi argomentativi; dall'altro, in una prospettiva pragmatica, rileva le mosse e gli atti concreti di chi avanza il suo *standpoint*³¹. Per vero, negli anni Novanta, per impulso della ricerca condotta congiuntamente da van Eemeren e Houtlosser³², il modello è stato integrato dalla dimensione retorica, valorizzando lo *strategic maneuvering*³³. Se, infatti, la dialettica «deals with general and abstract question. It embraces the idea of reasonableness»³⁴; la retorica «concerns itself with specific means and with the contextual adjustments required to convince specific people. It embraces the idea of effectiveness. Effective persuasion must be disciplined by dialectical rationality»³⁵.

Inoltre, secondo questa prospettiva, l'argomentazione non è solo un prodotto ma è anche un processo. Stando alla definizione pragma-dialettica, l'argomentazione è, precisamente, un «processo razionale, sociale e verbale»³⁶. Questo comporta che il suo studio non può essere limitato alla dimensione della logica, ma deve essere integrato dagli studi di linguistica e comunicazione per dare ampio risalto ai fattori verbali,

31 Il termine designa tecnicamente la prospettiva di parte: per una possibile sua traduzione, rinviamo a A. GILARDONI, *Note terminologiche*, in F.H. VAN EEMEREN, R. GROOTENDORST, *Una teoria sistematica dell'argomentazione*, cit., p. 12.

32 Questa *extended version* della teoria pragmadialettica è ampiamente discussa in più luoghi, in particolare: F.H. VAN EEMEREN, P. HOUTLOSSER, *Delivering the goods in a critical discussion*, in F.H. VAN EEMEREN ET AL. (a cura di), *Proceedings of the fourth international Conference of the International Society for the Study of Argumentation*, Amsterdam, 2000, pp.163-168; F.H. VAN EEMEREN (a cura di), *Dialectic and rhetoric: the warp and woof of argumentation analysis*, Dordrecht, 2002; ID., *Strategic maneuvering in argumentative discourse*, in *Discourse Studies*, 2002, 1(4), pp. 479-497; ID., *Examining argumentation in context: Fifteen studies on strategic maneuvering*, Amsterdam-Philadelphia, 2009; ID., B. GARSSEN (a cura di), *Exploring argumentative contexts*, Amsterdam-Philadelphia, 2011.

33 V. conclusivamente, F.H. VAN EEMEREN, *Strategic maneuvering in argumentative discourse*, Amsterdam, 2010.

34 *Ibidem*, p. 87.

35 *Loc. ult. cit.*

36 F.H. VAN EEMEREN, R. GROOTENDORST, *Una teoria sistematica dell'argomentazione*, cit., p. 13.

contestuali, situazionali e pragmatici che possono influire sull'esito dello scambio di opinioni.

Non solo: qualificando l'argomentazione come un processo, la pragma-dialettica lo descrive come un complesso di atti linguistici che gli interlocutori rappresentano in un *iter*, distinto in fasi, durante le quali essi devono attenersi alle regole che le normano. Se le regole vengono seguite, la divergenza di opinioni si risolve. Se le regole vengono violate, la discussione devia dal modello tipico e fallisce. Le fasi consistono in quelle di confronto, apertura, argomentazione e conclusione³⁷. In breve, confrontandosi, le parti constatano e riconoscono che sussiste tra loro una divergenza di opinioni (sulle condizioni della sua ricorribilità torneremo nel paragrafo seguente). Quindi (fase di apertura), protagonista e antagonista stabiliscono le regole del gioco, concordano le modalità di discussione, individuano i punti di partenza, assumono i rispettivi ruoli ed assegnano l'onere della prova. La fase argomentativa è, segnatamente, quello stadio della discussione in cui il protagonista difende il proprio *standpoint*, prendendo posizione sulle critiche mosse dall'antagonista, adducendo argomenti per controbattere alle obiezioni o per rimuovere i dubbi dell'antagonista. Infine, nella fase conclusiva, le parti stabiliscono in che misura la divergenza di opinioni si è risolta: se il protagonista ritira la tesi, la disputa è vinta dall'antagonista; se l'antagonista ritira i suoi dubbi, la discussione si conclude in favore del protagonista.

Osserviamo, quindi, che in chiave pragma-dialettica, lo studio dell'eccezione è composito, combinando la prospettiva logica, pragmatica e retorica. Il giudizio sull'eccezione andrà, inoltre, subordinato alla determinazione della fase in cui l'atto eccettativo ha luogo e all'osservanza delle regole della fase.

³⁷ F.H. VAN EEMEREN, A.F. SNOEK HENKEMANS, *Il galateo della discussione*, cit., pp. 27 ss.

4. L'eccezione in chiave pragma-dialettica

Per quanto in precedenza appuntato, è tempo ora di applicare il modello pragma-dialettico al nostro oggetto di studio. Procederemo, quindi, ad analizzare e valutare l'eccezione dal punto di vista pragmatico, dialettico e retorico.

La pragmatica attira la nostra attenzione sul linguaggio, sul fatto che l'argomentazione è una forma di comunicazione linguistica e che il linguaggio è uno «strumento di azione»³⁸. In una discussione di tipo argomentativo, ciascuna parte, nella difesa del suo *standpoint*, pone in essere atti linguistici orientati a produrre sull'ascoltatore determinati risultati, ad esempio a convincerlo dell'accettabilità della propria tesi, in modo da modificare il suo comportamento. L'argomentazione è, secondo questo approccio, un atto linguistico complesso in cui l'atto propositivo di una parte si collega, intenzionalmente, all'atto eccettuativo dell'altra parte. L'argomentazione è «a speech act consisting of a constellation of statement designed to justify or refute an expressed opinion and calculated in a regimented discussion to convince a rational judge of a particular standpoint in respect of the acceptability or unacceptability of that expressed opinion»³⁹.

Il primo atto linguistico della discussione critica è quello con cui le parti dichiarano una divergenza di opinioni: una parte, che assumerà il ruolo di protagonista, avanza una tesi principale; l'altra parte, che assumerà il ruolo di antagonista, mette in questione lo *standpoint* altrui. L'atto eccettuativo rende manifesta la divergenza di opinioni: costituisce, cioè, una mossa pragmatica suscettibile, per la pragma-dialettica, di ricostruzione razionale⁴⁰.

Sulla base della pragmatica di Searle⁴¹, gli atti linguistici si distinguono in:

³⁸ Cfr. M. BELTRANI, *Gli strumenti della persuasione. La saggezza retorica e l'educazione alla democrazia*, Perugia, 2009, p. 229; v. anche M. SBISÀ, *Linguaggio, ragione, interazione: per una teoria pragmatica degli atti linguistici*, Bologna, 1989.

³⁹ F.H. VAN EEMEREN, R. GROOTENDORST, *Speech Acts in Argumentative Discussions*, cit., p. 18.

⁴⁰ F.H. VAN EEMEREN, *Una teoria sistematica*, cit., p. 60 ss.

⁴¹ J. SEARLE, *Atti linguistici*, cit.

- a) assertivi: chi parla asserisce qualche cosa; tali atti ricorrono ogni volta che le parti dichiarano una tesi;
- b) direttivi: chi parla spinge il suo interlocutore a fare/non fare qualcosa; tali atti ricorrono tipicamente con la domanda;
- c) commissivi: chi parla si impegna fare/non fare qualcosa; tali atti ricorrono nelle ipotesi di promesse, accettazioni, accordi tra le parti;
- d) espressivi: chi parla esprime un sentimento; tali atti ricorrono nel discorso per rappresentare le emozioni;
- e) dichiarativi: chi parla, fa esistere una situazione particolare; tali atti ricorrono in determinate fasi contestuali.

Ragionando in termini di atti linguistici, potremmo osservare che l'eccezione è l'atto linguistico di colui che non accetta la tesi avanzata e ne mette in discussione il contenuto e la forza confutatoria. Più precisamente, allora, eccepire può significare:

- a) rifiutare lo *standpoint* altrui, mettendo in atto una negazione di un atto commissivo, cui segue un atto assertivo. Ricorre questa ipotesi ogni volta in cui la parte eccepisce: «non sono d'accordo; ritengo invece che...»;
- b) dubitare lo *standpoint* altrui, con conseguente richiesta di nuovi argomenti (c.d. richiesta direttiva di atto commissivo). Ricorre questa ipotesi ogni volta in cui la parte eccepisce: «mah, non so; ti chiedo di precisare».

La teoria degli atti linguistici ci consente, in chiave analitica, di individuare l'eccezione. Per valutarla, nel confronto dialettico, il modello olandese ci propone di sottoporla al vaglio dialettico dei dieci comandamenti. Senza passare in rassegna il decalogo, ma soffermandoci sulle sue premesse “metateoriche”, ci interessa rilevare che i principi pragma-dialettici sono funzionali a stabilire la validità della procedura argomentativa, cioè se il discorso, così come viene condotto, può servire a risolvere una differenza di opinioni⁴².

Le regole della discussione critica consentono di riflettere sulle fallacie delle argomentazioni pratiche. Il modello offre, infatti, uno schema per decifrare le mosse legittime e le mosse ‘fuori legge’: la discussione fallisce perché l'inottemperanza al comando vanifica la possibili-

⁴² F.H. VAN EEMEREN, *Fundamentals of Argumentation Theory*, cit., pp. 298-306.

tà di pervenire ad una soluzione ragionevole della disputa⁴³. La sistematica delle fallacie è ricostruita in modo speculare alle dieci regole pratiche di condotta: la peculiarità della prospettiva pragma-dialettica consiste nel rappresentare una tipologia di fallacie rielaborata da un punto di vista pragmatico, proponendo una c.d. «situated view of fallacy»⁴⁴. Adottando questa sistematica, è fallace non solo l'operazione contraria a regole di logica ma anche quella contraria all'interazione comunicativa. Le regole impongono, infatti, alle parti una deontologia, vale a dire l'obbligo di agire con correttezza, onestà, efficienza e rilevanza. Le regole della discussione dialettica sono, infatti, associate alle regole di cooperazione razionale degli atti comunicativi⁴⁵, mettendo a punto un vero e proprio galateo per la discussione.

Alcune di queste regole, a nostro avviso, sono poste a presidio dell'esercizio dell'eccezione. Prendiamo ad esempio la regola della libertà per la quale «le parti coinvolte nella disputa non debbono crearsi reciprocamente impedimenti nella possibilità di esprimere dubbi o avanzare riserve»⁴⁶. Perché la parte svolga eccezioni, è necessario che sia posta nella condizione di farlo. In linea di principio, agisce in modo illegittimo chiunque impedisca alla controparte di avanzare o mettere in dubbio una tesi poiché le parti devono poter esprimersi liberamente, senza costrizioni né riserve, in modo genuino.

⁴³ F.H. VAN EEMEREN, *In reasonableness*, cit., p. 33: «Any fallacy is seen as an argumentative move which obstructs or frustrates the reasonable resolution of a difference of opinion».

⁴⁴ F.H. VAN EEMEREN, *Crucial concepts*, cit., p. 21. In punto, v. anche più di recente: F.H. VAN EEMEREN, B. GARSSSEN, B. MEUFFELS, *Fallacies and judgments of reasonableness: empirical research concerning the pragma-dialectical discussion rules*, Dordrecht, 2009.

⁴⁵ Sull'interazione nella comunicazione, il riferimento è agli studi di Grice come esplicitato in ID., *Una teoria sistematica dell'argomentazione*, cit., pp. 70 ss. Per un approfondimento della teoria del significato e della comunicazione, rinviamo a G. COSENZA, *Intenzioni, significato, comunicazione. La filosofia del linguaggio di Paul Grice*, Bologna, 1997.

⁴⁶ Riproduco il testo della regola nella traduzione di V. LO CASCIO, *Persuadere e convincere oggi. Nuovo manuale dell'argomentazione*, Città di Castello, 2009, pp. 321.

Per la regola dell'onere della prova, «chi esprime un'opinione deve essere disposto, se richiesto, a difenderla»⁴⁷: poiché l'eccezione si presenta anche in forma di atto linguistico direttivo, questa regola impone alle parti una critica responsabile che implica doverosamente una seria e non pretestuosa assunzione del ruolo di interlocutore.

Chi eccepisce, negando un atto commissivo e dichiarando la propria tesi, deve rispettare la regola della pertinenza per la quale «una tesi deve essere difesa solo con argomenti correlati con essa e che non abbiano attinenza con altro»⁴⁸.

In forza della regola dell'uso del linguaggio, grava sulle parti un onere di accuratezza linguistica e carità interpretativa: «la formulazione delle tesi, la definizione delle posizioni reciproche e la formulazione degli argomenti devono essere il più possibile chiare e interpretabili»⁴⁹.

Nella fase conclusiva, che segue alla fase argomentativa vera e propria, l'eccezione non può essere ripresentata in modo ostinato nel senso che «una difesa perdente deve avere come conseguenza che il soggetto argomentante accetti di cambiare la propria posizione, così come una difesa vincente deve avere come conseguenza che l'antagonista cambi la propria posizione e rimuova i suoi dubbi sulla tesi difesa dal soggetto argomentante»⁵⁰.

Questo elenco delle regole pragma-dialettiche che governano l'esercizio dell'eccezione potrebbe essere allargato con altri comandamenti, in relazione all'emergere di problemi pratici di vario ordine (validità, analisi delle premesse implicite, ecc.).

L'analisi del discorso ecceztuativo deve essere, infine, integrata da alcune considerazioni di carattere retorico. Secondo la più recente *extended version* della teoria pragma-dialettica, è necessario valutare lo *strategic maneuvering*, cioè le scelte strategiche delle parti con riferimento al «potenziale topico», all'«aspettativa dell'uditorio» e all'«impiego di mezzi per la presentazione degli argomenti»⁵¹. In questa pro-

⁴⁷ *Ibidem*.

⁴⁸ *Loc. ult. cit.*

⁴⁹ *Loc. ult. cit.*

⁵⁰ *Loc. ult. cit.*

⁵¹ F.H. VAN EEMEREN, *Strategic maneuvering in argumentative discourse*, cit., pp. 93-127 [trad. ns.].

spettiva, occorre prendere atto che il processo linguistico e comunicativo dell'eccezione ha anche natura retorica e che la funzione retorica, per la pragma-dialettica, sta nell'andare al di là della frase e prendere in considerazione le scelte strategiche delle parti ai fini dell'efficacia del discorso.

L'eccezione deve essere analizzata e valutata anche al vaglio del c.d. triangolo della manovra strategica⁵², ricostruendo analiticamente la selezione delle mosse argomentative, il ricorso ad argomenti confacenti alle caratteristiche dell'uditorio, l'uso dell'*elocutio*. Su questo fronte, dobbiamo limitarci per ora a queste considerazioni essendo la ricerca pragma-dialettica *in fieri*⁵³: il programma della scuola di Amsterdam prevede lo sviluppo di attività di indagine empirica delle manovre strategiche in contesti argomentativi-tipo, quale anche quello giuridico, e la predisposizione di una tassonomia che consenta di determinare quando, a causa di mosse strategiche 'fuori legge', l'argomentazione deragli.

Il quadro di riferimento appare così completo: riprendendo i punti di caratterizzazione dell'eccezione in chiave pragmatica, dialettica e retorico-strategica, si rende necessario mostrare alcune ricadute di questa analisi sul piano di interesse giuridico.

5. *Riflessioni conclusive*

Raccogliamo le risultanze di questo studio onde ricavare gli elementi necessari per concludere circa l'applicabilità del modello pragma-dialettico all'eccezione nel diritto.

La ricerca ha evidenziato che l'eccezione si esprime in un discorso e che non è disgiungibile dalla concretezza dell'esperienza: il modello suggerisce l'opportunità di selezionare gli atti linguistici e di valutarli sulla base di un giudizio di rilevanza per il caso di specie. Con l'avvertenza che la rilevanza, secondo questo approccio, attiene sia alla validità logica/pragmatica sia all'efficacia della mossa eccettuativa. La ragionevolezza della mossa eccettuativa dipende, infatti, nella prospettiva

⁵² *Ibidem*, p. 95.

⁵³ Il piano di sviluppo degli studi della pragma-dialettica è discusso in: F.H. VAN EEMEREN, *In reasonableness*, cit., pp. 40-42.

pragma-dialettica, dalla relazione di equilibrio tra le scelte topico-retoriche e le dieci regole di condotta che governano la discussione critica.

Attiriamo l'attenzione anche sulla «socializzazione»⁵⁴ dell'eccezione, nel suo significato internazionale. L'eccezione inerisce un'attività dialogica e si svolge in un'interazione comunicativa. Ciò produce un duplice ordine di rilievi: l'eccezione non può essere studiata come il prodotto di un'attività individuale; l'eccezione e l'azione stanno in coppia, si integrano vicendevolmente, nello scambio argomentativo che è anche, internazionalmente, scambio di ruoli.

Dal punto di vista metodologico e deontologico, il modello conferisce senza dubbio al giurista una guida argomentativa che fissa, in chiave descrittiva e normativa, i requisiti per il buono, onesto ed efficace argomentare. Già questo contributo, sia pur con un'inevitabile approssimazione, fa notare al giurista che sono a sua disposizione una serie di tecniche per riconoscere l'eccezione, per presentarla e, soprattutto, per giudicarla alla luce del decalogo.

A fronte di un'entusiastica e motivata fiducia per questo mezzo, non possiamo non rilevare alcuni difetti di questa visione.

In primo luogo, viene in considerazione la distanza tra il modello ideale di discussione critica, fondato sulla leale cooperazione delle parti, e il modello reale di discussione processuale. Il modello teoricamente funziona se le parti accettano le regole pragma-dialettiche del gioco. Appare tuttavia utopico pensare che nel processo si possa effettivamente realizzare il galateo cui i comandamenti fanno rimando sistematicamente: è vero che il fulcro dell'esperienza processuale è rappresentato dal contraddittorio tra le parti, ma la deontologia forense⁵⁵ impone a ciascuna parte un onere di difesa, così legittimandola ad esser 'fuori legge' rispetto alle prescrizioni pragma-dialettiche.

In secondo luogo, il modello omette ogni rilievo al principio dell'eccezione. Lo studio dell'eccezione su base pragma-dialettica ha messo in luce che eccepire è un atto insopprimibile e fondamentale, nel senso

⁵⁴ F.H. VAN EEMEREN, R. GROOTENDORST, *Speech acts in argumentative discussions*, cit., p. 9.

⁵⁵ Per alcune considerazioni sul rapporto etica e processo, v. P. MORO, *Didattica forense. La formazione retorica dell'avvocato*, Pordenone, 2009; P. MORO, M. MANZIN (a cura di), *Retorica e deontologia forense*, Milano, 2010.

che non può essere limitato e che è all'origine delle mosse argomentative che le parti realizzano in vista della risoluzione condivisa del conflitto di opinioni. L'acribia descrittiva del modello teorico crea l'illusione di poter disporre di esso in via immediata ed automatica, come se fosse un *tool*. Ciò però non basta al giurista, che non può cessare di riflettere oltre le situazioni pratiche in cui la divergenza si manifesta con atti eccettuativi.

Meta-fisicamente, l'atto del *capere* esprime la funzione 'occultante' del Principio (*lanthano*), quale il 'non' necessario alla determinazione⁵⁶. Pensiamo, per fare un esempio, al meccanismo di privazione (come può essere la privazione di un piacere): essa ha senso solo se pensata in relazione al piacere stesso. L'*ex-cipere* va inquadrato in questo senso: è una sottrazione che serve a rivelare, a determinare.

Solo in questo senso, riteniamo che l'eccezione possa essere validamente intesa: nella sua accezione ordinamentale, l'eccezione è così rivista come il 'non' che rivela la norma, non ad essa opponendola ma ad essa collegandola; nella sua accezione processuale, l'eccezione è il 'non' che determina l'azione nella relazione dinamica, tra identità e differenza, del principio.

⁵⁶ F. CAVALLA, *La verità dimenticata. Attualità dei presocratici dopo la secolarizzazione*, Padova, 1996; M. MANZIN, *Ordo Iuris*, cit.

SEZIONE II

ECCEZIONE E FONTI DEL DIRITTO

LA COERENZA INTERPRETATIVA DELLE CORTI
INTERNAZIONALI COME PLAUSIBILE PARAMETRO
CAPACE DI TIPIZZARE I CARATTERI
DELL'EMERGENZA. IL DIRITTO FONDAMENTALE
AD UN GIUSTO PROCESSO RIENTRA
NELLA DEFINIZIONE DI *NON-DEROGABLE RIGHTS*?

Michele Di Bari

SOMMARIO: 1. *Premessa*. 2. *La notifica come primo elemento di salvaguardia*. 2.1. *Segue: il margine di apprezzamento*. 2.2. *Segue: la proporzionalità*. 3. *I diritti inderogabili ed il diritto al fair trial*. 4. *Conclusioni*.

1. Premessa

Tra gli elementi che hanno caratterizzato il costituzionalismo in tutte le epoche storiche, uno di questi è spiccatamente marcato laddove si approcci il tema dell'emergenza: la sua naturale vocazione a limitare il potere esecutivo¹ attraverso un sistema di regole che vede l'ordinamento giuridico funzionare come una molla in grado di preservare lo *status quo*.

Infatti, laddove si presenti un pericolo o un evento catastrofico (es.: guerra, calamità naturale) che richieda provvedimenti straordinari per difendere i supremi interessi collettivi dello Stato, le costituzioni solitamente prevedono l'attribuzione all'esecutivo di poteri straordinari ("molla in fase di trazione") volti a riportare la situazione dallo stato emergenziale a quello ordinario ("molla in fase di quiete").

Va da sé – continuando ad utilizzare la metafora della molla – che la "trazione" esercitabile su un oggetto elastico non è infinita. Lo stesso

¹ C.H. MCILWAIN, *Constitutionalism: Ancient and Modern*, Cornell University Press, New York, 1947, traduzione italiana a cura di V. DE CAPRARIS, *Costituzionalismo antico e moderno*, Bologna, 1990, 44.

vale per l'ordinamento democratico costituzionale. Se l'insieme delle regole che governa i poteri emergenziali non è in grado di limitare il potere esecutivo entro un certo limite, l'effetto che si otterrà non sarà il ritorno alla situazione antecedente il momento critico, ma si assisterà ad una rivoluzione o all'instaurarsi di regimi dispotici ed arbitrari².

Si comprende dunque perché i testi costituzionali pongano precisi limiti all'azione dell'esecutivo in situazioni di crisi «attraverso la specificazione di procedure atte a determinare in modo per quanto possibile consensuale l'esistenza e la durata di una situazione di crisi, cui spesso si è accompagnata la dichiarazione dell'inviolabilità, in ogni tempo e circostanza, di diritti individuali e collettivi ritenuti essenziali per preservare il fine prioritario di ogni democrazia, costituito dalla salvaguardia della dignità della persona umana e delle libertà fondamentali»³.

Ci si trova dunque di fronte ad un bilanciamento tra diritti fondamentali e sicurezza pubblica che vede la legittimità costituzionale degli stati di eccezione basarsi sulla capacità di preservare questi diritti inviolabili nelle fasi di maggiore "stress" per l'ordinamento giuridico.

Rinviando agli innumerevoli scritti che la dottrina costituzionalistica può offrire relativamente all'emergenza costituzionale sotto il profilo sia nozionistico⁴, che più tecnico-procedurale⁵, scopo di questo contri-

² Come sottolineato dalla dottrina, l'aspirazione alla continuità rappresenta un elemento essenziale di ogni esperienza costituzionale. Lo schema teorico su cui si basano i precetti costituzionali che regolano il regime degli stati di eccezione si radica nell'assunto che sia necessaria una valvola di sicurezza per preservare l'ordinamento giuridico in quelle situazioni in cui il normale svolgimento della vita pubblica è reso impossibile per cause che – seppur non esplicitamente tutte previste nel testo costituzionale – trovano la loro regola temporanea in uno schema predeterminato in costituzione. Sul punto, A. BENAZZO, *L'emergenza nel conflitto fra libertà e sicurezza*, Torino, 2004, 2.

³ A. BENAZZO, *op. cit.*, 4.

⁴ A titolo meramente esemplificativo si può fare riferimento a: P. BONETTI, *Terrorismo, emergenza e costituzioni democratiche*, Bologna, 2006; G. AGAMBEN, *Stato di eccezione*, Torino, 2003; P. VERRI, *Emergenza: ricerche di semantica e diritto*, in *Rassegna della giustizia militare*, 5-6, 1980, 427 ss.

⁵ Si vedano A. CARDONE, *La normalizzazione dell'emergenza: contributo allo studio del potere extra ordinem del governo*, Torino, 2011; B. ACKERMAN, *The Emergency Constitution*, in *Yale Law Journal*, 113, 2004, 1029 ss.; G. DE VERGOTTINI, *Guerra e costituzione*, Bologna, 2004; A. DI GIOVINE, *Guerra e democrazia*, in *Diritto Pubblico comparato ed europeo*, 1, 2003, XIII; G. MARAZZITA, *L'emergenza costituzionale*, Mi-

buto sarà esaminare come, ad un livello giurisdizionale superiore allo Stato, le Corti internazionali – la Corte europea di Strasburgo (Corte EDU), la Corte interamericana di San José (Corte IDU) – ed il Comitato per i diritti umani (Comitato DU) previsto dal Patto internazionale sui diritti civili e politici, abbiano affrontato il tema degli stati di emergenza e del loro impatto sul godimento delle garanzie offerte dalle convenzioni.

Nella loro elaborazione in sede internazionale, i DU hanno promosso lo sviluppo di una nuova concezione delle relazioni internazionali, spostando per la prima volta l'interesse dei giuristi dalle interazioni intergovernative ai rapporti Stato-individuo, promuovendo una nuova e più ampia dimensione di tutela per i diritti inviolabili.

Se prima dell'elaborazione delle carte internazionali sui DU si poteva trattare del tema inerente la violazione degli stessi in termini "domestici", l'odierno atteggiamento è quello di ritenere le *gross violations* come trasgressioni vere e proprie al diritto internazionale⁶, e in taluni casi si è arrivati persino a subordinare – come avviene per l'Unione europea – accordi commerciali al rispetto di questi principi⁷.

Le convenzioni per la tutela dei diritti fondamentali operano su di un piano diverso rispetto al diritto internazionale pubblico classico. Di fatto, mentre gli accordi interstatali sono governati dall'assunto che ogni

lano, 2003; R. TONIATTI, *L'ordinamento costituzionale della difesa e degli stati di crisi in Gran Bretagna*, in G. DE VERGOTTINI (a cura di), *Costituzione della difesa e stati di crisi*, Roma, 1991.

⁶ Si pensi alle violazioni dei diritti fondamentali che hanno visto l'istituzione di tribunali *ad hoc* per perseguire i responsabili di genocidio o altri crimini contro l'umanità.

⁷ Nel 1995, la clausola sui diritti umani veniva inserita nell'art. 5 della IV Convenzione di Lomè, volta a regolare gli accordi di cooperazione dell'UE con il gruppo dei Paesi Africani, Caraibici e dell'area del Pacifico (ACP). Successivamente, la Convenzione di Cotonou del 2000 modificò la Convenzione di Lomè e stabilì all'art. 9, par. 2, che «Il rispetto per i diritti umani, i principi democratici e la rule of law ispirano la partnership fra l'Unione e ACP, ispirano le politiche nazionali e internazionali delle Parti e costituiscono un elemento essenziale di questo accordo». Sulla questione, C. PINELLI, *Le clausole sui diritti umani negli accordi di cooperazione internazionale dell'Unione*, in www.astrid-online.it, 2005; L. BONANATE, *Internazionalizzare la democrazia dei diritti umani*, in L. FERRAJOLI (ed.), *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, Roma-Bari, 2001, 266 ss.

soggetto internazionale (Stato) è eguale all'altro in un rapporto di mutuo riconoscimento e reciprocità⁸, le convenzioni sui diritti fondamentali partono dal presupposto che esiste una naturale ineguaglianza tra i soggetti interessati – ossia lo Stato e coloro che vi risiedono – e che questo determina la necessità di una «supervisione dall'alto».

In altre parole, i DU «resistono al» e «bilanciano il» potere degli Stati in modo da offrire un effettivo strumento di tutela rispetto ai possibili soprusi cui gli individui possono andare incontro per le più svariate ragioni (es.: tortura in casi di conflitto armato, discriminazione razziale, etc.).

Tutti e tre i macrosistemi di tutela cui questo lavoro farà riferimento, ovvero la Convenzione Europea (CEDU), la Convenzione Americana (CADU), ed il Patto sui diritti civili e politici, prevedono la possibilità per gli Stati contraenti di apporre delle riserve e derogare al trattato in casi specifici, seguendo una determinata procedura.

Tralasciando in questa sede di trattare il regime delle riserve, il presente lavoro si occuperà di analizzare le clausole derogatorie, ovvero l'interpretazione che di queste viene data dagli organi di controllo delle Convenzioni⁹.

Dunque, attraverso un'analisi comparata, si cercherà di dimostrare come sia la Corte EDU, sia la Corte IDU, sia il Comitato DU hanno in questi anni definito il significato delle clausole derogatorie utilizzando due parametri fondamentali: (1) la proporzionalità, (2) il limite posto dai diritti non derogabili. Proprio in relazione a quest'ultimo parametro, si proverà a comprendere se il diritto al *fair trial* si possa far ricadere all'interno della categoria dei «diritti super protetti» e mai derogabili.

⁸ Secondo quanto recita l'art. 2, comma 1, della Carta delle Nazioni Unite «L'Organizzazione è fondata sul principio della sovrana eguaglianza di tutti i suoi Membri».

⁹ Sul punto, M. DI BARI, *Derogating from Human Rights Provisions: Comparing State's Obligations under Universal and Regional Human Rights Treaties*, in *Pace e Diritti Umani/Peace and Human Rights*, 3, 2009, 91-106.

2. La notifica come primo elemento di salvaguardia

In un momento storico governato da una domanda sociale di sicurezza sempre più pressante in ragione dei tremendi eventi terroristici che hanno caratterizzato la prima decade degli anni duemila, un'analisi che si occupa delle clausole derogatorie può evidenziare come esistano limiti ben definiti rispetto alla possibilità di affievolire le tutele offerte agli individui dalle carte dei diritti.

Gli Stati sono dunque sottoposti ad un “doppio limite” nella loro capacità di manovra: uno opera a livello costituzionale, l'altro si manifesta in ragione degli obblighi di natura pattizia cui lo Stato si è vincolato.

Dunque, anche quando lo Stato deve affrontare organizzazioni criminali particolarmente pericolose, le pubbliche autorità sono chiamate a rispondere alla domanda di più sicurezza in modo legittimo e senza compromettere in modo arbitrario l'esercizio ed il godimento delle libertà fondamentali¹⁰.

Usando le parole della Corte EDU «the Court is acutely conscious of the difficulties faced by States in protecting their populations from terrorist violence. [However] Even in the most difficult of circumstances, such as the fight against terrorism, and irrespective of the conduct of the person concerned, the Convention prohibits in absolute terms torture and inhuman or degrading treatment and punishment»¹¹.

Proprio a questo scopo è prevista (“normata”) per lo Stato contraente la possibilità di dichiarare formalmente lo stato di emergenza e avvalersi delle clausole derogatorie all'interno di uno «schema derogatorio» ben definito sia dalle disposizioni inserite nelle convenzioni, sia dalla giurisprudenza che ne è derivata.

Questo meccanismo, in modo simile alle soluzioni previste in diverse costituzioni contemporanee, permette alle autorità dello Stato di adottare legittimamente misure legislative di tipo emergenziale che limitano in tutto o in parte l'esercizio di alcuni diritti per un periodo definito.

¹⁰ C. WARBRICK, *The European Response to Terrorism in an Age of Human Rights*, in *European Journal of International Law*, 15(5), 2004, 990.

¹¹ Corte EDU, caso *A. & Others v. Regno Unito*, 19 febbraio 2009, ric. n. 3455/05 (para. 126).

Dunque, quando uno Stato contraente deve confrontarsi con una minaccia, il primo passo è la dichiarazione formale dello stato di emergenza.

Pur sembrando un atto di natura meramente formale, questo passaggio rappresenta invece una sostanziale garanzia rispetto agli abusi. Le Corti internazionali ed il Comitato DU hanno infatti considerato proprio la dichiarazione/comunicazione dello stato di emergenza uno dei primi aspetti per ritenere legittimo il ricorso alle deroghe¹².

Nello specifico, il Comitato DU ha stabilito che gli Stati contraenti devono innanzitutto proclamare lo stato di emergenza internamente e successivamente mandare tempestiva comunicazione al Comitato¹³.

Il Comitato DU – al fine di preservare il principio di legalità – ha inoltre stabilito che nella comunicazione, oltre alle ragioni che hanno portato alla dichiarazione dello stato di emergenza, debbano essere chiaramente indicate le procedure formali sottese alla dichiarazione stessa (norme costituzionali, iter parlamentari, etc.)¹⁴, e quali diritti vadano incontro a deroga.

Lo stesso orientamento ha guidato la Corte interamericana che nel caso *Baena Ricardo v. Panama* ha riscontrato una violazione dell'art. 27, comma 3 (disposizioni in materia di deroghe alla Convenzione) della CADU da parte del governo panamense dal momento che lo stesso aveva *de facto* sospeso le garanzie della convenzione senza aver provveduto alla comunicazione dello stato di emergenza all'Organizzazione degli Stati Americani (OAS), quindi derogando in modo illegittimo alla Convenzione¹⁵.

¹² P. VAN DIJK, F. VAN HOOF, A. VAN RIJN, L. ZWAAK, *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, Mortsels, 2006, 1055.

¹³ Comitato DU, General Comment n. 29, 31 August 2001, CCPR/C/21/Rev.1/Add.11, para. 2.

¹⁴ *Ibidem*.

¹⁵ Corte IDU, caso *Baena-Ricardo et al. v. Panama*, 2 febbraio 2001, para. 91. In questa sentenza, la Corte concluse che «[...] by virtue of the fact that a state of emergency in Panama, where some of the guarantees established in the American Convention would have been suspended, was not declared, this Court deems inappropriate the allegation by the State concerning the presumed existence of such state of emergency» (para. 94).

La Corte EDU, pur non avendo mai posto particolare enfasi sull'obbligatorietà di una tempestiva comunicazione rispetto alla possibilità di avvalersi dell'art. 15 della CEDU, ha comunque considerato il ritardo nella comunicazione come un elemento qualificante per dichiarare legittimo il ricorso all'art. 15 CEDU.

Difatti, la Corte EDU non considerò un ritardo eccessivo i dodici giorni del caso *Lawless v. Irlanda*, mentre (la Commissione EDU a quel tempo) considerò i quattro mesi di ritardo del governo greco nel *Greek case* come un inaccettabile ritardo nella notifica¹⁶.

Per comprendere le ragioni che in questi anni hanno portato gli organi internazionali di tutela dei DU a ritenere la notifica come un elemento qualificante, si deve considerare la struttura stessa della notifica.

Essa infatti deve contenere degli elementi essenziali: (1) le ragioni per le quali si dichiara lo stato di emergenza¹⁷; (2) la porzione territoriale interessata (se tutta la nazione o solo parte di essa)¹⁸; (3) l'ambito di

¹⁶ Corte EDU, caso *Lawless v. Irlanda*, 1 luglio 1961, ric. n. 332/52, para. 97; *Greek case* (Report del 5 novembre 1969, Yearbook XII, p. 43). Sul punto, C. OVEY, R. WHITE, *The European Convention on Human Rights*, Oxford, 2006 (4th ed.), 449.

¹⁷ Un esempio di comunicazione dello stato di emergenza esplicativo delle ragioni che conducono a derogare alla CEDU è rappresentato dalla documentazione fornita dal Regno Unito nel 2001 per giustificare la deroga all'art. 5, comma 1 della CEDU. In questo documento il Regno Unito faceva presente che «The terrorist attacks in New York, Washington, D.C. and Pennsylvania on 11th September 2001 resulted in several thousand deaths, including many British victims and others from 70 different countries. [...] There exists a terrorist threat to the United Kingdom from persons suspected of involvement in international terrorism. In particular, there are foreign nationals present in the United Kingdom who are suspected of being concerned in the commission, preparation or instigation of acts of international terrorism, of being members of organizations or groups which are so concerned or of having links with members of such organizations or groups, and who are a threat to the national security of the United Kingdom. As a result, a public emergency, within the meaning of Article 15(1) of the Convention, exists in the United Kingdom». Il testo completo è disponibile online <http://www.legislation.gov.uk/ukxi/2001/3644/schedule/1/made> (ultima consultazione 10.11.2014).

¹⁸ La deroga presentata dal governo turco nel 1990 identificava chiaramente l'ambito territoriale cui la deroga doveva essere riferita. Il testo della deroga stabiliva che «The threat to national security is predominantly occurring [sic] in provinces of South East Anatolia and partly also in adjacent provinces [Elazig, Bingol, Tunceli, Van, Diyarbakir, Mardin, Siirt, Hakkari, Batman, Sirnak]». Cfr. Corte EDU, caso *Aksoy v. Turchia*, 18 dicembre 1996, ric. n. 21987/93, para. 31.

operatività delle misure derogatorie in relazione all'emergenza che si è paventata¹⁹.

Per quanto attiene l'ambito territoriale, nessuno dei documenti internazionali per la tutela dei DU fa esplicita menzione ad una dimensione geografica dello stato di emergenza, ovvero non risulta esplicito che gli Stati abbiano l'onere di circoscrivere lo spazio territoriale entro il quale operano i meccanismi derogatori solamente ove strettamente necessario²⁰.

Ciò nonostante, tutti e tre gli organi di tutela hanno consolidato una posizione piuttosto rigida al riguardo, sostenendo che non esiste alcun automatismo che implichi un'estensione su scala nazionale delle deroghe alle Convenzioni.

Come chiaramente ribadito dal Comitato DU, uno degli elementi fondamentali delle misure derogatorie consiste nel prevedere che «such measures are limited to the extent strictly required by the exigencies of the situation, [and this] requirement relates [...] [also] to the geographical coverage of the state of emergency»²¹.

La stessa logica è stata utilizzata dalla Corte IDU nel caso *Zambrano*²², dove la Corte sostenne che il decreto legge n. 86 del 5 settembre 1992 – con il quale il governo ecuadoriano autorizzava il ricorso alle forze armate sul territorio nazionale – non rispondeva ai limiti inseriti nell'art. 27 della CADU nella parte in cui non veniva specificato in che porzione di territorio avrebbe operato l'esercito.

Ancor più precisa è stata la Corte EDU nel caso *Sakik*, in cui il giudice di Strasburgo ha stabilito che «the Court would be working against the object and purpose of that provision if, when assessing the territorial scope of the derogation concerned, it were to extend its effects to a part of Turkish territory not explicitly named in the notice of deroga-

¹⁹ Per un esempio si consultino i testi già citati alle note 17 e 18.

²⁰ In effetti, né l'art. 4 del Patto sui diritti civili e politici, né l'art. 27 della Convenzione Americana, né l'art. 15 della CEDU fanno riferimento ad uno spazio geografico.

²¹ Comitato DU, *General Comment* n. 29, cit., para. 4.

²² Corte IDU, caso *Zambrano Vélez et al v. Ecuador*, 4 luglio 2007, para. 48.

tion. It follows that the derogation in question is inapplicable *ratione loci* to the facts of the case»²³.

2.1. Segue: *Il margine di apprezzamento*

L'ideazione del margine di apprezzamento come dottrina interpretativa vincolante – e per certi versi “veicolante” in alcuni giudicati²⁴ – per il giudice internazionale si deve alla Corte di Strasburgo che, nel notissimo caso *Handyside*²⁵, elaborò questo concetto al fine di concedere un certo margine di discrezionalità agli Stati parte della CEDU nell'implementazione della Convenzione.

La necessità di un certo margine interpretativo statale deriva(va) dalla strutturale diversità economico-sociale-culturale che caratterizza(va) gli Stati contraenti e che non permette(va) un'immediata ed uniforme applicazione dei precetti convenzionali secondo un'interpretazione univoca predeterminata dall'alto.

La Corte EDU si è dunque posta l'obiettivo di supervisionare la corretta applicazione della CEDU vigilando sulle possibili violazioni più che impartendo agli Stati una rigida linea di condotta²⁶.

Sul versante delle clausole derogatorie, l'utilizzo del margine di apprezzamento ha giocato un ruolo chiave nella definizione delle possibili violazioni. In particolare, per quanto attiene la Corte EDU, il primo caso in cui il giudice utilizzò la dottrina del margine di apprezzamento in relazione all'art. 15 della CEDU fu il caso *Irlanda v. Regno Unito*²⁷.

In questa sentenza, la Corte EDU stabilì che «by reason of their direct and continuous contact with the pressing needs of the moment, the

²³ Corte EDU, caso *Sakik & Others v. Turchia*, 26 novembre 1997, ric. n. 23878/94, para. 37-39.

²⁴ Mi riferisco alla possibilità della Corte di Strasburgo di utilizzare il margine di apprezzamento come via d'uscita in tutti quei casi in cui, in ragione della materia trattata (sensibile politicamente), la Corte non desidera avere l'ultima parola.

²⁵ Corte EDU, caso *Handyside v. Regno Unito*, 7 dicembre 1976, ric. n. 5493/72, para. 48.

²⁶ Vedi, C. ZANGHI, *La protezione internazionale dei diritti dell'uomo*, Torino, 2006, 120 ss.

²⁷ Corte EDU, caso *Irlanda v. Regno Unito*, 18 gennaio 1978, ric. n. 5310/71, para. 207.

national authorities are in principle in a better position than the international Judge to decide both on the presence of an emergency and on the nature and the scope of derogations necessary to avert it»²⁸. Dunque, al giudice di Strasburgo spetta supervisionare l'attività delle autorità dello Stato membro senza sostituirsi ad esso²⁹.

Tale atteggiamento è ravvisabile anche sul versante interamericano, laddove la Corte IDU – richiamando la giurisprudenza CEDU – ha in anni più recenti voluto utilizzare lo stesso metodo interpretativo.

In *Zambrano*, infatti, il giudice interamericano ha stabilito che «It is the obligation of the state to determine the reasons and motives that lead the domestic authorities to declare a state of emergency and it is up to those authorities to exercise appropriate and effective control over the situation»³⁰. Tuttavia, in modo simile alla Corte EDU, la Corte IDU ha ribadito che «it is up to the Inter-American system's organs to exercise an effective control in a subsidiary and complementary manner, within the framework of their respective competencies»³¹.

Il Comitato dei diritti umani non ha per contro mai voluto spingersi sino a decretare l'esistenza del margine di apprezzamento così come definito dalla Corte EDU, ed anzi ha perentoriamente stabilito che lo Stato è «duty-bound to give a sufficiently detailed account of the relevant facts when it invokes Art. 4»³².

2.2. Segue: la proporzionalità

Fatte salve le premesse inerenti il possibile spazio di manovra lasciato agli Stati membri nei casi di necessità, va ricordato che il regime derogatorio può essere dichiarato – secondo quanto elaborato nella giu-

²⁸ Nello stesso dispositivo la Corte ha anche ribadito che «States do not enjoy an unlimited power in this respect [...] the domestic margin of appreciation is thus accompanied by a European Supervision». *Ibidem*, para. 207.

²⁹ Sul punto, M. FREEMAN, G. VAN ERT, *International Human Rights Law*, Toronto, 2004, 38.

³⁰ Corte IDU, caso *Zambrano*, cit., para. 47.

³¹ *Ibidem*, para. 48.

³² Si vedano a tale proposito le *Views of the Human Rights Committee* dell'8 aprile 1980 successive alla Comunicazione n. 34/1978 *Jorge Landinelli Silva et al. against Uruguay* CCPR/C/12/D/34/1978.

risprudenza internazionale³³ – solo nel caso in cui si verifichino delle situazioni che minaccino lo Stato in modo straordinario, mettendo a repentaglio il normale svolgimento della vita pubblica³⁴, per cause del tutto eccezionali³⁵.

Queste condizioni, unitamente al concetto di proporzionalità, sono gli elementi cui la giurisprudenza internazionale fa rinvio laddove sia chiamata a chiarire se vi è stata o meno una violazione degli obblighi pattizi.

Parlare di proporzionalità negli stati di emergenza vuol dire operare una valutazione concreta delle misure legislative di carattere straordinario che uno Stato membro ha posto in essere durante il perdurare della presunta minaccia.

Diviene dunque estremamente arduo – anche in ragione della discrezionalità lasciata alle autorità nazionali – svolgere «una valutazione/supervisione dall'esterno» rispetto alle effettive esigenze del caso.

Per questo motivo, più che definire il concetto di proporzionalità, gli organi di controllo delle convenzioni sui DU hanno preferito elaborare alcuni parametri specifici cui fare riferimento.

Uno di questi criteri è stato identificato dal Comitato DU e si riferisce alla temporaneità delle deroghe. Dato che esiste una forte tensione tra la necessità di affrontare una crisi ed il bisogno di non deviare eccessivamente dall'ordinario sistema che sottende alla tutela dei diritti fondamentali, il Comitato ha ritenuto il limite temporale uno dei principali canoni cui fare riferimento.

Nello specifico, il Comitato DU ha sottolineato come «[extraordinary] measures are limited to the extent strictly required by the exigencies of the situation. This requirement relates to the duration, geograph-

³³ Sul punto, la Commissione EDU ha chiarito nel *Greek case* come questi requisiti debbano essere presenti al fine di poter legittimamente derogare alla Convenzione (Report del 5 novembre 1969, Yearbook XII, 23).

³⁴ A. MOKHTAR, *Human Rights Obligations v. Derogation: Article 15 of the European Convention on Human Rights*, in *International Journal of Human Rights*, 8(1), 2004, 68.

³⁵ Vedi D. O'DONNELL, *Commentary by the Rapporteur on Derogation*, in *Human Rights Law Quarterly*, 17, 1985, 23.

ical coverage and material scope of the state of emergency and any measures of derogation resorted to because of the emergency»³⁶.

Né la Corte EDU³⁷, né la Corte IDU hanno per contro mai ravvisato nella temporaneità uno dei parametri cui fare riferimento per definire legittime le misure adottate in deroga dagli Stati membri.

Salvo il caso *Zambrano* in cui la Corte IDU considerò non legittima una deroga reiterata e prolungata (ben quattro anni consecutivi) alla convenzione americana³⁸, nei restanti casi le due Corti regionali dei DU hanno preferito lasciare agli Stati un più ampio margine di apprezzamento rispetto a quanto invece stabilito dal Comitato DU.

Tuttavia, gli organi di controllo internazionale hanno invece trovato un forte punto di comunanza interpretativa sulla possibilità degli Stati membri di porre in essere determinate misure amministrative e legislative per rispondere ad una emergenza.

Posto che per tutti e tre i sistemi di tutela la legittimità del regime derogatorio si radica sul presupposto che le possibili ipotesi di deroga si configurano solamente in casi eccezionali³⁹, è la valutazione dei provvedimenti legislativi ed amministrativi adottati in concreto durante

³⁶ Comitato DU, *General Comment* n. 29, cit., para. 4.

³⁷ In particolare la Corte EDU in *Irlanda v. Regno Unito* ha sostenuto come non sia dovere della Corte stabilire se le misure emergenziali adottate siano state protratte per un periodo eccessivo, ma solamente verificare se tali misure – quando applicate – fossero realmente necessarie (ric. n. 5310/71, cit., para. 207). Anche nel caso *A. & Others c. Regno Unito* la Corte «[did] not consider that derogating measures put in place by the United Kingdom in the immediate aftermath of the Al'Qaeda attacks in the United States of America, could be said invalid on the ground that they were not 'temporary'» (ric. no. 3455/05, cit., para. 178).

³⁸ Nel caso *Zambrano*, la Corte IDU stabilì che «the state of emergency or suspension of guarantees was declared in Ecuador at least seven times from mid-1992 to mid-1996...[thus] the declaration of the state of emergency does not comply with the American Convention's guidelines as to when such declaration are admissible». Corte IDU, caso *Zambrano*, cit., para. 50.

³⁹ Secondo quanto previsto dai c.d. Principi di Siracusa «il principio di stretta necessità deve essere rispettato in modo oggettivo. Ogni misura deve essere diretta a contrastare un imminente e chiaro pericolo, non già imposta per un mero potenziale pericolo». Vedi *Siracusa Principles on the limitation derogation of provisions in the international Covenant on Civil and Political Rights*, UN Economic and Social Council, UN Doc., E/CN.4/1985/4 (1985), Annex, para. 54.

l'emergenza che diviene il focus dell'analisi del "supervisore internazionale".

La Corte IDU, ricostruendo il significato dell'art. 27, co. 1, della CADU, ha chiarito come gli atti adottati per rispondere alle emergenze non possono che essere specifici e proporzionati ad una ben determinata situazione. In questo modo, non esiste alcun automatismo che autorizzi a ritenere legittimo l'utilizzo di un provvedimento preso in un caso e poi adottato successivamente in un altro contesto.

Tale orientamento giurisprudenziale è stato confermato in più occasioni dalla Corte di San José, la quale ha più volte ritenuto violata la convenzione americana in ragione di un arbitrario uso di misure eccezionali che non rispondevano al criterio della proporzionalità in relazione al caso posto alla sua supervisione.

Utilizzando le parole della Corte IDU «[since] the measures that may be taken in any [...] emergency must be tailored to "the exigencies of the situations", it is clear that what might be permissible in one type of emergency would not be lawful in another»⁴⁰.

Venendo poi a considerare l'analisi delle misure adottate dagli Stati durante una situazione emergenziale, nel caso *Castillo*, nonostante lo Stato membro fosse impegnato a contrastare una fase insurrezionale, la Corte IDU condannò il governo peruviano per aver perpetrato trattamenti inumani (ex art. 5 CADU), considerati mai proporzionati anche in situazioni di grave crisi⁴¹.

In *Ugarte*⁴², ancora una volta il governo peruviano fu chiamato a rispondere per violazione della convenzione dopo aver bombardato una prigione a seguito di una rivolta. Una risposta considerata del tutto sproporzionata rispetto al reale pericolo per l'integrità dello Stato, o rispetto a quanto strettamente necessario ("exigencies of the situation").

Nel già citato caso *Baena-Ricardo*, il giudice interamericano ha cercato di identificare dei contorni più netti che potessero definire un uso

⁴⁰ Corte IDU, Advisory Opinion, OC-8/87, 30 gennaio 1987, *Habeas Corpus in emergency situations, art. 27 (2) and 7 (6) of the American Convention on Human Rights*.

⁴¹ Corte IDU, caso *Castillo Petruzzi et al. v. Perù*, 30 maggio 1999, para. 89.

⁴² Corte IDU, caso *Durand and Ugarte v. Perù*, 16 agosto 2000.

legittimo e proporzionato della forza in deroga alle garanzie convenzionali.

La Corte ha dunque chiarito come «the principle of necessity justifies only those measures of military violence which are not forbidden by international law and which are relevant and proportionate to ensure the prompt subjugation of the enemy with the least possible cost of human and economic resources»⁴³.

In aggiunta a tale cornice la Corte ha inoltre riconosciuto quale parametro aggiuntivo e complementare alla proporzionalità il principio di umanità, secondo cui ogni misura deve considerare l'impatto su coloro che in tempo di pace non commettono alcun atto di violenza ma possono tuttavia divenire vittime di atti di repressione violenta⁴⁴.

Un altro aspetto che gli organi internazionali per la tutela dei diritti umani considerano dirimente al fine di contestare una possibile violazione delle garanzie convenzionali riguarda l'insieme dei diritti per cui lo Stato membro richiede una deroga.

In altre parole, l'esame del giudice (o del Comitato DU) dovrebbe stabilire se la misura derogatoria risponde realmente alle necessità del momento oppure no. In termini più familiari ad un costituzionalista, si tratta, caso per caso, di valutare se il bene giuridico da tutelare giustifichi la lesione di un altro bene giuridico di pari livello.

Così, nel caso *Gomez-Paquiyaury Brothers*, la Corte IDU considerò l'arresto non in fragranza e senza un mandato di cattura da parte dell'autorità giudiziaria, una restrizione della libertà personale non giustificata dalla situazione peruviana del 2004⁴⁵. Simile l'approccio della Corte EDU in *Aksoy*, la quale considerò insufficienti le tutele offerte al detenuto tenuto in custodia per un periodo prolungato⁴⁶.

In particolare il giudice di Strasburgo nel caso *Brannigan and McBride v. Regno Unito* ha identificato sei specifiche garanzie sottese alla libertà personale e che possono legittimare una deroga alla stessa: (1) l'*habeas corpus*; (2) il diritto per il detenuto di avvalersi di un avvocato difensore entro 48 ore; (3) la possibilità per il detenuto di avvertire

⁴³ Corte IDU, caso *Baena-Ricardo*, cit., para. 85.

⁴⁴ *Ibidem*.

⁴⁵ Corte IDU, caso *Gomez-Paquiyaury Brothers v. Perù*, 8 luglio 2004.

⁴⁶ Corte EDU, caso *Aksoy v. Turchia*, 18 dicembre 1996, ric. n. 21987/93.

familiari o amici della sua situazione; (4) la possibilità di consultare un medico; (5) l'impossibilità per la polizia di godere all'interno delle 48 ore di illimitata discrezionalità per quanto attiene il trattamento del detenuto; (6) il pronto coinvolgimento dell'autorità giudiziaria al fine di garantire al detenuto il godimento dei primi cinque punti⁴⁷.

A completare questo insieme di requisiti minimi è poi intervenuto nuovamente il criterio della non discriminazione tra cittadini e stranieri nel caso *A & Others v. Regno Unito* nel quale la Corte EDU ha riconosciuto che «the derogating measures were disproportionate in that they discriminated unjustifiably between nationals and non-nationals»⁴⁸.

3. I diritti inderogabili ed il diritto al fair trial

I tre sistemi internazionali di tutela dei diritti fondamentali prevedono ognuno una lista di diritti cui non è possibile derogare in nessun caso, nemmeno il più catastrofico. Sia il Patto sui diritti civili e politici (art. 4), sia la CADU (art. 27, co. 2), sia la CEDU (art. 15, co. 2) proibiscono in ogni tempo ed ogni luogo: (1) la tortura; (2) la schiavitù; (3) i trattamenti inumani e degradanti; (4) deroghe al diritto alla vita. In aggiunta, non si ammettono deroghe al principio di non-discriminazione ed al principio di *nullum crimen, nulla poena sine praevia lege poenali*.

I tre articoli congiuntamente considerati non sono identici, ed infatti l'art. 27, co. 2 della CADU fornisce un elenco ben più ampio di diritti

⁴⁷ Corte EDU, caso *Brannigan and McBride v. Regno Unito*, 23 maggio 1993, ric. n. 14553/89, para. 62-64.

⁴⁸ Corte EDU, caso *A & Others v. Regno Unito*, cit., para. 190. Interessante notare come il giudice di Strasburgo al fine di enfatizzare con forza il principio di non-discriminazione abbia indicato quali essenziali riferimenti i seguenti documenti: The United Nations Committee on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination, Concluding Observations on the United Kingdom, CERD/C/63/CO/11, 10 dicembre 2003; Council of Europe Parliamentary Assembly Resolution 1271, Doc 9331, 6th sitting (2002); The Committee of Ministers of the Council of Europe, Recommendation 1534, Guidelines on Human Rights and the Fight against Terrorism, 11 luglio 2002, 804th meeting of the Ministers deputies; The European Commission against Racism and Intolerance, General Policy Recommendation no. 8 on Combating Racism while Fighting Terrorism, adottata il 17 marzo del 2004.

non derogabili. Ciò nonostante, in questa sede è utile chiarire se vi sia stato un atteggiamento costante in relazione al contenuto e definizione di quei diritti comunemente intesi da tutti e tre i sistemi di protezione dei DU come *core rights*.

Per quanto attiene la proibizione di trattamenti inumani e degradanti, sia la Corte europea sia quella interamericana hanno dovuto confrontarsi con questo tema.

In particolare, in un periodo caratterizzato dalla paura di attacchi terroristici, o dall'aumentare di crimini violenti da parte della malavita organizzata, la necessità di recuperare informazioni che permettano di prevenire ulteriori delitti e salvaguardare la vita e la sicurezza degli individui, può indurre lo Stato a considerare in modo più "flessibile" la condotta degli agenti di polizia nella fase di acquisizione di informazioni. Stante la dichiarazione dello stato di emergenza, ciò potrebbe indurre erroneamente a pensare che vi siano esimenti specifiche per atteggiamenti normalmente ritenuti illegittimi.

Per questa ragione, sia la Corte EDU sia la Corte IDU hanno dovuto in questi anni specificare chiaramente quale fosse il contenuto del diritto alla libertà personale, di *judicial review*, ed il significato di tortura.

Ambedue le Corti hanno spesso sottolineato – talora richiamandosi l'una con l'altra nelle rispettive decisioni⁴⁹ – come ogni forma di umiliazione, trattamento fisico e/o psicologico teso a svilire l'individuo, rientri nel divieto di tortura/trattamenti inumani e degradanti, mai consentiti.

In *Loayza Tamayo v. Perù* la Corte IDU ha spiegato – richiamandosi al precedente del suo omologo europeo in *Irlanda v. Regno Unito* (1978)⁵⁰ – che una misura inumana e degradante è quella che «is characterized by the fear, anxiety and inferiority induced for the purpose of

⁴⁹ Sul fenomeno che vede le Corti dei DU richiamarsi al fine di creare una sorte di giurisprudenza universale sui diritti umani, vedi N. MILLER, *An International Jurisprudence? The Operation of "Precedent" Across International Courts and Tribunals*, in *Leiden Journal of International Law*, 15, 2002, 499.

⁵⁰ In questo caso già citato più volte in precedenza, la Corte EDU confermò l'illegittimità delle c.d. "five techniques", ovvero le modalità con cui si svolgevano gli interrogatori dei sospettati di terrorismo nordirlandese durante le fasi di svolgimento dell'operazione Demetrius.

humiliating and degrading the victim and breaking his physical and moral resistance»⁵¹.

Nessun riferimento al *fair trial* è solitamente presente quanto si parla di diritti inderogabili. Tuttavia, pur in assenza di una esplicita menzione nell'art. 4 del Patto sui diritti civili e politici⁵², il Comitato DU nel suo *General Comment n. 32* ha voluto richiamare l'attenzione degli Stati su questo specifico principio stabilendo che «while art. 14 is not included in the list of non-derogable rights [...] States derogating from normal procedures [...] should ensure that such a derogation do not exceed those strictly required by the exigencies of the actual situation [and] guarantees of fair trial may never be made subject to measures of derogation that would circumvent the protection of non-derogable rights»⁵³.

Come ha avuto modo di ribadire anche lo *Special Rapporteur on the promotion and protection of human rights and fundamental freedoms*, affinché siano rispettati il principio di legalità e sia mantenuto lo stato di diritto, è necessario che il diritto al giusto processo sia tutelato anche in situazioni di deroga, ovvero che ogni atto o misura adottata nei confronti di un individuo (es.: detenzione) sia sottoposta celermente al vaglio di un giudice terzo ed imparziale indipendentemente dalla dichiarazione dello stato di emergenza⁵⁴.

La convenzione interamericana, stabilendo all'art. 27, co. 2 che «the foregoing provisions does not authorize any suspension of the follow-

⁵¹ Corte IDU, caso *Loayza Tamayo v. Perù*, 17 settembre 1997. È interessante notare come sia la Corte IDU sia la Corte EDU abbiano ormai intrapreso una sorta di rapporto dialogico nella fase cognitivo-interpretativa delle loro sentenze, richiamandosi l'una con l'altra ed orientando le reciproche decisioni all'interno di una visione comparata che tende a rinforzare le tesi secondo cui la tutela dei DU rientra in una cornice dai contorni universalizzanti. Sul punto, T. GROPPI, A.M. LECIS COCCO-ORTU, *Le citazioni reciproche tra la Corte europea e la Corte interamericana dei diritti dell'uomo: dall'influenza al dialogo?*, in *Federalismi.it*, 25 settembre 2013, 29 ss.

⁵² Sul punto, C. OLIVIER, *Revisiting General Comment n. 29 of the United Nations Human Rights Committee about fair trial rights and derogations in time of public emergency*, in *Leiden Journal of International Law*, 17, 2004.

⁵³ Comitato DU, *General Comment n. 32*, CCPR/C/GC/32, 23 agosto 2002, para. 6.

⁵⁴ Report dello *Special Rapporteur on the promotion and protection of human rights and fundamental freedoms*, A/63/223, 6 agosto 2008, para. 12.

ing articles [...] or of the judicial guarantees essential for the protection of such rights» sembra delineare il diritto al *fair trial* come inderogabile in quanto salvaguardia essenziale per proteggere altri diritti.

La Corte IDU nella sua *Advisory Opinion* del 1987 ha peraltroavalato questa lettura confermando che l'*habeas corpus* insieme al *recurso de amparo* sono da considerarsi tra quei presupposti minimi che permettono la tutela dei diritti non derogabili⁵⁵. In aggiunta, nello stesso documento si spiega come la situazione in cui un detenuto è tenuto in custodia a tempo indefinito senza la possibilità di avere contatti con l'esterno non è mai giustificata dalle c.d. *exigencies of the situation*⁵⁶.

A riprova di tale impostazione, in anni più recenti, ovvero nel caso *Hilaire, Costantin & Benjamin et al. v. Trinidad e Tobago*⁵⁷, la Corte IDU ha posto una forte enfasi sulle garanzie associate al giusto processo, in particolare laddove sia in gioco una vita umana, ritenendole inderogabili laddove necessarie ad evitare ulteriori e più drammatiche violazioni ai diritti convenzionali.

In quest'ottica, il diritto al *fair trial* sembra non potersi mai considerare derogabile in quanto necessario al fine di evitare deroghe non ammissibili. In sintesi, si tratterebbe non di un diritto inderogabile di per se stesso, ma di un diritto indispensabile per garantire la non violazione dei *core rights*.

Per quanto attiene il contesto europeo, l'art. 15, co. 2 non inserisce il diritto al giusto processo nell'alveo delle garanzie minime inderogabili. Nondimeno, la Corte EDU ha più volte enfatizzato il ruolo dell'art. 5 CEDU, ovvero il diritto alla libertà personale, così suggerendo in modo implicito la necessità di non far venir meno le garanzie processuali anche in periodi emergenziali.

Infatti, se inizialmente nel caso *Irlanda v. Regno Unito* del 1978 il giudice di Strasburgo aveva ritenuto legittima una misura detentiva che prevedeva l'isolamento temporaneo (28 giorni) senza possibilità di «judicial review», nel caso *Brogan and Others v. Regno Unito* – dieci anni

⁵⁵ Corte IDU, *Advisory Opinion*, cit., para. 42.

⁵⁶ *Ibidem*, para. 36.

⁵⁷ Corte IDU, *Hilaire, Costantin and Benjamin et al. v. Trinidad e Tobago*, 21 giugno 2002, para. 148.

dopo – ha invece ritenuto i sette giorni di isolamento una palese violazione della CEDU.

Nell'analisi della Corte, nonostante nel 1988 l'emergenza nel Regno Unito e l'Irlanda del Nord non fosse cessata, «even the shortest [...] period of detention, namely the four days and six hours spent in custody [...] fall outside the strict constraints as to time permitted by first part of art. 5, para. 3⁵⁸».

In particolare, la Corte EDU ha cercato di rendere chiara l'importanza di un immediato coinvolgimento dell'autorità giudiziaria, sottolineando come un'interpretazione “flessibile” di immediatezza si sostanzia in un irrimediabile abbassamento delle tutele procedurali che solitamente accompagna l'acuirsi di pratiche violente verso l'individuo in custodia⁵⁹.

Coerentemente, il giudice della CEDU ha stabilito che «although the Court is of the view [...] that the investigation of terrorist offences undoubtedly presents the authorities with special problems, [a too long period of detention without judicial review] might lead to arbitrary interference with the right to liberty and torture»⁶⁰.

Se poi si considera che anche il giudice di Strasburgo – in modo del tutto simile al suo omologo interamericano – ha ribadito con forza l'inderogabilità del diritto al giusto processo in tutti quei casi che prevedono la pena capitale⁶¹, si può agevolmente concludere che anche nel contesto CEDU il diritto al *fair trial* non rappresenta un diritto inderogabile

⁵⁸ Corte EDU, *Brogan and Others v. Regno Unito*, 29 novembre 1988, ric. n. 11209/84, para. 62.

⁵⁹ *Ibidem*.

⁶⁰ Corte EDU, caso *Aksoy v. Turchia*, cit., para. 78.

⁶¹ Nel caso *Ocalan v. Turchia*, la Corte EDU – richiamando la giurisprudenza interamericana del caso *Hilaire, Constantine & Benjamin* – ha avuto modo di chiarire nettamente come «from the requirement in Article 2 § 1 that the deprivation of life be pursuant to the “execution of a sentence of a court”, that the “court” which imposes the penalty be an independent and impartial tribunal within the meaning of the Court’s case-law [...] and that the most rigorous standards of fairness are observed in the criminal proceedings both at first instance and on appeal. Since the execution of the death penalty is irreversible, it can only be through the application of such standards that an arbitrary and unlawful taking of life can be avoided» Corte EDU, *Ocalan v. Turchia*, 12 marzo 2003, ric. n. 46221/99.

tout court, ma semmai è il presupposto minimo per impedire che si verificino violazioni degli altri diritti inderogabili⁶².

4. Conclusioni

Questa breve analisi della giurisprudenza internazionale inerente la struttura ed il regime delle clausole derogatorie e la definizione di diritti inderogabili, pone il giurista di fronte ad uno scenario che, seppur fluido, presenta alcuni aspetti ormai consolidati.

I tre sistemi di tutela hanno più volte richiamato l'attenzione degli Stati sull'esigenza di ridurre al minimo le situazioni in cui è possibile derogare agli obblighi convenzionali. Tale atteggiamento è chiaramente giustificato dall'esigenza di minimizzare i rischi sottesi alla dichiarazione dello stato di emergenza, ovvero dalla necessità di tutelare i DU anche in momenti di forte preoccupazione sociale, per poter poi agevolmente ritornare ad una situazione di normalità.

L'attività internazionale in questo modo si aggiunge e rinforza quanto già previsto solitamente dalle costituzioni degli Stati membri, fornendo uno strumento ulteriore volto a scongiurare derive non democratiche in quei contesti caratterizzati da momenti di forte instabilità.

Si spiegano dunque i continui richiami rispetto alla formalizzazione dello stato di emergenza attraverso una procedura di comunicazione agli organi di controllo che non è stata ritenuta un passaggio meramente formale, ma semmai il primo sostanziale passaggio che lo Stato contraente deve percorrere al fine di poter derogare legittimamente alle convenzioni.

Com'è facilmente comprensibile, durante una fase emergenziale le tutele normalmente offerte agli individui possono incorrere in un affievolimento più o meno significativo in ragione della natura stessa della crisi cui si deve fornire una risposta.

Tuttavia, come si è cercato di dimostrare, non tutte le garanzie individuali possono legittimamente andare incontro a riduzione. Esiste infatti una serie di diritti non derogabili che gli Stati si sono vincolati a

⁶² Sul punto, T. GROPPI, A.M. LECIS COCCO-ORTU, cit., 31.

rispettare in ogni fase, anche la più critica, perché in nessun caso si potrebbe ritenere proporzionata alle *exigencies of the situations* una risposta statale che prevedesse, ad esempio, la tortura di un individuo.

Nella cornice appena descritta il diritto al *fair trial* non sembrerebbe ascrivibile – se si leggono le convenzioni internazionali sui DU – tra questi «diritti super protetti».

In altre parole, sarebbe del tutto legittimo aspettarsi il normale rispetto delle procedure processuali o delle ipotesi in cui è applicabile una misura detentiva in situazioni ordinarie, mentre si sarebbe più pronti a giustificare una deviazione rispetto alla norma, laddove, nel caso, sia necessario rispondere prontamente ad una minaccia attraverso una più ampia discrezionalità amministrativa nell'agire.

A tal proposito, analizzando la giurisprudenza delle due Corti regionali dei DU, e del Comitato delle Nazioni Unite, appare invece evidente come, pur in assenza di una esplicita menzione del diritto al *fair trial* tra il novero dei diritti inderogabili, esso rappresenti un presupposto minimo proprio al fine di rendere effettiva la tutela di quegli stessi diritti.

Il diritto ad un *fair trial* rappresenta infatti una garanzia rispetto alla detenzione arbitraria che solitamente è l'anticamera di abusi violenti da parte delle autorità. Di più, esso si pone quale necessaria salvaguardia in tutti quei procedimenti penali che possono condurre alla pena capitale⁶³.

Si tratterebbe, a parere di chi scrive, di considerare il diritto racchiuso all'art. 6 della CEDU, all'art. 8 della CADU, ed all'art. 14 del Patto sui diritti civili e politici, come un «diritto indispensabile» e complementare rispetto alla tutela dei *core rights*. Un diritto in assenza del quale non si comprende come, nel caso, sia possibile far valere la non-derogabilità.

Conscio della criticità di tale impostazione (come garantire un processo giusto, o la *judicial review* in tempi brevi in un momento di crisi?) e ben consapevole della realtà che invece solitamente accompagna l'elaborazione di provvedimenti emergenziali, voglio concludere ri-

⁶³ Vedi il caso *Hilaire, Constantine & Benjamin* della Corte IDU, ed il caso *Ocalan* della Corte EDU, citati in precedenza.

chiamando una massima della Corte Suprema israeliana che, in un caso inerente la *judicial review* in situazioni di conflitto armato, richiamando la giurisprudenza internazionale sui DU ha stabilito con forza che: «Fundamental rights essentially have a social price. The preservation of man's fundamental rights is not only the concern of the individual, but of all of society, and it shapes society's image [and] society must be ready to pay a price to protect human rights»⁶⁴.

⁶⁴ Corte Suprema Israeliana, caso *Marab v. IDF Commander in the West Bank*, 28 luglio 2002, HCJ 3239/02, para. 48.

LE “ECCEZIONI AMBIENTALI” EX ART. 36 TFUE AL PRINCIPIO DI LIBERA CIRCOLAZIONE DELLE MERCI

L’ECCEZIONE COME STRUMENTO DI RISOLUZIONE DI UN CONFLITTO TRA INTERESSI GIURIDICAMENTE RICONOSCIUTI

Eugenio Caliceti

SOMMARIO: 1. Regole, norme ed eccezioni: una premessa concettuale. 2. Il principio di libera circolazione delle merci: gli artt. 34, 35 e 36 TFUE. 3. Il rapporto tra regola ed eccezione rappresentato negli artt. 34, 35 e 36 TFUE prima della “comunitarizzazione” dell’interesse ambientale. 4. Il rapporto tra regola ed eccezione rappresentato negli artt. 34, 35 e 36 TFUE dopo la “comunitarizzazione” dell’interesse ambientale. 5. Il caso *Gamberi di acqua dolce*, C-131/93. 6. Il caso *Api brune di Læsø*, C-67/97. 7. Conclusioni.

1. Regole, norme ed eccezioni: una premessa concettuale

Il termine eccezione indica un «allontanamento, notevole ed evidente, dalla regola comune»¹. Ad esso si contrappone la voce normalità, quale «condizione riconducibile alla consuetudine o alla generalità, interpretata come “regolarità” o anche “ordine”»². Al lemma normalità si riconduce l’ambito semantico della nozione di norma, quale «singolo precetto morale, giuridico, tecnico [...] riferibile a una formulazione imperativa determinata [...] o corrispondente all’ambito della consuetudine o della generalità»³.

¹ G. DEVOTO, G.C. OLI, *Eccezione*, in *Devoto Oli: vocabolario della lingua italiana 2011*, Firenze, 2010.

² G. DEVOTO, G.C. OLI, *Normalità*, in *Devoto Oli*, cit.

³ G. DEVOTO, G.C. OLI, *Norma*, in *Devoto Oli*, cit.

L'analisi del concetto e della funzione dell'eccezione in un ordinamento giuridico deve partire dalla constatazione che questo termine permette di indicare differenti fenomeni, in riferimento ai quali mutano i rapporti che lo legano alla nozione di normalità. Partendo dalla configurazione di tale relazione è possibile indicare, in termini non esaustivi, una casistica nella quale l'eccezione viene a connotarsi di specifiche caratteristiche.

Il rapporto tra norma ed eccezione può concepirsi, infatti, in differenti declinazioni non solo con riferimento alle specifiche aree disciplinari all'interno delle quali l'analisi viene svolta, ma anche in base a come l'ordinamento giuridico, ad un livello più profondo, viene concepito e strutturato.

Due sono i fattori rilevanti: la maggior o minor omogeneità dell'assetto valoriale sotteso all'ordinamento giuridico; la natura qualitativa o quantitativa della differenza che distingue la norma dall'eccezione.

Il rapporto tra norma ed eccezione risulta infatti influenzato, in primo luogo, dalla omogeneità, sistematicità e coerenza dell'assetto valoriale, sia esso formalizzato o meno in una carta costituzionale, cui è ispirato un ordinamento giuridico e che seleziona e relaziona in un ordine gerarchico gli interessi di volta in volta tutelati.

Un differente grado di omogeneità dell'assetto valoriale può essere rappresentato, con le semplificazioni del caso, confrontando i testi che hanno espresso il costituzionalismo liberale ottocentesco e quelli democratico-sociali⁴. Con tale espressione è possibile rubricare quelle esperienze frutto tanto di una reazione ai regimi totalitari sorti nel corso del Novecento, quanto dell'ampliamento della rappresentanza politica ad ogni classe sociale della Nazione⁵.

⁴ Si veda C. MORTATI, *Costituzione*, in *Enc. del dir.*, XI, Milano, 1992, p. 215.

⁵ In tal senso «le esperienze del costituzionalismo democratico hanno espresso il dissolvimento del legame che aveva unito in modo indissolubile i congegni di garanzia e di protezione contro il potere sovrano con le esigenze dell'ordine e dell'egemonia borghesi», poiché «dopo la fine della prima guerra mondiale, la società civile fa [...] il suo ingresso prepotentemente nello scenario delle costituzioni europee, riversandovi il suo tessuto pluralistico e i suoi fattori di conflittualità». Si manifesta quindi «la tendenza all'estensione dei cataloghi dei diritti contenuti nelle costituzioni delle democrazie pluraliste», che «si inquadra in una concezione del ruolo della costituzione profondamente diversa rispetto agli archetipi del costituzionalismo liberale» e che veicola «un continuo processo di utiliz-

Il rapporto tra norma ed eccezione si modifica, in secondo luogo, a seconda che i precetti contenuti ora nell'una, ora nell'altra, esprimano una medesima *ratio* o, invece, *rationes* differenti.

Nel primo caso la positivizzazione di una regola determina una differenziazione delle norme formali per mezzo delle quali essa viene ad essere applicata. In questo senso appare corretto dire che l'eccezione conferma la regola, anche se si pone in una prospettiva di contraddizione apparente con una norma che quella medesima regola, però, esprime⁶. La differenza tra norma ed eccezione sarebbe, in questa prospettiva, meramente quantitativa: la norma rispetto alla quale si contrappone l'eccezione risulta tale in quanto applicabile ad una casistica quantitativamente preponderante rispetto alla fattispecie in cui la medesima regola trova applicazione attraverso una propria declinazione eccezionale⁷.

Nel secondo caso, invece, siamo di fronte ad una differenza qualitativa tra norma ed eccezione: esse esprimono delle *rationes* sostanzialmente difformi, che producono una differente regolazione di fattispecie giuridicamente non assimilabili⁸. Una serie di variabili, relative all'inci-

zazione di valori di unificazione politica» in «un quadro assiologico di orientamento, intrinsecamente pluridimensionale perché pluralistico» (V. RIDOLA, *Diritto comparato e diritto costituzionale europea*, Torino, 2010, pp. 20-24). Si veda anche G. BIANCO, *Costituzionalismo*, in *Digesto delle discipline privatistiche, sezione civile, Aggiornamento*, VIII, Torino, 2013, pp. 207-250, nello specifico pp. 233 e ss.

⁶ Assumendone una connotazione forte, l'eccezione «è esclusa dall'*omogeneo* e presuppone l'*eterogeneo* e l'*eteronomo*» (S. PUGLIATTI, *Eccezione (teoria generale)*, in *Enc. del dir.*, XIV, Milano, 1965, p. 152). Ciò è di per sé incompatibile con un ordinamento che assiologicamente si presuppone come unità organicamente chiusa e autonoma.

⁷ Come osservato dal Pugliatti, presupponendo che un sistema venga «considerato come unità chiusa ed esclusiva [e caratterizzato da] una completa autonomia», «[n]on c'è posto per una vera e propria eccezione, cioè per una regola contra *tenorem rationis*, intesa la *ratio* come complesso di principi e regole costituenti il sistema o come spirito del sistema stesso, nella sua più generale (e sintetica) espressione» (S. PUGLIATTI, *Eccezione (teoria generale)*, cit., p. 152).

⁸ Tali *rationes* possono costituire manifestazione di plurimi ordinamenti giuridici, capaci di interagire reciprocamente nel definire la dimensione pratica e storicamente contingente di una esperienza giuridica. Come osserva Pugliatti, «l'eccezione [...] può provenire da altro sistema di regole, anch'esso autonomo, e capace di influire sul sistema dato, imponendogli regole da esso non previste o accolte, o alle quali esso non fa riferimento alcu-

denza di differenti interessi, produce una diversificazione delle regole, da cui dipende un'alternativa tipizzazione dei fatti. Un alternativo bilanciamento degli interessi coinvolti induce l'introduzione di differenti regole, poste in relazione attraverso le categorie della norma e dell'eccezione, e come tali rapportate sistematicamente all'interno di un ordinamento giuridico che risulta capace d'internalizzare i più diversi e differenti valori. La qualificazione dell'una come regola e dell'altra come eccezione dipende dalla prevalenza dell'un interesse rispetto all'altro, conformemente ad una graduazione predeterminata in via costituzionale o stabilita in sede legislativa⁹.

I fattori che influenzano la configurazione del rapporto tra norma ed eccezione – il tasso di omogeneità dell'assetto valoriale che informa l'ordinamento giuridico da un lato e la natura qualitativa o quantitativa della differenza che distingue i due termini del binomio – sono peraltro parzialmente correlati.

no, e che non possono ritenersi incluse in esso» (S. PUGLIATTI, *Eccezione (teoria generale)*, cit., pp. 152).

⁹ Costituiscono esemplificazione di differenti declinazioni di cosa sia l'eccezione i seguenti casi. Poniamo che in un ordinamento giuridico venga emanata una norma che permetta l'accesso a determinate funzioni discriminando sulla base di alcuni criteri. Si pensi ad alcune caratteristiche fisiche che secondo la norma sono necessarie per venir assunti nelle forze dell'ordine. Si presupponga, inoltre, che la medesima norma preveda un'eccezione che rende influente il possesso di dette caratteristiche ove l'incarico da assegnare consista nello svolgimento di mansioni di natura meramente impiegatizia. La norma e l'eccezione costituiscono espressione di una medesima regola, per la quale la pubblica amministrazione ha la facoltà di discriminare, seppur in maniera non arbitraria, tra i soggetti avendo come criterio alcune caratteristiche correlate oggettivamente al tipo di funzioni che verranno ad essere materialmente assegnate. Si presupponga, invece, che la norma preveda, in via eccezionale, che alcuni requisiti fisici, come l'altezza minima, risultino influenti nella selezione di soggetti appartenenti, ad esempio, ad una minoranza etnica, che risulterebbe discriminata in quanto l'altezza media dei suoi componenti risulta di fatto inferiore a quella nazionale. In tale situazione l'eccezione e la norma non possono essere ricondotte ad una medesima regola, ma a regole differenti, che rispecchiano interessi differenti. Nel secondo caso, infatti, l'interesse pubblico a promuovere l'accesso a categorie professionali nelle quali una minoranza risulta sottorappresentata risulta prevalente ad un secondo interesse, quello relativo al selezionare le persone con il profilo che meglio assicura il corretto svolgimento delle mansioni loro affidate.

In un ordinamento che si presenta assiologicamente omogeneo e coerente, e reso tale anche attraverso una limitazione selettiva degli interessi riconosciuti o grazie ad una gradazione differenziata della tutela offerta, sarà più rara l'ipotesi nella quale l'eccezione si presenti come espressione di una contro-regola, alternativa rispetto a quella che è espressione della norma suscettibile di essere derogata.

Analogamente un ordinamento ispirato ad un quadro assiologico composito e pluralista conoscerà con maggior frequenza l'ipotesi nella quale l'eccezione risulti espressione di una *ratio* diversa rispetto a quella positivizzata nella norma cui essa deroga, in quanto espressione di un differente principio e di una regola discordante che ne è l'implementazione.

Ritengo che la prospettiva nella quale il rapporto norma-eccezione meriti un maggior approfondimento teorico sia quello nel quale la nozione di eccezione risulti esprimere non solo una *ratio* differente rispetto a quella risposta nella norma, ma anche una modalità operativa per risolvere, in maniera più o meno celata, un conflitto tra regole che esprimono valori e principi differenti.

Proprio dall'analisi delle fattispecie nelle quali tali interessi vengono ad essere posti in relazione attraverso il meccanismo norma-eccezione è possibile ricavare, ove siano interessi riconosciuti su di un piano equiordinato, la costituzione materiale che informa l'interpretazione di un ordinamento pluralista¹⁰. Attraverso il meccanismo norma-eccezione è possibile peraltro invertire, sempre alla luce di una costituzione "materiale" che informa l'interpretazione sistematica di un ordinamento, la preordinazione che un testo costituzionale riconosce ad uno specifico principio su di un secondo, ritenuto quindi, in sede implementativa, prevalente.

L'individuazione di cosa venga ritenuto eccezionale costituisce lo strumento per fotografare quindi come sia implementato un testo costi-

¹⁰ Proprio nella legittimazione del conflitto sociale connesso alla risoluzione, nelle sedi istituzionalizzate, delle tensioni sorte tra interessi contrapposti, ma giuridicamente riconosciuti con l'avvento del costituzionalismo democratico, è possibile rinvenire il cuore delle esperienze costituzionali contemporanee, ossia quell'elemento costitutivamente fondativo della forma di stato anche del sistema costituzionale italiano. Cfr. R. BIN, *Che cos'è la Costituzione?*, in *Quaderni costituzionali*, 2007, 1, pp. 1-52.

tuzionale, sia nel caso in cui ciò avvenga attraverso un bilanciamento legittimamente operato in sede legislativa tra interessi (a fronte del medesimo grado di tutela assegnato loro nella Costituzione), sia nella situazione in cui l'evoluzione interpretativa del testo costituzionale giunga a sfiorare o superare la linea che segna una rottura con l'originaria gerarchia dei valori ivi impressa.

Partendo dal presupposto che per rispondere alla domanda “cosa sia l'eccezione” occorre prestare attenzione alla funzione che essa ha in un ordinamento giuridico, essa è quindi strumento che formalizza un contemperamento tra interessi confliggenti e che mette in luce i paradigmi usati per implementarli in un ordinamento giuridico pluralista.

L'uso di tale strumento può essere associato a tre problematiche: in primo luogo l'eccezione può far emergere, ove essa sia il risultato di un bilanciamento operato in sede legislativa, una rottura tra costituzione formale e costituzione materiale, in un ambito che attiene quindi alla legittimità sostanziale delle scelte compiute; in secondo luogo la prevalenza accordata all'uno o dell'altro interesse, che l'eccezione manifesta, si riverbera anche su questioni connesse ad una corretta ripartizione delle competenze tanto nella dialettica sub-nazionale Stato-Regione, quanto a livello sovranazionale, come avviene, ad esempio, tra UE e Stato membro; in terzo luogo – ove il bilanciamento che conduce a riconoscere quale interesse debba prevalere solo in via eccezionale venga operato da organi giurisdizionali – si evidenzia un problema di legittimazione democratica delle decisioni assunte in tutte le ipotesi in cui l'interpretazione del testo costituzionale non sia sorretta da parametri che limitino, in qualche modo, una eccessiva discrezionalità¹¹, peraltro molte volte conseguenza di una colpevole assenza della politica.

Dalle considerazioni svolte si può facilmente desumere la scelta di escludere dall'indagine svolta nel presente contributo una nozione di eccezione che la associa all'eccezionalità di un fatto. Se l'eccezione

¹¹ Tanto il problema relativo ad una corretta ripartizione delle competenze tra Stati membri e Unione, a fronte della mancata armonizzazione della disciplina tesa a bilanciare la protezione dell'ambiente con il principio di libera circolazione delle merci, quanto quello relativo all'assenza di parametri in base ai quali la Corte di giustizia possa operare il medesimo bilanciamento nell'applicazione diretta dei Trattati sono rilevati da L. KRÄMER, *EU Environmental Law*, London, 2012, p. 95.

trovasse la propria ragion d'essere nel rapporto contingente tra una medesima regola e una sua differenziata implementazione rispetto a situazioni diversificate, persino eccezionali, la natura dell'eccezione diverrebbe, infatti, argomento da discutere non tanto in sede teorico-giuridica, ma all'interno di un dibattito inter-disciplinare vertente sull'adeguatezza delle conoscenze tecniche – e sui limiti che le sono posti da una intrinseca inintelligibilità del reale – poste a fondamento delle scelte politiche poi trasposte in norme positive. In questo caso si prevede l'eccezione perché la parzialità delle conoscenze poste a base della tipizzazione tassonomica dei fatti che si vorrebbero "normalizzare" porta a ritenere come eccezionali fatti che in verità potrebbero non essere considerati tali. Per altro verso, in tale ipotesi, l'eccezione risponderebbe anche all'impossibilità di ricondurre determinati fatti alla normalità su cui la norma riposa. Questo difetto di conoscenza conduce sia a delle lacune, colmate eccezionalmente in via interpretativa, sia all'esclusione di fattispecie, sempre in via eccezionale, dall'applicazione della norma prevista in via generale. Le medesime aporie possono essere dovute, peraltro, anche alla scelta di uno specifico modello di tecnica legislativa, in cui si prevedano fattispecie casistiche che irrigidiscono tanto la norma quanto l'interpretazione, impedendo sia una ragionevole regolazione dei fenomeni normati, sia un adeguamento, in via ermeneutica, dell'ordinamento all'evoluzione tecnico-scientifica o economico-sociale¹².

L'analisi della fattispecie in cui il conflitto tra interessi contrapposti viene ad essere risolto attraverso una loro implementazione in norme ed eccezioni esemplificative di differenti *rationes* verrà svolta a partire dall'interpretazione data agli artt. 34, 35 e 36 del TFUE, in cui si defi-

¹² Un esempio dell'uso di tale tecnica è offerto dall'articolo 38 TFUE, che definisce, attraverso la nozione di prodotto agricolo, l'ambito nel quale si attua una politica agricola comune di competenza dell'Unione. La definizione di prodotto agricolo viene data non individuando un criterio generale, bensì predisponendo un elenco di categorie, specificamente menzionate nell'allegato I del TFUE, di prodotti. Rimane all'interprete il compito di individuare la *ratio* assunta dal legislatore, che nel caso specifico rimanda alle leggi economiche che governano il mercato di alcuni dei prodotti tra quelli qualificabili, però, come frutto di una attività agricola ai sensi dell'art. 2135 c.c. italiano.

niscono i limiti eccezionalmente posti al principio di libera circolazione delle merci ivi statuito¹³.

Lo svolgimento di una analisi a livello comunitario è particolarmente significativo in quanto permette verificare la funzione dell'eccezione tanto in un ordinamento informato da un assetto valoriale coerente e omogeneo, come deve essere considerato quello originariamente statuito nei Trattati del 1957, quanto in un sistema giuridico pluralista qual è attualmente quello comunitario, divenuto tale in seguito alle ripetute revisioni degli atti istitutivi che hanno segnato la sua evoluzione fino ai giorni nostri.

2. *Il principio di libera circolazione delle merci: gli artt. 34, 35 e 36 TFUE*

L'art. 34 TFUE vieta l'introduzione di «restrizioni quantitative all'importazione nonché qualsiasi misura di effetto equivalente». Analogamente l'art. 35 dispone il divieto di emanare disposizioni che producano delle «restrizioni quantitative all'esportazione e qualsiasi misura di effetto equivalente»¹⁴. Queste due norme sono l'espressione di un principio, quello di libera circolazione delle merci, a sua volta espressione di un interesse, quello teso alla creazione di un mercato comune, e di un valore consistente nella volontà di assicurare un mercato interno concorrenziale e non distorsivo.

L'articolo 36 TFUE menziona una serie di beni giuridici, la cui tutela rende conformi ai Trattati le misure nazionali che possono produrre, apparentemente, una violazione delle norme contenute nei due articoli

¹³ Si veda L. DANIELE, *Circolazione delle merci nel diritto comunitario*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, III, Torino, 1989, pp. 60-76; G. TESAURO, *Diritto dell'Unione europea*, Padova, 2012.

¹⁴ Sulla nozione di misura di effetto equivalente si veda G. TESAURO, *Diritto dell'Unione europea*, cit., pp. 397 e ss.; C. NOVI, *Le misure di effetto equivalente nella giurisprudenza comunitaria recente*, in *Giustizia civile*, 1995, 3, pp. 107-125; L. DANIELE, *Le restrizioni quantitative e le misure d'effetto equivalente nella giurisprudenza della Corte di giustizia*, in *Rivista di diritto europeo*, 1984, 3, pp. 147-158; L.A. LANZALONE, *Misure ad effetto equivalente e libera circolazione delle merci nel mercato comune europeo*, in *Giurisprudenza commerciale*, 1994, 5, pp. 740-758.

precedenti, ma che in verità possono risultare legittime ove non costituiscano una misura «di discriminazione arbitraria» o non siano introdotte per dissimulare una restrizione del commercio inter-statale¹⁵. Tra tali beni giuridici vengono menzionati non solo la moralità, la sicurezza e l'ordine pubblico, ma anche «la salute delle persone e degli animali o la preservazione dei vegetali»¹⁶.

Gli articoli in questione sono stati certamente tra quelli più utilizzati nel percorso giurisprudenziale cui si deve, in larga parte, la costruzione e il rafforzamento dell'ordinamento comunitario¹⁷. Si tratta di una «norma fondamentale nell'economia complessiva del sistema dell'Unione, non priva di una significativa valenza politica»¹⁸. Per i limitati scopi del presente lavoro basterà ricordare come l'applicazione diretta¹⁹ di tali articoli ha permesso in larga parte non solo di costruire un mercato comune, ma anche di tutelare un neo-costituito diritto di accesso, in capo

¹⁵ Si veda G. TESAURO, *Diritto dell'Unione europea*, cit., pp. 418 e ss.

¹⁶ Tale articolo venne originariamente pensato come norma transitoria, in attesa che si procedesse ad una tendenziale armonizzazione delle norme riferibili all'immissione in commercio dei prodotti. In tale prospettiva le ipotesi derogatorie contemplate dall'art. 36 vennero applicate dalla Corte in senso restrittivo, tanto da inibire una loro interpretazione estensiva in via analogica.

Vi è una stretta somiglianza tra le eccezioni in parola e quelle menzionate nell'art. XX, lett. b, dell'Accordo generale sulle tariffe doganali e sul commercio del 1994. In dottrina si veda L. MIGLIORINO, *Le eccezioni "ambientali" ai principi del GATT nella prassi dei "panels"*, in *Diritto del commercio internazionale*, 1997, pp. 673-693; S. MIDDEI, *L'applicabilità delle eccezioni ambientali nel commercio internazionale di prodotti geneticamente modificati*, in V. DELLA FINA (a cura di), *Discipline giuridiche dell'ingegneria genetica*, Milano, 2008.

¹⁷ In questo senso «[n]el processo di integrazione europea globalmente considerato, la realizzazione di un *mercato interno* delle merci e dei fattori della produzione – lavoro, servizi, capitali – ha avuto da sempre un ruolo centrale» (G. TESAURO, *Diritto dell'Unione europea*, cit., p. 365). Tale centralità è stata confermata dalla Corte, la quale ha affermato che «gli articoli del Trattato relativi alla libera circolazione delle merci, delle persone, dei servizi e dei capitali sono norme fondamentali per l'Unione ed è vietato qualsiasi ostacolo, anche di minor importanza, a detta libertà» (Corte di giustizia, sentenza 13 dicembre 1989, *Corsica Ferries France*, C-49/89, in <http://eur-lex.europa.eu>).

¹⁸ G. TESAURO, *Diritto dell'Unione europea*, cit., p. 398.

¹⁹ A tali articoli la Corte di giustizia ha, infatti, attribuito un effetto diretto. Si veda Corte di giustizia, sentenza 22 marzo 1977, *Iannelli Volpi*, C-74/76, in <http://eur-lex.europa.eu>.

ad ogni operatore economico comunitario, ai mercati dei differenti Stati aderenti. È opportuno sottolineare, infatti, che al divieto sancito a livello sovrastatale si è associato un diritto individuale afferente alla sfera di autodeterminazione economica del cittadino comunitario anche in un periodo in cui la tutela dei diritti individuali non veniva considerata, di per sé, obiettivo della Comunità ed era affidata ai sistemi di protezione previsti in ogni singolo Stato. Non è un caso che la salute delle persone, cui fa riferimento l'art. 36 TFUE, sia menzionato non come diritto individuale ma come bene giuridico tutelato da ogni singolo Stato in relazione alle proprie politiche e al proprio sistema costituzionale.

Tale considerazione è utile per svolgere un secondo ragionamento.

È riconosciuto, in via generale, che l'ordinamento comunitario è il frutto di una serie di Trattati stipulati al fine di creare un'organizzazione sovranazionale inizialmente finalizzata alla progressiva integrazione dei mercati degli Stati che via via hanno preso parte al progetto europeo²⁰. Da questo punto di vista l'assetto valoriale inscritto originariamente nei Trattati costitutivi si presentava caratterizzato da una forte omogeneità in quanto orientato coerentemente e sistematicamente alla limitazione, da un lato, della discrezionalità politica fino allora esercitata dagli Stati membri nel controllo del loro sistema economico e, dall'altro lato, alla garanzia di diritti di libertà riferibili all'esercizio di attività economiche²¹.

L'ordinamento dell'Unione che conosciamo oggi è molto diverso e ben più complesso. Esso è il risultato di un processo lungo e tortuoso, in cui in maniera non lineare si sono avute ripetute revisioni degli atti costitutivi. Il risultato di tale processo ha fatto sì che anche l'Unione si sia dotata di una Carta dei diritti fondamentali, giuridicamente vinco-

²⁰ Rilevante il fatto che «nel linguaggio non tecnico, quanto mai sensibile al reale modo di essere dei fenomeni giuridici ed economici, l'espressione *mercato comune* viene spesso utilizzata addirittura come sinonimo di Unione europea» (G. TESAURO, *Diritto dell'Unione europea*, cit., p. 366).

²¹ Sulla convergenza tra i «contenuti costituzionali» dei Trattati e una «costituzione "ideologica" caratterizzata dai valori storici del costituzionalismo liberale» si veda G. DE VERGOTTINI, *Costituzione europea*, in *Enciclopedia del diritto, Annali*, I, Milano, 2007, p. 449.

lante²², e che la tutela dei diritti umani individuali venga garantita anche grazie alla permeabilità dell'ordinamento comunitario rispetto al sistema di garanzia e tutela dei diritti fondamentali previsto dalla CEDU²³.

È innegabile che tale evoluzione sia stata di natura paradigmatica, ossia sottesa da una progressiva incorporazione, nell'assetto assiologico sotteso agli atti fondativi dell'ordinamento comunitario, di valori differenti e, a volte, contrastanti rispetto a quelli ivi originariamente menzionati²⁴.

Ne è certamente un esempio la progressiva "comunitarizzazione" dell'interesse alla tutela dell'ambiente. L'intervento teso a uniformare le legislazioni ambientali dei singoli Stati, inizialmente promosso ricorrendo come base giuridica negli artt. 100 e 235 TCE e finalizzato a rimuovere dei fattori capaci di inibire l'instaurazione di un mercato unico, si è via via reso sempre più autonomo: del 1979 la direttiva 79/409/CEE, relativa agli uccelli selvatici, emanata assumendo come base giuridica formale l'art. 235 TCE e applicando, quale criterio di ripartizione delle competenze, il principio di sussidiarietà, in ragione del quale il raggiungimento dell'obiettivo perseguito, a fronte della natura transfrontaliera delle rotte migratorie²⁵, sarebbe dipeso dall'adozione di un atto giuridicamente vincolante per tutti gli Stati membri; del 1985 la dichiarazione per mezzo della quale la Corte di giustizia riconobbe, nel caso

²² Si veda J. ZILLER, *I diritti fondamentali tra tradizioni costituzionali e "costituzionalizzazione" della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, 2011, 2, pp. 539-559; L. DANIELE, *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e Trattato di Lisbona*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, 2008, 4, pp. 655-669.

²³ Cfr. A. CELOTTO, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo "e"/"o" Carta di Nizza*, in *Nuove Autonomie*, 2010, 1, pp. 43-54.

²⁴ Ciò ha modificato la nozione di disciplina del mercato interno, «nel cui ambito trovano [ora] riconoscimento non soltanto le libertà economiche fondamentali (libertà di concorrenza e libertà degli scambi), ma anche l'insieme delle istanze (tutela e promozione del lavoro, delle donne e dei giovani, dell'ambiente, della cultura, delle aree sfavorite) che sono patrimonio comune e caratteristico delle moderne democrazie» (G. TESAURO, *Diritto dell'Unione europea*, cit., p. 370).

²⁵ Terzo considerando, Dir. 79/409/CEE. Si veda C. DI PAOLO, *La tutela degli uccelli selvatici tra normativa internazionale e comunitaria*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 1992, 2, pp. 524-532.

ADBHU²⁶, la tutela dell'ambiente interesse della Comunità²⁷. Ne seguì l'inserimento nel TCE di un Titolo dedicato all'ambiente con l'Atto unico europeo e l'introduzione di una specifica politica ambientale con il Trattato di Maastricht²⁸.

Ciò nonostante l'articolo 36 TFUE non è stato, nel corso degli ultimi sessanta anni, mai oggetto di revisione. La sua formulazione è rimasta inalterata, salvo assumere una minor rilevanza dovuta ai sempre minori spazi cui l'armonizzazione comunitaria ha residualmente ridotto una diretta applicazione dei Trattati.

Il processo di progressiva "comunitarizzazione" dell'interesse ambientale ha di certo promosso un'evoluzione nell'interpretazione degli articoli in parola, in base alla quale misure restrittive del commercio inter-statale vennero ritenute conformi ai Trattati anche ove non proteggessero i beni giuridici inizialmente contemplati nell'art. 36 TCE.

Attraverso la dottrina delle esigenze imperative²⁹, elaborata con riferimento alle misure nazionali indistintamente applicabili, la Corte di giustizia ha ampliato il novero dei beni giuridici tutelabili, tra i quali l'ambiente, che legittimano la compressione, per mano di una disposi-

²⁶ Corte di giustizia, sentenza 7 febbraio 1985, C-240/83, in <http://eur-lex.europa.eu>.

²⁷ In tale frangente la Corte riconobbe come la tutela dell'ambiente potesse costituire una delle "esigenze imperative" capaci di legittimare misure nazionali che, nel perseguire interessi non esplicitamente menzionati nell'art. 36 TCE, potevano essere qualificate come misure di effetto equivalente e che al contempo si presentavano come indistintamente applicabili tanto ai prodotti nazionali quanto a quelli immessi in libera pratica all'interno della Comunità. Sul punto si veda M. MONTINI, "Commercio e ambiente": *bilanciamento tra tutela ambientale e libera circolazione delle merci nella giurisprudenza della Corte di giustizia delle comunità europee*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 2002, p. 440.

²⁸ Sulla "comunitarizzazione" dell'interesse alla protezione dell'ambiente si veda L. KRÄMER, *EU Environmental Law*, London, 2012, pp. 5 e ss.

²⁹ La Corte, nella sostanza, ampliò il novero dei beni giuridici che avrebbero permesso ad uno Stato membro di introdurre norme che, pur non essendo discriminatorie, ossia applicabili indistintamente ai prodotti tanto nazionali quanto liberamente immessi in commercio in un altro Stato membro, potessero produrre un effetto restrittivo sulla circolazione delle merci nel mercato comunitario. Sul punto si veda M. MONTINI, "Commercio e ambiente": *bilanciamento tra tutela ambientale e libera circolazione delle merci nella giurisprudenza della Corte di giustizia delle comunità europee*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 2002, p. 338-339.

zione nazionale, del principio di libera circolazione delle merci. Nonostante «le importanti differenze di ordine soprattutto teorico»³⁰, tanto le eccezioni contemplate nell'art. 36 TFUE, quanto quelle introdotte in via giurisprudenziale per mezzo della dottrina delle esigenze imperative, rappresentano una «similarità funzionale»³¹.

La stessa teoria delle esigenze imperative esemplifica quindi la necessità, avvertita a livello comunitario, di raggiungere un obiettivo che si sarebbe ben potuto raggiungere interpretando estensivamente le eccezioni contenute negli art. 36 TFUE. Se quest'ultimo è stato concepito inizialmente come «una deroga al principio fondamentale dell'eliminazione degli ostacoli alla libera circolazione delle merci»³², e quindi oggetto di una interpretazione restrittiva non suscettibile di ammettere una applicazione in via analogica³³, esso avrebbe potuto legittimare, a fronte dell'evoluzione sopracitata, non solo misure nazionali volte alla protezione della salute degli animali e alla preservazione dei vegetali, rispetto alla quale la tutela delle matrici ambientali è solo strumentale, ma anche quelle che avevano come proprio fine la protezione del "bene ambiente", considerato in sé e per sé.

3. Il rapporto tra regola ed eccezione rappresentato negli artt. 34, 35 e 36 TFUE prima della "comunitarizzazione" dell'interesse ambientale

Le considerazioni svolte sono utili per analizzare non solo il rapporto tra la norma e le eccezioni menzionate rispettivamente negli articoli 34, 35 e 36 TFUE, ma anche l'evoluzione che esso ha subito in ragione

³⁰ M. MONTINI, "Commercio e ambiente", cit., 2002, p. 440.

³¹ S. WEATHERILL, P.R. BEAUMONT, *EU Law*, London, 1995, p. 506.

³² G. TESAURO, *Diritto dell'Unione europea*, cit., p. 419.

³³ Cfr. L. KRÄMER, *EU Environmental Law*, London, 2012, p. 93. Tale principio venne affermato in Corte di giustizia, sentenza 14 dicembre 1972, SpA Marimex, C-29/72; Corte di giustizia, sentenza 17 giugno 1981, Commissione delle Comunità europee contro Irlanda, C-113/80; Corte di giustizia, Sentenza 19 marzo 1991, Commissione delle Comunità europee contro Repubblica ellenica, C-205/89. Le sentenze sono reperibili in <http://eur-lex.europa.eu>.

dei cambiamenti paradigmatici avvenuti con le ripetute revisioni dei Trattati intercorse a partire dall'Atto unico europeo.

In via generale la regola formulata letteralmente è la seguente: sono contrarie ai Trattati le norme nazionali che introducono misure restrittive dell'importazione o dell'esportazione di merci, o quelle che producano degli effetti analoghi. Tale regola subisce però delle eccezioni: non sono vietate quelle misure che sono emanate per tutelare la salute dell'uomo o degli animali nonché la preservazione dei vegetali, a condizione che esse non siano arbitrariamente discriminatorie e non costituiscano una restrizione dissimulata al commercio inter-statale.

A ben pensare la *ratio* sottesa alle disposizioni in questione, nell'ambito dell'assetto valoriale originariamente impresso ai Trattati del 1957, può essere trasposta in una regola che riconduce ad unità tanto le norme impressa negli artt. 34 e 35, quanto le eccezioni previste dall'art. 36. Tale regola può essere sintetizzata nella seguente formula: è vietato agli Stati imporre misure restrittive rispetto a prodotti "sicuri"³⁴.

Alla luce di tale formula la contrapposizione apparente tra norma ed eccezione viene a dissolversi, rendendo l'articolo 36 complementare rispetto alle disposizioni inscritte negli artt. 34 e 35. La stessa regola – è vietato introdurre misure restrittive alla libera circolazione di prodotti sicuri – riduce ad unità gli artt. 34, 35 e 36, che solo apparentemente danno rilevanza giuridica a interessi contrapposti. La possibilità di introdurre misure restrittive, qualora il prodotto immesso possa arrecare un danno alla salute delle persone, degli animali e delle piante, dipende

³⁴ La norma e l'eccezione – oltre a trasporre in verità un medesimo principio (la libera circolazione di prodotti sicuri) e una medesima regola (è vietato imporre misure restrittive rispetto alla circolazione di prodotti sicuri) – sono inoltre da comprendere alla luce di una seconda considerazione. Vista la delicatezza dei beni giuridici tutelati, per mezzo dell'eccezione *ex art. 36 TFUE* si è voluta garantire la possibilità, per ogni Stato membro, di predisporre autonomamente il modello di tutela che meglio si attaglia alla propria tradizione giuridica. La tutela di un bene giuridico di rilevanza pubblica può ben esser perseguita, infatti, sia attraverso un sistema preventivo di controllo amministrativo sull'esercizio di attività privata, sia ricorrendo ad un principio di generale libertà controbilanciata da una forte responsabilizzazione del soggetto esercente. I due sistemi convivono nelle esperienze giuridiche consolidate negli Stati ora facenti parte dell'Unione e la possibilità di ricorrere all'uno o all'altro veniva lasciata, attraverso l'eccezione contemplata nell'art. 36, aperta alla discrezionalità dei singoli Stati.

non tanto dal fatto che la tutela di tali beni giuridici fosse un obiettivo della Comunità. L’ordinamento comunitario si astiene dal ritenere rilevante l’incidenza finale che l’immissione di un prodotto avrà sui beni giuridici menzionati nell’articolo 36 TFUE. Lo fosse stato si sarebbero armonizzati gli standard procedurali e sostanziali in base ai quali considerare sicuro quel prodotto, strada poi percorsa ripetute e ripetute volte per quel che concerne i profili più procedurali che sostanziali e assecondando un impulso orientato più alla promozione del mercato interno che non alla tutela del bene giuridico su cui incideva, di volta in volta, la libera circolazione delle merci.

La natura del rapporto sotteso al binomio norma-eccezione, per come esso era rappresentato dagli artt. 34, 35 e 36 TFUE nell’ambito dell’originario assetto valoriale inscritto nei Trattati, esprime, quindi, una complementarità, più che non una contrapposizione. Il principio della libera circolazione di prodotti sicuri – sicurezza tendenzialmente presunta a fronte dell’avvenuta autorizzazione all’immissione in commercio del prodotto in almeno uno Stato membro – non tollera, neanche in via eccezionale, l’introduzione di misure nazionali con effetti restrittivi.

4. Il rapporto tra regola ed eccezione rappresentato negli artt. 34, 35 e 36 TFUE dopo la “comunitarizzazione” dell’interesse ambientale

Il processo che ha introdotto dei punti di rottura in un assetto assiologico inizialmente omogeneo e coerente ha influito o avrebbe dovuto influire sulla configurazione del rapporto tra regola, norma ed eccezione contenuto negli artt. 34, 35 e 36. La “comunitarizzazione” dell’interesse ambientale, come si è detto, non solo ha modificato, indirettamente, il bene giuridico tutelato per mezzo dell’eccezione menzionata nell’art. 36, pur a fronte di una invarianza nella sua formulazione letterale, ma ha anche modificato la stessa configurazione del rapporto tra norma ed eccezione.

La protezione dell’ambiente e la libera circolazione delle merci si presentano infatti come interessi potenzialmente contrapposti e non vi sono norme che predeterminano la prevalenza dell’uno rispetto all’altro. Sono interessi giuridicamente riconosciuti e caratterizzati da una

tendenziale equiordinazione³⁵. La rigida e predeterminata prevalenza dell'uno rispetto all'altro sarebbe peraltro non conforme al portato giuridico del principio dello sviluppo sostenibile, il quale predica un bilanciamento e un'integrazione³⁶ tra i due certamente non definibile aprioristicamente ma invece raggiungibile solo prendendo in considerazione i beni di volta in volta interessati nell'attività di direzione e conformazione pubblica dei poteri tanto pubblici quanto privati³⁷.

Un controllo sugli effetti destabilizzanti che tale processo avrebbe potuto indurre sull'uniformità del sistema comunitario è stato garantito dal sempre più attivo utilizzo delle norme trattative che costituiscono la base giuridica legittima per uniformare ora le procedure nazionali deputate a determinare gli standard applicabili in ogni singolo Stato, ora a determinare gli stessi standard sostanziali cui un prodotto deve rispondere per essere immesso in commercio nel mercato unico europeo. La frammentazione dei mercati potenzialmente prodotta dall'ampliamento dei beni giuridici capaci di rendere conformi ai Trattati, tanto attraverso un'interpretazione estensiva delle eccezioni contemplate dall'art. 36 TFUE quanto ricorrendo alla dottrina delle esigenze imperative, norme nazionali disomogenee, e finalizzate a perseguire un interesse contrapposto alla libera circolazione delle merci, è stata evitata attraendo a livello comunitario l'esercizio di una competenza in materia.

Ma nei casi in cui tale competenza non è stata esercitata, la diretta applicabilità dei summenzionati articoli propone un conflitto tra valori e principi che sono rappresentati rispettivamente nella norma e nell'ecce-

³⁵ Cfr. L. KRÄMER, *EU Environmental Law*, London, 2012, p. 95. Come afferma l'autore, «[n]othing indicates that [the environment protection] is less important than other objectives, in particular the free circulation of goods».

³⁶ Sul principio dello sviluppo sostenibile e sul principio di integrazione, quale sua più vistosa e diretta espressione, si veda S. SALARDI, *Profili teorico-giuridici del principio d'integrazione come strumento d'attuazione dello sviluppo sostenibile nella normativa comunitaria e nazionale italiana e svizzera in materia di risorse idriche, biologiche e forestali*, in *Il diritto dell'economia*, 2008, 3-4, pp. 661-690; M.C. CAVALLARO, *Il principio di integrazione come strumento di tutela dell'ambiente*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2007, 2, pp. 467-483.

³⁷ Il riferimento è ai procedimenti ambientali di Valutazione Ambientale Strategica (VAS) e di Valutazione di Impatto Ambientale (VIA), istituiti disciplinati nel d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152. Si veda N. LUGARESÌ, *Diritto dell'ambiente*, Padova, 2012, pp. 70 e ss.

zione, non più ricomponibili, alla luce di un medesimo principio, in una regola che ne sintetizzi la *ratio*. La regola prima individuata nell'analisi degli articoli in questione, è vietata una restrizione alla libera circolazione di prodotti sicuri, non è capace di tutelare *in toto* l'interesse ambientale. Un prodotto ambientalmente sicuro, ossia non pregiudizievole del bene ambiente in senso stretto, non è di per sé un prodotto sempre compatibile con il livello di tutela che uno Stato, a fronte di una mancata armonizzazione, potrebbe voler assicurare sul proprio territorio all'interesse ambientale in senso lato. Si pensi all'immissione in commercio di un prodotto che prefigura una modificazione della struttura economica, e quindi sociale, sottesa all'esercizio, per esempio, di una determinata attività agricola strettamente consolidata in un determinato territorio. Una limitazione alla libera circolazione di tale prodotto può essere introdotta al fine di tutelare la componente paesaggistica associata allo svolgimento di una attività tradizionale, riconducibile alla tutela di un interesse ambientale inteso in senso lato³⁸. Il prodotto può essere considerato sicuro, seppur non rispondente al livello di tutela dell'interesse ambientale di volta in volta perseguito da chi dovrebbe mantenere la responsabilità di esercitare una discrezionalità politica in materia.

Quella norma e quell'eccezione che costituivano prima l'espressione di una medesima regola sono diventati ora la manifestazione di interessi confliggenti, il cui bilanciamento viene consegnato, a fronte di mancata armonizzazione comunitaria, alle decisioni emerse, in prima battuta, nei circuiti politico-rappresentativi legittimati su base democratica all'interno di ogni singolo Stato e, in seconda battuta, agli organi comunitari – tanto la Commissione quanto la Corte di giustizia – ove vengano chiamati a valutare la loro conformità. L'analisi della giurisprudenza della Corte di giustizia risulta particolarmente interessante nella misura in cui

³⁸ Si vedano le argomentazioni di natura socio-ambientale avanzate dal Land Austria Superiore nel giustificare, di fronte al Tribunale di primo grado, il progetto di legge contestato dalla Commissione che avrebbe introdotto un generale divieto di emissione, coltivazione e propagazione di organismi geneticamente modificati in Tribunale di primo grado, sentenza 5 ottobre 2005, Land Oberösterreich e Repubblica d'Austria contro Commissione delle Comunità europee, Cause riunite T-366/03 e T-235/04, in <http://eur-lex.europa.eu>.

– dovendo valutare la conformità, *ex art. 36 TFUE*, di una norma nazionale – essa individua non solo il novero dei beni giuridici riconducibili alla casistica ivi menzionata, ma definisce anche le condizioni in relazione alle quali possa essere riconosciuta la prevalenza dell’interesse ambientale da cui deriva la legittimità di misure nazionali restrittive della libera circolazione delle merci.

Partendo dalle conclusioni cui la Corte è giunta nei due casi che verranno analizzati è possibile verificare se l’eccezione, o meglio lo schema concettuale riposto nella relazione tra regola ed eccezioni, non sia, invero, lo strumento utilizzato, in primo luogo, per mantenere ingiustificatamente inalterato il rapporto tra interesse ambientale e interesse economico configuratosi nell’ambito dell’originaria struttura valoriale del Trattato. In tal senso l’interpretazione dell’art. 36 TFUE costituisce la cartina di tornasole per evidenziare la discrepanza tra una costituzione “formale”, nel quale l’interesse ambientale è equiordinato a quello economico, e una costituzione “materiale”, in cui il secondo verrebbe implicitamente a prevalere³⁹. L’analisi della giurisprudenza della Corte è utile, in secondo luogo, per verificare se il bilanciamento tra interesse ambientale e quello economico, quando viene operato dalla Corte, possa porre dei problemi riferibili ad una distorta rappresentazione della ripartizione di competenze tra organi statali e unionali che dovrebbe essere rispettata a fronte della mancata emanazione di una disciplina

³⁹ Tale è peraltro la conclusione cui giunge Krämer nell’analizzare le modalità operative per mezzo delle quali avviene, nella giurisprudenza della Corte di giustizia, il bilanciamento di tale interesse con quello ambientale. Secondo l’autore, a fronte dell’importanza rivestita dal principio di libera circolazione delle merci, «restrictions on the free circulation of goods are allowed only where they are necessary (proportionate); in other words, measures to protect the environment are possible where their importance is greater than that of free circulation of goods. This leads to the conclusion that the free circulation of goods, in the event of any conflict with environmental (national) measures, will normally prevail, unless it can be proven that environment interest are more relevant». Tale conclusione, però, si presenta non coerente rispetto al cambio di paradigma che ha orientato le ripetute revisioni dei Trattati. Queste «clearly show the importance that the Treaties attach to the protection of the environment. In the view of this importance [...] it cannot be considered that only a reasonable degree of environment protection is allowed to restrict the free circulation of goods» (L. KRÄMER, *EU Environmental Law*, cit., p. 96).

armonizzata, sede nella quale il bilanciamento tra i vari interessi coinvolti dovrebbe essere istituzionalmente svolto⁴⁰.

5. *Il caso Gamberi di acqua dolce, C-131/93*

I fatti connessi alla controversia giunta all'attenzione della Corte di giustizia vertono sulle misure attuate al fine di tutelare i gamberi di acqua dolce della specie europea presenti sul suolo tedesco⁴¹. Quattro erano i fattori che ponevano a rischio la conservazione tanto della specie quanto del patrimonio genetico caratterizzante tale specie.

Un generale fenomeno di degrado ambientale, anche giuridicamente non rilevante, aveva già sensibilmente diminuito, in primo luogo, la consistenza e la diffusione di tale specie allo stato selvatico.

In secondo luogo l'importazione di gamberi della razza nordamericana aveva veicolato la diffusione di una epidemia, la *aphanomyose*, presso popolazioni di gamberi tanto selvatiche quanto oggetto di allevamento presenti sul suolo sia europeo che tedesco.

In terzo luogo l'emissione, anche accidentale, nell'ambiente di singoli esemplari della specie nord-americana avrebbe potuto concorrere a ridurre l'areale e la consistenza delle popolazioni autoctone, in quanto recessive.

⁴⁰ Secondo Krämer, limiti che condizionano, nella giurisprudenza della Corte di giustizia, la legittimità delle misure nazionali finalizzate alla protezione dell'ambiente che producano una compressione della libera circolazione delle merci pongono due problemi: un primo riferibile alla corretta ripartizione di competenze tra Unione e Stati membri: a fronte della mancata armonizzazione comunitaria del bilanciamento tra i due interessi, sarebbero le autorità statali a mantenere, sotto questo profilo, la piena discrezionalità nel decidere quale sia lo standard di tutela ambientale da raggiungere, anche in detrimento della libera circolazione delle merci; un secondo riferibile alla assenza di parametri che circoscrivano la discrezionalità lasciata alla Corte nel valutare la ragionevolezza delle misure. Cfr. L. KRÄMER, *EU Environmental Law*, cit., p. 96.

⁴¹ A commento della sentenza si veda L. KRÄMER, *EU Environmental Law*, cit., p. 101; M. MONTINI, "Commercio e ambiente": bilanciamento tra tutela ambientale e libera circolazione delle merci nella giurisprudenza della Corte di giustizia delle comunità europee, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 2002, pp. 447-449.

In quarto luogo l'introduzione nell'ambiente di gamberi della specie europea, ma non autoctoni, avrebbe potuto condurre a fenomeni di alterazione genetica della specie locale.

In tale situazione il Governo tedesco adottò, nel 1989, anno nel quale l'epidemia si era già diffusa all'interno dei confini dello Stato, un regolamento per disciplinare l'importazione commerciale dei gamberi vivi, siano essi di razza europea o nord-americana, subordinando l'esercizio di tale attività all'ottenimento di una autorizzazione, pur non prevedendo, sul fronte interno, misure che potessero limitare la circolazione di quelli allevati e cresciuti esclusivamente sul proprio territorio.

Nel momento in cui le autorità tedesche emanarono il suddetto regolamento non vi era, a livello comunitario, una disciplina che armonizzasse le misure nazionali finalizzate a garantire la sicurezza dei prodotti animali vivi commercializzati all'interno del mercato europeo.

L'autorizzazione poteva essere concessa, in via derogatoria, soltanto per scopi didattici o di ricerca. L'importazione commerciale, seppur vietata in linea generale, poteva essere eccezionalmente autorizzata dall'autorità nazionale ove l'applicazione della norma avesse portato, «contro la volontà del legislatore, ad una eccessiva severità»⁴². Le autorizzazioni avevano una durata di sei mesi, avevano ad oggetto l'importazione di una quantità prestabilita di prodotto vivo, debitamente etichettato con informazioni relative all'origine, e la vendita era permessa direttamente al consumatore finale, dovendosi adottare in ogni fase precedente alla vendita una serie di misure di confinamento.

L'introduzione di un forte fattore di flessibilità aveva, in definitiva, permesso il rilascio di un numero di autorizzazioni tale da assicurare il pieno soddisfacimento del fabbisogno interno, non pregiudicando di fatto l'entità degli scambi intra-comunitari.

La Commissione ritenne che la Germania avesse violato gli obblighi contenuti nell'art. 30 TCE (ora 34 TFUE), applicabile a fronte della mancato esercizio di una competenza comunitaria capace di armonizza-

⁴² *Cit.* in Corte di giustizia, sentenza 13 luglio 1994, Commissione contro Repubblica Federale di Germania, C-131/93, p.to 3, in <http://eur-lex.europa.eu>.

re le varie discipline nazionali⁴³. Non si poteva, nell'opinione della Commissione, ritenere legittima la disposizione ai sensi dell'art. 36 TCE, in quanto l'ostacolo posto alla «importazioni di gamberi di acqua dolce vivi provenienti da altri Stati membri o che colà si trovano già in libera pratica»⁴⁴ andava «oltre quanto richiesto per una tutela efficace delle specie indigene di gamberi contro la peste e i rischi di alterazione della fauna»⁴⁵. Seppur in astratto legittima, alla luce di eccezioni *ex art.* 36 TFUE, la misura risultava, alla prova dei fatti, sproporzionata rispetto al fine perseguito. La misura veniva contestata solamente con riferimento ad una sua applicazione rispetto alla circolazione di gamberi della specie europea⁴⁶.

Il Governo tedesco difese la disciplina con due argomentazioni. In primo luogo l'obiettivo perseguito risultava coerente rispetto alla tutela di beni giuridici ritenuti meritevoli di tutela anche alla luce di una lettura sistematica dell'ordinamento comunitario. La protezione di una specie autoctona dalla diffusione invasiva di specie allofone, attraverso una regolazione del commercio inter-statale, risultava infatti conforme agli impegni che la Comunità stessa aveva sottoscritto aderendo alla *Convention on International Trade in Endangered Species of Wild Fauna and Flora* (CITES) e implementandone i contenuti attraverso il Regolamento del Consiglio (CEE) 3 dicembre 1982, n. 3626. In secondo luogo esso addusse che il controllo amministrativo nel quale si risolveva, in definitiva, la disciplina, visto l'ampio uso da parte delle autorità competenti delle clausole di flessibilità ivi previste, non avesse pregiudicato, *ex post*, l'entità degli scambi intra-comunitari, non producendo, quindi, nessun effetto restrittivo rispetto al quantitativo di prodotto che si sarebbe importato se essa non fosse stata emanata⁴⁷.

⁴³ Solo con la Direttiva del Consiglio (CEE) 28 gennaio 1991, n. 67, si sono armonizzate le norme di polizia sanitaria per la commercializzazione di animali e prodotti d'acquacoltura.

⁴⁴ Corte di giustizia, C-131/93, p.to 5.

⁴⁵ Corte di giustizia, C-131/93, p.to 5.

⁴⁶ Non risulta peraltro del tutto chiaro il motivo che ha condotto la Commissione a sollevare la questione rispetto alla sola circolazione di gamberi di origine europea. Si rimanda alle considerazioni svolte nel paragrafo dedicato alle conclusioni.

⁴⁷ Secondo quanto citato nelle Conclusioni dell'Avvocato Generale, tra il gennaio 1989 e il giugno 1993 vennero rilasciate autorizzazioni all'importazione di 961.400 kg

Le argomentazioni dell'Avvocatura si concentrarono, invece, sull'esame della coerenza e della proporzionalità della disciplina rispetto all'obiettivo perseguito. Sotto il profilo sanitario, a fronte della presenza, sul suolo tedesco, dell'epidemia, si sarebbe potuto pensare la misura nazionale coerente rispetto all'obiettivo perseguito nella misura in cui la disciplina contestata fosse stata emanata in concomitanza con una regolamentazione che, sul fronte interno, sottoponesse a misure analoghe la commercializzazione e la circolazione di gamberi, della specie tanto europea quanto americana, prodotti a livello nazionale. In questo senso la disciplina contestata non sarebbe stata sufficiente, da sola, a evitare compiutamente il rischio che si voleva prevenire, dimostrandosi quindi non solo arbitrariamente discriminatoria ma sproporzionata e irragionevole⁴⁸. Il fatto per il quale le autorizzazioni rilasciate non avessero ristretto gli scambi intra-comunitari risultava, nell'opinione dell'Avvocatura generale, irrilevante rispetto alla violazione dell'art. 30 TCE (ora 34 TFUE). Una disciplina come quella siffatta, infatti, subordinando la commercializzazione all'ottenimento di una autorizzazione, avrebbe violato un diritto di accesso al mercato tedesco di cui godono, alla luce di Trattati, gli operatori economici attivi all'interno della Comunità, violando il principio di certezza del diritto⁴⁹. Se, da un lato, l'Avvocatura ritenne, aderendo alla tesi avanzata dalla Commissione, che la misura fosse sproporzionata, dall'altro non condivise l'opinione secondo la quale le misure adottate dal Governo tedesco fossero strumenti protezionistici attuati in violazione dei principi del Trattato⁵⁰.

La Corte, pronunciandosi sulla questione, riconobbe come l'applicabilità dell'art. 36 TFUE, a fronte della mancata armonizzazione delle discipline nazionali, avrebbe potuto rendere conforme una disposizione

di prodotto. Cfr. Conclusioni dell'Avvocato Generale Walter Van Gerven, C-131/93, presentate il 18 maggio 1994, p.to 7, in <http://eur-lex.europa.eu>.

⁴⁸ Conclusioni dell'Avvocato Generale Walter Van Gerven, C-131/93, p.to 14.

⁴⁹ Citando quanto statuito nella giurisprudenza della Corte, l'Avvocato afferma che la «libera circolazione è un diritto il cui esercizio non può dipendere dal potere discrezionale o dalla tolleranza dell'amministrazione nazionale» (Corte di giustizia, sentenza 8 febbraio 1983, Commissione contro Regno Unito, C-124/81, *cit.* in Conclusioni dell'Avvocato Generale Walter Van Gerven, C-131/93, p.to 7).

⁵⁰ Conclusioni dell'Avvocato Generale Walter Van Gerven, C-131/93, p.to 17.

emanata da uno Stato che, pur violando l'art. 30 TCE (ora art. 34 TFUE), poteva essere legittimata in vista della protezione di una specie animale autoctona, bene giuridico tutelato anche a livello comunitario⁵¹. Il punto sul quale la Corte si soffermò riguardò la proporzionalità della norma, illegittima nella misura in cui il perseguimento dell'obiettivo, giustificabile alla luce dell'ordinamento comunitario, potesse essere raggiunto attraverso misure meno restrittive del commercio intra-comunitario. In questo senso la norma tedesca, prevedendo un divieto generalizzato all'importazione di partite di gamberi vivi, doveva essere considerata sproporzionata. Tanto la previsione di un controllo amministrativo su alcune partite di prodotto, come l'imposizione di un obbligo di etichettatura o, per altro verso, la regolamentazione delle modalità di vendita e di detenzione – tutte misure alternative in realtà adottate nell'ambito di un'ampia applicazione della facoltà di rilasciare autorizzazioni in deroga – avrebbero garantito il raggiungimento dell'obiettivo perseguito, sottoponendo a limiti meno restrittivi il commercio inter-statale o, meglio, le libertà economiche spettanti ai sensi di Trattato agli operatori economici attivi nel mercato comune⁵².

La Corte statui come «una disciplina restrittiva degli scambi intra-comunitari è compatibile con il Trattato solo nella misura in cui sia indispensabile per una protezione efficace della salute e della vita degli animali. Essa non fruisce quindi della deroga di cui all'art. 36 quando quest'obiettivo può essere raggiunto con pari efficacia mediante provvedimenti che recano minor pregiudizio agli scambi intra-comunitari»⁵³. Per questa ragione, vietando «le importazioni di gamberi di acqua dolce vivi delle specie europee provenienti dagli Stati membri o dai paesi terzi e che si trovano in libera pratica negli altri Stati membri, tranne che per scopi di ricerca e didattici, la Repubblica federale di Germania è venuta meno agli obblighi che incombono in forza degli artt. 30 [ora 34 TFUE] e 36 del Trattato CEE»⁵⁴.

⁵¹ In questo senso è «pacifico che la misura di cui trattasi ha per oggetto la tutela della salute e della vita dei gamberi indigeni, di modo che essa rientra nella deroga di cui all'art. 36 del Trattato» (Corte di giustizia, C-131/93, p.to 17).

⁵² Corte di giustizia, C-131/93, p.ti 24, 25 e 26.

⁵³ Corte di giustizia, C-131/93, p.to 18.

⁵⁴ Corte di giustizia, C-131/93, massima.

6. Il caso *Api brune di Læsø*, C-67/97

Nel 1997 la Corte di giustizia si è pronunciata sulla conformità ai Trattati di una disposizione emanata dalle autorità danesi nel 1993 in esecuzione di una legge relativa all'esercizio dell'apicoltura⁵⁵. La disposizione amministrativa era finalizzata a vietare sull'isola di Læsø (114 KM², 2.365 abitanti) la detenzione di api differenti dalla sottospecie autoctona, la *ape mellifera mellifera di Læsø*, sottospecie della ape bruna *ape mellifera mellifera*. Tale specie è recessiva rispetto all'ape gialla, *apis mellifera ligustica*, quella prevalentemente allevata per la produzione di miele. Il medesimo regolamento faceva divieto di importare sull'isola api domestiche vive⁵⁶. La griglia tassonomica in base alla quale distinguere le differenti specie e sottospecie della razza erano oggetto di una discussione scientifica caratterizzata da posizioni contrapposte e non univoche.

La regolamentazione danese venne portata all'attenzione della Corte in via incidentale nell'ambito di un procedimento penale instaurato a carico del Sig. Bluhme, perseguito per aver violato il suddetto regolamento detenendo sciami di api non autoctoni. In assenza di una normativa comunitaria che avesse armonizzato, sotto un profilo sostanziale o procedurale, le norme nazionali relative alla circolazione all'interno della Comunità di api vive, le questioni sollevate avevano ad oggetto la conformità rispetto agli artt. 30 e 36 del TCE (ora artt. 34 e 36 TFUE) degli atti normativi e regolamentari adottati dalle autorità danesi. Il giudice del rinvio, ove la norma danese fosse da considerare legittima alla luce delle eccezioni contemplate nell'art. 36 TCE, chiese al Giudice comunitario di specificare se tale conformità dipendesse: dalla limitata applicazione territoriale della norma; dalla semplice conformità all'ordinamento comunitario di una politica finalizzata a tutelare una specifi-

⁵⁵ A commento della sentenza si veda F. BRUNO, *La tutela della diversità biologica in agricoltura. La Corte di giustizia e il caso Bluhme (ovvero dell'apis mellifera mellifera)*, in *Diritto e giurisprudenza agraria, alimentare e dell'ambiente*, 2000, I, pp. 13-19.

⁵⁶ Cfr. Corte di giustizia (Quinta Sezione), sentenza 3 dicembre 1998, Procedimento penale a carico di Ditlev Bluhme, C-67/97, p.to 7, in <http://eur-lex.europa.eu>.

ca popolazione; dal fatto che tale popolazione sia unica e/o dall'essere essa sottoposta a un reale rischio di estinzione⁵⁷.

La conformità della norma ai Trattati venne argomentata naturalmente dal Governo danese, il quale, oltre a sostenere, in prima battuta, l'ininfluenza della normativa sul commercio inter-statale, avanzò la tesi per cui essa definisse solo le modalità di detenzione di api sull'isola⁵⁸, ossia su una parte limitata del territorio danese, senza interferire sulla regolamentazione dell'accesso al mercato nazionale di tali prodotti. Questa ricostruzione avrebbe escluso, ai sensi della giurisprudenza della Corte, la possibilità di qualificare la disciplina danese come una misura di effetto equivalente⁵⁹.

Tali tesi vennero disattese dalla Corte, la quale, oltre a ritenere l'art. 30 TCE parametro rispetto al quale valutare la conformità all'ordinamento comunitario della suddetta disposizione, analizzò, sotto un profilo sostanziale, la sua riconducibilità a una delle eccezioni prevista nell'art. 36 TCE.

La conformità della disciplina all'ordinamento comunitario venne sostenuta dal Governo danese in quanto la norma era non solo non discriminatoria, in quanto indistintamente applicabile tanto ai prodotti nazionali quanto a quelli comunitari, ma anche proporzionata e necessaria per tutelare la biodiversità⁶⁰, bene giuridico ritenuto meritevole di tutela anche all'interno dell'ordinamento comunitario in seguito alla sottoscrizione della Convenzione sulla Diversità Biologica⁶¹. Il Governo danese citò inoltre, a sostegno della ragionevolezza della misura, studi scientifici nei quali si evidenziavano i tratti specifici, seppur non unici, che caratterizzavano la sottospecie dell'ape bruna presente sull'isola in questione. La disciplina, quindi, sarebbe stata giustificata dall'eccezione dell'art. 36 TCE, in quanto destinata a proteggere una specie rara, anche ove essa non fosse concretamente minacciata da un rischio di estinzione, in ragione dell'interesse scientifico alla conserva-

⁵⁷ Cfr. Corte di giustizia, C-67/97, p.to 9.

⁵⁸ Cfr. Corte di giustizia, C-67/97, p.to 16.

⁵⁹ Si veda Corte di giustizia, sentenza 24 novembre 1993, Keck e Mithouard, cause riunite C-267/91 e C-268/91, in <http://eur-lex.europa.eu>.

⁶⁰ Cfr. Corte di giustizia, C-67/97, p.to 25.

⁶¹ Decisione del Consiglio 25 ottobre 1993, 93/626/CEE, in GU L 309, pag. 1.

zione della purezza genetica di una specie differenziatasi in seguito a particolari processi di adattamento.

Contrarie le tesi avanzate dal Sig. Bluhme, secondo le quali la misura era non solo restrittiva degli scambi intra-comunitari, ma anche irragionevole in quanto finalizzata a tutelare una sottospecie che, nonostante fosse caratterizzata da specifici tratti, non era da considerarsi unica e quindi non meritevole di speciale tutela. La ape di Læsø era infatti solo parzialmente il frutto di uno speciale processo di adattamento, peraltro conosciuto in altre parti del mondo; essa era anche il risultato di una serie di incroci avvenuti nel corso dei secoli con sottospecie e razze differenti⁶².

La tesi della non discriminatorietà della misura venne in parte confutata dalla Commissione: seppur la norma non fosse discriminatoria se applicata alle api gialle, in quanto indistintamente applicabile a quelle provenienti tanto dal territorio danese quanto da altri Stati membri, essa discriminava illegittimamente le api brune di Læsø da tutte le altre api brune, quindi, appartenenti alla medesima sottospecie, ma non provenienti dall'isola⁶³.

La Corte risolse i quesiti decretando la legittimità della misura, pur se questa dovesse considerarsi misura di effetto equivalente ai sensi dell'art. 30 TCE (ora 34 TFUE)⁶⁴. Nel percorso argomentativo sviluppato nella sentenza venne ritenuto ininfluenza il dibattito scientifico sulla classificazione di una popolazione come razza, sottospecie o semplice ceppo indigeno⁶⁵. Il riconoscimento della biodiversità quale bene giuridico meritevole di tutela, avvenuta con la sottoscrizione della Con-

⁶² Corte di giustizia, C-67/97, p.to 24.

⁶³ Cfr. Conclusioni dell'Avvocato Generale Nial Fennelly, C-67/97, presentate il 10 giugno 1998, p.to 12, in <http://eur-lex.europa.eu>.

⁶⁴ Corte di giustizia, C-67/97, p.to 23.

⁶⁵ Riportando le parole della Corte, «è indifferente che l'oggetto della tutela sia una sottospecie a sé stante, una razza distinta in seno a una specie qualsiasi o un semplice ceppo indigeno, dal momento che si tratta di popolazioni che presentano caratteristiche che le distinguono dalle altre e che sono ritenute, di conseguenza, degne di protezione sia per metterle al riparo da un'eventuale pericolo di estinzione più o meno imminente, sia, anche in assenza di un rischio siffatto, per un interesse scientifico o di altra natura e che nel luogo di cui trattasi sia preservata la popolazione pura» (Corte di giustizia, C-67/97, p.to 34).

venzione sulla Biodiversità, rende suscettibile di tutela ogni caratterizzazione genetica sviluppatasi in relazioni a specifiche condizioni territoriali. Il concreto rischio di estinzione cui è sottoposta una popolazione è fattore ritenuto, nel ragionamento della Corte, giuridicamente rilevante per ritenere appropriato, rispetto all’obiettivo perseguito, l’atto adottato. Seppur misura equivalente, ex art. 30 TCE (ora art. 34 TFUE), essa trova legittimità nelle ipotesi delineate dalle eccezioni contenute nell’art. 36 TCE. In questo senso la Corte ha statuito che «una normativa nazionale che vieta di detenere su un’isola come Læsø specie di api diverse dalle api della sottospecie *apis mellifera mellifera* (ape bruna di Læsø) deve essere considerata giustificata, ai sensi dell’art. 36 del Trattato, dalla tutela della salute e della vita degli animali»⁶⁶.

7. Conclusioni

Le sentenze brevemente riassunte risultano utili per comprendere la natura della relazione esistente tra gli artt. 34 e 35 TFUE e l’art. 36 TFUE, da cui desumere la funzione svolta dalle eccezioni ambientali in un ordinamento giuridico informato ad un assetto valoriale complesso e composito, come deve essere considerato quello comunitario a partire dall’Atto unico europeo.

Vi sono una serie di fattori che rendono simili le fattispecie prese in considerazione poc’anzi.

In entrambe le misure nazionali sottoposte al vaglio della Corte vennero emanate in un momento in cui l’interesse ambientale era già stato “comunitarizzato”. In entrambi i casi le disposizioni avevano, quale proprio scopo, un obiettivo analogo: la tutela della biodiversità. Simili gli strumenti utilizzati, che hanno posto una limitazione al principio di libera circolazione delle merci al fine di proteggere una popolazione autoctona e/o il patrimonio genetico che la caratterizzava. In entrambe le situazioni la Corte ha offerto un’interpretazione sistematica delle eccezioni contenute nell’art. 36 TFUE, estendendone i profili applicativi e ampliando i beni giuridici tutelabili, ammettendo come fine legittimo la

⁶⁶ Corte di giustizia, C-67/97, p.to 38.

protezione di un interesse che non era meramente sanitario, ma anche più strettamente ambientale.

Vi sono, inoltre, elementi che rendono le due fattispecie divergenti. Differente era la portata relativa all'applicazione territoriale delle due disposizioni. Al contempo parzialmente differente era il quadro giuridico rilevante. Seppur, infatti, l'interesse ambientale fosse già stato riconosciuto quale obiettivo della Comunità, solo nel caso danese l'atto normativo venne adottato in un momento contiguo a quello in cui la Convenzione sulla Biodiversità venne sottoscritta a livello europeo. Una ulteriore differenza consiste nel fatto che il bene giuridico tutelato dalla normativa tedesca fosse non solo la conservazione della biodiversità presente all'interno del proprio territorio, ma anche la sicurezza sanitaria.

Proprio il caso tedesco merita un approfondimento che può fornire alcuni indizi utili per comprendere quali siano stati gli elementi discriminanti che hanno portato la Corte a emettere due giudizi contrastanti: la violazione dell'art. 34 da parte del Governo tedesco, la conformità rispetto all'ordinamento comunitario della normativa danese.

Tre erano, infatti, i beni giuridici tutelati dalla misura tedesca.

In primo luogo si voleva perseguire una politica orientata alla prevenzione di un rischio sanitario. Rispetto a tale fine la misura si presentava irragionevole, in quanto insufficiente a prevenire l'epidemia a fronte dell'assenza di una disciplina che regolasse, sul fronte interno, la circolazione di esemplari potenzialmente vettori della medesima malattia. L'epidemia si era già diffusa, infatti, sul suolo tedesco, e il rischio riferibile all'importazione di gamberi era il medesimo associato alla circolazione di gamberi prodotti sul suolo nazionale.

In secondo luogo la disposizione mirava a tutelare un secondo bene giuridico: il patrimonio genetico delle popolazioni autoctone della specie europea presenti sul suolo tedesco. In tal senso la misura si sarebbe potuta pensare come non proporzionata, potendosi perseguire il medesimo obiettivo attraverso l'individuazione di specifici territori all'interno dei quali applicare disposizioni restrittive. In verità tale affermazione, seppur vera, non viene ad essere compiutamente sviluppata dalla Corte, la quale censura la disciplina sulla base del profilo sopra riportato.

Vi è un terzo bene giuridico tutelato dalla normativa: la consistenza della popolazione della specie europea a fronte dei rischi associati all'immissione accidentale, nel medesimo *habitat*, di gamberi della razza americana. Sull'illegittimità, però, della disposizione, ove fosse applicata agli esemplari della specie americana già immessi in libera pratica all'interno della Comunità, la Corte non si pronuncia. La Commissione, infatti, ha sollevato la violazione dell'art. 30 TCE (ora 34 TFUE) rispetto ad una applicazione della disposizione limitata alle specie europee. Tale fatto è un elemento al quale prestare attenzione.

Assumendo quale fine giuridico perseguito l'interesse alla tutela sanitaria delle popolazioni presenti su suolo tedesco, la misura, ove applicata all'importazione di specie nordamericane già immesse in libera pratica all'interno della Comunità, si sarebbe dovuta ritenere comunque incompatibile rispetto all'art. 30 TCE sulla base delle medesime ragioni adottate per sancire l'illegittimità della misura applicata alle specie europee. Non vi sarebbe motivo per valutare in maniera difforme, qualora l'obiettivo perseguito fosse la tutela della sicurezza sanitaria, fattispecie nelle quali analogo è il rischio connesso alla circolazione di animali vivi che, a prescindere dalla razza, sono possibili veicoli di contagio. La sproporzionalità rilevata con riferimento alla misura applicata alle specie europee caratterizzava, senza alcun dubbio, anche la medesima misura applicata alla specie nordamericana.

Solo assumendo, invece, quale fine perseguito la consistenza della popolazione della specie europea, recessiva ove posta in competizione con quella americana, si sarebbe potuto ritenere legittimo il divieto di importazione di quest'ultima su suolo tedesco. Ma pur se si sarebbe potuta ritenere conforme ai Trattati, essa difficilmente avrebbe superato uno scrutinio di proporzionalità. La pubblica autorità avrebbe ben potuto raggiungere il medesimo risultato con misure meno restrittive degli scambi, come disporre divieti non generali ma circoscritti a determinate porzioni di territorio; tesi peraltro avanzata dalla stessa Commissione.

Queste brevi considerazioni evidenziano l'assenza di una ragione che possa far ritenere legittima la misura tedesca applicata alla specie della specie nord-americana, seppur essa rimase in vigore in quanto non contestata dalla Commissione. Risulta difficile comprendere perché quest'ultima abbia deciso di non sottoporre all'attenzione della Corte la

legittimità del divieto di importazione di gamberi della specie nordamericana già immessi in libera pratica all'interno della Comunità. Risulta al riguardo indicativa l'opinione espressa dall'Avvocato generale dell'Unione. Aderendo alla giurisprudenza della Corte di giustizia – per la quale la seconda proposizione dell'art. 36 ha lo scopo di «impedire che le restrizioni degli scambi basate sui motivi indicati nel primo inciso dell'art. 36 TFUE siano distolte dal loro fine ed usate in maniera da creare discriminazioni nei confronti delle merci originarie di altri Stati membri ovvero da proteggere indirettamente taluni prodotti nazionali»⁶⁷ – la Commissione contestò l'applicazione della disposizione tedesca alla sola razza europea in quanto quest'ultima era l'unica allevata a livello nazionale. Dall'assenza di una produzione nazionale di gamberi di acqua dolce della razza nordamericana, la Commissione desunse che il fine perseguito fosse di natura genuinamente ambientale.

La legittimità dell'eccezionale restrizione al principio di libera circolazione introdotta dalla normativa tedesca rispetto all'importazione di gamberi della specie nordamericana viene assunta quindi dalla Commissione senza che essa venga contestata di fronte alla Corte. Questo perché non vi era, in Germania, una produzione nazionale che avrebbe beneficiato di tale misura, facendo quindi venir meno il dubbio che essa avesse fini protezionistici⁶⁸.

La fragilità delle ragioni che potevano essere assunte per argomentare la compatibilità della misura non contestata rispetto ai Trattati può essere oggetto, però, di una lettura differente: la misura non venne contestata non tanto perché legittima, ma perché la sua portata applicativa non incideva, nella sostanza, su interessi economicamente rilevanti. Questo è, in definitiva, il motivo che rende spiegabile tanto le scelte operate dalla Commissione, quanto il riserbo con cui la Corte decide di omettere qualsiasi considerazione, anche incidentale, sulla legittimità della misura applicata ai gamberi di razza americana già immessi in libera pratica all'interno del territorio comunitario. A riconfermare tale chiave di lettura vi è il fatto che nessun operatore privato ebbe l'interes-

⁶⁷ Corte di giustizia, sentenza 14 dicembre 1979, Henn e Darby, C-34/79, *cit.* in Conclusioni dell'Avvocato Generale Walter Van Gerven, C-131/93, presentate il 18 maggio 1994, p.to 17, in <http://eur-lex.europa.eu>.

⁶⁸ Cfr. Conclusioni dell'Avvocato Generale Walter Van Gerven, C-131/93, p.to 16.

se a contestare la suddetta misura presso la Corte di giustizia anche se caratterizzata da evidenti profili di non conformità rispetto ai Trattati e alla giurisprudenza della Corte stessa.

In definitiva è corretto, a nostro avviso, sostenere che la prevalenza dell’interesse ambientale – tradotto nella non contestata contrarietà ai Trattati della misura tedesca restrittiva della circolazione di gamberi di acqua dolce di razza nordamericana già immessi in libera pratica nel territorio comunitario – sia stata riconosciuta a fronte dell’insussistenza di un interesse economico rilevante che potesse ad esso contrapporsi. Ove sussisteva invece un interesse economico, tanto nazionale quanto infra-comunitario, esso è risultato sistematicamente prevalente.

Tale lettura risulta utile per capire se le differenti opinioni espresse dalla Corte siano da addebitare a una modificazione del quadro normativo – nello specifico alla sottoscrizione, da parte degli organi comunitari, della Convenzione sulla Biodiversità – o alla differente portata dell’applicazione territoriale delle disposizioni sottoposte alla sua valutazione.

Non pare che la sottoscrizione della Convenzione sulla Diversità Biologica abbia modificato nella sostanza il quadro normativo di riferimento alla luce del quale la valutazione delle due disposizioni doveva essere svolta. Non a caso in entrambi i casi la Corte ha affermato la potenziale legittimità di una politica volta a proteggere una razza autoctona, e la possibilità di ricorrere alle eccezioni *ex art.* 36 TFUE per giustificare l’emanazione di atti volti a tale fine.

Allo stesso modo la limitata portata territoriale della disposizione risulta, in via teorica, indifferente rispetto alla non conformità di un atto nazionale rispetto ai Trattati. Dalla massima la Corte si può desumere, a contrario, che una normativa che vieta di detenere «su un’isola come l’isola di Læsø specie di api diverse dalle api della sottospecie *apis mellifera mellifera* (ape bruna di Læsø)» potrebbe violare, senza poter essere giustificata ai sensi di art. 36 TFUE, l’art. 34 TFUE. Ciò che viene teoricamente affermato, però, non coincide sempre con il principio concretamente assunto per dirimere una questione giuridica.

La Corte giunge a pronunciamenti di segno in parte contrapposto, in parte concordante: un primo propenso a dichiarare contraria ai Trattati la normativa tedesca applicata ai gamberi della specie europea; un se-

condo orientato a riconoscere conforme la normativa danese e, avallando la tesi della Commissione, la disciplina tedesca applicata ai gamberi della specie americana.

È chiaro che la Corte ha sempre valutato, con buon senso pratico, l'impatto che le sue decisioni avrebbero avuto rispetto al consolidamento e al perseguimento, in definitiva, degli obiettivi statuiti inizialmente dai Trattati, ossia la creazione di uno spazio economico integrato.

Se formalmente l'ordinamento comunitario, per come esso si è evoluto fino ai giorni nostri, riconosce in maniera equiordinata l'interesse ambientale e l'interesse economico, la prevalenza del primo è stata riconosciuta, nella giurisprudenza della Corte, nella misura in cui, pragmaticamente, non avrebbe messo in pericolo la prevalenza sistemica del secondo. In questo senso la normativa tedesca, applicata alle specie nordamericane, non venne ritenuta contraria agli obblighi assunti *ex art.* 34 TFUE in quanto, si può presumere, l'interesse ambientale che essa veicolava non si contrapponeva ad un interesse economico sensibile. Analogamente la normativa danese, la cui applicazione era limitata ad una isola economicamente e geograficamente periferica, non avrebbe pregiudicato un interesse economico tale da poter essere considerato rilevante.

Sarebbe significativo analizzare tanto le sentenze emesse dalla Corte quanto le decisioni assunte dalla Commissione rispetto a misure nazionali afferenti zone periferiche e ininfluenti rispetto al mercato unico. Tale situazione spesso si è verificata in ipotesi in cui le disposizioni nazionali avevano un'applicazione limitata a singole isole o arcipelaghi. Basterà qui ricordare come una misura nazionale o subnazionale di natura non transitoria e che faccia divieto di esercitare attività agricola ricorrendo a varietà geneticamente modificate sia stata ritenuta conforme all'ordinamento comunitario solo nel caso dell'isola di Madeira. La Commissione, infatti, ha deciso di non sottoporre all'attenzione della Corte la conformità della misura portoghese finalizzata a vietare l'uso e l'importazione di varietà geneticamente modificate sull'isola, ed emanata nel 2010 con lo scopo di proteggere la biodiversità locale, seppur analoga disposizione non fosse stata pensata per varietà non autoctone che, seppur non geneticamente modificate, avrebbero tuttavia potuto

minacciare il patrimonio genetico di quelle coltivate sull'isola e frutto di uno specifico processo di adattamento⁶⁹.

In conclusione, una norma nazionale che attribuisca prevalenza dell'interesse ambientale su quello economico risulta conforme all'ordinamento comunitario nella misura in cui la sua applicazione non minacci una tendenziale prevalenza sistemica del secondo. Da ciò possiamo desumere che l'equiordinazione che dovrebbe caratterizzare il rapporto tra i due interessi viene di fatto smentita in un bilanciamento, svolto dalla Corte, in cui emergono i medesimi paradigmi culturali caratterizzanti l'assetto valoriale dell'ordinamento comunitario prima che l'interesse ambientale fosse esplicitamente riconosciuto come giuridicamente meritevole di tutela. La prevalenza eccezionale dell'interesse ambientale si connette, peraltro, ad ulteriori profili, non da ultimo ad un onere di provare, in capo all'autorità nazionale, che non vi fosse la possibilità di adottare una misura egualmente efficace, rispetto alla tutela del bene giuridico, ma al contempo meno restrittiva del commercio interstatale. L'onere della prova, che incombe allo Stato che si è discostato dall'assetto valoriale cui implicitamente la Corte fa riferimento nell'interpretare il rapporto tra principio della libera circolazione delle merci e le eccezioni ambientali *ex art. 36 TFUE*, costituisce ulteriore dimostrazione di come, in definitiva, circoscritto è l'ambito all'interno del quale la tutela di beni ambientali, a livello nazionale, può comportare una limitazione delle libertà economica dei soggetti privati operanti all'interno del mercato unico.

Le considerazioni svolte possono essere utili per rispondere ad alcune domande relative alla funzione dell'eccezione e sul fondamento che la legittima in un ordinamento informato ad un assetto valoriale pluralista e composito.

L'eccezione ha la funzione di risolvere, tanto in sede giurisprudenziale quanto in sede legislativa, il conflitto tra interessi giuridicamente riconosciuti. L'analisi di cosa viene considerato eccezione costituisce lo strumento privilegiato per individuare, all'interno di un ordinamento

⁶⁹ La decisione della Commissione è stata assunta nonostante, secondo il Panel dell'EFSA, «non ci s[ia]no evidenze scientifiche che [giustificino] il divieto di coltivare Ogm a Madera». Il documento è disponibile all'indirizzo <http://www.efsa.europa.eu/en/scdocs/doc/1500.pdf>.

composito e assiologicamente complesso, quale sia la costituzione “materiale” che ne informa, in definitiva, l’implementazione.

Proprio una costituzione “materiale” – quella che esprime, in un dato momento storico, un bilanciamento sistematico tra le possibili estrinsecazioni in cui un testo costituzionale composito può legittimamente manifestarsi, pur nel rispetto dei limiti rigidi posti ad una sua interpretazione contingente e storicamente contestualizzata – costituisce ciò che legittima, nella sostanza, l’utilizzo dell’eccezione come strumento per mezzo del quale attribuire una prevalenza ad un interesse in conflitto con un secondo interesse ritenuto, quindi, recessivo.

Ove tale bilanciamento non sia operato a livello legislativo, come nelle fattispecie che si sono prese in considerazione, si aprono una serie di questioni problematiche riferibili alla corretta ripartizione di competenze. Il rischio è quello per cui una costituzione materiale delineata tanto nella giurisprudenza della Corte di giustizia quanto nella prassi della Commissione possa pre-comprendere, ricorrendo allo schema norma-eccezione, il rapporto tra interessi equiordinati, invadendo quella sfera riservata, a fronte della mancata armonizzazione, alle autorità nazionali e impedendo quel bilanciamento che spetterebbe legittimamente loro, alla luce dei rispettivi sistemi costituzionali.

L'ECCEZIONE IN UN SISTEMA FORTEMENTE COMPOSITO: IL DIRITTO DEI CONTRATTI PUBBLICI

Lorenzo Cristanelli

SOMMARIO: 1. *La fattispecie eccezionale*. 2. *Norma ed eccezione in sistemi complessi*. 3. *Eccezioni "eccezionali" ed eccezioni "evolutive"*. 4. *Alcuni esempi nel diritto dei contratti pubblici*. 4.1. *Le eccezioni "eccezionali": i costi del personale non ribassabili*. 4.2. *Le eccezioni "evolutive": l'organismo di diritto pubblico*. 4.3. *I casi intermedi: il ricorso incidentale "paralizzante"*. 5. *Considerazioni conclusive*.

1. La fattispecie eccezionale

Qualsiasi fattispecie concreta, che necessiti di qualificazione giuridica attraverso la sussunzione nel quadro di una fattispecie astratta, per assumere così significato all'interno di un dato ordinamento, può essere, di principio, considerata come fatto-evento o fattispecie eccezionale. Tale fattispecie, infatti, deve essere quanto meno interpretata, cioè compresa e sussunta, al fine di costituire il presupposto, ad esempio, di una pronuncia giurisdizionale. In un certo qual modo è la realtà che, sempre mutevole e diversa rispetto alla previsione normativa, interroga costantemente l'ordinamento con una componente variamente marcata di "imprevista" novità. Analogo discorso può farsi per l'azione amministrativa e per quella legislativa, con le dovute distinzioni: vi è sempre un dato fattuale che deve trovare "cittadinanza" nel sistema normativo esistente, o attraverso un provvedimento o attraverso una norma.

All'esito di queste operazioni si potrebbe dire che ciò che conta è il grado di innovazione che la riconduzione e sistematizzazione di questa fattispecie concreta all'interno del quadro ordinamentale generale produce. Tale grado di innovazione dovrebbe, secondo la tradizionale distinzione dei tre poteri dello stato, essere massimo nel caso di produzione legislativa di una nuova norma e, gradatamente, minore nel caso

del presupposto dell'azione amministrativa e, infine nel caso della decisione giurisdizionale. In concreto potrebbe invero esservi il caso in cui un notevole grado di innovazione sia piuttosto il prodotto di una pronuncia giudiziale che non di una nuova normativa. In ogni caso qualsiasi elemento non previsto a priori dal sistema, di per se stesso, è nuovo e innovativo. Rappresenta, dunque, un'eccezione a tale sistema.

D'altra parte un ordinamento, quanto più tende alla completezza, attraverso la previsione del maggior numero di fattispecie astratte e la maggior precisione e minuziosità di esse, tanto più dovrebbe tendere ad essere un sistema completo. Dal punto di vista dell'esperienza pratica è evidente, invece, che la novità della fattispecie concreta è difficilmente sopprimibile, per cui un sistema giuridico non potrà ragionevolmente aspirare ad essere completo prima dell'"incontro" con la realtà fattuale, ma sarà tale, cioè completo, soltanto *ex post*, vale a dire ad operazione ermeneutica completata, quando la nuova realtà fattuale è divenuta parte del sistema normativo.

2. Norma ed eccezione in sistemi complessi

In realtà par di poter affermare che tale volontà di giungere, nei vari settori dell'ordinamento, ad una regolazione sempre maggiore e sempre più dettagliata, costituisce uno dei fattori che concorrono a rendere gli ordinamenti contemporanei non già maggiormente completi, ma sicuramente maggiormente complessi. La discontinuità delle norme si fa più accentuata e i principi sempre meno percepibili o ricostruibili. In un tale contesto il concetto di eccezione diventa più percepibile sia quantitativamente sia qualitativamente, in quanto è il ruolo della norma, intesa come regola di condotta che ha ad oggetto una determinata fattispecie astratta, coerente con un insieme di regole di cui è parte, che diventa sempre più evanescente.

Ma forse è proprio il destino di ordinamenti di crescente complessità quello di doversi basare, da una parte, sempre di meno su norme e, dall'altra, sempre di più su principi (sempre più difficili da ricostruire) e su eccezioni (sempre più difficili da sistematizzare).

3. Eccezioni “eccezionali” ed eccezioni “evolutive”

Ora, se l'eccezione costituisce quella situazione in virtù della quale il sistema cerca di dare una risposta ad una sollecitazione nuova, possono darsi almeno due tipi di tale situazione: quella in cui la novità recepita e fatta norma dal sistema imprime ad esso un nuovo, diverso corso, e quella che, pur recepita e fatta regola dal sistema, non riesce, nondimeno, a legittimarsi come norma, in quanto, in definitiva, non ne è percepibile la *ratio*. Diciamo, per semplicità di esposizione, che le eccezioni del primo tipo possono essere definite eccezioni “evolutive”, mentre quelle del secondo tipo eccezioni “eccezionali”.

L'eccezione evolutiva individuerrebbe dunque quella modalità attraverso cui il sistema intende riposizionarsi rispetto ad una realtà non eccezionale, ma che abbisogna di una risposta innovativa. L'eccezione eccezionale, invece, rappresenterebbe una discontinuità che – anche laddove sia frutto di attività del potere legislativo – tenderebbe a “destabilizzare” il sistema, senza una vera capacità innovativa. Secondo questa impostazione si potrebbe e forse dovrebbe individuare una differente “dignità” delle diverse eccezioni, operando sulla base dell'analisi della loro *ratio*. Con la conseguenza che, laddove questa *ratio* fosse maggiormente percepibile, essa permetterebbe con più probabilità anche all'eccezione di “sopravvivere” e di innovare il sistema.

4. Alcuni esempi nel diritto dei contratti pubblici

Giova a questo punto illustrare quanto si viene dicendo con alcuni esempi tratti dal diritto dei contratti pubblici che, in quanto sistema a forte complessità, appare un campo particolarmente significativo per individuare eccezioni dei diversi tipi menzionati.

4.1. Le eccezioni “eccezionali”: i costi del personale non ribassabili

Quanto alle eccezioni “eccezionali”, cioè che fanno difficoltà ad essere ricondotte a sistema, può essere citato il caso dei costi del persona-

le che, dovendo essere evidenziati nel prezzo dell'appalto, non possono essere soggetti a ribasso in sede di offerta.

L'articolo 82 del decreto legislativo n. 163/2006 (o codice appalti), che disciplina il criterio dell'offerta secondo il prezzo più basso, dispone, al comma 3-*bis*, che

il prezzo più basso è determinato al netto delle spese relative al costo del personale, valutato sulla base dei minimi salariali definiti dalla contrattazione collettiva nazionale di settore tra le organizzazioni sindacali dei lavoratori e le organizzazioni dei datori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale, delle voci retributive previste dalla contrattazione integrativa di secondo livello e delle misure di adempimento alle disposizioni in materia di salute e sicurezza nei luoghi di lavoro.

La disposizione è stata dapprima introdotta, da parte della legge n. 106/2011 di conversione, con modificazioni, del decreto-legge n. 70/2011 (decreto "sviluppo"), in forma sostanzialmente identica a quella attualmente in vigore, ma nel contesto dell'articolo 81 (criteri per la scelta dell'offerta migliore) e dunque applicabile indifferentemente alle offerte con criterio del prezzo più basso e a quelle con criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa. Essa è stata quindi abrogata dalla legge n. 214/2011 di conversione con modificazioni del decreto-legge n. 201/2011 (decreto "salva Italia") ed infine reintrodotta, nella versione attualmente in vigore, dalla legge n. 98/2013 di conversione con modificazioni del decreto-legge n. 69/2013 (decreto "del fare"), limitatamente all'ambito del criterio del prezzo più basso.

Già il percorso piuttosto "tormentato" nell'adozione della disposizione tradisce un carattere non sistematico ma piuttosto estemporaneo di essa. Ma, anche a prescindere da ciò, nel merito del suo contenuto, ad opinione della gran parte degli operatori del settore, la disposizione crea notevoli disfunzionalità (su tutte incoerenza di sistema, ostacolo rispetto al contenimento dei costi nelle gare pubbliche nonché, secondo taluni, una strutturale inconciliabilità con la tipologia del contratto di appalto, che non tollera una ingerenza del committente nell'organizza-

zione imprenditoriale dell'appaltatore), ingenerando forte incertezza e perplessità sia tra gli operatori economici che tra le stazioni appaltanti¹.

Rispetto a tale disposizione riesce difficile non soltanto rinvenire la *ratio* (non già le motivazioni sottese alla sua adozione, da ricondurre al desiderio di tutela del lavoro) ma soprattutto, ciò che interessa ai fini del nostro discorso, una sua armonizzazione con il sistema normativo degli appalti pubblici, nel quale è stata inserita. Essa appare, in sintesi, creare più problemi di quanti non intenda risolverne.

4.2. Le eccezioni "evolutive": l'organismo di diritto pubblico

D'altra parte esistono istituti che, ancorché non appartenenti tradizionalmente ad un determinato ordinamento, una volta inseriti nel relativo tessuto normativo, hanno mostrato di sapersi armonizzare con esso.

Pare questo il caso dell'organismo di diritto pubblico, figura ormai consolidata dell'ordinamento europeo nonché di quello degli stati membri e che, in particolare nel quadro dell'ordinamento italiano, ha contribuito a porre a sistema tutta una serie di difficoltà ricostruttive e di interpretazione nell'applicazione o meno di determinate discipline pubblicistiche ai diversi soggetti dell'ordinamento.

Stabilisce infatti l'articolo 3, comma 26, del codice appalti, che rappresenta uno degli ambiti più significativi di applicazione dell'istituto, che

l'«organismo di diritto pubblico» è qualsiasi organismo, anche in forma societaria: - istituito per soddisfare specificatamente esigenze di interesse generale, aventi carattere non industriale o commerciale; - dotato di personalità giuridica; - la cui attività sia finanziata in modo maggioritario dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico oppure la cui gestione sia soggetta al controllo di questi ultimi oppure il cui organo d'amministrazione, di direzione o di vigilanza sia costituito da membri dei quali più della metà è designata dallo

¹ Cfr., tra gli altri, M. SALERNO, *Uffici gare in preda ai dubbi: troppe complicazioni, così si rallentano le gare*, in *Edilizia e Territorio*, 36, 2013, p. 5; *A volte ritornano. Il prezzo d'appalto al netto del costo del personale e della sicurezza*, in www.bosettiegatti.eu; V. MINIERO, *Niente sconti sul costo del lavoro: rischio caos con i paletti del DI Fare*, in *Edilizia e Territorio*, 36, 2013, pp. 4-5.

Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico.

È incontestabile come tale figura costituisca non soltanto uno stabile istituto così del diritto europeo come anche del diritto nazionale dei contratti pubblici, ma abbia contribuito largamente a chiarire e ad uniformare l'applicazione di determinate normative tra gli stati membri ed all'interno di essi.

In questo caso la "svolta" impressa dalla novità normativa risponde ad una *ratio* tanto più percepibile quanto più ragionevole è l'interesse che quella normativa tende a perseguire: contorni più chiari ed estesi nell'applicazione di normative pubblicistiche e uniformazione di detta applicazione nell'ambito di ordinamenti diversi.

4.3. I casi intermedi: il ricorso incidentale "paralizzante"

Esistono poi dei casi, per così dire, intermedi, in cui un'eccezione, pur adottata nel quadro dell'ordinamento per rispondere ad esigenze conclamate e, dunque, dotata di una sua apprezzabile *ratio*, non riesce ad innovare in maniera permanente il sistema in quanto, ad esempio, viene espunta a seguito di valutazioni di opportunità politica o di compatibilità rispetto ai principi di quell'ordinamento.

In questo senso può essere inteso il meccanismo della previa analisi del ricorso incidentale bloccante, con cui il Consiglio di Stato ha cercato di introdurre una logica deflattiva del carico giudiziario, improntata all'economia processuale, nel quadro dei ricorsi in materia di contratti pubblici. Trattasi, in estrema sintesi, di una valutazione del rapporto tra il ricorso incidentale e ricorso principale che impone la previa valutazione del ricorso incidentale laddove questo, andando a sindacare la legittimazione del ricorrente principale, determinerebbe, se accolto, l'inammissibilità del ricorso principale, con conseguente esclusione di una ulteriore valutazione anche di quest'ultimo. Ciò in quanto, secondo il Consiglio di Stato (Ad. Plen. n. 4/2011),

la legittimazione al ricorso, in materia di affidamento di contratti pubblici, spetta solo al soggetto che ha legittimamente partecipato alla procedura selettiva.

Tale impostazione, adottata in particolare dall'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato nella menzionata decisione n. 4/2011, è stata in seguito oggetto di perplessità da parte della giurisprudenza di merito e, quindi, da parte del T.A.R. Piemonte, di un rinvio alla Corte di giustizia di Lussemburgo, in quanto ritenuta in contrasto con i principi di parità delle parti, non discriminazione e concorrenza, derivanti dalla normativa europea relativa all'applicazione delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici di cui alla direttiva n. 2007/66/CE (ordinanza di rimessione n. 208/2012 del T.A.R. Piemonte)².

Conseguentemente, con decisione del 04.07.2013 (causa C-100/12), la Corte di giustizia dell'Unione europea ha ritenuto l'impostazione definita dal Consiglio di Stato in contrasto con i principi dell'ordinamento europeo, statuendo che

se, in un procedimento di ricorso, l'aggiudicatario che ha ottenuto l'appalto e proposto ricorso incidentale solleva un'eccezione di inammissibilità fondata sul difetto di legittimazione a ricorrere dell'offerente che ha proposto il ricorso, con la motivazione che l'offerta da questi presentata avrebbe dovuto essere esclusa dall'autorità aggiudicatrice per non conformità alle specifiche tecniche indicate nel piano di fabbisogni, [la normativa europea] osta al fatto che il suddetto ricorso sia dichiarato inammissibile in conseguenza dell'esame preliminare di tale eccezione di inammissibilità senza pronunciarsi sulla conformità con le suddette specifiche tecniche sia dell'offerta dell'aggiudicatario che ha ottenuto l'appalto, sia di quella dell'offerente che ha proposto il ricorso principale.

5. Considerazioni conclusive

Da quanto siamo venuti dicendo si possono delineare alcune considerazioni di sintesi.

Innanzitutto non solo il sistema giuridico “completo”, ma, di riflesso, anche la stessa eccezione possono essere percepiti soltanto a poste-

² Con successiva ordinanza n. 848/2013 anche il Consiglio di giustizia amministrativa per la regione siciliana ha operato un rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia dell'Unione europea sollevando dubbi analoghi, ma sul diverso presupposto di un numero di partecipanti ammessi alla gara superiore a due (com'era invece stato il caso sollevato dal T.A.R. Piemonte).

riori; l'eccezione, in particolare, può essere percepita a posteriori sia quanto alla sua eterogeneità rispetto al sistema, sia quanto alla sua capacità di innovare significativamente un sistema. In questo senso, paradossalmente, l'eccezione si rivela tale, e rivela la sua tipologia, proprio se, e nel momento in cui, è diventata nuova norma.

Inoltre, al fine di valutare correttamente l'incidenza di un'eccezione sul sistema, è necessario prestare attenzione al "giusto" quadro ordinamentale in cui viene valutata tale incidenza: ciò che è eccezione visto nell'ottica di un ordinamento, può non essere tale, o comunque atteggiarsi diversamente, visto nell'ottica di un diverso ordinamento (si veda il caso, ad esempio, degli ordinamenti degli stati membri nei confronti dell'ordinamento dell'Unione europea e viceversa).

Venendo poi ad un discorso più propriamente di contenuto, si può affermare che un rilievo dirimente nell'individuazione, discernimento e sistematizzazione dell'eccezione deve essere assunto dall'analisi della sua *ratio*, quanto meno sotto queste prospettive:

- prospettiva politica democratico-rappresentativa: occorre interrogarsi sulla legittimità dell'istanza che propone/decide l'adozione dell'eccezione;
- prospettiva filosofica di giustizia: occorre interrogarsi sulla rispondenza dell'eccezione a determinati interessi e sul tipo di interessi a cui essa risponde;
- prospettiva giuridica logico-sistematica: occorre interrogarsi sulla ragionevolezza dell'eccezione nel quadro dell'ordinamento considerato (o degli ordinamenti considerati).

In tutto ciò deve essere chiarito che, dal punto di vista metodologico del giurista, non può essere negletta né aggirata la prospettiva del diritto positivo e, dunque, principalmente, della compatibilità dell'eccezione con le norme poste dall'ordinamento, prima di tutto quelle costituzionali. Ma appare d'altra parte necessario che tale prospettiva venga integrata da una sensibilità sostanzialistica, circa l'opportunità di svolgere altresì un'analisi sul contenuto dell'eccezione. In altri termini, l'esistenza di una "regola eccezionale" (sia essa riconducibile al formate legislativo, a quello esecutivo o a quello giurisdizionale) si legittima certo in primo luogo attraverso la compatibilità o meno di essa rispetto alle norme ed ai principi di *jus positum* dell'ordinamento (o agli ordinamen-

ti) in cui è inquadrata, ma detta valutazione non può esaurire il problema. A fianco di una valutazione di compatibilità “per norme”, occorre addivenire anche una valutazione di compatibilità “per *rationes*”; effettuare una valutazione di compatibilità per così dire “ontologica” rispetto all’insieme del sistema in cui l’eccezione si inquadra. Ma ciò, in fin dei conti, sembra risolversi nientemeno che in un diverso modo di atteggiarsi di quella valutazione di ragionevolezza che sempre di più permea le valutazioni di legittimità delle norme giuridiche.

L'ECCEZIONE COME (RE)AZIONE CONTRO GLI ATTI PROCESSUALI IRRITUALI

Lorenzo Pelle

SOMMARIO: 1. *L'eccezione di nullità formale degli atti processuali.* 2. *La "regola" dell'eccezione di parte e "l'eccezione" del rilievo d'ufficio.* 3. *Coesistenza di interessi di parte e di interessi pubblici all'osservanza delle forme.* 4. *Natura imperativa del regime degli atti e ordine pubblico processuale.* 5. *Criteri identificativi delle nullità formali rilevabili d'ufficio «praeter legem».* 6. *Conclusioni.*

1. L'eccezione di nullità formale degli atti processuali

Nel linguaggio processuale civile con il *nomen iuris* "eccezione" viene indicato il mezzo con cui le parti, conferendo rilievo giuridico a un fatto, radicano il dovere del giudice di pronunciarsi sulla relativa questione.

Com'è noto, con l'eccezione di merito non si fa valere un diritto proprio, ma si vuole, con l'allegazione di un fatto impeditivo, modificativo o estintivo, escludere il diritto altrui, estendendo la cognizione del giudice a questioni non comprese nella domanda attorea. Le eccezioni di merito appartengono al diritto sostanziale e sono correlate alla pretesa materiale azionata. Con esse, chi resiste alla pretesa amplia la cognizione del giudice su un fatto o un diritto, lasciando invariato l'oggetto del giudizio fissato dalla domanda.

Le eccezioni di rito, al contrario, non hanno alcuna attinenza con la *res in iudicio deducta*, ma liberano l'avversario dall'onere di contestare la lite nel merito. Tramite queste si lamenta o la divergenza di un singolo atto dal corrispondente modello legale (nullità di forma) o il difetto di un presupposto condizionante la decidibilità nel merito dell'intera serie degli atti processuali (nullità non-formale). Poiché l'oggetto dell'eccezione di rito ha carattere pregiudiziale, la conformità degli atti al

diritto processuale deve essere scrutinata dal giudice con priorità rispetto alla loro fondatezza sostanziale. In accordo col significato etimologico, dunque, l'eccezione di rito non è altro che la reazione di una parte alla patologica divergenza di un (f)atto (*Sein*) dalla regola (*Sollen*).

È sulla ricostruzione teorica delle eccezioni “di merito” che si è principalmente concentrata l'attenzione della dottrina¹, mentre l'eccezione “di rito” – e, in particolare, quella volta a contestare la nullità formale degli atti – è rimasta nell'ombra, come se, a dispetto della sua rilevanza pratica, non godesse della medesima dignità scientifica. Il presente contributo ha a oggetto questa eccezione, quale strumento difensivo di cui la parte dispone contro le deviazioni degli atti dall'archetipo normativo, e si concentra su un particolare profilo dell'istituto: quello dei limiti entro cui, nel «giusto processo», è rimessa alla disponibilità delle parti la rilevazione del vizio formale e la sua sanatoria per acquiescenza. Caratterizzando il sistema di relazioni e di poteri tra il giudice e le parti, il tema della rilevazione della nullità rappresenta un privilegiato punto di osservazione dal quale esaminare in che misura l'impulso di parte e l'impulso ufficiale coesistano nel processo civile e ne delineino i tratti fisiognomici.

2. La “regola” dell'eccezione di parte e “l'eccezione” del rilievo d'ufficio

Nei confronti del giudice le norme processuali sono tutte egualmente vincolanti, indipendentemente dal fatto che abbiano natura imperativa o dispositiva, così come a prescindere dal fatto che dettino canoni di

¹ Le fasi salienti del dibattito dottrinario italiano sull'inquadramento teorico-generale dell'eccezione sono scandite dai contributi di G. CHIOVENDA, *Sulla eccezione*, in *Saggi dir. proc. civ.*, I, Roma, 1930, 149 ss.; F. CARNELUTTI, *Diritto e Processo*, Napoli, 1958, 177 s.; E.T. LIEBMAN, *Intorno ai rapporti tra azione ed eccezione*, in *Riv. dir. proc.*, 1960, 449 ss.; M. CAPPELLETTI, *L'eccezione come controdiritto del convenuto*, in *Riv. dir. proc.*, 1961, 274 ss.; V. DENTI, *L'eccezione nel processo civile*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1961, 22 ss.; V. COLESANTI, *Eccezione (dir. proc. civ.)*, in *Enc. dir.*, XIV, Milano, 1965, 172 ss.; e G. FABBRINI, *L'eccezione di merito nello svolgimento del processo di cognizione*, in *ID.*, *Scritti giuridici*, I, Milano, 1989, 334 ss.

comportamento sulla conduzione del procedimento o che siano metro di giudizio con cui sindacare eventuali *errores in procedendo*. Se quanto premesso risponde a verità, è allora astrattamente concepibile un ordinamento che attribuisca al giudice il potere-dovere di rilevare ed eliminare d'ufficio ogni nullità processuale. Al contrario, sarebbe incoerente un sistema che cedesse la rilevabilità del vizio al monopolio esclusivo dell'ufficio o delle parti, perché, nella prima ipotesi, si lascerebbe all'arbitrio del giudice il sindacato di ogni attività processuale e, nella seconda, si conferirebbe ai diretti interessati il potere di sovvertire, in spregio al principio di legalità (art. 111, comma I, Cost.), le regole di procedura².

Che gli ordinamenti storicamente dati abbiano tenuto conto di questi fattori lo dimostra l'indagine storica e comparatistica. Si consideri il processo formulare di diritto romano, ove il convenuto aveva l'obbligo di contestare la lite per non subire le conseguenze dell'*indefensio*³, o i sistemi processuali moderni, in cui il contraddittorio non è avvertito come presupposto indispensabile per assoggettare le parti al giudizio (v. artt. 290 ss. c.p.c.; §§ 330 ss. *dZPO*; e §§ 396 ss. *öZPO*), in ogni caso la tecnica di rilevazione delle nullità è improntata a un modello di tipo misto, che solo parzialmente esige l'impegno delle parti.

Nell'*ordo iudiciorum* classico, infatti, se nella fase *in iure* risultava provato il difetto di un presupposto processuale o il vizio della *postulatio actionis*, il *praetor*, anche d'ufficio, denegava l'*actio*, altrimenti induceva l'attore ad accettare l'inserimento nella *formula* dell'eccezione di rito, che il convenuto doveva provare nella fase *apud iudicem*, prospettandola come alternativa alla *denegatio actionis*⁴.

² Il sistema trova allora la sua chiusura, scrive G. FABBRINI, *Potere del giudice*, in ID., *Scritti giuridici*, cit., 417, «facendo costantemente coesistere il potere di eccezione di parte (sia pure non necessario) con il potere di rilevazione d'ufficio, sicché basta che la parte voglia (ossia prospetti la sua eccezione) e il mancato esercizio del potere del giudice rifluisce senz'altro, se la nullità sussiste, in motivo d'impugnazione della sentenza che abbia tenuto per validi gli effetti viziati dell'atto nullo».

³ G. PUGLIESE, *Il processo formulare*, II, Torino, 1948-1949, 209 s.

⁴ M. KASER, *Das römische Zivilprozessrecht*, II ed., München, 1996, 242 e 261 nt. 30, che rileva altresì (585, nt. 21) come nell'età post-classica l'eccezione di rito diventi strumento di opposizione anche contro i vizi formali degli atti e della sentenza.

A un sistema di tipo misto si ispirano anche le codificazioni moderne: e così mentre la tecnica di rilevazione dei vizi non-formali è imposta sul principio della rilevabilità d'ufficio (cfr. artt. 37, 38, comma III, 39, 102, 158, 182, 183, comma I, c.p.c.; artt. 100, 120, 125 *n.c.p.c.*; § 56 *dZPO*; § 230, comma III, 411, comma II, *öZPO* e 41, comma I, *JN*), cosicché, solo nei casi previsti dalla legge, al giudice ne è sottratta la delibazione in difetto di eccezione (artt. 38, comma I, e 819 *ter*, comma I, c.p.c., e art. 4, comma I, L. 218/95; § 39 *dZPO*; 43, comma I, *JN* e §§ 18, comma II, 260, comma IV, *öZPO*), l'accertamento delle imperfezioni formali è improntato al modello inverso⁵. E invero, secondo una formula comune ai §§ 196 *öZPO* e 295 *dZPO* e agli artt. 157, comma I, c.p.c. e 112 *n.c.p.c.*, la rilevabilità della nullità formale è, di regola, subordinata all'istanza di parte, mentre è, nei residui casi previsti dalla legge, rimessa all'autonoma iniziativa del giudice.

Al fine di soddisfare il bisogno di certezza intorno allo stato di pendenza degli effetti dell'atto, l'eccezione dei vizi rilevabili su impulso di parte è poi scandita sui tempi delle deduzioni difensive dell'avversario che ha interesse a far valere la nullità. È così stabilito che, se la parte legittimata all'eccezione trascuri di opporsi entro «la prima istanza o difesa successiva all'atto o alla notizia di esso», il vizio smarrisce, per acquiescenza implicita dell'interessato, la sua rilevanza giuridica (*qui tacet consentire videtur*). Tale meccanismo cautela dal rischio che la questione pregiudiziale venga strumentalmente sollevata, per la prima volta, in una fase avanzata del giudizio per fini meramente defatigatori. Laddove invece la nullità dell'atto sia rilevabile d'ufficio, in ogni stato e grado del processo, la sanatoria per omessa o intempestiva eccezione è da escludersi fintantoché non siano esauriti gli ordinari mezzi d'impu-

⁵ Per la verità occorre riconoscere con C. MANDRIOLI, *Vizi c.d. non formali degli atti processuali civili*, in *Jus*, 1966, 320 ss., che «la dottrina e la giurisprudenza si limitano ad affermare, con riguardo al difetto di presupposti, che tale fenomeno è rilevabile d'ufficio, senza impegnarsi nella riconduzione del fenomeno stesso sotto la specie della nullità e tanto meno nella individuazione del fondamento positivo di tale nullità». Sulla differente tecnica di rilevazione a cui rispondono le imperfezioni formali e i vizi dei presupposti processuali nella letteratura austriaca, tedesca e francese v. rispettivamente H. SPERL, *Lehrbuch der bürgerlichen Rechtspflege*, Wien, 1925, 373; B. RIMMELSPACHER, *Zur Prüfung von Amts wegen im Zivilprozess*, Göttingen, 1966, 30; e H. SOLUS, R. PERROT, *Droit judiciaire privé*, I, Paris, 1961, 387.

gnazione. Una volta che questi siano preclusi, sarà quindi il passaggio in giudicato a privare la nullità di rilevanza giuridica.

Ebbene, la questione che ci siamo proposti di indagare è se, nel descritto modello di tipo misto, l'onere dell'impulso di parte incontri dei limiti naturali inespressi dal legislatore di modo tale che – se mi è permesso il bisticcio di parole – l'eccezione di parte costituisca davvero “la regola” e l'iniziativa ufficiale una “eccezione” confinata entro le ipotesi tassativamente previste.

Perplessità sull'effettività di questo modello sorgono infatti dalla disamina di almeno due nullità testuali (artt. 161, comma II, e 167, comma II, c.p.c.), di rilevanza per nulla trascurabile, che, seppur non qualificate dalla legge come “assolute”, non si sottraggono, per evidenti ragioni logico-sistematiche, al rilievo ufficiale⁶. L'assolutezza della regola posta dall'art. 157, comma I, c.p.c. appare altresì incrinata dall'esiguità delle disposizioni che apertamente codificano i vizi formali come rilevabili d'ufficio (artt. 164, comma II, e 182, comma I, c.p.c.), per cui è lecito dubitare che il controllo e la sanatoria di ogni altro – non meno grave – *error in procedendo* restino affidati all'esclusiva iniziativa della parte interessata.

3. Coesistenza di interessi di parte e di interessi pubblici all'osservanza delle forme

Se la rilevanza d'ufficio può talvolta sfuggire alla clausola di tassatività, quale valore deve allora attribuirsi alla proposizione per cui «non può pronunciarsi la nullità senza istanza di parte, se la legge non dispone che sia pronunciata d'ufficio»? Esiste evidentemente un'area della nullità processuale che “fa eccezione” alla regola laconicamente enunciata dall'art. 157, comma I, c.p.c. Per delimitare questa “zona franca” occorre previamente comprendere quale è il fondamento del binomio impulso di parte-intervento d'ufficio nella rilevazione delle nullità. Il tema, come ognuno può vedere, è la proiezione di quella più

⁶ Rilevabile d'ufficio è la nullità insanabile della sentenza carente di sottoscrizione per Cass. 27 febbraio 1995, n. 2292, in *Giust. civ. Mass.*, 1995, 469.

ampia e impegnativa problematica rappresentata dal rapporto tra autonomia privata e diritto processuale ossia tra istanza di libertà, espressa dall'iniziativa di parte, e principio di autorità, manifestato dall'impulso ufficiale.

Secondo l'esegesi tradizionalmente fornita⁷, poiché le forme processuali rispondono all'interesse dei litiganti di esercitare paritariamente i poteri-oneri difensivi connaturali alla dialettica processuale, alla rilevabilità del vizio non può che essere onerata quella stessa parte a tutela della quale è prescritta la norma violata. Da tale postulato ne viene *a contrario* dedotto che, qualora il vizio aggredisca un elemento dell'atto imposto a salvaguardia non dell'interesse di parte ma del corretto esercizio della funzione giurisdizionale, il giudice sarebbe ammesso a rilevarlo d'ufficio⁸.

L'interesse all'osservanza della norma è un fattore che lo stesso legislatore mostra di tenere in considerazione. Senonché, nell'ambito del diritto processuale non è sempre agevole discernere con precisione se un certo requisito è imposto dall'ordinamento a tutela dell'interesse di parte o dell'interesse pubblico né è meno problematico predeterminare la misura entro cui l'uno possa considerarsi recessivo rispetto all'altro. E infatti, come si potrebbe con sicurezza asserire che i requisiti di forma imposti a salvaguardia delle garanzie processuali fondamentali (contraddittorio, diritto di difesa, eguaglianza delle parti, principio di-

⁷ Riferiscono le modalità di rilevazione dei vizi processuali al carattere disponibile o indisponibile ovvero alla natura pubblica o privata degli interessi sottesi: G. CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, II, Napoli, 1934, 274; R. MOREL, *Traité élémentaire de procédure civile*, II ed., Paris, 1949, 329 s.; F. CORDERO, *Tre studi sulle prove penali*, Milano, 1963, 71 e 190; E. GRASSO, *La regola della corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato e le nullità da ultra e da extrapetizione*, in *Riv. dir. proc.*, 1965, 419 ss.; D. LEIPOLD, *sub* § 295, n.ri 1 e 5, in F. STEIN, M. JONAS (a cura di), *Kommentar zur Zivilprozessordnung*, XXII ed., Tübingen, 2008, 832 s.; e L. ROSENBERG, K.H. SCHWAB, P. GOTTWALD, *Zivilprozessrecht*, XVII ed., München, 2010, 352.

⁸ Per la rilevabilità d'ufficio dei vizi dei requisiti formali prescritti a tutela del superiore interesse pubblico v. R. ORIANI, *Nullità degli atti processuali*, in *Enc. giur.*, XXI, Milano, 1990, 9 s.; F. LENT, O. JAUERNIG, *Zivilprozessrecht*, XXIX ed., München, 2007, 101; e S. GUINCHARD, F. FERRAND, C. CHAINAIS, *Procédure civile*, XXIX ed., Paris, 2008, 718.

positivo e ragionevole durata del giudizio) tutelano l'interesse di parte piuttosto che l'interesse meta-individuale?

Non v'è allora da stupirsi se il parametro dell'interesse sia stato fuorviante di soluzioni arbitrarie. E infatti, nell'applicazione di tale criterio, la risposta fornita dalle Corti è stata nel senso di dichiarare rilevabili su istanza di parte: la nullità della consulenza tecnica d'ufficio derivante dalla mancata comunicazione alle parti della data delle operazioni peritali, in quanto il vizio «deriva dalla non controversa violazione del principio del contraddittorio»⁹; la nullità della testimonianza resa da persona incapace ai sensi dell'art. 246 c.p.c., in quanto il divieto è posto nell'interesse dell'avversario¹⁰; l'invalidità della vendita senza incanto avvenuta in violazione dell'art. 572, comma III, c.p.c., che può essere fatta valere dal solo creditore precedente, sebbene «la complessiva disciplina della vendita (...) risulti predisposta – anche – a beneficio della procedura, in quanto finalizzata alla realizzazione della garanzia patrimoniale nell'interesse vuoi dei creditori, vuoi anche del debitore, nel rispetto del principio della ragionevole durata del processo ex art. 111 Cost., che deve presiedere anche alla fase dell'esecuzione»¹¹. Al contrario, la decadenza per violazione dei termini perentori è ritenuta «del tutto sottratta alla disponibilità delle parti – e pertanto pienamente ed esclusivamente ricondotta al rilievo officioso del giudice – essendo le preclusioni ispirate a esigenze di ordine pubblico processuale»¹².

Bisogna allora concludere che, ove non si rinvenga nella legge la formula «rilevabile d'ufficio», la prescrizione di forma sia sempre “cedevole” in omaggio a un presunto interesse di parte? A me non sembra che il problema possa inquadrarsi in questi termini. Anzi, la casistica mostra come, accanto all'interesse di parte, coesista sempre un interesse

⁹ Cass. 14 febbraio 2013, n. 3716, in *Guida al dir.*, 2013, 15, 47 (s.m.); Cass. 24 gennaio 2013, n. 1744, in *Mass. Giust. civ.*, 2013; e Cass. 18 aprile 1997, n. 3340, in *Giur. bollettino legisl. tecnica*, 1997, 4313.

¹⁰ Cass. 10 aprile 2012, n. 5643, in *Mass. Giust. civ.*, 2012, 4, 466.

¹¹ Cass. 11 maggio 2012, n. 7267, in *Mass. Giust. civ.*, 2012, 5, 586.

¹² Cass. 24 gennaio 2012, n. 947, in *Giust. civ.*, 2012, 3, I, 629. A favore della sanabilità per acquiescenza degli atti compiuti in violazione dei termini perentori v. invece A. BAUMBACH, W. LAUTERBACH, J. ALBERS, P. HARTMANN, *ZPO*, LXXII ed., *sub* § 295, n. 37.

meta-individuale. E la ragione sta in ciò: il regime delle forme processuali, che procedimentalizza i rapporti tra parti e giudice secondo un canovaccio predeterminato, presenta sempre, seppur in misure diverse, una connotazione anche pubblicistica. Non può pertanto immaginarsi qui un interesse “di parte”, degno di tutela, che non si coordini in qualche modo con l’interesse pubblico al corretto funzionamento della giurisdizione¹³, anche perché lo Stato attinge dall’iniziativa delle parti l’indispensabile contributo all’attuazione dell’ordinamento giuridico che si realizza con il provvedimento conclusivo. Non è un caso che, per la stessa ragione, non è considerata risolutiva la distinzione tra norme imperative e norme dispositive fondata sul carattere pubblico o di parte dell’interesse protetto¹⁴.

La praticabilità di un criterio dai confini così incerti, com’è quello dell’interesse, si rivela insomma problematica. Come suggerisce la lettera dell’art. 157, comma II, c.p.c. – cfr. anche l’art. 1441, comma I, c.c. – è allora preferibile riservare all’«interesse» della parte, a tutela del quale «è stabilito un requisito» dell’atto, nulla più che la funzione di criterio legittimante all’esercizio dell’eccezione.

4. *Natura imperativa del regime degli atti e ordine pubblico processuale*

Neppure mi sembra più utile il suggerimento di distinguere tra norme dispositive (derogabili su accordo delle parti) e norme imperative (che escludono deroghe pattizie)¹⁵. Che non tutti gli atti contrari a norme cogenti siano insanabili per acquiescenza è dimostrato dal fatto che

¹³ Si consideri, peraltro, che il regime degli atti trascende la disciplina di quei poteri che rappresentano la naturale proiezione, nel processo, dell’autonomia privata. Perciò, non è neppure consentito invocare il carattere privato-disponibile del diritto oggetto del giudizio per affermare la soggezione delle nullità al solo principio dispositivo.

¹⁴ P. SCHLOSSER, *Einverständliches Parteihandeln im Zivilprozeß*, Tübingen, 1968, 9 s.; e G. WAGNER, *Prozessverträge*, Tübingen, 1998, 50.

¹⁵ V’è una stretta affinità con il precedente orientamento, giacché stando a questo criterio, condiviso da K. HELLWIG, *System des deutschen Zivilprozeßrechts*, Leipzig, 1912, 8 e 553; e da A. NIKISCH, *Zivilprozeßrecht*, II ed., Tübingen, 1952, 27, 220, e 239 s., imperative sarebbero le sole norme la cui osservanza è pretesa dallo Stato nel superiore interesse pubblico.

l'inosservanza di alcune di loro è rilevabile su istanza di parte o d'ufficio *intra certum tempus* (ad es. l'art. 38, comma III, c.p.c.). Poiché l'ordinamento non ammette il *Konventionalprozess*¹⁶, in realtà, le norme sulla forma degli atti sono tutte cogenti e non possono essere mutate a discrezione delle parti perché ne traggano vantaggio. L'errore, a mio avviso, si annida qui nell'indebita sovrapposizione di distinti profili. Un conto è l'ammissibilità di un accordo preventivo in deroga alla legge – che in materia di forme processuali è appunto esclusa – ben altra cosa è la rinuncia alla sanzione ricollegata alla violazione di legge; l'imperatività non ammette l'una, ma può consentire benissimo l'altra¹⁷. Il criterio della natura della norma è allora doppiamente inutile: da un lato, perché prescrizioni di forma dal carattere dispositivo non godono di cittadinanza nell'ordinamento, dall'altro perché, in ogni caso, non vi sono ostacoli a che la trasgressione di norme cogenti perda di rilevanza a seguito del difetto di eccezione.

Occorre a questo punto domandarsi se non siano rilevabili d'ufficio quantomeno le irregolarità formali che, lasciando inattuati i canoni regolatori del giusto processo sanciti dalla Costituzione e dall'art. 6 C.E.D.U., costituiscono violazione del c.d. ordine pubblico processuale (imparzialità del giudice, diritto di difesa, parità delle armi, contraddittorio, principio dispositivo e ragionevole durata). Senonché l'ordinamento interno (art. 829, comma II, c.p.c.) e comunitario (art. 45, comma I, a-b, Reg.

¹⁶ Secondo A. WACH, *Handbuch des deutschen Civilprozessrechts*, I, Leipzig, 1885, 188 s., il diritto processuale è, di regola, sottratto tanto all'autonomia negoziale delle parti quanto alla potestà giurisdizionale della magistratura. Al contrario, per E. GARSONNET, CH. CEZAR-BRU, *Traité théorique et pratique de procédure civile et commerciale*, II ed., I, Paris, 1912, 79, solo le norme processuali che sono d'ordine pubblico hanno carattere imperativo, anche se poi l'A. stesso (nt. 2) confessa che «si sa quanto sia difficile trovare un criterio per (...) determinare con certezza quali leggi siano d'ordine pubblico».

¹⁷ Ricordano come all'osservanza delle prescrizioni di forma e alle norme imperative non si possa validamente rinunciare *ex ante* ma solo dopo l'irregolare compimento dell'atto processuale: A. SCHÖNKE, H. SCHRÖDER, W. NIESE, *Zivilprozessrecht*, VIII ed., Karlsruhe, 1956, 150; e G. CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, II ed., I, Napoli, 1960, 63.

1215/2012/UE)¹⁸ lasciano chiaramente intendere come la primazia di siffatti principi non esiga affatto di essere presidiata dal controllo del giudice. La ragione di questa scelta positiva, a mio avviso, risiede nel convincimento del legislatore che le garanzie fondamentali servano a tutelare la posizione delle parti più che l'amministrazione statale della giustizia. Perché questi diritti connessi al *fair trial* possano considerarsi effettivamente tutelati, dunque, è necessario e sufficiente che la parte interessata disponga del potere di eccepirne la violazione e ciò implica, di converso, la possibilità dell'acquiescenza.

Viene allora da chiedersi: se ogni prescrizione di forma è norma imperativa e tutela simultaneamente interessi pubblici e privati, perché poi il potere di eccepirne l'inosservanza è rimesso nell'esclusiva disponibilità dell'interessato persino qualora risulti violato l'ordine pubblico processuale? La risposta, a mio parere, sta nella convinzione del legislatore che, data la coincidenza dell'interesse di parte con quello meta-individuale alla corretta amministrazione della giustizia, sia più efficiente subordinare il controllo di legalità degli atti all'iniziativa dei litiganti anziché sovraccaricare il giudice di ulteriori verifiche procedurali che possono mettere a repentaglio celerità, economicità e certezza del processo. È insomma per una ragione di pura economia processuale che si sottrae al giudice il controllo diretto e autonomo delle nullità processuali¹⁹.

¹⁸ La funzione della clausola d'*ordre public* è, secondo B. HESS, *Aktuelle Perspektiven der europäischen Prozessrechtsangleichung*, in *JZ*, 2001, 578, quella di tutelare i diritti del soccombente e non gli interessi sovrani degli Stati. Sulla compatibilità della tecnica dell'opposizione di parte con la tutela delle garanzie pubblicistiche connesse ai principi del diritto processuale europeo v. M. DE CRISTOFARO, *Ordine pubblico «processuale» ed enucleazione dei principi fondamentali del diritto processuale «europeo»*, in *Contratto e impresa/Europa*, 2008, II, 631. Non è poi da escludere che la rilevabilità ufficiale dei motivi di diniego del riconoscimento e dell'eseguitività della decisione (artt. 45 s. Reg. 1215/2012/UE) sia stata vista, dal legislatore comunitario, come fattore di disturbo alla circolazione delle sentenze.

¹⁹ Riflessioni non dissimili sul superamento del punto di vista pubblicistico nell'accertamento dei vizi processuali per ragioni di pura economicità ed efficienza sono svolte da R. POLLAK, *System des österreichischen Zivilprozeßrechtes mit Einschluß des Exekutionsrechtes*, I ed., Wien, 1906, 116 e 118. In tempi di crisi finanziarie degli Stati sovrani verrebbe da chiedersi se quest'impostazione di matrice liberale non sia dettata più dalle deficienze economiche-organizzative dell'amministrazione giudiziaria che da concezioni ideologiche.

I profili critici evidenziati mi paiono sufficienti a dimostrare che non v'è una lineare corrispondenza né alcuna speculare contrapposizione tra norme cogenti-interesse pubblico-rilevabilità d'ufficio, da un lato, e norme dispositive-interesse privato-eccezione di parte, dall'altro.

5. Criteri identificativi delle nullità formali rilevabili d'ufficio «*praeter legem*»

La soluzione del problema esige un capovolgimento dell'impostazione. Occorre muovere anziché dalla natura dell'interesse protetto o della norma violata, dalla *ratio* sottesa alle fattispecie testuali di rilevanza d'ufficio, per verificare se quelle esigenze che richiedono l'intervento del giudice non si avvertano anche altrove.

In primo luogo v'è l'imperfezione dei requisiti dell'*editio actionis* (art. 164, comma V, c.p.c.). Trattandosi di elementi che trovano ingresso nel giudizio solo a opera di chi propone la domanda, è evidente come il loro difetto non possa essere sanato dall'acquiescenza dell'avversario²⁰. Il vizio lascia in ombra l'oggetto del contendere di guisa che non solo restano precluse la trattazione e la decisione della causa, ma neppure è consentito lo scrutinio dei presupposti di decidibilità nel merito. Anche in assenza di eccezione, pertanto, il giudice sarebbe comunque tenuto a dichiarare l'inammissibilità della domanda. Sarebbe allora illogico vincolare l'accertamento di tale nullità alla sola istanza di parte. L'intollerabile stallo in cui versa un siffatto procedimento rivela che i requisiti funzionali all'individuazione dell'oggetto del processo sono posti non tanto nell'interesse della parte avversaria, quanto piuttosto a garanzia del funzionamento dell'amministrazione della giustizia²¹.

La fattispecie è affetta da una patologia tale per cui l'atto non è, *ex facto* o *ope iuris*, in grado di produrre gli effetti che l'ordinamento gli

²⁰ Poiché non consentono al convenuto di difendersi e al giudice di pronunciarsi nel merito, i vizi dell'*editio actionis* non sono sanabili per effetto della costituzione in giudizio del convenuto; v. *ex pluribus* Cass. 23 agosto 2011, n. 17495, in *Giust. civ. mass.*, 2011, 7-8, 1182.

²¹ Cfr. A. CERINO CANOVA, *Dell'introduzione della causa*, in E. ALLORIO (diretto da), *Commentario al c.p.c.*, II, 1, Torino, 1980, 333.

ricollega (*norma-nullità-inefficacia*). E poiché il comportamento inerziale dell'avversario non può restituire all'atto un'efficacia che questo di per sé non possiede, si deve concludere che non è attribuibile al monopolio della parte il potere di denunciare il vizio e, pertanto, deve rientrare tra le prerogative del giudice il potere-dovere di porsi da sé la questione. Di converso, si ricava che, se l'atto, quantunque viziato, è comunque idoneo a spiegare in via precaria gli effetti ricollegatigli dalla legge, allora la nullità non può divenire automaticamente oggetto di decisione senza che risulti alterata la struttura stessa del corrispondente schema legale (*norma-nullità-eccezione-inefficacia*). E invero, il giudice, che di sua iniziativa rilevasse l'imperfezione, annullando d'ufficio un atto la cui stabilità è affidata al mancato esercizio dell'eccezione, sovvertirebbe una fattispecie per la cui integrazione la legge esige l'iniziativa di parte²².

Ecco allora un primo criterio identificativo: se l'atto nullo è di per sé sterile di effetti, tale cioè da rimanere inefficace pur a seguito del comportamento inerziale dell'avversario (*quod initio vitiosum est non potest tractu temporis convalescere*), allora il vizio è rilevabile anche d'ufficio²³.

Dalle ipotesi di nullità della domanda introduttiva e della sua notificazione (artt. 164 e 291 c.p.c.) si ricava altresì che deve ammettersi la rilevabilità d'ufficio se l'*error in procedendo* non consente all'avversario di apprestare le proprie difese. L'iniziativa del giudice, volta a riequilibrare l'asimmetria difensiva, è insomma auspicabile ogniqualvolta la dialettica processuale non sia autonomamente in grado di ripristinare il suo giusto assetto. Può così enuclearsi un secondo criterio: è rilevabi-

²² Argomentazione analoga propone B. RIMMELSPACHER, *op. cit.*, 32 e 146 s., per dimostrare la rilevabilità *ex officio* del vizio dei presupposti processuali. L'inammissibilità della decisione nel merito corrisponde a una fattispecie che, operando di diritto, non richiede d'essere integrata dall'esercizio del diritto d'eccezione e ciò, secondo l'A., conferma come i presupposti processuali siano funzionali al raggiungimento di scopi d'interesse pubblico quali la certezza del diritto, la pace giuridica e il corretto funzionamento dell'amministrazione giudiziaria.

²³ Uno schema siffatto si riscontra ogniqualvolta un'istanza sia affetta da vizi di forma-contenuto che rendano indeterminabile l'oggetto stesso del potere esercitato. Si pensi, a es., all'istanza di ammissione della prova testimoniale in cui non siano indicati i fatti oggetto dei capitoli o i testimoni di cui si chiede l'escussione.

le d'ufficio la nullità di quell'atto che precluda all'avversario l'esercizio dei poteri processuali che l'ordinamento gli riconosce nel segmento procedurale successivo. In tali casi, disconoscere al giudice il potere d'intervento equivarrebbe a ridurre l'istituto della difesa a elemento ornamentale e a misconoscere le esigenze connesse alla natura dialettica del processo²⁴.

E infine, non sembra potersi escludere in capo al giudice il dovere di assumere l'iniziativa tutte le volte che a essere inficiata è un'attività soggetta all'impulso d'ufficio e a cui le parti, per definizione, non possono sottrarre rilevanza tramite acquiescenza. È così rinvenibile un terzo criterio: se l'*error in procedendo* è commesso nell'esercizio di attività processuali dominate dall'impulso ufficiale, «anche il successivo svolgimento, quanto al potere di rilevazione di presunte nullità è dominato» dall'iniziativa giudiziale²⁵.

Dirò di più. A me sembra che a rimanere fuori dall'ambito applicato applicativo dell'art. 157, comma I, siano, più in generale, i provvedimenti del giudice. Dalla lettura dei tre commi dell'art. 157 emerge che la regola per cui «non può pronunciarsi la nullità senza istanza di parte» si riferisce all'opposizione della «parte nel cui interesse è stabilito un requisito» rispetto all'atto della «parte (che) vi ha dato causa». Senonché, i requisiti dei provvedimenti non afferiscono a un «atto di parte» né sono dettati nell'interesse «di una parte», ma provengono da un or-

²⁴ Rilevabili su eccezione di parte sono quindi gli atti – diversi da quelli indicati dall'art. 307, comma III, c.p.c. – compiuti durante la sospensione e interruzione del procedimento in violazione dell'art. 298, comma I, c.p.c. La loro nullità, difatti, non impedisce la prosecuzione del giudizio fino alla decisione di merito una volta che il processo sia correttamente riassunto o le parti, a cui spetti di proseguire la lite, si costituiscano tempestivamente. La rilevabilità su istanza di parte degli atti compiuti in violazione del § 249 *dZPO* è analogamente affermata dalla dottrina e dalla giurisprudenza tedesche, v. A. NIKISCH, *op. cit.*, 284; e A. BAUMBACH, W. LAUTERBACH, *op. cit.*, sub § 249, n. 12.

²⁵ Cfr. Cass. 4 giugno 2013, n. 14037, in *Mass. Giust. civ.*, 2013, secondo cui è rilevabile su eccezione di parte l'inottemperanza, del presidente del tribunale o del collegio, all'obbligo di pronunciarsi sull'istanza di ricusazione ex art. 53 c.p.c., perché «essendo la ricusazione avvenuta in forza di un'iniziativa della parte anche il successivo svolgimento, quanto al potere di rilevazione di presunte nullità è dominato dall'impulso di parte».

gano dello Stato nell'esercizio della funzione giurisdizionale e nell'accertamento della concreta volontà di legge²⁶.

V'è poi un'altra considerazione che induce a limitare l'ambito di applicazione dell'art. 157 ai soli atti di parte. Riconoscere in capo al giudice il dovere di rilevare la nullità dei suoi provvedimenti consente quell'assunzione di responsabilità e di consapevolezza dei propri errori che a me appare l'indispensabile contropartita di quegli importanti poteri di direzione e di governo del processo che lo Stato di diritto assegna alla magistratura civile²⁷.

Resta da chiedersi se l'eccezione di parte sia condizione necessaria per far valere anche quei vizi formali che determinano il difetto di presupposti processuali rilevabili d'ufficio²⁸. Ebbene, credo che la ragione per cui la rilevazione della nullità non-formale sottostà alla regola inversa a quella dettata per il vizio di forma è che mentre questa aggredisce il singolo atto, quella, invece, investe alla radice ogni attività della serie, precludendo la trattazione e decisione della causa nel merito²⁹. È allora opportuno che, ogniquale volta la nullità sia idonea a contagiare l'intera sequenza procedurale, il giudice assuma tempestivamente l'iniziativa o per sollecitare la sanatoria del vizio o per chiudere in rito il processo. Il rilievo ufficiale è allora doveroso, non tanto per garantire al convenuto una tutela più efficace, quanto per esigenze di conservazione

²⁶ A favore della rilevanza d'ufficio delle ordinanze del giudice istruttore e del giudice dell'esecuzione si schiera anche R. ORIANI, *op. cit.*, 10. Si limita invece ad affermare l'opponibilità, da entrambe le parti, dei vizi dei provvedimenti giudiziali D. LEIPOLD, *ZPO*, XXII ed., IV, cit., *sub* § 295, n. 2, 832.

²⁷ Se non si condivide l'idea di sottrarre la rilevazione dei vizi formali dei provvedimenti giudiziali all'esclusiva iniziativa di parte, si dovrà quantomeno ammettere la rilevanza *ex officio* ogniquale volta l'imperfezione si appunti su attività dominate dall'impulso ufficiale perché su queste le parti non hanno, per definizione, alcun potere dispositivo; in tal senso si esprime anche D. LEIPOLD, *ZPO*, XXII ed., IV, cit., *sub* § 295, n. 5, 833.

²⁸ Si pensi alla nullità della procura al difensore oppure al difetto del contraddittorio per mancata comunicazione alle parti della data delle operazioni peritali.

²⁹ Nella letteratura italiana la più chiara formulazione di questa distinzione si rinviene ancora in G. CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile*, III ed., Napoli, 1965, 104 e 655 s., e *Istituzioni di diritto processuale civile*, II, cit., 274.

degli atti connesse al principio di economia processuale³⁰. E la riprova sta nel fatto che, sebbene formale, la nullità della domanda o della sua notificazione, traducendosi in un difetto del contraddittorio, è rilevabile anche d'ufficio.

Si risolve così anche la questione della tecnica di rilevazione dell'atto compiuto dopo che sia maturata una preclusione processuale: se la decadenza investe una o alcune attività è giustificato il divieto di rilevare «la nullità senza istanza di parte»; all'opposto è rilevabile d'ufficio la violazione del termine perentorio se la preclusione investe l'intera serie degli atti successivi³¹.

6. Conclusioni

Accanto all'interesse dei litiganti v'è sempre, seppur in misura variabile, anche un interesse pubblico a che la potestà giudiziaria e i poteri delle parti siano esercitati secondo parametri di legalità.

Le norme che richiedono l'osservanza di forme determinate per il compimento degli atti processuali (art. 121 c.p.c.) hanno natura imperativa, non potendo essere convenzionalmente derogate dalle parti senza che ne risulti compromesso il principio di legalità a cui è informato il giusto processo (art. 111, comma I, Cost.)³². D'altro canto, la loro imperatività non esclude che la parte pregiudicata dalla violazione delle forme possa rinunciare *ex post* a far valere la sanzione della nullità.

Per motivi di efficienza ed economicità, la rilevazione del vizio è, di regola, subordinata all'eccezione di parte. È una scelta di politica del diritto rimessa alla discrezionalità del legislatore. Vi sono tuttavia degli ambiti che devono, per ragioni di coerenza sistematica, essere sottratti a questa tecnica di rilevazione.

³⁰ Analoghe considerazioni sono svolte da G. BALENA, *La rimessione della causa al primo giudice*, Napoli, 1984, 116 ss. e 148.

³¹ Si pensi alla tardiva proposizione dell'impugnazione che inficia l'intera sequenza degli atti compiuti nel giudizio *ad quem*.

³² La natura cogente delle prescrizioni di forma, a mio avviso, è indiscutibile solo nella misura in cui il legislatore non ammette le parti a concordare col giudice un «contratto di procedura».

L'orizzonte entro cui opera il potere dispositivo delle parti di eccepire o di rinunciare alla nullità di forma incontra un limite invalicabile nell'inefficacia assoluta dell'atto, nella tutela del diritto di difesa nonché nell'imperfezione dei provvedimenti giudiziali e delle attività rimesse all'impulso dell'ufficio. La ricorrenza di una di queste fattispecie, a mio avviso, consente di affermare *a posteriori* ciò che non è possibile con certezza determinare *a priori*: e cioè quando l'interesse meta-individuale sia recessivo rispetto all'interesse di parte che a quello coesiste.

ECCEZIONE “NEL” DIRITTO, SISTEMA, INDETERMINAZIONE

Antonio Cassatella

Discussant

SOMMARIO: 1. *Introduzione.* 2. *Regola ed eccezione nel sistema dei contratti pubblici.* 3. *Regola ed eccezione nel diritto ambientale.* 4. *Regola ed eccezione nella tutela dei diritti umani.* 5. *Regola ed eccezione nel diritto processuale civile.* 6. *Regole, eccezioni, pensiero sistematico.*

1. Introduzione

Ragionare sull’eccezione “nel” diritto – ed in particolare nel diritto pubblico – è tema impegnativo, perché è inevitabile toccare molteplici profili di teoria generale (struttura della regola e dell’eccezione; completezza dell’ordinamento, esistenza stessa di un sistema normativo; integrazione del sistema a mezzo di criteri extralegali di integrazione del diritto positivo); di sociologia e politica del diritto (capacità di innovazione propria di ciascun sistema; qualità e quantità della regolazione; ruolo del legislatore e della giurisprudenza nella produzione di nuove norme; rapporti fra differenti sistemi normativi, statuali e sovvrastatali); di interpretazione del diritto positivo (rapporti fra fonti; soluzione di antinomie giuridiche; tecniche interpretative).

Già in partenza, il giurista si trova del resto in forte imbarazzo nel definire lo stesso concetto di “eccezione”¹: ciò, sia perché non è chiaro

¹ Solo per limitarci a richiamare le sintetiche definizioni offerte dal *Dizionario Treccani*, l’eccezione è il caso che esce dalla regola comune, come pure qualunque attività di difesa del convenuto. Tralasciando le problematiche di ordine processuale, va da sé come la definizione di caso che fuoriesce dalla regola comunemente applicabile sia di per sé portatrice di non poche ambiguità: si pensi, per esemplificare, al problema preliminare inerente alla ricerca ed alla definizione della regola (disposizione, norma) comune, alla quale riferire poi l’eccezione.

cosa sia intrinsecamente l'eccezione, e come si rapporti rispetto a fenomeni affini, come la deroga o la lacuna del sistema, sia perché sembra venuta meno, a monte, l'idea stessa di ciò che è regola immutabile, se non a mezzo di eccezione, e, con essa, il presupposto stesso per rappresentare ciò che è normale – e come tale “normato” – e ciò che è eccezionale.

Se regola ed eccezione sono concetti apprezzabili solo in una prospettiva relazionale, è difficile chiarire il contenuto della stessa relazione, laddove non vi sia concordanza sulla definizione dei termini che la compongono: la logica aristotelica può certo aiutarci a comprendere come la regola “a” sia cosa diversa dall'eccezione “non a”, ma, a monte, resta aperto il problema di definire tanto il contenuto di “a” quanto quello di “non a”.

Può dunque affermarsi come tutto il tema in esame sia caratterizzato da un certo grado di vaghezza, al punto che, richiamando una locuzione molto cara agli studiosi del diritto amministrativo, l'eccezione sarebbe essa stessa un “concetto (giuridico?) indeterminato”².

Ci si potrebbe spingere oltre, evidenziando come ogni discussione in materia imponga di riflettere sulla stessa possibilità di determinare, in senso univoco, il significato e l'efficacia della regola e dell'eccezione nell'ambito di un dato sistema, aprendo interessanti prospettive interdisciplinari sul rapporto fra scienza giuridica e scienze logico-matematiche: se già queste ultime sembrano caratterizzate, per l'opera di Heisenberg e Gödel, dai principi di indeterminazione ed incompletezza del sistema, non sembra fuori luogo ipotizzare che i medesimi rilievi possano applicarsi con riferimento alla stessa struttura logico-formale degli ordinamenti giuridici positivi, mettendo in dubbio la stessa possibilità di individuare un'autentica relazione logica fra ciò che si designa nominalmente come “regola” ed “eccezione”³.

² Su questi aspetti, cfr. F. PUPPO, *Dalla vaghezza del linguaggio alla retorica forense. Saggio di Logica giuridica*, Padova, 2012.

³ Che le teorie gödeliane possano essere riferite a tutti i sistemi formali – compreso anche il sistema giuridico positivo – è ben messo in evidenza, tra gli altri, da F. PUPPO, *op. cit.*, pp. 132 ss. Altrettanto significativi, pure in chiave interdisciplinare, gli approfondimenti di R. BIN, *A discrezione del giudice. Ordine e disordine nella prospettiva quantistica*, Milano, 2013.

I contributi dei giovani studiosi che hanno partecipato al seminario trentino sembrano confermare gli anzidetti rilievi, seppur da differenti punti di vista e con diversi metodi di analisi.

2. Regola ed eccezione nel sistema dei contratti pubblici

Già lo scritto di Cristanelli desta interesse nel tentare una distinzione fra diverse tipologie di eccezioni nell'ambito del diritto amministrativo: con riferimento alla materia dei contratti pubblici, l'autore individua alcune eccezioni che completano il sistema, eliminando le lacune insiste nella disciplina positiva, di cui rispecchiano i valori di fondo (c.d. eccezioni evolutive); a queste si aggiungono le eccezioni che si pongono in antitesi al sistema, integrandone ed arricchendone le regole ed introducendo nuovi valori o assetti di interessi, a prezzo della sua coerenza ed uniformità (c.d. eccezioni eccezionali).

Al primo tipo appartarrebbe la disciplina dell'organismo di diritto pubblico, che completerebbe il sistema nella parte in cui permette di estendere la *ratio* sottesa alla disciplina dell'evidenza pubblica anche a soggetti che, sotto il profilo logico-formale, potrebbero essere apparentemente estranei alla disciplina del Codice dei contratti pubblici; al secondo, la disciplina dei costi del personale non ribassabili, frutto di scelte legislative contingenti che male si armonizzano con valori già storicamente connaturati al sistema, come l'autonomia dell'appaltatore e l'apertura concorrenziale delle procedure di pubblica evidenza.

A conferma del fatto che il concetto di eccezione sia quantomeno ambiguo, Cristanelli individua anche delle ipotesi intermedie, cui appartarrebbe l'istituto – di creazione giurisprudenziale – del ricorso incidentale c.d. escludente, oggetto di differenti interpretazioni da parte della giurisprudenza amministrativa di primo e secondo grado, dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato e della Corte di giustizia. La tormentata ricerca di regole ed eccezioni nell'ordine di esame del ricorso principale e del ricorso incidentale escludente rispecchia opzioni interpretative e di valore che variano sul piano storico, al punto che il rapporto fra regola ed eccezione può essere colto solo in chiave diacronica.

Sin qui nulla di nuovo, se non fosse che l'esempio spiega in maniera plastica come lo stesso concetto di regola e di eccezione muti nel tempo e non sia determinabile a priori: le note oscillazioni della giurisprudenza amministrativa, sul punto, non sarebbero altro che oscillazioni sul significato da attribuire a principi "valvola" come quello di effettività e pienezza della tutela, oltre che di parità delle armi processuali, ossia di determinare in chiave univoca ciò che, nell'esperienza concreta, resta indeterminato.

Le osservazioni di Cristanelli possono essere in larga parte suggestive, per quanto, nella ricostruzione formulata dall'autore, sembri essere presente un convitato di pietra, i cui tratti appaiono sfuggenti: si allude al concetto stesso di sistema.

L'autore sembra dare per assunto che un "sistema" esista, o possa essere ricostruito quantomeno con riferimento alla disciplina dei contratti pubblici: aspetto su cui occorrerebbe riflettere, quantomeno alla luce degli insegnamenti di Mario Nigro, che già negli anni Settanta – ossia in un'epoca in cui l'esperienza giuridica era comunque meno complessa ed articolata dell'attuale – sottolineava come «le leggi amministrative costituiscono un così mostruoso agglomerato di precetti – monchi, contraddittori, oscuri, male scritti e peggio raccordati, pieni di grossolani sbagli e di sconcertanti fraintendimenti delle situazioni di fatto e delle restanti norme [...] – che, mentre diventa umoristica la ricerca, per l'interpretazione, della volontà del legislatore, l'identificazione della regola vigente finisce per spettare unicamente al giudice amministrativo, e questa identificazione innegabilmente è, nella perplessità e polivalenza dei precetti scritti, vera e propria creazione della regola»⁴.

3. Regola ed eccezione nel diritto ambientale

Una sensibilità di ordine teorico-generale è evidente pure nello scritto di Caliceti, che sottolinea con merito la storicità del rapporto fra regola ed eccezione, come anche il fatto che esso rispecchi la storicità dei

⁴ M. NIGRO, *Il Consiglio di Stato giudice e amministratore (aspetti di effettività dell'organo)* (1974), ora in ID., *Scritti giuridici*, II, Milano, 1996, p. 1069.

valori e degli interessi che sono alla base di ciascun sistema giuridico. Altrettanto interessante, sul versante strutturale ed analitico, la differenza che l'autore pone fra eccezioni in senso “quantitativo” (ossia regole propriamente complementari della disciplina generale, applicabili a casi non disciplinati dalla regola generale) ed eccezioni in senso “qualitativo” (ossia regole che introducono una disciplina derogatoria a quella generale).

Da queste intuizioni si può far discendere la conseguenza per cui le eccezioni quantitative (che si potrebbero ribattezzare “improprie”, o “pseudo-eccezioni”) si iscrivono nello stesso quadro di valori ed interessi alla base della disciplina generale, differenziandola e specificandola; le altre eccezioni (qualitative, o meglio “proprie”) non sono che il modo attraverso cui il legislatore rovescia il bilanciamento di interessi alla base della regola principale, creando quindi una nuova regola che si distingue dalla prima sia sotto il profilo strutturale che funzionale o teleologico.

Su un piano più generale, l'eccezione sarebbe quindi assimilabile ad una tecnica di bilanciamento di interessi propria del pluralismo giuridico, e diverrebbe sia uno strumento di flessibilità interna del sistema sia uno strumento utile a risolvere i conflitti con altri sistemi normativi, primi fra tutti quelli di matrice sovranazionale.

Caliceti esplora il problema nella sua concretezza, analizzando la disciplina delle eccezioni ambientali previste dall'art. 36 TFUE al principio di libera circolazione delle merci: nella sostanza, il Trattato effettua un bilanciamento di interessi in forza del quale valori di ordine ambientale e sanitario possono eccezionalmente prevalere sull'esigenza di garantire la libera circolazione delle merci. Ciò implica che la tutela della salute e dell'ambiente siano valori primari che l'ordinamento europeo, e i singoli ordinamenti statuali, devono tutelare anche a scapito degli interessi economici alla base dell'originario processo di unificazione europea.

Secondo l'autore, si tratterebbe di un'eccezione impropria, laddove la tutela della salute e dell'ambiente cui fa riferimento l'art. 36 TFUE non si porrebbero in antitesi rispetto all'esigenza di garantire la libera circolazione delle merci, ma agirebbero a complemento di questi principi: il rapporto fra regola (liberalizzazione) ed eccezione (restrizioni)

potrebbe essere a propria volta riformulato nei termini di consentire la libera circolazione dei prodotti sicuri, vietando solamente quella dei prodotti potenzialmente dannosi, e specificando – per questa via – la regola principale.

Nei termini che si sono visti propri di Cristanelli, si tratterebbe quindi di un'eccezione evolutiva, se non di una mera precisazione della regola, in forza della quale il mercato europeo (come prodotto della liberalizzazione) deve comunque rispettare valori di ordine sanitario ed ambientale.

Va da sé che il vero aspetto problematico, nel rapporto fra regole ed eccezioni, non attiene tanto alla fissazione degli interessi contenuta nelle disposizioni del Trattato, ma alla loro concreta applicazione: si tratta dunque di un problema di attuazione politico-amministrativa dei principi di diritto europeo, che implica a propria volta una serie di più ampie riflessioni attorno alla natura del potere discrezionale dell'amministrazione europea e delle singole amministrazioni nazionali.

In tal senso, l'*Interessenabwägung* alla base delle moderne teorie della discrezionalità altro non sarebbe che una tecnica di comparazione e graduazione fra interessi e valori contemplati dalle norme generali (artt. 34 e 35 TFUE) e dalle norme eccezionali (art. 36 TFUE): i casi cui fa riferimento Caliceti si risolvono, non casualmente, in un sindacato di decisioni discrezionali dei Governi nazionali.

Se così è, l'analisi dovrebbe quindi concentrarsi sulla natura del potere discrezionale dei Governi, come pure sul rapporto fra politicità e giuridicità delle scelte compiute a livello sovranazionale e nazionale al fine di contemperare i valori in gioco: quello dell'eccezione sarebbe quindi uno "pseudo-problema", probabilmente fuorviante ai fini della comprensione dei meccanismi politici e giuridici sottesi all'unificazione europea e, più in generale, all'esperienza giuridica.

4. Regola ed eccezione nella tutela dei diritti umani

Nel contributo di Di Bari il rapporto fra regola ed eccezione viene analizzato nella prospettiva transazionale della tutela dei diritti umani e del diritto dell'emergenza, in cui vengono attribuiti all'Esecutivo poteri

esorbitanti rispetto a quelli usualmente riservati agli apparati amministrativi.

Già nelle premesse, questo contributo ha dunque il merito di inquadrare il fenomeno dell’eccezione sul piano della dinamica del potere e delle modalità attraverso cui il suo esercizio implica bilanciamenti di interessi ed un’attività propriamente decisionale, intesa come selezione fra alternative possibili.

Il diritto dell’emergenza sarebbe un diritto “eccezionale”, meritevole di studio proprio in quanto rappresenta l’ipotesi più problematica, e drammatica, di conflitto fra autorità e libertà.

Secondo Di Bari, l’eccezione opererebbe tanto con riferimento ai presupposti di fatto che permettono l’esercizio del potere quanto alle caratteristiche delle potestà speciali, che possono comprimere in maniera significativa la sfera dei diritti e delle libertà di cui i cittadini godono usualmente.

Il tema di fondo – cui non sono estranee le riflessioni condotte sulla categoria schmittiana dello Stato di eccezione, o figure teorico-generalizzate come lo stato di necessità costituzionale⁵ – concerne i limiti entro i quali l’ordinamento può rinunciare alla protezione di valori che gli sono connaturati, al fine di garantire la *salus rei publicae*.

Come bene sottolinea Di Bari, non si tratta solo di valutare cause e modalità del meccanismo, ma occorre concentrare l’analisi sui suoi effetti di medio e lungo periodo: nel senso che il prolungato o frequente ricorso a strumenti speciali può trasformare non solo l’eccezione in regola, ma soprattutto incidere sulla stessa tenuta del sistema, messo in “torsione” dall’utilizzo delle speciali potestà dell’Esecutivo.

L’effetto, negli ordinamenti democratici, potrebbe essere quello di una transizione morbida verso regimi di tipo autoritario: alla stregua di un organismo vivente, il sistema finirebbe per essere assuefatto all’eccezione, sino al punto di non riconoscerla o concepirla più come tale.

Contro queste derive, Di Bari segnala il ruolo delle istituzioni sovranazionali, con specifico riferimento alla Corte Europea dei diritti dell’Uomo, alla Corte interamericana di San José e al Comitato per i

⁵ Su questi aspetti, in chiave metagiuridica, sono molto suggestive le riflessioni di G. AGAMBEN, *Stato di eccezione. Homo Sacer II, 1*, Torino, 2003.

diritti umani: la tutela dei diritti fondamentali e la loro protezione giurisdizionale da parte di questi organismi consentirebbe di limitare il ricorso a poteri eccezionali da parte dei singoli Stati, garantendo la conservazione di una sensibilità democratica e di alcuni valori fondanti lo Stato di diritto.

È significativo osservare come, in questa chiave di lettura, lo stato di eccezione possa essere “deciso” da parte di ciascun ordinamento, senza che ciò determini il definitivo consolidamento dei suoi effetti, posto che il sindacato giudiziale assicura entro un certo margine tanto il carattere provvisorio quanto la complessiva ragionevolezza dell’eccezione.

Fonti transnazionali e giudici sovranazionali limitano il ricorso a potestà *extra ordinem* sia sul piano dei presupposti sia su quello delle modalità di esercizio del potere: mutuando i concetti propri della scienza del diritto pubblico, si potrebbe osservare come il diritto transazionale preveda una serie di norme di relazione e di norme di azione che, da un lato, rafforzano le prerogative degli individui nei confronti del potere pubblico, e, dall’altro limitano intrinsecamente l’esercizio di tale potestà mediante il doveroso rispetto di alcuni canoni fondamentali di condotta.

Il rapporto fra regola ed eccezione verrebbe quindi ridimensionato sul piano sostanziale e procedurale: l’eccezione dovrebbe essere pur sempre ancorarsi a circostanze tassative, ed implicare un esercizio ragionevole e proporzionato del potere.

In tal senso, Di Bari dimostra come i limiti all’esercizio di potestà straordinarie siano quelli che connotano il giusto processo ed il giusto procedimento amministrativo: oneri di comunicazione dello stato di emergenza, indicazione dei suoi presupposti, proporzionalità delle misure adottate, e per alcuni aspetti diritto ad una tutela giudiziale da parte dei singoli individui⁶.

In sintesi, la “giuridificazione” delle eccezioni permetterebbe di ricondurle allo stesso sistema valoriale delle regole, giustificando in concreto l’attribuzione di potestà esorbitanti dalla norma, comunque rispet-

⁶ Su questi aspetti, cfr. per tutti G. DELLA CANANEA, *Al di là dei confini statuali. Principi generali del diritto pubblico globale*, Bologna, 2009.

tose di alcune prerogative individuali fondamentali ed indisponibili da parte dello stesso potere costituito (o costituente).

Anche in tal caso ci si può peraltro chiedere se le problematiche inquadrate da Di Bari possano essere fruttuosamente affrontate sul piano del rapporto fra regola ed eccezione, o non possano essere semmai colte sul più specifico piano della disciplina del potere pubblico in ambito globale, sfruttando le acquisizioni della dottrina internazionalistica o della più avveduta scienza del diritto amministrativo.

5. Regola ed eccezione nel diritto processuale civile

Lo scritto di Pelle è dedicato all'eccezione processuale, con particolare riferimento alle eccezioni di rito, con cui la parte convenuta nel processo civile contesta la divergenza dell'atto avversario rispetto ai parametri normativi di riferimento.

Già *in limine*, appare evidente come questa tipologia di eccezioni confermi l'ambiguità del termine, e dello stesso fenomeno: l'eccezione non si presenta, in tale frangente, come una deroga alla regola generale, ma come lo strumento che consente di sanzionarne la violazione da parte di chi è titolato a contestarne la scorretta applicazione.

Anche in tal caso l'eccezione presuppone l'esistenza di un conflitto: ma il conflitto non riguarda il rapporto fra regola generale e regola speciale, quanto le divergenti interpretazioni della medesima regola. Chi agisce in giudizio prospetta una determinata interpretazione (dei fatti e) del rito, mentre chi fronteggia l'attore replica con differenti ricostruzioni e prospettazioni.

Se il quadro appare geometrico, Pelle evidenzia come la situazione sia in realtà complicata dal ruolo assunto dal giudice civile nella controversia in atto fra le parti: se è chiaro a chi spetta usualmente il potere di agire e di eccepire, la situazione si fa più sfumata nel momento in cui ci si chiede se anche il giudice possa rilevare d'ufficio questioni altrimenti riservate alla parte convenuta, come determinate eccezioni di rito.

Cercando di evitare trappole linguistiche, il problema diviene allora quello di comprendere se la rilevabilità d'ufficio di questioni di rito sia

fenomeno “eccezionale” o meno, e quali valori siano eventualmente alla sua base.

Pelle evidenzia come nei sistemi positivi la rilevabilità d’ufficio di questioni di rito sia eccezionale, vigendo semmai la regola della rilevabilità su istanza di parte, cui fa riferimento pure l’art. 157 c.p.c. Con riguardo all’ordinamento italiano, si tratterebbe tuttavia di una prevalenza solo tendenziale, non mancando importanti ipotesi di rilevabilità d’ufficio.

L’autore sottolinea come il tema, ed il rapporto fra regola ed eccezione in punto di eccepibilità delle questioni di rito, rifletta sul piano tecnico-giuridico una più generale questione di ordine politico, già messa in evidenza da autorevole dottrina pubblicistica: si allude alla dialettica fra libertà ed autorità, ossia fra autonomia privata e potere giurisdizionale⁷.

Nella difficoltà di trovare seri criteri distintivi che consentano di fissare la linea di demarcazione fra libertà ed autorità, Pelle sottolinea come le scelte compiute dal legislatore si fondino su criteri di economia processuale, ossia su esigenze di efficienza e flessibilità del sistema: è infatti l’efficienza complessiva del processo a giustificare che le eccezioni di rito siano normalmente sollevate dalle parti, ed eccezionalmente dal giudice.

A questa regola, Pelle contrappone una serie di eccezioni, che giustificano l’intervento officioso del giudice-autorità, come nel caso paradigmatico in cui la violazione del rito comprime il diritto di difesa della controparte, o, ancora, nei casi limite di assoluta inefficacia dell’atto o delle attività espressamente rimesse all’iniziativa del giudice. Si tratterebbe, in questa prospettiva, di eccezioni poste a tutela di valori non sacrificabili alla luce di esigenze di economia processuale, tali da giustificare l’intervento correttivo e suppletivo dell’autorità impersonata dal giudice: giudice che, in tal modo, finirebbe comunque per tutelare sia le parti sia il complessivo buon andamento del processo.

Ne deriva un sistema tendenzialmente fluido ed aperto, posto che – in ultima analisi – l’ambito della rilevabilità di parte o d’ufficio delle eccezioni di rito resta affidato alla sensibilità dei singoli interpreti, e

⁷ Cfr. M.S. GIANNINI, *Il pubblico potere*, Bologna, 1986, pp. 25 ss.

dello stesso giudice, dato che i presupposti delle singole norme processuali non sono sempre univoci: a riprova finale, si può aggiungere, della complessiva indeterminazione del fenomeno.

Pelle ci dimostra come anche nel processo civile il rapporto fra regola ed eccezione giochi un ruolo significativo: al contempo, nel tentativo di riportare i termini del discorso nel quadro di un rapporto fra “sistema” ed eccezioni al sistema, dà per dimostrato ciò che, invece, si dovrebbe dimostrare, ossia la positiva sussistenza di un ordine compiuto di regole processuali.

Non si esclude che la prova sia più agevole con riferimento al processo civile che con riguardo all’esperienza generale del diritto pubblico ed amministrativo: ma sembra possibile argomentare che il problema vada inquadrato e risolto più con sensibilità storica che ricorrendo a formule eccessivamente astratte⁸.

6. Regole, eccezioni, pensiero sistematico

L’esame dei singoli contributi sembra dimostrare, in conclusione, come il tema dell’eccezione “nel” diritto possa essere una suggestiva chiave di lettura per rivisitare una serie di problematiche già note, colte nel filtro del rapporto fra ciò che si assume essere la “regola” e ciò che viene per certi aspetti a perturbare la regolarità degli eventi, o della disciplina di un determinato fenomeno.

A fronte dell’eccezione, alcuni – come Cristanelli, o gli stessi Caliceti e Pelle – possono essere tentati di ricondurre il fenomeno a sistema, ossia di sistematizzare anche l’eccezione in rapporto ad un quadro pre-stabilito di regole. In tal senso, questi contributi evidenziano l’esigenza “sistematica” alla base di ogni consapevole riflessione scientifica, con l’avvertenza per cui la sistematizzazione del reale – nei termini gianniniani: la costruzione di nuovi sistemi a partire dal reale, ossia dei dati offerti dall’esperienza pratica – dovrebbe forse abbandonare le sugge-

⁸ Significativo, sul piano metodologico, quanto osserva A. CHIZZINI, *Contraddittorio, principio dispositivo e poteri del giudice nelle trasformazioni del diritto processuale civile*, in *Jus*, 2012, pp. 361 ss.

stioni sollecitate dalla tematica esaminata, per utilizzare diversi strumenti concettuali⁹.

Altri, come Di Bari, preferiscono in effetti affrontare il tema nell'ottica della razionalità procedurale e del giusto processo, a riprova che il tema dell'eccezione può permettere di rivisitare, con differente sensibilità, problematiche già note: l'eccezione appare quindi come un viatico per l'analisi di altri temi e problemi del diritto pubblico.

Ci si può quindi chiedere se esista un autentico margine di riflessione comune sull'argomento trattato nel corso di questo seminario: ad avviso di chi scrive, tale ambito non può che essere quello della teoria generale del diritto, congiunto ad una seria comparazione giuridica. Solo un'analisi trasversale delle singole eccezioni individuate in ciascun ordinamento positivo consentirebbe di saggiare il loro fondamento, le loro implicazioni, il loro carattere contingente o la loro tendenziale stabilità nel breve e medio periodo.

⁹ Sul punto cfr. le acute osservazioni – di ordine teorico generale – di M. RAMAJOLI, *L'esigenza sistematica nel diritto amministrativo attuale*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 2010, pp. 347 ss.

SEZIONE III

L'ECCEZIONE COME STRUMENTO
A GARANZIA DEI DIRITTI

QUANDO L'ECCEZIONE DIVENTA REGOLA(RITÀ): GARANZIE COSTITUZIONALI NEGLI SPAZI DI RESTRIZIONE DELLA LIBERTÀ PERSONALE. CARCERI E CIE

Simone Penasa

SOMMARIO: 1. *Anomia e nomos, vita e diritto: la costituzione come elemento stabilizzatore della distinzione tra regola ed eccezione.* 2. *Emergenza ed eccezione: come l'emergenza dichiarata può produrre la normalizzazione dell'eccezione.* 3. *Il carcere e le condizioni della detenzione: la Corte costituzionale come "stabilizzatore" della macchina politico-giuridica.* 3.1. *L'eccezione come (conseguenza di un) fenomeno eccezionale: il sovraffollamento carcerario tra fatto e diritto.* 4. *Anomia ed eccezione: la (non) disciplina dei centri di identificazione ed espulsione (CIE).* 4.1. *La qualificazione giuridica dei CIE: luogo temporaneo di permanenza e assistenza o forma di detenzione (amministrativa).* 4.2. *Dalla qualificazione giuridica alla protezione dei diritti delle persone trattenute: la forma è la sostanza delle cose (e delle garanzie).* 5. *La legalità costituzionale come metronomo dello stato di eccezione.*

1. Anomia e nomos, vita e diritto: la costituzione come elemento stabilizzatore della distinzione tra regola ed eccezione

Queste brevi riflessioni, che rappresentano il nucleo iniziale di uno studio più complessivo, prendono spunto dalla definizione che Agamben propone di «stato di eccezione» quale «dispositivo che deve (...) articolare e tenere assieme i due aspetti della macchina giuridico-politica, istituendo una soglia di indecidibilità fra anomia e *nomos*, fra vita e diritto, fra *auctoritas* e *potestas*»¹. Secondo l'Autore citato, il sistema – la macchina – regge fintantoché i due elementi risultano distin-

¹ G. AGAMBEN, *Stato di eccezione*, Torino, 2003, p. 110. Sul concetto agambeniano di stato di eccezione, R. SIMONCINI, *Un concetto di diritto pubblico: lo "stato di eccezione" secondo Giorgio Agamben*, in *Diritto & questioni pubbliche*, 8, 2008, pp. 197 ss.

guibili. Altrimenti, «quando lo stato di eccezione, in cui essi si legano e si indeterminano, diventa la regola, allora il sistema giuridico-politico si trasforma in una macchina letale»².

Affermata l'esigenza di individuare un fattore di stabilizzazione della macchina politico-giuridica, il livello costituzionale può svolgere questa funzione. Infatti, il principio della legalità costituzionale viene a limitare e legittimare ambiti di intervento derogatori.

Sono due i contesti nei quali il rapporto tra “diritto e vita”, tra corpo e potere, si manifesta in tutta la sua forza paradigmatica: le carceri e i centri di identificazione ed espulsione (CIE).

La breve trattazione seguirà lo schema tipico di un *climax* ascendente: inizierà con un caso che si caratterizza per una configurazione derogatoria del sistema delle fonti (attraverso la dichiarazione di stato di emergenza); passerà attraverso l'analisi delle ricadute che tale scelta produce nei due contesti selezionati (carceri e CIE), per concludersi con la descrizione degli effetti prodotti a livello costituzionale, in termini di tenuta delle garanzie costituzionali riservate alla libertà (nonché alla dignità) della persona, le quali risultano messe sotto particolare pressione nel caso della (non) disciplina dei CIE.

Anticipando le conclusioni, da questo fenomeno – qualificabile come vero e proprio “eccezionalismo” normativo, che scaturisce a livello di sistema delle fonti e finisce con il travolgere l'equilibrio costituzionale della macchina politico-giuridica – derivano tre tipi di effetti:

- a) l'utilizzo sistematico di istituti e categorie giuridiche eccezionali, fortemente limitativi della libertà personale: il regime introdotto dall'art. 41 bis; la custodia cautelare; ma anche l'espulsione dello straniero irregolare nel suo rapporto ‘regola-eccezione’ rispetto al rimpatrio volontario previsto dalle fonti europee (Direttiva 2008/115/CE);
- b) la produzione di ambiti giuridico-istituzionali sostanzialmente *contra legem*: il fenomeno del sovraffollamento carcerario e le sue conseguenze in termini di tutela dei diritti dei detenuti e di garanzia della funzione e umanità della pena;
- c) la creazione di luoghi a-giuridici (anomici nella accezione agambeniana): i CIE, nei quali l'impianto normativo essenzialmente dero-

² *Ibidem*.

gatorio produce una sistematica contrazione delle garanzie (senza peraltro produrre la effettiva realizzazione delle finalità perseguite, *in primis* l'allontanamento degli stranieri irregolari).

2. *Emergenza ed eccezione: come l'emergenza dichiarata può produrre la normalizzazione dell'eccezione*

Un dato strutturale accomuna i fenomeni analizzati: la dichiarazione di uno stato di emergenza nazionale, che ha riguardato sia la gestione del fenomeno migratorio che di quello carcerario, e che rappresenta la preconditione giuridica del ribaltamento del rapporto tra regola ed eccezione e l'eventuale istaurazione dello stato di eccezione.

Per quanto riguarda il fenomeno migratorio, dal 2002 viene confermata la dichiarazione dello stato di emergenza su tutto il territorio nazionale – sulla base di quanto disposto dalla legge n. 225 del 1992 in materia di protezione civile – al fine di «fronteggiare l'eccezionale afflusso di extracomunitari». Non si tratta – come noto – di una dichiarazione dal contenuto meramente simbolico o politico, perché secondo l'art. 5 della legge citata il governo è autorizzato a emanare ordinanze in deroga a ogni disposizione vigente, nel rispetto *unicamente* dei principi generali dell'ordinamento, quando ciò risulti necessario per attuare interventi di emergenza³.

La reiterazione della dichiarazione rischia di comprimere e indebolire i presupposti individuati dalla legge al fine di «scongiurare qualsiasi

³ Cfr. il decreto legge 15 maggio 2012, n. 59, recante «Disposizioni urgenti per il riordino della protezione civile», con il quale l'articolo 2, primo comma, lettera c) della legge, che comprendeva tra gli eventi rilevanti ai fini dell'attività di protezione civile anche «altri eventi che, per intensità ed estensione, debbono essere fronteggiati con mezzi e poteri straordinari», è stato sostituito dal seguente: «calamità naturali o connesse con l'attività dell'uomo che in ragione della loro intensità ed estensione debbono, con immediatezza d'intervento, essere fronteggiate con mezzi e poteri straordinari da impiegare durante limitati e predefiniti periodi di tempo». Sul punto, in dottrina, G. RAZZANO, *L'amministrazione dell'emergenza. Profili costituzionali*, Bari, 2010; A. CARDONE, *La "normalizzazione" dell'emergenza. Contributo allo studio del potere extra ordinem del Governo*, Torino, 2011; G. MARAZZITA, *L'emergenza costituzionale. Definizioni e modelli*, Milano, 2003.

pericolo di alterazione del sistema delle fonti» (Corte costituzionale, n. 127 del 1995) e di «fuga dal modello»⁴, per evitare che da potere sussidiario *extra ordinem* si trasformi progressivamente in potere ordinario di produzione normativa: la provvisorietà, proporzionalità e ragionevolezza della deviazione dal tradizionale rapporto tra le fonti e la imprevedibilità degli eventi che giustificano la dichiarazione⁵.

Discorso analogo può essere fatto in relazione delle condizioni delle carceri, seppur il fenomeno risulti temporalmente più limitato rispetto a quanto accaduto nel caso delle politiche dell'immigrazione. Dal 2008 (fino al termine del 2012, cfr. Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri del 23 dicembre 2011) la dichiarazione di emergenza conseguente all'eccessivo affollamento degli istituti penitenziari presenti sul territorio nazionale ha riconosciuto la portata eccezionale del fenomeno e legittimato (quanto meno in termini fattuali e di potere, ma probabilmente non costituzionali) una gestione stabilmente emergenziale dello stesso.

Resta da valutare quali effetti, in termini di tenuta dei principi costituzionali e quindi dell'intero sistema giuridico, questa tendenza ha prodotto.

3. Il carcere e le condizioni della detenzione: la Corte costituzionale come "stabilizzatore" della macchina politico-giuridica

All'interno della dimensione carceraria sono tre i casi che risultano particolarmente significativi, i quali sono accomunati dal consolidamento della funzione di garanzia svolta dalla Corte costituzionale in

⁴ Si utilizza un'espressione di A. MORRONE, *Le ordinanze di necessità ed urgenza tra storia e diritto*, in A. VIGNUDELLI (a cura di), *Istituzioni e dinamiche del diritto. I confini mobili della separazione dei poteri*, Milano, 2009, p. 165.

⁵ G. CAMPESI, *La detenzione amministrativa degli stranieri in Italia: storia, diritto, politica*, in *Democrazia e diritto*, 3-4, 2011, p. 188, individua nella struttura della legge n. 39 del 1990 (c.d. "Legge Martelli") la genesi emergenziale del diritto dell'immigrazione, in quanto «pur senza prevedere la detenzione amministrativa degli stranieri, la legge Martelli si caratterizzava per la forte "ottica poliziesca" da cui veniva guardato il fenomeno delle migrazioni».

termini di tenuta del sistema giuridico, nonché della fisiologia del rapporto tra regola ed eccezione: il regime detentivo previsto dall'art. 41 *bis* del codice penale, che si pone in termini di specialità rispetto al trattamento detentivo ordinario; la custodia cautelare, la cui esperienza attuativa rappresenta un esempio di progressivo ribaltamento del rapporto tra eccezione e regola; il sovraffollamento carcerario, che rappresenta il caso in cui l'eccezione si pone come fatto eccezionale.

Anche se l'analisi si concentrerà su un caso specifico – il sovraffollamento – risulta opportuno soffermarsi brevemente sul caso del regime detentivo previsto dall'art. 41 *bis*⁶. Introdotto dal decreto-legge n. 356 del 1992 e quindi stabilizzato dalla legge n. 279 del 2002, questo regime è stato oggetto di numerose pronunce della Corte costituzionale, la quale ha teso a ridurre la discrezionalità applicativa, riconducendo la portata delle limitazioni della libertà dei detenuti agli obiettivi di sicurezza perseguiti. Da ultimo, la sentenza n. 135 del 2013⁷ ha sancito che «l'estensione e la portata dei diritti dei detenuti può (...) subire restrizioni unicamente in vista delle esigenze di sicurezza inerenti alla custodia in carcere» e che pertanto «in assenza di tali esigenze, la limitazione acquisterebbe unicamente un valore affittivo supplementare rispetto alla privazione della libertà personale, non compatibile con l'art. 27, terzo comma, Cost.»⁸.

L'applicazione della misura della custodia cautelare in carcere costituisce un caso ulteriore: la trasformazione di una eccezione in una regola. I dati dimostrano infatti come «la custodia cautelare in carcere costituisca ancora oggi uno strumento al quale i giudici ricorrono massicciamente, spesso come forma anticipata di esecuzione di una sanzione

⁶ Per un inquadramento dell'evoluzione legislativa di questo istituto, F. DELLA CASA, *Ordinamento penitenziario*, in *Enciclopedia del diritto*, Annali 2008, Milano, pp. 813 ss.

⁷ Ma cfr. anche la successiva sentenza n. 143 del 2013, su cui M. RUOTOLO, *Le irragionevoli restrizioni al diritto di difesa dei detenuti in regime di 41-bis*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 3, 2013; V. MANES, V. NAPOLEONI, *Incostituzionali le restrizioni ai colloqui difensivi dei detenuti in regime di "carcere duro": nuovi tracciati della Corte in tema di bilanciamento dei diritti fondamentali*, in www.dirittopenalecontempo.rane.it.

⁸ M. RUOTOLO, *Sul principio di effettività della tutela giurisdizionale dei diritti dei detenuti*, in www.giurcost.org.

che non arriverà mai a causa dei tempi abnormi del processo», tradendo in tal modo la “promessa” del ricorso al carcere solo come *extrema ratio* sancita dalla Costituzione⁹. Avendo scelto di concentrare l’analisi sul terzo caso, nel quale l’eccezione si configura come fatto eccezionale (sovraffollamento carcerario), si può unicamente sottolineare come – a fronte della prassi applicativa di tale istituto – anche in questo ambito la giurisprudenza costituzionale sia intervenuta, sanzionandone in particolare l’automatismo della applicazione e la presunzione legale assoluta ad essa connessa, nel tentativo di ricondurre la regola al proprio fondamento costituzionale¹⁰.

La Corte costituzionale ha recentemente ribadito la propria giurisprudenza in materia (che conta di almeno otto sentenze che negli ultimi tre anni hanno ridefinito i casi nei quali la custodia cautelare in carcere può essere prevista) con la sentenza n. 45 del 2014¹¹.

In riferimento all’automatismo della applicazione della misura rispetto alla natura del titolo di reato per cui si procede, la Corte ha ribadito che «il legislatore non può, senza violare gli artt. 3, 13, primo comma, e 27, secondo comma, Cost., collegare al titolo di reato per cui si procede, facendo leva semplicemente sulla sua gravità astratta e sul-

⁹ P. FARAGUNA, M. GIALUZ, *Il carcere e la promessa tradita della Costituente*, in *Il Mulino*, 6, 2012, pp. 998-999, i quali riportano dati della Commissione Europea secondo cui «il rapporto tra detenuti in attesa di giudizio e condannati è pari al 43,6% nel 2010 contro una media europea del 24,7%. Ma il dato è ancora più probante e impressionante se lo si analizza in rapporto alla popolazione residente: in Italia si hanno 51,8 detenuti in custodia preventiva ogni 100.000 abitanti, mentre in Francia sono 24,5 e in Germania soltanto 14».

¹⁰ M. RUOTOLO, *Immigrazione e carcere. Diritti e regole in un universo chiuso*, in *Diritto e società*, 3, 2012, p. 575, riconosce il ruolo svolto dalla giurisprudenza costituzionale nel “moderare” l’utilizzo della presunzione assoluta di adeguatezza della custodia cautelare in carcere per i soggetti gravemente indiziati di una serie di reati previsti dall’art. 275, terzo comma, secondo periodo, c.p.p. (in particolare sentenza n. 265 del 2010; 164 del 2011; 110 del 2012; 331 del 2011, cfr. nota 23 nel testo citato). L’Autore conclude affermando che «sembra quasi potersi formulare una presunzione di irragionevolezza degli automatismi legislativi ove questi limitino un diritto fondamentale della persona, superabile soltanto se dati di esperienza generalizzati lo consentano» (*Ivi*, pp. 576-577).

¹¹ Cfr. E. APRILE, *Osservazioni a C. cost., 10 marzo 2014, n. 45*, in *Cassazione Penale*, 6, 2014, pp. 2092 ss.

l'allarme sociale da esso destato, una presunzione assoluta di adeguatezza esclusiva della custodia cautelare in carcere». Legittimo, secondo la Corte, risulta invece collegare al tipo di reato una presunzione relativa, «basata sull'apprezzamento dell'ordinaria configurabilità di esigenze cautelari particolarmente intense, ma comunque superabile da elementi probatori di segno contrario», in quanto essa «lascia sufficiente spazio all'apprezzamento giudiziale delle singole fattispecie e all'applicazione del principio del minor sacrificio necessario». Ciò che il legislatore deve in ogni caso evitare – conclude la Corte – è di applicare all'interessato un «indiscriminato automatismo sfavorevole, che precluda ogni apprezzamento delle singole vicende concrete»¹².

3.1. L'eccezione come (conseguenza di un) fenomeno eccezionale: il sovraffollamento carcerario tra fatto e diritto

Il caso su cui ci si vuole concentrare è rappresentato – come detto – dal sovraffollamento carcerario, che ha raggiunto dimensioni tali da essere definito «fenomeno ha assunto le dimensioni di un fenomeno strutturale»¹³. Ciò ha prodotto una reazione “di sistema” da parte della giurisprudenza – ordinaria, costituzionale e internazionale (CEDU) – nel tentativo di ricondurre la gestione della esecuzione della pena entro l'alveo della legittimità costituzionale (art. 27, terzo comma) e della compatibilità con le norme CEDU (art. 3).

I dati sono emblematici, quantomeno fino alla approvazione di una serie di riforme legislative che ne hanno ridimensionato la portata, senza peraltro ricondurlo alla fisiologia del sistema: dai 55.057 detenuti presenti all'inizio del 2008, si è progressivamente passati al picco di

¹² Cfr. sul punto, *ex plurimis*, la sentenza n. 231 del 2011 e la 265 del 2010.

¹³ Sentenza *Torreggiani e altri c. Italia*, II Sez., 8 gennaio 2013. Risulta particolarmente significativo, all'interno di un'analisi del rapporto tra regola ed eccezione e dell'impatto che la sua configurazione concreta produce in termini di coerenza tra fonti e garanzia dei diritti, che la Corte EDU abbia chiarito che «il carattere strutturale e sistemico del sovraffollamento carcerario in Italia emerge chiaramente dai dati statistici indicati in precedenza nonché dai termini della dichiarazione dello stato di emergenza nazionale proclamata dal presidente del Consiglio dei ministri italiano nel 2010 (paragrafi 23-29 *supra*)».

67.961 (dicembre 2010), fino a giungere alla cifra di 66.028 (giugno 2013). A partire dalla seconda metà del 2013, a seguito della sentenza pilota della Corte EDU nel caso *Torreggiani e altri c. Italia*¹⁴, il legislatore (spesso il governo nell'esercizio del potere di decretazione d'urgenza) ha introdotto una serie di misure che hanno condotto a una progressiva riduzione del numero delle persone detenute¹⁵: gli ultimi dati forniti dal Ministero della giustizia dichiarano la presenza nelle carceri italiana di 54.252, rispetto a una capienza regolamentare calcolata in 49.397 presenze (31 agosto 2014).

Il fenomeno del sovraffollamento, ridimensionato in termini quantitativi, non appare comunque risolto dal punto di vista giuridico, se ana-

¹⁴ In precedenza l'Italia era già stata condannata per violazione dell'art. 3 CEDU nei casi *Sulejmanovic c. Italia* (16 luglio 2009) e *Cara-Damiani c. Italia* (7 febbraio 2012). Per una descrizione dei dati relativi al numero delle persone detenute e alle misure emergenziali adottate, cfr. P. CORVI, *Sovraffollamento carcerario e tutela dei diritti del detenuto: il ripristino della legalità*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 4, 2013, pp. 1795-1797.

¹⁵ Decreto legge n. 146 del 2013 (convertito dalla legge n. 10 del 2014, «Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 23 dicembre 2013, n. 146, recante misure urgenti in tema di tutela dei diritti fondamentali dei detenuti e di riduzione controllata della popolazione carceraria»), su cui F. DELLA CASA, *Il monito della Consulta circa il «rimedio estremo» della scarcerazione per il condannato vittima di un grave e diffuso sovraffollamento*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 6, 2013, pp. 4535 ss., e S. DELLA BELLA, *Un nuovo decreto-legge sull'emergenza carceri: un secondo passo, non ancora risolutivo, per sconfiggere il sovraffollamento*, in www.penalecontemporaneo.it, 7 gennaio 2014. Cfr. anche il decreto legge n. 78 del 2013 (convertito dalla legge n. 94 del 2013), su cui P. CORVI, *Sovraffollamento carcerario e tutela dei diritti del detenuto: il ripristino della legalità*, cit., p. 1801, e V. AIUTI, *Il nuovo "decreto carceri" (d.l. 78 del 1 luglio 2013)*, in *Studium Iuris*, 3, 2014, pp. 274-281; decreto legge n. 92 del 2014, convertito dalla legge n. 117 del 2014 («Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 26 giugno 2014, n. 92, recante disposizioni urgenti in materia di rimedi risarcitori in favore dei detenuti e degli internati che hanno subito un trattamento in violazione dell'articolo 3 della convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, nonché di modifiche al codice di procedura penale e alle disposizioni di attuazione, all'ordinamento del Corpo di polizia penitenziaria e all'ordinamento penitenziario, anche minorile»), su cui D. PULITANÒ, *Il messaggio del Presidente Napolitano e le politiche penali*, in *Diritto penale contemporaneo. Rivista trimestrale*, 1, 2014, pp. 144 ss.; E. FRONTONI, *Il sovraffollamento carcerario tra Corte EDU e Corte costituzionale*, in www.federalismi.it, 30 aprile 2014, pp. 8-10.

lizzato dalla prospettiva assunta nel presente scritto. Del resto, nonostante le recenti prese di posizione del Consiglio d'Europa volte a riconoscere i risultati positivi raggiunti dalle misure normative assunte¹⁶, occorre rilevare che dalla pronuncia *Torreggiani* emerge con chiarezza che l'impatto patologico sui diritti delle persone detenute – in termini di sua qualificabilità come trattamento disumano e degradante – non può essere valutato in termini esclusivamente quantitativi¹⁷. Nelle motivazioni della sentenza, infatti, si afferma che, nel valutarne la compatibilità con l'art. 3 CEDU, quando «il sovraffollamento non era così serio da sollevare da solo un problema sotto il profilo dell'articolo 3, la Corte ha notato che, nell'esame del rispetto di tale disposizione, andavano presi in considerazione altri aspetti delle condizioni detentive», indicando «la possibilità di utilizzare i servizi igienici in modo riservato, l'aerazione disponibile, l'accesso alla luce e all'aria naturali, la qualità del riscaldamento e il rispetto delle esigenze sanitarie di base» (punto 67).

Pertanto, se il dato oggettivo della carenza di spazio vitale autonomo per il detenuto rappresenta una condizione sufficiente a configurare una presunzione di violazione dell'art. 3 CEDU, il rispetto degli standard metrici indicati a livello internazionale per raggiungere il «minimo vitale» (senza che a ciò si affianchi un complessivo miglioramento della qualità delle condizioni generali di detenzione) non può fare sorgere automaticamente una presunzione di compatibilità¹⁸. Approccio quanti-

¹⁶ Il 5 giugno 2014 il Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa ha preso atto positivamente degli sforzi compiuti dal legislatore italiano al fine di ridurre il fenomeno del sovraffollamento carcerario e di prevedere un rimedio preventivo, entro il termine sancito dalla sentenza *Torreggiani c. Italia*. Occorre sottolineare che il Comitato ha comunque ritenuto di valutare nuovamente le azioni poste in essere a livello nazionale nel giugno del 2015, «to make a full assessment of the progress made in light of an updated action plan/report to be provided».

¹⁷ Ad esempio in termini di metri quadrati a disposizione per ciascun detenuto, criterio utilizzato anche dal DAP per definire la capienza regolamentare delle carceri italiane.

¹⁸ G. SILVESTRI, *La dignità umana dentro le mura del carcere* (Intervento del Presidente Silvestri al Convegno “Il senso della pena. Ad un anno dalla sentenza *Torreggiani* della CEDU” Roma, Carcere di Rebibbia, 28 maggio 2014), in www.europeanrights.eu, 28 maggio 2014, p. 10, ricorda che «poiché la persona umana consiste nell'unione in-

tativo e approccio qualitativo, pertanto, devono coesistere: se la cessazione dell'emergenza da un punto di vista quantitativo può comportare il superamento della natura strutturale – sistemica – del sovraffollamento, ciò può non essere sufficiente riguardo a singoli – specifici – casi individuali¹⁹.

La Corte costituzionale (sentenza n. 279 del 2013) ha richiamato le argomentazioni della Corte EDU, rilevandone la duplice portata: la prima, che si potrebbe definire come «gestione della emergenza»; la seconda, che si identifica nella «organizzazione ordinaria del sistema penitenziario». Rispetto alla prima esigenza, la Corte EDU ha affermato, nella condanna dello stato italiano, che – quando non sia in grado di garantire a ciascun detenuto condizioni detentive conformi all'art. 3 della CEDU – è necessario agire «in modo da ridurre il numero di persone incarcerate, in particolare attraverso una maggiore applicazione di misure punitive non privative della libertà (...) e una riduzione al minimo del ricorso alla custodia cautelare in carcere»²⁰.

Se, in termini quantitativi e grazie ai recenti interventi normativi di carattere deflattivo (aumento dell'utilizzo delle misure alternative alla detenzione) e ristorativo-rimediale (risarcimento per sovraffollamen-

scindibile di corpo e spirito, ogni situazione di estrema costrizione fisica, di mancanza di beni essenziali per una vita decente si converte in una lesione della dignità».

¹⁹ La Corte EDU ricorda significativamente che «persino in cause in cui ciascun detenuto disponeva di uno spazio variabile dai 3 ai 4 m², la Corte ha concluso per la violazione dell'articolo 3 quando la mancanza di spazio era accompagnata da una mancanza di ventilazione e di luce (*Moisseiev c. Russia*, n. 62936/00, 9 ottobre 2008; si vedano anche *Vlassov c. Russia*, n. 78146/01, § 84, 12 giugno 2008; *Babouchkine c. Russia*, n. 67253/01, § 44, 18 ottobre 2007); da un accesso limitato alla passeggiata all'aria aperta (*István Gábor Kovács c. Ungheria*, n. 15707/10, § 26, 17 gennaio 2012) o da una mancanza totale d'intimità nelle celle (si vedano, *mutatis mutandis*, *Belevitskiy c. Russia*, n. 72967/01, §§ 73-79, 1° marzo 2007; *Khudoyorov c. Russia*, n. 6847/02, §§ 106-107, CEDU 2005-X (estratti); e *Novoselov c. Russia*, n. 66460/01, §§ 32 e 40-43, 2 giugno 2005)».

²⁰ Sull'impatto a livello nazionale della sentenza Torreggiani, cfr. C. NARDOCCI, *Il principio rieducativo della pena e la dignità del detenuto: prime risposte tra Corte costituzionale e Corte Europea dei Diritti dell'Uomo. Riflessioni a margine di Corte cost. n. 279 del 2013*, in *Rivista telematica giuridica dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, 1, 2014, 21 marzo 2014, p. 6.

to²¹; effettività dei reclami davanti alla magistratura di sorveglianza²²), il livello della gestione dell'emergenza sembra essere riportato alla fisiologia del sistema, resta da affrontare la seconda dimensione, di carattere strutturale: la necessità di ricondurre a legittimità costituzionale e a compatibilità con la CEDU la «organizzazione ordinaria del sistema penitenziario», alla luce del principio sancito dalla Corte EDU (e richiamato dalla Corte costituzionale), secondo cui «stante l'inviolabilità del diritto tutelato dall'articolo 3 della Convenzione, lo Stato è tenuto ad organizzare il suo sistema penitenziario in modo tale che la dignità dei detenuti sia rispettata»²³. La compatibilità alla CEDU, in particolare

²¹ Sul punto, la Corte EDU – richiamando la sentenza *Torreggiani* – ha chiarito che «when it comes to conditions of detention which continue to obtain, preventive and compensatory remedies have to be complementary to be considered effective, because the mere prospect of compensation cannot be allowed to legitimise particularly severe suffering in breach of Article 3 of the Convention and unacceptably to weaken the State's obligation to bring its standards of detention in line with that Article (see *Ananyev and Others*, cited above, § 98, as well as *Orchowski v. Poland*, no. 17885/04, §§ 108-09, 22 October 2009)» (*Harakchiev and Tolumov v. Bulgaria*, IV sezione, 8 luglio 2014, p. 222).

²² La Corte costituzionale ha recentemente affermato che «le decisioni del magistrato di sorveglianza, rese su reclami proposti da detenuti a tutela dei propri diritti, (...) devono ricevere concreta applicazione e non possono essere privati di effetti pratici da provvedimenti dell'amministrazione penitenziaria o di altre autorità» (sentenza n. 135 del 2013; per un commento A. DELLA BELLA, *La Corte costituzionale stabilisce che l'Amministrazione penitenziaria è obbligata ad eseguire i provvedimenti assunti dal Magistrato di sorveglianza a tutela dei diritti dei detenuti*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 13 giugno 2013). Non è mancato in dottrina chi ha notato che «la pronuncia della Corte non contribuisce tuttavia a chiarire quali siano gli strumenti esperibili qualora la Amministrazione penitenziaria non provveda ad eseguire le decisioni del magistrato di sorveglianza» (P. CORVI, *Sovraffollamento carcerario e tutela dei diritti del detenuto: il ripristino della legalità*, cit., p. 1810).

²³ La Corte EDU ha ribadito che «in the context of complaints about inhuman or degrading conditions of detention, the Court has already observed that two types of relief are possible: an improvement in the material conditions of detention, and compensation for the damage or loss sustained on account of such conditions (see *Roman Karasev v. Russia*, no. 30251/03, § 79, 25 November 2010, and *Benediktov v. Russia*, no. 106/02, § 29, 10 May 2007). If an applicant has been held in conditions in breach of Article 3, a domestic remedy capable of putting an end to the ongoing violation of his or her right not to be subjected to inhuman or degrading treatment is of the greatest

all'art. 3, sembra essere stata raggiunta a seguito delle ricordate riforme legislative introdotte dopo la sentenza Torreggiani, almeno secondo quanto recentemente affermato dalla Corte EDU. La Corte, in due recenti sentenze²⁴, ha riconosciuto che «conformément au plan d'action présenté à la Cour en novembre 2013, l'État défendeur a mis en place une série de mesures de fond tendant à résoudre le problème structurel du surpeuplement carcéral»²⁵.

Occorre comunque rimarcare che, anche dal punto di vista della legittimità costituzionale, le due dimensioni del fenomeno del sovraffollamento – individuale e strutturale – devono essere necessariamente coordinate: la gestione dell'emergenza deriva infatti da una inefficiente (e spesso illegittima) gestione ordinaria del sistema punitivo penale e di quello carcerario, producendo un circolo vizioso in termini di garanzia dei diritti²⁶ e di certezza giuridica, che incide su fondamentali principi costituzionali. Da questo punto di vista, rimane da valutare se le misure

value. However, once the applicant has left the facility in which he or she has endured the inadequate conditions, he or she should have an enforceable right to compensation for the violation that has already occurred. Where the fundamental right to protection against torture, inhuman and degrading treatment is concerned, the preventive and compensatory remedies have to be complementary in order to be considered effective. The existence of a preventive remedy is indispensable for the effective protection of individuals against the kind of treatment prohibited by Article 3. Indeed, the special importance attached by the Convention to this provision requires, in the Court's view, the States parties to establish, over and above a compensatory remedy, an effective mechanism in order to put an end to such treatment rapidly (see *Ananyev and Others*, cited above, §§ 98-99, 10 January 2012, and *Torreggiani and Others v. Italy*, nos. 43517/09, 46882/09, 55400/09, 57875/09, 61535/09, 35315/10 and 37818/10, § 50, 8 January 2013). The need, however, to have both of these remedies does not imply that they should be available in the same judicial proceedings» (*Aden Ahmed v. Malta*, IV sez., 23 luglio 2013, p. 57).

²⁴ *Stella e altri c. Italia* (X sez., 16 settembre 2014) e *Rexhepi e altri c. Italia* (X sez., 16 settembre 2014).

²⁵ *Stella e altri c. Italia*, p. 51.

²⁶ La Corte costituzionale riconosce «l'attitudine del sovraffollamento carcerario a pregiudicare i connotati costituzionalmente inderogabili dell'esecuzione penale e ad incidere, comprimendolo, sul "residuo" irriducibile della libertà personale del detenuto, gli uni e l'altro espressione del principio personalistico posto a fondamento della Costituzione repubblicana (sentenza n. 1 del 1969)» (sentenza n. 279 del 2013).

strutturali introdotte – in particolare i rimedi di carattere giurisdizionale e risarcitorio – potranno garantire nel lungo periodo il ritorno a una dimensione fisiologica del fenomeno, in termini tanto quantitativi (presenze nelle carceri) quanto qualitativi (condizioni della detenzione).

La prassi rischia altrimenti di ridefinire la natura e la funzione della pena detentiva²⁷, incidendo in modo patologico su fondamentali principi costituzionali²⁸: la libertà personale della persona, in relazione ai «modi previsti dalla legge» della sua limitazione attraverso forme di detenzione, ispezione o perquisizione personale (art. 13, primo comma) e al principio per cui «è punita ogni violenza fisica e morale sulle persone comunque sottoposte a restrizioni di libertà» (art. 13, quarto comma); il principio secondo cui «le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità e devono tendere alla rieducazione del condannato» (art. 27, terzo comma)²⁹; il principio secondo cui «tutti

²⁷ Insiste su questo aspetto A. LORENZETTI, *Le “zone d’ombra” dei diritti sociali: la tutela della dignità delle persone detenute fra strumenti di soft law e discrezionalità amministrativa*, in P. BONETTI, A. CARDONE, A. CASSATELLA, F. CORTESE, A. DEFFENU, A. GUAZZAROTTI (a cura di), *Spazio della tecnica e spazio del potere nella tutela dei diritti sociali*, Roma, 2014, in particolare p. 235.

²⁸ A. PUGIOTTO, *L’Urlo di Munch della magistratura di sorveglianza (statuto costituzionale della pena e sovraffollamento carcerario)*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 6, 2013, p. 4544, nota come la sentenza n. 279 del 2013 abbia il merito di «inquadrate il sovraffollamento carcerario come problema di legalità costituzionale» e di evidenziarne l’impatto distorsivo rispetto ai “connotati costituzionalmente inderogabili dell’esecuzione penale».

²⁹ Occorre sottolineare che questo principio è stato ricondotto anche alla condizione giuridica del detenuto straniero, anche se irregolare, dalla Corte costituzionale, la quale ha affermato che la “radicale esclusione dalle misure alternative alla detenzione di un’intera categoria di soggetti, individuata sulla base di un indice – la qualità di cittadino extracomunitario presente irregolarmente sul territorio dello Stato – privo di univoco significato rispetto ai valori rilevanti ai fini considerati”. Inoltre, secondo la Corte, «un simile divieto contrasta con gli stessi principi ispiratori dell’ordinamento penitenziario che, sulla scorta dei principi costituzionali della uguale dignità delle persone e della funzione rieducativa della pena (artt. 2, 3 e 27, terzo comma, della Costituzione), non opera alcuna discriminazione in merito al trattamento sulla base della liceità della presenza del soggetto nel territorio nazionale», avendo ciò come conseguenza che «la finalità repressiva finisce per annullare quella rieducativa». Sul punto, M. PELISSERO, *Il vagabondo oltre il confine. Lo statuto penale dell’immigrato irregolare nello stato di prevenzione*, in *Politica del diritto*, 2, 2011, p. 143.

possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi» (art. 24, primo comma), considerata la scarsa effettività delle decisioni della magistratura di sorveglianza (riconosciuta anche dalla Corte EDU nella sentenza *Torregiani*)³⁰.

Il sistema, nella sua attuazione legislativa e nella prassi amministrativa e regolamentare che lo caratterizza, appare quindi caratterizzato da una tensione costituzionale che, evidenziata da un fatto eccezionale (il sovraffollamento), trova la sua origine e le sue ragioni nelle modalità della gestione ordinaria dei modi e dei luoghi della esecuzione della pena. La dimensione costituzionale, attraverso la giurisprudenza della Corte costituzionale, è chiamata a svolgere – per assicurare il funzionamento del sistema giuridico-politico ed evitare la sua degradazione a «macchina letale» – una funzione di riconduzione alla fisiologia costituzionale di casi eccezionali. Una questione ulteriore è rappresentata dalla natura effettivamente eccezionale del sovraffollamento: può essere definito eccezionale – e quindi giustificare e legittimare interventi emergenziali – un fenomeno che viene unanimemente definito come «dato di sistema»³¹?

³⁰ Recentemente, però, la Corte costituzionale ha affermato che l'amministrazione penitenziaria non può rifiutarsi di ottemperare ad una decisione del magistrato di sorveglianza che abbia rilevato, in via definitiva, la lesione di un diritto del detenuto (sentenza n. 135 del 2013; per un commento, M. RUOTOLO, *Sul principio di effettività della tutela giurisdizionale dei diritti dei detenuti*, in www.giurcost.org e *Giurisprudenza costituzionale*, 3, 2013; A. DELLA BELLA, *La Corte costituzionale stabilisce che l'Amministrazione penitenziaria è obbligata ad eseguire i provvedimenti assunti dal Magistrato di sorveglianza a tutela dei diritti dei detenuti*, in www.penalecontemporaneo.it, 13 giugno 2013; V. MANES, V. NAPOLEONI, *Incostituzionali le restrizioni ai colloqui difensivi dei detenuti in regime di "carcere duro": nuovi tracciati della Corte in tema di bilanciamento dei diritti fondamentali*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 4, 2013, pp. 336-351). Sul punto, cfr. anche la Delibera plenaria del 13 gennaio 2014 del Consiglio Superiore della Magistratura, relativa allo stato di attuazione della Risoluzione «in ordine a soluzioni organizzative e diffusione di buone prassi in materia di magistratura di sorveglianza» del luglio 2013 (per un commento, S. CIAMPI, *Monitoraggio sullo stato di attuazione della risoluzione in ordine a soluzioni organizzative e diffusione di buone prassi in materia di magistratura di sorveglianza: il C.S.M. fa il punto della situazione*, www.penalecontemporaneo.it, 13 marzo 2014).

³¹ Messaggio del Presidente della Repubblica, Commissione del Senato, Corte costituzionale, Corte EDU.

Chiarita la natura sistematico-endogena della descritta situazione “eccezionale”, è opportuno evidenziare quantomeno tre aspetti di criticità che le condizioni di detenzione sembrano evidenziare rispetto a principi posti dalla Corte costituzionale:

- a) i limiti posti dalla garanzia dei diritti delle persone sottoposte a misure limitative della libertà personale, rispetto ai quali la Corte ha affermato che «chi si trova in stato di detenzione, pur privato della maggior parte della sua libertà, ne conserva sempre un residuo, che è tanto più prezioso in quanto costituisce l'ultimo ambito nel quale può espandersi la sua personalità individuale» (sentenza n. 349 del 1993), principio che pone allo Stato un dovere di garantire la massima protezione a tale residuo di libertà, interpretato alla luce dell'art. 2 Cost.³² e al rapporto tra potere e persona-corpo³³;
- b) il rapporto tra “modi” di esecuzione della pena e finalità della detenzione: secondo la Corte costituzionale, «l'idea che la restrizione della libertà personale possa comportare consequenzialmente il disconoscimento delle posizioni soggettive attraverso un generalizzato assoggettamento all'organizzazione penitenziaria è estranea al vigente ordinamento costituzionale, il quale si basa sul primato della persona umana e dei suoi diritti» (sentenza n. 22 del 1971)³⁴;

³² Sulla giurisprudenza costituzionale in materia, cfr. G.M. FLICK, *I diritti dei detenuti nella giurisprudenza costituzionale*, in *Diritto e società*, 1, 2012, pp. 187-201.

³³ La Corte costituzionale, nella citata sentenza n. 349 del 1993, afferma inoltre che «la sanzione detentiva non può comportare una totale e assoluta privazione della libertà della persona; ne costituisce una grave limitazione, ma non la soppressione», derivandone una relazione diretta tra principi costituzionali e ordinamento giudiziario. La Corte costituzionale ha affermato che «l'ordinamento democratico riconosce, accanto al potere organizzativo dell'amministrazione penitenziaria, la sussistenza (*recte*: permanenza), in capo al soggetto privato su cui si esercita detto potere, di un fascio di diritti e posizioni soggettive non sacrificabili di fronte alle scelte discrezionali dell'organo amministrativo e la cui tutela pertanto non sfugge al giudice dei diritti» (sentenza n. 212 del 1997). A livello comparato, la *Supreme Court* degli Stati Uniti, riferendosi al sistema penitenziario californiano, ha affermato che «a prison that deprives prisoners of basic sustenance (adequate medical care) is incompatible with the concept of human dignity and has no place in civilised society», individuando nel sovraffollamento la «primary cause of the violation of federal rights» (sentenza *Brown v. Plata*, 23 maggio 2011).

³⁴ G. SILVESTRI, *La dignità umana dentro le mura del carcere*. Intervento del Presidente Silvestri al Convegno “Il senso della pena. Ad un anno dalla sentenza *Torregiani*

emerge anche la relazione con la finalità rieducativa della pena, in quanto «l'efficacia rieducativa, indicata come finalità ultima (e non unica) della pena, dall'art. 27, terzo comma, non dipende solo dalla durata di essa, bensì soprattutto dal suo regime di esecuzione, per cui è pressante l'esigenza di ammodernamento del regolamento penitenziario» (sentenza n. 22 del 1971)³⁵;

- c) lo stato di emergenza come fonte che legittima l'utilizzo di strumenti normativi eccezionali (e i suoi limiti): la Corte costituzionale ha specificato che «l'emergenza è una condizione certamente anomala e grave, ma anche essenzialmente temporanea», per cui «essa legittima sì misure insolite; ma che queste perdono legittimità, se ingiustificatamente protratte nel tempo» (sentenza n. 15 del 1982). Eventuali interventi normativi straordinari devono quindi rispettare un principio di ragionevolezza e congruità, che risulta ancor più stringente alla luce del rilievo costituzionale dei beni coinvolti: «non è dubitabile che il principio della inviolabilità della libertà personale è la regola e che ogni limitazione ad essa si configura come eccezione» e che «la Costituzione esiga, affinché la restrizione della li-

della CEDU» Roma, Carcere di Rebibbia, cit., p. 3, ricorda come quanto affermato dal terzo comma dell'art. 27 Cost. non si limiti al divieto di trattamenti «contrari al senso di umanità», ma abbia anche una dimensione positiva, per cui «è giuridicamente necessario che la struttura carceraria fornisca strumenti concreti perché il detenuto eserciti tutti i diritti fondamentali garantiti dalla Costituzione, potendosi escludere solo le modalità di esercizio incompatibili con la sicurezza della custodia». Cfr. la sentenza n. 526 del 2000, in materia di perquisizioni personali in carcere. In tema, M. RUOTOLO, *Diritti dei detenuti e Costituzione*, Torino, 2002, in particolare pp. 47 ss.

³⁵ A. PUGIOTTO, *L'Urlo di Munch della magistratura di sorveglianza (statuto costituzionale della pena e sovraffollamento carcerario)*, in *Giurisprudenza costituzionale*, cit., p. 4543, condivide l'approccio della Corte costituzionale (da ultimo, sentenza n. 279 del 2013), che evidenzia «il contesto unitario, non dissociabile, in cui si muovono i due principi delineati dall'art. 27, comma 3, Cost., “in quanto logicamente in funzione l'uno dell'altro”», riferendosi al divieto di trattamenti inumani e alla funzione rieducativa della pena. M. RUOTOLO, *Quale tutela per il diritto a un'esecuzione della pena non disumana? Un'occasione mancata o forse soltanto rinviata*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 6, 2013, p. 4553, sostiene che, nel dichiarare inammissibili le questioni, la Corte avrebbe ritenuto che «la discrezionalità del legislatore non può essere rivendicata sul piano dell'*an* ma soltanto sul piano del *quomodo*, venendo meno pure quest'ultimo in caso di protrazione dell'inerzia».

bertà sia legittima, la puntuale previsione legislativa dei “casi e dei modi” non è disputabile»³⁶.

4. *Anomia ed eccezione: la (non) disciplina dei centri di identificazione ed espulsione (CIE)*

Il *climax* ascendente al quale ci si è riferiti nelle pagine introduttive raggiunge la propria vetta con il caso dei CIE³⁷, ai quali – forse in modo eterodosso – si è deciso di applicare il concetto agambeniano di «spazio anomico»³⁸, inteso nel suo riferirsi a «spazi di indistinzione giuridica»³⁹, che «si pongono fuori dall’ordinamento giuridico, mettendo tra parentesi alcune sue garanzie e lasciando ampi margini di azione alle autorità di pubblica sicurezza chiamate a governarli quotidianamente, ma che nondimeno sono dal medesimo ordinamento previsti e regolati in dettaglio»⁴⁰.

Continuando nell’utilizzo di categorie e concetti agambeniani, questi spazi di detenzione amministrativa possono essere qualificati – dal

³⁶ Corte costituzionale, sentenza n. 201 del 1987; cfr. anche sentenza n. 127 del 1995.

³⁷ Da ultimo, una approfondita analisi è proposta da A. PUGIOTTO, *La «galera amministrativa» degli stranieri e le sue incostituzionali metamorfosi*, in *Quaderni costituzionali*, 3, 2014, pp. 573-604.

³⁸ Secondo l’Autore citato, «lo stato di eccezione separa la norma dalla sua applicazione, per rendere possibile la normazione effettiva del reale» e producendo una tensione giuridica, per la quale un minimo di vigenza formale coincide con un massimo di applicazione reale e viceversa. Pertanto, lo spazio anomico consiste in una forza di legge senza la legge: «l’anomia coincide con una figura estrema e spettrale del diritto, in cui esso si scinde in una pura vigenza senza applicazione (la forma-di-legge) e una pura applicazione senza vigenza (forza-di-legge)» (G. AGAMBEN, *Stato di eccezione*, cit., p. 78).

³⁹ G. AGAMBEN, *Homo sacer*, cit., p. 189.

⁴⁰ A. DI MARTINO, *Secondo Centri, campi, Costituzione. Aspetti d’incostituzionalità dei CIE*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 1, 2014, p. 34, «non si può affermare che il CIE sia uno spazio anomico: non si può propriamente parlare di assenza di diritti fondamentali», ma piuttosto che «assistiamo ad una proclamazione dei diritti fondamentali però vuota, perché sospesa alla sola civiltà e senso etico delle forze di p.s., in difetto di una legge che preveda le forme di compressione della libertà».

punto di vista giuridico – come eccezione finalizzata alla tutela dell'ordinamento, svolgendo la funzione di supremo esercizio di sovranità, formalizzata dalla dichiarazione di emergenza nazionale che legittima una forzatura delle garanzie costituzionali e degli istituti ordinari.

Ciò conduce a un utilizzo distorto – tenuto conto della ineludibilità anche in tali spazi delle garanzie costituzionali alla libertà personale e alla dignità delle persone, nonché alla legalità costituzionale – delle fonti, che determina un ricorso smodato alla decretazione d'urgenza e al potere straordinario di ordinanza. Oltre a quanto previsto in termini generali dall'art. 14 del Testo Unico sull'immigrazione⁴¹, la disciplina dei casi e delle modalità del trattenimento è infatti contenuta pressoché integralmente in fonti secondarie o non vincolanti, come le circolari ministeriali⁴².

Anche in questo ambito, la giurisprudenza costituzionale è venuta a svolgere la funzione di valvola di sicurezza di un sistema normativo caratterizzato dalla emergenza normativa (cfr. in termini generali i principi contenuti nella sentenza n. 15 del 1982), quando non da vera e propria anomia⁴³.

⁴¹ *Ex plurimis*, sulla genesi della disciplina del trattenimento dello straniero nell'ordinamento italiano, cfr. I. GJERGJ, *Il trattenimento dello straniero in attesa di espulsione: una "terra di nessuno" tra ordine giuridico e fatto politico*, in www.costituzionalismo.it, 7 novembre 2006.

⁴² Cfr. ad esempio il decreto del Presidente della Repubblica n. 394 del 1999 e la circolare ministeriale n. 3154/2002, relativa a «Convenzione tipo e linee guida per la gestione di Centri di Permanenza Temporanea e Assistenza (CPT) e di Centri di Identificazione (CID)». Sull'utilizzo di tale fonte in materia di immigrazione, cfr. I. GJERGJ, *Circolari amministrative e immigrazione*, Milano, 2013. G. CAMPESI, *La detenzione amministrativa degli stranieri in Italia: storia, diritto, politica*, cit., p. 28, sottolinea che «con tali disposizioni il Governo tentava di limitare la discrezionalità delle autorità di pubblica sicurezza chiamate alla gestione dei centri, senza per questo eliminare però l'eccezionalità di una forma di detenzione slegata dalle stringenti regole previste dal codice di procedura penale e dall'ordinamento penitenziario e sostanzialmente priva delle forme di tutela dei diritti dei detenuti previste per la detenzione penale».

⁴³ Per una descrizione della disciplina di questi centri, cfr. da ultimo C. MAZZA, *La prigione degli stranieri. I Centri di Identificazione e di Espulsione*, Roma, 2013, in particolare pp. 41 ss.

4.1. La qualificazione giuridica dei CIE: luogo temporaneo di permanenza e assistenza o forma di detenzione (amministrativa)

Nel momento in cui si qualifichi il trattenimento nei CIE come modalità di restrizione della libertà personale⁴⁴, diritto inviolabile che deve essere garantito anche ai non cittadini, occorre garantire che i “casi” e i “modi” della restrizione siano definiti in modo da rispettare in particolare il principio della riserva di legge⁴⁵. Quest’ultima assume – ex art. 13 Cost. – natura assoluta, potendo essere integrata da fonti secondarie solo attraverso «regolamenti di stretta esecuzione»⁴⁶, in base alla volontà di garantire una «incisiva limitazione degli interventi del potere esecutivo, che potranno esplicarsi solo se rigorosamente vincolati alla legge, di cui costituiscono necessaria applicazione, e non in forza di concreti provvedimenti discrezionali»⁴⁷.

La Corte costituzionale, a proposito della qualificazione giuridica di questi spazi di limitazione della libertà personale, ha affermato che «il trattenimento dello straniero presso i centri di permanenza temporanea e assistenza è misura incidente sulla libertà personale, che non può essere adottata al di fuori delle garanzie dell’articolo 13 della Costituzione» (sentenza n. 105 del 2001)⁴⁸. La Corte riconduce in modo inequivoco entro l’ambito di applicazione dell’art. 13 Cost. la misura del trattenimento nei centri, adottando un approccio sostanzialista-realista: infatti, se dal punto di vista terminologico sarebbe possibile dubitare della riconducibilità di tale misura a quelle previste dall’articolo citato⁴⁹, «se

⁴⁴ In tema, A. PUGIOTTO, *La «galera amministrativa» degli stranieri e le sue incostituzionali metamorfosi*, cit., pp. 576 ss.

⁴⁵ Sul punto, M. RUOTOLO, *Art. 13*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Torino, 2006, pp. 325 ss.

⁴⁶ M. RUOTOLO, *Art. 13 Cost.*, cit.

⁴⁷ V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, 1993, p. 62.

⁴⁸ Sul punto, C. MAZZA, *La prigionia degli stranieri. I Centri di Identificazione e di Espulsione*, cit., p. 65, e dottrina ivi citata (nota 36). L’Autrice analizza criticamente la compatibilità della misura con i principi costituzionali e l’art. 13 Cost. in particolare, concentrandosi sulla «individuazione dei presupposti» e sulla «tutela giurisdizionale» assicurata (*Ivi*, pp. 66 ss.).

⁴⁹ Il legislatore evita, infatti, di utilizzare termini e concetti che possano anche solo richiamare la terminologia tipica della detenzione penale: «il legislatore ha avuto cura

si ha riguardo al suo contenuto, il trattenimento è quantomeno da ricondurre alle “altre restrizioni della libertà personale”, di cui pure si fa menzione nell’articolo 13 della Costituzione»⁵⁰.

Il criterio di qualificazione viene identificato con un principio ontologicamente connesso alla garanzia della libertà personale e della dignità della persona – dei corpi – che si trovano sottoposti a provvedimenti restrittivi da parte della autorità statale – del potere –: la «mortificazione della dignità dell’uomo che si verifica in ogni evenienza di assoggettamento fisico all’altrui potere e che è indice sicuro dell’attinenza della misura alla sfera della libertà personale», e che si configura anche nel caso del trattenimento a scopi espulsivi, seppur qualificato nel senso della assistenza⁵¹. Inoltre, secondo la Corte, nemmeno lo *status* delle persone sottoposte a tale misura restrittiva può incidere sul *quantum* della tutela, non essendo quindi possibile affermare che «le garanzie dell’articolo 13 della Costituzione subiscano attenuazioni rispetto agli

di evitare, anche sul piano terminologico, l’identificazione con istituti familiari al diritto penale, assegnando al trattenimento anche finalità di assistenza e prevedendo per esso un regime diverso da quello penitenziario». Questa scelta è comunque comune ai legislatori nazionali: l’utilizzo di questa *factio* semantica finalizzata a evitare il termine “detenzione” o simili viene utilizzata anche nell’ordinamento francese, in cui si parla di *retention* o di *zone d’attente*, e inglese (Centres qualificati secondo la funzione: accommodation, removal, induction). Sulle esperienze francese e inglese, C. MAZZA, *La prigione degli stranieri. I Centri di Identificazione e di Espulsione*, cit., pp. 94 ss.

⁵⁰ A. DI MARTINO, *Centri, campi, Costituzione. Aspetti d’incostituzionalità dei CIE*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 1, 2014, p. 24, sottolinea che la Corte riconduce il trattenimento alle forme di limitazione della libertà personale previste dal secondo comma dell’art. 13 Cost., e non dal terzo (provvedimenti necessari ed urgenti adottati dall’autorità di pubblica sicurezza).

⁵¹ Il nome giuridico di questi luoghi era originariamente “centro di permanenza temporanea e di assistenza”, ex art.14, comma 4, del decreto legislativo n. 286 del 1998; cfr. anche sentenze n. 222 del 2004 e n. 240 del 2006. M. PELISSERO, *Il vagabondo oltre il confine. Lo statuto penale dell’immigrato irregolare nello stato di prevenzione*, cit., p. 266, individua nei CIE l’esempio più evidente del processo per cui «il legislatore mostra di bagatellizzare la libertà personale del migrante attraverso la “amministrativizzazione dei diritti fondamentali”».

stranieri, in vista della tutela di altri beni costituzionalmente rilevanti»⁵².

Pertanto, se la detenzione amministrativa costituisce una forma di restrizione della libertà personale delle persone, occorrerebbe garantire che i casi e i “modi” di tale restrizione fossero tassativamente previsti dalla legge, secondo quanto previsto dall’art. 13 Cost. La disciplina dei CIE soddisfa questa condizione (di natura costituzionale)⁵³? La Corte costituzionale, nella citata sentenza n. 105 del 2001, ha affermato la compatibilità della disciplina legislativa (art. 14 testo unico) in materia, la quale può essere interpretata nel senso di estendere l’ambito del controllo giurisdizionale e la sua effettività, sulla base di una interpretazione conforme a costituzione, in particolare all’art. 13 Cost. Secondo la Corte, infatti, «è la forza del precetto costituzionale dell’art. 13 a imporre una accezione piena del controllo che spetta al giudice della convalida».

Permangono tuttavia dubbi relativi alla compatibilità con i suddetti principi (riserva assoluta di legge) della disciplina dei “modi” e dei “casi”⁵⁴ della restrizione della libertà personale mediante trattenimento,

⁵² Secondo la Corte infatti, «per quanto gli interessi pubblici incidenti sulla materia della immigrazione siano molteplici e per quanto possano essere percepiti come gravi i problemi di sicurezza e di ordine pubblico connessi a flussi migratori incontrollati, non può risultarne minimamente scalfito il carattere universale della libertà personale, che, al pari degli altri diritti che la Costituzione proclama inviolabili, spetta ai singoli non in quanto partecipino di una determinata comunità politica, ma in quanto essere umani».

⁵³ Osserva D. PERUGIA, *Centri di identificazione ed espulsione: quali diritti per gli immigrati clandestini?*, in www.penalecontemporaneo.it, p. 4, che «a dispetto della natura tecnicamente né penitenziaria in senso stretto, il regime che caratterizza tale *status detentionis* appare, sotto molteplici profili, addirittura più rigido rispetto a quello della detenzione in carcere».

⁵⁴ Cfr. A. DI MARTINO, *La disciplina dei “C.I.E.” è incostituzionale. Un pamphlet*, in *Diritto penale contemporaneo*, p. 3, il quale ritiene che «i casi della limitazione della libertà personale a titolo di trattenimento nei CIE sono/sembrano in effetti stabiliti dalla legge: l’art. 14, comma 1, d.lgs. 25.7.1998 n. 286». Tuttavia, sottolinea l’Autore, il rinvio compiuto dalla disposizione citata alla fonte regolamentare per la individuazione e costituzione dei centri «è (...) problematico: lo è innanzi tutto sotto il profilo, di cui si dirà, della fonte dei «modi» di detenzione; ma lo è anche dal punto di vista della determinazione per legge dei «casi» di trattenimento. Infatti, (...) la legge non s’incarica minimamente di stabilire parametri di carattere generale ed orientativo della discrezio-

che è contenuta – con particolare riferimento ai “modi” – in fonti secondarie o straordinarie (ordinanze): l’attrito con l’art. 13 Cost. che sembra essere risolto sul fronte delle garanzie processuali (convalida), riemerge rispetto alle modalità di esercizio di tale forma di detenzione amministrativa⁵⁵.

Una volta ricondotta tale misura all’ambito dell’art. 13, infatti, «i casi e i modi dell’art. 13 sono ancora più incisivi dell’“in forza di legge” ex art. 25 Cost. e comportano una definizione ancora più rigorosa delle restrizioni ammissibili richiedendo previsioni legislative tali da ancorare a criteri obiettivamente riconoscibili le restrizioni ammesse»⁵⁶. Inoltre, occorre richiamare quella dottrina che ha sottolineato come «fino ad ora, la giurisprudenza costituzionale è stata largamente assolutoria nei confronti di tale regime», ma che – alla luce delle riforme in materia introdotte dai pacchetti sicurezza rispetto al limite massimo della durata del trattenimento (che si può protrarre fino a 18 mesi⁵⁷, almeno fino al recente intervento attraverso la legge n. 161 del 2014⁵⁸) – non

nalità del ministero nell’individuare centri già esistenti come “strutture immobiliari” (evidentemente per altri fini) o costituirne di nuovi» (*Ibidem*).

⁵⁵ Secondo A. DI MARTINO, *Centri, campi, Costituzione. Aspetti d’incostituzionalità dei CIE*, cit., p. 33, anche rispetto alla determinazione dei “casi” sussisterebbero dei dubbi di costituzionalità: infatti, «la legge non s’incarica minimamente di stabilire parametri di carattere generale ed orientativo della discrezionalità del Ministero nell’individuare Centri già esistenti (...) o di individuarne di nuovi».

⁵⁶ G. AMATO, *Individuo e autorità nella disciplina della libertà personale*, Milano, 1967.

⁵⁷ Sottolinea la durata massima del trattenimento G. BASCHERINI, *A proposito delle più recenti riforme in materia di trattenimento dello straniero nei centri di identificazione ed espulsione*, in *Rivista telematica giuridica dell’Associazione dei Costituzionalisti Italiani*, 1, 2012, pp. 7 ss.

⁵⁸ L’art. 3 della legge citata ha sostituito interamente l’intero comma 5 dell’art. 14 TU che disciplina la convalida e la proroga dei termini di trattenimento nei Centri di identificazione ed espulsione, riducendo a 90 giorni il termine massimo del trattenimento nei centri. Per un commento, che sottolinea i possibili dubbi applicativi che la norma può sollevare, cfr. il documento ASGI dell’11 novembre 2014, reperibile all’URL: <http://www.asgi.it/notizia/espulsioni-e-trattenimenti-degli-stranieri-italia-le-nuove-norme-analizzate-dallasgi/>.

potrà non condurre a «un più stretto scrutinio di costituzionalità, ritornando anche sui suoi esiti precedenti»⁵⁹.

I principi costituzionali – attraverso la giustizia – confermano il proprio ruolo di metronomo del rapporto tra disciplina ordinaria e disciplina derogatoria: se l'eccezione funge da valvola di sfogo dell'ordinamento, la Costituzione ne rappresenta la valvola di sicurezza, anche nei confronti della ragionevole (e legittima) attivazione della prima. Questo ruolo, però, rischia di essere depotenziato dalla degradazione alla fonte secondaria di natura regolamentare di aspetti centrali della disciplina dei centri, in tal modo sottraendola allo scrutinio della Corte costituzionale, oltre che a porsi in potenziale contrasto con la riserva assoluta prevista dall'art. 13, che si applica anche a «qualsiasi altra restrizione della libertà personale» (secondo comma)⁶⁰.

4.2. *Dalla qualificazione giuridica alla protezione dei diritti delle persone trattenute: la forma è la sostanza delle cose (e delle garanzie)*

Attraverso la dilatazione dello spazio di discrezionalità amministrativa nella definizione sostanziale dei casi e modi del trattenimento⁶¹,

⁵⁹ Sul punto, A. PUGIOTTO, *La «galera amministrativa» degli stranieri e le sue incostituzionali metamorfosi*, cit., pp. 594 ss.

⁶⁰ Anche il rispetto della riserva di giurisdizione è destinata a rilevare. Secondo A. PUGIOTTO, «*Purché se ne vadano*». *La tutela giurisdizionale (assente o carente) nei meccanismi di allontanamento dello straniero*, Relazione al Convegno nazionale dell'Associazione Italiana Costituzionalisti, Lo statuto costituzionale del non cittadino, Cagliari, 16-17 ottobre 2009 in www.astrid-online.it, p. 24, quando il Testo Unico prevede «una misura coercitiva della sua [dello straniero] libertà personale disposta *direttamente* dall'autorità amministrativa (succede per il provvedimento di accompagnamento coattivo alla frontiera, succede per il provvedimento di trattenimento nei CIE) è la *ratio* sostanziale della riserva di giurisdizione a essere violata. Il solo modo per mettere in sicurezza il sistema rientrando nell'ortodossia costituzionale è la piena giurisdizionalizzazione dei relativi meccanismi di allontanamento, nel rispetto integrale delle regole dell'*habeas corpus*».

⁶¹ L'art. 13, quarto comma, si limita a prevedere che «l'espulsione è eseguita dal questore con accompagnamento alla frontiera a mezzo della forza pubblica» e l'art. 14 dispone che «quando non è possibile eseguire con immediatezza l'espulsione mediante accompagnamento alla frontiera ovvero il respingimento (...), il questore dispone che lo straniero sia trattenuto per il tempo strettamente necessario presso il centro di perma-

l'intervento legislativo finisce con l'elevare «a regola quella che per la Costituzione è e deve rimanere un'eccezione: la limitazione della libertà personale ad opera dell'autorità di pubblica sicurezza in casi eccezionali di necessità ed urgenza (art. 13, comma 3, Cost.)»⁶². Il requisito stesso della eccezionalità dei casi viene in rilievo, potendosi dubitare della sua effettiva sussistenza, quando da eccezionale la misura si converta legislativamente in regola, tenuto conto del fatto che «il presupposto dell'eccezionalità non si collega alla rarità della fattispecie considerata, bensì al suo porsi al di fuori della regola ordinaria»⁶³.

Occorre rilevare inoltre come, in termini generali, in forza della riserva assoluta di legge sono ammessi solo i regolamenti di stretta esecuzione riguardo alla individuazione dei casi e dei modi della restrizione della libertà personale⁶⁴, dovendosi pertanto escludere un intervento attuativo di natura amministrativa (e non meramente applicativo)⁶⁵ che

nenza temporanea e assistenza più vicino» e che – rispetto ai “modi” – «lo straniero è trattenuto nel centro con modalità tali da assicurare la necessaria assistenza e il pieno rispetto della sua dignità».

⁶² A. PUGIOTTO, «*Purché se ne vadano*», cit., p. 23. Cfr. anche R. ROMBOLI, *Legittimità costituzionale dell'accompagnamento coattivo alla frontiera e del trattenimento dello straniero presso i centri di permanenza e assistenza*, in R. BIN, G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI (a cura di), *Stranieri tra i diritti. Trattenimento, accompagnamento coattivo, riserva di giurisdizione*, Torino, 2001, p. 12, il quale ricorda che «i casi in cui tale deroga può essere eccezionalmente consentita debbono essere assolutamente tassativi e ben individuati dalla legge» e che, al contrario, nel caso del trattenimento «non si tratti affatto di un'eccezione, bensì della regola: non siamo cioè di fronte ad uno strumento eccezionale di limitata applicazione, bensì al tipo di intervento con cui in via ordinaria si dà esecuzione al provvedimento di espulsione» (*Ivi*, p. 13).

⁶³ S. BARTOLE, R. BIN, *Commentario*, p. 104. I. GJERGJI, *Il trattenimento dello straniero in attesa di espulsione: una “terra di nessuno” tra ordine giuridico e fatto politico*, cit., p. 31, ritiene che «l'art. 14 del testo unico sull'immigrazione (...) non appare, dunque, idoneo a soddisfare il requisito dell'eccezionalità richiesto dal comma 3, dell'art. 13 della Costituzione, il quale non consente che alla riserva di giurisdizione possano apportarsi deroghe aventi una sfera di applicabilità talmente ampia da tradursi in regola, collocandosi così agli antipodi di ciò che si intende per requisito di eccezionalità».

⁶⁴ S. BARTOLE, R. BIN, *Commentario*, cit., p. 103.

⁶⁵ Cfr. la distinzione tra applicazione e attuazione della legge richiamata da M. AINIS, *Attuazione di norme a mezzo di norme*, in *Giurisprudenza costituzionale*, fasc. 3, 1996, pp. 2015 ss.

si interponga tra norma di legge e atto applicativo (in questo caso, tra la disposizione del T.U. e l'ordine del questore di espulsione o trattenimento). Al contrario, «il regime normativo della misura del trattenimento appare pericolosamente abbandonato alla discrezionalità dell'autorità di pubblica sicurezza»⁶⁶.

Il vuoto normativo che si produce attraverso la normalizzazione di una deroga al sistema delle fonti e alla riserva di legge non può non produrre effetti distorsivi anche rispetto alla tutela dei diritti e delle garanzie delle persone trattenute⁶⁷, oltre che alla tenuta complessiva del modello di gestione del fenomeno, nonostante gli interventi legislativi di dettaglio con cui il parlamento ha tentato di ricondurre alla legalità costituzionale la procedura di espulsione e trattenimento, sulla spinta della giurisprudenza costituzionale⁶⁸. Questa dinamica conduce al di-

⁶⁶ A. PUGIOTTO, «*Purché se ne vadano*», cit., p. 28. L'Autore elenca alcuni casi paradigmatici: «è il questore, non il giudice, che dispone *direttamente* il trattenimento dello straniero, in un numero così alto di ipotesi (e di persone recluse) da configurare un *modus operandi* ordinario, niente affatto eccezionale come invece prescriverebbe la Costituzione. È il questore, non il giudice, a ricorrervi sulla base di presupposti molti dei quali eccessivamente indeterminati, quando ancora l'art. 13, comma 3, Cost. imporrebbe che fossero «indicati tassativamente dalla legge». È dall'operato dell'amministrazione, non necessariamente dalla condotta o volontà dello straniero, che può dipendere la misura del trattenimento e la sua proroga, come nei casi di mancata acquisizione dei documenti di viaggio, di indisponibilità del vettore o di assenza di collaborazione dello Stato interessato dal rimpatrio. È il questore, non il giudice, a decidere l'eventuale cessazione anticipata della detenzione amministrativa. È la fonte regolamentare, non la legge, a disciplinare le modalità del trattenimento nei CIE, nonostante da esse dipendano in concreto l'attivazione e la messa a punto della tutela giurisdizionale dello straniero recluso. È il questore, decidendo in quale centro lo straniero andrà trattenuto, ad individuare volta per volta il giudice della convalida territorialmente competente, che la Costituzione vorrebbe invece precostituito per legge a garanzia dell'imparzialità del suo giudizio. È il questore, non l'amministrazione della giustizia, a fornire al giudice di pace «il supporto occorrente e la disponibilità di un locale idoneo», al fine di assicurare la tempestività del procedimento di convalida a danno, però, della sua imparzialità» (Ivi, pp. 28-29). Analogamente, D. PERUGIA, *Centri di identificazione ed espulsione: quali diritti per gli immigrati clandestini?*, cit., p. 6.

⁶⁷ A. DI MARTINO, *Centri, campi, Costituzione. Aspetti d'incostituzionalità dei CIE*, cit., p. 21, ritiene che «le condizioni effettive della permanenza nei Centri siano (...) largamente dipendenti dai problemi della struttura giuridica fondamentale».

⁶⁸ *Ex plurimis*, sentenze nn. 222 e 223 del 2004.

svelamento del simbolismo e dell'inefficacia della ipertrofia del sistema sanzionatorio di gestione della immigrazione irregolare⁶⁹.

5. *La legalità costituzionale come metronomo dello stato di eccezione*

Il campo, al quale i CIE possono essere ricondotti e per tornare alle suggestioni agambeniane con le quali si sono aperte queste pagine, diviene pertanto «lo spazio che si crea quando lo stato di eccezione comincia a diventare la regola»⁷⁰. In esso, peraltro, si realizzerebbe «un ibrido di diritto e di fatto, in cui i due termini sono diventati indiscernibili», con la conseguenza che «ogni domanda sulla legalità o illegalità di ciò che in esso avviene è semplicemente priva di senso»⁷¹. La disciplina dei CIE rappresenta il paradigma di un processo di progressiva trasformazione della eccezione (la gestione del fenomeno rimessa alla discrezionalità dell'autorità amministrativa) nella regola (le garanzie previste dall'art. 13 Cost. e la riserva assoluta di legge, oltre che la temporaneità della regola derogatoria)⁷².

Come sottolineato in dottrina, «la normalizzazione della detenzione amministrativa degli stranieri ha rappresentato, in sostanza, una diluizione dell'eccezione nel quadro dell'ordinamento giuridico, fino al punto che è adesso possibile fare ricorso a misure limitative della libertà personale che la Costituzione vorrebbe straordinarie senza la necessità di dover dichiarare alcuna sospensione delle garanzie costituzionali, al-

⁶⁹ Un caso paradigmatico è rappresentato dal caso *El Dridi* della Corte di giustizia della UE, per le motivazioni e gli effetti a cascata prodotti all'interno dell'ordinamento italiano: depenalizzazione e abrogazione tacita delle fattispecie incriminatrici correlate.

⁷⁰ G. AGAMBEN, *Homo sacer*, cit., p. 188.

⁷¹ *Ivi*, p. 190.

⁷² A. GABOARDI, *Difesa legittima e «C.I.E.»*. *La vulnerabilità giuridica di una detenzione “fuori legge”*, in www.penalecontemporaneo.it, 10 ottobre 2013, p. 29, «il trattenimento trae piuttosto alimento dall'eccezione, e non tanto dall'eccezione positivamente prevista e disciplinata, quanto piuttosto da quella che si pone al di fuori dello *ius positum*, in quelle lande contigue che si sottraggono alla sua “capacità pervasiva”, o perché non viste o perché deliberatamente occultate».

l'ombra di quella sorta di emergenza a bassa intensità permanente che ispira sin dal principio la politica migratoria italiana»⁷³.

Il rischio è che si produca, anche nel contesto della gestione dell'immigrazione (ma anche della esecuzione della pena detentiva), ciò che Ferrajoli ha definito «diritto penale d'eccezione»⁷⁴, che si esprime attraverso un sostanziale (e formale) ribaltamento della logica dello stato costituzionale di diritto e che provoca una legislazione d'eccezione rispetto alla Costituzione, una giurisdizione d'eccezione rispetto alla legalità, nonché una amministrazione d'eccezione rispetto ai canoni della costituzionalità e della legalità.

Rispetto a tali rischi, la dimensione rappresentata dalla legalità costituzionale è destinata a riemergere, quale metronomo – fonte di legittimità e limite – dello stato di eccezione. Se l'eccezione può essere intesa quale «diritto soggettivo dello Stato alla propria conservazione»⁷⁵, quale espressione massima ed estrema della sovranità statale, essa non può giungere fino a una sostanziale negazione del proprio «essere costituzionale»⁷⁶, ma deve comunque rispondere e rientrare (rispetto alla natura straordinaria e temporanea dell'intervento e alle modalità di attuazione) nella legittimità costituzionale: il fine legittimo e imposto della tutela di fondamentali interessi statali (la repressione della criminalità; il controllo dei flussi migratori e della immigrazione irregolare) non può essere raggiunto attraverso modalità che – di fatto e di diritto – rischiano di indebolire la natura costituzionale di un ordinamento e che si traducono sostanzialmente nella difesa dello stato di diritto mediante la sua negazione⁷⁷.

Nel bilanciato rapporto tra diritto e forza, tra persona-corpo e potere, si esprime la tenuta e la forza di un ordinamento effettivamente costituzionale: la garanzia, seppur in forme differenziate (art. 3 Cost.) ed

⁷³ G. CAMPESI, *La detenzione amministrativa degli stranieri in Italia: storia, diritto, politica*, cit., p. 33.

⁷⁴ L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma-Bari, 2011, pp. 843 ss.

⁷⁵ G. AGAMBEN, *Homo sacer*, cit., p. 33.

⁷⁶ G. LOMBARDI, *Premesse al corso di diritto pubblico comparato*, Milano, 1986, pp. 75 ss., utilizza il concetto di «formula politica istituzionalizzata».

⁷⁷ L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, cit., p. 852.

eventualmente limitate (art. 13 Cost.), dei diritti fondamentali nell'esercizio del potere statale, in special modo quando esso si esprima mediante la coercizione penale e detentiva.

L'eccezione conserva la propria legittimità fintantoché conservi gli elementi che la giustificano – cioè l'essere imprevedibile, temporanea e straordinaria – mentre diviene inevitabilmente *contra ordinem* (*constitutio-nem*) quando, in base alla mera forza della sua imposizione/vigenza, concorre a ribaltare il fisiologico rapporto tra regola ed eccezione: quando, cioè, la normatività (vigenza) della regola viene del tutto superata e destituita dalla forza della regolarità, del fatto. Quando ciò accade, soccorrono le valvole di sicurezza del sistema, interne (giudici ordinari; Corte costituzionale) ed esterne (Corte EDU; Corte di giustizia), a ristabilire – anche se solo parzialmente – la fisiologia del rapporto tra regola ed eccezione in due contesti, la carcerazione e il trattenimento degli stranieri, nei quali il rapporto tra potere e persona assume la natura più paradigmatica.

L'eccezione non può normalizzarsi, diventando regola: la specialità dell'intervento normativo non può confondersi nella sua eccezionalità, in quanto la prima può avere natura stabile ed è legittimata dalla specificità dell'ambito regolato, rispondendo alla logica della adeguatezza dell'intervento (come accade per la legge sull'ordinamento penitenziario)⁷⁸, la seconda è solo provvisoria e giustificata dalla straordinarietà della situazione di fatto, dovendo soddisfare i parametri di necessità e proporzionalità.

⁷⁸ A. TOSCANO, *La funzione della pena e le garanzie dei diritti fondamentali*, Milano, 2012, p. 217, sottolinea che, «per quanto possa considerarsi speciale la disciplina penitenziaria, essa non rappresenta un ordinamento giuridicamente separato, al contrario deve considerarsi parte integrante dell'ordinamento normativo statale» e pertanto si pone «in un rapporto di compatibilità, anzi di svolgimento ed attuazione del programma costituzionale». Cfr. anche M. RUOTOLO, *Diritti dei detenuti e Costituzione*, cit., p. 15.

DIRITTO ALLA SALUTE E PRINCIPIO D'EGUAGLIANZA: PUÒ UN'ECCEZIONE FARE LA DIFFERENZA?

Lucia Busatta

SOMMARIO: 1. Introduzione. 2. Ticket ed esenzioni: circolarità del rapporto tra regola ed eccezione. 3. Una regola eccezionale per un caso eccezionale: malattie rare e prove di tenuta del sistema. 4. Regole, casi eccezionali e valvole di sicurezza. 4.1. Casi d'Oltremarica. 4.2. Decisioni giurisprudenziali controverse in Italia. 5. Conclusioni: gestione politica o giurisdizionale dell'eccezione per una piena garanzia del diritto alla salute?

1. Introduzione

Nell'ampio settore del diritto alla salute, il tema dell'accesso alle prestazioni sanitarie rappresenta un ambito nel quale lo studio del rapporto tra regola ed eccezione permette di svolgere alcune considerazioni circa la tenuta dei diritti costituzionali dell'individuo a fronte dell'esigenza, da parte del sistema sanitario di riferimento, di allocare in modo efficiente le risorse (non solo economiche) disponibili. In particolare, si possono distinguere diversi tipi di regole, corredate dalle relative eccezioni, elaborate al fine di garantire i trattamenti sanitari volti a riempire di contenuto il diritto costituzionale alla salute.

In tal senso, il rapporto tra regola ed eccezione – come si vedrà nei paragrafi seguenti – si presta a molteplici articolazioni. In alcuni casi, *eccezioni* introdotte per rispondere ad un'esigenza specifica e circoscritta a un dato momento si sono tanto integrate nel sistema da divenire parte della *regola*. A tale fenomeno sono poi seguite ulteriori eccezioni volte a ristabilire l'equilibrio o a mantenere vive determinate garanzie.

In altri casi, invece, al fine di disciplinare situazioni soggettive connotate da un certo grado di particolarità, vengono previste eccezioni che

si pongono in un rapporto di *specialità* rispetto alla disciplina – per così dire – *ordinaria*. Tali situazioni meritano particolare attenzione poiché, come sovente accade nello specifico settore della salute, può capitare che la specialità di una data situazione determini, per analogia, l'estensione della soluzione elaborata anche a nuove ipotesi, costringendo l'interprete a spostare progressivamente il confine tra *ordinarietà* e *specialità*.

Vi sono, poi, casi per i quali *prima facie* non pare possibile trovare, all'interno dell'ordinamento, una soluzione che sia sufficientemente garante della posizione della persona e dei suoi diritti fondamentali. In tali circostanze, l'equilibrio può essere ripristinato attraverso l'individuazione di una sorta di “valvola di sicurezza” che permetta all'interprete di fornire una risposta adeguata al singolo caso, pur nel rispetto del quadro normativo esistente.

Infine, vi sono situazioni effettivamente prive di una risposta coerente da parte dell'ordinamento. In questi casi, a chi è chiamato a interpretare o attuare le regole appare impossibile individuare la soluzione del caso all'interno del sistema; una rottura rispetto all'architettura normativa esistente si rende necessaria e l'intervento giurisdizionale o dell'organo preposto alla giustizia costituzionale può essere indispensabile proprio al fine di colmare le lacune emerse¹.

Infine, un certo clamore viene talvolta suscitato da situazioni soggettive che appaiono essere eccezionali, per le quali sembra irrinunciabile, nella contingenza del momento, individuare un'eccezione mirata a garantire una certa idea di giustizia (materiale e sociale). In questi casi, a fronte di interventi giurisdizionali i cui effetti talvolta tendono ad andare oltre il singolo caso cui hanno dato soluzione (si pensi, in questi termini, alle vicende giudiziarie legate ai casi Di Bella e Stamina, su cui *infra*), il legislatore, anche al fine di rispondere ad un bisogno pressante che emerge a livello sociale, interviene introducendo *nuove regole e nuove eccezioni*.

Tali fenomeni, nelle loro molteplici sfaccettature e nelle loro – talvolta imprevedibili – variabili, condividono non solamente il settore

¹ A questo proposito si vedano le considerazioni relative alla funzione della bioequity in C. CASONATO, *Introduzione al biodiritto*, 3^a ed., Torino, 2012, pp. 161 ss.

(quello medico-sanitario) all'interno del quale si collocano, ma anche la tensione che viene a crearsi tra le istanze del singolo che chiede allo Stato una risposta positiva ai propri bisogni e le esigenze pubbliche e collettive di organizzare in modo razionale le (scarse) risorse disponibili e di perseguire, al contempo, le finalità ideali cui lo Stato sociale si ispira².

Il diritto ad accedere alle prestazioni sanitarie garantite dal sistema sanitario verrà quindi in questa sede inteso come un insieme di regole, valutazioni di politica pubblica ed eccezioni che caratterizzano il sistema di diritti, garanzie e regole procedurali di cui l'ordinamento dispone per dare attuazione al diritto alla salute. In questo contesto, pertanto, ci si interrogherà sul ruolo dell'eccezione quale strumento a garanzia dei diritti fondamentali, tentando di individuare i diversi modi della configurazione del rapporto tra regola ed eccezione e le variabili che tali molteplici declinazioni possono comportare, soprattutto in relazione al principio d'eguaglianza.

² La letteratura giuridica sul tema è molto vasta. Si vedano, in prospettiva comparata, K.G. YOUNG, *A typology of economic and social rights adjudication: Exploring the catalytic function of judicial review*, in *Icon*, 2010, 3, p. 385; M. WESSON, *Disagreement and the Constitutionalisation of Social Rights*, in *Human Rights Law Review*, 2012, 2, p. 221; J.A. KING, *The justiciability of resource allocation*, in *The Modern Law Review*, 2007, 2, p. 197; K. SYRETT, *Courts, Expertise and Resource Allocation: Is there a Judicial 'Legitimacy Problem'?*, in *Public Health Ethics*, 2014, 2, p. 112. Per quanto concerne la prospettiva italiana, si vedano invece D. MORANA, *Diritti a prestazione in tempo di crisi: istruzione e salute al vaglio dell'effettività*, in *Rivista AIC*, 2013, 4, p. 1. Nella stessa prospettiva I. CIOLLI, *I diritti sociali al tempo della crisi economica*, in *Costituzionalismo.it*, 2012, 3; F. GABRIELE, *Diritti sociali, unità nazionale e risorse (in)disponibili: sulla permanente violazione-inattuazione della parte prima (quella "intoccabile") della Costituzione*, in *Rivista AIC*, 2013, 3, p. 1. In termini generali cfr. Atti del Convegno di Trapani dell'8/9 giugno 2012 dell'Associazione Gruppo di Pisa, disponibili all'indirizzo <http://www.gruppodipisa.it/?p=1710> (ultima consultazione 30.07.2014).

2. *Ticket ed esenzioni: circolarità del rapporto tra regola ed eccezione*

L'analisi non può che prendere le mosse da una riflessione relativa al sistema all'interno del quale il diritto ad accedere alle prestazioni sanitarie trova attuazione, ovvero il servizio sanitario nazionale. Per quanto riguarda il quadro italiano, bisogna rammentare che, in base all'art. 1 della l. n. 833/1978, il servizio sanitario nazionale (di seguito Ssn) è fondato su tre principi fondamentali: universalità, uguaglianza ed equità. Esso si configura, pertanto, come un sistema organizzato di strutture e servizi pubblici, con la finalità di garantire a tutti gli utenti (cittadini e non), in condizioni d'eguaglianza, l'accesso universale alle prestazioni sanitarie erogate. La *summa* di questi principi comporta il diritto, per gli utenti del Ssn, in rapporto ai bisogni di ciascuno, di accedere alle prestazioni senza alcuna distinzione che dipenda dalla diversità di situazioni individuali, sociali o economiche, in condizioni di tendenziale eguaglianza sul territorio nazionale³. A tale assunto e, in particolare, alla garanzia del principio universalista, si collega anche la necessità che il finanziamento per il Ssn provenga dalla fiscalità generale: in altre parole, ciascun utente contribuisce, in proporzione alle proprie risorse, a sovvenzionare il sistema sanitario attraverso il pagamento dei contributi dovuti⁴. Tuttavia, ormai in parte non più irrilevante, il sistema sani-

³ Sul sistema sanitario cfr. R. FERRARA (a cura di), *Salute e sanità*, in S. RODOTÀ, P. ZATTI (diretto da), *Trattato di biodiritto*, Vol. IV, Milano, 2010; R. FERRARA, *L'ordinamento della sanità*, Torino, 2007; in prospettiva anche comparata cfr. A. PIOGGIA, S. CIVITARESE MATTEUCCI, G.M. RACCA, M. DUGATO (a cura di), *I servizi sanitari: organizzazione, riforme e sostenibilità. Una prospettiva comparata*, Santarcangelo di Romagna, 2011.

⁴ Simili principi sono previsti anche per il funzionamento del National Health Service (NHS) nel Regno Unito. Con specifico riguardo all'Inghilterra (per il Galles, la Scozia e l'Irlanda del Nord vi sono alcune lievi variazioni), cfr. *NHS Constitution*, un documento che presenta le principali caratteristiche del servizio sanitario ed illustra i diritti degli utenti (26 marzo 2013), disponibile all'indirizzo <http://www.nhs.uk/choiceintheNHS/Rightsandpledges/NHSConstitution/Documents/2013/the-nhs-constitution-for-england-2013.pdf> (ultima consultazione 30.07.2014). Sulle problematiche della tenuta dei principi istitutivi del NHS, cfr. K. SYRETT, *Mixing Private and Public Treatment in the UK's National Health Service: A Challenge to Core Constitutional Principles?*, in *European Journal of Health Law*, 2010, 17, p. 235.

tario trova sostentamento anche dalle entrate dirette, costituite dalle quote di compartecipazione al costo delle prestazioni sanitarie richieste agli utenti (c.d. ticket).

Proprio la configurazione del ticket sanitario consente di riflettere sul rapporto regola/eccezione nel contesto della garanzia del diritto costituzionale alla salute dei cittadini in relazione al principio d'eguaglianza. In una prima fase, infatti, l'introduzione delle quote di compartecipazione venne considerata dalla Corte costituzionale come un metodo per la dissuasione dal consumo eccessivo di medicinali, piuttosto che come sistema generale di finanziamento della spesa sanitaria⁵. Tuttavia, con il passare del tempo, le previsioni legislative sui ticket sono andate progressivamente stratificandosi e hanno prodotto l'effetto di rendere la previsione di quote di compartecipazione la regola generale per l'accesso alle prestazioni sanitarie previste dal Ssn⁶.

A tali disposizioni sono andate accompagnandosi, altrettanto progressivamente, ulteriori previsioni legislative volte a garantire modalità e soglie di esenzione dal pagamento delle compartecipazioni, in relazione a specifiche condizioni soggettive dell'utente del Ssn. Queste possono dipendere dalla situazione individuale di indigenza⁷, oppure dalla presenza di particolari patologie croniche o rare (su cui *infra*), da una condizione di invalidità o in base all'età (anche se con alcuni limiti)⁸.

⁵ Cfr. C. cost., sent. n. 184/1993.

⁶ Per un quadro sinottico delle disposizioni legislative nazionali e regionali sui ticket sanitari, si veda il *Dossier Copayment* pubblicato nell'aprile 2012 sul sito dell'Agenas (Agenzia Nazionale per i servizi sanitari regionali) all'indirizzo <http://www.agenas.it/aree-tematiche/monitoraggio-e-valutazione/spesa-sanitaria/tag/ticket> (ultima consultazione 30.07.2014). Con specifico riferimento al c.d. super *ticket* (la quota aggiuntiva di dieci euro, introdotto da una disposizione della legge finanziaria per il 2007, art. 1, comma 796, lett. *p-bis*), l. n. 296/2006), inoltre, si segnala il rapporto a cura del Gruppo Remolet: C. CISLAGHI, A. SFERRAZZA (a cura di), *Gli effetti della crisi economica e del super ticket sull'assistenza specialistica*, disponibile al medesimo indirizzo internet.

⁷ In tal caso la norma è stata prevista per "riportare" il rapporto regola/eccezione nella disciplina dei ticket nell'alveo della costituzionalità e in diretta attuazione dell'art. 32 Cost.

⁸ In base all'art. 8, co. 16, della l. n. 537/1993 e successive modificazioni, sono esenti in relazione al reddito anche i pensionati sociali, i pensionati al minimo di età

Il quadro normativo è assai articolato: le modalità previste per avere titolo alle esenzioni, naturalmente, differiscono fra loro in ragione della tipologia delle stesse e richiedono procedimenti diversi. Anche la “estensione” dell’esenzione muta a seconda della situazione individuale: nel caso dell’indigenza, per esempio, i soggetti esenti non sono tenuti a contribuire al costo delle prestazioni sanitarie e farmaceutiche ricomprese nei livelli essenziali di assistenza (Lea), e la condizione soggettiva che legittima l’esclusione dalla quota di compartecipazione viene accertata sia sulla base del reddito familiare del richiedente sia in relazione alla sua situazione individuale (disoccupazione, pensione, età)⁹.

Negli ultimi anni, in relazione alla crisi economica, e al cambiamento della situazione socio-occupazionale, tali previsioni hanno iniziato a mostrare più apertamente i propri punti deboli. A fronte dell’emersione di nuovi concetti di indigenza e di nuove categorie di povertà, il sistema per accedere alle esenzioni, basato fondamentalmente su una richiesta dell’utente da documentarsi in relazione alla dichiarazione dei redditi dell’anno precedente, appare essere non sufficientemente elastico da adattarsi all’evoluzione socio-occupazionale e alla mobilità del mercato del lavoro, tanto che il sistema stesso è attualmente in fase di rivalutazione e riconsiderazione da parte del Ministero della Salute e delle Regioni e Province Autonome¹⁰.

superiore a sessant’anni e i disoccupati. Questi, per avere diritto all’esenzione, devono appartenere ad un nucleo familiare con un reddito complessivo inferiore alla cifra determinata dalla legge. La previsione dell’esenzione per i soggetti affetti da malattie croniche è inserita nel d.m. n. 329/1999, mentre quella per i pazienti affetti da malattie rare è prevista dal d.m. n. 279/2001, su cui *infra*. Le disposizioni relative all’esenzione dal pagamento del ticket per gli invalidi sono previste dal decreto ministeriale del 1° febbraio 1991. Le procedure e le modalità per richiedere l’esenzione sono state recentemente aggiornate dal decreto del Ministero della Salute del 23 novembre 2012, Definizione del periodo minimo di validità dell’attestato di esenzione dalla partecipazione al costo delle prestazioni sanitarie.

⁹ Per avere un’idea della complessità del quadro normativo cfr. il rapporto Agenas, *Dossier Copayment*, cit.

¹⁰ A questo proposito si veda l’articolo 8 del Patto per la salute 2014-2016, approvato dalla Conferenza Stato-Regioni il 10 luglio 2014, che impegna gli attori istituzio-

L'introduzione dei ticket, originariamente strutturata in modo tale da configurarsi come sistema eccezionale rispetto alla regola generale della tendenziale gratuità dell'offerta sanitaria per gli utenti del servizio, è andata quindi stabilizzandosi all'interno del sistema, tanto da divenire *regolarità*. Al fine di ripristinare l'eguaglianza sostanziale tra gli utenti, quindi, sono state previste alcune eccezioni, rientranti nella variegata categoria delle esenzioni. La necessità di prevedere regole certe per la verifica della sussistenza dei requisiti per l'accesso alle stesse, tuttavia, ha comportato la creazione di un sistema procedimentale, al quale, oltre all'utente, prendono parte diversi attori e che mostra la propria debolezza proprio in relazione alla rigidità delle regole sottese al meccanismo di ribilanciamento egualitario¹¹.

3. Una regola eccezionale per un caso eccezionale: malattie rare e prove di tenuta del sistema

Poiché i bisogni individuali nel campo della salute variano in relazione al singolo soggetto, alla sua situazione personale e – in misura non trascurabile – alla concezione che lo stesso ha di sé, della propria persona e della propria dignità umana¹², l'ordinamento deve essere in

nali a revisionare il sistema della partecipazione alla spesa sanitaria e delle esenzioni, nel rispetto dei principi di equità e universalismo.

¹¹ Anche se non è questa la sede per approfondire ulteriormente il tema, è opportuno rammentare che tale quadro si complica ulteriormente se si prende in considerazione anche la differenziazione territoriale determinata dallo spazio di autonomia spettante alle Regioni nell'organizzazione della sanità e nelle decisioni relative alla garanzia delle prestazioni. Per quanto il principio generale, riconfermato più volte dalla giurisprudenza costituzionale (da ultimo nella sentenza n. 187/2012), preveda in linea teorica l'uniformità delle condizioni di accesso alle prestazioni sanitarie ricomprese nei LEA a livello nazionale, le Regioni possono operare alcune variazioni (tendenzialmente in *melius*) rispetto alle previsioni nazionali, al fine di rispondere in modo più specifico ai bisogni maggiormente emergenti sul proprio territorio. Sul punto sia consentito rinviare a L. BUSATTA, *Il c.d. super ticket e la Corte costituzionale: solo una questione di competenze?*, in *Le Regioni*, 2013, 5-6, p. 1059.

¹² Cfr., con particolare riferimento alle scelte mediche di fine-vita, C. CASONATO, *Il fine-vita nel diritto comparato, fra imposizioni, libertà e fuzzy sets*, in A. D'ALOIA (a cura di), *Il diritto alla fine della vita. Principi, decisioni, casi*, Napoli: 2012, pp. 523 ss.

grado di modulare, almeno in certi termini, le risposte e le garanzie che riesce ad assicurare. È necessario, infatti, che i decisori pubblici tengano in considerazione anche le condizioni particolari in cui si trovano, per esempio, soggetti affetti da patologie particolarmente rare, difficili da diagnosticare, o che necessitano di terapie prolungate o di tecnologie per la cura molto avanzate e per questo non accessibili a tutti o dovunque.

L'analisi delle modalità d'accesso alle prestazioni sanitarie per le persone affette da malattie rare rappresenta un efficace esempio di adattamento delle regole giuridiche alla necessità di ristabilire un equilibrio, alla luce del principio d'eguaglianza, tra le posizioni soggettive di alcuni pazienti meritevoli di un particolare grado di tutela da parte del sistema sanitario a causa dell'eccezionalità delle condizioni di salute in cui versano e della patologia dalla quale sono affetti. Si tratta, quindi, di un settore nel quale la regolamentazione delle ipotesi "eccezionali" trova origine già nel formante legislativo, attraverso la creazione di norme *ad hoc*, oppure in virtù della previsione di eccezioni a disposizioni legislative di carattere generale.

Per questa ragione, le definizioni risultano estremamente importanti, dal momento che determinano i criteri inclusivi o esclusivi di applicazione delle norme *particolari*: per malattia rara si intende una patologia che colpisce meno di una persona ogni duemila abitanti¹³. La cifra co-

¹³ Tale definizione è stata elaborata all'interno del Programma di azione comunitaria per le malattie rare (1999-2003), adottato con la decisione n. 1295/99/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 29 aprile 1999. A complicare ulteriormente il quadro contribuisce anche la definizione stessa: all'interno della decisione europea è stata, infatti, proposta, a titolo meramente orientativo, la definizione basata sulla bassa prevalenza della singola malattia, inferiore a 5 per 10.000 abitanti nell'Unione europea. Le fragilità di tale definizione emergono tanto con riguardo al dato medico-epidemiologico, quanto in relazione al profilo giuridico. Da un lato, infatti, è necessario tenere in considerazione il fatto che alcune patologie hanno incidenze diverse nella popolazione anche in relazione al territorio. Pertanto, una malattia potrebbe avere un'incidenza più elevata (e in alcuni casi anche superiore allo 0,05%) in alcune zone e, invece, rispettare i parametri indicati dalla definizione con riguardo a tali aree. Dall'altro lato e con riguardo ai profili di carattere giuridico, invece, la debolezza della definizione risiede innanzi tutto nella natura non vincolante dell'atto dell'Unione: per quanto la maggior parte degli Stati membri si siano progressivamente adattati ad utilizzare tale dato di

mune caratterizzante queste malattie è rappresentata proprio dalla loro bassa incidenza nella popolazione e dal fatto che si tratta di malattie potenzialmente letali o cronicamente debilitanti. Con riguardo a tutte le altre caratteristiche di tali patologie, non è possibile individuare ulteriori elementi comuni, dal momento che si tratta di condizioni o situazioni tra loro estremamente eterogenee.

Nonostante i problemi definitivi e a prescindere dall'elevato grado di eterogeneità che connota la categoria, sulla scorta anche della letteratura medica e delle richieste delle associazioni dei pazienti che, in modo trasversale e a livello non solamente nazionale ma soprattutto europeo e internazionale¹⁴, hanno premuto per un riconoscimento della particolarità della situazione clinica che caratterizza tali pazienti, il legislatore italiano è intervenuto, seppur con un certo ritardo¹⁵, al fine di fornire una risposta normativa specifica e, in alcuni termini, peculiare.

prevalenza, lo stesso non è ancora condiviso dalla totalità dei Paesi europei. Estendendo, inoltre, i limiti territoriali del concetto in esame si può osservare che il dato relativo all'incidenza epidemiologica e alla prevalenza delle malattie rare è considerato in modo differente in altri contesti. Negli Stati Uniti, ad esempio, il Rare Diseases Act del 2002 definisce malattia rara quella patologia avente una prevalenza inferiore ai duecentomila pazienti negli Stati Uniti, ovvero inferiore a 1 su 1.500 persone. Passando dalle problematiche definitorie alle questioni più strettamente applicative, dal punto di vista del diritto interno, la regolamentazione dell'accesso alle prestazioni sanitarie per persone affette da malattie rare è contenuta nel d.m. n. 279/2001, che istituisce la rete nazionale delle malattie rare e disciplina le modalità di esenzione dai ticket per le persone affette da tali patologie.

¹⁴ Per avere un'idea sulle principali associazioni dei pazienti affetti da malattie rare e sull'importanza delle attività svolte, v. Orphanet, un consorzio di 40 paesi, coordinato da un comitato francese, che offre un elenco di malattie rare secondo la loro classificazione, l'enciclopedia delle malattie rare e l'elenco di farmaci orfani, nonché informazioni ai pazienti sui centri diagnostici e terapeutici specializzati a livello europeo (www.orpha.net). Nel contesto europeo, un'importante funzione di informazione per i pazienti è offerta anche da Eurordis – Rare Diseases Europe, una federazione di associazioni non governativa, che rappresenta 634 organizzazioni di malati in 58 paesi (www.eurordis.org). Per gli Stati Uniti, cfr. Nord, The National Organization for Rare Disorders, una federazione di organizzazioni sanitarie volontarie che si dedicano ad offrire supporto ai pazienti affetti da malattie rare (www.rarediseases.org).

¹⁵ Italia, il principale punto di riferimento per la disciplina delle malattie rare è il decreto ministeriale 18 maggio 2001, n. 279, emanato in attuazione dell'art. 5 del d.lgs. n. 124/1998 (Ridefinizione del sistema di partecipazione al costo delle prestazioni sani-

Dal punto di vista dell'accesso alle prestazioni sanitarie e delle relative esenzioni nel contesto italiano, in questo specifico settore, pare di poter leggere, dal punto di vista giuridico, un ribaltamento nel rapporto regola/eccezione: vengono individuate specifiche forme di tutela per i soggetti affetti da malattie rare e vengono stabiliti i meccanismi per ottenere l'esenzione dalla partecipazione al costo delle prestazioni sanitarie¹⁶.

Per riallacciarsi a quanto detto al paragrafo precedente, se la regola è rappresentata dalla richiesta all'utente del Ssn di un contributo a fronte della fruizione delle prestazioni garantite nei Lea, nello specifico caso delle malattie rare, proprio a causa dell'eccezionalità della situazione soggettiva nella quale versano tali pazienti, nel nostro ordinamento (in conformità anche alle indicazioni dell'Unione europea) si è optato per un regime differenziato di tutele, basato su un sistema di eccezioni rispetto al principio generale¹⁷.

Per le persone affette da malattie rare, un elemento fattuale dotato di una particolare connotazione (la bassissima incidenza della patologia) diviene, quindi, la ragione che determina la creazione di un sistema *eccezionale* rispetto alla gamma di situazioni prospettate dal nostro legislatore per l'accesso alle prestazioni sanitarie. In questo caso, una condizione soggettiva di natura eccezionale costituisce la giustificazione della previsione di una disciplina differenziata.

Interessanti risultano, pertanto, i criteri e le modalità che consentono di fruire di tale beneficio (*rectius*, di tale eccezione) per i pazienti. Le malattie rare per le quali si ha diritto all'esenzione dal ticket sono indicate all'interno dell'Allegato 1 del d.m. n. 279/2001, nel quale sono elencate 284 malattie e 47 gruppi di malattie, a ciascuna delle quali è

tarie e del regime delle esenzioni). Il citato decreto ministeriale, come ora si vedrà, non si limita solamente a definire il quadro delle esenzioni per le persone affette da malattie rare, ma prevede anche l'istituzione della Rete Nazionale per le malattie rare e del Registro Nazionale. L'attuazione delle previsioni del regolamento, tuttavia, tardò di qualche anno, fino alla proposizione di un ricorso dinanzi al Tar Lazio, accolto dal giudice amministrativo e confermato dal Consiglio di Stato (sentenza n. 7085/2005). Cfr. S. PANNUNZIO, G. RECCHIA (a cura di), *Malattie rare: la ricerca tra etica e diritto*, Milano, 2007.

¹⁶ Art. 1, d.m. n. 279/2001.

¹⁷ La fonte principale è il decreto ministeriale n. 279/2001.

attribuito un codice di esenzione. La persona cui viene diagnosticata una delle patologie previste all'interno dell'elenco ha pertanto diritto all'esenzione dal ticket per tutte le prestazioni sanitarie, incluse nei Lea, che siano efficaci ed appropriate per il trattamento e il monitoraggio della malattia diagnosticata e per prevenire ulteriori aggravamenti¹⁸.

Nonostante tale disciplina sia finalizzata ad apprestare una maggiore tutela a persone che si trovano in particolari condizioni di salute, l'articolazione del sistema non consente di garantire copertura a tutte le situazioni che, in linea teorica, potrebbero ricadere all'interno della categoria. Si pensi al paziente affetto da una malattia qualificata come rara in relazione al suo indice di prevalenza nella popolazione, ma non ricompresa all'interno dell'elenco. Tale ipotesi, invero, non si discosta molto dalla realtà dal momento che, per quanto la lista sia ampia e tenda ad includere quante più patologie possibili¹⁹, vi sono ancora alcune malattie che non rientrano in nessuno dei gruppi previsti all'interno dell'Allegato 1²⁰.

La questione è di non poco conto se si pensa che, dal punto di vista medico, sono state riconosciute circa ottomila malattie rare; fra queste, non tutte hanno un'incidenza epidemiologica in Europa o in Italia. Ciononostante, già da alcuni anni si richiede, tanto da parte dei medici, quanto da parte delle associazioni dei malati, l'aggiornamento della lista delle malattie (non più modificata dal 2001) per le quali è garantito l'accesso gratuito alle prestazioni necessarie e adeguate, dal momento che alcune situazioni soggettive rimangono al di fuori del sistema d'esenzione previsto a livello normativo. Per quanto sia lo stesso decre-

¹⁸ Cfr. art. 6, d.m. n. 279/2001.

¹⁹ Il calcolo del numero esatto delle patologie ricomprese nell'Allegato 1 del d.m. n. 279/2001 non è immediato, dal momento, oltre alle malattie esenti, sono individuati anche alcuni gruppi di malattie; all'interno di ciascun gruppo possono rientrare numerose patologie, rendendo l'elenco assai più lungo di quanto possa a prima vista apparire. Secondo i criteri adottati dall'Area vasta del Nord Est, che ricomprende il Veneto, il Friuli Venezia Giulia e le Province di Trento e Bolzano, ad esempio, il conteggio delle malattie rare riconosciute potrebbe arrivare fino a 2138.

²⁰ È in corso un procedimento per la revisione della lista delle malattie rare, con l'inclusione nell'elenco di un ulteriore centinaio di patologie. L'aggiornamento della lista delle malattie rare è connesso all'introduzione dei c.d. Nuovi Lea, che ha preso avvio nel dicembre 2012 e che pare aver ricevuto un nuovo impulso all'inizio del 2015.

to ministeriale a prevedere un aggiornamento almeno triennale dei propri contenuti²¹, questo è stato tentato una prima volta nel 2008, in occasione della predisposizione dei nuovi Lea. Il procedimento di adozione del decreto ministeriale recante le nuove indicazioni sulle prestazioni sanitarie garantite dal Sistema sanitario come livelli essenziali di assistenza, pur essendo formalmente giunto (quasi) al termine, non è mai entrato in vigore a causa dell'esito negativo del vaglio da parte della Corte dei conti²². Un nuovo procedimento di aggiornamento sia dei Lea sia dell'elenco delle malattie croniche e rare ha avuto inizio alla fine del 2012, sotto l'impulso Ministro della Salute di allora, ma al momento pare ancora lontano dal venire alla luce²³.

Pertanto, nel caso in cui un paziente affetto da una malattia rara non ricompresa nell'elenco chieda di essere escluso dal pagamento della quota di compartecipazione, dal punto di vista normativo non sono previste clausole di elasticità che gli permettano di ottenere comunque l'esenzione o, quantomeno, un provvedimento provvisorio, valevole fino al nuovo aggiornamento.

Dal punto di vista giuridico, potrebbe – forse – essere possibile, per i pazienti rientranti in tale particolare categoria, presentare un ricorso avverso il Ministero della Sanità, chiedendo al giudice amministrativo di condannare l'amministrazione ad aggiornare la lista²⁴.

²¹ Cfr. art 8, d.m. n. 279/2001: con riferimento all'evoluzione delle conoscenze scientifiche e tecnologiche, ai dati epidemiologici relativi alle malattie rare e allo sviluppo dei percorsi diagnostici e terapeutici.

²² Cfr. V. MOLASCHI, *I livelli essenziali delle prestazioni nella sanità*, in R. FERRARA (a cura di), *Salute e sanità*, Milano, 2010, p. 496; G. CARPANI, *La cooperazione tra Stato e Regioni nella definizione dei LEA: dall'intesa condizionata sancita dal Presidente della Conferenza Stato-Regioni al ritiro da parte del Governo del provvedimento*, in *Sanità Pubblica e Privata*, 2008, 5, pp. 25 ss.

²³ Nel neo-adottato Patto per la salute, Stato e Regioni si impegnano all'aggiornamento della lista delle prestazioni sanitarie entro la fine del 2014.

²⁴ Una situazione simile, proprio nel campo delle malattie rare, si ebbe nel 2005, in relazione alla mancata istituzione, da parte dell'Istituto Superiore di Sanità, del Registro nazionale delle malattie rare, in attuazione del d.m. n. 279/2001. L'intimazione all'ISS di ottemperare alle prescrizioni di legge, ad opera di un paziente affetto da sclerosi laterale amiotrofica, generò un ricorso al Tar del Lazio nel 2004. L'accoglimento del ricorso da parte del Tribunale Amministrativo Regionale venne confermata in secondo grado anche dal Consiglio di Stato (sent. n. 7085/2005). Cfr. F. PIZZETTI, *La disciplina*

4. Regole, casi eccezionali e valvole di sicurezza

4.1. Casi d'Oltremarica

Nel Regno Unito vi sono alcune decisioni giurisprudenziali rese in seguito a ricorsi di pazienti esclusi dall'accesso a prestazioni sanitarie che meritano attenzione, con riferimento al tema oggetto di analisi, poiché le motivazioni di tali Corti si fondano proprio sull'analisi dell'eccezionalità della situazione individuale. Come noto, il sistema sanitario britannico (NHS) appartiene, così come il Ssn, al modello universalista e prevede una copertura sanitaria tendenzialmente universale per tutti coloro che sono registrati, in base ad un criterio di residenza, presso le strutture sanitarie pubbliche locali. In seguito ad una sostanziale riforma del sistema sanitario, entrata in vigore dopo alcuni anni di accessi dibattiti pubblici e politici con l'approvazione del *Health and Social Care Act 2012*²⁵, sono mutati l'assetto dell'organizzazione delle strutture sanitarie e, in parte, le modalità di decisione sulle prestazioni da garantire. Tuttavia, per quanto interessa in questa sede, è sufficiente ricordare che, come prima, la determinazione dei bisogni sanitari da soddisfare avviene a livello territoriale, in conformità a linee guida nazionali adottate da un organismo *ad hoc*, il NICE, istituito nel 1999 come autorità sanitaria speciale, con il compito di monitorare le prestazioni sanitarie erogate a livello locale e puntare a ridurre le differenze territoriali nell'accesso alle prestazioni per gli utenti del NHS²⁶.

giuridica delle malattie rare tra diritto alla salute e tutela della riservatezza, in S. PANUNZIO, G. RECCHIA (a cura di), *Malattie rare: la ricerca tra etica e diritto*, cit., p. 25.

²⁵ La legge è entrata in vigore il 1° aprile 2013, dopo quasi due anni di intensi dibattiti politici e un iter parlamentare piuttosto turbolento: in particolare, vanno menzionati la proposizione di più di mille emendamenti, svariati tentativi di insabbiamento del procedimento legislativo e la continua negoziazione del Governo con le parti coinvolte (medici, infermieri e altri professionisti sanitari) per raggiungere accordi condivisi. Cfr. V. CHICO, T. HERVEY, R. STIRTON, A. WARREN-JONES, *Markets and vulnerable patients: health law after the 2012 Act*, in *Medical Law Review*, 2014, 22(2), p. 157.

²⁶ Cfr. K. SYRETT, *Nice work? Rationing, Review and the "legitimacy problem" in the new NHS*, in *Medical Law Review*, 2002, 10, p. 1; K. SYRETT, *Deconstructing Deliberation in the Appraisal of Medical Technologies: NICEly Does it?*, in *Modern Law Review*, 2006, 6, p. 869.

A differenza del sistema sanitario italiano, nel Regno Unito l'accesso alle prestazioni mediche è stabilito sulla base di determinati requisiti soggettivi (per lo più di natura medica, ma anche fisici o anagrafici) che il paziente deve soddisfare per avere accesso ad una data terapia. Nel caso in cui un paziente, a causa della mancata corrispondenza della propria situazione ai requisiti richiesti per l'accesso ad una determinata prestazione, risulti escluso, ha la possibilità di chiedere all'amministrazione sanitaria di prendere specificamente in considerazione la sua condizione e, eventualmente, di rivalutare la decisione sull'esclusione. Il soggetto incaricato di tale valutazione è un comitato *ad hoc* della struttura sanitaria e la decisione che emette può essere oggetto di un ricorso giurisdizionale.

Le pronunce dei giudici britannici, rese nell'ambito di ricorsi presentati da pazienti che sostenevano di trovarsi in condizioni eccezionali, valevoli ad ammetterli alla prestazione inizialmente negata, hanno creato un filone giurisprudenziale, dall'analisi del quale è possibile ravvisare alcune interessanti considerazioni relative alle condizioni soggettive dell'individuo rispetto ai criteri di carattere generale stabiliti dall'amministrazione sanitaria. In via preliminare, è necessario sottolineare che i giudici britannici, pur non dimostrando un'assoluta deferenza nei confronti delle decisioni assunte dalle autorità sanitarie, adottano comunque un certo grado di cautela nel pronunciarsi su decisioni amministrative che sono, per propria natura, difficili e connotate da un alto grado di tecnicità. La scelta sulla tipologia della prestazione sanitaria da garantire e, soprattutto, sui criteri per ammettere o escludere un paziente da una determinata terapia richiede complesse valutazioni di natura tecnica, nelle quali l'analisi del rapporto tra costi e benefici si combina con la comparazione medica con terapie analoghe e con l'analisi dei bisogni sanitari maggiormente emergenti a livello territoriale.

Per tale ragione, i giudici cercano di limitare il proprio sindacato alla valutazione del rispetto dei principi procedurali che regolano l'adozione di tali scelte, sulla base dei criteri di ragionevolezza e non arbitrarietà delle decisioni tecniche amministrative²⁷.

²⁷ Cfr. K. SYRETT, *Law, Legitimacy and the Rationing of Healthcare*, Cambridge, 2007, pp. 159 ss.; C. NEWDICK, *Judicial Review: low-priority treatment and exceptional*

Tale approccio emerge in modo particolarmente nitido in una sentenza del 2006²⁸, che è divenuta un precedente di riferimento per le questioni giurisprudenziali concernenti l'ambito di cui qui si tratta. Ann Marie Rogers era affetta da un cancro al seno al primo livello; dopo la mastectomia e la ricostruzione, il suo medico le aveva consigliato un nuovo farmaco, il trastuzumab (Herceptin) come coadiuvante. Il medicinale, tuttavia, era ammesso all'utilizzo solo per il secondo stadio di tale tumore e, all'epoca dei fatti, non si era ancora concluso il procedimento di valutazione dell'efficacia del medicinale per il primo stadio. Per tale ragione, l'Exceptional Cases Committee della struttura sanitaria di riferimento le aveva negato l'accesso *off label* al trattamento. La paziente presentò quindi ricorso giurisdizionale avverso la decisione del comitato, sostenendo che le specificità del suo caso non erano state tenute in debita considerazione.

Il giudice di primo grado rigettò il ricorso; la Corte d'Appello, invece, prendendo in esame le motivazioni della decisione del comitato, concluse per l'irragionevolezza delle stesse, poiché non erano stati definiti i requisiti che un caso clinico avrebbe dovuto soddisfare per poter essere dichiarato "eccezionale"²⁹. Il PCT aveva, infatti, deciso che l'accesso al farmaco Herceptin sarebbe stato riconosciuto per l'utilizzo *off label* ad alcune pazienti, ma non erano state individuate le caratteristiche sulla base delle quali ammettere alcuni soggetti al trattamento. Secondo la Corte d'Appello, affinché la decisione dell'autorità sanitaria possa essere ritenuta ragionevole, tali requisiti devono necessariamente basarsi sulle condizioni cliniche del paziente. Il caso venne quindi rimandato al comitato ospedaliero per una nuova decisione.

La difficoltà nell'individuazione dei criteri che possano ammettere un caso clinico, in base alla sua *eccezionalità*, a fruire di un determinato trattamento medico, anche a prescindere dal costo economico dello stesso, mette in luce i dilemmi (e in certi termini i paradossi) che carat-

case review, in *Medical Law Review*, 2007, 15, p. 236; C. NEWDICK, *Who should we treat? Rights, Rationing and Resources in the NHS*, Oxford, 2005, *passim*.

²⁸ R. (Ann Marie Rogers) v. Swindon Primary Care Trust and the Secretary of State [2006] EWCA Civ. 392.

²⁹ Cfr. C. NEWDICK, *Judicial Review: low-priority treatment and exceptional case review*, cit., p. 236.

terizzano le decisioni sull'allocazione delle (scarse) risorse in campo sanitario³⁰. A prescindere dalle decisioni di natura etica o politica (su cui *infra*), è opportuno segnalare come la giurisprudenza d'Oltremania abbia sostanzialmente escluso la rilevanza dei fattori economici (i.e. del costo della terapia) nella valutazione circa l'*eccezionalità* di un caso, privilegiando le considerazioni relative allo stato clinico del paziente, alla qualità di vita e alle prospettive di miglioramento della stessa dipendenti dal trattamento medico in discussione³¹.

La possibilità, per il paziente escluso da un determinato trattamento sanitario, di ricorrere in giudizio per chiedere che il suo caso sia ripreso in considerazione e rivalutato dal comitato ospedaliero preposto costituisce, a parere di chi scrive, un efficace strumento per la garanzia dell'effettività dell'accesso alle prestazioni sanitarie in condizioni d'egualianza. La giurisprudenza di merito britannica ha elaborato un sistema di controllo alquanto rigoroso del procedimento decisorio, fondato sull'analisi delle modalità di formulazione dei criteri per ammettere o escludere un paziente da un determinato trattamento. L'accoglimento del ricorso giurisdizionale, si badi, non impone alla struttura sanitaria di mutare il verso della propria deliberazione: qualora la decisione impugnata risulti illegittima per arbitrarietà o irragionevolezza, infatti, essa

³⁰ Oltre ai testi già citati supra, cfr. J.A. KING, *The Justiciability of Resource Allocation*, in *Modern Law Review*, 2007, 70(2), p. 197; G.P. SMITH, *Accessing health care resources: economic, medical, ethical and socio-legal challenges*, in D.N. WEISSTUB, G.D. PINTOS (a cura di), *Autonomy and Human Rights in Health Care*, Dordrecht, pp. 291 ss.

³¹ Altri casi analoghi sono R. (Linda Gordon) v. Bromley NHS Primary Care Trust [2006] EWCA 2462 (Admin); R. v. N.W. Lancashire Health Authority, *ex parte* A, D & G (1999) Lloyds Rep Med 399; R. v. Cambridge District Health Authority, *ex parte* B [1995] 2 All ER 129; R. (on the application of Ross) v. West Sussex Primary Care Trust [2008] EWHC 2252 (Admin); R. (on the application of Otley) v. Barking and Dagenham NHS Primary Care Trust [2007] EWHC 1927 (Admin); R. (on the application of Murphy) v. Salford Primary Care Trust [2008] EWHC 1908 (Admin). Per altri casi, anche più risalenti, cfr. K. SYRETT, *Law, Legitimacy and the Rationing of Healthcare*, Cambridge, 2007, pp. 159 ss.

dovrà essere riformulata dall'amministrazione competente, senza però vincoli relativi all'esito della stessa³².

4.2. Decisioni giurisprudenziali controverse in Italia

Il fatto che l'ordinamento garantisca ad un individuo la possibilità di ricorrere in giudizio per la tutela del proprio diritto alla salute rappresenta sicuramente uno dei principali fattori per assicurare l'effettività del diritto stesso. Il settore in esame, inoltre, è particolarmente delicato, dal momento che la garanzia di assistenza sanitaria agli utenti del Ssn deve bilanciarsi con una ragionevole opera di allocazione delle risorse disponibili. Tale operazione richiede, come visto, complesse operazioni di valutazione, che comportano l'applicazione di rigorosi criteri tecnici; tuttavia, al fine di tutelare in modo *eguale* i diritti di tutti gli utenti del Ssn, potenziali pazienti, la commistione tra l'esperienza propria di più saperi scientifici si rende ineludibile.

A tale proposito, l'intervento del giudice, chiamato a pronunciarsi sull'esclusione di taluni pazienti dall'accesso ad alcune prestazioni sanitarie, si caratterizza per la particolare delicatezza delle ponderazioni giuridiche richieste all'autorità giudiziaria. Il sistema di controllo sviluppato nel Regno Unito e qui brevemente descritto permette di ragionare sull'estensione del sindacato giurisdizionale e sui suoi limiti. In altre parole, ad un alto livello di tecnicità delle decisioni relative all'accesso alle prestazioni sanitarie, dovrà corrispondere un rigoroso controllo giurisdizionale del procedimento che ha portato a tali decisioni, ma non necessariamente dell'esito delle stesse³³. Il ruolo del giudice,

³² La legittimità della decisione viene pertanto misurata con riguardo al procedimento che ha condotto alla sua adozione e non con riguardo all'esito della stessa. Sul punto, in termini generali sulla giurisprudenza britannica, cfr. K. SYRETT, *Law, Legitimacy and the Rationing of Healthcare*, cit., p. 201.

³³ Sul sindacato del giudice amministrativo cfr. D. DE PRETIS, *Scienza, discrezionalità e pubblica amministrazione*, in G. COMANDÉ, G. PONZANELLI, *Scienza e diritto nel prisma del diritto comparato*, Torino, 2004, p. 415; I. ZINGALES, *Profili processuali della tutela giurisdizionale del diritto alla salute*, in *Diritto di famiglia e delle persone*, 2014, 2, p. 888; L. BUSCEMA, *Potestà amministrativa e tutela dei diritti fondamentali all'interno delle aule giudiziarie: profili sostanziali e di giurisdizione con particolare*

quindi, si limiterà alla verifica della correttezza del *quomodo*, non tanto dell'*an* della deliberazione.

Una tale elaborazione astratta dei confini del controllo giurisdizionale conduce a ritenere che il giudice debba auto-limitare il proprio sindacato, evitando di intervenire sulla sostanza e, dunque, sull'esito delle decisioni pubbliche sull'accesso alle prestazioni sanitarie. Queste sono infatti pensate ed elaborate non in sé e per sé, ma in una prospettiva *relazionale*. Stabilire i criteri di priorità per le liste d'attesa, per esempio, o le condizioni di esclusione di alcune categorie di soggetti da una determinata terapia (anche se potenzialmente salva-vita), è un'operazione che, se adottata secondo criteri ragionevoli e alla luce di tutte le opportune valutazioni preliminari, si pone in relazione anche ad altre decisioni analoghe e può condizionare l'esito di valutazioni parallele.

Il giudice, invece, è chiamato a valutare il caso singolo. Per questo motivo, il ricorso giurisdizionale non può essere considerato, in termini generali, la soluzione ideale per la risoluzione della difficile tensione tra regole ed eccezione nel settore della salute. La soluzione del singolo caso può determinare una serie di decisioni a catena, con un impatto anche trasversale su altri utenti del servizio sanitario.

Si pensi, in questi termini, agli effetti dilaganti innescati da alcuni ricorsi: il caso *Di Bella*, così come il più recente caso *Stamina* sono la prova di come l'accoglimento sostanziale di un ricorso giurisdizionale possa provocare una serie di conseguenze concatenate, fino alla messa in pericolo dell'equilibrio tra decisioni pubbliche in campo sanitario e tutela della salute.

I due "casi" nominati differiscono tra loro dal punto di vista della tipologia di "terapia controversa" e, in alcuni termini, anche con riguardo alle richieste individuali. Essi hanno, tuttavia, in comune un aspetto fondamentale, ossia lo snodo giuridico e la difficile gestione istituzionale del problema. L'accoglimento giurisdizionale del ricorso di alcuni pazienti ha determinato, in entrambi i casi, la proposizione di innumerevoli richieste analoghe presentate dinanzi all'autorità giudiziaria su tutto il territorio nazionale. In un caso, come nell'altro, soggetti in serie

riguardo al diritto alla salute, in *Consulta OnLine*, 2012, disponibile all'indirizzo www.giurcost.org (ultima consultazione 30.07.2014).

e gravi condizioni di salute chiedevano di essere ammessi ad una cura, reputata “miracolosa”, alla quale non avevano, per motivi diversi, possibilità di accedere.

Nel caso *Di Bella*, la cosiddetta multi-terapia consisteva in un cocktail di farmaci, somministrati con dosaggi differenti a seconda delle condizioni individuali del paziente. La terapia non rientrava nei protocolli clinici e terapeutici per la cura delle neoplasie e non veniva riconosciuta come efficace dalla comunità scientifica. Alcuni pazienti, alla fine degli anni Novanta, si rivolsero all'autorità giudiziaria (il primo provvedimento fu quello del Pretore di Maglie del dicembre 1997) per chiedere di essere ammessi alla terapia a spese del Ssn. Il clamore mediatico suscitato dall'accoglimento giurisdizionale di tali richieste determinò *in primis* un'incontrollata proliferazione di ricorsi analoghi presentati da pazienti affetti da tumori che chiedevano di essere ammessi al trattamento a spese del Ssn e, in secondo luogo, l'intervento del Governo³⁴, prima, e del Parlamento³⁵, poi. Come noto, fu infine chiamata a pronunciarsi la Corte costituzionale che con la sentenza n. 185/1998 dichiarò l'illegittimità costituzionale parziale³⁶ degli artt. 2 e 3 del d.l. n. 23/1998, convertito dalla legge n. 94/1998. La pronuncia della Consulta è particolarmente interessante, proprio ai fini delle argomentazioni giuridiche atte a fondare l'accesso di un singolo paziente a determinate prestazioni a carico del servizio sanitario: i giudici delle leggi rilevarono, infatti, l'illegittimità della norma impugnata che ammetteva alla sperimentazione (e quindi alla multi-terapia controversa) solo alcuni pazienti per violazione del combinato disposto tra principio d'eguaglianza (art. 3 Cost.) e diritto alla salute (art. 32 Cost.)³⁷. La Corte rilevò come «nei casi di esigenze terapeutiche estreme, impellenti e senza risposte alternative, come quelle che si verificano in alcune patologie tumorali, va considerato che dalla disciplina della sperimentazione, così prevista, scaturiscono indubbiamente aspettative comprese nel contenuto minimo del diritto alla salute. Sì che non può ammettersi, in

³⁴ Decreto legge n. 23/1998 c.d. decreto Bindi.

³⁵ Legge di conversione n. 94/1998.

³⁶ Secondo i limiti oggettivo, soggettivo e temporale indicati al punto 10, lettere a, b e c del considerato in diritto.

³⁷ C. cost., sent. n. 185/1998, in particolare punti 8 e 9 del considerato in diritto.

forza del principio di uguaglianza, che il concreto godimento di tale diritto fondamentale dipenda, per i soggetti interessati, dalle diverse condizioni economiche»³⁸.

Il rapporto tra regola ed eccezione nel campo sanitario emerge, in questo caso, con particolare nitore, portando alla luce tutta la delicatezza e, soprattutto, la fragilità delle soluzioni giuridiche in campo medico. Nella controversa vicenda esaminata, infatti, il rapporto era già stato sovvertito dall'intervento dell'esecutivo e, conseguentemente, del Parlamento, necessitati dall'urgenza di far fronte ad un ormai ingestibile incremento dei ricorsi dei pazienti che chiedevano l'accesso alla multi-terapia: veniva determinato, tramite decreto legge, un procedimento di sperimentazione *sui generis*, caratterizzato da criteri di ammissibilità individuati alla luce del contesto sociale venutosi a creare³⁹. L'intervento della Consulta, chiamata a verificare la legittimità costituzionale della soluzione normativa così determinata, è volto a ricondurre ad un regime di costituzionalità il quadro giuridico e, per raggiungere tale finalità, alla Corte non resta che individuare, all'interno dell'eccezione normativa (i.e. «solo nel caso in cui non vi sia una valida alternativa terapeutica»), ulteriori eccezioni mirate a ri-garantire l'equilibrio del sistema⁴⁰.

³⁸ C. cost., sent. n. 185/1998, punto 9 del considerato in diritto.

³⁹ Non a caso, proprio la Corte costituzionale sottolinea il rapporto tra “fatto legislativo” e “fatto sociale spontaneo” venutosi a creare a seguito dell'esplosione, anche mediatica, del “caso”: «La determinazione del legislatore di avviare la sperimentazione di un complesso di sostanze e l'autorizzazione al loro impiego nei confronti di altri soggetti estranei alla sperimentazione, prima che siano noti gli esiti di essa (in deroga alla regola posta dal comma 1 dell'art. 3 del decreto-legge n. 23), non sottendono, certo, un “riconoscimento della utilità di impiego” dei medicinali compresi nel multitrattamento (art. 1). Costituiscono, però, un “fatto legislativo” che ha una sua oggettività, tale da differenziarlo da un qualsiasi mero “fatto sociale” spontaneo» (punto 9 del considerato in diritto).

⁴⁰ Sul caso *Di Bella* e sulla sentenza della Corte costituzionale citata cfr. A. LANOTTE, *Decreto Bindi: multiterapia e polemiche*, in *Foro it.*, 1998, I, col. 2589; T. GROPPI, *La Corte costituzionale tra “fatto legislativo” e “fatto sociale”*: *Corte cost. 26 maggio 1998 n. 185*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1998, 5, p. 2798; P. GIANGASPERO, *Il diritto alla salute e la sperimentazione clinica in una “additiva di principio” anomala*: *Corte cost. 26 maggio 1998 n. 185*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1998, 5, p. 2805.

Nel più recente caso *Stamina*, invece, pazienti affetti da gravissime malattie croniche, con una bassissima speranza di vita, si sono rivolti ai giudici del lavoro di numerosi tribunali italiani per essere ammessi ad una terapia a base di cellule staminali bloccata da un'ordinanza dell'Aifa che vieta di effettuare prelievi, manipolazioni e somministrazioni di cellule umane presso l'Azienda Ospedaliera Spedali Civili di Brescia in collaborazione con la Stamina Foundation⁴¹.

Come si è detto, all'accoglimento dei primi ricorsi⁴² è seguita una lunga catena di domande analoghe, proposte da pazienti in situazioni simili a quelle dei ricorrenti che avevano ottenuto la pronuncia favorevole⁴³. La situazione venutasi a creare a causa dei numerosi ricorsi giurisdizionali e di un notevole clamore mediatico ha determinato l'intervento del Governo con decreto legge, poi convertito dal Parlamento⁴⁴. Similmente a quanto avvenuto per il precedente menzionato, il Governo individuava una «ipotesi eccezionale» nei fatti e, per tale ragione, autorizzava le cure già intraprese o autorizzate; l'intervento del Senato in sede di conversione, poi, attivava una sperimentazione di diciotto me-

Si veda, inoltre, C. PICIOCCHI, *La libertà terapeutica come diritto culturale*, Padova, 2006, pp. 159 ss.

⁴¹ Si tratta dell'ordinanza Aifa del 15 maggio 2012, n. 1. La cronistoria della vicenda e gran parte delle decisioni dei giudici cui si fa riferimento sono disponibili a questo indirizzo <http://www.biodiritto.org/novita/news/item/330-dossier-staminali> (ultima consultazione 30.07.2014).

⁴² Il primo ricorso accolto è quello del Tribunale di Venezia del 30 agosto 2012.

⁴³ Non tutti i ricorsi hanno avuto esito favorevole per i pazienti. In alcuni casi, i giudici interpellati hanno rigettato la domanda di ammissione alla terapia a base di cellule staminali, fondando la propria decisione sulla mancanza di fondamento scientifico della terapia richiesta. Per una completa ricostruzione dell'intera vicenda cfr. M. TOMASI, *Il diritto alla salute fra comprensione del bisogno e ragioni della scienza: note a margine della «vicenda Stamina»*, in *Rassegna di diritto pubblico europeo*, 2013, 1, pp. 63 ss.; sul c.d. caso Stamina, cfr. anche A. SCALERA, *Brevi note a margine del «caso Stamina»*, in *Famiglia e diritto*, 2013, 10, p. 939; G. D'AMICO, *Il volto compassionevole del diritto e la dura scienza. A proposito del «metodo Stamina»*, in *Quaderni costituzionali*, 2013, 2, p. 420.

⁴⁴ Si tratta del decreto legge n. 24/2013, recante disposizioni urgenti in materia sanitaria, convertito dalla legge n. 57/2013.

si⁴⁵. L'intervento normativo, con il quale il legislatore ha cercato di "dare un ordine" al quadro totalmente caotico dal punto di vista giuridico venutosi a creare, ha determinato la proposizione alla Corte costituzionale di una questione di legittimità, basata sulla presunta violazione degli articoli 2, 3 e 32 Cost.⁴⁶. Secondo il giudice del rinvio, l'accesso alla terapia "sperimentale", per la quale sono state stanziare anche le necessarie risorse economiche, dipende – per il legislatore – dal mero dato cronologico dell'avvio del trattamento o dall'esito di un ricorso giurisdizionale già proposto. Tali criteri determinerebbero l'ammissibilità alla terapia non sulla base delle concrete condizioni di salute del paziente, ma in base ad elementi del tutto avulsi da queste e, quindi, in violazione del diritto costituzionale alla salute⁴⁷. Oltre alla proposizione della questione di legittimità costituzionale, anche altri organi costituzionali si sono nel frattempo mossi, cercando di portare chiarezza in una vicenda dai contorni ancora tutt'altro che nitidi, tanto sul piano medico-scientifico, quanto sotto il profilo giuridico⁴⁸.

Per quanto è di interesse in questa sede, il parallelismo tra le due vicende porta ad interrogarsi sul peso che alcuni elementi fattuali di carattere eccezionale possano giocare sul riconoscimento giurisdizionale (e

⁴⁵ M. TOMASI, *Il diritto alla salute fra comprensione del bisogno e ragioni della scienza: note a margine della «vicenda Stamina»*, cit., pp. 75-76.

⁴⁶ Si tratta dell'ordinanza del Tribunale di Taranto del 24.09.2013, pubblicata nella Gazzetta Ufficiale del 7 maggio 2014, n. 20, ordinanza n. 65/2014 (registro delle ordinanze della Corte costituzionale).

⁴⁷ Sul punto cfr. M. TOMASI, *Il diritto alla salute fra comprensione del bisogno e ragioni della scienza: note a margine della «vicenda Stamina»*, cit., pp. 79-80.

⁴⁸ I principali passaggi sono riportati nel *Dossier Staminali*, all'interno del sito *Biodiritto.org* (<http://www.biodiritto.org/novita/news/item/330-dossier-staminali>). Fra questi è importante menzionare la sospensione, da parte del Ministro della Salute, della sperimentazione per mancanza di scientificità e sicurezza, a causa del parere negativo sul metodo espresso da un comitato scientifico *ad hoc* istituito dal Ministero stesso (ottobre 2013). In seguito all'accoglimento del ricorso amministrativo avverso il provvedimento di nomina di tale comitato, inoltre, il Ministero ha nominato un nuovo gruppo di esperti per la valutazione della validità scientifica del metodo Stamina. Parallelamente, presso Camera e Senato, sono in corso indagini conoscitive sulla vicenda e la Procura di Torino ha depositato l'avviso di conclusione delle indagini preliminari (aprile 2014), indicando una ventina di indagati per una pluralità di reati connessi a tale complessa vicenda.

talvolta anche legislativo) di alcuni diritti di rilevanza costituzionale. Elemento sicuramente determinante è il fatto che il bene costituzionale in gioco sia proprio il diritto alla salute e, soprattutto, il fatto che qualifica *l'eccezionalità della situazione*, ossia che i trattamenti “controversi” possano avere un impatto determinante in situazioni nelle quali il paziente interessato non ha valide alternative terapeutiche, oppure si tratti di una malattia dalla prognosi particolarmente infausta.

Tuttavia, dall'analisi comparata delle decisioni giurisdizionali rese nei due ordinamenti presi in considerazione, al netto delle dovute distinzioni tra le peculiarità propriamente nazionali e la convulsa gestione (anche legislativa) delle vicende italiane, è possibile svolgere alcune riflessioni circa l'importanza e il peso che il ruolo del giudice può giocare nelle decisioni relative all'accesso alle prestazioni mediche in casi caratterizzati da un certo livello di *eccezionalità*.

Sicuramente, la possibilità di ricorrere avverso un diniego di accesso ad una determinata terapia o, comunque, di adire un giudice per accertare che l'essere ammessi ad una specifica prestazione sanitaria integra il diritto fondamentale alla salute costituisce un fattore di effettività del diritto stesso e un mezzo imprescindibile per la realizzazione dei principi che fondano – *stricto sensu* – il sistema sanitario e – *lato sensu* – lo Stato sociale. Tuttavia, la presenza di elementi fattuali che rendono – in qualche modo – eccezionale il caso sottoposto all'attenzione del giudice, pur potendo contribuire in modo significativo alla definizione del ricorso, non può costituire l'unica base sulla quale assumere una decisione che, inevitabilmente, produrrà le proprie conseguenze anche nei confronti di altri assistiti.

5. Conclusioni: gestione politica o giurisdizionale dell'eccezione per una piena garanzia del diritto alla salute?

La complessa configurazione del diritto alla salute, che presenta, al contempo, sia le caratteristiche di un diritto fondamentale in senso proprio, sia i tratti tipici dei diritti sociali, richiede attente valutazioni da parte dei poteri statali per una sua effettiva tutela. Oltre alla necessaria previsione di un intervento attivo dello Stato, finalizzato alla garanzia

di prestazioni che danno concreto contenuto al diritto, è necessario anche tener presente la dimensione *relazionale* del diritto stesso e del sistema di tutele che lo circondano, soprattutto all'interno di ordinamenti che hanno optato per un servizio sanitario di matrice universalista ed egualitaria.

L'analisi dei dati normativi presi in considerazione, anche se solamente parziali, rispetto alla complessa architettura del sistema, permette di mettere in luce il peso dell'utilizzo del potere discrezionale da parte dell'organo competente. La capacità di effettuare scelte può dipendere, da un lato, da una discrezionalità di carattere politico o, dall'altro lato, di natura tecnica. Nel primo caso, le scelte saranno operate con la finalità di rispondere anche a orientamenti di carattere etico o a priorità ed obiettivi politici. Si pensi, in questa prospettiva, nel panorama comparato, alle scelte relative ai diritti procreativi, quali i criteri per l'accesso alla procreazione medicalmente assistita o alle tipologie di tecniche disponibili (fecondazione omologa, eterologa o maternità surrogata), oppure alle differenti e articolate discipline sull'interruzione volontaria di gravidanza⁴⁹.

Nel secondo caso, inoltre, le scelte pubbliche relative alle prestazioni sanitarie da garantire come contenuto del diritto alla salute possono (e spesso *devono*) anche essere caratterizzate dall'utilizzo della discrezionalità tecnica da parte di chi decide: in questo senso, all'interno delle considerazioni preliminari da effettuare, prendono posto anche fattori extra-giuridici, quali valutazioni di natura economica (vertenti sulla disponibilità di risorse da destinare alle prestazioni sanitarie), ma anche di natura medico-scientifica, basate sull'efficacia e sulla disponibilità di un trattamento, nonché sull'eventuale comparazione tra una specifica prestazione e un'altra ritenuta equivalente.

Anche la più virtuosa delle scelte pubbliche per la salute può celare un'ipotetica lesione dei diritti individuali. Per questa ragione è fondamentale la garanzia di un controllo giurisdizionale effettivo e concreto,

⁴⁹ Un esempio particolarmente significativo, in quest'ambito, riguarda la quantità di previsioni legislative che, nell'ultimo triennio, sono state adottate dalla gran parte degli Stati USA. Per averne un'idea si veda il *Dossier Abortion Rights negli Stati Uniti*, disponibile all'indirizzo <http://www.biodiritto.org/novita/news/item/239-abortion-rights-negli-stati-uniti> (ultima consultazione 30.07.2014).

che si caratterizza per essere la sede all'interno della quale le istanze *particolari* possono essere portate all'attenzione dei pubblici poteri. In queste circostanze può accadere che il sindacato giurisdizionale permetta di estendere, per ragioni di carattere eccezionale, le garanzie previste per determinate circostanze anche a situazioni rimaste escluse, per esempio, per ragioni dipendenti da criteri di ammissibilità stabiliti in modo troppo rigido. In questa prospettiva, il sindacato giurisdizionale può essere considerato come una "valvola di sicurezza", che permetta di riportare ad eguaglianza condizioni o situazioni che, altrimenti, subirebbero un'ingiustificata esclusione.

D'altro canto, il ricorso giurisdizionale non può essere considerato il mezzo ideale in assoluto per la realizzazione in concreto del diritto alla salute. Tale funzione spetta, piuttosto, ad altri organi statali: *in primis*, ad un intervento sapiente e attento del legislatore, alla luce di un bilanciato esercizio della propria discrezionalità politica (nel caso di decisioni eticamente sensibili) e di una solida base tecnica (soprattutto medica e scientifica).

Le motivazioni politiche che stanno alla base di una scelta legislativa, inoltre, possono fungere da limite al sindacato giurisdizionale: il giudice, soprattutto nell'esercizio del controllo di costituzionalità, non sempre può valutare la legittimità delle soluzioni del legislatore fondate sulla realizzazione di un'idea, spesso di natura etica, ma talora anche di carattere eminentemente politico, a meno che queste siano manifestamente irragionevoli o arbitrarie. Talvolta, all'interno di questo meccanismo di *self-restraint* giurisdizionale, possono rientrare anche le discipline frutto dell'utilizzo di un potere discrezionale di natura tecnica (specificamente, medico-scientifica). Al converso, può anche accadere che alcuni interventi legislativi vengano dichiarati illegittimi proprio perché adottati senza la dovuta presa in considerazione dei parametri medici, necessari per una ponderata valutazione delle politiche sanitarie⁵⁰.

⁵⁰ Si pensi, in questo caso, alla sentenza della Corte costituzionale n. 151/2009, con la quale è stato dichiarato costituzionalmente illegittimo l'obbligo di un unico e contemporaneo impianto di tre embrioni, originariamente previsto dalla legge n. 40/2004, in materia di procreazione medicalmente assistita. Secondo la Corte, «la giurisprudenza costituzionale ha ripetutamente posto l'accento sui limiti che alla discrezionalità legisla-

Allo stesso tempo, l'intervento del giudice, che per sua natura non può che essere attivato per garantire la giustizia al caso singolo, non può prescindere da un'analisi globale del quadro esistente, tanto sotto il profilo giuridico, quanto dal punto di vista medico-scientifico, economico e (se applicabile) etico. La risoluzione di un singolo ricorso, quando si tratta di riconoscere il diritto ad accedere alle prestazioni sanitarie, non è un'operazione neutra: soprattutto all'interno di un servizio sanitario pubblico, di stampo universalista, il riconoscimento del diritto di *uno* incide in modo significativo anche sui diritti degli *altri*.

Alla luce delle considerazioni esposte, pur nella loro necessitata frammentarietà e incompletezza, il ruolo dell'eccezione nelle decisioni relative alla tutela della salute emerge quale cartina di tornasole per l'effettiva realizzazione del diritto sul piano individuale. Le scelte relative alla garanzia di prestazioni sanitarie comportano scelte drammatiche e difficili valutazioni concernenti il rapporto di *cost-effectiveness* di ciascuna terapia. Paradossalmente, un sistema di impianto universalista riesce a mantenere la propria identità solamente attraverso la creazione di regole *esclusive*: la mera attività di fissazione di limiti, di soglie di accesso, di condizioni e criteri al cui soddisfacimento subordinare l'accesso alle cure non è in sé negativa, poiché essa contribuisce alla realizzazione di un diritto per sua natura costoso. Accanto all'apposizione di limiti e confini, la garanzia di un controllo giurisdizionale della correttezza delle scelte così effettuate permette di verificare che, passo per passo, il principio d'eguaglianza sia compiutamente realizzato, anche nel caso in cui si manifesti un caso eccezionale che, pur non rientrando entro le categorie prefissate, merita considerazione.

Riuscire a ricondurre anche l'eccezione all'interno del circuito che pone in relazione la decisione pubblica sulla garanzia di prestazioni sanitarie e il suo controllo giurisdizionale permette di assicurare che le valutazioni dei giudici sui c.d. "casi eccezionali" siano ordinate da criteri precisi e rigore procedurale. Ciò può contribuire ad evitare che de-

tiva pongono le acquisizioni scientifiche e sperimentali, che sono in continua evoluzione e sulle quali si fonda l'arte medica: sicché, in materia di pratica terapeutica, la regola di fondo deve essere la autonomia e la responsabilità del medico, che, con il consenso del paziente, opera le necessarie scelte professionali», punto 6.1 del considerato in diritto.

cisioni adottate per rispondere ai bisogni del singolo caso risultino governate dall'emotività dettata dal momento e mettano di conseguenza a repentaglio l'equilibrio generale del sistema e la dimensione relazionale del diritto alla salute.

LA TUTELA DEL MINORE: ECCEZIONI INTEGRATE AL SISTEMA E IPOTESI DI ROTTURA

Marta Tomasi

SOMMARIO: 1. Premessa. 2. Eccezioni ad protegendum. 2.1. Il meccanismo legislativo regola-eccezione: l'onere di motivazione. 2.2. L'eccezione costituzionalmente imposta. 2.3. Eccezione normativa ed eccezionalità del presupposto. 2.4. Eccezioni, nuove tecnologie e divergenze normative. 3. Eccezioni ad promovendum. 3.1. Il diritto all'ascolto. 3.2. L'eccezione al servizio di istruzione e salute. 4. L'eccezione conferma... lo statuto dei diritti costituzionali dei minori.

1. Premessa

La possibilità di collocare in maniera coerente questo contributo all'interno del presente volume è significativamente condizionata dall'interpretazione che del concetto di eccezione si intenda preferire. Infatti, il ragionamento che si andrà a proporre risulta forse più confacente ad una interpretazione ampia della nozione di eccezione, che faccia confluire in essa anche deroghe alle regole generali, in qualche misura riconducibili alle logiche del sistema, piuttosto che a una lettura restrittiva del termine che lo identifichi unicamente con ipotesi di rottura dell'ordine costituito, con strappi del tessuto normativo e persino di quello costituzionale.

Come si avrà modo di evidenziare, l'eterogeneità e la mutabilità della categoria "minori", costruita sulla base di una convenzione giuridica¹, mettono a dura prova la formulazione di regole generali e astratte che si devono calare su una realtà rappresentata da una pluralità di sog-

¹ Che, come noto, in Italia è posta dall'art. 1 della legge n. 39 dell'8 marzo 1975, modificativo dell'art. 2 del codice civile, che fissa oggi ai diciotto anni il conseguimento della maggiore età.

getti – che si trovano in una condizione al contempo transitoria e duratura – difficilmente inquadrabile in chiave unitaria. Si cercherà di porre in evidenza come, con specifico riferimento ai minori, le eccezioni – comunque esse vogliano essere intese – costituiscano, all'interno del sistema giuridico, strumenti necessari ed indispensabili a realizzare lo spirito solidaristico della nostra Costituzione, dando adeguata tutela ai soggetti vulnerabili, a riempire di contenuto il principio di eguaglianza, in entrambe le sue manifestazioni, formale e sostanziale, e a dare forma concreta al principio personalista, permettendo di attribuire dignità a una categoria multiforme di individui, i cui bisogni e le cui necessità richiedono – più che in altri casi – un apprezzamento profondamente individuale.

In particolare, le eccezioni alle regole intervengono seguendo due percorsi diversi, orientati però al conseguimento del medesimo obiettivo: da un lato, esse consentono di tutelare e proteggere soggetti caratterizzati da una intrinseca vulnerabilità; dall'altro, nonostante la generale previsione dell'art. 2 del codice civile, promuovono forme di autoterminazione dei minori che assecondino e incoraggino il loro percorso di maturazione e costruzione di identità. In alcuni casi tali clausole di elasticità del rigore normativo sono previste dal legislatore stesso, in altri sono introdotte ad opera della giurisprudenza e, in altri ancora, trovano collocazione al di fuori dei confini dell'ordine normativo costituito.

Senza pretesa di completezza, si analizzeranno di seguito ambiti molto diversi fra loro che consentono però di apprezzare quanto la considerazione dei profili peculiari caratterizzanti il caso concreto debba, a fronte di determinate circostanze, imporsi e in definitiva prevalere sulla regola generale, al fine di garantire una piena realizzazione dei principi costituzionali coinvolti.

2. *Eccezioni ad protegendum*

In primo luogo si andranno a considerare alcune specifiche ipotesi di eccezioni che trovano la propria radice giustificativa nell'esigenza di proteggere e salvaguardare gli interessi dei minori.

È bene notare, anzitutto, che nella maggior parte dei casi è la stessa categoria dei minori, considerata come *unicum*, a richiedere una disciplina particolare, che in senso molto generoso potrebbe essere considerata come eccezionale e derogatoria rispetto alla regola generale riferibile agli adulti. Così, per esempio, se le cure essenziali e urgenti, in quanto rientranti nel «nucleo irriducibile del diritto alla salute protetto dalla Costituzione come ambito inviolabile della dignità umana», sono garantite dalla legislazione italiana anche agli stranieri non regolarmente soggiornanti sul territorio², il diritto internazionale, quello europeo³ e i principi costituzionali stessi impongono che la tutela garantita ai minori sia ben più ampia. La norma di riferimento – l’art. 35, co. 3 del TU sull’immigrazione⁴ – stabilisce la regola per gli irregolari adulti e impone poi che sia garantito ai minori quanto previsto dall’art. 24 della Convenzione internazionale sui diritti del fanciullo del 1989. Tale disposizione impone agli ordinamenti di «[a]ssicurare a tutti i minori l’assistenza medica e le cure sanitarie necessarie, con particolare attenzione per lo sviluppo delle cure sanitarie primarie», ampliando, così, per una categoria di soggetti, il beneficio posto dalla regola generale. È dunque evidente l’intento di anteporre la tutela di diritti fondamentali attribuibili al minore all’esigenza, pure legittima, di tutela delle frontiere nazionali.

² La Corte costituzionale, con la nota sentenza n. 252 del 2001, ha espressamente affermato che «[q]uesto “nucleo irriducibile” di tutela della salute quale diritto fondamentale della persona deve perciò essere riconosciuto anche agli stranieri, qualunque sia la loro posizione rispetto alle norme che regolano l’ingresso ed il soggiorno nello Stato, pur potendo il legislatore prevedere diverse modalità per l’esercizio dello stesso».

³ Si veda, per esempio, la Risoluzione A7-0032/2011 dell’8 febbraio mediante la quale il Parlamento europeo invita gli Stati membri «ad assicurare che i gruppi più vulnerabili, compresi i migranti sprovvisti di documenti, abbiano diritto e possano di fatto beneficiare della parità di accesso al sistema sanitario» (punto 5), «a garantire che tutte le donne in gravidanza e i bambini, indipendentemente dal loro status, abbiano diritto alla protezione sociale quale definita nella loro legislazione nazionale, e di fatto la ricevano» (punto 22).

⁴ Trattasi del d.lgs. n. 286 del 25 luglio 1998, *Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell’immigrazione e norme sulla condizione dello straniero*, G.U. 3 novembre 1999, n. 258.

È stato poi l'accordo Stato-Regioni del 20 dicembre 2012 a chiarire la portata dell'estensione a favore dei minori ponendo, anche in assenza di permesso di soggiorno, l'obbligo di iscrizione degli stessi al Servizio Sanitario Nazionale⁵ e, teoricamente, come conseguenza di questa, l'assegnazione di un pediatra di libera scelta. In questo specifico caso il problema centrale è stato quello della concreta effettività dell'eccezione prevista in favore dei minori stranieri irregolari o figli di irregolari, stante il ritardo e le difficoltà di alcune Regioni nel recepimento dell'accordo Stato-Regioni del 2012⁶. Particolare scalpore aveva destato il caso della Lombardia il cui Consiglio regionale aveva respinto, nell'estate 2013, una mozione che invitava a riconoscere l'assistenza sanitaria di base, tramite l'attribuzione del pediatra di libera scelta, anche ai minori non regolari presenti sul territorio. La questione si è parzialmente risolta a seguito dell'adozione – dopo che alcune associazioni avevano intentato contro la Regione una causa per discriminazione – di una circolare diramata a tutte le Asl regionali, con cui si dà attuazione a una delibera della Giunta in base alla quale i minori non regolarmente soggiornanti devono essere iscritti al SSN, seppure senza assegnazione del pediatra di libera scelta⁷.

In generale, dunque, l'esigenza di proteggere i minori nella loro situazione di vulnerabilità è un aspetto che consente e impone di dedicare loro norme differenti e derogatorie rispetto a quelle che disciplinano il mondo adulto.

L'esempio riportato, scelto fra i moltissimi possibili in ragione delle difficoltà incontrate in fase esecutiva, serve più che altro a evidenziare la differenza fra queste ipotesi di normative tagliate e plasmate in modo

⁵ Si veda l'accordo fra Governo, Regioni e Province autonome di Trento e Bolzano sul documento recante *Indicazioni per la corretta applicazione della normativa per l'assistenza sanitaria alla popolazione straniera da parte delle Regioni e delle Province Autonome*. In particolare, Punto 1.1.1. *Iscrizione obbligatoria al SSN*, p. 5.

⁶ Sul punto cfr. *Dossier Accordo Stato Regioni e P.A.* della Società Italiana di Medicina delle Migrazioni (SIMM), disponibile al sito web <http://www.simmweb.it/index.php?id=397> (ultimo accesso agosto 2014).

⁷ Giunta della Regione Lombardia, deliberazione n. X/1185 del 20 dicembre 2013 recante *Determinazioni in ordine alla gestione del servizio socio sanitario regionale per l'esercizio 2014* (si veda in particolare il punto 2, p. 49) e circolare della Direzione Generale Salute del 21 gennaio 2014.

da fornire un adeguato grado di protezione a una parte di popolazione connotata da una posizione di vulnerabilità (i minori) e ciò che rappresenta il punto centrale di questo contributo. In questa sede, infatti, l'intento è quello di concentrare l'attenzione su quelle ipotesi – normativamente previste e non – che si pongono come eccezionali rispetto a regole generalmente poste a tutela della categoria dei minori, eccezioni che risultano, in definitiva, l'unico mezzo per apprezzare e attribuire rilievo all'interesse individuale del minore nel singolo caso concreto.

2.1. Il meccanismo legislativo regola-eccezione: l'onere di motivazione

Il primo ambito all'interno del quale il ragionamento che si è cercato di delineare trova applicazione è quello dell'affidamento. Il rapporto regola-eccezione ha subito, infatti, una netta rivoluzione a seguito degli interventi che hanno novellato la materia nel 2006 e poi, più recentemente, nel 2013. Lo schema normativo configurato con la stesura originaria del codice civile del 1942 consentiva unicamente la separazione personale in caso di colpa di uno dei due coniugi, prevedendo che la prole dovesse essere affidata a quello dei due che risultasse «senza colpa»⁸. Nel 1975, dopo l'adozione della legge sul divorzio, il criterio della condotta dei coniugi è stato sostituito con quello che prevedeva che, in caso di separazione, l'affidamento a uno dei due coniugi dovesse essere stabilito sulla base di una valutazione fondata in via prioritaria sulla tutela dell'interesse morale e materiale dei figli⁹.

La rivoluzione arriva con il 2006, quando il legislatore stabilisce che si debba individuare come regola generale quella dell'affidamento con-

⁸ La formulazione originaria dell'art. 155, co. 1 c.c. prevedeva che «[i]l tribunale che pronuncia la separazione dichiara quale dei coniugi deve tenere presso di sé i figli e provvedere al loro mantenimento, alla loro educazione e istruzione».

⁹ Il criterio che legge del 1970 (legge n. 898/1970) aveva previsto in caso di divorzio è stato esteso con la legge n. 151 del 19 maggio 1975, recante la *Riforma del diritto di famiglia* (G.U. n. 135 del 23.05.1975) anche alla separazione. L'art. 36, co. 1 di tale legge riformula l'art. 155 c.c. in questi termini: «Il giudice che pronuncia la separazione dichiara a quale dei coniugi i figli sono affidati e adotta ogni altro provvedimento relativo alla prole, con esclusivo riferimento all'interesse morale e materiale di essa».

diviso ad entrambi i genitori¹⁰. La novella legislativa attua dunque un rovesciamento del rapporto regola-eccezione attribuendo al giudice la facoltà di pronunciarsi – in via di eccezione – in senso favorevole all'affidamento a uno solo dei due coniugi, allorché si riscontri che l'affidamento congiunto possa essere contrario all'interesse del minore¹¹.

Fa così ingresso nella legislazione italiana in tema di affidamento un principio generale che, in molti ambiti inerenti il diritto di famiglia e da molti ordinamenti appartenenti alla *western legal tradition*, è considerato come prioritario: quello del superiore interesse del minore¹².

¹⁰ Legge n. 54 dell'8 febbraio 2006, *Disposizioni in materia di separazione dei genitori e affidamento condiviso dei figli*, pubblicata in G.U. n. 50 del 1° marzo 2006.

¹¹ L'art. 155bis introdotto dalla legge del 2006 prevedeva che «il giudice può disporre l'affidamento a uno solo dei due genitori qualora ritenga con *provvedimento motivato* che l'affidamento all'altro sia contrario all'interesse del minore» (enfasi aggiunta). A partire dal febbraio 2014 in virtù del d.lgs. n. 154 del 28 dicembre 2013 (pubblicato in G.U. 08 gennaio 2014) si dovrà fare riferimento all'art. 337 *ter*: «Provvedimenti riguardo ai figli. (1) Il figlio minore ha il diritto di mantenere un rapporto equilibrato e continuativo con ciascuno dei genitori, di ricevere cura, educazione, istruzione e assistenza morale da entrambi e di conservare rapporti significativi con gli ascendenti e con i parenti di ciascun ramo genitoriale. (2) Per realizzare la finalità indicata dal primo comma, nei procedimenti di cui all'articolo 337-bis, il giudice adotta i provvedimenti relativi alla prole con esclusivo riferimento all'interesse morale e materiale di essa. Valuta prioritariamente la possibilità che i figli minori restino affidati a entrambi i genitori oppure stabilisce a quale di essi i figli sono affidati, determina i tempi e le modalità della loro presenza presso ciascun genitore, fissando altresì la misura e il modo con cui ciascuno di essi deve contribuire al mantenimento, alla cura, all'istruzione e all'educazione dei figli. Prende atto, se non contrari all'interesse dei figli, degli accordi intervenuti tra i genitori. Adotta ogni altro provvedimento relativo alla prole, ivi compreso, in caso di temporanea impossibilità di affidare il minore ad uno dei genitori, l'affidamento familiare. All'attuazione dei provvedimenti relativi all'affidamento della prole provvede il giudice del merito e, nel caso di affidamento familiare, anche d'ufficio. A tal fine copia del provvedimento di affidamento è trasmessa, a cura del pubblico ministero, al giudice tutelare».

¹² Il principio è identificato come criterio-guida nelle decisioni concernenti i minori in molti ordinamenti statali e trova riconoscimento in numerosi documenti, quali la Dichiarazione dei diritti del fanciullo del 1959 (par. 2), la Convenzione per l'eliminazione di tutte le forme di discriminazione contro le donne del 1979 (art. 5 b) e art. 16, par. 1 d)), la Convenzione sui diritti dell'infanzia del 1989 (par. 3.1.) e la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (art. 24.2) del 2001.

Se è pur vero che anche nella vigenza del precedente regime normativo non era escluso che il giudice fosse nella posizione di poter attribuire rilevanza alla posizione di entrambi i genitori, è evidente che l'inversione apportata nel 2006 ha significativamente inciso sull'obbligo di motivazione gravante sul giudice nel caso in cui egli ritenga opportuno disattendere la regola generale. Il *favor* espresso dal legislatore nei confronti dell'affidamento congiunto sarà superabile solo a fronte di una congrua motivazione, che metta al centro della decisione proprio l'interesse del minore.

La *ratio* della norma è esplicitata in un recente giudizio della Corte di Cassazione¹³ che ricorda come «nel quadro della nuova disciplina relativa ai provvedimenti riguardo ai figli dei coniugi separati, di cui agli artt. 155 e 155 *bis* c.c., come riscritti dalla l. n. 54 del 2006, improntata alla tutela del diritto del minore alla bigenitorialità, al diritto cioè dei figli a continuare ad avere un rapporto equilibrato con il padre e con la madre anche dopo la separazione, l'affidamento condiviso si pone non già, come nel precedente sistema, quale evenienza residuale, bensì come regola, rispetto alla quale costituisce, invece, ora eccezione la soluzione dell'affidamento esclusivo». Nel caso concreto la Corte, con una decisione da alcuni criticata, ha ritenuto che il legame affettivo instauratosi fra padre e figlia dovesse essere considerato elemento prevalente sulla violazione da parte del primo dell'obbligo di mantenimento nei confronti della seconda. Secondo il giudizio della Cassazione, la deroga alla regola generale potrebbe operare solo nel caso in cui quest'ultima risultasse pregiudizievole per l'interesse del minore ed emergessero dal provvedimento motivato del giudice le ragioni di non rispondenza all'interesse del figlio dell'adozione del modello legale prioritario di affidamento (sintetizzate, nel caso concreto, in sole ipotesi di inidoneità educativa).

Nello specifico la relazione padre-figlia era stata giudicata positivamente come non ostativa all'affido condiviso e dunque assorbente anche la violazione dell'obbligo di mantenimento da parte del padre, in quanto comunque sufficiente a creare il clima di serenità familiare necessario per una sana ed equilibrata crescita della bambina.

¹³ Corte di Cassazione, prima sez. civile, sentenza n. 9534 del 12 giugno 2012.

Al di là della specifica ricostruzione degli interessi effettuata dalla Cassazione nel singolo caso, preme qui evidenziare che lo schema legislativo è costituito da una regola che mira a conciliare gli interessi dei genitori a mantenere una relazione con il figlio con quelli del figlio stesso a crescere con entrambe le figure accanto, e di una eccezione che dovrebbe consentire, laddove correttamente riempita di significato nei singoli casi dai giudici, di far prevalere in definitiva l'interesse superiore del minore. L'onere di motivazione, gravante in questo secondo caso sugli interpreti chiamati ad applicare la norma, richiede una esplicitazione del percorso logico-argomentativo applicato e degli elementi considerati rilevanti per la concretizzazione del miglior interesse del minore, consentendo, in definitiva, una – almeno eventuale – possibilità di valutazione degli stessi.

2.2. *L'eccezione costituzionalmente imposta*

Il ruolo centrale che, anche nella costruzione della regola normativa, il meccanismo dell'eccezione può e – come si vedrà – in alcuni casi deve rivestire, emerge con evidenza dall'ambito relativo alle regole per l'adozione dei minori.

La finalità precipua dell'istituto dell'adozione è quella di sottrarre il minore a una situazione inadeguata, inserendolo in un ambiente familiare sostitutivo. L'ottica, dunque, è quella di privilegiare i diritti del bambino rispetto a un eventuale diritto ad avere un bambino; come è stato osservato «[a]doption means “providing a child with a family, not a family with a child”»¹⁴. È quindi necessario che lo schema normativo rifletta tale impostazione e consenta la considerazione del primario interesse del minore. Tale apprezzamento – come si cerca di evidenziare nel ragionamento che si sta sviluppando in queste pagine – non può intendere l'entità “minore” come monolitica e uniforme, ma deve necessariamente consentire un'attenta valutazione di tutti gli elementi personali e circostanziali che ne determinano la condizione concreta.

¹⁴ Cfr. Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, *Fretté c. Francia* (26 febbraio 2002, ricorso n. 36515/97), punto 42.

In questo senso, gli interventi della Corte costituzionale in tema di adozione rendono con perfetta evidenza l'esigenza di mantenere nella disciplina normativa una clausola di elasticità che, a fronte di condizioni particolari, ne consenta l'adattamento alle concrete esigenze di protezione del minore.

I presupposti che costituiscono la regola generale per poter adottare un bambino sono indicati nell'art. 6 della legge n. 184 del 1983¹⁵; la formulazione originaria di tale disposizione prevedeva che potessero accedere all'istituto dell'adozione coppie sposate da almeno tre anni, non separate, nelle quali i coniugi risultassero idonei ad educare e istruire i minori e che fossero in grado di mantenerli. Era poi previsto che l'età degli adottandi dovesse superare di almeno 18 anni e non più di 40¹⁶ l'età dell'adottando.

Su tale regola, formulata in termini generali e fondata su considerazioni statistiche basate sulla differenza di età media fra genitori e figli¹⁷, sono intervenuti numerosi successivi pronunciamenti della Corte costituzionale volti ad introdurre eccezioni necessarie, a parere dei giudici della Consulta, a garantire la protezione degli interessi dei minori.

¹⁵ Sempre nell'ottica dare considerazione a tutte le ipotesi specifiche che possono venire in rilievo e dunque rendere opportuno un diverso trattamento del caso concreto, si noti che la legge n. 184/1983 prevede ipotesi particolari di adozione disciplinate dall'art. 44 che mira a tutelare, nelle prime due lettere, il rapporto che si crea nel momento in cui il minore viene inserito in un nucleo familiare con cui ha già instaurato legami affettivi, mentre nelle altre due, i minori che si trovino in situazioni di particolare disagio.

¹⁶ Nel 2001 tale limite viene spostato a quarantacinque anni.

¹⁷ «La fissazione della distanza d'età in diciotto anni deve intendersi storicamente dettata da ragioni di opportunità sociale senza giustificazioni naturalistiche esterne alla sua volontà». È la Corte costituzionale a chiarire la natura discrezionale, seppure ragionevole, della previsione normativa, con ciò escludendo che l'adozione debba essere regolata come *species* artificiale della filiazione e che debba modellarsi sui medesimi presupposti di natura. La Corte ha evidenziato come la formula cui spesso si fa riferimento – *adoptio imitatur naturam* – rifletta una esigenza etico-sociale, avvertita già prima del diritto giustiniano, e non una regola giuridica. Il criterio deve dunque essere «liberato da riferimenti biologici e opportunamente collegato con usi sociali» (cfr. Corte cost., sentenza n. 44/1990).

Chiamata ad esprimersi sul minimo ed il massimo divario di età tra coniugi adottanti e minore adottato¹⁸, la Corte nota che quella introdotta dal legislatore è una «previsione rigida», non del tutto conforme ai principi fissati dalla Convenzione europea sull'adozione dei minori¹⁹ con la quale la normativa italiana condivide il principio ispiratore di fondo riscontrabile nella «valutazione in termini di assoluta preminenza dell'interesse del minore ad “un ambiente familiare stabile ed armonioso” (per usare la incisiva espressione dell'art. 8 della Convenzione)». La Convenzione fissa, infatti, il solo divario di età minimo, collegandolo, per di più, con la possibilità che siano previste deroghe per il verificarsi di circostanze eccezionali²⁰. Sulla base di queste argomentazioni, la Consulta ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 6, co. 2, nella parte in cui non consente l'adozione di uno o più fratelli in stato di adottabilità, quando per uno di essi l'età degli adottanti supera di più di quarant'anni l'età dell'adottando allorché dalla separazione derivi ai minori un danno grave «per il venir meno della comunanza di vita e di educazione»²¹. La norma appare alla Corte in contrasto con i principi costituzionali di cui agli artt. 2, 30 e 31, poiché non prevede la possibilità di deroghe nel caso in cui l'applicazione della norma comporti per il minore un danno irreversibile, come accade con la separazione di due fratelli germani, danno di gran lunga superiore a quello derivante dall'aver genitori adottivi la cui carenza sia solo nel non avere l'età prescritta. La Corte afferma che «il divario di età legislativamente previsto non si pone dunque come così assoluto da non poter essere ragionevolmente intaccato, in casi rigorosamente circoscritti ed eccezionali, per consentire la affermazione di interessi, particolarmente attinenti al mi-

¹⁸ Si noti che la Corte si era già espressa in due occasioni precedenti, legate però a specifiche circostanze e situazioni, contro una interpretazione eccessivamente rigorosa dei requisiti relativi al divario di età. In particolare, si vedano le sentenze n. 44 del 2 febbraio 1990 in riferimento al non raggiunto divario minimo di età, nel caso di chi intende adottare il minore figlio anche adottivo del coniuge e n. 183 del 18 febbraio 1988 per quanto concerne il divario massimo, con riferimento alla estensione degli effetti dell'adozione legittimante.

¹⁹ Convenzione di Strasburgo del 24 aprile 1967, ratificata dall'Italia con legge 22 maggio 1974, n. 357.

²⁰ Cfr. articolo 7, co. 2 b) della Convenzione.

²¹ Sentenza n. 148 del 1° aprile 1992.

nore ed alla famiglia, che trovano radicamento e protezione costituzionale e la cui esistenza in concreto sia rimessa al rigoroso accertamento giudiziale»²².

Similmente, in continuità con la precedente giurisprudenza costituzionale, la Corte, pochi anni dopo, riconoscerà la possibilità di orientarsi favorevolmente all'adozione anche in casi in cui – pur rimanendo nella differenza di età che può solitamente intercorrere tra genitori e figli – l'età del coniuge adottante si discosti in modo ragionevolmente contenuto dal divario massimo, legislativamente previsto²³. Ciò avverrà quando il giudice, con rigoroso accertamento, verifichi l'eccezionale necessità di consentire, nell'esclusivo interesse del minore, che questi sia inserito nella famiglia di accoglienza che, sola, può soddisfare tale suo interesse e accerti il rischio che dalla mancata adozione derivi un danno grave e non altrimenti evitabile per lo stesso. Accertamento indispensabile ad evitare che l'eccezione – rispondente a un criterio di necessità in relazione ai principi e valori costituzionali rilevanti (artt. 2 e 31 Cost.) – «si trasformi in una regola, la cui fissazione è invece rimessa alla discrezionalità del legislatore»²⁴.

Le valutazioni espresse dalla Corte per il divario massimo di età, trovano simmetrica applicazione per quello minimo, rigidamente fissato in diciotto anni. La legittimità della norma richiede che il requisito del divario minimo di età possa essere eccezionalmente superato, nell'esclusivo interesse del minore, quando dalla mancata adozione gli deriverebbe un danno grave e non altrimenti evitabile. In questo caso il giudice, nell'accertare tale situazione e l'interesse del minore, dovrà anche «ponderare il maggior rilievo che presenta il superamento del divario di età, stabilito come regola, quando esso, riguardando quello minimo, viene ad incidere sulla maturità richiesta per assumere le funzioni di genitore»²⁵.

È dunque evidente l'impostazione logica che soggiace a questa catena di interventi del giudice delle leggi: l'eccezione alla regola normativa costituisce condizione di legittimità della stessa. La Corte è esplici-

²² Punto 3 del Considerato in diritto.

²³ Sentenza n. 303 del 24 luglio 1996.

²⁴ *Ibidem*.

²⁵ Sentenza n. 349 del 9 ottobre 1998.

ta nell'escludere che le eccezioni alla regola generale possano essere funzionali alla tutela della posizione dei futuri genitori e nell'incardinarle inequivocabilmente nel perseguimento del poziore interesse del minore allo sviluppo della sua personalità.

Tale lettura è confermata da un'ultima pronuncia in materia, mediante la quale la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 6, co. 2, nella parte in cui non consente che, a fronte di specifiche circostanze, possa essere autorizzata l'adozione anche nel caso in cui entrambi gli adottanti superano di più di 40 anni l'età dell'adottando. La Corte ribadisce, ancora una volta che «[i]l legislatore può (...) stabilire i limiti del divario di età (...). Ma tale regola non può essere così assoluta da non tollerare, sempre che si rimanga nell'ambito di un divario di età compatibile con la funzione dell'adozione legittimante, alcuna eccezione: neanche quando la deroga alla regola generale (...) risponda alla necessità di salvaguardare il minore da un danno grave e non altrimenti evitabile che a lui deriverebbe dal mancato inserimento in quella specifica famiglia adottiva, la sola che possa soddisfare tale esigenza»²⁶.

Dai principi costituzionali di cui agli artt. 2 e 30, co. 1 e 2, discende che l'adozione trova nella garanzia dei fondamentali interessi del minore «il proprio centro di gravità»²⁷ e le pronunce della Corte costituzionale hanno reso esplicito che sono le eccezioni, necessarie per il concreto apprezzamento di questi, a condizionare la legittimità dell'intero impianto normativo.

Pur in un ambito differente da quello dell'adozione, un quadro analogo a quelli delineati in questo paragrafo emerge dalla decisione con

²⁶ Sentenza n. 283 del 5 luglio 1999.

²⁷ Sentenza n. 11 del 10 febbraio 1981, quando la Corte nota che «[s]i suol dire che la riforma del 1967 ha spostato il centro di gravità dell'adozione dall'interesse dell'adottante a quello dell'adottato. (...) Ma lo spostamento del centro di gravità dell'istituto era imposto ancor prima sul piano superiore della normativa costituzionale, per il combinato disposto degli artt. 2 e 30, primo e secondo comma, della Costituzione. Queste norme, riconoscendo come fine preminente lo svolgimento della personalità in tutte le sedi proprie, assumono a valore primario la promozione della personalità del soggetto umano in formazione e la sua educazione nel luogo a ciò più idoneo: da ravvisare in primissima istanza nella famiglia di origine, e, soltanto in caso di incapacità di questa, in una famiglia sostitutiva».

cui la Corte costituzionale ha dichiarato costituzionalmente illegittima l'applicazione automatica e indefettibile della sanzione accessoria della perdita della potestà genitoriale a carico di soggetti responsabili del reato di alterazione di stato (art. 567 co. 2 c.p.), prevista dall'art. 569 c.p.²⁸ L'automatismo sanzionatorio, privo della previsione di eccezioni, che preclude «al giudice ogni possibilità di valutazione e di bilanciamento dei diversi interessi implicati nel processo», viola il principio di uguaglianza perché escluderebbe «ogni possibilità di valutazione dell'interesse del minore nel caso concreto», realizzando effetti contraddittori e tornando, in definitiva, a danno degli stessi soggetti che si prefigge di tutelare.

La Corte integra dunque la norma scritta dal legislatore, introducendo la possibilità, in via di eccezione rispetto alla regola generale, di derogare a quanto da essa previsto nel caso in cui ciò risulti essere nel miglior interesse del minore.

Lo strumento mediante il quale la Corte permette l'adattamento di generalizzazioni assolute alle circostanze e ad ipotesi eccezionali è costituito dalla c.d. delega di bilanciamento in concreto mediante la quale la verifica delle condizioni che giustificano l'operatività dell'eccezione è affidata all'attività concretizzatrice della giurisprudenza²⁹. E pur nella consapevolezza della genericità del concetto di “superiore interesse del minore”, e dunque dei rischi connessi alla discrezionalità degli interpreti, la Corte considera comunque più coerente con il principio di uguaglianza e con quello di ragionevolezza un sistema costituito da una regola qualificata dalla possibilità di fare eccezione ad essa.

La Corte in questo caso interviene per «temperare la rigida assegnazione di valore che il legislatore ha tracciato per sostituirla con meccanismi flessibili tali da consentire un bilanciamento da compiersi di volta in volta secondo le valutazioni discrezionali del soggetto applicatore»³⁰.

²⁸ Si tratta della sentenza n. 31 del 2012.

²⁹ Sul punto si veda A. TESAURO, *Corte costituzionale, automatismi legislativi e bilanciamento in concreto: “giocando con le regole” a proposito di una recente sentenza in tema di perdita della potestà genitoriale e delitto di alterazione di stato*, in *Giurisprudenza costituzionale*, fasc. 6, 2012, p. 4909, in particolare par. 2.

³⁰ R. BIN, *Giudizio in astratto e delega di bilanciamento “in concreto”*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1991, p. 3574.

2.3. Eccezione normativa ed eccezionalità del presupposto

Una categoria di minori di cui sempre più l'ordinamento deve farsi carico e prendersi cura è quella dei minori stranieri. Ed è proprio al fine di garantire una loro adeguata tutela che il legislatore apre un varco nelle rigorose maglie normative che individuano le tassative ipotesi di concessione, da parte dello Stato italiano, di un titolo di soggiorno a cittadini stranieri. In particolare, l'art. 31 – significativamente rubricato *Disposizioni a favore dei minori* – al comma 3 prevede la possibilità che il Tribunale dei minorenni «per gravi motivi connessi con lo sviluppo psicofisico e tenuto conto dell'età e delle condizioni di salute del minore che si trova nel territorio italiano» autorizzi «l'ingresso o la permanenza del familiare, per un periodo di tempo determinato, anche in deroga alle altre disposizioni del presente testo unico»³¹.

È il dettato normativo stesso, dunque, a prevedere ipotesi – estranee a quelle previste in maniera rigorosa all'interno del Testo Unico – in cui un valido titolo di soggiorno possa essere concesso a soggetti che rivestano un ruolo importante nello sviluppo della personalità del minore³².

La concreta portata di tale disposizione è stata peraltro oggetto di una ondivaga giurisprudenza della Corte di Cassazione, la cui analisi può risultare interessante proprio in ragione della differente lettura che dell'ipotesi eccezionale è stata alternativamente proposta.

In alcuni casi la Cassazione ha richiesto che – ai fini dell'applicazione della previsione normativa eccezionale – fosse accertata una situazione caratterizzata da uno stato di salute particolarmente grave. Il permesso di soggiorno per assistenza al minore avrebbe potuto dunque essere concesso ai familiari solo nel caso in cui l'interesse del minore da tutelarsi fosse qualificato in termini di eccezionalità.

Questa impostazione restrittiva – che massimizzava l'esigenza di salvaguardia delle frontiere e mirava ad evitare possibili strumentalizz-

³¹ Introdotto già con l'art. 30, co. 2 del d.lgs. n. 286/1998.

³² Per una interpretazione estensiva del termine “familiare”, in genere riferito ai soli genitori, si veda la sentenza del Tribunale per i Minorenni de L'Aquila, del 25 novembre 2013 con la quale l'autorizzazione a permanere sul territorio nazionale è stata concessa alla nonna di un minore straniero.

zazioni della norma – ha subito ripetute battute d’arresto a partire da una pronuncia del 2006, con la quale la Cassazione stessa ha distinto i casi in cui si richiedeva autorizzazione all’ingresso del familiare – casi in cui era opportuno mantenere un controllo particolarmente stringente – da quelli in cui il genitore era già sul territorio italiano, circostanza che richiedeva un controllo circa la gravità dei motivi, da valutarsi, tuttavia, non in termini di eccezionalità, quanto piuttosto rispetto al pregiudizio derivante dall’allontanamento³³.

La conferma dell’esigenza di invertire la logica interpretativa sino a quel momento prevalente, al fine di rendere effettivamente applicabili anche ai minori stranieri alcuni principi costituzionali, è arrivata con due pronunce del 2009 e 2010³⁴.

Con queste la Corte di Cassazione chiarisce che eccezionale è il modo di acquisizione del permesso di soggiorno, mentre l’eccezionalità non qualifica la gravità dei motivi che possono non essere eccezionali e che vanno verificati, caso per caso, dal giudice minorile.

Queste due sentenze, «richiamando una trama di principi costituzionali in tema di diritti dei minori elaborata già nel corso degli anni ’70 dello scorso secolo» hanno reso esplicito l’intreccio di norme e principi costituzionali (artt. 30, 31, 34 e 37 letti alla luce degli artt. 2 e 3 Cost.) che costituiscono il paradigma della tutela dei minori, all’interno del quale un ruolo di perno è rivestito dal riferimento alla personalità e al suo sviluppo³⁵.

Inversione preoccupante in questa linea di tendenza è stata rappresentata dalla sentenza n. 5856 del 2010 con la quale la Cassazione esclude che la necessità di garantire e conservare il progetto educativo del minore possa essere considerata sufficiente a integrare le condizioni previste per la concessione del titolo di soggiorno *ex art. 31, co. 3*. Con questa pronuncia la Corte ha ritenuto che l’interesse del minore a un

³³ Cass., SS.UU., sentenza n. 22216 del 28 settembre 2006.

³⁴ Corte di Cassazione, prima sez. civile, sentenza n. 22080 del 16 ottobre 2009 e n. 823 del 19 gennaio 2010.

³⁵ C. COTTATELUCCI, L. VILLA, *Una sentenza che viene da lontano. La Corte di Cassazione conferma l’applicazione dell’art. 31 co. 3 per tutelare nella sua integrità lo sviluppo psico-fisico dei minori stranieri*, in *Diritto immigrazione e cittadinanza*, 1, 2010, p. 109.

equilibrato e compiuto sviluppo possa essere considerato rilevante solo ove sorretto da ragioni eccezionali (seppur non necessariamente connesse alla salute), rovesciando la logica promossa dalla Convenzione di New York e dall'art. 28, co. 3, dello stesso Testo Unico che impongono che il superiore interesse del minore venga assunto in tutte le decisioni che lo riguardano come criterio valutativo “con carattere di priorità”; eventuali altre esigenze potranno eventualmente prevalere solo se rappresentative di un interesse pubblico *eccezionalmente* superiore.

Stante la perdurante difformità di interpretazione della norma, sempre nel 2010 sono intervenute le Sezioni Unite della Cassazione avvalorando la lettura estensiva della previsione legislativa, seppure minoritaria³⁶.

Tra i gravi motivi legittimanti la misura autorizzativa – che la Corte ribadisce non possano essere limitati a frangenti eccezionali e contingenti – sono da comprendere tutte le situazioni che possono provocare qualsiasi danno effettivo, concreto, percepibile e obiettivamente grave che, considerate le circostanze del caso, possano derivare al minore dal suo sradicamento dall'ambiente in cui si trova o dall'allontanamento del familiare.

Si tratta evidentemente di situazioni che non si prestano a essere tipizzate o standardizzate, ma che richiedono un'indagine svolta in modo individualizzato, da un organo specializzato, tenendo conto di ogni possibile variabile e di qualsiasi fattore idoneo a consentire l'operazione di corretto bilanciamento di interessi richiesta dalla norma. E dunque la previsione legislativa eccezionale non richiede presupposti altrettanto eccezionali per rendersi operativa.

³⁶ Corte di Cassazione, sentenze n. 21799 del 25 ottobre 2010. Per un commento cfr. C. COTTATELLUCCI, *La pronuncia n. 21799/2010 delle Sezioni unite sull'art. 31 del d.lgs. n. 286 del 1998: un mutamento di indirizzo che spetta alla giurisprudenza di merito approfondire*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 4, 2010, p. 81. L'orientamento indicato dalle Sezioni Unite è stato poi ripreso anche da Corte di Cassazione, prima sez. civile, sentenza n. 2647 del 3 febbraio 2011 e Corte di Cassazione, sez. civile lavoro, sentenza n. 27330 del 5 dicembre 2013. Per un esempio di attuazione da parte della giurisprudenza di merito, cfr. Corte d'appello di Milano, 14 febbraio 2013, accoglie il ricorso di due genitori, autorizzandoli alla permanenza in Italia.

Il ruolo della norma di cui all'art. 31, co. 3 è espressamente ricostruito dalla Corte: essa svolge «la funzione di norma di chiusura del sistema di tutela dei minori stranieri, fondato in via ordinaria sull'istituto del ricongiungimento familiare, ed apportando una eccezione alla disciplina sull'ingresso e sul soggiorno dello straniero dettata dalle norme precedenti quando ricorrano le condizioni per salvaguardarne il “preminente interesse” in situazioni nelle quali l'allontanamento suo o di un suo familiare potrebbe pregiudicarne gravemente l'integrità fisico-psichica. In tale logica, essa attua, completa ed esaurisce il bilanciamento necessario ed equilibrato tra il rispetto alla vita familiare del minore che i pubblici poteri sono tenuti a proteggere e promuovere e l'interesse pubblico generale alla sicurezza del territorio e del controllo delle frontiere (...)». La norma può essere qualificata come eccezionale in quanto introduce un «istituto *extra-ordinem* “a favore dei minori”», al quale può farsi ricorso tutte le volte in cui è invocabile il presupposto sostanziale legittimante del grave motivo connesso allo sviluppo psicofisico del titolare del diritto. La formulazione della norma impone, peraltro, un bilanciamento fra diverse esigenze, escludendo di conseguenza che – in ragione di un sicuro disagio psichico causato al minore in ogni ipotesi di allontanamento dall'ambiente in cui si trova o dal familiare – l'interesse di questi sia da considerarsi esclusivo e sempre gerarchicamente prevalente (invertendosi così il rapporto regola-eccezione).

2.4. *Eccezioni, nuove tecnologie e divergenze normative*

Se sino ad ora si sono considerate ipotesi di eccezioni previste dal legislatore o imposte allo stesso dai giudici costituzionali, è interessante in questa sede segnalarne alcune, di diversa natura, derivanti dalla necessità di individuare soluzioni giuridiche per situazioni inedite prodotte da recenti evoluzioni del sapere scientifico e dalle nuove tecnologie³⁷. È ciò che è accaduto quando le tecniche di procreazione medicalmente assistita hanno richiesto ad alcuni giudici di considerare l'in-

³⁷ Per una riflessione circa il fisiologico ritardo del diritto nel regolare taluni campi delle scienze della vita, cfr. C. CASONATO, *Introduzione al biodiritto*, 3^a ed., Torino, 2012, in particolare p. 90 ss.

teresse del minore come ragione giustificativa per l'apertura di sensibili breccie all'interno del tessuto normativo esistente.

In questo senso, il tema più critico è quello della maternità surrogata, che di recente ha impegnato anche alcuni tribunali italiani³⁸. È all'estero, però, che con più evidenza si è manifestata la forza del superiore interesse del minore, tanto in ordinamenti che riconoscono e almeno in parte regolamentano le tecniche di maternità surrogata, quanto in quelli che pongono, nei confronti di tali pratiche, espliciti divieti.

Esemplificativo dell'esigenza di superare il rigore del dato normativo al fine di realizzare l'interesse del minore è un caso inglese del 2012³⁹, risolto dalla Family Division della High Court of Justice. Nel Regno Unito alcune indicazioni normative in materia di *surrogacy* sono previste dallo *Human Embryology and Fertilisation Act* del 2008. La *Section 54* di questo atto, in particolare, prevede che la responsabilità genitoriale sia trasferita dalla madre gestante (e dal marito) ai genitori committenti per mezzo di adozione o di un *parental order* rilasciato dall'autorità giudiziaria competente a seguito dell'accertamento del ricorrere di alcuni presupposti⁴⁰, fra i quali rientra il consenso della madre gestante. Sulla base di tale disposizione, una coppia di omosessuali, uniti civilmente, aveva fatto ricorso ai giudici per ottenere un *parental order* che li dichiarasse legalmente i genitori di due gemelli nati in India mediante un accordo di maternità surrogata. I ricorrenti avevano selezionato l'ovulo di un donatore anonimo e uno di loro era il padre genetico dei bambini. Prima della nascita, i due uomini, in accordo con la legislazione inglese, avevano predisposto un documento da far firmare alla madre surrogata sei settimane dopo il parto, mediante il quale la

³⁸ Alcune recenti vicende processuali si sono svolte intorno al riconoscimento di certificati di nascita prodotti all'estero e del reato di alterazione di stato: con esiti alterni, sulla questione si sono espressi il Tribunale di Brescia (seconda sez. penale, 26 novembre 2013), il Tribunale di Milano (quinta sez. penale, 15 ottobre 2013 e 8 aprile 2014) e quello di Trieste (4 ottobre 2013). Tutte le pronunce sono raccolte sul sito www.biodiritto.org.

³⁹ *D and L* (Surrogacy) [2012] EWHC 2631.

⁴⁰ Tali sono l'assenza di compenso, il consenso reso dalla madre gestante, l'esistenza di un collegamento biologico con almeno uno dei genitori committenti, la residenza di almeno uno dei due genitori committenti nel Regno Unito, nelle Channel Islands o nella Isle of Man.

donna avrebbe acconsentito ai provvedimenti giudiziali funzionali al trasferimento della potestà genitoriale in capo alla coppia inglese. Poiché la legislazione indiana vieta i contatti diretti fra committenti e madri surrogate, la coppia si era rivolta alla clinica. I bambini erano stati presi in custodia dai genitori committenti due giorni dopo la loro nascita e tutta la famiglia era rientrata nel Regno Unito, senza però il documento sottoscritto dalla madre, attestante il suo consenso. A dispetto di innumerevoli tentativi, nessuno fu in grado di rintracciare la donna. Nonostante il contenuto esplicito della legislazione inglese, nel caso concreto il giudice aveva ritenuto di poter superare la mancanza del consenso, facendo leva sull'esigenza di attribuire rilevanza preminente all'interesse del minore⁴¹. Similmente il giudice autorizzava retroattivamente il pagamento effettuato dalla coppia, sebbene esso eccedesse in maniera consistente ed evidente le "reasonable expenses" previste e concesse dalla *Section 54* dello *HFE Act* del 2008.

La considerazione del superiore interesse del minore consente in questo caso un intervento del giudice che crea un'eccezione rispetto al chiaro e perspicuo dato normativo.

Vi sono poi taluni altri casi⁴² in cui, in via di eccezione, si è scelto di concedere a bambini nati all'estero mediante maternità surrogata la cittadinanza dei genitori committenti, riconoscendo a questi ultimi la potestà genitoriale. Il problema nasce da un contrasto fra norme che disciplinano la maternità surrogata in alcuni paesi che costituiscono destinazioni privilegiate per l'applicazione di tali tecniche (per ragioni relative all'elasticità delle regole, ai costi contenuti e alla disponibilità di madri surrogate) e quelle vigenti in gran parte dei paesi dell'Europa occiden-

⁴¹ La *Section 1* dell'*Adoption and Children Act* del 2002 prevede che «(1) This section applies whenever a court is coming to a decision relating to the making of a parental order in relation to a child. (2) The paramount consideration of the court must be the child's welfare, throughout his life. (3) The court must at all times bear in mind that, in general, any delay in coming to the decision is likely to prejudice the child's welfare. (...)».

⁴² Per una panoramica della casistica si vedano T. LIN, *Born lost: stateless children in international surrogacy arrangements*, in *Cardozo Journal of International and Comparative Law*, 21(2), 2013, 545 e M. HENAGHAN, *International Surrogacy Trends: How Family Law is Coping*, in *Australian Journal of Adoption*, Vol. 7, n. 3, 2013 (online).

tale. Le prime prevedono che sui certificati di nascita vengano riportati i nomi dei genitori committenti, mentre le seconde tendono a privilegiare il criterio per il quale la madre legale è la donna che partorisce i bambini (salva poi, come si è vista, in alcuni ordinamenti, la possibilità di trasferire la responsabilità genitoriale in capo ai genitori committenti). Il rischio, non meramente astratto, è che i bambini si trovino in una condizione precaria, privi di una cittadinanza e di un certificato di nascita valido. Alcuni di questi casi si sono risolti con decisioni giudiziali o delle autorità amministrative che hanno deciso di sciogliere la situazione di incertezza in cui si trovavano i minori concedendo loro la cittadinanza o i documenti anche al di fuori degli schemi legislativi esistenti.

È stato questo il caso⁴³, derivante da una vicenda analoga a quella descritta in precedenza, di un bambino nato da maternità surrogata in Ucraina che, a causa di un conflitto di leggi, sarebbe rimasto orfano e privo di cittadinanza. Poiché la madre surrogata era sposata, la legge britannica riconosceva lei e il marito come genitori legittimi in base alle previsioni dello *Human Fertilisation and Embryology Act 1990*⁴⁴. La legge ucraina, al contrario, riconosceva i genitori committenti come genitori legittimi, escludendo il diritto del bambino a risiedere in Ucraina o a ottenere la cittadinanza di tale Stato⁴⁵. In questo caso le autorità britanniche, dopo aver ricevuto prova del legame genetico con uno dei genitori committenti, avevano autorizzato l'ingresso del bambino nel Regno Unito «outside the rules»⁴⁶ al fine di consentire ai genitori committenti di regolarizzare la sua posizione (i.e. richiedere a un giudice un *parental order*).

Un altro caso assimilabile ai precedenti vede coinvolti gli ordinamenti indiano e giapponese⁴⁷. La maternità surrogata aveva avuto luogo in India ma, nel corso della gestazione, la coppia giapponese commit-

⁴³ *Re X and Y (Foreign Surrogacy)* [2008] EWHC 3030 (Fam).

⁴⁴ Nel testo vigente fino alla modifica del 2008.

⁴⁵ Come nota il giudice, «the children were marooned stateless and parentless whilst the applicants could neither remain in the Ukraine nor bring the children home» (paragrafo 10 della decisione).

⁴⁶ Paragrafo 10 della decisione.

⁴⁷ *Baby Manji Yamada v. Union of India and Another* (2008) 13 SCC 518.

tente si era separata, con la conseguenza che la madre non aveva avanzato alcuna pretesa alla nascita del bambino. Le autorità indiane avevano registrato il certificato di nascita indicando solo il nome del padre committente che però, in base alle leggi giapponesi, avrebbe potuto adottare il bambino e riportarlo in patria unicamente a condizione che questi fosse in possesso di un passaporto indiano. Solo a seguito di una pronuncia della *Supreme Court of India* che dichiarava la legalità della maternità surrogata in tale ordinamento, l'ufficio passaporti del Jaipur aveva concesso, in via eccezionale, un documento di identità al bambino. L'ambasciata del Giappone aveva conseguentemente concesso al bimbo un visto giapponese per motivi umanitari.

Emerge con chiarezza da questi casi che il dovere di protezione nei confronti dei minori è risultato più forte di altre ragioni e sufficiente a superare schemi legislativi che non erano in grado di considerare le specificità dei casi concreti.

Già negli esempi proposti, è evidente che le vicende sono giunte a soluzione solo a seguito di complessi e lunghi procedimenti, con ovvio detrimento per la posizione dei minori coinvolti. Ancor più complicato si fa il ragionamento allorquando vengano in gioco ordinamenti all'interno dei quali esistono regole normative che espressamente vietano le tecniche riproduttive oggetto di analisi⁴⁸.

Nondimeno, si porteranno alcuni esempi di quanto sia pressante l'esigenza di protezione evidenziata e di come essa si sia affermata, in alcuni casi, anche a fronte di divieti espressamente previsti dalle legislazioni nazionali.

Tutta la difficoltà di spostarsi dalla dimensione delle regole generali e astratte per considerare esigenze di tutela individualizzate si legge tra

⁴⁸ Per le disomogeneità di regolamentazione negli Stati Uniti cfr. C. SPIVACK, *The Law of Surrogate Motherhood in the United States*, in *American Journal of Comparative Law*, 58, 2010, pp. 97-114. Per l'Europa si veda il Report della Direzione generale delle politiche interne del Parlamento europeo (*Policy Department C: Citizens' Rights And Constitutional Affairs*), *A Comparative Study on the Regime of Surrogacy in EU Member States*, 2010.

le righe di una recente decisione del Tribunal Supremo de España⁴⁹. Essendo la maternità surrogata esplicitamente vietata nell'ordinamento spagnolo⁵⁰, una coppia di omosessuali si era vista rigettare la richiesta di trascrizione nel registro spagnolo di due certificati di nascita emessi in California che li vedevano indicati come genitori legittimi di due bambini nati da maternità surrogata. Dopo alterne vicende, la questione era giunta all'attenzione del Tribunal Supremo de España che si è trovato a dover valutare la compatibilità dell'atto straniero (i certificati di nascita) con l'*internacional orden público* spagnolo⁵¹.

Il profilo che più colpisce di questa decisione riguarda l'interpretazione che del *best interest* del minore viene data dai giudici. Nella lettura fatta dal Tribunale, infatti, il preminente interesse del minore è un concetto giuridico non determinato che deve essere riempito di contenuto in accordo con i valori che rappresentano il fondamento della società. Tali valori, che necessariamente devono bilanciare quello dell'interesse del minore, andando a definirne il contenuto, sono anche la dignità umana, l'integrità morale e il divieto di sfruttamento e reificazione – valori considerati inconciliabili con le tecniche di maternità surrogata. La criticità di tale conclusione risiede principalmente nel fatto che una considerazione individualizzata del miglior interesse del minore nel caso concreto viene subordinata ad un'astratta e teorica ricostruzione dell'ordine pubblico nazionale e dei valori che lo compongono⁵².

Il medesimo atteggiamento di chiusura e di massimizzazione della rilevanza della clausola di ordine pubblico era stata dimostrata dalla Cour de cassation che nel 2011 aveva deciso tre casi⁵³ escludendo la

⁴⁹ Tribunal Supremo de España, *Sala de lo Civil, pleno*, 6 febbraio 2014, *D. Ramón y D. César c. Administración General del Estado*, pubblicato in *La Ley*, 23 aprile 2014, 4.

⁵⁰ Art. 10 of the *Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida*, 2006.

⁵¹ Ordine che la Corte identifica con «el sistema de derechos y libertades individuales garantizados en la Constitución y en los convenios internacionales de derechos humanos ratificados por España, y los valores y principios que estos encarnan».

⁵² Rileva l'opinione dissenziente che, nel caso concreto, i requisiti posti dalla normativa californiana erano di per sé sufficienti a far presupporre che non vi fosse stata violazione di alcuni dei valori assunti dal giudice spagnolo come dirimenti.

⁵³ Si tratta dei giudizi *Arrêt* n. 369 (09-66.486); *Arrêt* n. 370 (10-19.053); *Arrêt* n. 371 (09-17.130), tutti resi il 6 aprile 2011.

possibilità di trascrivere nel registro francese certificati di nascita emessi negli Stati Uniti sui quali erano riportati, quali genitori legittimi di bimbi nati da maternità surrogata, i nomi dei genitori committenti. I certificati erano stati inizialmente trascritti ma, in diversi gradi di giudizio, i tribunali avevano accolto la richiesta del *Ministère public* di annullare la trascrizione in ragione del fatto che i provvedimenti stranieri non potevano essere registrati se contrari all'ordine pubblico francese⁵⁴.

Tanto nel caso spagnolo, quanto in quelli francesi, i giudici avevano argomentato che il rifiuto della trascrizione non avrebbe provocato alcun *vulnus* nei confronti dei minori che avrebbero comunque potuto continuare a vivere con i genitori committenti⁵⁵.

A contraddire questa conclusione, proprio in riferimento alle vicende avvenute nell'ordinamento francese, è intervenuta la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo evidenziando, in due recenti pronunce, che la protezione concreta dell'interesse del minore possa, in alcuni casi, costituire una legittima eccezione ad una interpretazione astratta ed eccessivamente rigorosa dell'ordine pubblico.

A seguito delle pronunce rese dalla Cassazione, due ricorsi erano stati presentati alla Corte EDU, lamentando una violazione degli articoli 8 e 14 della Convenzione. La Corte parte dall'assunto che fra i coniugi e i bambini si era in effetti instaurato un legame di vita che, ex art. 8, poteva essere qualificato come familiare. La Corte accerta che il rifiuto delle autorità francesi di riconoscere il rapporto di filiazione costituiva effettivamente una ingerenza nel diritto dei ricorrenti al rispetto della loro vita privata e familiare, ma riconosce che tale intromissione dovesse essere qualificata come conforme alla legge e preposta al conseguimento del legittimo scopo della «tutela della salute» e della «tutela dei diritti e delle libertà altrui». Come ultimo requisito perché l'ingerenza posta in essere dallo Stato possa essere considerata legittima, l'art. 8 della Convenzione richiede che essa possa essere qualificata come «necessaria in una società democratica». In riferimento a questo profilo la

⁵⁴ La surrogazione di maternità è vietata in Francia ai sensi dell'art. 16-7 del codice civile.

⁵⁵ Sul punto i giudici spagnoli richiamano due pronunce della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo: *Wagner and J.M.W.L. v. Luxembourg* del 28 giugno 2007 e *Harroudj v. France* del 4 ottobre 2012.

Corte sottolinea come sia necessario lasciare agli Stati un ampio margine di apprezzamento nel prendere decisioni su questioni eticamente sensibili, fra le quali indubbiamente rientra la maternità surrogata. Tale margine di discrezionalità, però, sarebbe notevolmente ristretto allorché sia in gioco un legame di parentela che coinvolge un aspetto fondamentale dell'identità degli individui. Il mancato riconoscimento del rapporto di filiazione influenzerebbe inevitabilmente la vita familiare dei minori, i cui interessi devono sempre essere considerati come preminenti; pur avendo le autorità francesi garantito la possibilità di instaurare una condizione di vita equiparabile a quella di altre famiglie, la Corte osserva che i minori si trovano in uno stato di incertezza giuridica che ne mina l'identità nel contesto della società francese.

La Corte esclude che vi sia violazione dei diritti dei genitori, ma condanna la Francia per violazione del diritto dei minori al rispetto della loro vita privata. Il diniego di trascrizione, che ben potrebbe legittimarsi come provvedimento espressivo dell'esercizio del margine di apprezzamento statale a fronte di una questione eticamente sensibile, diviene però illegittimo in quanto produttivo di effetti nei confronti dei minori, la tutela dei cui interessi deve costituire un'eccezione alla regola del divieto di trascrizione. Si tratta di un'eccezione che consente di integrare la nozione di ordine pubblico, inteso come insieme dei valori fondanti lo stato nazionale, con la tutela dell'interesse dei minori, dalla quale la prima non può prescindere.

Tutte queste decisioni massimizzano l'importanza da darsi alla situazione del minore, che richiede attenzione individualizzata, resa possibile dall'esistenza di una valvola di sicurezza che temperi l'assolutezza e il rigore di alcuni principi consolidati e tradizionalmente dotati di forte resistenza, quale quello dell'ordine pubblico.

3. *Eccezioni ad promovendum*

Esiste poi un secondo fronte di analisi delle questioni che si sono prospettate e che riguarda la possibilità che, stante un sistema generale di regole posto per la protezione della posizione dei minori, intesi come soggetti vulnerabili, l'esistenza di eccezioni rappresenti una efficace

strada percorribile al fine di garantire la realizzazione dell'interesse del singolo minore che richiede, nel caso concreto, promozione della propria autonomia e capacità di autodeterminazione, piuttosto che protezione. O, per meglio dire, protezione attraverso la promozione di autonomia e autodeterminazione.

In questo senso, pare evidente che la regola posta dall'art. 2 del codice civile debba necessariamente essere integrata da alcune previsioni che, sempre a livello generale, consentono di dare rilevanza, variamente articolata, a manifestazioni di volontà e di intenzione rese dal minore, laddove sia accertata la presenza di un sufficiente grado di discernimento. In particolare, questa possibilità deriva dalla concezione della regola relativa all'acquisizione della capacità di agire come concetto derivato da una più generale capacità di discernimento, come un suo naturale sviluppo.

3.1. Il diritto all'ascolto

Uno dei sintomi più evidenti di un sistema normativo attento alle esigenze di coinvolgimento attivo dei minori e delle tendenze di apertura verso gli spazi di capacità autodeterminativa che la crescita comporta – di derivazione anche internazionale⁵⁶ ed europea⁵⁷ – è rinvenibile nell'art. 315 *bis* c.c., a mente del quale il minore che abbia compiuto i dodici anni di età, e anche di età inferiore ove capace di discernimento, ha il diritto di essere ascoltato in tutte le questioni e le procedure che lo riguardano.

Lo schema normativo prevede dunque un temperamento all'incapacità d'agire del minore che può vantare un diritto soggettivo ad essere

⁵⁶ In questo senso, si veda, per esempio, l'art. 12 della Convenzione di New York che dispone che gli stati «garantiscono al fanciullo capace di discernimento il diritto di esprimere liberamente la sua opinione su ogni questione che lo interessa, le opinioni del fanciullo essendo debitamente prese in considerazione tenendo conto della sua età e del suo grado di maturità».

⁵⁷ Si vedano, nell'ambito del Consiglio d'Europa, gli artt. 3 e 6 della Convenzione europea sull'esercizio dei diritti dei minori (Strasburgo, 1996) e, nell'ambito dell'Unione europea, l'art. 24 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (Nizza, 2000, divenuta diritto vigente con il Trattato di Lisbona, 2009).

ascoltato, finalizzato alla tutela del bene consistente nell'affermazione della propria personalità e della propria identità.

Anche in questo specifico contesto il meccanismo dell'eccezione pare giocare un ruolo interessante al fine di accentuare l'importanza da doversi dare al superiore interesse del minore e al suo diverso declinarsi in base alle concrete circostanze e condizioni.

Così, la regola generale sull'ascolto trova eccezione nell'art. 371 c.c., con riferimento ai provvedimenti circa l'educazione e l'amministrazione: in questi casi il giudice tutelare, nel deliberare sul luogo ove il minore debba essere cresciuto e sul suo avviamento agli studi o professionale, dispone l'ascolto del medesimo che abbia compiuto i dieci anni e anche di età inferiore, ove capace di discernimento. Si tratta di un eccezionale abbassamento della soglia della presunzione legale di acquisizione di capacità di discernimento che trova giustificazione nell'esigenza di tenere in considerazione le capacità, le inclinazioni naturali e le aspirazioni del minore (artt. 147 e 155, co. 3 c.c.) nel momento in cui si assumano decisioni su tematiche che incidono profondamente sulla sua personalità e sulla formazione della sua identità personale⁵⁸.

Similmente, in alcuni procedimenti particolari l'opinione espressa dal minore assume un rilievo eccezionale rispetto a quello attribuitole dalla regola generale. Se dal generale diritto di essere ascoltato deriva, in capo al giudice, un dovere di motivazione nel caso di decisione difforme rispetto alle manifestazioni di opinione e volontà espresse dal minore, nei procedimenti relativi al riconoscimento da parte dei genitori e in quelli di adozione la scelta esistenziale del quattordicenne ha un peso del tutto differente. L'art. 250, co. 2 c.c. (come novellato dalla legge n. 219/2012) prevede che il minore quattordicenne manifesti il proprio *assenso* al riconoscimento da parte dei genitori, mentre l'art. 7, co. 2 della legge n. 184/1983 subordina l'adozione del quattordicenne alla prestazione del suo *consenso*.

L'esistenza di queste differenziate soglie di età, inoltre, mette in evidenza come esse rappresentino soglie legali relative di capacità di

⁵⁸ Sull'estensione del diritto all'ascolto nella nuova normativa e su alcune eccezioni alla regola, si veda G. BALLARANI, *Contenuto e limiti del diritto all'ascolto nel nuovo art. 336-bis c.c.: il legislatore riconosce il diritto del minore a non essere ascoltato*, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, 2, 2014, p. 841.

discernimento del minore e dell'importanza che riveste l'accertamento concreto di essa nei singoli casi⁵⁹.

In via interpretativa, poi, si era introdotta una ulteriore eccezione alla formulazione dell'art. 315 *bis* c.c. escludendo che il dovere del giudice di ascolto trovasse applicazione laddove ciò non potesse dirsi conforme al superiore del minore poiché il danno lo esporrebbe a un presumibile danno derivante dal coinvolgimento emotivo nella controversia che opponga i genitori⁶⁰.

In questo caso l'individuazione dell'eccezione alla regola serve a evidenziare che la norma relativa all'ascolto introduce un diritto soggettivo assoluto della personalità, che se non comprendesse anche il profilo negativo dello stesso, e dunque un diritto a non essere ascoltato, si tradurrebbe piuttosto in un obbligo gravante sul minore.

Se la previsione che introduce l'ascolto è funzionale alla tutela del superiore interesse del minore, la sua applicazione andrà necessariamente esclusa laddove essa, venendo meno ai propri fini, comporti piuttosto un *vulnus* nei confronti del minore.

⁵⁹ Sulle presunzioni legali in questo ambito si veda F. SCAGLIONE, *Ascolto, capacità e legittimazione del minore*, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, fasc. 1, 2014, 426. Circa l'opportunità di sostituire le presunzioni basate sull'età con un'unica nozione di capacità di discernimento, da accertare caso per caso, G. RECINTO, *La situazione italiana del diritto civile sulle persone minori d'età e le indicazioni europee*, in *Il diritto della famiglia e delle persone*, 2012, p. 1306 e ID., *Legge n. 219 del 2012: responsabilità genitoriale o astratti modelli di minori d'età?*, in *Il diritto della famiglia e delle persone*, 2013, p. 1475.

⁶⁰ Con una pronuncia resa a Sezioni Unite (sent. n. 22238/2009) la Cassazione aveva affermato la doverosità dell'audizione del minore e il corrispondente obbligo per il giudice di fornire le motivazioni secondo le quali si ritiene di non procedere in tal senso. Con sentenza n. 12293/2010 i giudici della Suprema Corte hanno escluso che l'ascolto possa essere legittimamente escluso dal mero e generico richiamo all'età; e che pertanto l'ascolto deve essere effettuato salvo che il giudice accerti, sulla base di circostanze concrete che esso possa arrecare danno al minore. Più di recente ancora la Cassazione ha ribadito che il giudice deve sempre valutare se ci sia un interesse superiore del figlio minore a non essere esposto al presumibile danno derivante dal coinvolgimento emotivo nella controversia che opponga i genitori (Cass. Civ. n. 13241/2011).

L'eccezione, elaborata dalla dottrina⁶¹ e poi fatta propria dalla giurisprudenza, è confluita infine in una esplicita previsione legislativa, introdotta con d.lgs. n. 154 del 2013⁶², che impone al giudice di motivare le ragioni che lo spingono ad "attivare" l'eccezione e dunque a non procedere all'ascolto.

3.2. *L'eccezione al servizio di istruzione e salute*

Si possono portare ancora alcuni esempi relativi a diritti che in maniera particolarmente sensibile incidono sullo sviluppo della personalità e sull'identità del minore: il diritto all'istruzione e il diritto alla salute.

Quanto al primo ambito, è previsto l'obbligo per i genitori di vigilare affinché i figli effettivamente frequentino la scuola elementare; diversamente, ben potrà configurarsi il reato di inosservanza dell'obbligo di istruzione dei minori, punito ai sensi dell'art. 731 c.p.⁶³. La Corte di Cassazione ha però evidenziato che il rifiuto categorico e assoluto espresso dal minore, non superabile con l'intervento dei genitori e dei servizi sociali, rende inattuabile l'adempimento dell'obbligo da parte dei genitori.

Similmente, pur in ambito differente, sempre più frequente è l'attribuzione di valore dirimente alla volontà del minore in riferimento alle decisioni concernenti la propria salute. Che minore d'età non sia necessariamente sinonimo di incapacità è un dato confermato non solo dalle norme che ammettono l'esercizio di determinati diritti e facoltà anche prima del compimento del diciottesimo anno di età (delle quali solo alcune sono state ricordate in queste pagine) ma anche, nello specifico ambito relativo alla tutela della salute, da alcune norme internazionali o

⁶¹ G. BALLARANI, *Il diritto del minore a non essere ascoltato*, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, fasc. 4, 2010, p. 1807 e ID., *Contenuto e limiti del diritto all'ascolto nel nuovo art. 336-bis c.c.: il legislatore riconosce il diritto del minore a non essere ascoltato*, in *Diritto di Famiglia e delle Persone*, fasc. 2, 2014, p. 841.

⁶² L'art. 336 bis, introdotto dall'art. 53, co. 1 del d.lgs. n. 154 del 28 dicembre 2013, in vigore a decorrere dal 7 febbraio 2014, prevede, al primo comma, che «[s]e l'ascolto è in contrasto con l'interesse del minore, o manifestamente superfluo, il giudice non procede all'adempimento dandone atto con provvedimento motivato».

⁶³ Cfr. Cassazione penale, sez. III, sentenza n. 33847 del 4 settembre 2007.

appartenenti al *corpus* delle regole deontologiche. Così, l'art. 6, co. 2 della Convenzione di Oviedo prevede che «[i]l parere di un minore è preso in considerazione come un fattore sempre più determinante, in funzione della sua età e del suo grado di maturità», mentre l'art. 38 del Codice di deontologia medica riconosce che «[i]l medico, compatibilmente con l'età, con la capacità di comprensione e con la maturità del soggetto, ha l'obbligo di dare adeguate informazioni al minore e di tenere conto della sua volontà».

Questa tendenza favorevole all'emergere della soggettività del minore, che da oggetto di diritti e di protezione si evolve in soggetto di diritti⁶⁴, è resa esplicita da alcune norme vigenti nel nostro ordinamento che pongono delle vere eccezioni al principio codicistico che escluderebbe la possibilità per il minore di autodeterminarsi.

Si pensi alla legge n. 194 del 1978 il cui art. 2, co. 5 prevede che «[l]a somministrazione su prescrizione medica, nelle strutture sanitarie e nei consultori, dei mezzi necessari per conseguire le finalità liberamente scelte in ordine alla procreazione responsabile è consentita anche ai minori». A norma dell'art. 12, poi, è possibile il ricorso all'IVG per la minore di età anche in assenza del consenso del legale rappresentante, a condizione: che vi sia l'autorizzazione del giudice tutelare, nelle ipotesi in cui sussistano seri motivi che impediscano o sconsiglino la consultazione dei legali rappresentanti o questi non prestino l'assenso o esprimano pareri difformi. In casi poi definiti dalla norma stessa *eccezionali*, in cui sussista pericolo grave per la salute della minore, il medico può procedere all'interruzione della gravidanza anche senza autorizzazione del giudice tutelare. Infine, «[a]i fini dell'interruzione della gravidanza dopo i primi novanta giorni, si applicano anche alla minore di diciotto anni le procedure di cui all'art. 7, indipendentemente dall'assenso di chi esercita la potestà o la tutela».

Per fare ancora qualche esempio, la disciplina sugli stupefacenti prevede che la richiesta di terapia volontaria possa essere fatta dal minore personalmente, oltre che dai suoi genitori⁶⁵, mentre la legge in

⁶⁴ Cfr. ampiamente sul punto M. PICCINI, *Il consenso al trattamento medico del minore*, Padova, 2007.

⁶⁵ Art. 120, co. 2, d.P.R. n. 309 del 1990 recante *Testo unico delle leggi in materia di stupefacenti e sostanze psicotrope*.

materia di prevenzione e lotta all'AIDS prevede che «la comunicazione di risultati di accertamenti diagnostici diretti o indiretti per l'infezione da HIV può essere data esclusivamente alla persona cui tali esami sono riferiti»⁶⁶.

Come è stato osservato, gli esempi riportati non sono di per sé sufficienti a poter far sostenere che, da principi e norme del nostro ordinamento, possa dedursi l'operatività di un principio del consenso informato attribuibile ai minorenni. È invece configurabile un'accezione debole di autodeterminazione, che coincide con «l'attribuzione di rilievo potenzialmente decisivo alla volontà, adesiva o dissenziente, del paziente minorenne nel processo decisionale medico». Facendo leva sul canone del migliore interesse del minore, inteso come clausola generale del diritto minorile, che pone la realizzazione del migliore interesse del minore come regola di comportamento, canone ermeneutico e criterio di risoluzione dei conflitti nelle situazioni che coinvolgono i minori, «l'autodeterminazione in tanto viene riconosciuta al minorenne, in quanto corrisponda secondo i genitori, secondo i medici e, in un successivo ed eventuale momento, secondo i giudici, al suo migliore interesse»⁶⁷.

Pur non trattandosi forse di vere e proprie eccezioni, gli ultimi esempi riportati, insieme agli altri descritti in questa seconda parte, simboleggiano una tendenza significativa nell'indebolire il rigore di norme "trincerate" al fine di rendere operativi tutti gli strumenti che possono essere funzionali alla realizzazione di ciò che – concretamente e nel singolo caso – può essere qualificato come il miglior interesse del minore. Tale concretizzazione, in alcuni specifici casi, può essere almeno in parte demandata al minore stesso, laddove si possa, per grado di maturità e capacità di discernimento, valorizzarne l'autodeterminazione.

4. L'eccezione conferma... lo statuto dei diritti costituzionali dei minori

Come dovrebbe essere ormai evidente, l'interpretazione che della nozione di eccezione si è voluta suggerire in queste poche pagine pre-

⁶⁶ Così, l'art. 5, co. 4 della legge n. 135 del 1990.

⁶⁷ G.C. TURRI, *Autodeterminazione, trattamenti sanitari e minorenni*, in *Minorigiustizia*, 2, 2005, par. 4.2.

scinde dalle teorie generali di sistema e coincide con tutti quei meccanismi che mitigano il rigore della norma generale e astratta, consentendo e al tempo stesso imponendo una considerazione individualizzata degli interessi del singolo minore.

Tale impostazione deriva, da un lato, dal principio di caratura internazionale in base al quale la tutela dell'interesse del minore deve agire come criterio orientatore in tutte le questioni che lo riguardano e, dall'altro, dal fatto che l'anzidetta regola rappresenta un principio aperto, che necessariamente deve essere riempito di contenuto in base a un apprezzamento delle circostanze concrete.

Secondo alcuni quella proposta potrebbe essere un'accezione eccessivamente debole della nozione di eccezione, tanto più che la funzionalità ed effettività della stessa sono – come si è visto – in molti casi condizionate dall'interpretazione che ne fa chi la applica. Certo è che gli esempi riportati non costituiscono un superamento e una rottura dell'ordine costituzionale ma, anzi, si tratta di meccanismi che, anche arrivando a plasmare e forzare l'impianto normativo, ne consentono una piena realizzazione.

Il meccanismo regola-eccezione pare in definitiva imprescindibile in quanto funzionale alla piena realizzazione dello «statuto dei diritti costituzionali del minore»⁶⁸. Il principio solidarista, volto alla protezione di una categoria di soggetti vulnerabili, il principio personalista, che si estrinseca nella promozione dell'identità del minore e, più di tutti, il principio di eguaglianza trovano nell'eccezione lo strumento che consente una loro piena realizzazione per tramite di un'attenta considerazione dei concreti profili fattuali e circostanziali che condizionano l'interesse del minore.

Pur nella consapevolezza dei rischi connessi all'impiego di un concetto ampio come quello di superiore interesse del minore, che necessariamente è filtrato dalla discrezionalità dell'interprete, in molti degli ambiti nei quali i minori sono coinvolti, un processo decisionale di tipo particolaristico che, a differenza della decisione basata su regole – che «consiste nell'applicazione (impersonale, anonima e senza eccezione)

⁶⁸ Fra i primi, M. BESSONE, *sub artt. 30-31*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario alla Costituzione, Rapporti etico-sociali, Art. 29-34*, Bologna-Roma, 1976, p. 140.

di regole prestabilite a casi individuali» – consente di «stabilire caso per caso quale sia la decisione giusta guardando volta per volta alle ragioni – tutte le ragioni – che militano a favore delle, o contro le diverse soluzioni ipotizzabili; o [di] domandarsi, volta per volta, se la regola sia effettivamente da applicare o no, alla luce delle particolari circostanze del caso oggetto di decisione»⁶⁹.

Il limite all'ampiezza delle eccezioni, nel rispetto di un fondamentale principio di certezza del diritto, andrà ricercato nella finalità di realizzare quei principi di eguaglianza e ragionevolezza che della flessibilità andranno a costituire la misura.

Poco importa, forse, che si sia di fronte a eccezioni in senso tecnico; ciò che conta è che le descritte forme di flessibilità delle regole sono piena espressione di una considerazione per l'individuo che supera la angustia della regola e che realizza la piena tutela di quei diritti inviolabili dell'uomo che, richiamata dall'art. 2 della Costituzione, presuppone, non solo temporalmente, la protezione piena di chi è uomo solo in potenza, ma nella forma più pura.

⁶⁹ B. CELANO, *Stato di diritto*, in G. PINO, A. SCHIAVELLO, V. VILLA (a cura di), *Filosofia del diritto. Introduzione critica al pensiero giuridico e al diritto positivo*, Torino, 2013, riprendendo F. SCHAUER, *Le regole del gioco. Un'analisi delle decisioni prese secondo regole nel diritto e nella vita quotidiana*, Bologna, 2000.

«PURCHÉ NON SI VENGA PRIVATI
DELLA CITTADINANZA DELL'UNIONE»:
SOVRANITÀ, POPOLO,
TERRITORIO DELL'UNIONE EUROPEA CERCASI

Gracy Pelacani

SOMMARIO: 1. Introduzione. 2. Sovranità, popolo, territorio: la triade alla base dello Stato moderno alla luce dell'integrazione europea. 3. Da Micheletti a O. e S.: l'evoluzione della giurisprudenza della Corte in materia di cittadinanza dell'Unione. 4. Conclusioni: solo un'eccezione?

1. Introduzione

«La Corte ha sottolineato in varie occasioni che lo *status* di cittadino dell'Unione è destinato ad essere lo *status* fondamentale dei cittadini degli Stati membri. Alla luce di ciò, l'art. 20 TFUE osta a provvedimenti nazionali che abbiano l'effetto di privare i cittadini dell'Unione del godimento reale ed effettivo dei diritti attribuiti dal loro *status* di cittadini dell'Unione»¹.

Alcune recenti pronunce della Corte di giustizia dell'Unione europea (nel prosieguo: CGUE) in materia di cittadinanza dell'Unione e di soggiorno di cittadini di paesi terzi nel territorio degli Stati Membri hanno contribuito ad arricchire il dibattito dottrinale intorno alla, supposta, messa in discussione di quelli che si possono considerare essere alcuni dei pilastri portanti del diritto dell'Unione europea e del suo rapporto con gli ordinamenti degli Stati membri.

¹ *Gerardo Ruiz Zambrano c. Office national de l'emploi (ONEm)*, C-34/09, sentenza 8 marzo 2011, Racc. 2011, I-01177, p.ti 41 e 42. Cfr., in particolare, la prima sentenza in cui la Corte di giustizia dell'Unione europea ha usato questa formula, *Rudy Grzelczyk c. Centre public d'aide sociale d'Ottignies-Louvain-la-Neuve*, C-184/99, sentenza 20 settembre 2001, Racc. 2001, I-6193, p.to 31.

Queste sentenze hanno riguardato materie, come la cittadinanza nazionale ed i criteri che regolano l'immigrazione di cittadini di paesi terzi verso gli Stati membri dell'Unione, che possiamo più ampiamente connettere a temi centrali per lo Stato come il controllo del territorio e la composizione del popolo. Entrambi sono ambiti che, fino a pochi decenni fa, erano riservati all'esercizio della sola sovranità nazionale², e che gli Stati, nonostante la progressiva integrazione europea, hanno cercato costantemente e gelosamente di proteggere dalle ingerenze dell'Unione e dall'espansione delle sue competenze³. Una parte della dottrina, inoltre, nelle medesime pronunce, ha intravisto i segni della trasformazione del criterio della c.d. situazione puramente interna⁴, fondamentale nel determinare la competenza della CGUE a pronunciarsi su una questione posta in via pregiudiziale. Tale criterio, pertanto, svolge la funzione di principio regolatore dei rapporti tra la stessa e le giurisdizioni nazionali⁵.

² M. SAVINO, *Le libertà degli altri*, Milano, 2012, 3; A. GEDDES, *Immigration and European Integration*, Manchester, 2008, 17-18.

³ Cfr. *Dichiarazione n. 2 sulla cittadinanza di uno Stato membro, allegata dagli Stati membri all'Atto finale del Trattato sull'Unione europea* (GU 1992, C 191, p. 98), e così formulata: «La Conferenza dichiara che, ogniqualvolta nel Trattato che istituisce la Comunità europea si fa riferimento a cittadini degli Stati membri, la questione se una persona abbia la nazionalità di questo o quello Stato membro sarà definita soltanto in riferimento al diritto nazionale dello Stato membro interessato»; v. anche *Dichiarazione sulla cittadinanza dell'Unione da parte della Danimarca, allegato n. 3 alle conclusioni della presidenza del Consiglio europeo di Edimburgo*, 11 e 12 dicembre 1992 (GUCE 1992, C 348, p. 2). Ciò nonostante, in due casi la Corte di giustizia dell'Unione europea ha affermato il principio per il quale, sebbene gli Stati membri siano gli unici a poter disciplinare i modi di acquisto e perdita della cittadinanza nazionale, devono farlo nel rispetto del diritto dell'Unione europea. Cfr. *Mario Vincente Micheletti e altri c. Delegación del Gobierno en Cantabria*, C-369/90, sentenza 7 luglio 1992. Racc. 1992, I-4239; *Janko Rottmann c. Freistaat Bayern*, C-135/08, sentenza 2 marzo 2010, Racc. 2010, I-01449.

⁴ A. WIESBROCK, *Union Citizenship and the Redefinition of the "Internal Situations" Rule: The Implications of Zambrano*, in *German Law Journal*, 2011, 11, 2086-2087. V. anche ID., *Disentangling the «Union Citizenship Puzzle»: The McCarthy Case*, in *Eur. L. Rev.*, 2011, 36, 864.

⁵ La progressiva erosione del principio della situazione puramente interna, però, è un fenomeno il cui inizio può essere rintracciato già in precedenti pronunce. Cfr. *Mar-*

Le conseguenze di queste decisioni sulle forme, contenuti e confini dello *status* di cittadino dell'Unione, e sul rapporto tra questo e le norme che regolano l'entrata e il soggiorno dei cittadini di paesi terzi negli Stati membri, sono state tutt'altro che irrilevanti⁶. L'ampliamento della tutela riconosciuta ai cittadini dell'Unione sulla (sola) base del possesso di questo *status*⁷, infatti, si è spinta fino a garantire a questi ultimi la tutela dei diritti anche nei confronti dello Stato membro di cui erano cittadini in casi, però, privi dell'elemento della transnazionalità. In secondo luogo, dell'ampliamento della tutela hanno potuto beneficiare anche cittadini di paesi terzi, i quali si sono visti riconoscere il diritto a soggiornare nel territorio dello Stato membro di cui i cittadini dell'Unione con cui vantavano legami familiari avevano la cittadinanza, contrariamente a quanto previsto dalle norme nazionali sull'immigrazione.

Se da un lato la portata *rivoluzionaria* di questi casi⁸ è stata ridimensionata, in quanto si trattava di controversie riguardanti soggetti con

tinez Sala c. Freistaat Bayern, C-85/96, sentenza 12 maggio 1998, Racc. 1998, I-2691, e *Garcia Avello contro Belgio*, C-148/02, sentenza 2 ottobre 2003, Racc. 2003, I-11613.

⁶ A. WIESBROCK, *op. cit.*, p. 2085.

⁷ Nonostante la trasformazione del paradigma del cittadino dell'Unione tutelato solo in quanto economicamente attivo, ossia come fattore di circolazione del mercato unico, a quello del cittadino i cui diritti di circolazione e, soprattutto, non discriminazione vengono garantiti e tutelati anche ove non economicamente attivo abbia avuto inizio prima dell'avvio del filone giurisprudenziale della CGUE sulla cittadinanza, Cfr. *Gravier c. Città di Liegi*, C-293/83, sentenza 13 febbraio 1985, Racc. 1985, 00593, p.ti 19 e ss. e *Vincent Blaizot c. Université de Liège ed altri*, C-24/86, sentenza 2 febbraio 1988, Racc. 1988, 00379, p.ti 16 e ss.; F. WOLLENSCHLÄGER, *A New Fundamental Freedom beyond Market Integration: Union Citizenship and its Dynamics for Shifting the Economic Paradigm of European Integration*, in *ELJ*, 2011, 1, 12; v. anche D. KOSTAKOPOULOU, *Ideas, Norms and European Citizenship*, in *MLR*, 2005, 2, 246 e ss.; ID., *The evolution of European Union citizenship*, in *EPS*, 2008, 7, 288-289.

⁸ Tra cui ricordiamo i casi *Gerardo Ruiz Zambrano c. Office national de l'emploi (ONEM)*, cit.; *Shirley McCarthy c. Secretary of State for the Home Department*, C-434/09, sentenza 5 maggio 2011, non ancora pubblicata; *Murat Dereci e altri c. Bundesministerium für Inneres*, C-256/11, sentenza 15 novembre 2011, non ancora pubblicata; *O., S. c. Maahanmuuttovirasto, e Maahanmuuttovirasto c. L.*, C-357/11 e C-356/11 (cause riunite), sentenza 6 dicembre 2012, non ancora pubblicata.

specifiche e più elevate necessità di tutela⁹, dall'altro vi è chi ha riconosciuto in queste decisioni i segni di una possibile, benché solo embrionale, definizione a livello dell'ordinamento dell'Unione europea degli elementi che il diritto costituzionale individua come sufficienti e necessari perché si possa assumere come esistente una forma di organizzazione statale: governo (sovrano), popolo e territorio¹⁰.

L'analisi dei casi poco sopra citati può, quindi, essere un'occasione per comprendere se quanto emerso da questo filone della giurisprudenza della CGUE si debba considerare come eccezione – di rilievo, ma pur sempre circoscritta al verificarsi di precise circostanze – al criterio regolatore della competenza della Corte, quale è quello della situazione puramente interna, oppure, se quanto da essa statuito sia l'inizio della conformazione dell'Unione europea come ordinamento dalle forme statali, sebbene di *nuovo genere*¹¹. Una nuova forma, la quale inizierebbe a delinarsi, se così si può dire, per via pretoria, per poi confluire in futuro all'interno dei trattati, percorso nient'affatto nuovo per altre passate e fondamentali evoluzioni dell'ordinamento dell'Unione europea¹².

⁹ Si trattava, infatti, nel caso *Zambrano* di due minori, entrambi cittadini belgi e, quindi, cittadini dell'Unione. Questi rischiavano di dover abbandonare il territorio nazionale perché costretti a seguire i genitori nel paese d'origine a causa del mancato rilascio di un titolo di soggiorno ai genitori. Cfr. *Zambrano*, C-34/09, p.ti 32 e 33.

¹⁰ M. FIORAVANTI (a cura di), *Lo Stato moderno in Europa. Istituzioni e diritto*, Bari, 2002, 4; A. SIMONCINI, *Per un dialogo costituzionale: l'«infrastruttura» dello Stato costituzionale europeo*, in P. CARETTI, M.C. GRISOLIA (a cura di), *Lo Stato Costituzionale. La dimensione nazionale e la prospettiva internazionale*, Bologna, 2010, 588 e ss.

¹¹ Si richiama l'espressione usata dalla Corte di giustizia nella sentenza *van Gend & Loos*. Cfr. *NV Algemene Transport- en Expeditie Onderneming van Gend & Loos c. Amministrazione olandese delle Imposte*, C-26/62, sentenza 5 febbraio 1963, Racc. 1963, 00003.

¹² Per una riflessione sui risvolti attuali di questo profilo v. A. VON BOGDANDY, M. KOTTMANN, C. ANTPOHLER, J. DICKSCHEN, S. HENTREJ, M. SMRKOLJ, *Reverse Solange. Protecting the essence of fundamental rights against EU Member States*, in *Common Market Law Review*, 2012, 49, 489-520.

2. *Sovranità, popolo, territorio: la triade alla base dello Stato moderno alla luce dell'integrazione europea*

La definizione che, già nel 1963, la Corte di giustizia, all'epoca, delle Comunità europee, diede dell'Unione europea come di un «ordinamento giuridico di nuovo genere nel campo del diritto internazionale a favore del quale gli Stati membri hanno rinunciato, se pure in settori limitati, ai loro poteri sovrani ed al quale sono soggetti non soltanto gli Stati membri, ma pure i loro cittadini»¹³ sembrerebbe, fin da subito, mettere in dubbio la validità dell'approccio scelto.

Se davvero di «nuovo genere» deve trattarsi, infatti, l'analisi delle pronunce dovrebbe essere condotta allo scopo di portare alla luce gli elementi *nuovi* dell'ordinamento dell'Unione, quali non è dato ritrovare negli ordinamenti degli Stati membri, e che, per loro natura, si differenziano da quelli che caratterizzano questi ultimi, come la triade sovranità, popolo, territorio sopra richiamata. Eppure, alla luce della direzione intrapresa dal processo di integrazione europea, soprattutto a partire dall'entrata in vigore del trattato di Maastricht, si sarebbe portati a dire che l'Unione europea ambisca, più che a divenire un ordinamento di nuovo genere *tout court*, a plasmare la forma statuale a sua immagine e somiglianza. Questo, se non altro, parrebbe suggerire l'adozione di una carta dei diritti¹⁴, il tentativo, sebbene fallito, di dotarsi di una costituzione¹⁵, l'istituzione di una propria cittadinanza¹⁶, l'ampliamento delle

¹³ V. *supra* nota 11.

¹⁴ Cfr. Carta dei diritti dell'Unione europea, GUUE C 383 del 30.3.2010.

¹⁵ Cfr. Trattato che istituisce una costituzione per l'Europa, GUUE C 310 del 29.10.2004.

¹⁶ Cfr. art. 8 del Trattato sull'Unione europea (Maastricht, 1993): «È istituita una cittadinanza dell'Unione. È cittadino dell'Unione chiunque abbia la cittadinanza di uno Stato membro. I cittadini dell'Unione godono dei diritti e sono soggetti ai doveri previsti dal presente trattato», poi modificata con il trattato di Amsterdam. Cfr. art. 17 del Trattato che istituisce la Comunità europea (Amsterdam, 1997): «È istituita una cittadinanza dell'Unione. È cittadino dell'Unione chiunque abbia la cittadinanza di uno Stato membro. La cittadinanza dell'Unione costituisce un complemento della cittadinanza nazionale e non sostituisce quest'ultima».

materie, con il trattato di Lisbona, in cui il Parlamento europeo è codecisore, e l'espandersi delle competenze esterne dell'Unione europea¹⁷.

Conviene allora, già in queste prime battute, esplicitare le ragioni che portano a ritenere che lo studio dei casi in materia di cittadinanza dell'Unione decisi in questi ultimi quindici anni dalla CGUE possa essere un utile punto di vista da cui indagare l'evoluzione e la direzione futura delle forme che assumerà l'ordinamento dell'Unione europea. È a questo proposito, infatti, che assume significato la triade composta da sovranità, popolo, territorio che la dottrina costituzionalistica individua come elementi di identificazione dello Stato¹⁸. Pertanto, si ripercorreranno i caratteri essenziali di ognuno di questi elementi al fine di metterle in luce gli aspetti critici quando messi in relazione all'ordinamento dell'Unione europea.

La cittadinanza, definita come lo *status* che indica l'appartenenza di un soggetto allo Stato¹⁹, è, in primo luogo, il criterio che permette di determinare da chi è composto il popolo dello stesso²⁰. Inoltre, i modi in cui uno Stato disciplina i criteri di acquisito e perdita della cittadinanza nazionale, da un lato, si riflettono nella disciplina che regola l'ingresso e la permanenza sul territorio di chi cittadino non è, dall'altro, riflettono i modi in cui lo Stato stesso si concepisce o vorrebbe conce-

¹⁷ M. FIORAVANTI, S. MANNONI, *Il «modello costituzionale» europeo: tradizioni e prospettive*, in G. BONACCHI (a cura di), *Una Costituzione senza Stato*, Bologna, 2001, 24; v. anche M. CREMONA, *External relations and external competence of the European Union: the emergence of an integrated policy*, in P. CRAIG, G. DE BÚRCA (a cura di), *The Evolution of Eu Law*, Oxford, 2011, 260 e ss.; S.C. SIEBERSON, *The Treaty of Lisbon and its impact on the European Union's Democracy Deficit*, in *Columb. J. Eur. L.*, 2004, 173, 486.

¹⁸ E. TOSATO, *Stato (teoria gen. e dir. cost.)*, in *Enc. Dir.*, XLIII, 1990.

¹⁹ P. COSTA, *Cittadinanza*, Bari, 2005, 3; ID., *Civitas. Storia della cittadinanza in Europa*, vol. II, Bari, 2000, 557 e ss.; G. ZINCONI, *Da sudditi a cittadini*, Bologna, 1992, 52-62.

²⁰ Per una possibile concezione estesa della composizione del popolo in alcuni Stati membri dell'Unione europea in accordo con le tradizioni costituzionali nazionali v. *Spagna c. Regno Unito (Gibilterra)*, C-145/04, sentenza 12 settembre 2006, Racc. 2006, I-07917; *Eman e Sevinger c. College van burgemeester en wethouders van Den Haag (Aruba)*, C-300/04, sentenza 12 settembre 2006, Racc. 2006, I-08055.

pirsi²¹. Di conseguenza, nel fare riferimento al concetto di popolo ed ai criteri che ne determinano la composizione, non si può non sentire l'eco del dibattito attorno alla mancanza di un *demos* dell'Unione europea, fattore identificato sia come responsabile dell'impossibilità di trasformazione della stessa in un'unione politica sia, in parte, del fallimento del progetto dell'Unione di dotarsi di una propria carta costituzionale²².

La sovranità, ulteriore elemento della triade e carattere distintivo del governo di uno Stato, presenta una duplice dimensione: la prima di supremazia interna, intesa come monopolio della forza sul territorio nazionale; la seconda, come indipendenza esterna nello scenario internazionale. A questo proposito, potremmo allora, nel richiamare alla mente la cessione di sovranità da parte degli Stati membri in alcune materie a favore dell'ordinamento dell'Unione europea, parlare di «sovranità condivisa»²³. Inoltre, se aderiamo alla teoria secondo la quale la forma dello Stato nazionale è nata nel momento in cui minori forme di organizzazione politica e di cura degli interessi di una collettività hanno dimostrato la loro incapacità regolativa²⁴, potremmo, seppure con cautela, affermare che la crisi attuale dello Stato nazionale opera non a favore della sua scomparsa ma di un suo spostamento e modellamento al e sul livello sovranazionale²⁵.

²¹ R. BRUBAKER, *Citizenship and Nationhood in France and Germany*, Cambridge, 1992; C. JOPPE, *The Inevitable Lightening of Citizenship*, in *European Journal of Sociology*, 1, 2010, 11; A. SAYAD, *La doppia pena del migrante. Riflessioni sul «pensiero di Stato»*, in *Aut Aut*, 1996, 275, 8.

²² E. RESTA, *Demos, ethnos. Sull'identità dell'Europa*, in G. BONACCHI (a cura di), *Una Costituzione senza Stato*, Bologna, 2001, 167 e ss.; v. anche J.H.H. WEILER, *Does Europe Need a Constitution? Demos, Telos and the German Maastricht Decision*, in *ELJ*, 1995, 219-258.

²³ W. WALLACE, *The Sharing of Sovereignty: the European Paradox*, in *Political Studies*, 1999, 47, 503-521; M. FIORAVANTI, S. MANNONI, *Il «modello costituzionale» europeo: tradizioni e prospettive*, cit., 25; v. anche A. WIESBROCK, *Union Citizenship and the Redefinition of the "Internal Situations" Rule: The Implications of Zambrano*, cit., 2092.

²⁴ E. TOSATO, *Stato (teoria gen. e dir. cost.)*, cit., 4.

²⁵ M.R. FERRARESE, *Diritto sconfinato. Inventiva giuridica e spazi nel mondo globale*, Roma-Bari, 2006, 7; S. GIUBBONI, *Diritti e solidarietà in Europa*, Bologna, 2012, 9.

Da ultimo, se il territorio rappresenta la dimensione spaziale della sovranità, e se tra gli interessi fondamentali della comunità individuiamo la difesa dei confini, la dimensione territoriale assume nuovi caratteri di complessità²⁶ ove si pensi al sempre maggior rilievo delle competenze dell'Unione nella materia della politica migratoria e di difesa dei confini esterni²⁷.

Vi è da aggiungere, però, che la trasformazione e più difficile determinazione degli elementi identificativi della forma statale ove guardati alla luce dell'integrazione europea emerge anche dalle pronunce della CGUE in materia di cittadinanza dell'Unione. Nelle stesse non solo si inizia a delineare la natura ibrida, nuova, e *sui generis* della dimensione costituzionale dell'Unione, ma ritroviamo anche, a ben guardare, tutte le contraddizioni e le ambiguità di questo processo²⁸, per ora privo di un punto finale e di una direzione certa²⁹.

3. *Da Micheletti a O. e S.: l'evoluzione della giurisprudenza della Corte in materia di cittadinanza dell'Unione*

Il filone giurisprudenziale della CGUE in tema di cittadinanza, prima nazionale, poi dell'Unione europea, prese avvio nel 1992 con una causa che, sebbene non riguardasse ancora la cittadinanza dell'Unione ed i diritti a questa connessa, conteneva già al proprio interno le forme embrionali dell'argomentazione che, vent'anni dopo, avrebbe portato a mettere in dubbio l'attuale validità del criterio c.d. della situazione puramente interna.

²⁶ Sull'emersione del territorio come elemento costitutivo dell'Unione europea come comunità politica, insieme alla cittadinanza dell'Unione, v. A. SCHUSTER, *L'omesso medio ovvero l'emergere di una identità territoriale propria dell'Unione*, in *DPCE*, 2, 2013, 564.

²⁷ M. CREMONA, *External relations and external competence of the European Union: the emergence of an integrated policy*, cit.

²⁸ M. FIORAVANTI, S. MANNONI, *Il «modello costituzionale» europeo: tradizioni e prospettive*, cit., 24.

²⁹ W. WOLLENSCHLÄGER, *A New Fundamental Freedom beyond Market Integration: Union Citizenship and its Dynamics for Shifting the Economic Paradigm of European Integration*, cit., 2.

Nel 1992, nella causa che vedeva confrontarsi il signor *Micheletti*, italo-spagnolo, e il governo della Cantabria, la CGUE affermò che «[L]a determinazione dei modi di acquisto e di perdita della cittadinanza rientra, in conformità al diritto internazionale, nella competenza di ciascuno Stato membro, competenza che deve essere esercitata nel rispetto del diritto comunitario»³⁰. Di queste poche righe è di rilievo sottolineare come nell'ambito della determinazione dei modi di acquisto e perdita della cittadinanza, criterio tramite il quale si determina la composizione del popolo dello Stato, suo elemento costitutivo, la piena sovranità degli Stati membri si trovi, da questo momento, ad essere limitata dal rispetto del diritto comunitario: questo delinea i confini esterni della potestà statale quando la controversia veda coinvolto un cittadino dell'Unione che desideri esercitare uno dei diritti a questo *status* connesso³¹.

A seguire la Corte aggiunge: «[N]on spetta, invece, alla legislazione di uno Stato membro limitare gli effetti dell'attribuzione della cittadinanza di un altro Stato membro, pretendendo un requisito ulteriore per il riconoscimento di tale cittadinanza al fine dell'esercizio delle libertà fondamentali previste dal Trattato»³². Nonostante non sia esplicitamente citata la cittadinanza dell'Unione³³ è questo lo *status* che tra le righe viene tutelato, dal momento che si tollera la differenza che sussiste tra le legislazioni nazionali che disciplinano i modi di acquisto e perdita della cittadinanza fino a quando queste non pongono ostacoli alle libertà fondamentali, nel caso specifico alla libertà di stabilimento del signor *Micheletti*.

Si ritrova qui l'idea poco sopra esposta, del diritto dell'Unione europea (*rectius*: comunitario) quale limite ultimo al potere degli Stati nel

³⁰ *Mario Vincente Micheletti e altri c. Delegación del Gobierno en Cantabria*, C-369/90, sentenza 7 luglio 1992. Racc. 1992, I-4239, p.to 10.

³¹ V. H.U.J. D'OLIVEIRA, *M.V. Micheletti and others v. Delegación del Gobierno en Cantabria*, in *Common Market Law Review*, 1993, 30, 633.

³² *Supra* nota 31.

³³ La cittadinanza dell'Unione viene istituzionalizzata con il Trattato sull'Unione europea (Trattato di Maastricht), il quale, nonostante venga firmato il 7 febbraio 1992, entrerà in vigore nel novembre dell'anno successivo (1993). Cfr. artt. 8 e ss., GUUE C 191, 29 luglio 1992.

disciplinare la materia della cittadinanza. Pur non arrivando a determinare una gerarchia tra il diritto dell'UE e le norme nazionali sulla cittadinanza, al verificarsi di determinate circostanze tra le stesse si ha un rapporto di prevalenza quando le discipline nazionali diano origine a conflitti tali da impedire l'esercizio dei diritti che la cittadinanza dell'Unione attribuisce. Infatti, rilevano non tanto i diritti dati dal possesso della cittadinanza italiana, di cui il signor *Micheletti* verrebbe privato se questa non gli venisse riconosciuta come prevalente³⁴, ma l'impossibilità per costui di esercitare come cittadino dell'Unione un diritto a questo *status* connesso. Quanto appena affermato è suffragato dalla circostanza per la quale costui, cittadino di un paese terzo e di uno Stato membro, desidera, però, stabilire la propria residenza in uno Stato terzo rispetto a questi due, membro anch'esso dell'Unione europea.

È interessante, poi, soffermarsi sui punti conclusivi della decisione: una diversa interpretazione rispetto a quella data condurrebbe ad un'applicazione diversa *ratione personae* delle norme sulla libertà di stabilimento da uno Stato membro all'altro. Si andrebbe in questo modo a compromettere l'uniformità del diritto dell'Unione, perciò, il trattamento eguale tra i cittadini dell'UE che si trovano nella medesima situazione, a prescindere dallo Stato membro nel quale esercitano il diritto ad essi attribuito³⁵. Questa stessa affermazione, anni dopo, verrà ripresa con parole diverse nella causa *Grzelczyk*: «[lo *status* di cittadino dell'Unione] consente a chi tra di essi si trovi nella medesima situazione di ottenere, indipendentemente dalla nazionalità e fatte salve le eccezioni a tal riguardo espressamente previste, il medesimo trattamento giuridico»³⁶.

Infine, nel richiamare quanto detto a proposito del necessario legame tra cittadinanza, governo dell'immigrazione e forma statale, si sottolinea che la decisione della Corte influisce sia sul profilo dei soggetti autorizzati a fare ingresso nel territorio dello Stato membro secondo quanto stabilito dalle norme, all'epoca, comunitarie, sia sulla possibilità per il soggetto e per i membri della sua famiglia di esercitare il proprio diritto di residenza permanente in uno Stato membro diverso da quello

³⁴ Cfr. *Micheletti*, C-369/90, cit., p.ti 15 e 16.

³⁵ Cfr. *Micheletti*, C-369/90, cit., p.to 12.

³⁶ *Ib.*, p.to 31.

di cui questi è cittadino³⁷. Ambedue i profili assumeranno sempre più rilievo e saranno sempre più influenzati dalle sentenze che qui si analizzano.

Il ragionamento che la CGUE compirà nel decidere la causa *Rottmann*³⁸, di quasi vent'anni dopo, se si guarda alla vicenda prescindendo dai suoi caratteri specifici e concentrandosi, invece, sulla simile impossibilità di esercitare i diritti conferiti dallo *status* di cittadino dell'Unione, ricalca quanto poco sopra riportato laddove, nello specifico, si torna a precisare, sebbene tra le righe, che il contrasto dato dal mancato coordinamento tra le norme in materia di cittadinanza nazionale degli Stati membri dovrà essere risolto in modo tale da non pregiudicare un cittadino dell'Unione nell'esercizio dei diritti connessi a questo *status*³⁹.

L'aspetto di novità in questa più recente pronuncia sta nell'indicazione del principio di proporzionalità come criterio che dovrà guidare il giudice del rinvio nel determinare se la privazione della cittadinanza di uno Stato membro e, quindi, della cittadinanza dell'Unione, possa essere una conseguenza giustificata alla luce del diritto dell'UE⁴⁰. Ancora una volta, il diritto dell'Unione si pone come limite ultimo all'operare delle norme in materia di acquisto e perdita della cittadinanza nazionale, quando queste, nell'entrare in contrasto tra loro, mettono a rischio la possibilità di esercitare i diritti connessi allo *status* di cittadino dell'Unione, tra i quali ha fondamentale rilievo il diritto alla libera circolazione e soggiorno nel territorio di uno Stato membro⁴¹.

A seguito di questa decisione ci si è domandato se le applicazioni future di tale giurisprudenza porteranno la CGUE a sindacare il rifiuto da parte di uno Stato membro di concedere la cittadinanza nazionale, quando tale rifiuto comporti anche la conseguente impossibilità di ac-

³⁷ *Ib.*, p.ti 13 e 14.

³⁸ *Janko Rottmann c. Freistaat Bayern*, C-135/08, sentenza 2 marzo 2010, Racc. 2010, I-01449.

³⁹ Cfr. *Rottmann*, C-135/08, p.to 48.

⁴⁰ *Ib.*, p.ti 54 e 55.

⁴¹ Cfr. *Kunqian Catherine Zhu, Man Lavette Chen c. Secretary of the State for the Home Department*, C-200/02, sentenza 19 ottobre 2004, Racc. 2004, I-9925, p.ti 18, 19 e 20; *Zambrano*, C-34/09, cit., p.ti 37 e 44.

quisire la cittadinanza dell'Unione e di esercitare i diritti a questa connessi⁴².

Si passa ora a considerare il caso della signora *Chen*, cittadina cinese, madre di *Catherine*, cittadina irlandese e dell'Unione, la quale risiede con la figlia nel Regno Unito. Le autorità nazionali rifiutano di concedere un permesso di soggiorno di lunga durata alla figlia ed a lei come genitore affidatario, poiché quest'ultima, ai sensi della normativa nazionale, non è autorizzata a risiedere nel territorio dello Stato, e la figlia, pur essendo cittadina dell'Unione, non esercita (ancora) alcun diritto previsto dal Trattato CE⁴³. Il rilievo di questo caso sta nella tutela che, per la prima volta, si riconosce ad un cittadino dell'Unione il quale, a causa della tenera età, ancora non aveva esercitato il diritto alla libera circolazione⁴⁴, e si conferisce un titolo di soggiorno ad un cittadino di paese terzo – il quale vanta un legame familiare con un cittadino

⁴² M. DOUGAN, *Some comments on Rottmann and the "personal circumstances" assessment in the Union citizenship case law*, in J. SHAW (a cura di), *Has the European Court of Justice challenged member states sovereignty in nationality law?*, EUI Working Papers, 62/2011, 17. Parte della dottrina ritiene che sia per i cittadini di paesi terzi che desiderano poter beneficiare dei diritti attribuiti ai cittadini dell'Unione lo Stato membro in cui scelgono di fare domanda a questo scopo diviene per lo più indifferente. Per questa ragione, il cittadino dello Stato terzo potrà scegliere in modo razionale la legislazione in questo senso a lui più favorevole. W. MASS, *Migrants, states, and EU Citizenship's unfulfilled promise*, in *Citizenship Studies*, 2008, 6, 588.

⁴³ Sulla base di questo elemento le autorità nazionali sostengono che si tratti di una situazione puramente interna e che, pertanto, la signora Chen non possa richiedere un titolo di soggiorno facendo appello al suo legame familiare con un cittadino dell'Unione europea, secondo quanto previsto della direttiva 90/364/CEE del Consiglio, del 28 giugno 1990, poi abrogata dalla Direttiva 2004/38/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 29 aprile 2004, relativa al diritto dei cittadini dell'Unione e dei membri delle loro famiglie di circolare e soggiornare liberamente sul territorio degli Stati membri, GUUE L 158 del 30 aprile 2004.

⁴⁴ Per quanto riguarda il diritto di soggiorno nel territorio del Regno Unito del cittadino dell'Unione, la Corte statuisce che non può considerarsi questa una situazione puramente interna per il solo fatto che il cittadino in questione non ha mai esercitato il proprio diritto alla libera circolazione e soggiorno. Infatti, né il Trattato né le direttive in materia condizionano l'esercizio dei diritti riconnessi allo status di cittadino dell'Unione al raggiungimento "[del] l'età richiesta per avere la capacità giuridica di esercitare, egli stesso, i detti diritti". Cfr. *Chen*, C-200/02, cit., p.to 20.

dell'Unione, e dal quale questo dipende – contrariamente a quanto previsto dalle norme nazionali in materia di immigrazione⁴⁵.

In questa decisione di fine 2004 ritroviamo gli elementi che la Corte riproporrà e svilupperà ulteriormente sei anni dopo nella sentenza *Zambrano*: la situazione di un cittadino dell'Unione che non ha ancora esercitato il diritto alla libera circolazione non può per ciò solo essere definita «situazione puramente interna»⁴⁶. Inoltre, come già in *Micheletti* e poi in *Rottmann*, ritroviamo anche il profilo di coordinamento tra le legislazioni degli Stati membri in materia di acquisto e perdita della cittadinanza nazionale, secondo il quale non si possono «[...] limitare gli effetti dell'attribuzione della cittadinanza di un altro Stato membro, pretendendo un requisito ulteriore per il riconoscimento di tale cittadinanza al fine dell'esercizio delle libertà fondamentali previste dal Trattato»⁴⁷.

⁴⁵ In merito al diritto a soggiornare nel territorio dell'Unione del cittadino di paese terzo invece, la Corte statuisce che privare un cittadino europeo in tenera età dall'accompagnamento della persona da cui dipende equivarrebbe ad impedire l'esercizio del suo diritto di circolazione e soggiorno. Pertanto, le stesse disposizioni che permettono al cittadino dell'Unione di soggiornare a tempo indeterminato nel territorio di uno Stato membro, possono essere poste, a loro volta, alla base del diritto di soggiorno del familiare cittadino di paese terzo. Cfr. *Chen*, C-200/02, cit., p.ti 12 e 13.

⁴⁶ Così come statuito nella sentenza *Garcia Avello* espressamente richiamata dalla Corte. Il caso riguarda la vicenda di una coppia di coniugi, lui di nazionalità spagnola, lei di nazionalità belga, residenti in Belgio, genitori di due bambini aventi la doppia cittadinanza. I genitori si vedono rifiutare dalle autorità belghe la richiesta che ai figli si attribuisca il primo cognome del padre e, a seguire, il cognome della madre. La Corte stabilisce che, pur rientrando la materia della determinazione del cognome tra quelle di competenza degli Stati membri, in ogni caso da esercitare nel rispetto del diritto dell'Unione, la situazione in cui si trovano i figli dei coniugi Avello rientra nell'ambito di applicazione *ratione materiae* del Trattato, poiché sono cittadini europei che soggiornano legalmente sul territorio di un altro Stato membro. Per tale ragione hanno diritto a non essere discriminati sulla base della nazionalità ex art. 12 TCE. Cfr. *Chen*, C-200/02, cit., p.to 19; cfr. anche *Carlos Garcia Avello c. Stato Belga*, C-148/02, sentenza 2 ottobre 2003, Racc. 2003 p. I-11613, p.ti 25, 28, 44 e 45.

⁴⁷ R. MORRIS, *European Citizenship: Cross-Border Relevance, Deliberate Fraud and Proportionate Responses to Potential Statelessness. Case Note On Janko Rottmann v. Freistaat Bayern*, in *EPL*, 2011, 17, 433-435. Cfr. *Micheletti*, C-369/90, cit., p.to 39.

Non rimane ora che prendere in esame la vicenda *Zambrano*. Dal 1999 i coniugi Zambrano si trovano sul territorio dello Stato belga, e sebbene sia stato rifiutato loro il riconoscimento dello *status* di rifugiato e si siano visti respingere l'istanza per la regolarizzazione del soggiorno più volte, dal 2001 risultano risiedere ufficialmente in Belgio dove il signor Zambrano lavora, pur non avendo un permesso di lavoro, e ove nasce il secondo figlio della coppia, cittadino belga. Nel 2004, la coppia presenta una nuova richiesta di regolarizzazione del soggiorno in qualità di genitori di un cittadino belga, e nell'anno successivo, dopo la nascita della loro terza figlia, anch'essa cittadina belga, fanno richiesta di permesso di soggiorno in qualità di ascendenti di un cittadino belga. Quello stesso anno, il signor Zambrano si vede respingere la domanda di un'indennità di disoccupazione da parte dell'*Office national de l'emploi* (ONEM) – da qui nasce la questione pregiudiziale – e nel 2007 viene respinta anche la domanda di regolarizzazione del soggiorno fatta dalla coppia nel 2004.

La Corte si trova a dover decidere se il diritto dell'Unione conferisca al cittadino di uno Stato terzo, ascendente di cittadini europei in tenera età di cui si fa carico, il diritto a soggiornare nel territorio dello Stato membro di cui i figli sono cittadini, e la conseguente esenzione dall'obbligo di avere un permesso di lavoro per potervi ivi svolgere un'attività lavorativa. La CGUE statuisce, dando avvio a quella che poi verrà chiamata la c.d. dottrina *Zambrano* o dell'effetto privativo, che negare al cittadino di uno Stato terzo il permesso di soggiornare nello Stato membro di cui i suoi figli, ancora in tenera età, hanno la cittadinanza, «ha [...] l'effetto di privare i cittadini dell'Unione del godimento reale ed effettivo dei diritti attribuiti dal loro *status* [...]»⁴⁸.

Il dibattito sorto intorno a questa decisione si concentra intorno a due profili specifici: il primo, sull'individuazione del criterio del «(la privazione del) godimento effettivo e reale dei diritti» connessi allo *status* di cittadino dell'Unione che consente di tutelare i diritti connessi a tale *status* contro il proprio Stato membro, anche quando il caso non presenti elementi di transnazionalità; il secondo, è quello di aver messo ulteriormente in discussione il confine tra situazioni puramente interne

⁴⁸ Cfr. *Zambrano*, C-200/02, cit., p.to 42.

e quelle che, invece, ricadono nell'ambito di applicazione *ratione materiae* dei trattati, e sui cui la CGUE ha, quindi, competenza a pronunciarsi in via pregiudiziale⁴⁹. Si rileva come il diritto connesso allo status di cittadino dell'Unione di cui è necessario tutelare il «godimento effettivo e reale» non è tanto quello di poter risiedere nello Stato membro di cui si ha la cittadinanza, ma è, piuttosto, quello di poter esercitare in futuro il diritto alla libera circolazione e soggiorno in un diverso Stato membro. È opportuno precisare, inoltre, che la privazione effettiva del godimento si ha solamente nel momento in cui il cittadino dell'Unione viene non solo obbligato ad abbandonare il territorio dello Stato di cui è cittadino, ma il territorio dell'Unione nel suo complesso⁵⁰.

In due casi di poco successivi⁵¹, la Corte ha avuto modo di tornare su questi profili. Nonostante non abbia applicato la c.d. «dottrina Zambrano» ai medesimi, che pur presentavano caratteri e questioni simili,

⁴⁹ Cfr. art. 267, TFUE.

⁵⁰ Cfr. *Zambrano*, C-200/02, cit., p.to 44; V.A. LANSBERGEN, N. MILLER, *European Citizenship rights in Internal Situations: an Ambiguous Revolution? Decision of 8 March 2011, Case C-34/09 Gerardo Ruiz Zambrano v. Office national de l'emploi (ONEM)*, in *Eur. Const.*, 2011, 7, 291. Questo profilo verrà messo in rilievo, e determinerà il senso della decisione della Corte, nel caso *Yoshikazu Iida contro Stadt Ulm*, C-40/11, sentenza 8 novembre 2012, non ancora pubblicata, p.ti 34 e 36.

⁵¹ Nel caso *McCarthy* la Corte ha specificato che la situazione di un cittadino che risiede da sempre nel territorio dello Stato membro di cui ha la cittadinanza, e che possiede però anche la cittadinanza di un altro Stato membro nel quale però non è mai risieduto, è una situazione puramente interna che non ricade nell'ambito di applicazione dell'art. 21 TFUE. Nella sentenza relativa al caso *Dereci* la Corte ribadisce che, pur non potendosi considerare una situazione come puramente interna, e perciò priva di qualsiasi collegamento con il diritto dell'Unione, quella di un cittadino europeo che non ha mai fatto uso della libertà di circolazione e soggiorno sulla sola base di questo elemento, non è però sufficiente che «possa apparire auspicabile al cittadino di uno Stato membro, per ragioni economiche o per mantenere l'unità familiare nel territorio dell'Unione, che i suoi familiari, che non possiedono la cittadinanza di uno Stato membro, possano soggiornare con lui nel territorio dell'Unione [...] a far ritenere che il cittadino dell'Unione sia costretto ad abbandonare il territorio dell'Unione qualora un tale diritto non gli venga concesso», conseguenza che equivarrebbe a impedirgli un «reale ed effettivo godimento» dei diritti connessi allo status di cittadino dell'Unione. Cfr. *Shirley McCarthy c. Secretary of State for the Home Department*, C-434/09, sentenza 5 maggio 2011, non ancora pubblicata; *Murat Dereci e altri c. Bundesministerium für Inneres*, C-256/11, sentenza 15 novembre 2011, non ancora pubblicata.

ha nuovamente affermato (tra le righe) che il criterio principe per stabilire sia la sua competenza a decidere sia il senso della decisione stessa non è più il trattarsi o meno di una situazione puramente interna, ma se il contrasto dato dall'operare delle norme nazionali in materia di cittadinanza ed immigrazione in relazione a quelle dell'Unione europea sia tale da portare ad una privazione del godimento reale ed effettivo dei diritti connessi allo *status* di cittadino dell'Unione.

Di recente la Corte si è nuovamente pronunciata su casi che toccavano questi temi⁵², nei quali all'esame dei giudici nazionali vi erano rifiuti di concedere un permesso di soggiorno a cittadini di paesi terzi, richieste avanzate sulla base di legami familiari che questi vantano con cittadini dell'Unione europea⁵³. Ritorna in tutte le cause come questione pregiudiziale l'applicabilità o meno della c.d. «clausola Zambrano», così come si presenta nuovamente la necessità per il giudice del rinvio

⁵² *O., S. contro Maahanmuuttovirasto, e Maahanmuuttovirasto contro L.*, C-357/11 e C-356/11 (cause riunite), sentenza 6 dicembre 2012, non ancora pubblicata; *Yoshikazu Iida contro Stadt Ulm*, C-40/11, sentenza 8 novembre 2012, non ancora pubblicata; *Adzo Domenyo Alokpa, Jarel Moudoulou, Eja Moudoulou contro Ministre du Travail, de l'Emploi et de l'Immigration*, C-86/12, ancora pendente.

⁵³ Nella causa *O., S. contro Maahanmuuttovirasto* la Corte si pronuncia su richiesta del giudice finlandese, il quale si domandava se alle due cause in esame, poi riunite presso la Corte, potesse applicarsi la «dottrina Zambrano». Si tratta, nello specifico, di controversie che vedono coinvolti cittadini dell'Unione in tenera età, e nelle quali le autorità nazionali rifiutano di concedere un permesso di soggiorno a un cittadino di paese terzo – marito in seconde nozze della madre dei cittadini dell'Unione – a causa del mancato rispetto del criterio della disponibilità di risorse sufficienti. Il giudice del rinvio chiede alla Corte se può applicarsi al caso in esame quanto già statuito nella sentenza Zambrano, in quanto la mancata concessione del titolo di soggiorno avrebbe potuto costringere (anche) i cittadini dell'Unione in tenera età ad abbandonare il territorio dell'Unione per seguire la madre ed il marito di lei. La Corte sottolinea che sarà il giudice del rinvio a dover valutare secondo le circostanze del caso e le norme nazionali se la mancata concessione del permesso di soggiorno possa comportare l'effetto privativo del godimento reale ed effettivo dei diritti, dovendo tenere conto da un lato della sussistenza di un rapporto di dipendenza tra i cittadini dell'Unione ed i cittadini di paesi terzi che si sono visti rifiutare il permesso, dall'altro della tutela dei diritti fondamentali, nello specifico della vita familiare. Cfr. *O., S. contro Maahanmuuttovirasto, e Maahanmuuttovirasto contro L.*, cit., p.to 55; per un esteso commento del caso v. A. SCHUSTER, *L'omisso medio ovvero l'emergere di una identità territoriale propria dell'Unione*, cit.

di valutare, tenendo conto delle circostanze concrete del caso e degli elementi indicati dalla CGUE nelle precedenti sentenze in materia, se possa o meno verificarsi l'effetto privativo del godimento del nucleo essenziale dei diritti connessi allo *status* di cittadino dell'Unione. Sulla base di suddetta valutazione, infatti, potrà applicarsi il meccanismo eccezionale ex art. 20 TFUE, ed eventualmente essere concesso un permesso di soggiorno ai cittadini di paesi terzi in deroga alle legislazioni nazionali in materia migratoria, sulla base del (solo) *status* di cittadino dell'Unione posseduto dai loro familiari.

Occorre ricordare come nel caso Zambrano non trovava applicazione la direttiva 2004/38 relativa al diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri⁵⁴, dal momento che tale richiesta viene fatta verso il medesimo Stato di cui i figli sono cittadini, ossia senza che vi sia stato esercizio della libertà di circolazione. Nelle controversie successive, invece, si vaglia il caso alla luce sia della direttiva 2003/86 relativa al diritto al ricongiungimento familiare⁵⁵ sia della direttiva poco sopra citata: questo equivale a dire che le argomentazioni della Corte, a prescindere dal riconoscimento o meno della contrarietà rispetto al diritto dell'Unione della norma nazionale in relazione alla mancata concessione del diritto al soggiorno, non si basano unicamente su quanto previsto dall'articolo 20 TFUE e sulla c.d. dottrina dell'effetto privativo, ma anche sulla necessità di soddisfare requisiti come il possedere «risorse economiche sufficienti»⁵⁶ o «risorse stabili e regolari sufficienti» per il

⁵⁴ Direttiva 2004/38/CE del Parlamento europeo e del Consiglio 29 aprile 2004 relativa al diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri, cit. Cfr. *O., S. contro Maahanmuuttovirasto, e Maahanmuuttovirasto contro L.*, cit., p.ti 63 e ss.

⁵⁵ Direttiva 2003/86/CE del Consiglio del 22 settembre 2003 relativa al diritto al ricongiungimento familiare, in GUUE L 251 del 3.10.2003.

⁵⁶ Cfr. art. 7, par. 1, lett. b), Direttiva 2004/38, cit. È interessante sottolineare che il possesso del requisito delle “risorse sufficienti” richiesto al fine di poter beneficiare del diritto di residenza superiore ai tre mesi in uno Stato membro diverso da quello di cui si è cittadini viene richiesto dalla Corte solo ove il caso in esame ricada all'interno dell'ambito di applicazione della Direttiva 2004/38/CE. Nei casi eccezionali in cui, al contrario, il diritto di residenza per i familiari dei cittadini dell'Unione in tenera età e da questi dipendenti ricada all'interno delle ipotesi particolari nelle quali è l'art. 20 TFUE

mantenimento⁵⁷, o ancora sulla qualificazione come «familiare» ai sensi delle appena citate direttive⁵⁸.

I profili rilevanti in queste ultime decisioni sono più d'uno. In primo luogo, si osserva che la Corte ha deciso, diversamente dalla sentenza *Zambrano*, sulla base di argomentazioni che non avevano il proprio perno solo sui diritti ex art. 20 TFUE ovvero sulla dottrina dell'effetto privativo⁵⁹, ma la stessa veniva considerata – e simile approccio emergeva anche dai rinvii dei giudici nazionali – come *ultima ratio* a cui fare riferimento solo nel momento in cui non risultasse possibile ricondurre la situazione della parte all'interno di una delle categorie disciplinate dalle direttive che regolano i vari profili dell'ingresso e del soggiorno dei cittadini di paesi terzi nel territorio degli Stati membri⁶⁰. In secondo luogo, in merito alle implicazioni della dottrina *Zambrano*, la Corte ha espresso una considerazione di ordine generale rilevante sotto il profilo dei rapporti tra norme nazionali e norme dell'Unione che regolano l'immigrazione, affermando che il diritto dell'Unione osta ad una loro applicazione tale da pregiudicare la libertà di circolazione e soggiorno di un cittadino dell'Unione come conseguenza del diniego dell'ingresso e del soggiorno di un cittadino di paese terzo⁶¹. La stessa

a costituire la base del suddetto diritto, il possesso di risorse sufficienti diviene requisito da verificare unicamente dopo aver permesso al cittadino di paese terzo di svolgere un'attività lavorativa. Cfr. *Zambrano*, C-34/09, cit., p.to 44; Conclusioni Avv. Gen. P. Mengozzi, *Alopa*, C-86/12, cit., p.ti 24 e 25.

⁵⁷ Cfr. art. 7, par. 1, lett. c), Direttiva 2003/86, cit.

⁵⁸ Cfr. art. 2, par. 2, lett. a), Direttiva 2004/38, cit.

⁵⁹ Nonostante l'Avvocato generale nelle sue conclusioni relative alla causa *Alopa* abbia affermato con forza l'operare della dottrina dell'effetto privativo quando la fattispecie ricalchi il caso *Zambrano*, vale a dire che uno Stato membro non potrà negare a un cittadino di paese terzo il diritto di soggiornare nel territorio nazionale quando costui sia il genitore di cittadini dell'Unione in tenera età dei quali ha cura e di cui ha l'affidamento effettivo. Cfr. Conclusioni Avv. Gen. P. Mengozzi, *Alopa*, C-86/12, cit., p.ti 50, 52 e 55; v. anche *Alopa*, C-86/12, cit., p.ti 34 e 35.

⁶⁰ Si veda, in particolare, l'argomentazione della Corte nel caso *Alopa*, C-86/12, cit., p.to 32.

⁶¹ «[L]elemento comune che caratterizza le suesposte situazioni è che, sebbene siano disciplinate da normative che rientrano a priori nella competenza degli Stati membri, vale a dire le normative sul diritto di ingresso e di soggiorno dei cittadini di paesi terzi al di fuori del campo di applicazione delle direttive 2003/109 o 2004/38, esse

Corte, però, ha avuto cura di precisare che «la prospettiva puramente ipotetica dell'esercizio del diritto alla libera circolazione non presenta un nesso sufficiente con il diritto dell'Unione tale da giustificare l'applicazione delle sue disposizioni [...]»⁶². Lo stesso vale per quanto riguarda prospettive puramente ipotetiche di ostacolo a tale diritto»⁶³.

Per quanto riguarda il ruolo dell'elemento territoriale all'interno della dottrina dell'effetto privativo – oggetto sul quale si esercita il diritto di circolazione e soggiorno, e da cui tutti gli altri diritti connessi a questo *status* derivano⁶⁴ – lo stesso assume rilievo in relazione all'Unione nel suo complesso⁶⁵. Questo è quanto sembra emergere⁶⁶ ove si consi-

hanno tuttavia un rapporto intrinseco con la libertà di circolazione di un cittadino dell'Unione, che osta a che il diritto di ingresso e di soggiorno sia negato ai suddetti cittadini di paesi terzi nello Stato membro in cui risiede il cittadino dell'Unione, al fine di non pregiudicare tale libertà», cfr. *Yoshikazu Iida contro Stadt Ulm*, C-40/11, sentenza dell'8 novembre 2012, non ancora pubblicata, p.to 72.

⁶² V. *Kremzow*, C-299/95, sentenza 29 maggio 1997, Racc. 1997, I-2629, p.to 16.

⁶³ Cfr. *Iida* C-40/11, cit., p.to 77.

⁶⁴ Ci si permette di dissentire su questo punto da quanti ritengono che a partire dalla decisione *Zambrano* si sia inaugurata una stagione che vede la progressiva perdita di rilievo del diritto alla libera circolazione e soggiorno dei cittadini dell'Unione. Nonostante si prescinda dall'esercizio previo dello stesso per stabilire la competenza della Corte a statuire sul caso, la tutela che viene accordata, però, sembrerebbe proprio avere lo scopo di consentirne l'esercizio attuale e futuro: attuale nella forma in cui si permette il soggiorno sul territorio dello Stato di cui si è anche cittadini, futuro come conseguenza eventuale del possesso della cittadinanza e sulla possibilità di esercitare il medesimo diritto. La CGUE sembrerebbe prescindere proprio al fine di affermarne nuovamente l'importanza. Infatti, ne torna a sottolineare la centralità nel precisare che il diritto al soggiorno di cui godono i cittadini di paesi terzi sulla base dell'art. 20 TFUE non è un diritto originario, bensì deriva dall'esercizio del diritto alla libera circolazione e soggiorno del cittadino dell'Unione di cui sono familiari. Cfr. *Alokpa*, C-86/12, cit., p.to 35 e *Iida*, C-40/11, cit., p.ti 67 e 68. A supporto di questa interpretazione si veda anche quanto affermato dalla Corte nelle decisioni *McCarthy*, C-434/09, cit., p.to 49 e *Dereci e a.*, C-256/11, cit., p.to 50; cfr., a contrario, L. AZOULAI, *A comment on the Ruiz Zambrano judgment: a genuine European integration*, EUDO Observatory on Citizenship, p. 2, disponibile su <http://eudo-citizenship.eu/search-results/457-a-comment-on-the-ruiz-zambrano-judgment-a-genuine-european-integration>.

⁶⁵ Cfr. L. AZOULAI, *A comment on the Ruiz Zambrano judgment: a genuine European integration*, EUDO, 1, cit.; v. anche P. GARGIULO, *La cittadinanza europea alla luce dei recenti sviluppi della giurisprudenza della Corte di giustizia*, in A. CICCARELLI,

deri che l'allontanamento da uno Stato membro di un cittadino di paese terzo tale da, in potenza, costringere anche i cittadini dell'Unione in tenera età a lasciare il territorio dell'UE, non è contrario al diritto dell'Unione quando sia possibile per loro soggiornare nel territorio di altro Stato membro, di cui peraltro possiedono anche la cittadinanza nazionale, e pertanto non si profili il rischio di dover abbandonare il territorio dell'Unione, ma solo quello dello Stato membro in cui sono nati e vissuti fino a quel momento⁶⁷.

Da ultimo, è necessario portare all'attenzione un ulteriore elemento comune tra alcuni dei casi qui considerati, ossia la particolare condizione dei cittadini dell'Unione coinvolti: minorenni a carico dei propri genitori, cittadini di paesi terzi⁶⁸. Il profilo è rilevante in quanto nelle argomentazioni della Corte ricopre un ruolo importante, sebbene non sempre risolutivo, l'obbligo per gli Stati membri di rispettare diritti fondamentali quali la tutela della vita familiare e l'interesse superiore del minore quando si trovino ad interpretare le proprie norme nazionali che traspongono, in questo caso, direttive dell'Unione. Infatti, nei casi *McCarthy* e *Dereci*⁶⁹ – i quali vedevano coinvolte persone adulte e non in rapporto di dipendenza con i cittadini dell'Unione dal cui *status* chiedevano di poter derivare un diritto di soggiorno – la Corte non ha ravvisato l'effetto privativo⁷⁰ e, pertanto, ha negato che il diritto del-

P. GARGIULO (a cura di), *La dimensione sociale dell'Unione europea alla prova della crisi globale*, Roma, 2012, 105.

⁶⁶ Cfr. *Dereci*, C-256/11, cit., p.to 66; *O., S. contro Maahanmuuttovirasto, e Maahanmuuttovirasto contro L.*, cit., p.to 47; *Iida*, C-40/11, cit., p.to 71; Conclusioni Avv. Gen. P. Mengozzi, *Alopka*, cit., p.to 52.

⁶⁷ Cfr. Conclusioni Avv. Gen. P. Mengozzi, *Alopka*, cit., p.ti 52-58.

⁶⁸ Cfr. L. AZOULAI, *A comment on the Ruiz Zambrano judgment: a genuine European integration*, cit., 2.

⁶⁹ Vedi *supra* nota 52.

⁷⁰ Cfr. *Dereci*, C-256/11, cit., p.to 68: «Di conseguenza, la mera circostanza che possa apparire auspicabile al cittadino di uno Stato membro, per ragioni economiche o per mantenere l'unità familiare nel territorio dell'Unione, che i suoi familiari, che non possiedono la cittadinanza di uno Stato membro, possano soggiornare con lui nel territorio dell'Unione, non basta di per sé a far ritenere che il cittadino dell'Unione sarebbe costretto ad abbandonare il territorio dell'Unione qualora un tale diritto non gli fosse concesso».

l'Unione fosse contrario al rifiuto da parte delle autorità nazionali del rilascio del permesso di poter soggiornare nel territorio dello Stato membro.

In conclusione, occorre soffermarsi sul ruolo che ricopre la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea sia nella costruzione delle questioni pregiudiziali da parte dei giudici del rinvio sia, poi, nelle argomentazioni della CGUE. Il punto è rilevante in quanto la Corte ritorna ad utilizzare con forza l'argomento della situazione puramente interna allorché i giudici del rinvio chiedono che le norme nazionali vengano vagliate alla luce dei diritti affermati dalla Carta. In più di un'occasione, la Corte fa perno su quanto stabilito dall'articolo 51, c. 1 e 2 sull'ambito di applicazione della stessa, per escludere l'esame delle norme nazionali alla luce di quanto previsto agli articoli 7 e 24 della Carta relativi al rispetto della vita familiare e all'interesse del minore.

Si potrebbe pertanto affermare, limitandosi ai casi qui esaminati, che l'utilizzo del parametro del rispetto dei diritti sanciti dalla Carta continui ad essere applicato dai giudici della Corte secondo una stretta interpretazione della c.d. clausola della situazione puramente interna, senza che in circostanze eccezionali si sia previsto un suo utilizzo più esteso, così come è accaduto, invece, per l'art. 20 TFUE e per lo *status* di cittadino dell'Unione. Una tale differenza potrebbe essere connessa, da un lato, alle circostanze del caso concreto, le quali non rendono necessario fare riferimento ai diritti sanciti dalla Carta come *ultima ratio* al fine fornire tutela alla parte, dal momento che è possibile applicare il meccanismo eccezionale *ex art. 20 TFUE*; oppure, non dandosi le circostanze eccezionali, il diritto dell'Unione non osta a quanto previsto dalla normativa nazionale⁷¹. Dall'altro lato, si richiamano i diritti sanciti dalla CEDU come ulteriore parametro alla luce del quale sarebbe possibile vagliare la normativa nazionale⁷². Stante la stretta interpretazione

⁷¹ Cfr. *Dereci*, C-256/11, cit., p.ti 70-72.

⁷² Cfr. *Dereci*, C-256/11, cit., p.to 72; *Ymeraga*, C-87/12, cit., p.ti 43 e 44. Non si possono, infine, non ricordare le ulteriori fonti sulla base delle quali la Corte potrebbe valutare le norme nazionali, vale a dire i principi fondamentali dell'ordinamento dell'UE e le tradizioni costituzionali comuni. Cfr. art. 6 TUE; v. anche G. STROZZI, *Il sistema integrato di tutela dei diritti fondamentali dopo Lisbona: attualità e prospettive*, in *Dir. Un. Eur.*, 2011, 838.

di quanto previsto agli artt. 6 TUE e 51 c. 1 della CDFUE, il principio della situazione puramente interna pare quindi mantenere la propria completa operatività allorquando vengano in rilievo i diritti sanciti dalla Carta⁷³.

4. Conclusioni: solo un'eccezione?

A conclusione della disamina di alcuni casi rilevanti in materia di cittadinanza dell'Unione europea giunti all'esame della CGUE in questi ultimi quindici anni – i quali hanno portato gran parte della dottrina a individuare la cittadinanza dell'Unione come veicolo capace di spostare il baricentro dell'integrazione europea dal focus del mercato unico a quello dell'individuo che esercita le libertà fondamentali ed i diritti che le norme dell'Unione gli riconoscono⁷⁴ – occorre tornare alle domande poste in apertura: è possibile, per il tramite delle decisioni suesposte, affermare che stanno progressivamente emergendo, per via pretoria, elementi quali popolo, territorio, e sovranità, tali da identificare l'Unione come realtà statale di nuovo genere?

Si potrebbe sostenere, con la cautela che deve contraddistinguere le affermazioni che si pongono a cavallo tra il programmatico e il desiderabile, che nonostante emergano in più di un'occasione elementi a favore di un embrionale abbozzo da parte della Corte di quelli che, in futuro, potrebbero divenire gli elementi sui quali poggiare un'Unione dai caratteri statuali – che si affranchi dal suo carattere intergovernativo per avvicinarsi, o divenire, un'unione politica – ciò che di rilevante emerge dai casi suesposti non è di questo tenore. Si ritiene che le pronunce della CGUE, per quanto significative, mettono, per ora, in rilievo, sebbene in un modo sempre meno trascurabile, che gli elementi di cui sopra necessiterebbero un riconoscimento all'interno dei trattati.

⁷³ V. a contrario, G. STROZZI, *Il sistema integrato di tutela dei diritti fondamentali dopo Lisbona: attualità e prospettive*, cit., 839.

⁷⁴ W. WOLLENSCHLÄGER, *A New Fundamental Freedom beyond Market Integration: Union Citizenship and its Dynamics for Shifting the Economic Paradigm of European Integration*, cit., 3.

Ciò detto, altri sono i profili che si ritiene di dover mettere in evidenza a chiusura di questa panoramica sui filoni giurisprudenziali in materia di cittadinanza dell'Unione. Come in parte già affermato dalla dottrina, emerge, da un lato, il ruolo principe e trainante svolto dal diritto alla libera circolazione e soggiorno, diritto dal quale si fa, soprattutto, discendere la possibilità, sebbene anche solo ipotetica e futura, di esercitare tutti gli altri diritti connessi allo *status* di cittadino dell'UE. Dall'altro lato, ed è un aspetto oltremodo connesso al precedente, emerge la necessità sempre più prestante di coordinare tra loro le discipline degli Stati membri in materia di cittadinanza (nazionale) ed immigrazione⁷⁵. Se per la materia migratoria il coordinamento può già considerarsi essere in atto⁷⁶, per quanto riguarda i modi di acquisto e perdita delle cittadinanze nazionali degli Stati membri il coordinamento è ben al di là da venire, nonostante non si possa non evidenziare l'influenza che lo *status* di cittadino dell'Unione ha già avuto sulle modifiche di alcune delle norme nazionali che tale materia disciplinano⁷⁷.

Alla luce di quanto emerso dall'analisi poco sopra condotta, inoltre, il ruolo della cittadinanza dell'Unione si può dire rilevi sia come *status* autonomo nel momento in cui il cittadino dell'Unione esercita il diritto alla libera circolazione e soggiorno, sia come criterio di risoluzione delle antinomie tra norme nazionali che disciplinano i modi di acquisto e perdita della cittadinanza e quelle che regolano il diritto al soggiorno

⁷⁵ Cfr. *Iida*, C-40/11, cit., p.to 72.

⁷⁶ Compresa la dimensione esterna del fenomeno che comprende la lotta all'immigrazione irregolare e il controllo delle frontiere, nonché il sistema comune di asilo. Cfr. artt. 77-80, TFUE.

⁷⁷ Cfr. art. 9, c. 1, lett. d), legge n. 91 del 5 febbraio 1992, Nuove norme in materia di cittadinanza, GU n. 38 del 15.12.1992 e successive modifiche; v. anche art. 11a (4)2, Bundesrecht konsolidiert: Gesamte Rechtsvorschrift für Staatsbürgerschaftsgesetz 1985, Fassung vom 07.10.2013; cfr. anche Code de la nationalité belge, art. 10: «Est Belge, l'enfant né en Belgique et qui, à un moment quelconque avant l'âge de dix-huit ans ou l'émancipation antérieure à cet âge, serait apatride s'il n'avait cette nationalité. Toutefois, l'alinéa 1er ne s'appliquera pas si l'enfant peut obtenir une autre nationalité moyennant l'accomplissement par son ou ses représentants légaux d'une démarche administrative auprès des autorités diplomatiques ou consulaires du pays de ses auteurs ou de l'un de ceux-ci»; cfr. A. WIESBROCK, *Union Citizenship and the Redefinition of the "Internal Situations" Rule: The Implications of Zambrano*, cit., 2092-2093.

dei cittadini di paesi terzi. Il giudice nazionale, allora, di fronte all'eventualità che tale mancato coordinamento possa portare a violazioni dei diritti, a maggior ragione quando si tratti di tutelare propri cittadini in tenera età e che si trovano in situazioni particolarmente vulnerabili, potrà fare appello alla nozione di cittadinanza dell'Unione i cui contorni sono ancora sufficientemente vaghi e indeterminati da permetterle di operare come *ultima ratio* quando ogni altra opzione data dal diritto (secondario) dell'Unione non risulta praticabile ed applicabile.

Si può concludere, allora, dicendo che se non può parlarsi (più) di eccezione, viste le numerose e successive applicazioni che la dottrina qualificata inizialmente come eccezionale ha avuto, seppur con i necessari aggiustamenti dovuti alle circostanze diverse in cui ha trovato applicazione, non si può nemmeno (o, almeno, non ancora) tracciare, per il tramite delle pronunce aventi ad oggetto a vario titolo la cittadinanza dell'Unione, la strada verso la futura emersione di un paradigma statale di nuovo genere per l'Unione europea. Come si finiva poco sopra di dire, la giurisprudenza della Corte potrà (solo) dare quella spinta propulsiva affinché nelle sedi preposte si assuma una decisione sulla futura architettura istituzionale dell'Unione, tale poi da riflettersi nella lettera dei trattati o, chissà, in un nuovo tentativo di Costituzione per l'Europa. Per conoscere quale strada intraprendere però, si dovrebbe prima sapere dove si vuole andare.

ALCUNE CONSIDERAZIONI A MARGINE. TRA ECCEZIONI, DISSONANZE ED ARMONIA

Cinzia Piciocchi
Discussant

SOMMARIO: 1. *Dissonanze che risolvono: l'eccezione come "banco di prova"*. 2. *Dissonanze che rimangono: l'eccezione dovuta*.

1. Dissonanze che risolvono: l'eccezione come "banco di prova"

Nello studio dell'armonia musicale, s'incontra talvolta il fenomeno della dissonanza.

Si tratta di note che suonano "diverse" rispetto al contesto del brano musicale in cui appaiono e che creano una sensazione di transitorietà, facendo percepire all'ascoltatore la sensazione che si tornerà ad una consonanza, ovvero a note che, insieme, suonano "meglio". Tecnicamente, si dice che la dissonanza risolve; si torna allora alla "normalità" e, potremmo dire, alla riconoscibilità stessa del brano musicale.

L'eccezione, nell'ambito del diritto costituzionale, evoca concetti simili a quello di dissonanza: situazioni di emergenza, straordinarie, contingenti, che conducono a percorsi inusuali e che, proprio per questo, vanno circondate di garanzie atte a circoscriverne la portata, con l'obiettivo di un ritorno quanto più immediato possibile alla normalità.

Dissonanze che debbono risolvere, dunque.

Diverse definizioni si associano tradizionalmente all'idea del diritto costituzionale che subisce un'eccezione: emergenza, necessità, allarme¹. Esiste poi la terminologia relativa a ciò che consegue a queste ipo-

¹ La letteratura sull'argomento è vastissima. Richiamiamo in particolare la disamina della terminologia e dell'impiego dei termini menzionati, svolta ad es. da V. ANGIOLINI, *Necessità ed emergenza nel diritto pubblico*, Padova, 1986 che focalizza le definizioni di necessità, eccezionalità ed emergenza, p. 10: «L'impegno a delimitare giuridicamente le nozioni di necessità, eccezione ed emergenza non sembra, però poter essere adem-

tesi: rottura, autorottura, deroga, sono alcuni esempi di definizioni, talvolta controverse, eppure familiari quando ci si occupa delle “brecce” che si possono aprire all’interno di un ordinamento giuridico anche in momenti di necessità o emergenza².

C’è poi la terminologia relativa ai limiti che le Costituzioni stesse pongono nel disciplinare queste ipotesi, come ad esempio quelli che la dottrina costituzionalistica definisce come limiti circostanziali alla revisione costituzionale, che prevedono l’impossibilità di procedere a revisione costituzionale in presenza di determinate circostanze, potenzialmente foriere di alterazione dell’equilibrio istituzionale³.

Lo “statuto terminologico” dell’emergenza – e, più in generale, delle situazioni che legittimano eccezioni – è contemplato talvolta dagli stessi testi costituzionali, quando sono appunto le Costituzioni a razionaliz-

piuto senza assumere preventivamente consapevolezza della relatività storica di quelle medesime nozioni e della loro attinenza a differenti contesti storici e culturali. (...) Da ciò nasce la sensazione che la necessità, l’eccezione e l’emergenza sottintendano presentemente, nel trapasso dall’uno all’altro concetto, un diverso impianto, o una diversa raffigurazione culturale, dell’ordinamento giuridico e statuale. La necessità e l’emergenza sembrano diventare scindibili tra loro, nel diritto pubblico, solo grazie al mutamento storico prodottosi, in Italia, con il trascorrere dall’ordinamento giuridico del periodo liberale a quello del periodo repubblicano. Necessità, eccezione ed emergenza sembrano insomma tra di loro paragonabili, come entità giuridicamente distinte, solo se pensate in rapporto allo scenario storico e culturale in cui tali concetti sono impiegati dagli studiosi, dalla giurisprudenza o dallo stesso legislatore; fuori da questa impostazione, tutto potrebbe tornare nebuloso ed i vari concetti potrebbero sovrapporsi o, all’opposto, risultare incommensurabili». Sull’impiego del termine di emergenza, cfr. inoltre G. MARAZZITA, *L’emergenza costituzionale*, Milano, 2003, in part. p. 13 ss. e, sulle diverse accezioni del medesimo concetto adottate dalla giurisprudenza della Corte costituzionale italiana, F. BILANCIA, *Emergenza, interpretazione per valori e certezza del diritto*, in *Giur. Cost.*, 4, 1993, in particolare p. 3012. Sul rapporto tra deroga ed eccezione, talvolta sovrapposti nel linguaggio comune, cfr. U.G. RESCIGNO, *Deroga (in materia legislativa)*, in *Enciclopedia del diritto*, XII, Milano, 1964.

² Per tutti, cfr. C. MORTATI, *Costituzione dello Stato (dottrine generali e Costituzione della Repubblica italiana)*, in *Enciclopedia del diritto*, XI, Milano, 1962 (in particolare par. 35) e U.G. RESCIGNO, *op. cit.* a nota precedente.

³ Sui limiti circostanziali alla revisione costituzionale, cfr. per tutti G. MORBIDELLI, L. PEGORARO, A. REPOSO, M. VOLPI, *Diritto pubblico comparato*, 2012, IV ed., Torino, p. 90 e G. DE VERGOTTINI, *Diritto costituzionale comparato*, Padova, 2014, p. 288 ss.

zarla, definendone le diverse ipotesi, secondo i possibili gradi di gravità e le conseguenze ed i limiti che ad essa si associano in costanza del perdurare di determinate situazioni. Abbiamo così gli stati d'eccezione, di allarme e di assedio come ad esempio nel testo della Costituzione spagnola, che contempla ipotesi, percorsi e limiti, secondo livelli di gravità crescenti⁴.

Si tratta di ipotesi tra loro differenti, che sottendono però problematiche di fondo simili, attinenti al rapporto tra regola ed eccezione e prima ancora alla riconoscibilità stessa dell'una e dell'altra. L'individuazione e la razionalizzazione delle ipotesi di emergenza e necessità, sia nell'ambito dei testi costituzionali, sia nell'ambito dell'interpretazione della giurisprudenza costituzionale, infatti, appaiono mirate principalmente a definire entrambe ed a mantenerle poi nell'ambito della rispettiva definizione: regola ed eccezione, guardando alla seconda come ad una dissonanza e cercando le condizioni perché essa risolva. Le Costituzioni, in altre parole, tentano di garantire le condizioni che consentano il ritorno alla regola, mantenendo l'eccezione entro i confini di tale categoria. Si consente così lo strappo, purché temporalmente determinato, e purché esso non incida sulla regola in modo sproporzionato o irragionevole. Si legittima la compressione di alcuni diritti, che non deve però giungere alla negazione degli stessi, non rispettandone il nucleo essenziale, poiché sarebbe difficilmente riconoscibile il contesto al quale tornare, cessato lo stato di emergenza o necessità. Su questo crinale si confrontano spesso le Corti costituzionali, impegnate nell'individuazione dei confini che neppure l'emergenza consente di passare, pena l'irriconciliabilità dell'ordinamento giuridico al quale "fare ritorno"⁵.

⁴ Cfr. ad es. l'art. 116 della Costituzione spagnola sugli stati di allarme (*estado de alarma*), eccezione (*estado de excepción*) ed assedio (*estado de sitio*) e, per una panoramica generale, P. PASSAGLIA (a cura di), *Poteri emergenziali e deroghe al principio di legalità* (nel sito della Corte costituzionale italiana www.cortecostituzionale.it).

⁵ G. De Vergottini a tal proposito, in commento al pensiero di Costantino Mortati, richiama il concetto di «minimo costituzionale» con riferimento alle sospensioni di parti della Costituzione ed individuando nell'esigenza di salvaguardia della costituzione un «principio connaturato alla costituzione materiale», G. DE VERGOTTINI, *Necessità, costituzione materiale e disciplina dell'emergenza. In margine al pensiero di Costantino Mortati*, in *Diritto e società*, 1994, p. 229: «Dunque, l'esigenza di salvaguardia è insita, in quanto ricompresa nel fine di conservazione, nella stessa costituzione materia-

Che questo percorso di ritorno sia complesso, poi, emerge se si guarda nuovamente al medesimo statuto terminologico, in particolar modo agli ossimori che spesso la dottrina utilizza, rilevando fenomeni che vanno dall'«eccezione permanente»⁶, all'«emergenza stabilizzata»⁷ o all'«emergenza permanente»⁸. Si tratta di espressioni utilizzate in contesti differenti, che tuttavia rappresentano il sintomo che qualcosa, in quel rapporto regola-eccezione, non è andato o non sta andando come dovrebbe.

D'altronde la contiguità con l'ossimoro è insita nell'origine stessa del concetto di eccezione, che si pone al confine tra estraneità ed appartenenza, in bilico tra l'una e l'altra dimensione ed al contempo come risultante del confronto tra le stesse, secondo una configurazione strutturalmente dialettica, tipica di ciò che si definisce rispetto a ciò che è diverso⁹.

le inespressa. Potremmo anzi dire, interpretando il pensiero dell'Autore, che *non può non esservi ricompresa*. E in effetti Mortati afferma a chiare lettere come nella costituzione materiale si innesti una «duplicità» di ordinamenti, uno ordinario o legale e uno straordinario di fatto, entrambi giuridici, entrambi basati sugli stessi presupposti. L'operare, ove inevitabile, dell'ordinamento di emergenza non nega la validità dell'ordinamento ordinario che rimane (parzialmente) quiescente. Il sistema complessivo, integrato quando del caso anche con l'ordinamento straordinario che consegue la (parziale) sospensione, è dunque *duplici ma unitario*, tutto riportabile a un'unica matrice costituzionale reale».

⁶ Cfr. ad es. A. RUGGERI, *Stato costituzionale e Stato d'eccezione, nella più recente esperienza italiana: dall'alternativa alla mutua integrazione?*: «Molti segni fanno pensare che quella di oggi sia, da noi come altrove, una situazione d'eccezione... permanente. Un ossimoro, certo: si tratta tuttavia di stabilire se lo sia realmente o solo in apparenza» (si può leggere nel sito www.giurcost.it).

⁷ Cfr. ad es. S. STAIANO, *Brevi note su un ossimoro: l'emergenza stabilizzata*, in ID. (a cura di), *Giurisprudenza costituzionale e principi fondamentali. Alla ricerca del nucleo duro delle Costituzioni*, Atti del Convegno annuale del "Gruppo di Pisa", Capri, 3-4 giugno 2005, Torino, 2006, p. 659 ss.

⁸ Cfr. ad es. P.L. PETRILLO, *Forma di governo e legislazione antiterrorismo in Canada. Spunti di riflessione comparata sul ruolo dei Parlamenti al tempo dell'emergenza permanente*, in T. GROPPI (a cura di), *Democrazia e terrorismo*, Napoli, 2006.

⁹ Cfr. ad es. G. AGAMBEN, *Stato di eccezione*, Torino, 2003, p. 21: «Il fatto è che, sia nel diritto di resistenza sia nello stato di eccezione, in questione, tutto sommato, è il problema del significato giuridico di una sfera d'azione in sé extragiuridica».

In tale prospettiva, si comprende allora il legame che spesso appare in dottrina tra stato d'eccezione e diritto di resistenza, poiché entrambi con questa bidimensionalità hanno attinenza: esistono in rapporto ad una regola e finché la stessa è riconoscibile, dopodiché trascolorano in qualcosa di diverso¹⁰.

Mi pare che proprio questo legame, tra estraneità ed appartenenza, rispetto ad un sistema che definisce l'eccezione anche per definire se stesso come risultante del raffronto con ciò che è diverso, rappresenti la cifra comune dei contributi qui raccolti, che calano questa tematica "classica" del diritto costituzionale nella prospettiva contemporanea, mettendola alla prova e verificando la tenuta delle categorie definitorie.

Si apre così un percorso di grandissimo interesse, in cui da un lato l'eccezione può costituire un banco di prova e di verifica dei possibili punti di rottura del sistema ma, d'altro lato, proprio alla luce delle tematiche considerate, in particolare ma non solo relative ai diritti di *welfare*, potremmo dire più in generale all'attenzione verso alcune categorie di persone, si rende possibile un'altra lettura, simmetrica e complementare, in cui l'eccezione si pone in rapporto dovuto rispetto ai diritti, come "breccia" che non solo la regola tollera, ma che anzi è la tutela dei diritti fondamentali a richiedere quando non ad imporre.

Non quindi l'eccezione solo nel senso classico, dello strappo alla regola determinato dalla necessità o dall'emergenza, da circondare di garanzie, ma anche il "fare eccezione", in un significato più vicino al senso comune del termine, eppure denso di contenuti costituzionali.

La creazione di spazi, allora, diviene funzionale alla definizione della regola stessa, poiché se essa non consentisse l'eccezione, non sarebbe più riconoscibile, non assomiglierebbe più a se stessa, nella sua collocazione nel contesto più ampio di tutela dei diritti fondamentali. Spazi diversi che si confrontano, quindi, ed ancora si definiscono in rapporto l'uno all'altro, sia quando l'eccezione presupponga la regola sia, in

¹⁰ In tema, cfr. ad es. M. BRIGAGLIA, *Costituzionalismo dei diritti e diritto di eccezione*, in *Diritto e questioni pubbliche*, 10, 2010, p. 277 ss.

qualche modo, quando la regola presupponga la possibilità di fare eccezione¹¹.

Con questa duplice chiave di lettura, si possono allora ripercorrere i contributi qui proposti, in merito all'eccezione nell'ambito del diritto costituzionale. L'eccezione come "banco di prova" dell'ordinamento giuridico è al centro del primo dei contributi, quello di Simone Penasa, in cui emerge chiara l'esigenza di delimitare i confini di ciò che rappresenta eccezione e di ciò che invece trascolora nella regola, stabilizzandosi, pur nascendo al di fuori dei confini della stessa. Lo sguardo di Penasa è critico, rivendicando le difficoltà e nondimeno l'importanza della ricognizione delle categorie, che pare sfuggire, quando l'eccezione finisce per collocarsi stabilmente nell'ossimoro. Questo avviene nei casi analizzati da Penasa, che toccano uno dei muri portanti del diritto costituzionale, dalle sue origini: la libertà personale in relazione alla quale il fare eccezione passa spesso per l'ossimoro. La gestione del sovraffollamento carcerario, ad esempio, appare «stabilmente emergenziale» e tutto sembra riconducibile alla necessità di fare eccezione: dalla situazione fattuale delle carceri italiane, alle condanne della Corte europea di Strasburgo; dalle sentenze della Corte costituzionale, agli interventi normativi necessari. Un'emergenza che legittima eccezioni, ma che spesso ha una natura, come ricorda Penasa, «sistemica». Si qualifica come emergenziale il fatto che legittima l'eccezione – il sovraffollamento carcerario – ma il linguaggio, come spesso accade, reca traccia delle disfunzioni che investono i concetti e che le definizioni esprimono¹². Penasa segnala la necessità di una riflessione sull'indivi-

¹¹ Cfr. ad es. G. AGAMBEN, *op. cit. supra* a nota 9, p. 48, in commento al pensiero di Schmitt: «Essere-fuori e, tuttavia, appartenere: questa è la struttura topologica dello stato di eccezione, e solo perché il sovrano, che decide sull'eccezione, è, in verità, logicamente definito nel suo essere da questa, può anch'esso essere definito dall'ossimoro estasi-appartenenza».

¹² Sull'importanza delle definizioni in quest'ambito, cfr. ad es. G. AGAMBEN, *op. cit. supra* a nota 9, p. 13: «Se, come è stato suggerito, la terminologia è il momento propriamente poetico del pensiero, allora le scelte terminologiche non possono mai essere neutrali. In questo senso, la scelta del termine «stato di eccezione» implica una presa di posizione quanto alla natura del fenomeno che ci si propone di investigare e alla logica più adatta alla sua comprensione. (...) Lo stato di eccezione non è un diritto

duazione stessa dei presupposti dell'eccezione, in particolare, pena altrimenti la circolazione di metastasi del linguaggio che rischiano poi d'innestarsi nei concetti¹³.

Gli ossimori, in tale prospettiva, danno conto dell'impossibilità di riconoscere le categorie e l'anomia alla quale Penasa fa riferimento è innanzi tutto concettuale, in cui i punti di riferimento anche definitivi non sono più riconoscibili¹⁴.

2. *Dissonanze che rimangono: l'eccezione dovuta*

I contributi che precedono propongono un altro significato, in qualche modo simmetrico e di eguale interesse, del concetto di eccezione.

Un'eccezione che, diversamente dal concetto considerato *supra*, non attiene alle scosse telluriche che possono investire l'ordinamento ed agli accorgimenti strutturali da predisporre per salvaguardarne i muri portanti, ma agli spazi che l'ordinamento stesso crea, alla luce dei diritti fondamentali coinvolti, per continuare a riconoscere se stesso. In questa prospettiva, diventa allora rilevante la definizione delle categorie, di chi sia legittimato all'eccezione e nei confronti di chi essa debba essere praticata.

speciale (come il diritto di guerra), ma, in quanto sospensione dello stesso ordine giuridico, ne definisce la soglia o il concetto-limite».

¹³ Sulle metastasi del linguaggio, cfr. C. PICIOCCHI, *La salute "dentro le mura"*: commento al rapporto del Comitato nazionale per la bioetica sulla salute in carcere (27 settembre 2013), in *Studium Iuris*, 7-8, 2014, p. 845 ss.

¹⁴ Cfr. ad es. F. RIMOLI, *Stato di eccezione e trasformazioni costituzionali: l'enigma costituente*: «(...) l'ipotesi, affatto realistica, dell'autodistruzione volontaria di un sistema, secondo strumenti posti *dal suo interno*, suscita assai più inquietanti interrogativi. Non più la tranquillizzante contrapposizione tra una razionalità ordinante (il sistema giuridico, il meccanismo democratico) da un lato, e una magmatica tendenza al rivolgimento improvviso ed anomico dall'altro, non più una "logica" antitesi tra l'ordine e il caos, ma una sovrapposizione "innaturale" delle due dimensioni, un trascolorare continuo dell'una nell'altra, un interscambio di ruoli funzionali che disorienta e mette in gioco le categorie etico-politiche, e perfino, forse, quelle epistemiche, fino a velare di ambiguità e di incertezza le stesse coordinate del sistema iniziale» (si può leggere in <http://archivio.rivistaaic.it/>).

In questa seconda prospettiva, l'eccezione dà corpo allo spostamento dei confini, mettendo alla prova l'elasticità delle norme giuridiche: dall'eccezione tollerata passiamo quindi all'eccezione dovuta.

È così ad esempio nel caso delle norme giuridiche relative ai minori, considerate nel contributo di Marta Tomasi che, in una prospettiva crescente, analizza le ipotesi in cui la categoria di soggetti destinatari (minori) disegna la fisionomia dei diritti speciali che debbono essere loro riconosciuti: «eccezioni necessarie», nelle parole dell'autrice. Anche in questo secondo significato di eccezione, si assiste comunque alla ricerca di punti di riferimento, ovvero di categorie che, se da un lato conducono all'eccezione legittimandola, d'altro lato contestualmente la circoscrivono, definendola. Torna allora l'ambivalenza dalla quale il concetto stesso di eccezione trae origine, anche nell'ambito degli esempi qui proposti, poiché essa s'impone forzando i confini esistenti, ma contemporaneamente necessita di delimitazioni.

In tal senso si possono interpretare i diversi riferimenti che emergono negli esempi proposti, in cui la necessità di delimitazione si affida ad esempio a concetti quali il *best interest* del minore, mutuato dal contesto anglosassone; o le definizioni utilizzate dalla Corte di giustizia quando, in relazione alla cittadinanza europea, propone eccezioni in riferimento a norme di per sé già "eccezionali" (art. 20 TFUE). Si fa allora eccezione, anche nei casi in cui neanche l'eccezionalità prevista a livello normativo si rivela sufficiente, se in essa non possono essere incluse ipotesi ulteriori.

La necessità di fare eccezione anche in presenza di norme già di per sé eccezionali si ritrova anche in relazione al diritto alla salute, talvolta per rispondere a ciò che nasce come eccezione e diventa poi regola, come segnala Lucia Busatta nel caso dei ticket sulle prestazioni sanitarie. Si ripropone così la dimensione ossimorica che connota le "brecce" che si aprono negli ordinamenti giuridici: Busatta da un lato riconduce la necessità di fare eccezione al concetto di «valvola di sicurezza», d'altro lato richiama tutta la complessità delle valutazioni tecnico-scientifiche che debbono indicare i criteri atti a guidare anche queste ipotesi ulteriormente "eccezionali".

L'eccezione negli ambiti considerati relativi al diritto alla salute sono riferite a circostanze («valvole di sicurezza») ed a categorie («situa-

zioni soggettive che appaiono eccezionali»), che conducono talvolta ad un percorso di stabilizzazione, simile a quello individuato da Gracy Pelacani in relazione alla cittadinanza dell'Unione europea. L'ossimoro, in questi casi, appare allora come l'anticipazione di un percorso che era in qualche modo segnato e nei confronti del quale l'eccezione ha dato voce all'esigenza di una nuova regola.

Proprio in relazione alla salute, emerge come la definizione di punti di riferimento nell'ambito dell'eccezione risponda ad una necessità stringente, che si correla alla razionale allocazione delle risorse dalla quale non si può prescindere. Le eccezioni, nell'ambito della salute ma anche in prospettiva più generale, debbono essere sostenibili. In tal senso si può interpretare la ricerca di "concetti valvola", come li definisce Lucia Busatta, che emerge in tutti gli ambiti considerati e che pare approdare ad un concetto che accomuna diversi contributi: l'eguaglianza.

Larga parte dello "statuto terminologico" dell'eccezione include il lessico che nel diritto costituzionale caratterizza il principio d'eguaglianza: si fa eccezione, poiché sarebbe irragionevole non prevederla, si fa eccezione poiché essa appare una strada che è ragionevole percorrere.

La forzatura del criterio della situazione puramente interna considerato da Gracy Pelacani, ad esempio, appare improntato al principio di eguaglianza e l'interesse superiore richiamato dalla CGUE¹⁵ non appare allora così dissimile dal *best interest* richiamato da Marta Tomasi, non nei contesti in cui essi sono evocati, che sono differenti, ma nella funzione che essi svolgono in particolare con riferimento al principio di eguaglianza, che appare sotteso ad entrambi. Si comprende così perché le regole, anche quelle di per sé già eccezionali, che subiscono eccezioni, devono essere ragionevolmente "intaccate"¹⁶. Categorie diverse (i minori, gli stranieri in determinati casi) richiedono un'elasticità maggiore: si tratta di eccezioni, che non mettono in discussione l'intero impianto normativo ma in qualche modo lo completano diventando, come evidenzia Marta Tomasi, condizioni stesse «di legittimità»¹⁷.

¹⁵ Cfr. il contributo di G. PELACANI, in questo volume a p. 229.

¹⁶ Cfr. il contributo di M. TOMASI, in questo volume, a p. 197.

¹⁷ ID., p. 207.

Dissonanza non è più l'eccezione, ma dissonante diventa la norma che non la tollera, per il caso che invece la richiederebbe. Non siamo qui più alle dissonanze che risolvono, ma a passaggi armonici nuovi, senza i quali però il pezzo non è più riconoscibile¹⁸.

Lucia Busatta, tuttavia, pone l'attenzione su un altro elemento trasversale che connota le diverse tematiche proposte e che riguarda il rapporto tra eccezione e fonti. Gli ambiti trattati evidenziano come l'eccezione sia spesso di creazione giurisprudenziale, caso per caso ma, in una prospettiva più generale, quest'approccio non rappresenta «la soluzione ideale»¹⁹. Busatta ci fornisce così un'importante chiave di lettura, sottolineando l'importanza di una riflessione sulle fonti dell'eccezione, nella ricerca di punti di riferimento che consentano di tracciarne i confini e non solo per fornire un quadro sistematico comprensibile in cui le diverse categorie (regola ed eccezione) rimangano riconoscibili, ma anche per un problema di sostenibilità delle norme, poiché le eccezioni hanno un impatto sulla tenuta di sistema. Il caso della salute lo dimostra in particolar modo, poiché l'eccezione pone costi ed è intuitiva l'importanza della razionale allocazione delle risorse nella tutela del diritto alla salute. Appaiono allora ragionevoli le eccezioni che siano al contempo sostenibili.

¹⁸ Pur con riferimento ad un contesto parzialmente diverso, riferito principalmente al diritto di resistenza, parla di «diritto di eccezione» intesa come «la possibilità di fare eccezione al diritto in nome del diritto stesso» M. BRIGAGLIA, *op. cit. supra* a nota 10.

¹⁹ Cfr. L. BUSATTA, in questo volume, a p. 169.

SEZIONE IV

TERRORISMO
E CONTRASTO ALLA CRIMINALITÀ

STATO DI ECCEZIONE
E SOVVERTIMENTO DELLE REGOLE:
ALCUNE RIFLESSIONI
SUL SISTEMA ISRAELIANO ANTITERRORISMO

Ilaria Marchi

SOMMARIO: *1. Stato di eccezione relativo vs. stato di eccezione assoluto. 2. Il quadro giuridico di contrasto al terrorismo dopo Lisbona. 3. Sicurezza nazionale ed emergenza nel panorama internazionale. 4. Il rapporto regola-eccezione nello Stato di Israele. 4.1. L'eccezione legata alla "guerra al terrorismo". 4.2. Il ruolo della Corte Suprema nel ripristino delle regole. 5. Conclusioni.*

1. Stato di eccezione relativo vs. stato di eccezione assoluto

Lo Stato che si trova a fronteggiare un fatto emergenziale¹, quale evento umano imprevedibile che mette a rischio l'ordine pubblico o la sicurezza dei cittadini, è costretto a muoversi entro il binomio "regola ed eccezione" ed a far ricorso a poteri straordinari difficili da controllare, poiché sono «i poteri legali che più di tutti si avvicinano a quello costituente, per definizione illimitato e giuridicamente incontenibile»².

¹ Affinché si possa parlare di "fatto emergenziale" è necessario che questo possieda alcune caratteristiche, che creano i presupposti per un'eventuale deroga alle previsioni nazionali. Questi devono essere valutati in modo rigoroso e da parte di un organismo competente, che preferibilmente dovrebbe identificarsi nel parlamento. Per un approfondimento relativo ai caratteri dell'emergenza ed alle possibili modalità di regolamentazione e controllo dei poteri straordinari connessi, si conceda il rinvio a I. MARCHI, *Quando l'emergenza non è più l'eccezione: l'esperienza dello Stato di Israele tra terrorismo e tutela dei diritti umani*, in *Ind. pen.*, 2013, pp. 723 ss.

² G. MARAZZITA, *L'emergenza costituzionale: definizione e modelli*, Milano, 2003, pp. 223 ss. L'Autore chiarisce il punto con riferimento a due modelli, il modello conservativo e quello evolutivo, che si distinguono per il fine con cui lo Stato fa ricorso alla straordinarietà.

Quando l'emergenza investe l'ordinamento, infatti, le maggiori tensioni si vengono a creare nel rapporto tra poteri dello Stato e nella tenuta dei principi fondanti uno Stato democratico. Proprio per questo motivo si è costretti fin da subito a scegliere tra uno stato d'eccezione assoluto – ove le decisioni politiche sono prive di limiti giuridici e l'intero ordinamento è sacrificato all'utilitarismo dell'emergenza – e “stato di eccezione relativo”, in cui la temporanea deviazione dall'ordinario meccanismo di funzionamento del sistema giuridico è la strada obbligata per permettere una risposta rapida ed efficiente ad eventi potenzialmente catastrofici.

È proprio da tale scelta che dipende il grado di legittimità della reazione dello Stato e la controllabilità del regime straordinario.

Carl Schmitt coglie proprio la dimensione politica dell'emergenza quando sostiene che «il problema di chi decide di questo potere, e cioè del caso non regolato dal diritto, diventa il problema della sovranità»³. Se si accogliesse la teoria per cui *necessitas non habet legem*⁴, si dovrebbe ammettere che nelle situazioni in cui la sicurezza nazionale è in crisi sarebbe legittimo per lo Stato agire in uno stato di eccezione assoluto, ove l'intero ordinamento è sospeso e la necessità viene asservita alle sole esigenze dello Stato⁵.

³ Vedi C. SCHMITT, *La dittatura: dalle origini dell'idea moderna di sovranità alla lotta di classe proletaria*, Bari, 1975, p. 204.

⁴ Secondo la teoria di Santi Romano la necessità deve essere considerata fonte del diritto, unica idonea a permettere all'ordinamento giuridico di adeguarsi alle sfide poste dalla realtà. Essa infatti sarebbe prevalente rispetto alla legge per sua stessa natura, sia dal punto di vista logico, sia storico e si andrebbe a sostituire alla norma giuridica vigente, in base alle istanze della realtà fattuale. Cfr. S. ROMANO, *Sui decreti legge e lo stato di assedio in occasione del terremoto di Messina e di Reggio Calabria*, in *Riv. dir. pubbl. e pubbl. amministr. in Italia*, 1909, ora in ID., *Scritti minori*, Milano, p. 364.

⁵ *Ibid.*, pp. 263 ss. L'Autore precisa che l'impero della necessità non è da escludersi «neppure quando si riferisce ad un caso che la legge ha contemplato e regolato, come lo stato di guerra: se l'Autorità militare o il Governo avessero bisogno di altri poteri, oltre a quelli consentiti dal codice penale militare, ammesso in ipotesi che quest'ultimo li limiti, tali poteri sarebbero giuridicamente esercitabili». Aggiunge inoltre che la necessità permette di uscire dalla legalità, ma solo per un periodo limitato di tempo, poiché è l'elemento della temporaneità a rappresentare la linea di discrimine tra vera necessità ed arbitrio.

Lo stato di eccezione, però, deve avere un ruolo diverso se vuole candidarsi come modello adatto a costringere l'emergenza entro principi e limiti giuridici inderogabili. Solo uno stato di eccezione relativo, infatti, permette ad uno Stato di restare fedele alla *Rule of Law*.

Come sostenuto da Agamben, esso non può essere interpretato alla stregua di una lacuna normativa, bensì come una lacuna solo fittizia, poiché la sospensione della norma non è finalizzata al suo annientamento, ma alla sua conservazione. La lacuna deve dunque intendersi come una frattura tra la norma astratta che deve regolare un fatto, ed un fatto straordinario non suscettibile di regolamentazione, che impone la creazione di uno spazio in cui la applicazione, e non la vigenza della norma, sono sospesi⁶.

Questo modello di coordinamento del rapporto tra regola ed eccezione si trova riflesso anche negli strumenti internazionali a tutela dei diritti umani, che concedono agli Stati di reagire a fenomeni straordinari allentando gli standard di garanzie tipici del "tempo di pace"⁷.

2. Il quadro giuridico di contrasto al terrorismo dopo Lisbona

Tra i fenomeni di criminalità particolarmente grave che hanno portato a reazioni eccezionali da parte degli Stati si annovera senza dubbio il terrorismo. Esso, infatti, ha ormai assunto portata transnazionale ed a causa della sua forte componente politica e della sua natura violenta, ha spinto la comunità internazionale verso reazioni particolarmente incisi-

⁶ Vedi G. AGAMBEN, *Stato di eccezione*, Torino, 2010, p. 42.

⁷ Ne è un esempio la clausola di eccezione di cui all'art. 15 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, che venne fatta valere per giustificare il prolungamento dei termini di detenzione preventiva dei sospetti terroristi da parte del Regno Unito nella lotta contro l'IRA. Vedi per un commento, anche in relazione ai problemi di "controllo" dello stato di emergenza in forza all'utilizzo della teoria del margine nazionale di apprezzamento da parte della Corte europea dei diritti dell'uomo, O. GROSS, F. NÍ AOLÁIN, *From Discretion to Scrutiny: Revisiting the Application of the Margin of Appreciation Doctrine in the Context of Article 15 of the European Convention on Human Rights*, in *23 Hum. Rts. Q.*, 2001, pp. 625 ss.; O. GROSS, "Once More unto the Breach": *The Systemic Failure of Applying the European Convention on Human Rights to Entrenched Emergencies*, in *23 Yale J. Int'l L.*, 1998, pp. 437 ss.

ve – in alcuni casi anche di carattere bellico – per prevenire attacchi finalizzati ad intimidire la popolazione, destabilizzare Stati o organizzazioni internazionali, oppure ad obbligare questi ultimi a compiere o ad astenersi dal compiere un qualche atto⁸.

L'allarme connesso al fenomeno e l'insufficienza degli strumenti di contrasto individuati a livello nazionale ha spinto gli Stati membri a riconoscere all'Unione europea competenza penale espressa in specifici settori, tra cui quello del terrorismo⁹. Il par. 1 dell'art. 83 TFUE, infatti, prevede che l'Unione possa emanare direttive finalizzate alla definizione di incriminazioni minime e delle relative sanzioni in relazione a «sfere di criminalità particolarmente grave che presentano una dimensione transnazionale, derivante dai caratteri e dalle implicazioni di tali reati o da una particolare necessità di combatterli su basi comuni». Tra di esse si annoverano anche la tratta degli esseri umani e lo sfruttamento sessuale delle donne e dei minori, il traffico illecito di stupefacenti, il traffico illegale di armi, il riciclaggio di denaro, la corruzione, la contraffazione di mezzi di pagamento, la criminalità informatica e la criminalità organizzata (cfr. par. 2).

La futura azione dell'Unione dovrà dunque conformarsi ai principi di sussidiarietà e proporzionalità di cui all'art. 5 TUE ed ai relativi pro-

⁸ Tali finalità sono state codificate dal nostro legislatore nell'art. 270-*sexies* c.p., rubricato "condotte con finalità di terrorismo" ed introdotto con la legge n. 155/2005. La formulazione deriva dalle previsioni della Convenzione ONU contro il finanziamento al terrorismo del 1999 e dalla decisione quadro 2002/475/GAI, più volte richiamate dalla Corte di Cassazione al fine di superare il *deficit* di tassatività e determinatezza dell'art. 270-*sexies* c.p. Quest'ultimo, infatti, pur riprendendo gli elementi finalistici della decisione quadro, ha rinunciato a riproporre l'elenco degli "atti intenzionali" che per il legislatore dell'Unione sono, al contrario, gli unici idonei ad essere qualificati come terroristici. Per un commento vedi A. VALSECCHI, *La definizione di terrorismo dopo l'introduzione del nuovo art. 270-*sexies* c.p.*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2006, p. 1097 ss.; vedi inoltre E. ROSI, *Terrorismo internazionale: anticipazione della tutela penale e garanzie giurisdizionali*, in *Dir. pen. proc.*, 2008, pp. 446 ss. In giurisprudenza la questione è stata affrontata in Cass., 11 ottobre 2006, *Bouyahia*, in *Guida al dir.*, 2007, pp. 90 ss.

⁹ Vedi L. PICOTTI, *Limiti garantistici delle incriminazioni penali e nuove competenze europee alla luce del Trattato di Lisbona*, in G. GRASSO, L. PICOTTI, R. SICURELLA (a cura di), *L'evoluzione del diritto penale nei settori di interesse europeo alla luce del Trattato di Lisbona*, Milano, 2011, pp. 216 ss.

toccolli addizionali al TFUE¹⁰, per lo sviluppo di una politica criminale che garantisca la partecipazione diretta anche dei Parlamenti nazionali nel progetto di armonizzazione del diritto penale nei settori di competenza europea¹¹. Tali scelte di incriminazione dovranno superare anche il vaglio della Corte di giustizia, quale organismo giurisdizionale di controllo “interno”, che potrà sempre intervenire per garantire la correttezza delle procedure e soprattutto il rispetto del principio di proporzionalità, nella veste di criterio ermeneutico ai sensi dell’art. 52 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea. Quest’ultimo, infatti, dovrebbe interpretarsi come base giuridica di riferimento per il controllo sul rispetto dei diritti fondamentali, vista la previsione inserita nella clausola di collegamento di cui al par. 3, che permette di richiamare gli standards di tutela fissati dalla CEDU, secondo l’interpretazione datane dalla Corte europea di diritti dell’uomo.

Alla luce di tale quadro si può oggi affermare che il piano privilegiato e da privilegiare per la predisposizione degli strumenti di prevenzione e di repressione del fenomeno terroristico è quello europeo, oltre a quello internazionale, vista la frammentarietà dei rimedi ed i problemi di coordinamento investigativo che si possono riscontrare se si rimane ad un livello meramente nazionale.

3. Sicurezza nazionale ed emergenza nel panorama internazionale

Gli strumenti di contrasto di matrice solo nazionale, essendo supportati da logiche eccezionali e per niente transitorie, hanno portato alla creazione ed al rafforzamento di un “sottosistema dell’emergenza” – ovvero un doppio binario di intervento penale (e non solo) – diventando

¹⁰ Il riferimento va al Protocollo n. 1, “Sul ruolo dei Parlamenti nazionali nell’Unione europea” ed al Protocollo n. 2, “Sulla applicazione dei principi di proporzionalità e sussidiarietà”.

¹¹ In relazione all’utilizzo del diritto penale per l’attuazione delle politiche dell’Unione europea e la definizione dei principi guida vedi la Comunicazione COM (2011) 573 della Commissione europea, del 20 settembre 2011, *Towards and EU Criminal Policy: Ensuring the effective implementation of EU policies through criminal law*, documento reperibile on-line: http://ec.europa.eu/justice/criminal/files/act_en.pdf.

sintomo della profonda tensione tra esigenze di sicurezza nazionale e garanzia per i diritti umani. La regola del pieno rispetto di questi ultimi è infatti subordinata all'eccezione rappresentata dalla loro limitazione, anche perché la teoria dei diritti fondamentali si vede sempre più costretta «a fare i conti con l'esigenza di *gerarchizzare i diritti*, e in particolare quelli *individuali* e quelli *collettivi*»¹².

Proprio per tale motivo la visione tradizionale secondo cui la sicurezza è poco più che interesse secondario o elemento finalistico verso cui far tendere l'ordinamento, non appare più adeguata. Essa dovrebbe invece essere annoverata tra i diritti fondamentali ed interpretata secondo le sue due "anime". La prima, rappresentata dalla tutela del singolo rispetto ad ingerenze sproporzionate dei poteri autoritativi dello Stato, la seconda – a cui si deve riconoscere sempre maggiore autonomia e dignità – dall'obbligo positivo di quest'ultimo nei confronti dei cittadini. In tal modo la sicurezza nazionale legittimerebbe lo Stato ad esercitare poteri straordinari di limitazione dei diritti fondamentali¹³, entro precisi limiti ed in condizioni eccezionali, al fine di proteggere l'integrità fisica dei consociati, oltre alle proprie infrastrutture essenziali¹⁴.

Una simile ricostruzione trova conforto anche a livello costituzionale visto che la Consulta, accanto alla categoria dei principi supremi del-

¹² Così M. DONINI, *Sicurezza e diritto penale*, in *Cass. pen.*, 2008, p. 3560.

¹³ Vedi D. PULITANÒ, *Sicurezza e diritto penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2009, pp. 548 ss., che si distingue tra sicurezza liberale e sicurezza securitaria, chiamando così in causa l'ipotetico passaggio dalla sicurezza dei diritti al diritto alla sicurezza. Vedi anche A. BARATTA, *Diritto alla sicurezza o sicurezza dei diritti?*, in S. ANASTASIA, M. PALMA (a cura di), *La bilancia e la misura*, Milano, 2001, pp. 22 ss.

¹⁴ Vedi W. HASSEMER, *Libertà e sicurezza alla luce della politica criminale*, in M. DONINI, M. PAVARINI, *Sicurezza e diritto penale*, Bologna, 2001, pp. 71-72. L'Autore rileva come lo Stato abbia ormai modificato il suo ruolo, non rappresentando più una minaccia per le libertà dei cittadini, bensì un *partner* negli sforzi per garantire sicurezza, di una società mossa dalla paura. Muovendo da una critica verso tale sviluppo, mette in evidenza come il diritto fondamentale alla sicurezza sia stato utilizzato per giustificare interventi ipertrofici del diritto penale, ingannando circa il rapporto tra libertà e sicurezza. In relazione, infatti, ai limiti entro cui il diritto penale può essere utilizzato per i bisogni di sicurezza, l'Autore richiama i principi di proporzionalità e colpevolezza, così riconoscendo che il diritto penale, a certe condizioni, deve farsi carico della protezione della collettività. Vedi inoltre, W. HASSEMER, *Perché punire è necessario* (2009), (trad. it. a cura di D. Siciliano), Bologna, 2012, pp. 70 ss.

l'ordinamento, ha riconosciuto in via pretoria un nucleo di diritti primari, strumentali al godimento dei diritti della persona, tra cui si richiama anche la sicurezza dello Stato, intesa come «interesse dello Stato comunità alla propria integrità territoriale, indipendenza e – al limite – alla stessa sua sopravvivenza»¹⁵. Argomentazione ripresa anche dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo che, in relazione ai pericoli insiti nel fenomeno terroristico, riconosce «la necessità, inerente al sistema della Convenzione, di un corretto bilanciamento tra la difesa delle istituzioni democratiche nell'interesse comune e la salvaguardia dei diritti individuali»¹⁶. Proprio questa sua dimensione dualistica permette quindi di trovare un possibile equilibrio tra le istanze securitarie legate a fe-

¹⁵ Cfr. C. cost., sent. n. 82/1976, e nello stesso senso le sentenze n. 86/1977 e n. 110/1998. Attenta dottrina ha inoltre ricordato che alcuni recenti codici penali hanno dato particolare rilevanza alla dimensione della sicurezza collettiva, attraverso manifestazioni programmatiche che si inseriscono già negli articoli di apertura. Tra di essi il codice penale russo del 1996 che, all'art. 2, comma 1, individua tra le proprie finalità la difesa «dei diritti e delle libertà dell'uomo e del cittadino» (garanzia individuale) e la difesa «della proprietà, dell'ordine pubblico e della sicurezza pubblica, dell'ambiente, dell'ordinamento costituzionale» e, più in generale, «la tutela della pace e della sicurezza delle persone, nonché la prevenzione dei reati» (garanzia della collettività). Vedi, per la traduzione dell'art. 2 c.p. russo, in *Dir. pen. XXI sec.*, 2007, p. 20. Simili finalità sono state inserite anche nell'art. 1 del codice turco. Cfr., anche per gli opportuni approfondimenti bibliografici, S. BONINI, *Lotta alla criminalità organizzata e terroristica, garanzia dell'individuo, garanzia della collettività: riflessioni schematiche*, in *Cass. pen.*, 2009, pp. 2216 ss. Più di recente e più ampiamente vedi S. RIONDATO, R. ALAGNA (a cura di), *Studi sulla riforma penale post-socialista. Studies on the Criminal Law Reform in the Post-Soviet Countries*, Padova, 2013 e S. RIONDATO, R. ALAGNA (a cura di), *Diritto penale della Repubblica di Turchia. Criminal law of the Republic of Turkey*, Padova, 2012.

¹⁶ Vedi le sentenze *Brogan v. United Kingdom*, 29 November 1988, Application no. 11209/84; 11234/84; 11266/84; 11386/85 (par. 48) e *Fox, Campbell e Hartley v. United Kingdom*, 30 August 1990, Application no. 12244/86; 12245/86; 12383/86 (par. 28). Vedi, anche per gli opportuni riferimenti bibliografici, P. DE SENA, *Esigenze di sicurezza nazionale e tutela dei diritti dell'uomo nella recente prassi europea*, in N. BOSCHIERO (a cura di), *Ordine internazionale e valori etici*, Napoli, 2004, pp. 195 ss.; vedi anche E. NICOSIA, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e diritto penale*, Torino, 2006, pp. 298 ss.

nomeni criminali particolarmente gravi ed il garantismo tipico dei modelli illuministici di matrice ottocentesca¹⁷.

Da ciò si deduce che il bilanciamento tra sicurezza nazionale e libertà dei singoli non rende la prima necessariamente prevalente, ma ne mantiene il carattere relativo, anche grazie al richiamo alla ragionevolezza ed alla proporzionalità, ossia a principi che, a differenza delle regole, non possono venire derogati¹⁸.

Una ulteriore e decisiva conferma della dimensione autonoma della sicurezza nazionale rispetto agli altri diritti fondamentali si riscontra nelle previsioni delle “clausole di eccezione”, previste in alcune convenzioni internazionali ed in particolare nell’art. 15 della Convenzione europea dei diritti dell’uomo (CEDU), nell’art. 4 dei Patti internazionali per i diritti civili e politici (PIDCP) e nell’art. 27 della Convenzione americana dei diritti dell’uomo (CADU) che, in caso di guerra o altro pericolo pubblico che mette a rischio la nazione, permettono di sospendere alcuni diritti fondamentali.

Tali disposizioni riflettono le caratteristiche dello stato di eccezione relativo, poiché impongono di mantenere l’emergenza all’interno del sistema giuridico attraverso obblighi di proclamazione e di notifica e l’individuazione di principi e *core rights* inderogabili, quali espressione di “un’eccezione all’eccezione” dettata dalla situazione di crisi.

Tra quelli comuni a tutte e tre si annoverano il diritto alla vita, il divieto di tortura e trattamenti inumani e degradanti, il divieto di riduzione in schiavitù ed il principio del *nulla poena sine lege*, ma i PIDCP e la CADU offrono un elenco molto più vasto¹⁹. Ciò che tuttavia appare

¹⁷ Sulla necessità di un impegno costante e depoliticizzato del penalista nel rapporto con le agenzie di sicurezza per fare fronte alle nuove tipologie criminali, quale dimensione del “disincanto penalistico”, vedi anche G. INSOLERA, *Sicurezza e ordine pubblico*, in M. DONINI, M. PAVARINI, *op.cit.*, pp. 199 ss.

¹⁸ Vedi M. DONINI, *Il volto attuale dell’illecito penale*, Milano, 2004, pp. 143 ss.

¹⁹ Tra i diritti non sospensibili previsti dalla CEDU si annoverano anche il divieto di condannare taluno alla pena di morte previsto dai Protocolli n. 6 e 13 della CEDU e con il divieto di *ne bis in idem* ed il diritto alla revisione della sentenza di condanna previsti dal Protocollo n. 7. Preme anche sottolineare che in realtà in catalogo di diritti non sospensibili previsti dal PIDCP e dalla CADU è più ampio. I primi prevedono inoltre il divieto di essere detenuti per mancato assolvimento di obblighi contrattuali (art. 11), il diritto ad ottenere il riconoscimento della propria personalità giuridica (art.

ancora poco ragionevole, anche a fronte della sistematica delle garanzie imposte a livello internazionale, è il fatto che solo la CADU includa il diritto ad un processo nel novero di quelli non sospendibili. Vista la riconosciuta possibilità di derogare ad alcune libertà fondamentali e gli spazi di discrezionalità vincolata lasciati agli Stati – che rimangono comunque obbligati a rispettare alcuni principi, tra cui quello di temporaneità, di necessità e di proporzionalità – non si può rinunciare alla presenza di un organismo giurisdizionale terzo ed imparziale²⁰ che renda tali limiti effettivi e coerente il sistema di controllo.

Attraverso due approfonditi studi sulla tutela dei diritti umani negli stati di emergenza, il *Questiaux Report* del 1982 ed il *Despouy Report*

16) e le libertà di pensiero, coscienza e religione (art. 18). La seconda annovera altresì la tutela della famiglia (art. 17), il diritto al nome (art. 18), i diritti del bambino (art. 19), il diritto alla nazionalità (art. 20), i diritti di partecipazione politica (art. 23) e precisa che neppure le garanzie giudiziarie indispensabili per la tutela di detti diritti sono passibili di sospensione per motivi di emergenza. Per un approfondimento ed un'analisi comparativa delle tre convenzioni vedi L. ZAGATO, *L'eccezione per motivi di emergenza nel diritto internazionale dei diritti umani*, http://www.unive.it/media/allegato/dep/Ricerche/9_Zagato.pdf. Vedi inoltre V. EBOLI, *La tutela dei diritti umani negli stati di emergenza*, Milano, 2011, pp. 69 ss., che riporta anche un chiarimento sullo standard di tutela dei diritti umani in stati di emergenza interni, diversi dal conflitto armato (pp. 101).

²⁰ Così anche C. GROSSMAN, *A Framework for the Examination of States of Emergency Under the American Convention on Human Rights*, in *Am. U. Int'l L. Rev.*, 1986, pp. 49 ss. Vedi inoltre il par. 14 del *General Comment no. 29: States of Emergency (article 4)*, del 31 agosto 2001, CCPR/C/21/Rev.1/Add.11 che precisa: "Article 2, paragraph 3, of the Covenant requires a State party to the Covenant to provide remedies for any violation of the provisions of the Covenant. This clause is not mentioned in the list of non-derogable provisions in article 4, paragraph 2, but it constitutes a treaty obligation inherent in the Covenant as a whole. Even if a State party (...), may introduce adjustments to the practical functioning of its procedures governing judicial or other remedies, the State party must comply with the fundamental obligation, under article 2, paragraph 3, of the Covenant to provide a remedy that is effective". Per un approfondimento, nel presente volume, vedi M. DI BARI, *La coerenza interpretativa delle Corti internazionali come plausibile parametro capace di tipizzare i caratteri dell'emergenza. Il diritto fondamentale ad un giusto processo rientra nella definizione di non-derogable rights?*

del 1997²¹ (entrambi commissionati dalla *Sub-Commission on Prevention of Discrimination and protection of Minorities* delle Nazioni Unite), è però emerso che il modello di controllo descritto non solo nelle tre Convenzioni richiamate, ma anche in altri strumenti accompagnatori di *soft-law* – quali i “Paris Minimum Standards of Human Rights Norms in a State of Emergency” ed i “Siracusa Principles on the Limitation and Derogation of Provisions in the International Covenant of Civil and Political Rights” – non trova riscontro nella prassi.

Le anomalie individuate hanno addirittura portato alla definizione di distinte categorie di emergenza²² che derogano alle regole imposte dal modello. Tra di esse si annoverano: 1) gli “stati di emergenza non notificati”²³, che impediscono il controllo internazionale sulle misure straordinarie adottate; 2) gli “stati di emergenza *de facto*”²⁴, che si differenziano dai precedenti perché vengono prolungati anche dopo la comunicazione della loro cessazione; 3) gli “stati di emergenza permanenti”²⁵ che si verificano quando, contestualmente alla dichiarazione, non si pone il limite di durata del regime eccezionale, oppure quando gli Stati lo estendono in modo sistematico trasformandolo in regola; 4) gli “stati

²¹ *Questiaux Report*, 1982, UN doc. E/CN.4/Sub.2/1982/15; *Despouy Report*, 1997, UN. Doc. E/CN.4/Sub.2/1991/28 Annex I, reperibili on-line: <http://www1.umn.edu/humanrts/demo/subcom.html>.

²² Vedi pp. 18 ss. del *report* del 1997 e pp. 24 ss. del *report* del 1982.

²³ Viene riportato il caso dell’Uruguay, il cui governo militare, nel 1978, aveva semplicemente comunicato che lo Stato stava affrontando una “situazione eccezionale universalmente riconosciuta”. In particolare, il Comitato per i diritti umani (organismo di vigilanza sulla applicazione del PIDCP) nel caso *Landinelli Silva v. Uruguay*, ha statuito che il diritto a proclamare lo stato di emergenza, pur appartenendo alla sovranità statale, non può ridursi al richiamare delle situazioni eccezionali, senza indicazioni specifiche e dettagliate. In tali casi la previsione del par. 3 dell’art. 4 PIDCP non può ritenersi osservata e non si può procedere alla deroga di cui al par. 1.

²⁴ Tra il 1985 ed il 1997 almeno venti paesi si trovavano in questa condizione. Tra di essi il Togo, le Filippine, Haiti, il Costa Rica, l’Uganda, lo Sri Lanka.

²⁵ Il richiamo è al Paraguay che è stato “governato dall’emergenza” a partire dal 1929, ininterrottamente dal 1954 al 1987. Un esempio simile viene offerto dalla Colombia, dove lo stato di emergenza è durato per quaranta anni. Stessa cosa è stata riconosciuta per Cile ed Argentina in relazione alla dittatura militare.

di emergenza complessi”²⁶, connotati da un vasto numero di leggi di emergenza adottate in modo sistematico e stratificato, la cui complessità è ulteriormente accresciuta dall’adozione di successive leggi, che pur condividendo la *ratio* di normalizzare la situazione nazionale, si trasformano nei fatti in norme retroattive o regimi transitori; 5) gli “stati di emergenza istituzionalizzati” che vengono in genere accostati al concetto di “authoritarian”, “restricted” o “gradual democracy”.

4. Il rapporto regola-eccezione nello Stato di Israele

Lo Stato di Israele, sin dalla sua proclamazione, è senza dubbio caratterizzato dalla presenza di uno stato di emergenza complesso, dichiarato per la prima volta in forza dalla sez. 9 della *Law and Administrative Ordinance*²⁷, cinque giorni dopo la Dichiarazione di Indipendenza.

In tale sistema giuridico, però, esiste un quadro costituzionale di gestione dell’eccezione, regolato in via principale dalle sezz. 38 e 39 della *Basic Law: The Government* del 2001. La prima si occupa di definire la procedura di instaurazione dello stato di emergenza pur non permettendone il controllo sugli effetti e sulla durata, visto che i poteri straordinari accordati per il fatto A possono essere esercitati anche per regolare il fatto B, senza che i due debbano essere legati da nessi causali o rapporti causa-effetto; la seconda riconosce all’esecutivo la facoltà di adottare delle *emergency regulations*, dotate di forza di legge ed idonee a modificare temporaneamente qualsiasi legge ordinaria, sospenderne gli effetti, ovvero sottoporla a condizioni per un periodo massimo di tre mesi (lett. c)²⁸.

Già alla luce di questa seconda disposizione si può notare come nello Stato di Israele sia il governo a giocare un ruolo principe nel settore della sicurezza nazionale e del contrasto al terrorismo, non solo attra-

²⁶ In tale categoria i *Rapporteurs* fanno rientrare la Turchia ed il Brasile, ma si potrebbe anche richiamare l’esperienza israeliana.

²⁷ Testo reperibile on-line: <http://web.archive.org/web/20091028101706/>; <http://geocities.com/savepalestineno/israellaws/fulltext/lawandadministrationord.htm>.

²⁸ Art. 39, *Basic Law: the Government*, reperibile on-line, nella versione ufficiale e consolidata del 2001: http://www.knesset.gov.il/laws/special/eng/basic14_eng.htm.

verso regolamenti ma anche e soprattutto attraverso *administrative orders*. Tale quadro è stato “intaccato” dal parlamento, solo a partire dalla fine degli anni '90. Fino a quel momento, infatti, l'approccio della *Knesset* in tali settori era connotato da logiche di *self-restraint* che dipendevano anche dal limitato attivismo della Corte Suprema, la quale a sua volta non aveva richiesto fin da subito un'autorizzazione legislativa *ex ante* per l'adozione di misure di prevenzione al terrorismo.

Il vero cambio di rotta venne di fatto influenzato dalla “rivoluzione costituzionale” segnata dalla adozione nel 1992 della *Basic Law: Human Dignity and Liberty* e della *Basic law: Freedom of Occupation* (primo vero *Bill of Rights* dello Stato di Israele), dall'aumento del potere della Corte Suprema, che dal 1995 ha iniziato ad esercitare il controllo di costituzionalità anche sulle leggi ordinarie²⁹, e dal costante monitoraggio esercitato dalla comunità internazionale.

L'effetto non fu tuttavia quello sperato, poiché invece di procedere alla formulazione *ex lege* degli standards idonei a limitare l'uso sproporzionato della forza, la *Knesset* preferì concedere delle autorizzazioni espresse all'uso di misure da considerarsi altrimenti proibite³⁰.

Alcuni esempi di tale atteggiamento cauto, e per certi versi profondamente paternalistico nei confronti dell'esecutivo, si trovano in materia di custodia cautelare ed interrogatori. In relazione alla prima basti

²⁹ CA, 6821/93, *United Mizrahi Bank Ltd v. Migdal Cooperative Village*, che è stata considerata la “*Marbury v. Madison* israeliana”, reperibile on-line: http://elyon1.court.gov.il/files_eng/93/210/068/z01/93068210.z01.pdf. Nella motivazione della sentenza il giudice Aharon Barak, che ne è l'estensore, cita più volte stralci della sentenza *Marbury v. Madison*, spiegando come, dopo la sua pronuncia, una legge contraria alle previsioni della Costituzione americana sia considerata nulla e può essere dichiarata tale da parte di ogni Corte, anche in assenza di una espressa autorizzazione costituzionale in tal senso. Con tale sentenza, dunque, la Corte Suprema israeliana, oltre ad estendere i propri poteri di *judicial review* dagli atti amministrativi alle leggi, ha altresì riconosciuto rango costituzionale alle *Basic Laws* in vigore, attraverso il richiamo alla c.d. *two hats doctrine*. Vedi per un approfondimento S. NAVOT, *The Constitutional Law of Israel*, Alphen aan den Rijn, 2007, pp. 40 ss.

³⁰ Per una puntuale e coerente disamina del mutato ruolo della *Knesset* in relazione al contrasto alle *security offences* vedi B. MEDINA, *The Role of the Legislature in Determining Legitimate Responses to Security Threats: The Case of Israel*, in G. SAPIR, D. BARAK EREZ, A. BARAK (a cura di), *Israeli Constitutional Law in the Making*, Oxford, 2013, pp. 445 ss.

richiamare la *Criminal Procedure Law (A Detainee Suspected of Security Offences) (Temporary Order)*³¹ – legge fortemente criticata, poiché adottata come *temporary order* nel 2006 e prorogata fino al 2015 (da ultimo con emendamento del 2010) – il cui art. 3 autorizza il *General Security Service* (GSS) ad arrestare e detenere fino a 96 ore (rispetto alle ordinarie 48) un sospettato di *security offences*³² (ovvero reati connessi ad attività terroristica) prima di formulare a suo carico un'imputazione e di tradurlo di fronte ad un giudice. Quest'ultimo inoltre ha la facoltà di prolungare il periodo di detenzione fino a 93 giorni (anziché i normali 15) anche *de plano*, ovvero in assenza di contraddittorio con il detenuto o con il suo difensore³³.

Altro esempio è rappresentato dall'obbligo introdotto nella *Criminal Procedure Law (Interrogation of Suspects)*³⁴ del 2002, di video-registrare gli interrogatori di soggetti sospettati di avere commesso reati punibili con pena edittale superiore ai 10 anni, per porre fine agli episodi di trattamenti inumani e degradanti finalizzati all'ottenimento di confessioni. Essa ha tuttavia avuto un effetto solo simbolico nel sistema, poiché il parlamento ha inserito nell'art. 17 una deroga espressa all'obbligo di registrazione, della durata di iniziale di 9 anni e destinata ad operare solo in relazione agli interrogatori effettuati nei confronti di

³¹ Il testo integrale della legge è reperibile on-line: <http://nolegalfrontiers.org/en/israeli-domestic-legislation/criminalprocedure/criminal02>.

³² L'art. 1 statuisce che per *security offense* si deve intendere: “an offense as described below, committed in relation to terrorist activities and under circumstances that may have harmed the security of the State”.

³³ L'emendamento del 2010 pone nel nulla la decisione della Corte Suprema dello stesso anno che aveva dichiarato incostituzionale la previsione dell'art. 5 della legge del 2006 che autorizzava il giudice ad estendere il periodo di detenzione del sospettato in sua assenza. Tale prassi infatti faceva aumentare il rischio che quest'ultimo venisse sottoposto a tortura o trattamenti inumani e degradanti in sede di interrogatorio. Per una disamina completa e puntuale vedi R. AYOUB, *The Criminal Procedure Law and the Absent “Security Suspect”: More Time to Interrogate and Torture*, in *Adalah Newsletter*, vol. 105, giugno 2013; I. ROSENZWEIG, Y. SHANI, *Israeli Supreme Court Decision: A Suspect Charged with Security Offenses Must Be Allowed To Attend Judicial Detention Hearings [CHR 8823/07]*, in *Terrorism and Democracy*, 2010.

³⁴ Il testo integrale della legge è reperibile on-line: <http://nolegalfrontiers.org/israeli-domestic-legislation/criminal-procedure>.

sospettati di *security offences*, che è stata prorogata di ulteriori tre anni dalla *Knesset* con un nuovo emendamento del 18 giugno 2012³⁵.

Il parlamento, dunque, può ritenersi in parte responsabile della istituzionalizzazione dell'emergenza nel sistema giuridico, a causa della tendenza a trasporre in legge nazionale le previsioni delle *emergency regulations* dell'esecutivo, ovvero a permettere a quest'ultimo di rinnovarle a catena, eliminando in questo modo il necessario controllo di compatibilità costituzionale.

Un esempio di "stratificazione dell'emergenza" nell'ordinamento israeliano deriva proprio dall'arsenale legislativo anti-terrorismo.

La *Prevention of Terrorism Ordinance* del 1948, uno tra gli strumenti oggi maggiormente applicati, venne infatti adottata come regolamento di emergenza e successivamente trasposta in legge nazionale dipendente, ovvero in vigore sino al perdurare dello stato di emergenza. Ad essa si aggiungono le previsioni delle *Defence (Emergency) Regulations 1945*³⁶ (*DERs*), ereditate dal mandato britannico sulla Palestina ed oggi applicabili sia nei territori occupati³⁷, grazie alle previsioni degli artt. 43 della Convenzione dell'Aia del 1907 e dell'art. 64 della IV

³⁵ Tale emendamento fu aspramente criticato dalle associazioni a tutela dei diritti umani che lo denunciarono come ennesimo provvedimento che, seppur in modo indiretto, aumenta il rischio di utilizzo di tecniche di interrogatorio illegittime e di utilizzo di confessioni estorte con tortura. Vedi sul punto Y. SHANI-I. ROSENZWEIG, *The Amendment of the Criminal Procedure Law: Encouraging the Use of Inappropriate Interrogation Methods*, in *Haaretz*, 22 luglio 2012.

³⁶ *Defence (Emergency) Regulations 1945*, reperibile on-line: <http://nolegalfrontiers.org/en/military-orders/mil02>. Vedi inoltre la *explanatory note* del governo inglese in *Palestine Gazette*, n. 1442, 1945, pp. 1105 ss.

³⁷ Con il termine territori occupati si fa riferimento alla occupazione bellica, a seguito della "guerra dei sei giorni" del 1967, dello Stato di Israele dei territori della *Judea*, della *Samaria (West-Bank)* e della Striscia di Gaza che, dopo il *disengagement* del 2005 gode però di uno *status* giuridico *sui generis*. Il 22 novembre 1967 il Consiglio di Sicurezza, nel quadro del capitolo VI della Carta ONU, adottò la risoluzione n. 242 con la quale, alla luce del divieto posto dalla Carta ONU di utilizzare la guerra come strumento di conquista e di annessione di nuovi territori, dichiarò che le zone di Gaza e *West Bank* avrebbero dovuto essere liberante quanto prima dalla potenza occupante. Vedi *UN Security Council Resolution*, S/RES/242 (1967), 22 novembre 1967, on-line: [http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/242\(1967\)](http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/242(1967)).

Convenzione di Ginevra³⁸, sia nello Stato di Israele, poiché riconosciuta legge nazionale dall'art. 11 della *Law and Administrative Ordinance* del 1948. Proprio dalla sez. 111 delle *DERs* deriva inoltre la *Emergency Power (Detention) Law* del 1979, legge dipendente che regola la detenzione amministrativa nel territorio israeliano, con garanzie maggiori rispetto a quelle che anche oggi si applicano nei territori occupati, a cui però si sovrappone (visto che la *ratio* sembra essere molto simile) la *Internment of Unlawful Combatants Law* del 2002³⁹.

Un'ulteriore grave anomalia del sistema così delineato sta nel fatto che, nonostante tali strumenti concedano poteri particolarmente incisivi, spesso utilizzati con ingerenze sproporzionate nei diritti fondamentali, la Corte Suprema gode di spazi di intervento molto ristretti. La sez. 10 della *Basic Law: Human Dignity and Liberty*, infatti, impedisce di annullare le leggi entrate in vigore prima della sua adozione, ossia prima del 1992, ammettendo solo la possibilità di interpretarle in modo conforme alla clausola di limitazione di cui alla sez. 8, secondo cui le limitazioni ai diritti fondamentali sono ammesse solo in forza di "una legge che riflette i valori dello Stato di Israele, emanata per un giusto scopo e per il tempo strettamente necessario, ovvero da una *regulation* adottata alla luce di tale legge".

Tale scelta mostra la consapevolezza con cui il parlamento ha agito, anche al fine di superare le resistenze dell'opposizione, e riflette le

³⁸ L'Art. 43 della Convenzione dell'Aia prevede: «L'autorità del potere legale essendo passata di fatto nelle mani dell'occupante, concede a quest'ultimo di prendere tutte le misure che dipendano da lui per ristabilire ed assicurare, quanto è possibile, l'ordine pubblico e la vita pubblica, rispettando, salvo impedimento assoluto, le leggi vigenti nel paese».

L'Art. 64 della IV Convenzione di Ginevra prevede: «La legislazione penale del territorio occupato rimarrà in vigore, ma potrà venire abrogata sospesa dalla Potenza occupante se essa costituisce una minaccia per la sicurezza di questa Potenza o rappresenta un ostacolo all'applicazione della presente Convenzione».

³⁹ Il disegno di legge venne sottoposto al Comitato per gli affari esteri e la difesa del Parlamento, subito dopo la sentenza della Corte Suprema con cui si statui l'illegittimità della detenzione amministrativa di cittadini libanesi, in applicazione della *Emergency Powers (Detention) Law* del 1979, utilizzati come merce di scambio per ottenere soldati israeliani prigionieri in altro Stato. Una traduzione, non ufficiale della legge è reperibile on-line: <http://www.jewishvirtuallibrary.org/jsourc/Politics/IncarcerationLaw.pdf>.

preoccupazioni legate alla introduzione di elementi che avrebbero potuto ridurre l'efficacia della legislazione anti-terrorismo. Le stesse preoccupazioni hanno influenzato la scelta di prorogare lo stato di emergenza dal 1948 ad oggi: porre fine a quest'ultimo, infatti, porterebbe alla automatica inapplicabilità di numerosissime leggi, la cui validità dipende proprio da tale condizione.

Da ciò segue che l'emergenza israeliana può ormai definirsi endemica, motivo per cui ad essa non è più possibile applicare il paradigma regola-eccezione, visto che il modello ordinario risulta capovolto: l'eccezione è diventata regola e la regola rischia sempre di essere sospesa da una nuova eccezione.

4.1. *L'eccezione legata alla "guerra al terrorismo"*

Un altro elemento straordinario che caratterizza l'approccio israeliano al terrorismo, avvicinandolo a quello degli Stati Uniti all'indomani dei gravi fatti dell'11 settembre, è la pericolosa commistione tra diritto penale e guerra. Il modello che si è creato risulta influenzato dalla teoria secondo cui il tipo di fenomeno da contrastare non è identificabile in un semplice crimine, ma rappresenta «una differente dimensione di esso, una versione di crimine superiore e più pericolosa, una sorta di super-reato che deve incorporare alcune delle caratteristiche della guerra»⁴⁰.

Il piano legislativo di lotta al terrorismo è infatti "integrato", poiché si risolve da un lato in una dimensione dinamica o *in action*, caratterizzata dal richiamo al diritto bellico e, dall'altro lato, in una dimensione statica, connotata dall'utilizzo di strumenti di natura amministrativa e penale.

⁴⁰ Vedi G.P. FLETCHER, *I fondamenti filosofico-giuridici della repressione del terrorismo*, in M. DONINI, M. PAPA (a cura di), *Diritto penale del nemico: un dibattito internazionale*, Milano, 2007, p. 371. L'Autore si esprime in tali termini ragionando sulle modalità di definizione del terrorismo (e non sugli strumenti di contrasto), che lo spingono a rifiutare delle classificazioni meramente stipulative ed imposte *ex autoritate* dai governi, preferendo concentrarsi sulla descrizione del fenomeno, abbandonando eccessivi formalismi.

Tutto ciò è dovuto soprattutto alla esperienza storica dello Stato, coinvolto sin dalle origini in conflitti bellici e alle lotte di liberazione condotte dalla popolazione palestinese per rivendicare la propria indipendenza. A partire dalla seconda *Intifada* (2000) ed a causa dell'ampio utilizzo di attentatori suicidi, infatti, il governo decise di modificare la sua posizione ufficiale sulla natura degli attacchi contro Israele, definendoli "attacchi armati". In particolare, nel *position paper* presentato nel 2001 al *Sharm El Sheikh Fact-Finding Committee (the Mitchell Commission)*, le autorità israeliane utilizzarono il termine "armed conflict short of war"⁴¹.

Nel 2002 tale cambio di prospettiva ottenne anche l'avallo della Corte Suprema che, allineandosi alle istanze dell'esecutivo, riconobbe che lo Stato si trovava nel mezzo di una difficile battaglia contro il terrorismo e che esso stava esercitando il proprio diritto di legittima difesa, non operando in un vuoto normativo, bensì in conformità con le previsioni internazionali⁴². Nella successiva sentenza *Ajuri v. IDF Commander in West Bank*⁴³ la Corte fece ricorso al termine "armed struggle", mentre solo nel 2004, con la sentenza *Beit Sourik Village Council v. the Government of Israel*⁴⁴, venne utilizzato il termine di

⁴¹ La posizione dello Stato di Israele è così riassumibile: «Israel is engaged in an armed conflict short of war. This is not a civilian disturbance or a demonstration or a riot. It is characterized by live-fire attacks on a significant scale both quantitatively and geographically... The attacks are carried out by a well armed and organized militia, under the command of the Palestinian political establishment operating from areas outside Israeli control». Vedi *Sharm El Sheikh Fact-Finding Committee, First Statement of the Government of Israel*, 28 December 2000, par. 286, testo integrale reperibile on-line: <http://mfa.gov.il/MFA/MFA-Archive/2000/Pages/Sharm%20el-Sheikh%20Fact-Finding%20Committee%20-%20First%20Sta.aspx>.

⁴² Vedi HCJ 3451/02, *Almandi v. Minister of Defense*, par. 9, testo integrale della sentenza reperibile on-line: http://elyon1.court.gov.il/files_eng/02/510/034/a06/02034510.a06.pdf.

⁴³ HCJ 7015/02, testo integrale della sentenza reperibile on-line: http://elyon1.court.gov.il/files_eng/02/150/070/A15/02070150.a15.pdf.

⁴⁴ HCJ 2056/04, testo integrale della sentenza reperibile on-line: http://elyon1.court.gov.il/files_eng/04/560/020/A28/04020560.a28.pdf.

“armed conflict”, autorizzando espressamente l’esercito ad operare nel quadro del diritto bellico⁴⁵.

Non è un caso, quindi, che il governo israeliano abbia insistito affinché si giungesse ad una definizione del terrorismo come nuova tipologia di conflitto armato, poiché in tal modo lo Stato ha potuto avvalersi della clausola di cui all’art. 51 della Carta ONU ed agire in legittima difesa (anche preventiva) e secondo i ben meno stringenti limiti del diritto umanitario di guerra.

La Corte Suprema ha altresì introdotto una netta distinzione tra legittima difesa passiva e legittima difesa attiva.

La prima categoria è stata richiamata nella sentenza *Beit Sourik Village Council v. the Government of Israel*⁴⁶, relativa alla costruzione di una barriera di sicurezza che aveva lo scopo di prevenire attacchi di terroristi suicidi, bloccando il passaggio tra i territori occupati e lo Stato di Israele. I giudici israeliani, ragionando nel quadro delle Convenzioni dell’Aia e di Ginevra, riconobbero l’applicabilità dell’art. 51 ONU, considerando il *security fence* un sistema di difesa preventiva e passiva (*non-forcible*) nei confronti di futuri attacchi terroristici⁴⁷. Tutto ciò nonostante le aspre critiche della Corte internazionale di giustizia che

⁴⁵ Vedi, per gli opportuni approfondimenti, G. RAGUAN, *Adjudicating Armed Conflict in Domestic Courts: the Experience of Israel’s Supreme Court*, in *13 Y.B. Int’l Hum L.*, 2010, pp. 71 ss.

⁴⁶ HCJ, 2056/04, *Beit Sourik Village Council v. the Government of Israel*, testo integrale della sentenza reperibile on-line: http://archivio.rivistaaic.it/cronache/estero/muro_israeliano/sentenza_corte_israeliana.pdf. Per un commento vedi D. CODUTI, *La «Separation Barrier» al vaglio della Corte Suprema israeliana*, in *Giur. cost.*, 2004, pp. 4835 ss.

⁴⁷ La Corte in tal modo ha preso posizione sulla possibilità di agire attraverso legittima difesa preventiva ai futuri e potenziali attacchi terroristici, mostrando di adottare un’interpretazione estensiva dell’art. 51 ONU, modellata su quella della c.d. *Caroline doctrine*. Si è fatto notare che la costruzione della barriera di sicurezza è un atto non convenzionale di legittima difesa, poiché non implica l’uso della forza. Tuttavia, ritenendo la legittima difesa passiva una *species* del *genus* della legittima difesa attiva, rappresentata da attacchi militari per terra e per aria, non si può che concludere a favore della legittimità della misura adottata per garantire la sicurezza nazionale. Vedi, più diffusamente, E. GROSS, *Combating Terrorism: Does Self-Defence Include the Security Barrier? The Answer Depends on Who You Ask*, in *38 Cornell Int’l L. J.*, 2005, pp. 574 ss.

nell'*advisory opinion* che precedette di qualche giorno la sentenza della Corte Suprema, affermò che la decisione di costruire il muro non poteva giustificarsi con il richiamo alla sicurezza nazionale ma, al contrario, rappresentava un chiaro tentativo di annessione, visto il percorso prescelto⁴⁸ e le numerose confische di territori palestinesi.

Tra gli strumenti giudicati di legittima difesa attiva si può invece annoverare la c.d. "targeted killing policy"⁴⁹, finalizzata all'uccisione di terroristi pericolosi coinvolti nella pianificazione o preparazione di attentati terroristici. Essa venne fortemente criticata poiché, incidendo su un diritto fondamentale ed inalienabile come quello alla vita, correva il rischio di risolversi in una uccisione arbitraria di soggetti innocenti, o comunque passibili di cattura e di condanna a seguito di un giusto processo. Per questi motivi alcune associazioni a tutela dei diritti umani decisero di adire la Corte Suprema, che si pronunciò nel 2006, con una decisione che venne definita "storica"⁵⁰: essa, infatti, fu la prima ed

⁴⁸ Il 16 giugno 2002 Israele ha dato inizio alla costruzione di una barriera di sicurezza in cemento armato, alta 8 metri (in alcune parti anche 10), larga in media dai 50 ai 70 metri (in alcune parti 100), munita di fossati, filo spinato e recinzione elettrificata, torrette per i cecchini, videocamere, sensori termici e strade per il pattugliamento. Una volta ultimata dovrebbe raggiungere la lunghezza di 850 km, mentre il confine tra Israele e Palestina sarebbe meno di 200 km; ad oggi è stata costruita per il 60%. Il muro in certi punti si discosta di oltre 28 km dalla *Green-Line*, andando a costituire le c.d. *seam zone* in cui vivono circa 160.000 palestinesi ed in altri penetra di oltre 7,5 km all'interno del territorio palestinese (l'80% del suo percorso si snoda in territorio occupato).

⁴⁹ Per una panoramica sul tema vedi D. KRETZMER, *Targeted Killing of Suspected Terrorists: Extra-Judicial Executions or Legitimate Means of Defence?*, in 16 *Eu. J. Int'l L.*, 2005, pp. 171 ss., ove l'Autore illustra tre differenti modelli entro cui inserire tale misura: *Law Enforcement Model*, *Armed Conflict Model* e *Mixed Model*; A. GUIORA, *Targeted Killing as Active Self-Defence*, in 36 *Case W. Res. J. Int'l L.*, 2004, pp. 319 ss. Secondo i dati di B'Tselem, organizzazione per i diritti umani nei territori occupati, nel periodo tra il 2000 ed il 2012, l'esercito israeliano uccise 437 palestinesi attraverso omicidi mirati, nonostante gli obiettivi prescelti fossero 262 (175 persone sono risultate semplici danni collaterali). Vedi on-line: <http://www.btselem.org/statistics>. L'ultimo omicidio mirato risale al 30 aprile 2013, data in cui venne ucciso a Gaza un militante della *Global Jihad*, ventiquattrenne esperto in esplosivi, che aveva già collaborato a numerosi attacchi terroristici. Vedi *IAF kills Gaza militant in the first strike since Pillar of Defence*, in *Haartez*, 30 aprile 2013.

⁵⁰ HCJ, 769/02, *Public Committee against Torture v. Government of Israel*, testo integrale della sentenza reperibile on line: http://elyon1.court.gov.il/files_eng/02/690/007/

unica Corte nel panorama internazionale ad assumersi il gravoso compito di valutare la legittimità di tale misura di contrasto al terrorismo.

I giudici riconobbero la legittimità degli omicidi mirati, definendoli una “misura amministrativa di carattere preventivo”, da potersi utilizzare solo in forza del pieno rispetto di uno schema di controllo, creato in via giurisprudenziale e basato su 4 sub-condizioni:

- a) la presenza di informazioni di *intelligence* che permettano di identificare il soggetto, nonché la natura e la portata delle sue attività⁵¹. È da considerare un obiettivo legittimo chiunque prenda parte alle ostilità utilizzando armi, raccogliendo informazioni o ponendo in essere attività preparatorie utili alla predisposizione di un attacco armato ovvero chiunque partecipi in modo “diretto” alle ostilità. Al contrario, il mero supporto generico al gruppo terrorista, l’approvvigionamento di cibo, denaro e medicinali, oppure l’aiuto nella predisposizione di un’analisi logistica e strategica rappresentano sem-

A34/02007690.a34.pdf. I ricorrenti sostenevano la manifesta illegalità degli omicidi mirati, poiché Israele non si trovava coinvolto in un conflitto armato internazionale, motivo per cui, così come accade in altri Stati, la lotta al terrorismo avrebbe dovuto essere condotta nel quadro del diritto penale, privilegiando sempre la cattura ed il processo. I ricorrenti denunciavano inoltre l’erroneo richiamo ad una terza categoria di combattenti, dovendo eventualmente ricorrere, nell’ottica della misura contestata, alla previsione dell’art. 51 comma 3, del I Protocollo aggiuntivo alla Convenzione di Ginevra, fornendo una interpretazione molto restrittiva delle clausole di deroga alle immunità concesse ai civili in costanza di conflitto armato. I resistenti, al contrario, sostenevano l’inammissibilità del ricorso per carenza di giurisdizione della Corte, chiamata a valutare scelte operative dell’esercito. In via subordinata facevano valere la possibilità di applicare l’art. 51 Carta ONU e di richiamare la legislazione umanitaria di guerra quale parametro giuridico del giudizio. Essa permette infatti di individuare tra gli obiettivi degli omicidi mirati anche i civili, alle condizioni del sopra richiamato art. 51 comma 3, che doveva essere interpretato in modo estensivo, al fine di ritenere parte attiva del conflitto anche chi pianifica o opera come mandante di un attacco terroristico.

⁵¹ Cfr. E. GROSS, *Thwarting Terrorists Acts by Attacking the Perpetrators or their Commanders as an Act of Self-Defence. Is this Legitimate? – Human Rights Versus the State’s Duty to Protect Citizens*, in *15 Temp. Int’l & Comp. L. J.*, 2001, pp. 229 ss. Non uccidere è un imperativo morale non assoluto, perché la legittima difesa permette, a certe condizioni, di reagire cagionando la morte dell’aggressore e questo è un riflesso spontaneo della persona ed un diritto naturale, moralmente giustificato finché non assume le vesti della rappresaglia. Tale diritto, a parere dell’Autore, deve essere riconosciuto anche allo Stato per garantire la vita dei suoi cittadini, ma non senza limitazioni.

- plici elementi sintomatici di una partecipazione “indiretta”, inidonea a giustificare la misura;
- b) il rispetto dei criteri di proporzionalità ed *extrema ratio*, che impongono di preferire sempre la cattura e la sottoposizione a processo del sospetto terrorista, se questa è possibile;
 - c) la apertura di una indagine indipendente *ex post*, finalizzata all’ accertamento della identità dell’obiettivo colpito ed alla valutazione delle circostanze dell’azione (con eventuale risarcimento, in caso di errore, ai parenti della vittima);
 - d) l’obbligo di accertare la proporzionalità dei danni collaterali cagionati, rispetto al vantaggio militare ottenuto.

Dall’orientamento assunto in relazione agli omicidi mirati si può concludere come la Corte, pur essendo perfettamente consapevole di trovarsi nel mezzo di un conflitto bellico e dunque in una situazione eccezionale, non rinunci a tracciare una serie di stringenti limiti finalizzati a regolare l’uso della forza da parte dello Stato.

4.2. *Il ruolo della Corte Suprema nel ripristino delle regole*

Tenendo a mente le numerose minacce e guerre che hanno caratterizzato la storia dello Stato di Israele, influenzandone anche la politica criminale e gli equilibri di governo, si comprende facilmente come il ruolo della Corte Suprema israeliana sia particolarmente delicato. Essa, pur avendo sempre ribadito la necessità di condurre la lotta al terrorismo nei limiti consentiti dalla *Rule of Law*, si trova comunque ad operare in un contesto di dichiarata “guerra al terrorismo” che rende difficile mantenere un ruolo terzo ed imparziale nel decidere i casi più complessi, soprattutto in relazione alla conservazione dei principi cardine della democrazia.

A tali difficoltà si aggiunge il fatto che nel giudizio di bilanciamento che la Corte si è più volte impegnata a fare, “le esigenze di sicurezza nazionale”, utilizzate come parametri comparativi rispetto alla legittimità delle misure oggetto di giudizio, non sono quelle richiamate in

tempo di pace⁵². In altre parole, il meccanismo di bilanciamento rimane lo stesso, ma vi è una sensibile tendenza a valorizzare la sicurezza a dispetto delle libertà dell'individuo, dando alla definizione della prima un'interpretazione particolarmente estensiva.

Nonostante le possibili patologie che un approccio bellico al fenomeno terroristico può creare nel sistema giuridico e nella definizione del livello di tutela da accordare ai diritti fondamentali, la Corte Suprema si è comunque distinta in positivo, attraverso pregevoli pronunce finalizzate ad individuare un sistema di bilanciamento tra istanze securitarie e libertà individuali⁵³.

Tra le più risalenti si annovera la decisione con cui si è data una interpretazione particolarmente estensiva dei principi di *justiciability* e *standing*. A seguito della intervenuta occupazione bellica delle aree di Gaza e *West Bank* del 1967, infatti, alla popolazione palestinese, come anche ad ONG ed altri soggetti portatori di interessi diffusi, è stato riconosciuto il diritto di ricorrere contro le decisioni adottate dai *military commanders*, sebbene queste avessero ad oggetto misure ritenute necessarie per la sicurezza nazionale.

La Corte Suprema, peraltro, si è anche dichiarata competente a decidere sulla legittimità delle strategie militari in materia di sicurezza e, così facendo, ha ampliato i propri poteri di *judicial review* nei confronti di misure anti-terrorismo di qualsiasi natura. Nel *Beit-Sourik Village case*, ad esempio, i giudici ebbero modo di ribadire che l'*establishment* militare dovesse operare in una "zone of reasonableness", e che il *test* di proporzionalità da adottare dovesse venire parametrato su standards stringenti, al fine di valutare in concreto la legittimità delle misure di prevenzione al terrorismo⁵⁴.

⁵² Ne è un esempio la presunzione, seppur relativa, di buona fede dei *Military Commanders* nella scelta della strategia anti-terrorismo da utilizzare, sulla scorta del fatto che tali soggetti possono vantare uno specifico *know-how* in materia di sicurezza. Vedi H CJ 258/79, decisione reperibile solo in ebraico.

⁵³ Per una disamina generale, relativa alle garanzie introdotte dalla giurisprudenza della Corte nei confronti di terroristi o sospetti tali, vedi Y. MERSEL, *Judicial Review of Counter-Terrorism Measures: the Israeli Model for the Role of the Judiciary during the Terror Era*, in 38 *N.Y.U. J. Int'l L. & Pol.*, 2006, pp. 67 ss.

⁵⁴ H CJ 2056/04, *Beit Surik Village Council v. The Government of Israel*, vedi cap. II, par. 7.2.

Nella giurisprudenza successiva al 1992, infatti, emerge una chiara tendenza al recupero della proporzionalità come criterio ermeneutico, che sta a simboleggiare sia l'abbandono della posizione di deferenza della Corte rispetto all'esecutivo, sia la rinuncia a conferire una presunzione assoluta di adeguatezza dei provvedimenti adottati da quest'ultimo a tutela della sicurezza nazionale. Il motivo di questo cambio di rotta, a parere della dottrina, sarebbe legato proprio al perdurare dello stato di eccezione, che con il tempo avrebbe reso meno credibili le istanze legate ai requisiti di necessità e di urgenza, riportando in primo piano l'obbligo di operare un corretto bilanciamento tra interessi collettivi e diritti fondamentali dell'individuo⁵⁵.

Sulla una linea particolarmente garantista si pongono altresì la sentenza con cui si è definitivamente vietata la "early warning procedure"⁵⁶, facendo prevalere il diritto alla dignità ed alla tutela della integrità fisica del singolo sulle istanze interventiste dell'esercito e quella con

⁵⁵ Vedi G. DAVIDOV, A. REICHMAN, *Prolonged Armed Conflict and Diminished Deference to the Military: Lessons from Israel*, in *35 L. & Soc. Inquiry*, 2010, pp. 919 ss., in particolare p. 950.

⁵⁶ Tale procedura permetteva ai membri della *Israeli Defence Force*, durante le operazioni militari in territorio occupato, di incaricare i civili residenti di entrare nel luogo ove si riteneva fosse nascosto un presunto terrorista, per spingerlo alla resa oppure per intimare a coloro che li si trovavano di uscire allo scoperto. La Corte, dopo aver preso atto dello sforzo di regolarizzazione la procedura, attraverso la codificazione di regole di ingaggio, ha comunque escluso la proporzionalità della pratica, poiché esponeva a pericoli mortali proprio coloro che, secondo la IV Convenzione di Ginevra, avrebbero dovuto godere di una tutela rafforzata. La motivazione si basava su quattro argomenti: 1) la popolazione non può essere utilizzata per assolvere esigenze militari; 2) l'imperatività dell'obbligo di allontanare la popolazione civile da zone in cui si stanno svolgendo attività militari; 3) l'impossibilità di considerare libero da vizi il consenso eventualmente prestato da un civile, tenuto conto della pressione psicologica a cui è sottoposto; 4) la non prevedibilità *ex ante* del grado di pericolo a cui si espone l'intermediario, nonché l'effetto indiretto che una regolamentazione della *early warning* potrebbe causare, ossia l'abuso di una pratica che *prima facie* potrebbe apparire sempre lecita, poiché vincolata a regole di ingaggio scritte. Cfr. HCJ, 3799/02, *Adalah et al v. GOC Central Command*, testo integrale della sentenza reperibile on-line: http://elyon1.court.gov.il/Files_ENG/02/990/037/a32/02037990.a32.pdf; per un commento vedi R. OTTO, *Neighbours as Human Shields? The Israeli Defence Forces "Early Warning Procedure" and International Humanitarian Law*, in *86 Int'l Rev. Red Cross*, 2004, pp. 771 ss.

cui si è riconosciuto il diritto di ricorrere avverso qualsiasi provvedimento. Esso è stato ricondotto tra i diritti naturali ed irrinunciabili dell'individuo e definito inderogabile, neppure attraverso l'adozione di regolamenti di emergenza⁵⁷.

Alla criticabile decisione che, a certe condizioni, dichiarò lecita la pratica dei *targeted killings* anche al di fuori di un conflitto bellico tradizionale, si deve comunque riconoscere il pregio di aver abbandonato lo "status based approach" nella valutazione di pericolosità soggettiva del sospetto terrorista, adottando la c.d. "individual dangerousness doctrine". Quest'ultima, infatti, rende l'accertamento circa la necessità di applicare una misura preventiva, il tipo di misura da adottare, la sua valutazione sulla proporzionalità e quella relativa alla soglia minima di pericolosità soggettiva per la sicurezza nazionale del destinatario⁵⁸, molto più stringente ed effettivo.

⁵⁷ H.C. 320/90, *Kawasme v. Minister of Defence*, P.D. 35 (1) 617. Nonostante tale decisione della Corte Suprema, si registra oggi il tentativo di introdurre un *escamotage* finalizzato ad aumentare la discrezionalità dell'esercito in territorio occupato, pur garantendo il diritto di ricorrere avverso qualsiasi provvedimento dell'esecutivo. Il 25 dicembre 2013 il direttore dell'*Israeli Military's Central Command*, su indicazione del presidente della Corte d'Appello militare di Ofer ha emesso una ingiunzione con cui si proibisce alla popolazione palestinese di appellare nelle corti militari le decisioni relative a sequestri e confische di beni mobili, immobili e denaro in territorio occupato. Così facendo ha portato all'*overruling* rispetto alla costante giurisprudenza di quella stessa Corte. L'esercito ha infatti la facoltà di procedere a confisca, per ragioni di sicurezza, tutte le volte in cui ritenga che questi siano utilizzati per svolgere attività illecita ed in particolare terroristica. Il direttore ha precisato che il diritto di impugnare gli ordini di confisca non risulterebbe comunque violato, vista la possibilità di ricorrere alla Corte Suprema. Tale *iter* è però più gravoso dato che gli avvocati palestinesi che lavorano in corti militari non hanno accesso alla Corte Suprema (motivo per cui il ricorrente dovrebbe affidarsi ad un avvocato israeliano, con un sensibile aumento dei costi) e che mentre l'appello nelle corti militari è gratuito, ricorrere a quest'ultima impone il pagamento di un contributo fisso. Anche questa sembra essere l'ennesima decisione che conferma la tendenza dello Stato di Israele a proteggere se stesso dalla popolazione verso la quale lui, in quanto potenza occupante ed alla luce del diritto internazionale, dovrebbe fornire protezione. Vedi *Palestinians barred from appealing property confiscation in Israeli military court*, in *Haaretz*, 13 gennaio 2014.

⁵⁸ HCJ, 769/02, *Public Committee against Torture v. Government of Israel*, vedi *supra*, nota 48.

5. Conclusioni

L'approccio bellico nella lotta al terrorismo impone dunque di accettare dei difficili compromessi nel tentativo di salvaguardare quanto più possibile la *Rule of Law*, poiché se è vero che i diritti umani non possono portare alla distruzione dello Stato, è anche vero che non possono neppure essere totalmente sacrificati per salvaguardare l'integrità di quest'ultimo.

Come è stato correttamente sostenuto, infatti, «la guerra mette in crisi tutti i valori, ed il diritto penale riflette immediatamente nuovi bilanciamenti, che ne sconvolgono l'assetto ordinario. La guerra può anche essere bandita dal novero degli strumenti del diritto (...), ma finora non è stata espulsa dal mondo della realtà, sicché il diritto se ne deve occupare»⁵⁹.

Tra le varie ricadute legate alla decisione di aderire al paradigma della "war on terror" si annovera in particolare l'instaurazione di una problematica convivenza, anche in seno alle Corti, del diritto umanitario con il diritto internazionale dei diritti umani. Anche se la dottrina internazionalistica sembra oramai essersi assestata nel ritenere possibile la coesistenza di entrambi gli strumenti di garanzia, anche in caso di conflitto armato, non si deve dimenticare la pericolosa apertura alla prevalenza del primo sul secondo, riconosciuta dalla Corte internazionale di giustizia. Essa, già nel parere del 1996 sull'utilizzo delle armi nucleari⁶⁰, aveva affermato che il diritto umanitario doveva essere ritenuto *lex specialis* da richiamare tutte le volte in cui si dovesse giudicare sulla conduzione delle ostilità, posizione ribadita nel 2004, con la *advisory opinion* sulla costruzione della barriera di sicurezza e nel 2005 in relazione alle attività armate in Congo⁶¹.

La questione che così si viene a porre non è di mera etichetta.

⁵⁹ Così S. RIONDATO, *Diritto penale militare*, Padova, 1998, p. 14.

⁶⁰ Vedi ICJ, *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion* 8 luglio 1996, par. 25, reperibile on-line: <http://www.icj-cij.org>.

⁶¹ Vedi ICJ, *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, advisory opinion*, 9 luglio 2004, par. 106; *Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda)*, sentenza, 19 dicembre 2005, par. 216, entrambe reperibili on-line: <http://www.icj-cij.org>.

La prevalenza dettata dal principio di specialità avrebbe effetti, da un lato, sullo standard di protezione dei diritti, dato che potrebbe essere utilizzato come *tertium comparationis* nel bilanciamento tra sicurezza e libertà e, dall'altro lato, sullo stesso *test* di proporzionalità delle Corti, poiché il diritto umanitario chiede di effettuarlo in termini funzionali rispetto al conseguimento di obiettivi militari, mentre in tempo di pace esso ha ad oggetto la vita e l'integrità fisica delle persone⁶². Aderire invece ad un sistema "integrato" tra modelli, dovrebbe giustificare l'intervento della legislazione umanitaria solo in caso di lacune di quella sui diritti umani o nei casi in cui risulti necessario renderne flessibili le garanzie. Tale apertura, tuttavia, non permetterebbe comunque di eliminare il rischio di un'applicazione bi-fasica dei due *corpora*, che riporterebbe all'attenzione il problema della specialità dello *jus in bello*.

I brevi spunti fin qui offerti mettono in luce in modo paradigmatico i rischi che una democrazia si trova a dover fronteggiare in caso di dichiarazione di guerra al terrorismo e suggeriscono l'opportunità di abbandonare il pericoloso crinale che sembra essere stato oltrepassato a livello internazionale⁶³, per continuare a considerare il fenomeno terro-

⁶² Vedi, per un approfondimento, A. NIETO MARTÍN, *La tutela dei diritti umani nel diritto penale militare e nelle situazioni di conflitto armato*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2008, pp. 301 ss. Il caso preso in esame è la sentenza *Isayeva* del 2005, in cui si doveva stabilire se il governo russo avesse violato il disposto dell'art. 2 in occasione di un attacco aereo contro un convoglio che trasportava anche civili. La Corte ha utilizzato un controllo di proporzionalità sull'uso della forza, in relazione ai "danni collaterali" causati, basato su un test di "stretta necessità", non accontentandosi del semplice controllo sulla legittimità dell'obiettivo militare individuato (parr. 168-181). Essa ha poi censurato il governo russo per la violazione dell'art. 13 CEDU per non aver aperto una investigazione successiva all'operazione per la valutazione sui danni cagionati e per non aver offerto un effettivo rimedio giurisdizionale ai soggetti danneggiati (vedi parr. 235-238). In questo senso anche G. GAGGIOLI, R. KOMB, *A Right to Life in Armed Conflicts? The Contribution of the European Court of Human Rights*, in *Isr. Y.B. Hum. Rts.*, 2007, pp. 115 ss.

⁶³ Il riferimento va alle risoluzioni n. 1368 e 1373 del Consiglio di Sicurezza con cui per la prima volta si è richiamato il concetto di *collective self-defence* in risposta ad attacchi terroristici, definiti una minaccia per la pace e la sicurezza internazionale ed alla decisione degli Stati membri della NATO di invocare l'art. 5 del Patto Atlantico, dichiarando di considerare l'attacco di *Al-Qaeda* contro gli Stati Uniti dell'11 settembre 2001 quale aggressione contro la NATO stessa. Per un commento vedi G. NESI,

ristico secondo la sua natura criminale e non bellica. Gli sforzi della comunità scientifica, dunque, non possono che concentrarsi sulla individuazione di strumenti di contrasto e standard di garanzie comuni.

Non si può più negare il fatto che si sia consolidato un “nuovo paradigma della sicurezza”⁶⁴, entro cui diversi rami del diritto cominciano a interagire in modo stabile e non si può neppure assestarsi su una posizione di rifiuto di qualsiasi modifica alle categorie giuridiche classiche, poiché la minaccia terroristica deve poter essere affrontata con strumenti di prevenzione e controllo, prima che di repressione⁶⁵. Tenuto conto anche delle istanze securitarie che si sono fatte più stringenti dopo gli attacchi dell’11 settembre, appare dunque imprescindibile da un lato tenere ben distinte le categorie del diritto penale rispetto a quelle della guerra e, dall’altro lato, cercare di decidere fino a che punto ed in che modo i diritti individuali possono essere limitati per garantire la sicurezza della collettività.

Alla luce di tali considerazioni e del fatto che il terrorismo internazionale è inserito tra le forme di criminalità particolarmente grave di cui

Nazioni Unite e rispetto dei diritti umani nella lotta al terrorismo internazionale alla luce del rapporto del relatore speciale dell’ONU, in *Comun. int.*, 2011, pp. 73 ss. Vedi inoltre, per i successivi sviluppi a livello internazionale, ID., *An Approach to Terrorism*, pp. 97 ss., in M. ODELLO, G. BERUTO (eds.), *Global Violence: Consequences and Responses*, Milano, 2011.

⁶⁴ Vedi U. SIEBER, *Blurring the Categories of Criminal Law and the Law of War: Efforts and Effects in the Pursuit of Internal and External Security*, in S. MANACORDA, A. NIETO MARTÍN (eds.), *Criminal Law Between War and Peace – Justice and Cooperation in Criminal Matters in International Military Interventions*, Cuenca, 2009 pp. 35 ss., in particolare 64 ss. L’Autore distingue tra la sicurezza interna, connotata dall’utilizzo del diritto e della procedura penale a fini del contrasto al fenomeno, con i relativi mutamenti connessi alla necessità di anticipare la tutela ed il controllo; e la sicurezza esterna che invece è connotata dalla legge di guerra e dall’utilizzo sempre più ampio di militari in missioni internazionali ed in operazioni nazionali di *law enforcement*.

⁶⁵ Vedi anche le *Linee guida sui diritti umani e la lotta contro il terrorismo*, adottate dal Comitato dei Ministri del Consiglio d’Europa l’11 luglio 2002, con cui si tenta di delineare un quadro entro cui gli Stati possono operare legittimamente nella prevenzione e nella repressione del fenomeno, nel rispetto delle regole desumibili dalla giurisprudenza della Corte EDU. Il testo delle Linee guida è pubblicato in *The Fight against Terrorism: Council of Europe Standards*, Council of Europe, Strasbourg, 2003, pp. 271 ss.

all'art. 83 TFUE, non si può che eleggere l'Unione europea come piano privilegiato per la lotta al terrorismo. Essa, infatti, è dotata di poteri e competenze tali da permettere di costruire strumenti di prevenzione e di contrasto idonei a far fronte al fenomeno, dando risposta alle forti esigenze di armonizzazione delle fattispecie penali e della disciplina dei mezzi investigativi che emergono dalla prassi.

LA STRUMENTALIZZAZIONE DELLA LOGICA “AMICO-NEMICO” NEL ROVESCIAMENTO DEL RAPPORTO “ECCEZIONE (ILLICEITÀ)- REGOLA (LICEITÀ)”?

ALCUNI SPUNTI DI RIFLESSIONE SULLA TENUTA
DEL SISTEMA, MUOVENDO DALLE DISPOSIZIONI
SULL’ADDESTRAMENTO NELL’USO DI ARMI*

Roberto Wenin

SOMMARIO: 1. *Introduzione e oggetto dell’analisi.* 2. *“Sussidiarietà processuale” dell’art. 2-bis rispetto all’art. 270-quinquies c.p.?* 3. *Strumentalizzazione della logica “amico-nemico” nel rovesciamento del rapporto “eccezione (illiceità)-regola (liceità)”?* 4. *Perplessità circa lo strumento utilizzato: il decreto legge.* 5. *Consenso e scelte legislative.* 6. *Riflessioni conclusive.*

1. Introduzione e oggetto dell’analisi

Il 7 luglio 2005 a Londra una serie di attentati suicidi colpirono il sistema di trasporto della capitale, cagionando gravi danni e vittime. Tali fatti rappresentarono per l’Italia «l’ultima spinta alla realizzazione di un progetto che era già in cantiere da lungo tempo»¹.

Con legge 31 luglio 2005 n. 155 fu convertito in legge il decreto 27 luglio 2005 n. 144, intitolato «Misure urgenti per il contrasto del terrorismo internazionale».

Nella relazione alla conversione fu precisato che l’iniziativa legislativa si prefissava, in primo luogo, di rendere più ampia ed efficace

* Il presente contributo si inserisce nel progetto di ricerca «Diritto penale e modernità. Le nuove sfide fra terrorismo, sviluppo tecnologico e garanzie fondamentali», Bando Post Doc 2011 PAT.

¹ S. REITANO, *Riflessioni in margine alle nuove fattispecie antiterrorismo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, p. 217.

l'azione di contrasto al terrorismo internazionale, mediante specifiche e mirate misure volte a perfezionare norme ed istituti già in vigore, nonché a potenziare gli strumenti d'indagine e di controllo.

In particolare, per lo scopo della presente riflessione, con tale legge di conversione furono introdotti nel nostro ordinamento l'art. 270-*quinquies* c.p., il quale sanziona la condotta di «addestramento ad attività con finalità di terrorismo anche internazionale», e l'art. 2-*bis* della legge n. 895 del 1967 che detta «disposizioni per il controllo delle armi».

Rispetto all'art. 270-*quinquies* c.p. si precisò che, dando seguito alla Convenzione del Consiglio d'Europa sulla prevenzione del terrorismo², scopo della previsione è di «perseguire coloro che sono in grado di assicurare il cosiddetto *know how* dell'attività terroristica».

Dieci anni dopo, nel 2015, a seguito dei gravi fatti di terrorismo avvenuti nel dicembre 2014 in Francia, il legislatore interviene nuovamente con decreto legge, d.l. 7 del 15 febbraio 2015, recante misure urgenti di contrasto del terrorismo di matrice anche internazionale, convertito poi con modifiche con legge 43 del 17 aprile 2015. La norma incide anche sull'articolo 270-*quinquies* c.p. al fine di, come precisato nella relazione accompagnatoria del disegno legge di conversione (C. 2893), adeguare l'ordinamento interno in particolare ai dettami della risoluzione ONU n. 2178 dd. 24.09.2014. In tal senso si afferma che sull'originaria fattispecie la quale postulerebbe «un rapporto necessariamente duale tra addestratore e addestrato, viene innestata una nuova fattispecie di reato che rende punibile anche l'auto-addestramento, cioè la condotta di chi si prepara al compimento di atti di terrorismo, attraverso una ricerca e un apprendimento individuali e autonomi delle “tecniche” necessarie a perpetrare simili atti». In realtà la norma pare

² Più precisamente, nella relazione di conversione si precisa che «l'incriminazione dell'addestramento al terrorismo è per altro imposta dalla recente Convenzione del Consiglio d'Europa sulla prevenzione del terrorismo firmata, anche dall'Italia». La Convenzione, infatti, non fu mai ratificata dall'Italia. Vi furono due distinti progetti di legge di ratifica ed esecuzione della convenzione, nonché di adeguamento dell'ordinamento italiano; l'uno presentato durante la XV legislatura (n. 1799) e l'altro, che riprendeva l'articolato e la relazione del precedente progetto, durante la XVI legislatura (n. 852). Entrambi i progetti furono frustrati dalla conclusione anticipata delle legislature.

punire non già la sola condotta di auto-addestramento, ma anche il semplice reperimento di informazioni, laddove ad esso facciano seguito comportamenti univocamente finalizzati alla commissione delle condotte di cui all'articolo 270-*sexies* c.p. Accanto a tale previsione viene poi introdotta una circostanza aggravante per le ipotesi nelle quali le condotte di addestramento siano perpetrate attraverso il ricorso a strumenti informatici o telematici.

Dispone dunque ora l'art. 270-*quinquies*:

Chiunque, al di fuori dei casi di cui all'articolo 270-*bis*, addestra o comunque fornisce istruzioni sulla preparazione o sull'uso di materiali esplosivi, di armi da fuoco o di altre armi, di sostanze chimiche o batteriologiche nocive o pericolose, nonché di ogni altra tecnica o metodo per il compimento di atti di violenza ovvero di sabotaggio di servizi pubblici essenziali, con finalità di terrorismo, anche se rivolti contro uno Stato estero, un'istituzione o un organismo internazionale, è punito con la reclusione da cinque a dieci anni. La stessa pena si applica nei confronti della persona addestrata, nonché della persona che avendo acquisito, anche autonomamente, le istruzioni per il compimento degli atti di cui al primo periodo, pone in essere comportamenti univocamente finalizzati alla commissione delle condotte di cui all'articolo 270-*sexies*. Le pene previste dal presente articolo sono aumentate se il fatto di chi addestra o istruisce è commesso attraverso strumenti informatici o telematici.

Con riferimento alla normativa in materia di armi, nella richiamata relazione s'individua la *ratio* delle innovazioni nella volontà di «migliorare l'apparato di prevenzione di gravi reati». Particolare rilievo veniva posto sul comma 5 dell'art. 8 che conteneva la proposta d'introduzione dell'art. 2-*bis*, precisandosi che esso mirava a calibrare «la fattispecie e la relativa sanzione con il disposto degli articoli 1, 2 e 5 della legge 2 ottobre 1967, n. 895, riguardante le armi da guerra, quelle chimiche e batteriologiche e gli altri congegni micidiali».

Detta l'art. 2-*bis*:

Chiunque fuori dei casi consentiti da disposizioni di legge o di regolamento addestra taluno o fornisce istruzioni in qualsiasi forma, anche anonima, o per via telematica sulla preparazione o sull'uso di materiali esplosivi, di armi da guerra, di aggressivi chimici o di sostanze batteriologiche nocive o pericolose e di altri congegni micidiali è punito, salvo

che il fatto costituisca più grave reato, con la reclusione da uno a sei anni.

Sinteticamente riportate le ragioni poste a fondamento dell'introduzione nel nostro ordinamento delle norme citate e le finalità perseguite dal legislatore, occorre ora confrontarsi con la portata effettiva delle innovazioni, traendo così spunto per una rinnovata riflessione circa le scelte incriminatrici, le tecniche di tipizzazione delle fattispecie penali, il rapporto di regola/eccezione e i riflessi, a breve e lungo termine, sulla tenuta e razionalità del sistema.

In primo luogo v'è da chiedersi quale sia l'effettiva portata delle due previsioni e quindi gli eventuali margini di autonomia e sovrapposizione.

Limitando l'analisi ai profili più rilevanti, si può osservare come entrambe le norme sanzionino la condotta di addestramento e istruzione.

L'art. 270-*quinquies* c.p. sanziona oltre al soggetto attivo, istruttore o addestratore, anche l'addestrato, nonché ora l'istruito. La punibilità dell'addestrato – peraltro non imposta dalla Convenzione di Varsavia –, a ragione, non aveva mancato di suscitare critiche, giacché punisce il solo fatto dell'aver ricevuto un addestramento passivo³ sia pur, come vedremo, con fini specifici. Ciò che contraddistingue l'addestramento dall'istruzione sarebbe dato dall'esistenza di un rapporto effettivo e diretto tra addestrato e recluta⁴.

³ Cfr. M. DONINI, *Lo status di terrorista: tra il nemico e il criminale. I diritti fondamentali e la giurisdizione penale come garanzia contro, o come giustificazione per l'uso del diritto come arma?*, in S. MOCCIA (a cura di), *I diritti fondamentali della persona alla prova dell'emergenza*, Napoli, 2009, p. 99, laddove precisa che la «punizione della mera pericolosità soggettiva viene spacciata per diritto penale del fatto in quanto si dice che l'offesa è di pericolo ed è insita non nel soggetto, ma nell'addestramento che ha ricevuto». Solleva perplessità sulla compatibilità della fattispecie con i principi di colpevolezza per il fatto, materialità e offensività, anche F. RESTA, *Ancora su terrorismo e stato della crisi*, in *Quaderni degli Annali della Facoltà Giuridica di Camerino*, 1, 2013, p. 296, nota 483. Sul contrasto della norma, nel suo insieme, con il principio di offensività, sottoponendosi a pena condotte di carattere meramente preparatorio, V. MARSARONE, *Politica criminale e diritto penale nel contrasto al terrorismo internazionale. Tra normativa interna, europea ed internazionale*, Napoli, 2013, p. 265.

⁴ Cfr. F. ROBERTI, *Le nuove fattispecie di delitto in materia di terrorismo*, in A.A. DALIA (a cura di), *Le nuove norme di contrasto al terrorismo. Commento al Decreto-legge*

Per quanto concerne la condotta materiale, l’oggetto dell’addestramento e dell’istruzione differisce nelle due norme: mentre nel caso dell’art. 270-*quinquies* si fa riferimento alle armi da fuoco, nell’art. 2-*bis* si parla di armi da guerra, e ancora nell’art. 270-*quinquies* si parla di sostanze chimiche e nel 2-*bis* di aggressivi chimici.

L’art. 2-*bis* contiene infine il riferimento ad altri congegni micidiali, mentre l’art. 270-*quinquies* ricomprende qualsiasi altra tecnica o metodo per il compimento di atti di violenza ovvero sabotaggio di servizi pubblici essenziali.

Rispetto all’elemento soggettivo la dottrina e la giurisprudenza concordano nel richiedere con riferimento all’art. 270-*quinquies* un doppio dolo specifico dato dalla volontà di compiere atti di violenza o di sabotaggio di servizi pubblici essenziali e dalla finalità di terrorismo⁵.

Da quanto esposto, emerge dunque un rapporto di reciproca specialità⁶ fra le due disposizioni in commento, nel senso che la condotta tipica dell’art. 270-*quinquies* parrebbe più ampia, ricomprendendo qualsiasi arma da fuoco mentre, rispetto all’elemento soggettivo, l’art. 2-*bis* andrebbe a ricomprendere condotte non punite dalla norma del codice penale prescindendo esso, infatti, dall’esistenza di uno scopo specifico nell’attività di addestramento o istruzione.

27 luglio 2005, n. 144 convertito, con modificazioni, nella Legge 31 luglio 2005, n. 155 ed integrato dal Decreto-legge 30 dicembre 2005, n. 272, convertito, con modificazioni, nella Legge 21 febbraio 2006, n. 49 e sintesi dei lavori parlamentari, Milano, 2006, pp. 531 ss.; Cass. pen., 29670/2011, in *Riv. pen.*, 2012, pp. 56 ss. Secondo Cass. pen. 38220/11, reperibile sul sito www.penalecontemporaneo.it, con nota di F. PICCICHÈ, *Il problema del dolo nel reato di addestramento ad attività con finalità di terrorismo anche internazionale: due sentenze a confronto*, l’addestratore non si limiterebbe a trasferire informazioni, ma agirebbe somministrando specifiche nozioni, rendendo i destinatari idonei ad uno specifico scopo e l’addestrato si renderebbe disponibile alla ricezione non episodica di queste nozioni specifiche.

⁵ Sulla posizione della giurisprudenza si veda, tuttavia, Cass. pen. 38220/2011, cit. in nota 4, la quale ritiene la fattispecie in commento punibile a titolo di dolo generico, atteso che la finalità di terrorismo varrebbe a connotare gli atti di violenza e sabotaggio di servizi pubblici.

⁶ G. CIVELLO, *Armi ed esplosivi. L. 2.10.1967, n. 895*, in M. RONCO, S. ARDIZZONE (a cura di), *Codice penale ipertestuale. Leggi complementari*, Milano, 2007, p. 221.

In altre parole, il disvalore della condotta, assorbito nell'art. 270-*quinquies* dal fine che deve guidare la stessa, sarebbe incentrato nell'art. 2-*bis* dall'oggettiva pericolosità della condotta, data dall'oggetto al quale si riferiscono le informazioni⁷; in realtà l'unica differenza parrebbe aversi con riferimento alle armi da guerra⁸. Per quanto concerne in particolare la distinzione fra sostanze chimiche (di cui all'art. 270-*quinquies*) e gli aggressivi chimici, il richiamo a questi ultimi in realtà, se interpretato in senso stretto, appare nell'art. 2-*bis* pleonastico, essendo gli aggressivi chimici, per disposto dell'art. 1 l. n. 110/1975, armi da guerra⁹: quindi l'ambito di applicazione dell'art. 270-*quinquies* appare anche in tal caso oggettivamente più ampio ricomprendendo le sostanze chimiche¹⁰, che non sono armi da guerra.

Posto che il disvalore della condotta è incentrato sulla qualifica di arma da guerra, occorre dunque chiedersi come il legislatore abbia provveduto a tipizzare la categoria "arma da guerra". Il richiamato art. 1 della l. n. 110/1975, al comma primo precisa che:

Agli effetti delle leggi penali, di quelle di pubblica sicurezza e delle altre disposizioni legislative o regolamentari in materia sono armi da guerra le armi di ogni specie che, per la loro spiccata potenzialità di offesa, sono o possono essere destinate al moderno armamento delle truppe nazionali o estere per l'impiego bellico, nonché le bombe di qualsiasi tipo o parti di esse, gli aggressivi chimici biologici, radioattivi, i con-

⁷ Cfr. L. SCOTTO, *Commento sub art. 8, D.L. 27.7.2005 n. 144*, in *LP*, 2005, p. 496.

⁸ Ulteriore differenza sarebbe ravvisabile ad avviso di I. RUSSO, *Sistema penale di armi, esplosivi, munizioni, caccia e tiro*, Roma, 2012, p. 176, con riferimento agli esplosivi: i materiali esplosivi cui l'art. 2-*bis* intenderebbe riferirsi sarebbero solo quelli dotati del carattere di micidialità, rimanendovi esclusi, a differenza di quanto stabilito dall'art. 270-*quinquies*, gli esplosivi più tenui. Spetterebbe quindi all'interprete, di volta in volta, espletare un'intelligente indagine di fatto ed esprimere un delicato giudizio di merito, secondo le circostanze, la qualità e la quantità dell'esplosivo, la natura e la modalità delle informazioni offerte.

⁹ Cfr. I. RUSSO, *op. cit.* in nota 8, p. 177.

¹⁰ Secondo un'interpretazione *in malam partem*, che si qualifica estensiva, ma a riguardo si potrebbero nutrire dei dubbi se non si tratti già di analogia, l'art. 2-*bis* avrebbe inteso riferirsi pure alle armi chimiche, utilizzando in modo improprio il termine aggressivi chimici: I. RUSSO, *op. cit.* in nota 8, p. 177.

gegni bellici micidiali di qualunque natura, le bottiglie o gli involucri esplosivi o incendiari (leggasi ad esempio *molotov*)¹¹.

La lettura della previsione solleva significative perplessità sul rispetto o meno del principio di determinatezza¹²: la giurisprudenza ha precisato che deve essere il giudice a stabilire quale sia la natura dell’oggetto e la disciplina cui debba conseguentemente farsi riferimento¹³, con buona pace, parrebbe, degli ideali illuministici del diritto penale, secondo i quali il cittadino dovrebbe essere messo nella condizione di orientare consapevolmente la propria condotta potendo discernere tra quanto è lecito e quanto all’inverso non lo è¹⁴. Medesime perplessità si pongono

¹¹ *Ex multis* Cass. pen. 6132/2009, in *Cass. pen.*, 2010, 324 (s.m.). Secondo diversa giurisprudenza si tratterebbe in ogni caso di congegni micidiali – da ultimo Cass. pen. 1622/2013, *ivi*, 2013, 4153 (s.m.) – e come tali rientrerebbero comunque nell’ambito di applicazione dell’art. 2-bis.

¹² Cfr. S. MOCCIA, *La ‘promessa non mantenuta’. Ruolo e prospettive del principio di determinatezza/tassatività nel sistema penale italiano*, Napoli, 2001, p. 38.

¹³ Cass. pen. 28911/2008, in *Cass. pen.*, 2009, p. 1674 (s.m.). Va precisato che l’iscrizione nel catalogo comune dell’armi da sparo di cui all’art. 7 della l. n. 110/1975 (ora peraltro abolito dall’art. 14 co. 7 della l. n. 183/2011) tenderebbe a costituire accertamento definitivo della qualità dell’arma e criterio atto ad escludere, in negativo, la qualifica di arma da guerra, a meno che non vi siano state modifiche idonee ad aumentare l’offensività, cfr. Cass. pen. 9034/2009, *ivi*, 2010, p. 1134 (s.m.).

¹⁴ Cfr. sul punto S. MOCCIA, *La ‘promessa non mantenuta’...*, cit. in nota 12, pp. 12 ss. In generale, con riferimento alla “crisi della legge”, F. PALAZZO, *Sistema delle fonti e legalità penale*, in G. INSOLERA (a cura di), *Riserva di legge e democrazia penale: il ruolo della scienza penale*, Bologna, 2005, p. 90, evidenzia come la garanzia della libertà di autodeterminazione offerta dalla legge al cittadino abbia ormai assunto, in molti casi, connotati davvero fittizi. Suonano ormai lontane e vuote le parole della Consulta, quando ricordava che «nelle prescrizioni tassative del codice il soggetto deve poter trovare, in ogni momento, cosa gli è lecito e cosa gli è vietato: ed a questo fine sono necessarie leggi precise, chiare, contenenti riconoscibili direttive di comportamento»: Corte cost., sent. n. 364/1988, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988, p. 699. Evidenzia sempre PALAZZO, *ibidem*, p. 103, come non sia un caso che la Corte, salvo in ogni caso l’obbligo costituzionale di formulazione determinata della legge penale, abbia spostato lo strumento di garanzia dalla legalità alla colpevolezza, avendo preso atto delle obiettive difficoltà a realizzare l’ideale delle leggi poche, chiare e conoscibili dal cittadino. Nello stesso senso, di fatto, M. AINIS, *L’eclissi della legge*, in U. VINCENTI (a cura di), *Inchiesta sulla legge nell’occidente giuridico*, Torino, 2005, p. 64.

con riferimento alle incertezze legate alla definizione del concetto di micidialità dell'esplosivo, tale da distinguerlo dal mero materiale esplosivo¹⁵.

A fronte di tali lacune definitorie, destinate ad essere colmate in base ad un giudizio sul singolo caso, pare emergere con forza l'impressione che la norma, per usare l'espressione di Sgubbi, rischi di diventare un «mero strumento di legittimazione legalistica di una scelta repressiva concreta»¹⁶, magari fondata su valutazioni del tipo di autore. Ciò è tanto più grave nel contesto di un diritto penale che con riferimento al terrorismo pare essere divenuto, secondo quanto evidenziato dalla più

¹⁵ Cfr. nota 8; I. RUSSO, *op. cit.* in nota 8, pp. 304 ss., laddove precisa che nessuna legge penale elargisce una nozione compiuta degli esplosivi e che la valutazione giuridica di un prodotto esplosivo è rimessa all'apprezzamento del giudice di merito. Nello stesso senso la Suprema corte che, con riferimento ad una bomba carta, ha avuto modo di statuire che «il compito di accertare le caratteristiche del congegno e la sua micidialità o meno, pur se potenziale e subordinata al modo di impiego, è riservata al giudice del merito (Cass. Sez. 1, 18 maggio 1993, n. 7376, rv. 195267) che deve apprezzare tutti gli elementi obiettivi del fatto, quali desumibili dagli atti sottoposti al suo vaglio» (Cass. pen. 6132/2009, cit. in nota 11).

¹⁶ F. SGUBBI, *Uno studio sulla tutela penale del patrimonio. Libertà economica, difesa dei rapporti di proprietà e «reati contro il patrimonio»*, Milano, 1980, p. 239. È di tutta evidenza che «un testo normativo svuotato di ogni contenuto finisce per concedere all'interprete la discrezionalità della stessa configurazione del reato. E ciò accade in spregio al principio di subordinazione del giudice alla legge, dando sempre nuovo corso ad una pressoché insopprimibile tendenza ad estendere la giurisdizione libera»: S. MOCCIA, *La 'promessa non mantenuta'...*, cit. in nota 12, p. 39. Peraltro il rischio di compromissione dei diritti del cittadino connesso alla violazione del principio di determinatezza attiene non solo al pericolo di un abuso giudiziario, ma altresì alla razionalità dell'intervento legislativo, infatti «le leggi penali "vaghe" compromettono i diritti di libertà del cittadino»: R. RAMPIONI, *Il reato quale illecito di modalità e di lesione tipiche: l'impraticabilità di un "equivalente funzionale" al principio di riserva di legge*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, p. 586; è ancora la Corte costituzionale, sent. n. 185/1992, in *Giur. cost.*, 1992, p. 1337, a ricordarci, richiamando il proprio precedente n. 364/1988, che il principio di determinatezza, per l'appunto, deve essere inteso «non soltanto quale garanzia contro l'arbitrio del giudice, ma anche quale presidio della libertà e sicurezza dei cittadini».

attenta dottrina, esso stesso uno strumento di lotta, se non di guerra¹⁷. Se tuttavia, il diritto diviene strumento di lotta, ciò significa che lo Stato chiede ai giudici di «attuare le finalità di lotta che ispirano le regole da applicare. E se i giudici lottano anch’essi, va da sé che rischiano di perdere la terzietà richiesta alla funzione giurisdizionale»¹⁸.

2. “Sussidiarietà processuale” dell’art. 2-bis rispetto all’art. 270-quinquies c.p.?

L’art. 2-bis rischia allora di divenire, rispetto all’art. 270-quinquies c.p., norma sussidiaria in senso non tanto sostanziale bensì eminentemente processuale¹⁹: l’indeterminatezza nella descrizione dell’ogget-

¹⁷ M. DONINI, *Lo status di terrorista...*, cit. in nota 3, p. 89; ID., *Il diritto penale di fronte al “nemico”*, in AA.VV., *Scritti per Federico Stella*, vol. I, Napoli, 2007, pp. 102 ss.

¹⁸ M. DONINI, *Lo status di terrorista...*, cit. in nota 3, p. 89. Vedi anche M. DONINI, *Il diritto penale di fronte al “nemico”*, cit. in nota 17, p. 102, dove precisa che «il giudice è sollecitato *contemporaneamente* ad attuare un programma di lotta nel presente e per il futuro, e ad emettere un *dictum* “imparziale” su violazioni passate». Nello stesso senso L. FERRAJOLI, *Il “diritto penale del nemico”: un’abdicazione della ragione*, in A. BERNARDI, B. PASTORE, A. PUGIOTTO (a cura di), *Legalità penale e crisi del diritto, oggi. Un percorso interdisciplinare*, Milano, 2008, pp. 167 ss. e P. MOROSINI, *Continuità e novità della giurisprudenza in tema di terrorismo*, in *Questione giustizia*, 2006, pp. 691 ss., il quale facendo riferimento al rischio di una «funzionalizzazione bellicosa della macchina giudiziaria», evidenzia come l’analisi del modello di legalità antiterrorismo imponga «una riflessione di fondo sulla impostazione culturale e sul ruolo della giurisdizione nel circuito democratico in epoche di emergenza criminale».

¹⁹ Rileva R. RAMPIONI, *op. cit.* in nota 16, p. 579, come «attualmente, l’ottica miope della (pseudo) efficienza immediata impone formule *flessibili* anche (e soprattutto) a fini di semplificazione processuale». Evidenzia ancora S. MOCCIA, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, 2^a ed., Napoli, 2000, p. 16, come le disfunzionalità di carattere strutturale legate all’ipertrofia del diritto penale finiscano per ripercuotersi negativamente sul processo, dando luogo ad una perversa spirale: «le difficoltà processuali, di ordine prevalentemente probatorio, finiscono, poi, con l’ispirare scelte legislative, quanto meno discutibili relativamente ad alcuni principi elementari di garanzia, come quelli di materialità, offensività, determinatezza, e la stessa personalità della responsabilità penale».

to²⁰, con conseguente sussunzione della condotta nel fatto tipico rimessa al prudente apprezzamento del giudice di merito, porta in sé una pericolosa strumentalità rispetto a situazioni di difficile o mancato raggiungimento della prova circa il fine richiesto dall'art. 270-*quinquies*²¹, il quale, peraltro, dovrebbe assorbire il disvalore/l'offensività della condotta.

3. Strumentalizzazione della logica "amico-nemico" nel rovesciamento del rapporto "eccezione (illiceità)-regola (liceità)"?

Ma, da una diversa ottica, strettamente connessa al profilo del rapporto regola/eccezione²², nella richiamata contrapposizione fra "duellanti", ispirata a criteri di difesa sociale di fronte ad un nemico presentato come *extraneus*, si rischia, altresì, di perdere di vista quelle incrinature che vanno ad intaccare i principi che dovrebbero ispirare un ordinamento liberaldemocratico, primo fra tutti quel principio la cui attuazione è divenuta oramai una «promessa non mantenuta»²³: il principio di determinatezza e di riflesso il principio di frammentarietà del diritto penale.

²⁰ Si è osservato che «la *flessibilizzazione* della fattispecie non è (solo) frutto di infortuni tecnici o di oggettive difficoltà di formulazione ma risponde alle esigenze di quel «pensiero unico» il cui postulato è che la garanzia dei diritti e della sicurezza passa necessariamente attraverso l'espulsione da quei diritti degli esclusi, cioè dei «nemici della società» in senso lato...»: L. PEPINO, *La giustizia, i giudici e il «paradigma del nemico»*, in *Questione giustizia*, 2006, p. 854.

²¹ All'indomani dell'entrata in vigore della norma, già nei primi commenti si evidenziava come la richiesta del dolo specifico avrebbe sicuramente posto delicati problemi di accertamento, soprattutto laddove la condotta di "divulgazione" non fosse poi stata accompagnata da insegnamenti ideologici a carattere religioso o politico: M. LECCESE, *Il codice penale si allinea a Bruxelles. Ora chi predica l'odio rischia grosso. Punite anche le attività di arruolamento e addestramento*, in *D&G*, 2005, p. 95.

²² Per un'analisi sulle regole dell'eccezione con particolare riferimento al terrorismo si veda M. MECCARELLI, P. PALCHETTI, C. SOTIS (a cura di), *Le regole dell'eccezione. Un dialogo interdisciplinare a partire dalla questione del terrorismo*, Macerata, 2011.

²³ Il riferimento è, evidentemente, di nuovo alla nota opera di S. MOCCIA, *La 'promessa non mantenuta'...*, cit. in nota 12.

La fonte principale di legittimazione della normativa in materia di terrorismo è rappresentata dall'emergenza, caratteristica questa, la quale, tuttavia, come tradizionalmente inteso, dovrebbe segnare anche il limite intrinseco²⁴: «l'emergenza, nella sua accezione più propria, è una condizione certamente anomala e grave, ma anche essenzialmente temporanea. Ne consegue che essa legittima, sì, misure insolite, ma che queste perdono legittimità, se ingiustificatamente protratte nel tempo»²⁵.

Le norme che il legislatore italiano ha introdotto in “risposta” al fenomeno terroristico sono, tuttavia, prive di tale carattere di temporaneità, andando a modificare in maniera permanente le previsioni codicistiche; si assiste così a quel fenomeno che è stato definito di «normalizzazione dell'emergenza»²⁶: «con essa le misure eccezionali, nate in risposta immediata ad una emergenza, vengono inserite nei testi di legislazione ordinaria già vigente [...] Tale fenomeno comporta che la recessione dei diritti nel bilanciamento con la sicurezza, non essendo configurata come un regime d'eccezione, venga percepita, come “normale” e si protragga oltre il periodo di emergenza»²⁷.

Occorre tuttavia evidenziare, come parte della dottrina contesti, con riferimento alle norme volte a fronteggiare fatti di terrorismo, l'utilizzo della formula: “diritto emergenziale”. Si precisa, infatti, che proprio per la natura nient'affatto transitoria di tali norme, in quanto volte a contrastare fenomeni criminosi che sarebbe illusorio immaginare come meramente temporanei, e per l'idea impropria di una sospensione delle garanzie costituzionali che essa evoca, sarebbe da evitare la formula del

²⁴ Cfr. A. CAPUTO, *Verso un diritto penale del nemico?*, in *Questione giustizia*, 2006, p. 636.

²⁵ Corte cost., sent. n. 15/1982, in *Giur. cost.*, 1982, p. 102. Evidenzia tuttavia correttamente A. CAPUTO, *op. cit.* in nota 24, pp. 636 ss., come non si possano ricondurre alla medesima logica la normativa emergenziale degli anni Settanta e Ottanta e gli interventi del legislatore attuale, giacché quest'ultimi paiono essere sviluppati in un contesto di “guerra infinita e preventiva”.

²⁶ Cfr. V. MASARONE, *op. cit.* in nota 3, p. 178.

²⁷ I. PELLIZZONE, *Le misure anti-terrorismo internazionale e la «normalizzazione dell'emergenza»*, in *Giur. cost.*, 2006, p. 1769. Parla di trasformazione dell'eccezione in una «costante del sistema»: M. DONINI, *Lo status di terrorista...*, cit. in nota 3, p. 101; ID., *Il diritto penale di fronte al “nemico”*, cit. in nota 17, p. 93.

“diritto emergenziale”²⁸. In altre parole, si tratterebbe, nel caso delle norme volte a fronteggiare il terrorismo, di un legittimo “doppio binario permanente” inserito nel sistema penale, il quale imporrebbe di confrontarsi di volta in volta con la legittimità e necessità delle singole norme eccezionali, in base ad un giudizio di bilanciamento²⁹.

4. *Perplexità circa lo strumento utilizzato: il decreto legge*

Anche volendosi aderire alla posizione da ultimo richiamata, e, anzi, proprio aderendo all’idea di un “diritto eccezionale permanente”, si fa forte la perplessità circa lo strumento prescelto dal legislatore per andare a disciplinare le fattispecie in oggetto, ossia il decreto legge.

Il richiamo all’emergenza rischia, infatti, di divenire mero elemento di forma, e più precisamente criterio formale di giustificazione del ricorso alla decretazione d’urgenza³⁰, con progressiva marginalizzazione

²⁸ F. VIGANÒ, *Diritto penale del nemico e diritti fondamentali*, in A. BERNARDI, B. PASTORE, A. PUGIOTTO (a cura di), *op. cit.* in nota 18, p. 121.

²⁹ L’idea che pare sorreggere tale impostazione è quella di una legittima diversa modulazione di talune garanzie e taluni diritti fondamentali secondo la gravità del pericolo; idea fatta propria da vari autori, fra cui: S. BONINI, *Lotta alla criminalità organizzata e terroristica, garanzia dell’individuo, garanzia della collettività: riflessioni schematiche*, in *Cass. pen.*, 2009, p. 2220; A. PAGLIARO, *«Diritto penale del nemico»: una costruzione illogica e pericolosa*, *ivi*, 2010, pp. 2470 ss.; F. PALAZZO, *Contrasto al terrorismo, diritto penale del nemico e principi fondamentali*, in *Questione giustizia*, 2006, pp. 674 ss.; per completezza, si osservi che lo stesso M. DONINI, *Diritto penale di lotta vs. diritto penale del nemico*, in A. GAMBERINI, R. ORLANDI (a cura di), *Delitto politico e diritto penale del nemico*, Bologna, 2007, p. 177, ammette la legittimità di norme di eccezione e di contrasto, possibilità che non concerne «l’eccezione a principi inderogabili [...], ma una loro concretizzazione differenziata, ovvero l’eccezione ancora legittima a regole ordinarie, senza pensare che il diritto “normale” sia per ciò stesso l’unico costituzionalmente conforme»; *contra*, nella misura in cui in tali sottosistemi non «valgano, o valgano “parzialmente” i principi costituzionali», A. CAVALIERE, *Diritto penale “del nemico” e “di lotta”: due insostenibili legittimazioni per una differenziazione, secondo tipi di autore, della vigenza dei principi costituzionali*, in A. GAMBERINI, R. ORLANDI (a cura di), *op. cit.*, p. 287.

³⁰ Cfr. E. MUSCO, *Consenso e legislazione penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1993, p. 86: «la giustificazione che fa leva su bisogni emergenziali, invero, non appare più dota-

del ruolo del parlamento, come evidenzia altresì la fulminea conversione in legge del decreto n. 155/2005. Che dei diritti e delle libertà dei cittadini, intaccati dallo strumento penale, debba disporre, di fatto, in via ordinaria il potere esecutivo, come è stato acutamente osservato, rappresenta una situazione di “anormalità” politica e culturale, che si pone in spregio allo spirito della Costituzione³¹.

Si giunge così ad un pericoloso paradosso nel quale la giustificazione dell'intervento normativo poggia sull'emergenza – con sottrazione agli ordinari criteri che dovrebbero guidare l'attività normativa –, ma ci si pone in realtà lo scopo di disciplinare un fenomeno che si percepisce come “permanente”³², con conseguente stabilizzazione della disciplina normativa; il risultato è quello di un diritto “emergenziale” privo dei caratteri di temporaneità, in altre parole un “diritto ordinario” figlio della “perenne emergenza”³³.

ta di sufficiente credibilità: l'emergenza per definizione è qualcosa di temporaneo, e non è più tale la perpetuazione, artificiosa o vera che sia, di una situazione etichettata in tali termini». Sul ricorso alla decretazione d'urgenza in materia cfr. E. LO MONTE, *Gli interventi in tema di misure di prevenzione: il problema del congelamento di beni*, in A.A. DALIA (a cura di), *op. cit.* in nota 4, p. 408, nota 2.

³¹ Cfr. E. MUSCO, *Consenso e legislazione penale*, cit. in nota 30, p. 86; il quale si dice stupito della diffusa rassegnazione e acquiescenza dei vari settori del diritto e della prassi. Si evidenzia, G. LOSAPPIO, *Diritto penale del nemico, diritto penale dell'amico, nemici del diritto penale*, in A. GAMBERINI, R. ORLANDI (a cura di), *op. cit.* in nota 29, pp. 262 ss., come alla luce di assemblee parlamentari spesso soggiogate dalla volontà del governo e al susseguente scemare del significato di garanzia del principio di legalità, non basti più il mero rifiuto di annoverare il decreto legge e decreto legislativo tra le fonti del diritto penale, ma si imponga l'acquisto di una razionalità pratica che si confronti con i limiti dei disegni costituzionali del secondo dopoguerra. In generale sul tema si veda: C. CUPELLI, *La legalità delegata. Crisi e attualità della riserva di legge nel diritto penale*, Napoli, 2012.

³² Cfr. nota 25, dove si evidenzia come le scelte del legislatore paiano essere ispirate da una condizione di minaccia alla convivenza democratica, nell'ambito di una “guerra infinita e preventiva”.

³³ Cfr. S. MOCCIA, *La perenne emergenza...*, cit. in nota 19, *passim*. Evidenzia, ancora, M. DONINI, *Il diritto penale di fronte al “nemico”*, cit. in nota 17, p. 83, nota 7, come sia proprio questa «la logica italiana dell'“emergenza”», che da situazione eccezionale si è trasformata da almeno vent'anni (contro il terrorismo, la mafia, Tangentopoli, il narcotraffico, etc.) in una realtà normativa permanente e quindi perenne, “den-

Ha quindi ragione, a prescindere dal profilo relativo all'ammissibilità o meno di un trattamento diversificato, quella parte della dottrina, dinanzi richiamata, laddove evidenzia il rischio di un fuorviante richiamo ad un concetto di emergenza temporanea.

Il risultato della confusione di piani finisce per incidere sui contenuti, quale limitazione di libertà³⁴, e sulla forma, senza tuttavia che sia possibile tracciare una netta distinzione in tal senso per le evidenti connessioni. Relativamente alla forma – accanto alle perplessità circa il ricorso alla decretazione di urgenza – si è precisato come si possa ormai fare riferimento ad un «“tipo emergenziale di reato”». Questo viene ad affiancarsi alle tradizionali fattispecie di reato modellate in senso garantistico, formale e sostanziale, secondo gli schemi dello stato sociale di diritto. Il tipo emergenziale presenta, invece, costantemente tali caratteristiche: approssimazione, caoticità, rigorismo repressivo, sterile simbolicità. In esso, solitamente, alla caduta in termini di garanzia si abbina la modestia dei risultati sul piano dell'effettività³⁵.

5. *Consenso e scelte legislative*

Si pone allora il quesito su quali siano le cause dell'inerzia sociale di fronte al rischio di un'erosione dei principi fondamentali dello Stato di diritto e della “società libera”³⁶. A riguardo si è precisato che «la prima

tro” alla normalità del sistema». Cfr. V. MASARONE, *op. cit.* in nota 3, pp. 192 ss., che parla di “guasto culturale” prodotto dalla logica dell'emergenza.

³⁴ Precisa S. RODOTÀ, *Libertà personale. Vecchi e nuovi nemici*, in M. BOVERO (a cura di), *Quale libertà. Dizionario minimo contro i falsi liberali*, Roma-Bari, 2004, p. 37: «se l'emergenza diviene “permanente”, non siamo tanto di fronte a un ossimoro, quanto piuttosto alla cancellazione delle condizioni che permettono di ricondurre limitazioni eccezionali a un quadro di legalità costituzionale, con l'ovvia conseguenza non solo di incrinare la “inviolabilità” della libertà personale, ma di metterne in discussione la natura stessa di diritto. Davanti a noi si spalanca uno spazio vuoto di diritti effettivi individuali e collettivi».

³⁵ S. MOCCIA, *La perenne emergenza...*, cit. in nota 19, p. 115.

³⁶ Cfr. M. BOVERO, *La libertà e i diritti di libertà*, in ID. (a cura di), *Quale libertà*, cit. in nota 34, p. 20, «da qualche tempo i fondamenti della “società libera” – i principi di quella che Bobbio ha chiamato “ideologia europea”, che si è via via estesa e ha pre-

emergenza, nella più generale emergenza del terrorismo, è proprio la difficile gestione dei suoi effetti emotivi, dal punto di vista sociale: il terrorismo evoca la militarizzazione dello strumento giuridico-penale, l’esasperazione del diritto penale del nemico e spinge collettivamente a risposte di tipo eccezionale. Di più: traghetta quelle risposte verso la normalità, trasformandole in strumenti ordinari e permanenti. In una parola, il rischio più insidioso, a livello di sentimento sociale, è quello di *normalizzare l’emergenza*³⁷.

La creazione di una contrapposizione, che rischia di essere artificiale, fra nemici ed amici³⁸, nell’edificazione di un sistema ipertrofico, ispirato ad un “panpenalismo” volto a realizzare una copertura generalizzata delle condotte³⁹, poggia su di un consenso artefatto, se non su di una passiva rassegnazione, la quale pare espressione di una crisi più profonda del rapporto fra Stato e cittadino⁴⁰.

teso di divenire universale, appunto l’“ideologia della libertà” – mostrano inquietanti segni di erosione».

³⁷ G.M. FLICK, *Dei diritti e delle paure*, in S. MOCCIA (a cura di), *op. cit.* in nota 3, p. 71.

³⁸ Cfr. E. LO MONTE, *op. cit.* in nota 30, p. 441.

³⁹ Evidenzia E. MUSCO, *Consenso e legislazione penale*, cit. in nota 30, p. 88, come una delle cause del rapporto tra il crescente bisogno di sicurezza ed il panpenalismo sia da ricercarsi nella «crisi [...] del sistema di rappresentanza degli interessi sociali, nel passaggio da società articolate con forti meccanismi di controllo di tipo sociale a società complesse sempre più anonime, automatizzate, tecnologizzate: crisi che allarga ed aumenta il bisogno di sicurezza e sollecita – a livelli di psicologia collettiva e individuali – il ricorso a rimedi e a strumenti di difesa “forti”, e quindi al meccanismo istituzionale tradizionalmente considerato il più idoneo a fronteggiare le (più gravi) rotture delle regole della convivenza civile».

⁴⁰ Cfr. G. FIANDACA, E. MUSCO, *Perdita di legittimazione del diritto penale?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, pp. 36 ss., laddove precisano che il pericolo maggiore è proprio che «risulti fortemente indebolita la credibilità complessiva del sistema penale e che perciò venga meno anche da questo punto di vista la fiducia istituzionale dei cittadini. [...] la possibilità di incorrere nella commissione di un reato finisce col dipendere sempre più dal caso». Nello stesso senso M. SBRICCOLI, *Giustizia criminale*, in ID., *Storia del diritto penale. Scritti editi e inediti (1972-2007)*, tomo I, Milano, 2009, p. 42, e ID., *Caratteri originari e tratti permanenti del sistema penale italiano (1860-1990)*, in ID., *op. cit.*, pp. 664 ss., laddove evidenzia come l’ipertrofia determini un severo indebolimento della normatività statale complessiva e lo “sfiancamento” della normatività penale; il dato di pericolo, dunque, non sta solo nell’ipertrofia del penale come proble-

La collettività per schermirsi dalle proprie paure non trova di meglio che rifugiarsi nella richiesta di punizioni esemplari, senza preoccuparsi se da ciò discenda una limitazione dei diritti fondamentali, sull'illusoria supposizione che queste limitazioni tocchino gli "altri". In sintesi, il bisogno di tutela espresso dalla comunità si converte in domanda di pena. Il potere statale assecondando tali spinte irrazionali amplia la portata del penalmente rilevante e vulnera, di fatto, gli spazi di libertà⁴¹.

Pare tuttavia dubbio che l'assecondare un consenso che trova la sua genesi in un'esigenza di sicurezza che muove spesso da spinte irrazionali possa realmente condurre ad un controllo dei fenomeni criminali che si desidera "combattere": «con la ricerca di un siffatto consenso si consuma piuttosto un rituale in funzione aggregante ed in chiave stabilizzante che è strabico rispetto al problema che si intende risolvere, perché si preoccupa degli effetti sulla società e non della funzionalità ed efficienza della soluzione in termini politico-criminali»⁴². Da ciò deriverebbe una pesante perdita di realtà ad opera di tutti gli attori del sistema politico-sociale: «la legislazione penale diviene una fabbrica di illusioni dentro la quale trovano insieme collocazione il popolo sciocco ed ignavo e gli attori del sistema politico»⁴³.

Se da un lato dunque il legislatore asseconda i timori della popolazione, ricorrendo spesso a leggi simboliche, al fine di «aggregare il più ampio consenso presso l'opinione pubblica, accreditando fra i cittadini una *immagine* di capacità ed efficienza»⁴⁴, dall'altro pare però difficile fugare il dubbio che vi sia una manipolazione del consenso stesso⁴⁵. In

ma in sé, ma soprattutto nei segni di crisi che vengono dallo Stato che la produce e dalla sua inconsapevolezza.

⁴¹ E. LO MONTE, *op. cit.* in nota 30, p. 439.

⁴² E. MUSCO, *Consenso e legislazione penale*, cit. in nota 30, p. 88.

⁴³ E. MUSCO, *Consenso e legislazione penale*, cit. in nota 30, p. 88.

⁴⁴ E. MUSCO, *Consenso e legislazione penale*, cit. in nota 30, p. 87; cfr. E. LO MONTE, *op. cit.* in nota 30, pp. 437 s.: «l'intervento legislativo assume nel caso di lotta al terrorismo internazionale, non diversamente da quanto si è verificato per le associazioni eversive, i caratteri di messaggio rassicurante delle ansie diffuse».

⁴⁵ Vi sarebbe, infatti, un tipo di consenso «ricercato per via politica con tutti i mezzi delle moderne scienze della comunicazione mediale e quindi anche con lo strumento della manipolazione più sofisticata. Ebbene: proprio un consenso manipolato sta alla base della nascita e dello sviluppo progressivo del fenomeno della criminalizzazione a

particolare, il fenomeno terroristico diviene «“grande fonte di solidarietà sociale”, oltre che efficace strumento di controllo sociale, attraverso la stimolazione di forme di moralità collettiva e di esclusione»⁴⁶. Si è ancora precisato che la paura rappresenta un capitale in mano ai politici⁴⁷, «uno strumento di persuasione da utilizzare con metodo sulla popolazione, attraverso cui indurre all’accettazione di provvedimenti restrittivi della libertà in cambio di promesse securitarie. Il processo [...] non è immediato né trasparente. Agisce progressivamente, attraverso una strategia che si dipana nel tempo»⁴⁸. Il pericolo più grave è proprio quello di un’enfattizzazione e strumentalizzazione delle paure e insicurezze sociali al fine di «veicolare limiti alle libertà, secondo il criterio dell’innesto all’apparenza innocuo e senza effetti collaterali: come un veleno che – assunto in dosi insignificanti, ma continue – determina l’assuefazione e, quindi, la tolleranza dell’organismo»⁴⁹.

tappeto e della contemporanea perdita di effettività della repressione penale»: E. MUSCO, *Consenso e legislazione penale*, cit. in nota 30, p. 85; cfr. C. PRITTWITZ, *La concorrenza diseguale tra sicurezza e libertà*, in M. DONINI, M. PAVARINI (a cura di), *Sicurezza e diritto penale*, Bologna, 2011, p. 117. Circa il ruolo dei *mass media* nella rappresentazione del crimine si veda G. FORTI, M. BERTOLINO (a cura di), *La televisione del crimine*, Milano, 2006. In generale sul rapporto tra consenso sociale e diritto penale cfr. M. ROMANO, *Legislazione penale e consenso sociale*, in *Jus*, 1985, pp. 413 ss. e C.E. PALIERO, *Consenso sociale e diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, pp. 849 ss. Per un’analisi linguistica assai critica della retorica politica nella lotta al terrorismo nella recente esperienza statunitense si veda J. COLLINS, R. GLOVER (a cura di), *Linguaggio collaterale. Retoriche della “guerra al terrorismo”*, Verona, 2006.

⁴⁶ A. DINO, *I media e i «nemici» della democrazia*, in *Questione giustizia*, 2006, n. 4, p. 839.

⁴⁷ Sul rapporto tra «nomorrea penale» e paura si veda la tesi di dottorato di R. DIMATTEO, *Il diritto penale tra principio di extrema ratio e realtà di overcriminalization. Ragione discorsiva, razionalità empirica e democrazia penale: riflessioni intorno alla giustiziabilità del principio di sussidiarietà*, Trento, 2010, pp. 69 ss.

⁴⁸ A. DINO, *op. cit.* in nota 46, p. 837; nello stesso senso: E. LO MONTE, *op. cit.* in nota 30, p. 437, il quale fa riferimento a «precise scelte politico-criminali, che partono da lontano e si proiettano nel futuro e non, viceversa, una risposta, seppur irrazionale – e come tale comunque censurabile – finalizzata a fronteggiare l’emergenza terrorismo». Per un’analisi molto critica e provocatoria si veda H. PRANTL, *Der Terrorist als Gesetzgeber. Wie man mit Angst Politik macht*, München, 2008.

⁴⁹ G.M. FLICK, *op. cit.* in nota 37, p. 76, che definisce tale effetto di «mitridatismo sociale» verso l’indebolimento dei diritti il rischio più serio per questi ultimi.

Una delle fallacie del ragionamento – costituente il principale “grimaldello” nella ricerca del consenso sociale all’introduzione per esigenze di tutela della sicurezza di provvedimenti limitativi⁵⁰, si suppone, solo di libertà altrui – risiede nella presunzione circa l’esistenza di una *logica binaria*, secondo la quale quella del cittadino e quella del “nemico” sarebbero da reputarsi categorie del tutto eterogenee e incomunicabili; si è precisato a riguardo come per il principio dei vasi comunicanti, gli strappi intervenuti in un settore del sistema tendano sempre ad estendersi⁵¹: «le “perversioni” degli ordinamenti giuridici possono nascere in un loro riposto angolo, ma poi irresistibilmente si diffondono e contagiano l’intero sistema»⁵².

È soprattutto l’argomentazione eticizzante della contrapposizione fra amici e nemici⁵³, fra bene e male, si ribadisce, a rappresentare lo strumento principe per l’erosione di spazi di libertà, instillando l’idea di un’inevitabile restrizione delle libertà in favore della sicurezza, in ragione di un’asserita dicotomia fra sicurezza e libertà posta in termini di incompatibilità⁵⁴, sul presupposto che il probato cittadino non avrebbe

⁵⁰ Cfr. P. MOROSINI, *op. cit.* in nota 18, p. 688 che evidenzia come spesso si assista ad uno sfruttamento dei governi, pronti, talvolta, ad alimentarlo ad arte, del bisogno di sicurezza, per giustificare un maggiore controllo sui cittadini; anche con limitazioni dei diritti in casi che con il terrorismo non hanno niente a che fare. L’altra fallacia, come si vedrà, è data dalla contrapposizione in termini assoluti fra libertà e sicurezza, che si asserisce figlia di una dicotomia insanabile; cfr. E. LO MONTE, *op. cit.* in nota 30, p. 436; A. CAPUTO, *op. cit.* in nota 24, pp. 630 ss.

⁵¹ L. PEPINO, *op. cit.* in nota 20, p. 870. Nello stesso senso, circa il rischio che la lotta al terrorismo porti all’introduzione nel sistema penale di distorsioni suscettibili di espandersi ad altri settori: F. RESTA, *op. cit.* in nota 3, p. 293.

⁵² S. RODOTÀ, *op. cit.* in nota 34, p. 56. Con particolare riferimento ai rischi di “contagio” rispetto agli istituti processuali si veda L. MARAFIOTI, *Emergenza e diritti nel processo penale: un conflitto permanente*, in S. MOCCIA (a cura), *op. cit.* in nota 3, pp. 109 ss.

⁵³ Evidenzia D. PULITANÒ, *Sicurezza e diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, p. 556, come «i discorsi sulla sicurezza tendono pericolosamente a dividere il mondo in campi contrapposti: da un lato i cattivi (spesso brutti e sporchi) che mettono in pericolo la sicurezza, dall’altro lato i cittadini perbene, preoccupati della loro sicurezza».

⁵⁴ Cfr. E. LO MONTE, *op. cit.* in nota 30, p. 441; V. MASARONE, *op. cit.* in nota 3, pp. 177 s., laddove si fa riferimento alla tendenza a fondare la risposta all’allarme terroristico

nulla a temere e, anzi, una sua eventuale resistenza sarebbe quantomeno sospetta⁵⁵.

Il riflesso più evidente della “distorsione” evidenziata risiede nella perdita da parte del diritto penale del suo carattere frammentario, per diventare onnicomprensivo, totalizzante, con un «drastico rovesciamento dei postulati tradizionali: frammentaria ora è la libertà. È la libertà – cioè l’area di liceità penale – che sussiste in virtù di specifiche eccezioni, di specifici privilegi»⁵⁶.

sulla contrapposizione, erroneamente ritenuta irriducibile, fra difesa delle libertà individuali e il perseguimento di un obiettivo di sicurezza. Il diritto alla sicurezza pare rappresentare «la parola d’ordine di politiche (anche del diritto penale) che fanno della sicurezza la chiave di tutto: un’esigenza presentata come così fondamentale, da spostare sullo sfondo i problemi di garanzia liberale»: D. PULITANÒ, *Lo sfaldamento del sistema penale e l’ottica amico-nemico*, in *Questione giustizia*, 2006, p. 741; nello stesso senso, M. DONINI, *Sicurezza e diritto penale*, in *Cass. pen.*, 2008, p. 3562, il quale parla di sicurezza come “parola d’ordine o parola magica”; cfr. F. PALAZZO, *Contrasto al terrorismo...*, cit. in nota 26, p. 673, laddove evidenzia il rischio di un diritto alla sicurezza onnivoro rispetto a tutti gli altri diritti fondamentali, con l’esito finale di tale operazione mistificatoria di uno scardinamento dell’intero sistema di tutela costituzionale; cfr. M. BOVERO, *Premessa. Il fantasma della libertà*, in ID. (cura di), *Quale libertà*, cit. in nota 34, pp. IX s.; A. CAVALIERE, *Può la ‘sicurezza’ costituire un bene giuridico o una funzione del diritto penale*, in *Critica del diritto*, 2009, pp. 43 ss. In generale sul rapporto tra sicurezza e diritto penale si veda anche M. DONINI, M. PAVARINI (a cura di), *op. cit.* in nota 45. Con riferimento alla dottrina tedesca si vedano i recenti contributi di K. GIERHAKKE, *Der Zusammenhang von Freiheit, Sicherheit und Strafe im Recht. Eine Untersuchung zu den Grundlagen und Kriterien legitimer Terrorismusprävention*, Berlin, 2013 e R. VOIGT (a cura di), *Sicherheit versus Freiheit. Verteidigung der staatlichen Ordnung um jeden Preis?*, Wiesbaden, 2012, e letteratura ivi citata.

⁵⁵ Si tratta di un’argomentazione questa, spesso evocata con riferimento alle possibilità offerte dalle nuove tecnologie in tema di controlli e alle connesse limitazioni della sfera della *privacy*, giustificate in ragione di asserite esigenze di tutela della collettività. Ammonisce a riguardo S. RODOTÀ, *op. cit.* in nota 34, p. 59: «lo “uomo di vetro” è, storicamente, metafora totalitaria perché, reso un omaggio di facciata alle virtù civiche, nella realtà lascia il cittadino inerme di fronte a chiunque voglia impadronirsi di qualsiasi informazione che lo riguardi. Anzi, proprio adottando l’argomento del buon cittadino che nulla ha da nascondere, si fa divenire automaticamente sospetto chiunque voglia mantenere una sfera di riservatezza, intimità, libertà».

⁵⁶ F. SGUBBI, *Il reato come rischio sociale. Ricerche sulle scelte di allocazione dell’illegalità penale*, Bologna, 1990, pp. 11 s.; nello stesso senso E. LO MONTE, *op. cit.* in nota 30, p. 439.

6. Riflessioni conclusive

Si è evidenziato come una delle cause dell'incertezza del diritto penale sia data dalla precarietà della norma, essa sarebbe «in un continuo divenire: nasce come manufatto semilavorato che viene elaborato, approvato, pubblicato, diventa sì vigente ma viene poi affidato alla realtà pratica per il suo rodaggio. La legge nasce come sperimentale. La legge, poi, ha vita breve: talvolta diventa rapidamente desueta e dimenticata, altre volte viene gettata via perché l'esperimento legislativo non è riuscito oppure ha dati risultati opposti a quelli auspicati»⁵⁷.

Potremmo dunque, di fronte ad una disapplicazione fattuale della norma in commento⁵⁸, giustificata per la sua intrinseca contraddittorietà nella formulazione rispetto agli scopi⁵⁹, licenziare la stessa come un esperimento non riuscito del legislatore e come futili «esercizi di retorica accademica» le riflessioni che precedono, eppure non riusciamo ad allontanare il timore circa una lenta erosione delle fondamenta stesse dello Stato di diritto come tradizionalmente concepito, consistente nel rovesciamento di quel rapporto garantistico di «regola (libertà)/eccezione (illiceità)»⁶⁰.

⁵⁷ F. SGUBBI, *Il diritto penale incerto ed efficace*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, pp. 1194 s.

⁵⁸ Il riferimento è all'art. 2-bis, rispetto al quale non è stato possibile individuare alcuna pronuncia nelle principali banche dati; si sono reperite solo notizie giornalistiche sull'avvio di indagini. E qui si porrebbe anche la riflessione circa la strumentalità della norma in un'ottica non tanto sanzionatoria, ma preventiva, soprattutto con riferimento a strumenti d'indagine e processuali; riflessione che purtroppo non è possibile sviluppare in tale sede.

⁵⁹ Cfr. E. MORI, *Commento alla Legge 31 luglio 2005, n. 155*, reperibile sul sito www.earmi.it, il quale, in particolare, con riferimento alla diffusione telematica evidenzia come il legislatore non abbia tenuto conto di cosa sia realmente *internet* e delle reali possibilità di controllo.

⁶⁰ Nello stesso senso M. AINIS, *La legge oscura. Come e perché non funziona*, Roma-Bari, 2010, p. 15, il quale evidenzia con riferimento alle leggi ineffettive: «si dirà: poco male, ciò significa soltanto che la loro approvazione risulta a conti fatti inutile, uno spreco d'energie parlamentari che avrebbero potuto meglio indirizzarsi. E invece le leggi inapplicabili producono un vero e proprio danno nei riguardi del sistema giuridico, della sua tenuta complessiva. Stanno lì, e dunque non può escludersi che prima o poi a qualcuno venga in mente di riesumarle per corroborare letture partigiane di questo

L’esperienza ha insegnato che le norme paiono vivere di vita propria, seguendo percorsi diversi da quelli che il legislatore volle loro attribuire⁶¹; le norme penali hanno mostrato nel tempo di possedere una straordinaria vitalità, capacità di adattamento e di sopravvivenza; esse assumono talora la natura di “norme sanzionatorie dormienti”.

Senza voler apparire eccessivamente retorici, vi è da chiedersi cosa si potrebbe mai opporre a quel pubblico ministero che, a fronte di una rete pervasa da informazioni sulla preparazione e sull’utilizzo di esplosivi⁶², decida un giorno di iscrivere nel registro degli indagati⁶³ uno studente universitario che nella noia di un pomeriggio avesse deciso di

o quell’istituto normativo[...]. In ogni caso esse si traducono in altrettante fonti di “rumore” nell’ordinamento, sono agenti inquinanti, bolle d’aria che tolgono forza all’efficacia precettiva del diritto: come diceva Montesquieu, “le leggi inutili indeboliscono le leggi necessarie”».

⁶¹ Cfr. ad es. E. CESQUI, *Conflitto politico-sociale e intervento penale: alcuni casi esemplari*, in *Questione giustizia*, 2006, p. 788, che nell’ottica della necessità di contestualizzazione delle norme, evidenzia come «le norme nascono per vivere autonomamente dalle condizioni che le hanno determinate». L’affermazione in tal caso si pone in un’ottica garantistica, come impegno per l’interprete e vincolo nell’applicazione della legge. Sia pur in un diverso contesto e in un’ottica più che descrittiva, “fondativa”, cfr. A.M. SANDULLI, *Natura, funzione ed effetti delle pronunce della Corte costituzionale sulla legittimità delle leggi*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1959, pp. 46 s.: «le norme contenute in una legge non vanno considerate come atti di volontà del legislatore, bensì come comandi giuridici, dotati di energia e di vita propria, i quali, una volta “calati” nel sistema dell’ordinamento giuridico, del quale vengono a far parte integrante, rappresentano di questo le componenti, assolutamente svincolate dagli intenti di chi le ideò e le volle».

⁶² Per rendersene conto basti inserire in un qualsiasi motore di ricerca le parole armi, *molotov*, etc. In un articolo pubblicato sul sito del giornale “la Repubblica” nel 2008, nel riportare la notizia dell’arresto, avvenuto a Roma, di cinque ragazzi fra i 17 e 18 anni, tutti incensurati, sorpresi dalle forze dell’ordine mentre stavano lanciando contro un muro degli ordigni esplosivi costruiti sulla base delle informazioni reperite su *Youtube*, si evidenziava che non era difficile trovare *video tutorial* sul sito in questione e che uno tra i filmati più di successo in quel momento era proprio quello di un gruppo di ragazzi americani che spiegava come creare una *molotov* perfetta in sette semplici mosse.

⁶³ Come ci ricorda M. AINIS, *La legge oscura...*, cit. in nota 60, p. 85: «non può escludersi che dopo anni d’oblio a qualcuno venga in mente di chiedere il conto della legge inapplicabile».

postare sul suo *blog* le istruzioni sulla preparazione di una *molotov*, o, ancora, iscrivesse i responsabili di un forum di chimica (o di appassionati di fuochi d'artificio), dal quale, in base all'analisi del *personal computer* di un terrorista, risulti che questi abbia reperito le informazioni per la preparazione dell'aggressivo chimico utilizzato in un attentato⁶⁴. Ma soprattutto, in caso di condanna, come potremmo giustificare di fronte al cittadino l'inflizione di quella sofferenza legale che va sotto il nome di sanzione penale, rimanendo coerenti ai principi di uno Stato liberaldemocratico e alle moderne teorie sugli scopi della pena⁶⁵?

La giurisprudenza ha mostrato negli anni una particolare sensibilità nel ripudiare degenerazioni sistemiche, ergendosi spesso a garante dei diritti fondamentali⁶⁶, ma la difesa della democrazia, com'è stato preci-

⁶⁴ Nel 2002 uno studente finlandese di chimica di 19 anni, Petri Gerdt, provocò la morte di sette persone, con numerosi feriti, in un attentato suicida presso un centro commerciale alla periferia di Helsinki. Nei giorni successivi al fatto l'Ufficio nazionale di investigazioni finlandese (NBI) provvide a mettere in stato di fermo due ragazzi per avere scambiato informazioni con l'attentatore tramite la *chat room* "Il foro per la chimica domestica", gestito da un ragazzo di diciassette anni che si faceva chiamare "Einstein"; notizia tratta dal sito del "Corriere della Sera".

⁶⁵ Da un lato si pone un problema di coerenza cfr. C. SOTIS, *Le "regole dell'incoerenza". Pluralismo normativo e crisi postmoderna del diritto penale*, Roma, 2012, pp. 11 s.: «Non vi è, non vi sarà mai (meglio: non vi dovrà mai essere), alcuna giustificazione in grado di indicare razionalmente la qualità e la quantità di sofferenza da somministrare a chi ha commesso un crimine. Per questo, le ragioni della coerenza in diritto penale si fanno, tuttavia, ancora più pressanti: infliggere pene non è razionale, ma senza razionalità il carico di sofferenza inferta cresce esponenzialmente. E senza coerenza non vi può essere razionalità»; dall'altro, il problema del finalismo rieducativo, giacché, come si è precisato, affinché la pena possa anche solo aspirare a realizzare tale fine, occorre che il reo possa percepire l'inflizione di tale sofferenza legale «come una risposta giustificata e necessaria in rapporto a lui, e soltanto a lui»: T. PADOVANI, *Teoria della colpevolezza e scopi della pena. Osservazioni e rilievi sui rapporti fra colpevolezza e prevenzione con riferimento al pensiero di Claus Roxin*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1987, p. 831.

⁶⁶ La giurisprudenza ha mostrato la sua "resistenza" nel ripudiare un'eccessiva anticipazione della punibilità, sforzandosi di individuare parametri concreti di pericolosità, in ossequio al principio di offensività. In tal senso si valuti lo sforzo profuso, proprio con riferimento al delitto di cui all'art. 270-*quinquies* c.p., nella sentenza Cass. pen., 29670/11, cit. in nota 4, per ancorare la punibilità ad una «oggettiva idoneità della con-

sato⁶⁷, impone «una sfiducia istituzionalizzata», e il genoma del penalista vede nel vincolo della norma un baluardo a difesa della libertà: «la determinatezza non è una *pruderie* da intellettuali né da professori, ma è una garanzia essenziale di difesa della libertà è, innanzitutto, difesa dal possibile arbitrio giudiziale»⁶⁸.

Ma è altresì lo stesso potere giudiziario, tramite la lesione dei principi in oggetto, a venir esposto al pericolo di una compromissione della sua funzione e credibilità, con conseguente «crisi di identità del magistrato»⁶⁹, giacché il magistrato che applichi una norma priva dei requisiti di chiarezza, accessibilità e prevedibilità nei suoi effetti, «viola il principio della sicurezza giuridica dei cittadini, che è un principio cardine di ogni società democratica»⁷⁰.

Per porre rimedio a quell'inversione fra regola ed eccezione, più volte richiamata, il primo passo non pare che poter essere non già quello di limitarsi a potare i rami secchi, ma più significativamente «di disboscare quella selva che è diventato il diritto penale odierno, per aver voluto soddisfare la pretesa di governare surrettiziamente – con la penalizzazione pletorica – la società»⁷¹; prendendo al contempo realmente coscienza del fatto che «l'esigenza del primato della politica criminale richiede che la politica finalizzata alla prevenzione del delitto non si

dotta a realizzare l'evento costituente l'obiettivo della condotta». Per altre riflessioni sul punto si veda F. VIGANÒ, *op. cit.* in nota 28, p. 140.

⁶⁷ Cfr. S. MOCCIA, *Brevi note in materia di prassi dei diritti fondamentali*, in ID. (a cura di), *op. cit.* in nota 3, p. 158, richiamandosi a Max Weber e Habermas.

⁶⁸ *Ibidem*, p. 158.

⁶⁹ Così il Procuratore generale della Corte Suprema di Cassazione, dott. Vitaliano Esposito, il 30 gennaio 2009, in occasione dell'intervento all'Assemblea Generale della Corte sull'amministrazione della giustizia nell'anno 2008. Reperibile sul sito www.corte.dicassazione.it.

⁷⁰ *Ibidem*.

⁷¹ E. MUSCO, *Consenso e legislazione penale*, cit. in nota 30, p. 91. Seguendo la metafora di M. SBRICCOLI, *Caratteri originari...*, cit. in nota 40, p. 657, occorre sforzarsi di distinguere la terra ferma dalla sua corona di atolli e scogli fatta di pericolosità e presunzioni, prevenzioni soggettive, tutele anticipate, selettività, deterrenze e dissuasioni, modelli differenziati, illeciti minori e introvabili etc.; occorre riscoprire quello che l'autore citato definisce «il penale della civiltà: quello che ha impiegato millenni a portarci fuori dalla vendetta e qualche secolo a (cercare di) farsi luogo della giustizia costruita con la certezza, con la garanzia e con la libertà», *ibidem*, p. 658.

esaurisca nella risposta punitiva, ma anzi si rassegni a questa solo dopo (e in ogni caso senza prescindere dall'esigenza) che lo Stato abbia adempiuto integralmente alla lotta alle cause del crimine con gli strumenti extrapenalistici di prevenzione»⁷².

Il ripristino della razionalità del sistema non può che passare attraverso un processo che, nel rifiutare ipocrisie di forma, miri ad una rinnovata "educazione" alla cultura della legalità⁷³. Solo così, tramite una strategia integrata, in cui sia riconosciuto il giusto primato alle contropunte culturali-sociali⁷⁴, recuperando al contempo la funzione sussidiaria del diritto penale, quale strumento di *extrema ratio*⁷⁵ che vincoli il

⁷² M. DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, Milano, 2004, p. 78. E, proprio con riferimento al problema della sicurezza, si rileva che «sappiamo benissimo che il diritto penale, di per sé, non produce sicurezza [...] l'idea corrente che indentifica maggiore severità punitiva con maggiore sicurezza è, puramente e semplicemente, un'idea sbagliata. È la menzogna recitata da politiche che promettono maggiore sicurezza [...] attraverso un ricorso inflazionato alla minaccia di pene detentive e alla messa in scena di una muscolosa severità»: D. PULITANO, *Sicurezza e diritto penale*, cit. in nota 53, p. 566.

⁷³ Quelli che si potrebbero definire processi di interiorizzazione del precetto, non solo del contenuto della norma quanto della sua stessa valenza. Evidenzia C. PEDRAZZI, voce *Diritto penale*, in *Dig. disc. pen.*, IV, Torino, 1990, p. 68: «fra coscienza sociale e imperativi giuridico-penalistici tende a instaurarsi un rapporto circolare: una legge penale che affondi le radici nella coscienza sociale può ambire al tempo stesso a plasmarla. In un ordinamento complessivamente legittimato nella coscienza sociale (in primo luogo vigorosamente deflazionato) può assurgere a precetto morale la stessa osservanza della legge positiva, anche nei contenuti eticamente neutrali».

⁷⁴ Ci ricorda F. MANTOVANI, *Il vero «diritto penale minimo»: la riduzione della criminalità?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, p. 877, che il vero dramma dell'attuale diritto penale è dato dalla sua «crisi di solitudine» poiché è venuta meno la prioritaria contropunta culturale-sociale. È da tempo, ormai, che, anche in realtà straniere, si evidenzia come il processo di anonimizzazione, innescato dalla società di massa, peraltro "aggravata" dalla spersonalizzazione spesso legata al progresso tecnologico, abbia prodotto una riduzione del bagaglio di valori pre-giuridici (*vorrechtlichen Wertvorstellungen*), cfr. H.-J. VOGEL, *Zur Diskussion um die Normenflut*, in *JZ*, 1979, pp. 322 ss. Si veda anche quanto già riportato in nota 39.

⁷⁵ Il riposizionamento del diritto penale nel suo originario alveo rappresenterebbe un recupero della sua centralità che gli viene dall'essere mezzo di garanzia, strumento di tutela delle libertà e criterio per la misurazione del grado di civiltà di un ordinamento: «quando si invoca per esso un ruolo di *extrema ratio*, e si indica la direzione di una

ricorso alla sanzione ad un reale e colpevole disvalore della condotta, senza lasciare che sia il “fato” a governare la pena, si potrà ridare credibilità allo strumento penale.

sua “minimizzazione”, non si fa che richiamarlo alla sua storica centralità: vaglio e metro del carattere intimamente liberale della società e delle sue istituzioni»: M. SBRICCOLI, *Caratteri originari...*, cit. in nota 40, p. 669. Sul principio di *ultima ratio*, si veda anche il recente contributo di G.P. DEMURO, *Ultima ratio: alla ricerca di limiti all'espansione del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, pp. 1654 ss.

LA NORMALIZZAZIONE DELLA PREVENZIONE ECCEZIONALE DEL CRIMINE GLOBALE

IMPROVVISAZIONE “CON UNA MANO LEGATA” IN QUATTRO TEMPI E FINALE SULL’EMERSO DIRITTO DELLA PREVENZIONE CRIMINALE NEGATIVA

Lorenzo Pasculli

SOMMARIO: 1. *Preludio. Il problema.* 2. *Andante agitato. Cause, modi, contesto.* 3. *Moderato sostenuto. Fondamenti.* 4. *Adagio nobile. Limiti.* 5. *Finale.*

1. Preludio. Il problema

In qualsiasi stato di diritto o governato dalla *rule of law*¹ la libertà è la regola, mentre la limitazione della libertà personale è l’eccezione, cioè una deroga – giustificata solo dalla stretta necessità, come già insegnavano Montesquieu e Beccaria² – che la meticolosa elaborazione moderna e liberale aveva inteso confinare entro i limiti di quel settore del diritto pubblico che chiamiamo diritto penale. Un diritto del tutto peculiare rispetto agli altri rami dell’ordinamento, una sorta di *jus exceptum* “normalizzato” nel corso del tempo³, anche perché, in quanto *jus*, rimane depositario di quelle istanze di giustizia e di garanzia che ne

¹ Per una sintetica esposizione delle differenze fra stato di diritto e *rule of law*, v. G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Torino, 1992, pp. 21 ss.

² “*Toute peine qui ne dérive pas de la nécessité est tyrannique*”: MONTESQUIEU, *De l’Esprit des Lois*, Paris, 1748, Livre XIX, Ch. XIV, ma Beccaria estenderà il principio a “ogni atto di autorità di uomo a uomo” [C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, (1764), Milano, 2007, § II].

³ Attingo da M. DONINI, *Il diritto penale di fronte al “nemico”*, in *Cass. pen.*, 2006, pp. 735 ss., cui rinvio (soprattutto parte seconda, par. 2) per ulteriori considerazioni.

fanno il primo strumento di tutela dei diritti e delle libertà del reo (la lisztiana *Magna Charta* del delinquente)⁴.

Eppure, oggi, nell'“età dei diritti”⁵, negli ordinamenti occidentali (che si dicono stati di diritto) proliferano, al di fuori dei principi del diritto e del processo penale liberale, misure restrittive o privative delle libertà fondamentali della persona (“misure individuali negative”)⁶ destinate a neutralizzare soggetti ritenuti pericolosi anche prima che abbiano commesso alcun reato (*praeter* o *extra delictum*, o, secondo un linguaggio di *common law*, *pre-crime* e *pre-conviction*). Lo scopo, si dice, è quello di prevenire le più disparate “minacce” nei confronti delle società globalizzate, spesso qualificate come emergenze. Se il diritto penale liberale è l'eccezione (normalizzata), queste misure si atteggiavano a eccezioni dell'eccezione.

Non è finita. Almeno a partire dal secondo dopoguerra, la prassi di ricorrere a compressioni della libertà *extra ordinem* si è talmente radicata nei sistemi giuridici che le critiche che da più parti le sono state rivolte, anziché sortire l'effetto di ridurla ai minimi termini, hanno ottenuto l'effetto opposto. Opportunamente ingentilite onde renderle più accettabili, ma pur sempre esorbitanti dai principi del diritto penale liberale, le misure negative pre-delittuali si sono sedimentate negli ordinamenti nazionali e sovranazionali quali strumenti perfettamente *ordinari* di prevenzione del crimine, sempre più globalizzato. Così, in definitiva, in molti ordinamenti convivono un diritto (eccezionale normalizzato) delle compressioni della libertà personale conseguenti alla commissione di un reato (*diritto penale*) e un diritto (eccezionale normalizzato) delle compressioni della libertà personale antecedenti la commissione di un reato (*diritto della prevenzione criminale negativa*)

⁴ F. VON LISZT, *Über den Einfluss der soziologischen und anthropologischen Forschungen auf die Grundbegriffe des Strafrechts* (1893), in ID., *Vorträge und Aufsätze*, Neudruck, 1970, pp. 78 ss.

⁵ N. BOBBIO, *L'età dei diritti*, Torino, 1990 e L. HENKIN, *The Age of Rights*, New York, 1990.

⁶ Sia consentito, anche per ulteriori riferimenti, il rinvio al mio *Le misure di prevenzione del terrorismo e dei traffici criminali internazionali*, Padova, 2012 (ulteriori sviluppi in L. PASCULLI, *Dangerous Prevention. A General Theory of the Negative Measures of Global Crime Prevention*, Padova, di prossima pubblicazione).

derogatorio del primo, eppure anch'esso ampiamente normalizzato e, perciò – ecco il rischio – suscettibile di essere a sua volta eccepito da misure ancor più derogatorie (misure “senza diritto”). Sul campo del confronto fra questi due “diritti di contrasto alla criminalità” si gioca la partita della tutela dei diritti umani fondamentali, come vedremo.

La tesi che sosterrò, pur nella connaturata brevità e disinvoltura di questo scritto, è quella per cui nell'era globale l'emergenza e il diritto dell'eccezione rappresentano ormai un modello *ordinario* di *governance*, sollecitato in parte dai problemi imprevedibili, inediti e, sovente, urgenti (a volte anche legittimamente qualificabili come autentiche emergenze) proposti dalla globalizzazione e spesso incarnati in manifestazioni criminose che chiamiamo “crimine globale” (peraltro in molti casi indotte da miopi politiche nazionali e internazionali), in parte (soprattutto?) dalla sopravvenuta inadeguatezza della tradizionale conformazione giuridico-costituzionale dei poteri politici degli Stati-nazione (e, aggiungo, delle organizzazioni inter- e sovra-nazionali che ne restano pur sempre espressione) a farvi fronte. Il processo di normalizzazione dell'emergenza, anche nell'ambito della prevenzione del crimine, lungi dall'essere reversibile, potrebbe rappresentare l'esito di un percorso entropico – incoerente ed estemporaneo – di adattamento alle rapide e imprevedibili evoluzioni dell'era globale, segno inequivocabile della necessità di un radicale ripensamento delle strutture di potere e di governo non solo del crimine globale, ma, in fondo, dello stesso consorzio umano.

Nondimeno, in attesa che più ampie rivoluzioni istituzionali sappiano adeguare i sistemi di potere e di giustizia nazionali e inter-nazionali al mutare dei tempi, il modello di *emergency governance* nell'ambito della prevenzione del crimine merita attenta considerazione critica da parte dei giuristi (oltre che dalle altre scienze umane e sociali), in quanto foriero di problemi spesso non meno drammatici rispetto a quelli della criminalità che si propone di combattere. Proporrò quindi alcune riflessioni scaturite dall'esigenza di verificare, sul breve termine e nella contingenza, la legittimità di tale modello, alla ricerca, in particolare, di un possibile fondamento e di possibili limiti.

Una premessa metodologica: non intendo emergenza ed eccezione quali sinonimi. Per emergenza intendo la fattispecie concreta (quindi

una situazione di fatto) che necessita di essere affrontata e che s'intende disciplinare, mentre per eccezione intendo la deroga a una disciplina giuridica ordinariamente prevista per tempi e circostanze normali (quindi un concetto relazionale di diritto) che si vuole applicare alla fattispecie emergenziale. Per avviare il mio discorso implicherò le nozioni (vicine a quelle di senso comune) di emergenza e di eccezione così come tratteggiate sinora, nella speranza, però, di riuscire a fornire, all'esito di un primo rapido *excursus*, una maggiore specificazione dei contenuti che l'emergenza dovrebbe assumere (in fatto, ma eventualmente anche in diritto, quale possibile fattispecie normativa astratta) per legittimare il ricorso all'eccezione.

2. *Andante agitato. Cause, modi, contesto*

L'analisi del dato storico-normativo, anche comparatistico, dimostra come, a partire dal secondo dopoguerra, l'impiego di poteri emergenziali, soprattutto governativi, nei settori più disparati della vita e del diritto sia diventato una prassi ricorrente – a dispetto della congenita eccezionalità di tali poteri – in ogni ordinamento occidentale. In Italia, ad esempio, la possibilità per il Governo di emanare atti aventi forza di legge era del tutto eccezionale sotto la vigenza dello Statuto albertino⁷ e fu abusata dal governo fascista⁸. Negli ultimi sessant'anni, però, proprio grazie all'introduzione di meccanismi di controllo parlamentari e giurisdizionali ad opera della Costituzione repubblicana, è diventata strumento del tutto ordinario per governare le più disparate (e talora discutibili) emergenze, pacificamente accettato addirittura quale fonte di diritto penale. Analogamente, *mutatis mutandis*, in Canada e negli Stati Uniti i poteri emergenziali arrogati dai rispettivi esecutivi nel corso dei due conflitti mondiali sono stati utilizzati, eventualmente supportati da provvedimenti legislativi di delega o ratifica e noncuranti delle critiche delle corti, anche dopo la fine delle ostilità per fronteggiare sempre nuove “emergenze” sino a diventare parte dell'*ordinary gov-*

⁷ Cfr. M. FIORAVANTI, *Le potestà normative del governo: dalla Francia d'ancien régime all'Italia liberale*, Milano, 2009, p. 248.

⁸ Cfr. la l. n. 100 del 31 gennaio 1926.

ernance⁹; sino a culminare, negli Stati Uniti, nella *war on terror*¹⁰, con tutte le sue misure derogatorie dei più basilari principi di tutela dei diritti umani fondamentali (prima fra tutte la *preventive detention*) che, nonostante le revisioni imposte dalla Corte suprema¹¹, sono ancora lontane dall'ossequiare le garanzie minime imposte dalla *rule of law*.

Potrei fare molti altri esempi, anche di Paesi non strettamente appartenenti all'Occidente (Egitto¹², Israele¹³, Malesia¹⁴ e Singapore¹⁵, fra i tanti), ma mi limito a rilevare più in generale come anche le costituzioni di più recente generazione (Germania¹⁶, Spagna¹⁷, Francia¹⁸) tendano ad

⁹ V. *amplius* K.L. SCHEPPELE, *North American emergencies: The use of emergency powers in Canada and the United States*, in *Int'l J. Const. L.*, 4, 2006, pp. 213 ss., nonché EAD., *Small Emergencies*, in *Ga. L. Rev.*, 40, 2005-2006, pp. 835 ss.

¹⁰ Per una pratica *timeline* dei provvedimenti antiterrorismo statunitensi *post* 11 settembre v. K.J. GREENBERG, J.L. DRATEL (eds.), *The Enemy Combatant Papers. American Justice, the Courts and the War on Terror*, Cambridge, 2008, XXIII-XXXIII. Per un commento con occhio europeo: J. VERVAELE, *The Anti-Terrorist Legislation in the U.S.: Inter Arma Silent Leges?*, in *Eur. J. Crime Crim. L. & Crim. Just.*, 13, 2005, p. 201. V. anche M. REBECCA, *Intelligence e controllo delle comunicazioni telematiche nella legislazione statunitense antiterrorismo*, in *Dir. pen. proc.*, 2003, pp. 1292 ss.

¹¹ Cfr. soprattutto *US Supreme Court, Hamdi v. Rumsfeld*, 542 U.S. 527 (2004); *US Supreme Court, Hamdan v. Rumsfeld*, 548 U.S. 557 (2006); *US Supreme Court, Boumediene v. Bush*, 553 U.S. 723 (2008).

¹² S. REZA, *Endless Emergency: The Case of Egypt*, in *New Crim. L. Rev.*, 10, 2007, pp. 532 ss.

¹³ S.J. SCHULHOFER, *Checks and Balances in Wartime: American, British and Israeli Experiences*, in *Mich. L. Rev.*, 102, 2003-2004, pp. 1918 ss. nonché I. MARCHI, *Quando l'emergenza non è più l'eccezione. L'esperienza dello Stato di Israele tra terrorismo e tutela dei diritti umani*, in *Ind. pen.*, 2013, pp. 705 ss.

¹⁴ N. FRITZ, M. FLAHERTY, *Unjust Order. Malaysia's Internal Security Act*, New York, 2003 (anche in *Fordham Int'l L.J.*, 26, 2002-2003, pp. 1345 ss.).

¹⁵ J.T.T. LEE, *The Past, Present and Future of the Internal Security Act*, in *Singapore Management University School of Law Opinion Series*, n. JL3, 2012. Anche per un confronto con la situazione malese: M. HOR, *Law and Terror: Singapore Stories and Malaysian Dilemmas*, in V.V. RAMRAJ, M. HOR, K. ROACH, *Global Anti-terrorism Law and Policy*, Cambridge, 2005, pp. 273 ss.

¹⁶ V. l'art. 80a della *Grundgesetz* che disciplina il c.d. *Spannungsfall* ("stato di tensione"), introdotto con emendamento del 24 giugno 1968 (per un commento W. DALEKI, *Artikel 80a des Grundgesetzes und die Maßnahmen zur Erhöhung der Verteidigungsbereitschaft*, Berlin, 1985).

includere una disciplina talora anche assai articolata e dettagliata (è il caso della Costituzione della Repubblica di Turchia)¹⁹ di uno o più “stati di eccezione” (stato di emergenza, stato di guerra, stato d’assedio, stato di difesa, etc.) a conferma della propensione degli Stati ad attrarre l’eccezione all’*interno* della regola, forti anche dell’esperienza che le eccezioni schmittiane “senza diritto” rischiavano di schiudere all’esercizio statale non più di una forza regolata, ma di una forza senza diritto (e quindi senza limiti) che altro non è che violenza²⁰. Allo stesso modo, diverse carte internazionali a tutela dei diritti umani, come il Patto internazionale dei diritti civili e politici (ICCPR, art. 4), la Convenzione americana sui diritti umani (ACHR, art. 27), la Convenzione europea dei diritti dell’uomo (CEDU, art. 15) e la Carta araba dei diritti dell’uomo (art. 4) contemplan espressamente, per i casi di emergenza che minacci la stessa vita di una nazione, la possibilità di derogare alle salvaguardie ivi approntate, ma le sottopongono, al contempo, a limiti inderogabili.

Ne risulta un quadro in cui l’*emergency governance*, in generale, non sembra più uno strumento eccezionale, quanto piuttosto solo uno fra i possibili modelli ordinari di gestione delle più disparate sfide dell’era globale, che per una ragione o per l’altra si ritiene di poter qualificare come “emergenze” (l’emergenza rifiuti, l’emergenza traffico, l’emergenza mafia, l’emergenza terrorismo, etc.). L’emergenza, così, si normalizza (o si “perenna”)²¹, con le sue logiche ansiogene, che, applli-

¹⁷ V. l’art. 55 della *Constitución Española* del 1978, che disciplina l’*estado de sitio* (“stato di assedio”).

¹⁸ V. l’art. 36 della *Constitution de la République française* del 1958, che disciplina l’*état de siège* (“stato di assedio”).

¹⁹ Per un commento anche delle disposizioni costituzionali turche sull’*emergency rule* v., volendo, L. PASCULLI, C. CANDIOTTO, S. RIONDATO, *On Criminal Law and Criminal Justice in the Constitution of the Republic of Turkey*, in S. RIONDATO, R. ALAGNA (a cura di), *Diritto penale della Repubblica di Turchia. Criminal law of the Republic of Turkey*, Padova, 2012, pp. 37 ss.

²⁰ Cfr. S. RIONDATO, *Diritto penale militare*, Padova, 1998, pp. 1 ss. Cfr. anche M. DONINI, *Il diritto penale di fronte al “nemico”*, cit., *passim*.

²¹ S. MOCCIA, *La perenne emergenza*, Napoli, 1997; A. BERNARDI, *Ombre e luci della politica criminale italiana nell’era delle perenne emergenza*, in *Annali dell’Università di Ferrara – Scienze Giuridiche*, vol. XVII, 2003, pp. 17 ss.; S. LEVINSON, *Con-*

cate al diritto di matrice liberale, ne stanno mutando irreversibilmente i lineamenti. E ciò per diverse ragioni, che – con estrema semplificazione – qui ricondurrò in parte ai due conflitti mondiali e in parte alla globalizzazione.

Gli orrori delle due guerre mondiali hanno sopraffatto l'individuo con sentimenti di alienazione e angoscia, su cui poi si è innestato il lungo processo di “insécurité”²² (o “uncertainization”)²³ che va tuttora affliggendo le società occidentali, pure le più sicure della storia²⁴. L'avvento di una globalizzazione esclusivamente “negativa” ha aggravato questo processo. La circolazione di beni, persone e capitali tutta selettiva²⁵ e governata da forze impalpabili, slegate da specifici contesti politici e territoriali, in cui consiste la globalizzazione tende ad emarginare chi non riesce a stare al passo con essa e, così, ingenera esclusione, discriminazione e, in ultima, forme inedite di violenze (come il terrorismo internazionale) e conflitti (le c.d. “nuove guerre”)²⁶ che, a loro volta, alimentano sentimenti di terrore e di insicurezza²⁷.

In questo “new world disorder”²⁸, la fiducia moderna nei confronti del diritto e delle istituzioni politiche crolla e aumentano le paure: la razionalità cede all'irrazionalità. Incapaci di controllare fenomeni – fra cui il crimine globale – che, per definizione, sfuggono al proprio perimetro territoriale, i tradizionali poteri politici degli Stati-nazione – peraltro soggiogati alle stesse evanescenti forze economiche che muovono la globalizzazione – vedono minacciata la loro legittimazione e nell'in-

stitutional Norms in a State of Permanent Emergency, in *Ga. L. Rev.*, 40, 2005-2006, pp. 699 ss.

²² Cfr. J.-L. MATHIEU, *L'insécurité*, Paris, 1995.

²³ Z. BAUMAN, *Postmodernity and its discontents*, Cambridge (UK), 1997.

²⁴ V. R. CASTEL, *L'Insécurité sociale: qu'est-ce qu'être protégé?*, Paris, 2003, p. 5; Z. BAUMAN, *Liquid Fear*, Cambridge (UK), 2006, p. 129.

²⁵ Cfr. N. CHOMSKY, *Year 514: Globalization for Whom?*, in ID., *Hopes and Prospects*, London, 2010, pp. 3 ss.

²⁶ K. JOWITT, *New World Disorder: the Leninist Extinction*, Berkeley-Los Angeles, 1993.

²⁷ Su tutti questi profili, *amplius*, Z. BAUMAN, *Liquid fear*, cit., p. 96.

²⁸ Cfr. M. KALDOR, *New and Old Wars: Organised Violence in a Global Era*, 3^a ed., Cambridge (UK), 2012 e G. GIOFFREDI, *Globalizzazione, nuove guerre e diritto internazionale*, Trento, 2012.

tento di rifondare la propria autorità su un (facile) consenso scaturito dall'emozione e dal sentimento, gli Stati ostentano, spesso in modo spettacolare, complici anche i *media*, eccezionali esercizi dell'unico potere che la globalizzazione ha lasciato loro intatto, l'uso della forza, nei confronti dei più disparati "nemici" di turno. Piegato ai tortuosi percorsi dell'irrazionalità, il diritto finisce per assolvere funzioni di "rassicurazione", più che di tutela di beni giuridici (dalla sicurezza *in senso oggettivo* – che non può comunque essere considerata bene giuridico²⁹ – alla sicurezza *in senso soggettivo*)³⁰. Lo Stato governa con l'emergenza (e la paura)³¹.

Su un piano diverso, il ricorso all'emergenza quale strumento ordinario di *governance* può essere in parte ricondotto anche al ripudio della guerra maturato dagli ordinamenti occidentali a ridosso del secondo conflitto mondiale, nonché al contestuale riassetto giuridico-istituzionale internazionale, con la conseguente apposizione di considerevoli limiti di diritto internazionale (si pensi alla Carta ONU) e di diritto interno alla competenza degli Stati di decidere quando e contro chi usare la forza della guerra³². Per un verso, ciò non può non aver determinato gli Stati a trovare nuove vie, diverse dalla guerra tradizionalmente considerata, ma pur sempre implicanti un eccezionale impiego della forza stata-

²⁹ Sulla questione v. A. CAVALIERE, *Può la "sicurezza" costituire un bene giuridico o una funzione del diritto penale?*, in *Critica del diritto*, 1-4, 2009, pp. 43 ss.

³⁰ Sul tema cfr., per tutti, M. PAVARINI, *Bisogni di sicurezza e politica criminale*, in *Rass. it. criminol.*, 4, 1994, pp. 435 ss.; sulla distinzione fra sicurezza in senso oggettivo e in senso soggettivo nel contesto della disciplina emergenziale antiterrorismo v. R. BARTOLI, *Regola ed eccezione nel contrasto al terrorismo internazionale*, in M. MECCARELLI, P. PALCHETTI, C. SOTIS (a cura di), *Le regole dell'eccezione. Un dialogo interdisciplinare a partire dalla questione del terrorismo*, Macerata, 2011, pp. 173-174.

³¹ Su temi affini v. M. FINDLAY, *Governing through Globalised Crime: Futures for international criminal justice*, Cullompton-Portland, 2008 e J. SIMON, *Governing Through Crime. How the War on Crime Transformed American Democracy and Created a Culture of Fear*, New York, 2007, nonché M. VALVERDE, *Governing Security, Governing through Security*, in R.J. DANIELS, P. MACKLEM, K. ROACH (eds.), *The Security of Freedom: Essays on Canada's Anti-Terrorism Bill*, Toronto, 2001, p. 83.

³² Cfr., sul punto, S. RIONDATO, *Diritto penale militare*, cit., pp. 6-7, nonché più di recente A. SPENA, *Sovranità e legalità. Da Vestfalia al diritto penale internazionale*, in F. VIOLA, *Lo stato costituzionale di diritto e le insidie del pluralismo*, Bologna, 2012, pp. 231 ss.

le, per neutralizzare, anche preventivamente, le più disparate minacce alla sicurezza interna ed esterna. Per altro verso, l'istituzione di organizzazioni internazionali depositarie della funzione e dei poteri di salvaguardia della pace e della sicurezza internazionali non è sempre avvenuta in ossequio agli stilemi del costituzionalismo liberale e soprattutto al principio di separazione dei poteri, con la conseguenza di un notevole sbilanciamento in favore del potere politico di tipo esecutivo (si pensi, ad esempio, ai rapporti fra gli organi dell'ONU)³³. Inevitabilmente, poi, le obbligazioni incombenti sugli Stati membri e i *network* di governo transnazionali promossi da tali organizzazioni finiscono per importare tale sbilanciamento, unitamente a logiche, prassi e misure eccezionali, anche nell'ambito degli ordinamenti interni, con conseguente espansione dei poteri esecutivi anche emergenziali³⁴. È vero però anche l'inverso: spesso la decisione di certi organismi internazionali di adottare misure negative straordinarie è determinata dall'imposizione di politiche e modelli interni da parte delle potenze mondiali che vi siedono (penso soprattutto all'influenza degli Stati Uniti sul Consiglio di Sicurezza ONU, anche grazie al difetto di meccanismi di controllo esterno sul Consiglio).

Anche l'ambito della prevenzione del crimine è finito fatalmente attratto nell'orbita di logiche e retoriche emergenziali, discipline eccezionali e processi di normalizzazione e ciò soprattutto perché, come ho già accennato, molti degli spauracchi del mondo occidentale contemporaneo sono generati precisamente dalla globalizzazione del crimine. Gli effetti discriminatori ed escludenti della globalizzazione negativa sono causa di aggressioni criminose sempre più imprevedibili, articolate e "de-territorializzate"³⁵ (talora anche de-personalizzate, come la criminalità d'impresa), senza precedenti nelle forme e nella portata offensiva – che attinge ormai anche beni comuni a diversi ordinamenti nazionali e sovranazionali (reati transnazionali), quando non addirittura all'intera

³³ Su questi temi E. CANNIZZARO, *A Machiavellian Moment? The UN Security Council and the Rule of Law*, in *Int'l Organizations L. Rev.*, 3, 2006, pp. 189 ss.

³⁴ Cfr. M. FLAHERTY, *Judicial Globalization in the Service of Self-Government*, in *Ethics & Int'l Affairs*, 20, 2006, pp. 485 ss.

³⁵ Cfr. M. DONINI, *Un nuovo medioevo penale? Vecchio e nuovo nell'espansione del diritto penale economico*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2003, pp. 1808 ss.

umanità (crimini internazionali), grazie ai nuovi (potentissimi) mezzi tecnologici globali che ne agevolano la pervasività inter-statale.

Si tratta, a tutta evidenza, di novità forse inattese o insperate, ma tutt'altro che transitorie, che rappresentano la fisiologica fenomenologia della criminalità nell'era globale – con cui, purtroppo, verosimilmente ci troveremo ad aver a che fare ancora a lungo. Eppure, l'assoluta novità e imprevedibilità e l'efferatezza di certi crimini globali, unitamente alle dinamiche psico-socio-politiche evidenziate *supra*, hanno consentito agli organismi di governo nazionali e internazionali di qualificare (talora anche in modo strumentale) tali crimini come “emergenze” per giustificare l'adozione di provvedimenti coercitivi di contrasto del tutto eccezionali rispetto ai principi dello stato di diritto. Ed è proprio tale prassi che ha condotto i sistemi giuridici occidentali a un radicale cambio di rotta in materia di prevenzione criminale.

Almeno fino agli anni Settanta, sulla spinta di teorizzazioni e ideali correzionalistici e di umanizzazione, si andavano affermando modelli preventivi di tipo prevalentemente *positivo*, fatti di ampi interventi sociali e di *welfare* o comunque di misure individuali volte ad espandere e promuovere la personalità dei soggetti destinatari, più che a neutralizzarla³⁶ (c.d. “penal welfarism” o, nel Nord-Europa, “modello nordico” di prevenzione criminale)³⁷. In tale prospettiva, diversi ordinamenti tan-

³⁶ Sulle sanzioni c.d. positive cfr. N. BOBBIO, *Sulle sanzioni positive*, in *Studi dedicati ad Antonio Raselli*, vol. I, Milano, 1971, pp. 229 ss. (riedito come ID., *La funzione promozionale del diritto*, in ID., *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*, Milano, 1977, pp. 33 ss.).

³⁷ Si vedano, a titolo di esempio, le concezioni pragmatistiche di una giustizia penale assistenziale nel contesto del *welfare* state tracciate da J. ANDENÆS, *Alminnelig Strafferett*, Oslo, 1956; ID., *Straffrett, kriminologi og kriminalpolitikk*, in *Nordisk Tidsskrift for Kriminalvidenskab*, 1957, pp. 107 ss.; S. HURWITZ, *Den danske kriminalret. Almindelig del*, København, 1952; ID., *Nordisk kriminalpolitik*, in *Nordisk Tidsskrift for Kriminalvidenskab*, 1957, pp. 251 ss. Sul “modello nordico” v., tra i molti, SWEDISH NATIONAL COUNCIL FOR CRIME PREVENTION [SNCCP], *Crime prevention in the Nordic context: The Nordic model*, Stockholm, 2001; H. TAKALA, *Nordic Cooperation in Criminal Policy and Crime Prevention*, in *Journal of Scandinavian Studies in Criminology and Crime Prevention*, 5, 2004, pp. 131 ss.; K. AROMAA, J.P. TAKALA, *Recent Developments in Crime Prevention and Safety Policies in Finland*, in *Canadian J. Criminology & Crim. Just.*, 47, 2005, pp. 390 ss. Per uno sguardo comparatistico

to di *civil law*, quanto di *common law*, avevano salvato, pur sempre entro una cornice di stretta legalità e giurisdizionalità, solo le misure negative *post delictum*, pur largamente discusse, sul presupposto che la finalità risocializzante e l'antecedente fattuale-giuridico della previa commissione di un reato bastassero a salvare i principi dello stato di diritto, mentre avevano dato chiaro segno di ricusare l'idea delle misure individuali negative *praeter delictum* (salvo alcuni Paesi di tradizione autoritaria, fra cui primeggia l'Italia). I *modelli di prevenzione positiva* si ponevano, cioè, quali *modelli ordinari* di prevenzione del crimine, mentre la prevenzione negativa *praeter delictum*, configurava una vera e propria *eccezione*, relegata nello spazio (allora) residuale del diritto dell'emergenza o di guerra (c.d. *modello straordinario* di prevenzione)³⁸.

Oggi, invece, le misure negative anche predelittuali sono entrate a far parte degli ordinari strumentari di prevenzione. Così, ad esempio, nel Regno Unito misure negative (anche reminiscenti delle misure derogatorie dei principi della *rule of law* introdotte da inizio Novecento fino all'epoca dei *Troubles* dalla legislazione emergenziale antiterrorismo nordirlandese)³⁹ si sono propagate nella legislazione ordinaria (convenientemente addolcite, ma nella sostanza devianti dai principi penalistici) quali misure "civili" o "amministrative" di contrasto a diverse forme di criminalità⁴⁰. In Canada e negli Stati Uniti le misure emergenziali applicate a ridosso delle due guerre mondiali nei confronti delle più disparate categorie di individui ritenuti sospetti sono state mu-

generale v. A. CRAWFORD (ed.), *Crime Prevention Policies in Comparative Perspective*, Cullompton, 2009.

³⁸ L. PASCULLI, *Le misure di prevenzione*, cit., pp. 124 ss.

³⁹ Fra i tanti, si vedano C. CAMPBELL, *Emergency law in Ireland, 1918-1925*, Oxford, 1994; D. BONNER, *Executive Measures, Terrorism and National Security. Have the Rules of the Game Changed?*, Aldershot, 2007; ID., *Emergency powers in peacetime*, London, 1985; C.P. COTTER, *Emergency Detention in Wartime. The British Experience*, in *Stan. L. Rev.*, 6, 1954, pp. 238 ss.

⁴⁰ Su questo v. A. ASHWORTH, L. ZEDNER, *Preventive Orders: a problem of under-criminalization?*, in R.A. DUFF, L. FARMER, S. MARSHALL, M. RENZO, V. TADROS (eds.), *The Boundaries of the Criminal Law*, Oxford, 2010, pp. 59 ss.; L. ZEDNER, *Preventive Justice or Pre-Punishment? The Case of Control Orders*, in *Current Legal Problems*, 60, 2007, pp. 174 ss.

tuate, tali e quali, nella guerra al terrorismo internazionale (*blacklisting* di soggetti sospetti o comunque “undesirable”, *preventive detention* di “enemy aliens” e così via)⁴¹. Anche in Italia, “paese guida” in materia di prevenzione negativa *praeter delictum*⁴², l’arsenale di misure negative predelittuali si è stabilizzato e arricchito proprio in virtù di un processo di normalizzazione, nell’ambito del quale misure originariamente introdotte per contrastare “emergenze criminali” quali il terrorismo interno e la criminalità organizzata di stampo mafioso sono state progressivamente razionalizzate ed estese ai più disparati tipi di criminalità⁴³, sino ad essere raccolte in un apposito codice delle misure di prevenzione e antimafia (d.lgs. n. 159/2011): cos’è più “normale” di un codice, in un ordinamento di *civil law*?

Se questa è la situazione di fatto e di diritto – e se, però, non tutto l’esistente è, per ciò solo, legittimo – s’impone di verificare se l’*emergency governance* normalizzata nell’ambito della prevenzione negativa del crimine globale abbia un qualche fondamento e una sua legittimazione alla luce dei principi dello stato di diritto e, in caso di risposta affermativa, quali ne siano i limiti. Per farlo, in assenza dello spazio per un’analisi comparatistica di diritto interno, mi baserò qui prevalentemente sulle disposizioni degli strumenti internazionali a tutela dei diritti e delle libertà fondamentali, che offrono già abbondanti spunti di riflessione.

3. Moderato sostenuto. Fondamenti

Il fondamento di qualsiasi misura restrittiva o privativa della libertà non può che risiedere nella necessità di tutelare valori altrettanto fon-

⁴¹ K.L. SCHEPPELE, *North American Emergencies*, cit., pp. 221 ss., anche per gli opportuni riferimenti normativi.

⁴² L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale* (1989), 8^a ed., Roma-Bari, 2004, pp. 796.

⁴³ V. soprattutto la l. 31 maggio 1965, n. 575, la l. 22.5.1975, n. 152 e la l. 13 settembre 1982, n. 646. Anche per una ricognizione più completa, v., per tutti, G. FIANDACA, voce *Misure di prevenzione (Profili sostanziali)*, in *Dig. disc. pen.*, vol. VIII, Torino, 1994, pp. 108 ss.

damentali per la persona umana⁴⁴. Un primo riconoscimento positivo di tale necessità è ravvisabile nell'affermazione del diritto di ogni persona “alla libertà e alla sicurezza” (benché sull'esistenza di un diritto alla sicurezza ci sarebbe da discutere)⁴⁵ da parte delle carte internazionali sui diritti umani, fra cui l'ICCPR (art. 9, co. 1), l'ACHR (art. 7), la CEDU (art. 5), la Carta dei diritti fondamentali UE (art. 6), la Carta africana dei diritti dell'uomo e dei popoli (art. 6). L'affermazione implica il dovere-responsabilità, anch'esso positivamente stabilito⁴⁶, per gli Stati aderenti e per le organizzazioni internazionali di riferimento di adoperarsi – cioè adottare misure – per proteggere e promuovere il valore della persona umana. La stessa affermazione – basata com'è sull'assunzione di tale valore a oggetto primario di tutela giuridica – implica, però, altresì che le misure di protezione e promozione siano configurate in modo tale da rispettare nella massima misura possibile anche i diritti e le libertà (che del valore della persona sono profanazione) dell'individuo che a tali misure sia sottoposto, con la logica conseguenza che ogni compressione non strettamente necessaria di tali diritti e libertà dev'essere bandita: il “diritto alla sicurezza” di cui alle varie carte internazionali è prima di tutto diritto alla sicurezza dagli abusi dell'autorità⁴⁷.

Una precisazione importante (e, alla luce delle involuzioni giuridiche evidenziate *supra*, forse non così scontata): la *necessità della tutela* non va confusa con la *necessità della misura* che si intende adottare. La prima è presupposto imprescindibile, ma non sufficiente, si badi, della

⁴⁴ Sulla necessità quale “fonte prima e originaria di tutto il diritto” v. S. ROMANO, *Sui decreti-legge e lo stato di assedio in occasione dei terremoti di Messina e Reggio Calabria*, in ID., *Scritti minori*, Milano, 1990, pp. 362. V. però A. BERNARDINI, A. BERNARDINI, *Il terrorismo, quale terrorismo?, e il Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite*, in F. SALERNO (ed.), *Sanzioni “individuali” del Consiglio di Sicurezza e garanzie processuali fondamentali*, Padova, 2012, pp. 7 ss.

⁴⁵ Per tutti, D. PULITANÒ, *Sicurezza e diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, pp. 547 ss.

⁴⁶ V. artt. 1, co. 3, 2 e 3 ICCPR; art. 1 CEDU; artt. 1 e 2 ACHR; art. 51 Carta dei diritti fondamentali UE; art. 1 Carta africana diritti dell'uomo.

⁴⁷ Cfr. in merito A. BERNARDI, *Sicherheit als Schranke von Grundrechten und als Grundrecht. Überlegungen eines Strafrechtlers*, in *Recht – Wirtschaft – Strafe, Festschrift für Erich Samson*, Heidelberg, 2010, pp. 727 ss.

seconda. La necessità di tutelare beni o valori fondamentali per l'uomo implica, cioè, la generica necessità di adottare misure di protezione (e, quindi, di prevenzione, giacché proteggere significa innanzitutto prevenire ogni danno)⁴⁸, ma non tutte queste misure possono considerarsi strettamente necessarie ai fini della tutela e, pertanto, legittime alla luce dell'esigenza, appena rimarcata, di non violare lo stesso valore ultimo – la persona umana – che si intende proteggere. La necessità (e con essa la legittimità) di una misura dipende, infatti, non solo dalla necessità di tutela cui essa si prefigge di far fronte, ma anche I) dalla sua *efficacia* rispetto al suo specifico scopo o obiettivo di tutela e II) dalla *manca*za di altre misure, meno gravi e meno restrittive e, altrettanto efficaci: la stessa necessità, fonda, invero, prima di tutto le misure positive, quindi le sanzioni civili e amministrative quali sussidiarie alle prime e, infine, come *ultima ratio* (o *last resort*), la pena, entro i limiti delle garanzie del diritto e del processo penale liberale che ben conosciamo.

I) Quanto all'*efficacia della misura* rispetto all'obiettivo di tutela, se lo scopo che si vuole perseguire è la prevenzione del crimine intesa, come spesso s'intende⁴⁹, quale riduzione e/o rimozione delle *cause* della criminalità (c.d. prevenzione remota, per dirla con Nuvolone⁵⁰, o *prevention* in senso proprio), mi pare evidente che le misure negative non possano trovare alcuna legittimazione, specie ove si tratti di crimine globale, non solo perché *inefficaci* (e perciò non necessarie), in quanto non ne colpiscono quasi mai le cause ma, al più, i mezzi (la libertà di agire nelle sue varie prerogative e il patrimonio), ma anche perché del tutto *controproducenti*. Se le cause del crimine globale risiedono nei complessi rivolgimenti politici, economici e socio-culturali transnazionali di cui sopra, le misure negative non possono che favorirle: l'uso della forza nei confronti di coloro che spesso sono proprio le vittime della globalizzazione (i poveri, i trafficati, gli sfruttati, gli emarginati, facilmente reclutati nei ranghi della criminalità organizzata

⁴⁸ Rinvio ancora al mio *Le misure di prevenzione*, cit., p. 25 per ulteriori richiami.

⁴⁹ Cfr. E. GALLO, voce *Misure di prevenzione*, in *Enc. giur.*, vol. xx, Roma, 1990, pp. 1 ss. e W.A. LUNDEN, *The Theory of Crime Prevention*, in *Brit. J. Criminology*, 2, 1961-1962, pp. 213 ss.

⁵⁰ P. NUVOLONE, voce *Misure di prevenzione e misure di sicurezza*, in *Enc. dir.*, vol. XXVI, Torino, 1976, p. 632.

transnazionale o del terrorismo), coi suoi effetti segreganti ed escludenti, non può che alimentare ulteriori sentimenti di odio, fanatismo e, in ultima, paura e insicurezza⁵¹. Su tali cause si può sperare di intervenire solo tramite ampi interventi di profilassi sociale e di prevenzione individuale positiva, nonché tramite una seria razionalizzazione e umanizzazione delle politiche di sicurezza interne ed esterne, volti a ridurre gli effetti marginalizzanti e le disuguaglianze prodotti dalla globalizzazione.

Se, però, l'obiettivo non è quello di prevenire, alle radici e in modo sistemico/sistematico, il crimine globale ma quello, meno ambizioso, di evitare, estemporaneamente, ogni offesa (e per offesa intendo tanto la lesione, quanto la messa in pericolo) nei confronti di beni e valori fondamentali per la società mediante la neutralizzazione dei *mezzi* della criminalità (incapacitazione) o, a tutto concedere, di certe sue cause più prossime (c.d. *prevenzione prossima* o *preemption*, per mutuare terminologia gius-bellica anglo-americana)⁵², è difficile negare che l'impiego della forza di Stato per comprimere libertà individuali possa sortire effetti utili, quanto meno nell'immediatezza, ogniqualvolta le libertà oggetto di restrizione siano condizione necessaria della perpetrazione dei reati che s'intendono prevenire. Così, la detenzione preventiva di un sospetto terrorista inevitabilmente consente di prevenire che egli partecipi in qualsiasi modo a ulteriori attentati per la durata della detenzione; il congelamento dei capitali di un sospetto terrorista e dei suoi familiari può ben impedire a costoro di finanziare atti terroristici per tutta la durata della misura, etc.

Orbene, anche ammesso (e non concesso) che – magari in ragione della estrema gravità dell'offesa minacciata – questa utilità immediata possa essere ritenuta, in un'ottica di bilanciamento degli interessi in gioco, preponderante rispetto all'opposta utilità di non contribuire, sul lungo termine, a fomentare le cause ultime della stessa criminalità che ci si prefigge di prevenire, o, altrimenti detto, anche laddove si ritenesse preferibile accettare gli effetti criminogeni collaterali in virtù degli effetti preventivi contingenti, l'efficacia difensiva di eventuali misure

⁵¹ *Amplius*, Z. BAUMAN, *Liquid fear*, cit., pp. 96 ss.

⁵² Per tutti, sulla distinzione fra *preemption* e *prevention*, v. M.W. DOYLE, *Striking First: Preemption and Prevention in International Conflict*, Princeton, 2011.

negative, di per se stessa, non sarebbe comunque sufficiente a legittimare il ricorso. Occorre dimostrare anche l'inefficacia (o l'indisponibilità) di qualsiasi altro mezzo di tutela.

II) A tal fine, s'impone una riflessione sui rapporti fra le *fattispecie concrete* da cui possa derivare la *stretta necessità* di misure criminal-preventive *individuali* e fra quelle misure individuali che in ogni Stato di diritto sono pacificamente considerati legittimi strumenti di prevenzione criminale *lato sensu* intesa, ossia le misure positive, le sanzioni amministrative, le sanzioni penali, nonché i poteri di polizia di sicurezza e giudiziaria⁵³ (poteri di controllo, identificazione, ispezione, perquisizione, arresto, fermo, uso legittimo delle armi, etc.), nei limiti in cui normalmente ammessi dalle tradizioni costituzionali democratiche e dal diritto internazionale dei diritti umani.

Le *fattispecie concrete* di cui sopra consistono sempre in situazioni in cui venga a sussistere la *probabilità* che un *soggetto particolarmente individuato* commetta, in un *futuro* più o meno prossimo, fatti di reato più o meno specificati, cioè che arrechi offesa (lesione o messa in pericolo) ai beni giuridici penalmente tutelati. Deve trattarsi di probabilità e non già di *possibilità*, posto che la *possibilità* di commettere reati è implicita nella libertà di ciascun individuo e perciò giustifica solo misure positive, generiche o generali e astratte, funzionali ad ottenere che *ogni* soggetto libero si astenga dal delinquere. Deve trattarsi inoltre di una commissione *futura*, posto che se la perpetrazione fosse *in atto* non si tratterebbe più di prevenire, ma di sventare un reato già in corso (rispetto a cui basterebbero già i normali poteri di polizia). Tali fattispecie costituiscono le c.d. *fattispecie di pericolosità (criminale o sociale) individuale*. Esse implicano sempre in una certa misura un *pericolo di offesa* (probabilità di lesione o messa in pericolo) di un bene giuridico che, si badi, non sempre coincide con il *pericolo di lesione*, poiché quando oggetto di probabilità siano reati di pericolo, delitti tentati, *inchoate crimes, délits obstacles* e affini, il pericolo di offesa espresso dalla fattispecie di pericolosità individuale è un mero pericolo di peri-

⁵³ Per una dettagliata analisi delle varie funzioni di polizia v., per tutti, M. LA MONICA, G. MARINI, L. MAZZA, S. RIONDATO, *Manuale del diritto di polizia*, Milano, 1993.

colo (c.d. *pericolo indiretto*) di lesione, ossia la probabilità della probabilità di lesione.

La prima domanda da porsi è in quali di tali fattispecie sia necessario ricorrere a misure negative e in quali, invece, sia sufficiente ricorrere a misure positive. Intuitivamente può dirsi che il ricorso a misure negative individuali sia sempre pleonastico ogniqualvolta sia possibile scongiurare il pericolo di offesa rappresentato dalla fattispecie di pericolosità intervenendo su fattori diversi dall'esercizio di quei diritti e libertà personali che sono precondizioni essenziali al fine della commissione di reati (la libertà di movimento, la disponibilità di danaro o di certi beni, etc.). È tuttavia altrettanto intuitivo che ciò presuppone la previa conoscenza di tali fattori e delle loro relazioni eziologiche o strumentali con il crimine. Ebbene, quanto al primo aspetto si può dire che la criminologia contemporanea sia ormai in grado di identificare un buon numero di tali fattori (il contesto socio-economico, l'ambiente fisico, l'estrazione familiare, le condizioni psicologiche del soggetto, etc.). Il secondo aspetto, invece, rimane per molti versi ancora incerto e dibattuto (la genetica incide sulla determinazione al crimine?)⁵⁴. Occorre poi che siano conosciuti e fruibili i mezzi per intervenire su tali fattori.

Nei (rari) casi in cui sia possibile stabilire con certezza che l'applicazione di una misura o di una combinazione di misure disponibili volte ad intervenire su fattori diversi dalla sfera di libertà individuale (e perciò stesso necessariamente volontaria e quindi sempre *positiva*) è in grado neutralizzare la pericolosità del destinatario o che l'adozione di misure negative avrebbe effetti criminogeni (è il caso, ad esempio, della prevenzione della delinquenza giovanile), la necessità di queste ultime misure resta esclusa in radice. Più frequentemente, tuttavia, sarà meramente *probabile* che certe misure positive eliminino o riducano la pericolosità individuale. In questi casi – fermo restando il principio di libertà, che impone di preferire il più possibile le misure positive – occorre guardare alla connotazione del *pericolo di offesa* implicato dalla fattispecie di pericolosità. Quanto più esso sarà *diretto, attuale* e relativo a

⁵⁴ Cfr. D. PROVOLO, S. RIONDATO, F. YENISEY, *Genetics, Robotics, Law, Punishment*, Padova, 2014.

specifici e gravi (gruppi di) reati, tanto più sarà necessario ricorrere a misure negative. Al contrario, laddove la pericolosità si riferisca a un ampio novero di reati di scarsa entità lesiva (c.d. microcriminalità) e la probabilità di perpetrazione non sia poi così diretta e attuale, l'adozione di misure positive sarà in genere sufficiente ad assolvere lo scopo preventivo perseguito.

Al di là delle situazioni di incertezza, vi sono, comunque, fattispecie di pericolosità in cui è possibile escludere a priori la praticabilità di misure positive: si pensi, ad esempio, alla pericolosità di persone che rifiutino ogni misura positiva (magari, in quanto motivati a delinquere da ragioni ideologiche o culturali profondamente radicate: è il caso dei terroristi, ma anche di molti membri di associazioni di stampo mafioso) oppure a certe fattispecie in cui il pericolo di offesa, oltre che concreto e attuale, sia addirittura *imminente* e concerna offese particolarmente gravi, per cui manca il tempo di dispiegare interventi positivi, che richiedono di solito un'analisi piuttosto approfondita delle condizioni di vita e della personalità dell'interessato (le due situazioni possono ovviamente coesistere, come nel caso paradigmatico della minaccia di un imminente atto terroristico). In queste fattispecie il ricorso alla coazione può risultare effettivamente necessario per neutralizzare le prerogative individuali senza le quali non è possibile realizzare l'offesa temuta, ma ciò non significa ancora che sia strettamente necessario ricorrere a misure negative eccezionali rispetto a ogni altro uso (o minaccia) della forza contro la libertà individuale normalmente ammessa nello Stato di diritto al fine contrastare la criminalità.

La seconda domanda da porsi è, dunque, in quali fra le fattispecie in cui il ricorso alle misure positive sia inefficace, anche il ricorso ai tradizionali poteri coercitivi di polizia e giudiziari penali e punitivo-amministrativi sia insufficiente. Per dare una risposta occorre distinguere fra *fattispecie di pericolosità individuale concreta* e *fattispecie di pericolosità individuale astratta*. Le prime si sostanziano in comportamenti individuali che già di per sé concretizzano il pericolo, più o meno diretto, più o meno attuale, di offesa a beni o valori penalmente rilevanti (la probabilità di commissione di reati): si pensi, ad esempio, al possesso di razzi, bengala, fuochi artificiali, petardi e altri strumenti per l'emissione

di fumo o di gas visibile negli stadi⁵⁵ o la proposta sessuale di un adulto a un minore⁵⁶. Le seconde, invece, si sostanziano in circostanze relative al soggetto in questione, ma non necessariamente a questi addebitabili, che non integrano di per se stesse un pericolo di offesa criminosa, ma rappresentano semmai motivo per ipotizzare, in astratto, tale pericolo: si pensi a denunce non seguite da alcun accertamento, voci e sospetti, meri indizi di reato, vincoli di parentela, schieramento politico, credo religioso, etc. In entrambi i casi, dunque la *fattispecie* è concreta, nel senso che consiste in circostanze fattuali, ma solo nel primo caso è concreta anche la *pericolosità*, che si manifesta già in un esercizio di libertà che comporta la probabilità di lesione o messa in pericolo di un bene giuridico, da cui la necessità di intervenire su tale libertà prima che essa possa portare a consumazione la lesione del bene. Nel secondo caso la pericolosità rimane astratta in quanto gli elementi di fatto esistenti non concernono esercizi di libertà intrinsecamente pericolosi, ma altri fattori – spesso gli stessi fattori che suggeriscono la necessità di misure positive – i quali consentono meramente la formulazione di congetture e ipotesi circa un esercizio pericoloso di tale libertà⁵⁷.

Nelle fattispecie di *pericolosità concreta*, a ben vedere, non è affatto necessario ricorrere a misure negative derogatorie rispetto alle sanzioni penali o amministrative. Se, infatti, gli elementi di fatto costitutivi della singola fattispecie consistono in condotte *direttamente* pericolose (probabilità di lesione) per il bene giuridico tutelato (il che si verificherà ogniqualvolta la pericolosità individuale abbia ad oggetto reati di danno), tali condotte meritano già di essere tipizzate – a seconda della rilevanza costituzionale e internazionale del bene tutelato⁵⁸ – quali fattispecie criminose (di pericolo o tentate) o quali illeciti amministrativi, se-

⁵⁵ Previsto e punito, prima come contravvenzione, e ora addirittura quale delitto dall'art. 6-ter della l. 13 dicembre 1989, n. 401 (Interventi nel settore del giuoco e delle scommesse clandestini e tutela della correttezza nello svolgimento di manifestazioni sportive).

⁵⁶ Previsto e punito dall'art. 227-22-1, co. 1, del *code pénal* francese.

⁵⁷ In merito si confronti anche la ricostruzione di F. BRICOLA, *Forme di tutela "ante-delictum" e profili costituzionali della prevenzione*, in CENTRO NAZIONALE DI PREVENZIONE E DIFESA SOCIALE, *Le misure di prevenzione*, Atti del Convegno "Enrico De Nicola" (Alghero, 26-28 aprile 1974), Milano, 1975, p. 74.

⁵⁸ Cfr. F. PALAZZO, *Corso di diritto penale. Parte generale*, Torino, 2013, p. 92.

condo il modello di anticipazione della tutela penale (o punitivo-amministrativa)⁵⁹ e anche facendo buon governo della distinzione dei reati in diverse classi (delitti e contravvenzioni in Italia; *indictable offence* e *summary offences* nel Regno Unito; *felonies* e *misdemeanors* negli Stati Uniti d'America; *crimes, délits* e *contraventions* in Francia), ma solo, come abbiamo visto, laddove nessuna misura positiva risulti efficace e sempre entro i limiti del *principio di offensività* (o delle sue declinazioni locali, quali ad esempio l'*harm principle*)⁶⁰, principio che tuttavia forse meriterebbe maggior (ri)meditazione e (ri)considerazione in diversi ordinamenti occidentali al fine di consentirne un'applicazione sempre più ampia ed effettiva.

Se, invece, gli elementi di fatto costitutivi della fattispecie di pericolosità consistono in condotte solo *indirettamente* pericolose per il bene tutelato, ossia in condotte espressive non tanto di un pericolo di lesione, ma di un *pericolo di pericolo di lesione* (il che avviene qualora la pericolosità individuale concerna reati tentati o di mero pericolo), occorre distinguere a seconda della portata dell'evento lesivo. Le sfumature possono essere moltissime, ma è possibile fissare un significativo discrimine nel fatto che l'evento lesivo minacciato, per gravità, modalità e/o estensione, sia tale da minare i fondamenti della pacifica convivenza sociale, se non la stessa sopravvivenza dello Stato di diritto o della società civile. In questi casi, l'entità del bene minacciato può richiedere una tutela penale anticipata al mero pericolo indiretto in virtù della necessità di rimuovere ogni minima probabilità di lesione (il pericolo di pericolo non è improbabilità, ma probabilità di probabilità, la quale è una probabilità di grado inferiore), se del caso anche con la privazione

⁵⁹ Per questa soluzione v. già F. BRICOLA, *Forme di tutela*, cit., pp. 74-75. Di recente, in altro contesto, A. ASHWORTH, L. ZEDNER, *Defending the Criminal Law: Reflections on the Changing Character of Crime, Procedure, and Sanctions*, in *Crim. Law and Philos.*, 2, 2008, pp. 21 ss.; ID., EAD., *Preventive Orders*, cit., pp. 59 ss.; D. HUSAK, *Lifting the Cloak: Preventive Detention as Punishment*, in *San Diego L. Rev.*, 48, 2011, pp. 1173 ss. V. anche A. ASHWORTH, L. ZEDNER, *Just Prevention: Preventive Rationales and the Limits of the Criminal Law*, in R.A. DUFF, S. GREEN (eds.), *Philosophical Foundations of the Criminal Law*, Oxford, 2011, pp. 279 ss.

⁶⁰ Per una ricostruzione comparatistica, v. A. ESER, *The Principle of "Harm" in the Concept of Crime: A Comparative Analysis of the Criminally Protected Legal Interests*, in *Duq. U. L. Rev.*, 4, 1965-1966, p. 345.

della libertà personale tipica della sanzione penale e quindi mediante l'incriminazione delle fattispecie di pericolosità quali reati di pericolo, senza bisogno di ricorrere a misure eccezionali. L'unica "eccezione" necessitata è quella al principio di offensività nella misura in cui nega, di norma, la possibilità di incriminare fattispecie di pericolo *indiretto* (ad esempio, il tentativo di un reato di pericolo), possibilità che intendo come *eccezione* proprio per sottolineare la necessità di un'applicazione quanto più stringente del principio di offensività (la quale, a quanto pare, troppi legislatori e giudici nazionali sono ancora lontani dall'osservare, tant'è vero che l'incriminazione del pericolo del pericolo è all'ordine del giorno in molti ordinamenti anche per beni giuridici per così dire minori).

In proposito, va detto che in taluni di questi casi l'offesa minacciata potrebbe consistere in un vero e proprio attacco proveniente da una forza armata organizzata, non necessariamente legata a un governo nazionale, se non addirittura interna allo Stato. Si ripresenta così l'annoso problema, gravido di implicazioni politiche, della distinzione fra atti di guerra e fatti di reato (il terrorismo è reato o atto di guerra?). È preferibile a mio avviso assecondare il percorso – suggerito dall'evoluzione dei fatti (sostituzione dei grandi conflitti fra nazioni o blocchi di nazioni con nuovi conflitti più circoscritti e in molti sensi prossimi alla criminalità politica e organizzata) e del diritto positivo (riduzione dei poteri di intervento armato nazionali e crescente criminalizzazione della guerra)⁶¹ – verso l'assimilazione di quante più condotte riconducibili ad atti di guerra nell'ambito del diritto penale, se del caso, internazionale (che poi sarebbe anche un fondamentale contributo alla maturazione di una società globale che percepisca e gestisca la guerra come un crimine: riuscire a trattare quanti più aggressori possibili come criminali sarebbe un notevole salto in avanti per la civiltà umana e un'importante concretizzazione dell'ideale pacifista). Si potrebbero così stroncare quelle tendenze che, invece, vorrebbero imporre l'uso di misure di guerra anche in risposta a (o in prevenzione di) fatti indiscutibilmente criminosi e non già di guerra, oltre che contribuire a smorzare il pericoloso ricorso alla retorica di guerra in ambiti del tutto ordinari.

⁶¹ Su questi profili v. ancora A. SPENA, *Sovranità e legalità*, cit.

Quando invece il bene tutelato non assurga al rango di valore essenziale per la sopravvivenza dello Stato, sarà ipotizzabile la tipizzazione della fattispecie di pericolosità indiretta quale illecito amministrativo, purché il bene in questione rappresenti comunque un valore umano primario, riconducibile alla sfera dei diritti fondamentali (vita, libertà, incolumità individuale o pubblica e affini) e la lesione minacciata sia comunque grave. Non pare strettamente necessario ricorrere a sanzioni negative, sia pur amministrative, quando si tratti di prevenire offese minime nei confronti di beni di minore rilevanza sociale.

La tipizzazione quali illeciti penali o amministrativi delle fattispecie di pericolosità che già si traducano in fatto pericoloso consente di applicare le misure restrittive necessitate nel pieno rispetto delle garanzie individuali che improntano tanto il diritto e il processo penale quanto, almeno in Italia, il diritto punitivo amministrativo (secondo il sistema di cui alla l. n. 689/1981 – forse preferibile rispetto allo schema delle c.d. *civil sanctions* di *common law*, che pare offrire una tutela dei diritti umani fondamentali più incerta e meno incisiva). In questo modo, si assolve una *duplice funzione preventiva*: la minaccia (generale e astratta) della sanzione penale o amministrativa funge da deterrente rispetto alla stessa condotta pericolosa (*prevenzione generale del pericolo* o addirittura del *pericolo di pericolo*), mentre la sua applicazione ed esecuzione, con i suoi effetti incapacitanti, realizza la prevenzione (prossima) della lesione del bene (*prevenzione speciale del danno* o del *pericolo di danno*) e, perché no, coi suoi effetti eventualmente risocializzanti anche una funzione di prevenzione remota. Quando, poi, la fattispecie di pericolosità meriti, secondo i criteri di cui sopra, tipizzazione quale fattispecie criminosa, il pericolo che il soggetto ponga in essere le condotte temute prima che il processo penale possa arrivare a conclusione potrà essere scongiurato mediante il ricorso a eventuali misure cautelari, *interim* o *pre-trial measures*, ossia misure restrittive applicabili solo dopo che un reato è stato commesso (quindi non strettamente *praeter delictum*) ma prima del suo accertamento da parte della competente autorità giudiziaria (*pre-trial* o *pre-conviction*, in inglese, *présentencielle*, in francese) e generalmente funzionali a preservare le prove o a garantire la partecipazione dell'imputato al processo. In questo senso, le misure cautelari possono assumere una funzione anche special-pre-

ventiva, come del resto avviene normalmente in Italia⁶² e in altri ordinamenti⁶³ e come del resto esplicitamente ammesso anche da certe convenzioni internazionali sui diritti dell'uomo [esemplare l'art. 5, lett. c), della CEDU], a patto che, però, l'applicazione in funzione preventiva di tali misure avvenga esclusivamente con riguardo al pericolo concreto e attuale di offese gravi a fondamentali beni giuridici e comunque nel rigoroso rispetto del principio di proporzionalità, che il procedimento di applicazione della sanzione sia rapido⁶⁴ e che sia previsto un indennizzo in caso di proscioglimento⁶⁵. Per finire, la tipizzazione delle fattispecie di pericolosità concrete quali reati o illeciti amministrativi consente l'attivazione dei poteri di polizia di sicurezza e giudiziaria funzionali alla scoperta di tali illeciti e alla neutralizzazione del pericolo *imminente* di perpetrazione di condotte lesive.

Ciò significa riconoscere e far buon governo dei (molti) possibili effetti preventivi del diritto punitivo in generale, ma allo stesso tempo restituire una dimensione di *giustizia* alla restrizione applicata, che si giustifica, per l'appunto, in chiave retributiva, non quale mero dispositivo di incapacitazione predelittuale, ma quale *conseguenza* logica e giuridica di un fatto già riprovato dalla società come illecito⁶⁶. Là dove l'ampio ricorso a misure negative predelittuali inevitabilmente rischia di innescare sentimenti di ingiustizia e incomprensione nel destinatario che ancora non ha commesso alcun reato e di accrescere il senso di insicurezza nei consociati, nel momento in cui sancisce e pubblicizza l'esistenza di soggetti pericolosi contro i quali la giustizia penale sem-

⁶² Art. 274, lett. c), c.p.p.

⁶³ Cfr. ad esempio, negli U.S.A., 18 U.S. Code, § 3142 (b) (su cui V. FANCHIOTTI, *La custodia cautelare negli U.S.A.*, in *Dir. pen. proc.*, 1996, pp. 381 ss.), che prevede che la persona accusata non possa essere rimessa in libertà laddove ciò "will endanger the safety of any other person or the community" o, in Francia, l'art. 137, co. 2, del *Code de procédure pénale*, per cui le misure cautelari del *contrôle judiciaire*, dell'*assignation à résidence* e della *détention provisoire* possono essere applicate anche a titolo di "mesure de sûreté".

⁶⁴ Sul rapporto fra durata ragionevole del processo e misure cautelari, peraltro espressamente stabilito dall'art. 9, co. 3, ICCPR, art. 5, co. 3, CEDU, art. 7, co. 5, ACHR, v. ancora V. FANCHIOTTI, *ibidem*.

⁶⁵ Come previsto, fra l'altro, dall'art. 9, co. 5, ICCPR, dall'art. 5, co. 5, CEDU.

⁶⁶ Cfr. G. BETTIOL, *Diritto penale. Parte Generale*, Padova, 1978, pp. 843 ss.

bra impotente anziché di soggetti condannati da una giustizia penale efficiente, l'applicazione di sanzioni proporzionate in risposta a manifestazioni concrete di pericolosità che già turbano l'ordine sociale non può che contribuire a riaffermare, sia agli occhi del responsabile sia dei consociati, per un verso, il valore aggredito e, per altro verso, la capacità dello Stato di proteggerlo (anche preventivamente). L'essenza retributiva della sanzione funge così da contrappunto legittimante rispetto all'applicazione anche in funzione preventiva della coercizione in cui la sanzione consiste.

Negli ordinamenti giuridici contemporanei, peraltro, almeno nel corso dell'ultimo secolo, i contenuti delle sanzioni penali e amministrative latamente intese, lungi dall'esaurirsi nella mera detenzione o in prelievi pecuniari, si sono andati arricchendo e sviluppando in articolazioni e modulazioni (si pensi al recente intervento della legge delega n. 67/2014, alle nostre sanzioni accessorie, alle misure di sicurezza, alle sanzioni sostitutive e alle misure alternative, oppure ai multiformi provvedimenti integrativi del *sentencing* nei sistemi di *common law*) che consentono, per un verso, una maggior aderenza al principio di proporzionalità, il quale deve orientare la scelta tanto dei diritti e libertà oggetto di compressione, quanto dell'intensità e durata di tale compressione e, per altro verso, un miglior adeguamento della sanzione allo scopo retributivo e preventivo perseguito. In questo senso, è ben possibile e auspicabile, dunque, che laddove la tipizzazione di un fatto quale illecito penale o amministrativo persegua una funzione eminentemente preventiva, il contenuto afflittivo della relativa sanzione si ritragga nella limitazione di quelle minime prerogative individuali che sono precondizioni rispetto alla perpetrazione di reati in futuro. Così, non sarà necessario (né legittimo) ricorrere alla privazione o alla restrizione della libertà personale (ammessa comunque solo per sanzionare un reato e non già un illecito amministrativo) quando sia sufficiente un avvertimento formale o la restrizione della libertà di manifestazione del pensiero o di associazione e/o riunione, nonché di libertà e diritti patrimoniali, per una durata proporzionale alla gravità e all'intensità del pericolo di offesa concretizzato. Ciò è peraltro consentito dalle carte internazionali dei diritti umani, che ammettono, per certe libertà, tutte quelle restrizioni necessarie alla pubblica sicurezza, alla prevenzione dei reati,

alla protezione dell'ordine, della salute o della morale pubblica, o alla protezione dei diritti e della libertà altrui⁶⁷.

Consideriamo ora le fattispecie in cui la *pericolosità individuale* sia meramente *astratta*. Può dirsi strettamente necessaria in questi casi la compressione *ante delictum* della libertà individuale? Se sì, occorre che essa assuma la forma di una misura *eccezionale*? In tali fattispecie, abbiamo visto, non sussiste nella realtà di fatto un pericolo di offesa, ma solo il timore o il sospetto di una pericolosità basato su elementi fattuali ancora equivoci e indicativi al più di quei generici fattori sociali, economici, psicologici di pericolosità che fondano di norma misure di natura squisitamente positiva: la libertà individuale non è arrivata ancora ad estrinsecarsi in condotte univocamente e concretamente pericolose. Ne consegue, logicamente, che la compressione di tale libertà risulterebbe una misura del tutto sovrabbondante rispetto alle esigenze del caso, che sono, semmai, quelle di fugare ogni timore o confermare i sospetti mediante ulteriori accertamenti (il discorso si sposta perciò da un piano sostanziale a un piano probatorio). In questi casi è dunque strettamente necessario, in primo luogo, prendere contatto con il soggetto al fine di proporre misure positive (se si ritiene che possano essere efficaci) ed eventualmente predisporre le più opportune misure generiche; in secondo luogo, attivare le investigazioni del caso al fine di raccogliere elementi a sufficienza per dimostrare, dinanzi a un giudice, la sussistenza di eventuali condotte concretamente pericolose (*pericolosità in concreto*) e come tali costitutive, semmai, di illecito penale o amministrativo. Solo in tal caso si renderà necessario procedere all'applicazione delle relative sanzioni (se previste) e delle correlate misure di polizia e cautelari. Diversamente, nessuna compressione di una libertà di cui ancora non si riesce a dimostrare la concreta pericolosità (cioè una libertà da presumersi innocua, secondo il principio di presunzione di non colpevolezza) può essere davvero necessaria.

L'efficacia preventiva (e così la sufficienza) del modello appena delineato (pericolosità concreta da prevenirsi mediante la giustizia punitiva; pericolosità astratta da prevenirsi mediante misure positive e gene-

⁶⁷ V., ad esempio, artt. 8-11 CEDU, artt. 12, 13, 15, 16, 22 ACHR, art. 52 Carta dir. fond. UE.

riche) presuppone però la perfetta efficienza dell'apparato di giustizia punitiva. Occorre, perciò, verificare se non sia proprio nel momento in cui tale apparato non è più in grado di esplicare efficacemente le sue funzioni – con particolare, ma non esclusivo, riguardo, alla possibilità di arrestare e trarre a giudizio il soggetto responsabile e pericoloso, alla capacità di assicurare la prova degli illeciti, alla celerità del procedimento di applicazione delle sanzioni – che possa porsi la necessità di misure straordinarie. Ed invero, è proprio in ragione della ritenuta incapacità della giustizia penale tradizionalmente intesa (e, quindi, *a fortiori* il più debole sistema di giustizia punitiva amministrativa) di far fronte alle inedite e aberranti minacce (più o meno concrete) del crimine globale (ma non solo) che si pretende di giustificare l'introduzione di altrettanto aberranti misure *extra ordinem* – spesso peraltro secondo gli schemi meno conformi allo Stato di diritto (e, sovente, pure contrari allo stesso diritto internazionale), proposti o imposti da organizzazioni internazionali. Non è possibile sottoporre ad alcun processo il pericolosissimo ideatore di un attentato terroristico in virtù dei limiti territoriali della giustizia penale del Paese colpito? Mandiamo una *task force* a farlo fuori (li chiamano, con espressione quasi elegante, “targeted killings”: è prevenzione, molto negativa, anche questa)⁶⁸. Non si trova la prova che il figlio di un sospetto criminale internazionale sia concretamente pericoloso? Confischiamogli tutti i beni anche se non ha commesso nulla di male⁶⁹. Non riusciremo mai a concludere tempestiva-

⁶⁸ La mente corre alla morte di Osama Bin Laden: per un'ampia riflessione si vedano i contributi contenuti nel numero dedicato al tema *Où est Ossama Ben Laden? Le spectre dell'ennemi – Dov'è Osama Bin Laden? Lo spettro del nemico* della rivista *Où triç!*, 2, 2012, nonché A. VEDASCHI, *Osama bin Laden: l'ultimo targeted killing. Gli Stati Uniti hanno dunque la licenza di uccidere?*, in *Dir. Pubbl. Comp. ed Eur.*, 2011, pp. 1196 ss., ma il problema dei “targeted killings” è ben precedente: v. P.B. HEYMANN, J.N. KAYYEM, *Protecting Liberty in an Age of Terror*, Cambridge (MA), 2005, cap. 4, *Targeted Killing*, pp. 59 ss.

⁶⁹ Esempiare, in tal senso, la decisione 2011/782/PESC del Consiglio UE del 1° dicembre 2011, relativa a misure restrittive nei confronti della Siria, che prevede, fra l'altro, il congelamento dei capitali nei confronti di soggetti “associati” ai responsabili della repressione contro la popolazione civile. Nell'elenco dei destinatari della misura si trovano iscritti diversi famigliari dei presunti responsabili apoditticamente ritenuti “trarre vantaggio e perciò essere associati” al regime “in quanto tali”.

mente un procedimento penale nei confronti di un appartenente a un'associazione mafiosa? Confiniamolo in un'isola *ad libitum* in virtù della sua pericolosità sottoposto a mille divieti⁷⁰.

Senonché, benché non possa negarsi che talune manifestazioni della criminalità globale sfuggano alla capacità punitiva, per quanto efficiente, degli Stati (si pensi ai limiti territoriali della giurisdizione penale interna e alla impervietà delle investigazioni in materia di criminalità organizzata o terrorismo), il più delle volte l'asserita insufficienza o incapacità preventiva della giustizia penale non dipende tanto dalle diaboliche conformazioni della criminalità globale in sé, quanto piuttosto dalle ottusità, delle carenze e delle irrazionalità degli Stati e delle organizzazioni internazionali in cui questi sono rappresentati: in ambito nazionale, la scarsità dei mezzi messi a disposizione delle forze dell'ordine⁷¹, l'inadeguatezza della formazione degli operatori di settore, i malfunzionamenti dell'amministrazione giudiziaria e le sconsiderate politiche in materia⁷²; in ambito internazionale, la scarsa collaborazione giu-

⁷⁰ L'ipotesi è tutt'altro che scolastica: cfr. Corte EDU, *Guzzardi c. Italia*, 6 novembre 1980, n. 7367/76.

⁷¹ Per restare in Italia, basta dare una scorsa ai titoli di giornali degli ultimi anni: N. VALLINI, *Congresso del Siulp "Gli agenti di polizia pochi e senza mezzi"*, in *Corriere della Sera*, 18 giugno 2006, p. 12; *La polizia con le auto in garage. "A Roma e Napoli 500 mezzi fermi"*, in *la Repubblica*, 16 febbraio 2009; F. LANDRINI, *Pochi agenti, sicurezza a rischio "Troppi tagli di organico"*, in *Il Giornale. Lecco*, 17 febbraio 2013; S. VESPA, *Mestiere: capo della polizia. Pochi soldi e molti grattacapi*, in *Panorama*, 10 giugno 2013; M. ARCADIO, *La denuncia. I sindacati di categoria: "Mezzi sempre più scarsi e stipendi bloccati i poliziotti allo stremo"*, in *La Gazzetta di Taranto*, p. v; *Auto di polizia, situazione disastrosa. Mezzi rotti, vecchi e prestiti di veicoli fra sezioni. Provocazione Sap: "Benefattori ben accetti"*, in *CremonaOggi*, 6 settembre 2014; *Auto vecchie, radio rotte e pochi uomini: "Ecco come lavora la Polizia Municipale"*, in *FoggiaToday*, 1° luglio 2014.

⁷² Sempre in Italia: I. FRANCESE, *A Eboli giustizia ferma: tutti i cancellieri sono a casa in malattia*, in *Il Giornale.it*, 13 gennaio 2015; *Genova, il ministro Orlando: "Giustizia inefficiente rallenta crescita, entro l'anno 2000 reclutamenti"*, in *la Repubblica*, 24 gennaio 2015; *I magistrati: da Nord a Sud è piaga corruzione. Orlando: Giustizia inefficiente rallenta la crescita*, in *RaiNews*, 24 gennaio 2015; *Brescia. Giustizia in emergenza: manca il personale*, in *Gazzetta di Mantova*, 24 gennaio 2015; *Bologna, è qui che la giustizia è più ingolfata*, in *la Repubblica*, 24 gennaio 2015; *Giudici di pace, 110 mila nuove cause*, in *Il Sole 24 Ore*, 2 settembre 2014; I. SACCHETTONI, Giu-

diziaria e di polizia fra Stati, i ritardi e le resistenze da parte di certi Stati nei confronti dell'istituzione di una giustizia penale veramente internazionale (penso al rifiuto degli Stati Uniti alla ratifica dello Statuto di Roma), talora tradottesi in veri e propri boicottaggi (penso all'immunità per i *peacekeepers* americani dalla giurisdizione della Corte Penale Internazionale estorta dagli Stati Uniti al Consiglio di Sicurezza ONU dietro minaccia di abbandonare la missione di pace in Bosnia)⁷³, mossi dalla volontà di sottrarsi alla responsabilità (anche penale) che, invece, dovrebbe accompagnarsi ad ogni esercizio di potere, tanto più se militare ed extraterritoriale. In tutti questi casi non si tratta di incapacità fisiologiche della giustizia punitivo-retrospettiva, ma di disfunzioni e distorsioni patologiche, riconducibili, in ultima, a negligenze politiche degli Stati. Senza considerare, poi, che anche quando l'apparato punitivo Statale funzioni al meglio e l'impossibilità di prevenire e perseguire con strumenti ordinari sembri dipendere dai caratteri della criminalità globale, occorre chiedersi se, in fondo, lo sviluppo di tale criminalità non dipenda anche dalla mancata previa adozione di opportune misure positive destinate a produrre effetti sul lungo termine, quando non addirittura nelle sconsiderate condotte imperialistiche o conniventi di quegli stessi Stati che poi pretendono di rispondere alle conseguenze delle proprie scelte politiche con la compressione delle libertà altrui⁷⁴ – che, per inciso, quando posta in essere contro il diritto internazionale, diventa un atto non solo ingiusto, ma criminale a tutti gli effetti (quello che Noam Chomsky chiama il “nostro terrorismo” contro il “loro terrorismo”)⁷⁵.

dici di pace in sciopero: “La riforma aumenta la precarietà”, in *Corriere della Sera*, 3 novembre 2014; *Caos al Tribunale di Napoli Nord, si dimette il coordinatore dei giudici di pace*, in *campanianotizie.com*, 9 gennaio 2015.

⁷³ E. CARETTO, *Corte penale dell’Aja, immunità per un anno ai caschi blu Usa. Salva la missione di pace in Bosnia*, in *Corriere della Sera*, 13 luglio 2002, p. 13. Cfr. anche D. ZOLO, *Luci e ombre della corte penale internazionale*, in *il manifesto*, 3 luglio 2002.

⁷⁴ Cfr. D. COLE, *Enemy Aliens*, in *Stan. L. Rev.*, 54, 2002, p. 953 e poi ID., *Enemy aliens: double standards and constitutional freedoms in the war on terrorism*, New York-London, 2003.

⁷⁵ Di recente, a proposito dell’attentato parigino alla sede di *Charlie Hebdo*, N. CHOMSKY, *Chomsky: Paris attacks show hypocrisy of West’s outrage*, in *CNN International*,

In tutti questi casi la prima vera necessità non è quella di introdurre nuove misure negative (sarebbe paradossale, oltre che immorale, ampliare i poteri coercitivi dello Stato a discapito delle libertà individuali in virtù della sua inettitudine ad impiegare appropriatamente quelli già a sua disposizione), bensì quella di ripristinare al più presto l'efficienza dei sistemi nazionali di giustizia punitiva e, al contempo, implementare un altrettanto efficiente sistema di giustizia penale internazionale, peraltro a mero sussidio di modelli di prevenzione positiva sempre più ampi e globali. Tale processo – in cui diversi attori sono già positivamente impegnati (fra cui, *in primis*, molti intellettuali e accademici) – tuttavia richiede del tempo e, probabilmente, viste le su menzionate resistenze, non sarà conseguibile se non a seguito di un radicale ripensamento delle ormai fiaccate strutture di potere nazionali e internazionali, ripensamento che potrebbe condurre a una totale rivoluzione degli equilibri politici mondiali (auspicabilmente nel senso di una maggior parità e di una maggior responsabilizzazione ed eticizzazione della politica), nonché a una trasfigurazione del volto delle istituzioni e categorie giuridico-politiche interne e sovranazionali (primo fra tutte, il travagliato concetto di sovranità nazionale). Nelle more, come non è giusto che delle negligenze e delle scelleratezze degli Stati rispondano gli individui ritenuti pericolosi, non si può neppure pretendere che a farne le spese siano quegli altri individui che, insieme, formano la collettività che lo Stato ha il dovere-responsabilità di tutelare (e che, peraltro, hanno un'influenza relativa sulle politiche nazionali o inter-nazionali). Sicché finché la giustizia punitiva nazionale non riacquisterà la propria efficienza e finché i suoi limiti fisiologici non saranno sopperiti da un sistema di giustizia globale, possono residuare ambiti in cui il ricorso a misure alternative e del tutto eccezionali possa ritenersi davvero necessario.

Si tratta comunque di ambiti assai circoscritti che corrispondono a fattispecie piuttosto rare, o meglio, propriamente *eccezionali*, e che, in quanto tali, meritano di essere definite vere e proprie *emergenze*. A queste fattispecie fanno riferimento anche le convenzioni internazionali sui diritti umani quando prevedono, per i tempi di emergenza, la possi-

20 gennaio 2015 (<http://edition.cnn.com/2015/01/19/opinion/charlie-hebdo-noam-chomsky/>). In più ampia prospettiva cfr. ID., *Hopes and Prospects*, London, 2010, *passim*.

bilità di misure derogatorie rispetto agli obblighi convenzionali nei limiti della stretta necessità (art. 4, co. 1, ICCPR, art. 27, ACHR, art. 15 CEDU, art. 4 Carta araba dir. umani). Quali sono, dunque, i caratteri delle fattispecie di emergenza (criminosa) tali da giustificare l'introduzione di misure negative individuali eccezionali?

Alcuni li abbiamo già identificati. In primo luogo, deve trattarsi di fattispecie di pericolosità individuale in cui tanto la prevenzione positiva, quanto il sistema punitivo così come lo conosciamo sono del tutto impotenti. Può trattarsi dunque tanto di fattispecie di pericolosità concreta che non sia possibile neutralizzare mediante il ricorso a sanzioni penali o amministrative e ai poteri di polizia a queste prodromici (si pensi al caso in cui il Governo di uno Stato venga a conoscenza delle attività di preparazione di un imminente attentato sul proprio territorio da parte di un gruppo terroristico che al momento della scoperta si trova all'estero) o di fattispecie di pericolosità che normalmente sarebbe puramente astratta, ma che in contesti e circostanze eccezionali assumano carattere concreto (si pensi all'appartenenza a un gruppo politico, normalmente lecita, che, tuttavia, nel caso di violenta insurrezione armata da parte di tale gruppo organizzato, diventi indice di pericolosità in concreto) o, ancora di fattispecie di pericolosità astratta che, in ragione dell'importanza dei beni minacciati e dell'imminenza dell'offesa temuta, occorre neutralizzare prima che si possano raccogliere ulteriori elementi volti a dimostrare eventuali condotte pericolose, che potranno essere accertate solo in seguito. In altre parole, l'offesa minacciata dev'essere *inevitabile*, se non con il ricorso a misure eccezionali.

In secondo luogo – ce lo dicono le norme internazionali citate poc'anzi – deve trattarsi di una fattispecie di pericolo per la *sopravvivenza della nazione*, cioè di una situazione di pericolo di offesa tanto grave e/o estesa a beni giuridici tanto fondamentali per lo Stato da comprometterne la stessa esistenza. Solo la necessità di scongiurare una simile offesa, infatti, può ritenersi, in un'ottica di bilanciamento di interessi, prevalente sulla necessità di assicurare la più stretta tutela di diritti e libertà individuali. L'entità dei valori in pericolo, peraltro, consente di intervenire, eccezionalmente, già in presenza del minore grado di probabilità di lesione consistente nel pericolo di lesione.

In terzo luogo, come emerge anche dagli esempi proposti sinora, la stretta necessità di ricorrere a misure eccezionali può aversi solo laddove il pericolo di offesa sia *attuale*, se non imminente, posto che tanto più l'offesa minacciata è lontana nel tempo, quanto più essa consente l'approntamento di misure positive o generiche, il dispiegamento di investigazioni di polizia (o, se del caso, di *intelligence*) e dei conseguenti poteri giudiziari (o, se del caso, diplomatici). Deve sussistere, cioè, l'*urgenza* di procedere alla compressione della libertà personale di un certo individuo.

Infine, poiché la sussistenza dell'emergenza dipende dalla sussistenza di un pericolo, è evidente che debba trattarsi di una situazione inevitabilmente *temporanea*, che dura cioè fintanto che dura il pericolo. Affermare che certe forme di criminalità, come il terrorismo, rappresentano un "pericolo costante", per cui "non si sa mai quando potrebbe arrivare il prossimo attacco" è una mistificazione, di derivazione mediatica e di manifattura politica, funzionale all'introduzione di misure straordinarie tramite la leva della paura. Il pericolo (la probabilità) di offesa non va confuso con la possibilità e l'imprevedibilità di offesa. Abbiamo già detto che la possibilità (e quindi l'imprevedibilità) di offese criminose è la norma in ogni Stato in cui viga il primato della libertà individuale. L'emergenza, invece, per il fatto di presupporre un pericolo, non è mai imprevedibilità assoluta, ma, anzi, prevedibilità di offesa, così come, del resto, ogni altra fattispecie di pericolosità.

Dalle considerazioni che precedono è finalmente possibile ricavare gli elementi costitutivi e caratterizzanti la situazione necessitante e legittimante l'impiego di misure negative eccezionali (e pre-delittuali) – in una parola, la *fattispecie di emergenza* in senso tecnico – e cioè deve trattarsi di una situazione *temporanea* di a) *pericolo* b) *attuale* o *imminente* di c) *offesa (lesione o messa in pericolo) ingiusta* a beni fondamentali per l'esistenza della società civile o per la sopravvivenza dell'ordinamento interessato e d) altrimenti *inevitabile*. Per inciso, alcuni di questi elementi sono già positivizzati dal diritto nazionale o internazionale⁷⁶. Ogni misura emergenziale applicata sul presupposto di siffat-

⁷⁶ Vedi, ad esempio l'art. 3 dell'*Emergencies Act* canadese [R.S.C., 1985, c. 22 (4th Supp.)], gli artt. 119-120 della Costituzione turca e l'art. 4, co. 1, ICCPR e l'art. 15, co. 1, CEDU.

te fattispecie non deve travalicare i limiti di quanto strettamente necessario per prevenire l'offesa, sia quanto a *destinatari* (non si possono perciò colpire soggetti diversi da quelli effettivamente pericolosi, magari a scopo di assicurazione sociale), sia nei *contenuti* (con rispetto anche del corollario di *proporzionalità*), sia nella *durata*, essendo destinata a cessare col cessare del rischio o del pericolo da rimuovere⁷⁷.

Così configurato, il modello di *emergency governance* della criminalità si riduce a un modello del tutto residuale, eccezionale in senso proprio, e comunque di transizione, destinato ad essere rimpiazzato da un più razionale e ragionevole modello di giustizia globale (forse nell'ambito di un ordinamento gius-politico mondiale completamente rinnovato), quando i tempi saranno maturi. Beninteso, da un punto di vista morale, la legittimazione del ricorso al diritto eccezionale nell'ambito della prevenzione del crimine sussiste solo laddove gli Stati che intendano servirsene stiano già concretamente adempiendo ai loro obblighi di collaborazione alla persecuzione di una giustizia internazionale. Diversamente, la misura eccezionale diventa un *commodus discessus* dal dovere di tutela dei consociati che, in base alle costituzioni e alle convenzioni internazionali, incombe sugli Stati e la cui inosservanza non può che essere fonte di responsabilità politica (se del caso internazionale) per gli Stati, ma anche giuridica per gli individui al governo, soprattutto quando essa finisca per ledere diritti e libertà umane fondamentali. Il primo passo verso la conversione del presente disordine mondiale in un futuro ordine globale non può che essere l'affermazione, prima, e la sanzione, poi, della responsabilità di chi esercita i poteri politici: niente poteri senza responsabilità.

Ecco perché, in tale quadro, la normalizzazione dell'emergenza appare una deviazione del tutto illegittima, prima di tutto da un punto di vista etico e politico, oltre che giuridico, in quanto plastica consacrazione dell'impunità di una politica irresponsabile e tendente alla pericolosissima accumulazione di poteri superflui rispetto ai doveri di tutela (che implica, ricordiamolo, anche *promozione* oltre che prevenzione)

⁷⁷ Sul carattere temporaneo di tali misure cfr., ad esempio, l'art. 27 ACHR e Corte cost., sentt. nn. 15/1982 e 38/1985.

che le sono assegnati dalla collettività e che sistematicamente seguita a violare.

4. *Adagio nobile. Limiti*

L'affermazione della necessità (*l'an*) di certe misure negative eccezionali rispetto a fattispecie di emergenza come quelle descritte non ne esaurisce la legittimazione. Lo stesso valore della persona umana che sorregge e orienta gli scopi di prevenzione e difesa sociale, infatti, fonda anche la necessità di proteggere, al contempo, un, sia pur minimo, nucleo di diritti e libertà individuali e, perciò di modellare i contenuti (il *quomodo*) di tali misure attorno alle garanzie che circondano tali diritti e libertà⁷⁸, pena la sostanziale contraddizione di quel valore ultimo e la vanificazione delle relative tutele. Secondo la famosa espressione di Aharon Barak, lo Stato democratico può combattere la criminalità solo con “una mano legata dietro la schiena”⁷⁹.

1) *Diritti e libertà inderogabili*. Un primo limite va ravvisato in una serie di diritti e libertà espressivi di una minima dimensione irriducibile della dignità umana e dichiarati espressamente inderogabili in tempo di emergenza e/o di guerra da diversi strumenti internazionali a tutela dei diritti umani (Convenzioni di Ginevra, ICCPR, ACHR, CEDU). Dall'esame congiunto delle disposizioni di tali complessi normativi, ai nostri fini, è possibile ricavare la seguente lista (una “whitelist” a prevenzione della prevenzione negativa illegittima) di diritti e libertà inderogabili:

1) *diritto ad essere ovunque riconosciuti come “persone” dinanzi alla legge* (artt. 16 ICCPR e 3 ACHR): sono dunque escluse misure, pure emergenziali, che considerino il soggetto pericoloso, il delinquente pericoloso e financo il nemico quali “non-persone”;

⁷⁸ G. CORSO, *Profili costituzionali delle misure di prevenzione. Aspetti teorici e prospettive di riforma*, in G. FIANDACA, S. COSTANTINO (a cura di), *La legge antimafia tre anni dopo*, Milano, 1986, p. 138.

⁷⁹ H.C. 5100/94, *Pub. Comm. Against Torture in Isr.v. Gov't of Israel*, 53(4) P.D. 817, 845 (v. anche A. BARAK, *Foreword: A Judge on Judging - The Role of a Supreme Court in a Democracy*, in *Harv. L. Rev.*, 116, 2002, p. 148).

2) *diritto alla vita* (art. 6 ICCPR; art. 4 ACHR; art. 2 CEDU) e *conseguente divieto di ogni violenza contro la vita e l'integrità fisica, fra cui, in particolare, l'omicidio arbitrario e le mutilazioni* (art. 3, lett. a), Conv. Ginevra): è vietato cioè ogni trattamento che comporti un *surplus* di afflittività non necessario rispetto agli scopi perseguiti;

3) *divieto di tortura, trattamenti inumani, crudeli, umilianti e degradanti, nonché di ogni altro "oltraggio alla dignità personale", fra cui la sottoposizione coattiva a sperimentazione medica/scientifica* (art. 3 Conv. Ginevra; art. 7 ICCPR; art. 5 ACHR; art. 3 CEDU): l'uomo non è strumentalizzabile in quanto è fine in sé⁸⁰, e giammai un mezzo (sono dunque illegittime tutte le misure che perseguono mere funzioni di assicurazione sociale o politico-demagogiche);

4) *divieto di prendere ostaggi* (art. 3, lett. b), Conv. Ginevra) e *divieto di riduzione in schiavitù e lavori forzati* (art. 8, co. 1 e 2, ICCPR; art. 6 ACHR; art. 4 CEDU)⁸¹: come sopra;

5) *libertà di coscienza e religione* (art. 18 ICCPR; art. 12 ACHR): nessuna misura, per derogatoria che sia, potrà mai spingersi a comprimere la libertà morale – l'“essenza della libertà”, per dirla con Berlin⁸² – potendo solo limitarsi ad intervenire sulla sfera più relazionale della libertà, quella cioè della libertà di agire⁸³;

6) *divieto di condanna e di esecuzione senza previo giudizio da parte di un tribunale regolarmente costituito, che offra le garanzie riconosciute indispensabili dalle popolazioni civili* (art. 3, lett. d), Conv. Ginevra): è vietato dunque applicare in funzione punitiva misure di contenuto identico o analogo rispetto a quello delle pene in senso stretto a soggetti che si sospetta abbiano commesso un reato, ma per una ragione o per l'altra, non possono essere sottoposti a procedimento penale (c.d.

⁸⁰ I. KANT, *Grundlegung der Metaphysik der Sitten*, Riga, 1785, 434-435 (ed. it. *Fondazione della metafisica dei costumi*, trad. V. Mathieu, Milano, 1994, pp. 157-159).

⁸¹ Né l'ICCPR, né la CEDU considerano inderogabile il divieto di lavori forzati in tempi di emergenza.

⁸² Cfr. I. BERLIN, *Freedom and its Betrayal: Six Enemies of Human Liberty*, a cura di H. Hardy, Princeton, 2002, pp. 103-104 (ed. it. *La libertà e i suoi traditori*, trad. G. Ferrara degli Uberti, Milano, 2005).

⁸³ Cfr. su questi temi, ma in riferimento alla pena, M. RONCO, *Il significato retributivo-rieducativo della pena*, in *Dir. pen e proc.*, 2005, p. 137.

“pene del sospetto” o secondo terminologia anglofona “pre-punishment”⁸⁴.

Inoltre, la Convenzione americana sui diritti umani qualifica come inderogabili molte altri diritti e garanzie, fra cui, i diritti della famiglia (art. 17), il diritto a un nome (art. 18), i diritti dei minori (art. 19), il diritto a una nazionalità (art. 20), i diritti di partecipazione politica (art. 23), oltre che – logico, ma non scontato – “le garanzie giurisdizionali necessarie a dare effettività ai diritti inderogabili” (art. 27), sicché, quanto meno negli Stati che hanno ratificato tale strumento (fra cui, purtroppo, non figurano gli Stati Uniti, meri firmatari), occorre aggiungere anche queste prerogative alla nostra *whitelist*.

II) *Legalità*. Oltre al limite minimo rappresentato da questi diritti e libertà inderogabili, occorre ora verificare se vi sia un secondo, più elevato e sofisticato, livello di garanzie indispensabile a conferire effettività alle prime (e, perciò, da qualificarsi al pari inderogabili, come affermato dall’art. 27 ACHR). Tali garanzie, a mio avviso, si dispiegano al contempo e cumulativamente, per un verso, sul piano della *legalità* e, per altro verso, sul piano della *giurisdizionalità*, posto che principio di legalità e garanzia giurisdizionale sono “due requisiti ugualmente essenziali e intimamente connessi, perché la mancanza dell’uno vanifica l’altro rendendolo meramente illusorio”⁸⁵.

Quanto alla *legalità*, il problema si pone soprattutto sul piano della riserva di legge, dal momento che in genere l’urgenza tipica di ogni situazione di emergenza (il rischio/pericolo concreto e attuale di offesa) non consente di attendere i tempi di azione delle assemblee parlamentari e invoca, invece, l’intervento più agile e tempestivo del governo, in cui si sostanziano, per l’appunto, i poteri governativi emergenziali. Quando però l’esercizio di tali poteri si traduca in misure compressive delle libertà dei singoli, si pone l’esigenza – non dissimile, se non addirittura più accentuata rispetto a quella ricorrente in ambito penalistico,

⁸⁴ Cfr. G. FIANDACA, G. PUGLISI, *L. 3.8.1988, n. 327 – Norme in materia di prevenzione personale*, in *Leg. Pen.*, 1989, p. 19; G. FIANDACA, voce *Misure di prevenzione*, cit., p. 110; L. ZEDNER, *The Case of Control Orders*, in *Current Legal Problems*, 60, 2007, pp. 174 ss.; EAD., *Pre-crime and pre-punishment: a health warning*, in *Criminal Justice Matters*, 81, 1, 2010, pp. 24 ss.

⁸⁵ C. cost., sent. n. 177/1980.

data la vocazione *praeter delictum* e, talora, *praeter factum* delle misure di cui si discute – di salvaguardare il diritto delle minoranze – che sono peraltro le più esposte a tali misure – di partecipare alle decisioni circa l’opportunità di adottare le misure negative in questione. L’esigenza di pronto intervento si contrappone quindi all’esigenza di dialogo democratico.

Un contemperamento garantistico fra le due esigenze è rinvenibile nel controllo parlamentare *ex ante* ed *ex post* della gestione dell’emergenza da parte del governo. Se non si può attendere che sia direttamente il legislatore ad adottare mediante procedura legislativa ordinaria le eventuali misure negative che si rendessero necessarie, è pur sempre possibile, per un verso, che i parlamenti nazionali approntino anzitempo (*ex ante*) atti legislativi volti a disciplinare la gestione di eventuali future emergenze e circoscriverla entro i limiti richiesti dal rispetto dei diritti e delle libertà fondamentali (diversi Paesi occidentali, come il Canada⁸⁶ o la Spagna⁸⁷, sono dotati di simili atti di legge). Per altro verso, l’adozione da parte del Governo di qualsiasi misura negativa individuale *extra ordinem* dovrebbe essere sottoposta al vaglio parlamentare al più presto possibile, onde consentire almeno un controllo *ex post* (come accade, ad esempio, in quei sistemi pur di *common law*, come il Regno Unito, l’Australia o la Nuova Zelanda, ove le misure restrittive individuali imposte dal Consiglio di Sicurezza ONU dapprima attuate con provvedimento dell’esecutivo, sono poi ratificate ed eventualmente ridisciplinate con legge parlamentare)⁸⁸. Il principio è, insomma, che nello stato di diritto non è concesso alcuno spazio per poteri illimitati dell’esecutivo⁸⁹.

Un controllo analogo sarebbe opportuno, fra l’altro, anche nell’ambito delle Nazioni Unite, per arginare i poteri del Consiglio di Sicurezza

⁸⁶ *Emergencies Act*, cit.

⁸⁷ *Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los Estados de Alarma, Excepción y Sitio*.

⁸⁸ Per puntuali riferimenti, v. L. PASCULLI, *Le misure di prevenzione*, cit., pp. 164-165.

⁸⁹ *UK Supreme Court, Her Majesty’s Treasury v. Ahmed* [2010] UKSC 2, 45. Nello stesso senso, anche *US Supreme Court, Hamdi v. Rumsfeld*, cit., 532 e 536.

ONU di adozione di misure negative individuali⁹⁰. Tale controllo potrebbe essere affidato all'Assemblea Generale facendo leva sugli artt. 10 e 11, co. 1, della Carta ONU, che le attribuiscono il potere di formulare raccomandazioni al Consiglio anche in relazione ai “principi generali di cooperazione nell’ambito del mantenimento della pace e della sicurezza internazionali”. L’art. 12, co. 1, che vieta all’Assemblea Generale di formulare raccomandazioni circa una specifica situazione “finché” il Consiglio di Sicurezza stia esercitando le proprie funzioni in merito a tale situazione, non impedisce, infatti, che l’Assemblea possa indirizzare l’operato del Consiglio con raccomandazioni formulate *prima* che (e magari affinché) il Consiglio si attivi o di controllarne e criticarne l’operato *ex post*, cioè una volta esaurita l’azione del Consiglio. L’Assemblea ha peraltro già dimostrato di non rassegnarsi ad eventuali carenze del Consiglio di Sicurezza, ma, anzi, di volersi avocare ogni potere necessario al mantenimento della pace e della sicurezza internazionali (si veda ad esempio il ricorso alla *Uniting for Peace Resolution*).

III) *Giurisdizionalità*. Come per la legalità, anche nel caso dei controlli giurisdizionali spesso s’invoca, soprattutto da parte dei governi nazionali, il principio di necessità di una pronta risposta alle emergenze per affermare la *judicial deference* nei confronti dell’esecutivo. Non vedo però alcun ostacolo a che le corti interloquiscano, insieme al parlamento, con il potere esecutivo anche nella gestione dell’emergenza – e infatti le corti della maggior parte dei Paesi occidentali paiono sempre meno disposte a rinunciare alle proprie prerogative di controllo sul potere esecutivo e sul potere legislativo⁹¹.

È vero che possono verificarsi delle fattispecie di emergenza che richiedono anche delle misure negative nei confronti di singoli individui con tale urgenza da non consentire un’applicazione diretta da parte del giudiziario, in ossequio alla riserva di giurisdizione vigente in materia penale. È vero anche, però, che nulla impedisce che la legittimità delle misure applicate possa essere, *successivamente* alla loro applicazione, vagliata da un tribunale, nel rispetto del diritto a un ricorso giurisdizio-

⁹⁰ Sul tema, *ex multis*, F. SALERNO (a cura di), *Sanzioni “individuali” del Consiglio di Sicurezza e garanzie processuali fondamentali*, cit.

⁹¹ Per ulteriori riferimenti v. L. PASCULLI, *Le misure di prevenzione*, cit., 157 ss.

nale effettivo e di certe minime garanzie processuali “riconosciute dalle nazioni civili”, fra cui il diritto di difesa e il diritto al contraddittorio. Lo Stato non può pretendere, insomma, di derogare tali minime garanzie, senza render conto almeno: a) delle ragioni che impongono la deroga; b) del rispetto delle forme e dei presupposti giuridici della propria decisione di applicare la misura in ciascun caso di specie; c) degli elementi di fatto che suffragano tale decisione (e se tali elementi sono “top secret” lo Stato dovrà prendersi la responsabilità di scegliere fra l’affidare tali elementi alla cognizione delle corti pur di insistere per l’applicazione delle misure individuali di cui trattasi o abdicare all’applicazione della misura per preservare la segretezza delle informazioni)⁹².

Se ciò è vero per il controllo giurisdizionale sull’applicazione di misure di emergenza da parte dell’esecutivo, tanto più è vero per il controllo di legittimità costituzionale delle disposizioni legislative che indirizzano (*ex ante*) o ratificano (*ex post*) le azioni del governo o, ove possibile, degli stessi provvedimenti governativi, posto che il sindacato di costituzionalità interverrebbe pur sempre dopo che il legislativo o l’esecutivo hanno adottato le misure eccezionali di cui trattasi (e perciò con salvezza di eventuali urgenze).

Occorre a questo punto chiedersi, però, quali corti siano competenti a giudicare la legittimità di misure applicate in attuazione di obblighi internazionali o sovranazionali (leggi: misure restrittive del Consiglio di Sicurezza ONU). Senza dubbio un ruolo cruciale è rivestito dalle *corti nazionali*⁹³, almeno limitatamente alle modalità di esecuzione interne (di cui lo Stato è senz’altro responsabile) in rispetto delle minime garanzie individuali inderogabili sancite a livello internazionale ed a quelle eventualmente maggiori sancite a livello costituzionale⁹⁴, in funzione di controlimita alle pressioni illiberali provenienti dalle organiz-

⁹² Su questi profili v. di recente CGUE, 18 luglio 2013, cause riunite C-584/10 P, C-593/10 P, C-595/10 P, Kadi.

⁹³ Cfr. E. CANNIZZARO, *A Machiavellian Moment?*, cit., pp. 204 ss.

⁹⁴ Cfr., ad esempio, in questo senso Federal Court of Canada, *Abdelrazik v. Canada (Minister of Foreign Affairs)*, 4 giugno 2009 e UK Supreme Court, *HMT v. Ahmed* [2010], cit.

zazioni sovranazionali⁹⁵. Analoga funzione di controllo può validamente essere esercitata dalle *corti sovranazionali*, con riferimento alla conformità rispetto alle garanzie dei diritti umani o dei principi generali del diritto che ne includono le tutele delle modalità attuative delle risoluzioni del Consiglio di Sicurezza da parte dei rispettivi organismi e anche da parte dei rispettivi Stati membri⁹⁶. Un controllo giurisdizionale diretto (benché insufficiente) sull'operato del Consiglio di Sicurezza ONU può essere riconosciuto, inoltre, alla Corte Internazionale di Giustizia, in via incidentale, nell'ambito dell'esercizio delle proprie funzioni giurisdicenti di tipo "arbitrale" (nell'ambito di controversie fra Stati) o consultive (*ex art. 96 Carta ONU*)⁹⁷.

In proposito, merita di essere segnalato un importante fenomeno che potrebbe rappresentare un meccanismo risolutivo ai fini di un progressivo rinsaldamento dei controlli giurisprudenziali sui poteri emergenziali legislativi ed esecutivi. Si tratta della c.d. "globalizzazione giudiziaria"⁹⁸, che consiste nella tendenza da parte delle corti interne o sovranazionali a ricorrere, in chiave comparatistica, a principi e soluzioni giurisprudenziali adottati in famiglie giuridiche affini o appartenenti al medesimo ordinamento sovranazionale o ancora adottati da corti internazionali e sovranazionali. Tale fenomeno esprime e insieme corrobora la progressiva diffusione e affermazione globale di un livello minimo di tutela dei diritti e delle libertà fondamentali della persona e, al contempo, facilita lo sviluppo di una sensibilità comune verso la graduale elevazione degli standard di garanzia.

⁹⁵ Su questi temi, in ambito comunitario, v., fra molti, S. RIONDATO, *Competenza penale della Comunità europea. Problemi di attribuzione attraverso la giurisprudenza*, Padova, 1996; C. SOTIS, *Il diritto senza codice. Uno studio sul sistema penale europeo vigente*, Milano, 2007.

⁹⁶ Cfr., ad esempio, CGUE, 18 luglio 2013, cause riunite C-584/10 P, C-593/10 P, C-595/10 P, Commissione c. Yassin Abdullah Kadi e Corte EDU, Nada c. Svizzera, 12 settembre 2012, n. 10593/08.

⁹⁷ V., anche per una rassegna di diverse posizioni sul punto, E. CANNIZZARO, *A Machiavellian Moment?*, cit., pp. 191 ss.

⁹⁸ Cfr., oltre a M.S. FLAHERTY, *Judicial Globalization*, cit., A.M. SLAUGHTER, *A New World Order*, Princeton, 2004, p. 66, nonché molti altri scritti di Martin Flaherty.

5. *Finale*

Così come la crisi del ventesimo secolo ha scosso le confortevoli strutture semantiche e cromatiche del tonalismo romantico e traghettato la musica del Novecento verso l'atonalità, la dissonanza e l'improvvisazione⁹⁹ – definitivo abbandono del supporto rassicurante della partitura – la stessa crisi ha segnato la dipartita dalla concezione moderna del diritto e l'avvento di un diritto davvero “liquido”¹⁰⁰, forse più flessibile rispetto alle esigenze della post-modernità, o tarda modernità che dir si voglia, ma al contempo inevitabilmente più volatile e imprevedibile.

Avversare tali evoluzioni (o involuzioni, a seconda dei punti di vista), quasi fossero errori occasionali da cancellare e dimenticare, e trincerarsi dietro nostalgiche reminescenze di un diritto che fu – e che forse non tornerà più – anziché soffermarsi a riflettere sulle cause e i possibili sviluppi futuri, potrebbe significare perdere l'importante opportunità di *prevedere* ciò che ci aspetta e di approntare per tempo eventuali rimedi (e così evitare di dover agire, poi, “in emergenza”).

Nell'ambito della normalizzazione della prevenzione (negativa) eccezionale del crimine globale ciò si traduce nella necessità di intravedere nell'accanimento degli Stati e delle organizzazioni internazionali nell'adozione di misure di prevenzione negative individuali il disperato tentativo di riaffermazione di poteri ormai sfibrati e inadeguati a far fronte alle esigenze delle società umane nell'era della globalizzazione, ma anche l'inetitudine a (o, peggio, la mancanza di volontà di) scavare fino alle radici più profonde del crimine globale e reciderle mediante la sostituzione di valori negativi con valori positivi e genuinamente pluralistici.

In questa *impasse* che dura ormai da decenni e che sta mietendo tante vittime (le vittime del crimine globale, ma anche le vittime della prevenzione del crimine globale e, con esse, i diritti umani fondamentali) il compito del giurista si dipana in due direzioni. Da una parte, egli deve

⁹⁹ L. BERNSTEIN, *The Unanswered Question. Six Talks at Harvard* (1976), Cambridge (MA), 1997, soprattutto la quinta lezione: *The Twentieth Century Crisis*.

¹⁰⁰ Parafraso Bauman, ma sul punto è stato già scritto molto: di recente, per tutti, R. BORSARI, *Diritto penale, creatività e co-disciplinarietà. Banchi di prova dell'esperienza giudiziale*, Padova, 2013.

suggerire le soluzioni idonee a porre rimedio, nel breve termine, alle gravissime violazioni di quel valore, davvero universale, che è la persona umana perpetrate attraverso l'imposizione di misure negative *praeter delictum*, eccezionali o normalizzate che siano. Dall'altra parte egli deve puntare ad indicare, sul lungo termine, delle valide alternative al ricorso all'eccezione nella prevenzione del crimine globale, in prospettiva di un'evoluzione del sistema verso paradigmi sempre più aderenti al valore della persona umana.

Quanto al primo compito, mi pare siano già emersi nel corso di questa breve trattazione alcuni punti fermi. Primo, le misure individuali negative predelittuali non eliminano o riducono le cause del crimine (tanto meno di quello globale), ma al più ne ostacolano i mezzi, in funzione di difesa sociale. Secondo, in tale prospettiva e in quanto altamente derogatorie dei principi dello stato di diritto, esse devono rimanere confinate in ogni ordinamento entro un ambito di autentica eccezione, perimetrato dal principio di stretta necessità. Terzo, il principio di stretta necessità può giustificare l'impiego di tali misure solo in pochissime fattispecie emergenziali, qualificate da tutta una serie di stringenti attributi (urgenza, gravità, ingiustizia, dimensione pubblica, etc.), come si conviene, appunto, a qualsiasi provvedimento in sostanza derogatorio: è esclusa perciò la legittimità di misure negative *praeter delictum* quale ordinario strumento di prevenzione (ci sarà molto da lavorare in Italia per smantellarle). Quarto, occorre che tali misure, ove inevitabili, rispettino comunque tanto una serie di diritti e libertà fondamentali inderogabili anche in tempi di guerra o emergenza, espressamente enucleati dal diritto internazionale, quanto un secondo livello di garanzie indispensabili per dare effettività a tale tutela, fra cui il principio di legalità e della garanzia giurisdizionale, pur declinate in modo tale da non paralizzare eventuali interventi governativi d'urgenza davvero indispensabili.

Quanto al secondo compito, la direzione verso la quale dovrà muoversi la prevenzione del crimine globale per assecondare, per un verso, le esigenze di flessibilità, rapidità, ma anche profondità di intervento poste dalla globalizzazione e, per altro verso, l'inedefittibile assunzione del valore persona umana quale unico punto di riferimento globale di ogni intervento normativo, è quella della prevenzione positiva. Una

prevenzione che torni a concentrarsi sulle cause del problema e non solo sui sintomi, una prevenzione che sappia guardare al di là del suo naso e svincolarsi dall'ottusa fiducia nella forza quale strumento risolutivo di ogni situazione. È qui che, seguendo l'immagine di Barak, l'altra mano del legislatore, quella libera, può sbizzarrirsi nelle più fantasiose *performances*, anche a partire dai notevoli risultati conseguiti in merito dalla ricerca accademica delle più disparate discipline (antropologica, sociologica, psicologica, giuridica) e gli appelli lanciati (peraltro, non da oggi) dagli intellettuali più attenti. È qui che bisogna cercare, creativamente, misure e strutture innovative, agili e reattive ai cambiamenti della società e capaci di creare le basi per un progressivo smantellamento tanto dei sistemi di prevenzione negativa, quanto delle cause del crimine globale, anche al fine di un costante miglioramento delle condizioni sociali, tramite la promozione, oltre che la mera protezione, di valori, pur sempre nel rispetto del dialogo e del pluralismo, che, per inciso, sono il migliore strumento per affrontare il carattere davvero saliente dell'era globale: la diversità.

PUBBLICARE O CENSURARE?
IL DIFFICILE BILANCIAMENTO TRA LA SICUREZZA
E LA LIBERTÀ DI RICERCA SCIENTIFICA
NELLE IPOTESI DI RISCHI DI BIOTERRORISMO:
UNA PROSPETTIVA “REGOLA/ECCEZIONE”

Ilaria Anna Colussi

SOMMARIO: *Introduzione. 1. “Dual-use research” e bioterrorismo. 2. La libertà di ricerca scientifica. 2.1. Caratteri e contenuti. 2.2. Limiti. 3. Il diritto alla sicurezza. 4. Il rapporto tra libertà di ricerca scientifica e sicurezza: regola o eccezione? 5. Pubblicazione o censura? A mo’ di conclusione.*

Introduzione

Nel 2011 due gruppi di ricerca, uno dell’Erasmus Medical Center di Rotterdam, condotto da Ron Fouchier¹, e uno dell’Università del Wisconsin, guidato da Yoshihiro Kawaoka², hanno ottenuto – in parallelo – la modificazione genetica del virus dell’influenza aviaria, il cosiddetto virus H5N1. Le implicazioni di questa ricerca potrebbero essere dupplici: da un lato, essa è in grado di aprire nuovi scenari nell’ambito dello studio delle malattie e dei farmaci; dall’altro, dal momento che il virus si trasmette facilmente, attraverso le vie respiratorie, tra i polli, appare ipotizzabile anche la trasmissione all’uomo, e ciò potrebbe indurre bioterroristi o persone senza scrupoli, aventi lo scopo di danneggiare l’ambiente e turbare la salute e la sicurezza della collettività, a utilizzare il virus per scatenare una pandemia dalle proporzioni inimmaginabili e disastrose.

¹ S. HERFST ET AL., *Airborne Transmission of Influenza A/H5N1 Virus Between Ferrets*, in *Science*, 336, 2012, pp. 1534-1541.

² M. IMAI ET AL., *Experimental adaptation of an influenza H5 HA confers respiratory droplet transmission to a reassortant H5 HA/H1N1 virus in ferrets*, in *Nature*, 486, 2012, pp. 420-428.

Pertanto, il caso in questione induce a chiedersi se sia ammissibile la pubblicazione di ogni risultato della ricerca scientifica, al fine di preservare la libertà di investigazione, o se si possa, invece, limitare la divulgazione dei dati per motivi di sicurezza. La vicenda del virus H15N1 può, allora, costituire l'occasione per riflettere circa il rapporto tra la libertà di ricerca scientifica e altri diritti fondamentali, adottando una prospettiva "regola/eccezione".

1. "Dual-use research" e bioterrorismo

Il rischio che la ricerca scientifica non sia indirizzata a scopi benevoli, ma possa mettere in pericolo la pubblica sicurezza ha iniziato a manifestarsi già dagli albori del XX secolo, quando gli studi nell'ambito della fisica e della chimica determinarono la produzione di armi o strumenti poi impiegati nel corso della Seconda Guerra mondiale, come la realizzazione della bomba atomica³ o di diversi gas tossici⁴.

³ Gli studi sulla fissione nucleare traggono il loro fondamento nelle teorie sulla relatività di Albert Einstein, applicate ai nuclei atomici. Utilizzando il principio della fissione, si iniziò a concepire la possibilità teorica della realizzazione della bomba atomica. Nel 1942, l'italiano Fermi assemblò a Chicago la prima "pila atomica" o "reattore nucleare a fissione", costituito da una massa di uranio naturale e grafite disposti in maniera eterogenea. La prima bomba atomica fu realizzata con un progetto sviluppato segretamente dal governo degli Stati Uniti che assunse scala industriale nel 1942 (Progetto Manhattan). La prima bomba al plutonio fu fatta esplodere il 16 luglio 1945 nel poligono di Alamogordo, in Nuovo Messico. La prima all'uranio fu sganciata sul centro della città di Hiroshima il 6 agosto 1945. La seconda al plutonio fu diretta su Nagasaki il 9 agosto 1945. Cfr. A. TODARO, *Arma totale*, Foggia, 1997.

⁴ Il primo obiettivo della ricerca per la produzione di armi chimiche fu rappresentato dallo sviluppo di aggressivi che riuscissero a colpire il nemico attraverso la pelle e i vestiti, rendendo inutili le maschere antigas. Nel luglio 1917 i tedeschi introdussero l'iprite, in grado di penetrare facilmente gli indumenti di cuoio e di tessuto e infliggere bruciate cutanee. Negli anni 1920-30 gli italiani inaugurarono la stagione delle armi chimiche, diffondendo gas tossici in Libia ed Eritrea, anche su civili. Tra gli agenti chimici utilizzati a scopo letale si annoverano i gas nervini, asfissianti, vescicanti, polmonari, lacrimogeni, inibenti, citotossici, utilizzati per dispersione, diffusione termica o aerodinamica. Cfr. G. DI FEO, *Veleni di stato*, Milano, 2009.

Più recentemente, la ricerca nel campo delle scienze della vita ha prestato il fianco a un suo utilizzo per le finalità di terrorismo e belliche.

La genetica⁵, la biologia sintetica⁶, le nanotecnologie⁷ possiedono un enorme potenziale in tal senso e le applicazioni derivanti dalla ricerca possono costituire una minaccia vitale per la democrazia e persino per la sopravvivenza del genere umano. Si tratta di situazioni di *dual-use research*⁸, ovvero ricerche “a doppio uso”, che potrebbero essere impiegate con finalità sia civili sia militari, sia benevole sia malevole, come il caso del virus H5N1 dimostra. Va osservato che l’espressione *dual-use*, in realtà, potrebbe riferirsi non solo alla ricerca stessa⁹, ma

⁵ Com’è noto, la genetica è la scienza, branca della biochimica, che studia i geni, l’ereditarietà e la variabilità genetica dei cromosomi. Si distingue in genetica formale, clinica, comportamentale, delle popolazioni, molecolare e genomica. Cfr., tra i molti, P.D. SNUSTAD, M.J. SIMMONS, *Principi di genetica*, Napoli, 2010.

⁶ Con “biologia sintetica” si fa riferimento a una scienza e tecnologia emergente che, considerando l’intero genoma degli organismi viventi, tenta di fare un passo oltre, avendo come obiettivo la manipolazione della struttura biologica. Gli scopi della biologia sintetica sono, da un lato, ri-disegnare la materia biologica esistente, potenziando le caratteristiche e le funzionalità della stessa e, dall’altro, creare nuove strutture mai esistite prima. Cfr. <http://syntheticbiology.org/FAQ.html>.

⁷ La nanotecnologia, scienza interdisciplinare, si concentra sullo studio della materia a livello nano (un miliardesimo di metro), focalizzandosi sulla manipolazione della materia a livello atomico e molecolare. Cfr. K.E. DREXLER, *Engines of Creation: The Coming Era of Nanotechnology*, New York, 1986.

⁸ Riguardo ai molteplici significati di *dual-use*, cfr. R.M. ATLAS, M.R. DANDO, *The Dual-use Dilemma for the Life Sciences: Perspectives, Conundrums, and Global Solutions*, in *Biosecurity Bioterrorism*, 4, 2006, pp. 276-286.

⁹ Con riguardo al riferimento al *dual-use* in ambito di ricerca, tecnologia e artefatti, cioè con riguardo ai prodotti della tecnologia, cfr. J. FORGE, *A Note on the Definition of “Dual-use”*, in *Science of Engineering Ethics*, 16, 2010, pp. 111-118. Un esempio di doppio uso come intrinseco alla ricerca potrebbe essere quello relativo agli esperimenti condotti dai medici nazisti durante la seconda guerra mondiale (“Aktion T4” e “Neue Aktion 14F13”) o lo studio Tuskegee, condotto negli Stati Uniti negli anni Trenta su 616 maschi afro-americani, alla maggioranza dei quali era stata diagnosticata la sifilide, ma essi non ne erano stati resi edotti né era stata somministrata loro la penicillina, allo scopo di studiare gli effetti a lungo termine della sifilide non trattata. Nell’ambito delle applicazioni della ricerca si contempla una *double use* nella dinamite, la quale può essere utilizzata per scavare pozzi d’acqua nei paesi poveri o per sopprimere vite umane.

anche alle sue applicazioni tecnologiche: infatti, la scienza e la tecnologia sono di per sé “neutrali”, ma il modo in cui esse sono usate determina e qualifica la loro funzione, conferendo loro una qualità positiva o meno. Un esempio di applicazione tecnologica *dual-use* è rappresentato dal machete che è uno strumento per l’agricoltura, ma in Rwanda è stato utilizzato come strumento di morte per uccidere altre persone, mentre come caso emblematico di ricerca a “doppio uso” si può individuare la fissione atomica che avrebbe potuto essere catalizzatrice di applicazioni benefiche in medicina e nell’ambito della produzione di energia, ma fu impiegata per produrre armi devastanti di distruzione di massa¹⁰.

Attualmente la ricerca, dunque, può rappresentare un pericolo per la biosicurezza, intesa come l’insieme delle «measures to protect against the malicious use of pathogens, parts of them, or their toxins in direct or indirect acts against humans, livestock or crops»¹¹. Ciò significa che la ricerca è potenzialmente in grado di essere indirizzata alla creazione di patogeni capaci di diffondersi nell’ambiente e tra gli esseri umani, a scopi bellici e di bioterrorismo. I ricercatori hanno già reso fattibile la riproduzione di virus sopiti nel tempo come quello della poliomelite¹² o dell’influenza spagnola del 1918¹³. Supporre che simili ricerche possano essere impiegate non solo nell’ambito di progetti di guerra biologica, ma altresì da soggetti privi di scrupoli (bioterroristi) che mirano a colpire obiettivi vegetali, animali e umani è altrettanto plausibile. Con il

¹⁰ M.J. SELGELID, *Dual-Use Research Codes of Conduct: Lessons from the Life Sciences*, in *Nanoethics*, 3, 2009, p. 176. Cfr. anche S. SCHWEBER, *In the shadow of the bomb: Bethe, Oppenheimer, and the moral responsibility of the scientist*, Princeton, N.J., 2000; B. RAPPERT, *Defining the Emerging Concern with Biosecurity: For Who? From What? What now?*, in *Japan Journal for Science, Technology and Society*, 17, 2008, pp. 95-116.

¹¹ ORGANIZATION FOR ECONOMIC COOPERATION AND DEVELOPMENT (O.E.C.D.), *The Measurement of Scientific and Technological Activities, Proposed Standard Practice for Surveys on Research and Experimental Development*, Frascati Manual, 2002.

¹² J. CELLO, A.V. PAUL, E. WIMMER, *Chemical synthesis of poliovirus cDNA: generation of infectious virus in the absence of natural template*, in *Science*, 297, 2002, pp. 1016 ss.

¹³ T.M. TUMPEY ET AL., *Characterization of the reconstructed 1918 Spanish influenza pandemic virus*, in *Science*, 310, 2005, pp. 77-80.

termine “bioterrorismo”¹⁴, infatti, si intende uno specifico tipo di terrorismo che consiste nel rilascio doloso nell’ambiente, nell’atmosfera o nel cibo di germi o agenti biologici (microrganismi patogeni come batteri, virus, etc.) o tossine, in grado di provocare malattie o seminare morte, con l’intento di terrorizzare la popolazione, alterare il funzionamento dei poteri e delle istituzioni pubbliche, sovvertire l’ordine pubblico stabilito, fino al punto di minacciare la sopravvivenza dell’umanità stessa¹⁵. Si tratta di un terrorismo asimmetrico e di natura indiscriminata, in cui manca l’occupazione territoriale e le vittime sono generalizzate. Proprio perché la preparazione di queste armi non richiede molto tempo né comporta alti costi né ha bisogno di persone molto qualificate, essa potrebbe essere svolta in piccoli laboratori e con costi minimi. È evidente allora che, se una ricerca conduce a risultati che potrebbero finire nelle mani di bioterroristi, si pone il problema della pubblicazione dei risultati della ricerca stessa. Qui, dunque, si colloca il nucleo della questione che si intende affrontare: come delineare il rapporto tra la libertà di ricerca scientifica e il rischio di bioterrorismo?

I diritti “in gioco” devono essere adeguatamente considerati: da un lato, vi è la libertà di ricerca scientifica con tutto il suo portato storico ed ermeneutico; dall’altro, si individua il diritto alla sicurezza. La difficoltà consiste nel comprendere la relazione intercorrente tra gli stessi e riuscire a individuare una o più modalità con cui affrontare il nodo problematico della pubblicazione delle risultanze della ricerca.

2. La libertà di ricerca scientifica

Innanzitutto, appare opportuno riflettere circa i connotati e i limiti della libertà di ricerca scientifica. Essa trova la sua *ratio* nella volontà di tutelare l’umana propensione alla curiosità, il desiderio di scoperta e di ampliamento dei confini della conoscenza.

¹⁴ Per un’analisi completa in tema di bioterrorismo, cfr. R. KATZ, R.A. ZILINKAS (a cura di), *Encyclopaedia of Bioterrorism Defense*, Hoboken, N.J., 2010.

¹⁵ Cfr. INTERPOL, *Bioterrorism Incident Pre-Planning and Response Guide*, ICPO-Interpol, 2007.

2.1. Caratteri e contenuti

Dal punto di vista del diritto positivo, la proclamazione di tale libertà entro un sistema democratico dei diritti si rinviene in diverse Costituzioni e Dichiarazioni, e la sua interpretazione è statuita grazie all'intervento di diverse pronunce giurisprudenziali sul punto.

Negli anni Settanta era una libertà garantita solo in ambito accademico, ma essa ha trovato un allargamento progressivo della sua portata. Tale libertà, infatti, presenta un lato (eventuale) di natura istituzionale, nel senso che per essere esercitata, essa necessita di centri di ricerca, strutture come i laboratori o le università. Manifesta altresì un aspetto individuale, essendo una libertà riconosciuta in capo a ogni singolo ricercatore, o collettivo (riconosciuta in capo al *team* di ricercatori). In quest'ultima prospettiva si distingue¹⁶:

- a) libertà di ricerca come parte/*species* della libertà di pensiero e di espressione. In tal caso, "ricerca" assume il significato di osservazione e speculazione, non manipolazione. Tale versione della libertà di ricerca scientifica appare, per esempio, nell'art. 19 della Dichiarazione Universale dei Diritti umani (1948); artt. 9 e 10 della Convenzione Europea per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà Fondamentali (CEDU)¹⁷; I emendamento della Costi-

¹⁶ Per tale distinzione, cfr. R. RUÍZ LAPEÑA, *Libertad de Investigacion*, in C.M. ROMEO CASABONA (a cura di), *Enciclopedia de Bioderecho y Bioética*, tomo II, Cátedra Interuniversitaria Fundación BBVA-Diputación Foral de Bizkaia de Derecho y Genoma Humano, Universidad de Deusto, Granada, 2011, pp. 1047 ss. Si veda altresì A. SANTOSUOSSO, V. SELLAROLI, E. FABIO, *What constitutional protection for freedom of scientific research?*, in *Journal of Medical Ethics*, 33, 2007, p. 342 ss.

¹⁷ La CEDU non contiene alcuna norma relativa alla libertà di ricerca scientifica, ma essa viene dedotta dalla libertà di pensiero e di espressione. Gli artt. 9 e 10 possono essere collegati all'art. 15 della Convenzione europea per la protezione dei diritti dell'uomo e della dignità dell'essere umano nei confronti delle applicazioni della biologia e della medicina (Convezione di Oviedo, Aprile 1997) che lega la libertà di ricerca in ambito medico al diritto di conoscenza dell'umanità e di progresso per la salute dei pazienti. Tuttavia, l'interesse del paziente non va inteso come assoluto, atteso che gli interessi della scienza devono tener conto anche di altri interessi, come la protezione della salute pubblica. In casi di sicurezza e necessità, la libertà di ricerca può essere limitata.

tuzione degli U.S.A.¹⁸; art. 11 della Costituzione francese del 1789 e del 1958;

- b) libertà di ricerca scientifica come libertà avente un significato suo proprio, ad esempio come previsto dall'art. 13 Carta di Nizza (legata all'art. 10 CEDU, tramite le Spiegazioni del Presidium)¹⁹; art. 5 della Costituzione tedesca; art. 33 della Costituzione italiana²⁰; art. 42 della Costituzione portoghese; art. 20 della Costituzione spagnola; Preambolo del Trattato Istitutivo dell'UNESCO; art. 15 dei Patti ONU sui diritti economici, sociali e culturali;
- c) libertà di ricerca legata a un dovere da parte dello Stato per la sua implementazione e promozione, come previsto dall'art. 9 della Costituzione italiana, art. 77 della portoghese, art. 44 della spagnola, titolo XIX del Trattato sul Funzionamento dell'Unione europea.

Il contenuto della libertà di ricerca scientifica include: il diritto di scegliere l'oggetto della propria ricerca, il diritto di non indagare su ciò che non suscita l'interesse del ricercatore, il diritto di lavorare in modo indipendente e senza condizionamenti, il diritto di non essere sanzionati a causa della propria ricerca, il diritto di vedersi riconosciuti i propri diritti di proprietà intellettuale in merito ai risultati della ricerca e il diritto a godere dei benefici della ricerca e a ricevere una protezione so-

¹⁸ In riferimento alla libertà di ricerca nella Costituzione degli U.S.A., cfr. D.R. IRWIN, *Freedom of Thought: The First Amendment and the Scientific Method*, in *Wisconsin Law Review*, 2005, pp. 1479-1481; B.P. McDONALD, *Government Regulation or Other "Abridgements" of Scientific Research: The Proper Scope of Judicial Review Under the First Amendment*, in *Emory Law Journal*, 54, 2005, pp. 979-986; R.C. POST, *Constitutional Restraints on the Regulations of Scientific Speech and Scientific Research*, in *Faculty Scholarship Series, Yale Law School, Yale Law School Legal Scholarship Repository*, Paper 165, 2009.

¹⁹ Le limitazioni alla libertà di ricerca scientifica devono essere fissate per legge, devono essere necessarie in una società democratica, indirizzate a proteggere la sicurezza nazionale, l'integrità territoriale o la pubblica sicurezza, a prevenire i reati, a proteggere la salute o la morale, la reputazione dei diritti altrui, a prevenire la comunicazione ad altri delle informazioni ricevute in confidenza, a mantenere l'autorità e l'imparzialità dell'autorità giudiziaria (art. 10 § 2, CEDU).

²⁰ Sulla libertà di ricerca scientifica in Italia e sul dibattito in sede di Assemblea Costituente, cfr. L. CHIEFFI, *Ricerca scientifica e tutela della persona: bioetica e garanzie costituzionali*, Napoli, 1993, pp. 28 ss.

ziale. Tale libertà, quindi, si sviluppa su diversi livelli²¹: al primo livello, vi è la libertà del ricercatore di indagare sui temi e negli ambiti che egli/ella liberamente scelga; al secondo livello, vi è il diritto di comunicare i risultati della ricerca ai colleghi e alla comunità scientifica; al terzo, il diritto di testare le ipotesi e compiere sperimentazioni; al quarto, vi è il diritto allo sfruttamento economico delle risultanze ottenute.

La titolarità della libertà di ricerca scientifica è riconoscibile astrattamente in capo a chiunque, poiché, come sostiene Diez Picazo²², tutti possono aspirare a fare ricerca, anche se lo Stato ha fissato una serie di requisiti che sono necessari al fine di appartenere alla comunità scientifica (ad esempio, possedere una buona preparazione e istruzione professionale). Attualmente, poi, tale libertà non è individuale, ma è percepita come esercitabile da un soggetto collettivo (a causa della diffusione del lavoro di gruppo e dell'esistenza delle comunità scientifiche).

Tale libertà comporta obbligazioni “positive” e “negative” per lo Stato²³. Da un lato, lo Stato è chiamato a non interferire nella scelta dei temi di ricerca e a esercitare imposizioni sui ricercatori (“libertà da”, tipica delle società liberali). D'altra parte, invece, va segnalato che lo Stato ha il dovere di promuovere e sostenere la libertà di ricerca scientifica (“libertà di”, tipica dello stato sociale), per il bene di tutta l'umanità (interesse generale). Naturalmente, è importante che lo Stato trovi un giusto equilibrio tra queste due funzioni. Infatti, se lo Stato interferisce troppo nella determinazione di strumenti e strutture per la realizzazione di ricerca, orienta e condiziona la ricerca, rischiando così di ledere la libertà dell'individuo. D'altra parte, lo Stato non dovrebbe negare il suo sostegno alla ricerca, al fine di dotare i ricercatori delle risorse necessarie allo svolgimento delle loro indagini, e dovrebbe riconoscere, come direttamente derivante dalla libertà di ricerca scientifica, il diritto per i cittadini di avere accesso ai benefici della ricerca, senza alcuna discriminazione in termini geografici, culturali, economici. Ciò significa che la libertà di ricerca scientifica si articola, da un lato, in un diritto indivi-

²¹ J.A. ROBERTSON, *The scientist's right to research: a constitutional analysis*, in *California Law Review*, 51, 1977-1978, pp. 1204 ss.

²² L.M. DIEZ PICAZO, *El sistema de derechos fundamentales*, Madrid, 2005.

²³ Riguardo al possibile conflitto tra i doveri dello Stato, cfr. L. CHIEFFI, *Ricerca scientifica e tutela della persona*, cit., pp. 87-88.

duale riconosciuto in capo ai ricercatori di svolgere le indagini che preferiscano e di non subire interferenze da parte del governo e della società nelle attività di ricerca. Dall'altro, da essa deriva una rivendicazione di appartenenza civica, nel senso che tale libertà implica che la collettività dovrebbe avere modo di intervenire attivamente nella ricerca, chiedendo il suo progresso e avanzamento, nonché godendo degli esiti della ricerca medesima²⁴.

2.2. Limiti

La libertà di ricerca scientifica non è assoluta, ma va bilanciata con altri valori/interessi/beni in gioco²⁵.

La Dichiarazione Universale sulla Bioetica e i Diritti Umani dell'UNESCO (2005)²⁶ specifica che ogni tipo di indagine deve essere indirizzata alla pace, al miglioramento della qualità della vita, al progres-

²⁴ In merito al diritto della società a fare scienza, cfr. A. ORSI BATTAGLINI, *Libertà scientifica, libertà accademica e valori costituzionali*, in AA.VV., *Nuove dimensioni nei diritti di libertà. Scritti in onore di Paolo Barile*, Padova, 1990, p. 98. Cfr. anche M. SALVI, *What Responsibility For Science*, in *Law and the Human Genome Review*, 17, July-December 2002, pp. 125-134; J.T. EDSALL, *Two aspects of scientific responsibility*, in *Science*, 212, 1981, pp. 11-14. G. STENT, *The dilemma of science and morals*, in *Genetics*, 1974, pp. 41-51. Vale la pena di ricordare che nel XX secolo significativi sono stati gli appelli per un compromesso etico della scienza con la società contro i pericoli di un uso malevolo dei risultati scientifici. Ad esempio, Einstein e Russell firmarono nel 1955 il Manifesto di Pugwash, facendo appello al disarmo nucleare e indicando la scienza come strumento di pace.

²⁵ Cfr. la Prima Dichiarazione di Bilbao (26 maggio 1993): «the scientific investigation should be free, without any limit except the one self imposed by the researcher himself. The respect of fundamental rights enacted in declarations and international conventions fixes the limit of the actuation and application of genetic techniques to the human being» (conclusioni). La Dichiarazione di Bilbao è stata il primo documento internazionale in tema di genoma umano. La dichiarazione denuncia tutti gli usi delle informazioni genetiche che causano o che conducono alla discriminazione nei rapporti di lavoro, in ambito assicurativo o in qualsiasi altro settore. Cfr. *Revista Médica de Chile*, 122, 6, 1994, pp. 705-708.

²⁶ La Dichiarazione Universale sulla Bioetica ed i Diritti Umani (UDBHR) è una dichiarazione di norme universali di bioetica elaborata dal Comitato internazionale di bioetica dell'UNESCO e approvata nel 2005.

so, e non deve alterare la dignità umana, i diritti e le libertà fondamentali, gli interessi della persona (che devono sempre rimanere prevalenti rispetto agli interessi della scienza), il rispetto per la diversità culturale e il pluralismo, il principio di solidarietà e di cooperazione, nonché i principi/diritti riconoscibili in capo ai partecipanti ai progetti di ricerca o ai pazienti, quali l'integrità fisica, la *privacy*, la riservatezza, l'uguaglianza, la giustizia, l'equità, il principio di non discriminazione.

La Dichiarazione Universale sul Genoma Umano e i Diritti dell'Uomo (1997)²⁷, che rappresenta il cardine tra le fonti internazionali di *soft law* nel settore della *governance* del genoma umano, afferma come la ricerca sul genoma umano e le applicazioni che ne derivano aprano ampie prospettive di progresso nel miglioramento della salute degli individui. Tuttavia, tale ricerca dovrebbe rispettare pienamente la dignità e i diritti umani, proteggere la salute pubblica e proibire tutte le forme di discriminazione sulla base delle caratteristiche genetiche. Inoltre, la ricerca dovrebbe essere impostata in aderenza alle norme di «meticolosità, prudenza, onestà intellettuale e integrità», sia durante la fase di indagine vera e propria sia nella fase di presentazione e impiego dei risultati. I ricercatori sono, inoltre, garanti del fatto che «i risultati della ricerca non siano utilizzati per scopi non pacifici» (art. 15).

La Dichiarazione sulla scienza e l'uso della conoscenza scientifica dell'UNESCO (1999)²⁸ afferma, poi, che la scienza deve essere al servizio della conoscenza e la conoscenza al servizio del progresso, della pace, dello sviluppo della società. La ricerca scientifica, quindi, non è del tutto libera, ma deve essere legata a scopi specifici; ne consegue che, nel caso in cui una ricerca sia dannosa, essa dovrebbe essere vietata.

Dalla breve analisi delle dichiarazioni citate emerge l'importanza di distinguere tra la libertà di investigazione, da un lato, e l'applicazione e diffusione dei risultati delle scoperte scientifiche, dall'altro. È soprattutto

²⁷ La Dichiarazione Universale sul Genoma Umano e i Diritti dell'Uomo è stata commissionata nel 1993 al Comitato internazionale di bioetica dell'UNESCO e approvata nel 1998 dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite.

²⁸ La Dichiarazione sulla scienza e l'uso della conoscenza scientifica dell'UNESCO è stata adottata dalla World Conference on Science nel luglio 1999. Cfr. http://www.unesco.org/science/wcs/eng/declaration_e.htm.

to in questo secondo significato che emergono i maggiori limiti per la libertà di ricerca scientifica: infatti, non tutto ciò che *può* tecnicamente e teoricamente essere fatto *deve* essere fatto (da un punto di vista etico e giuridico). Ecco perché i poteri pubblici tendono a limitare la diffusione delle scoperte che potrebbero danneggiare l'umanità o metterla in pericolo. D'altra parte, però, se una scoperta è in grado di apportare benefici all'umanità, si dovrebbe favorirne la diffusione. Si pensi alla disciplina della Costituzione italiana²⁹ che tutela la ricerca scientifica (di cui agli artt. 9 e 33) come diritto individuale connesso a un dovere pubblico, se e in quanto la ricerca persegua l'obiettivo di incrementare la conoscenza umana e il progresso scientifico, nonché di migliorare le condizioni e la qualità della vita dei consociati³⁰. Tale libertà, infatti, si lega al dettato dell'art. 32 Cost. in tema di diritto alla salute e al "principio personalista" che informa l'intera Carta costituzionale. Da qui la palmaria conclusione secondo cui la libertà di ricerca scientifica non può essere asservita a interessi economici, ma deve sempre porre al centro l'es-

²⁹ Cfr. la Costituzione Italiana: art. 9 per quanto riguarda il ruolo della Repubblica nel promuovere lo sviluppo della ricerca scientifica; l'art. 33, che garantisce la libertà di ricerca e di insegnamento. L'art. 9 rappresenta una condizione per l'esercizio della libertà individuale enucleata nell'art. 33, cosicché il primo articolo riguarda i compiti allo Stato nella promozione della ricerca e nel fornire mezzi e risorse ai ricercatori, mentre l'art. 33 mira a garantire l'esercizio effettivo del diritto di ricerca (cfr. S. LABRIOLA, *Libertà di Scienza e Promozione della Ricerca*, Padova, 1979, pp. 41 ss.). Inoltre, se la ricerca scientifica fosse qualificata come attività economica libera di cui all'art. 41 Cost., essa non dovrebbe essere in contrasto con l'utilità sociale né dovrebbe danneggiare la sicurezza, la libertà e la dignità umana. Va inoltre osservato che anche se la ricerca scientifica è oggetto di articoli specifici il suo rapporto con la libertà di pensiero è stato riconosciuto dalla Corte costituzionale (v. sentenza n. 59/1960). Tuttavia, occorre precisare che il limite statuito per la libertà di pensiero ("morale pubblica") non può essere applicato alla libertà di ricerca.

³⁰ Cfr. S. LABRIOLA, *Libertà di scienza e promozione della ricerca*, cit.; F. MERLONI, *Autonomia e libertà nel sistema della ricerca scientifica*, Milano, 1990; A. ORSI BATTAGLINI, *Libertà scientifica, libertà accademica e valori costituzionali*, cit.; R. BIN, *La libertà della ricerca scientifica in campo genetico*, in M. D'AMICO, B. RANDAZZO (a cura di), *Alle frontiere del diritto. Scritti in onore di Valerio Onida*, Milano, 2011, p. 215 ss.; L. CHIEFFI, *Ingegneria genetica e valori personalistici*, in ID. (a cura di), *Bioetica e diritti dell'uomo*, Torino, 2000, p. 87.

sere umano ed essere al servizio della dignità, dei diritti umani, dell'integrità fisica e psichica³¹.

Nella Costituzione degli Stati Uniti d'America non è facile individuare i limiti alla libertà di ricerca. Un riferimento potrebbe essere rinvenuto nel Preambolo della Costituzione, dove la giustizia, la tranquillità domestica, la difesa nazionale e il benessere generale sono enucleati a chiare lettere come "pilastri" dell'ordinamento. La Suprema Corte statunitense³² ha specificamente affrontato la questione, elaborando il cosiddetto "test di O'Brien" al fine di tracciare un limite tra la libertà di parola (cui appartiene la libertà di ricerca scientifica) e l'intervento del Governo con scopi di tutela degli interessi della società: la regolamentazione statale è, infatti, giustificata solo se «(1) it is within the constitutional power of the government; (2) it furthers an important or substantial governmental interest; (3) the asserted interest is unrelated to the suppression of free expression; (4) the incidental restriction on alleged First Amendment freedoms is no greater than is essential to the furtherance of that interest»³³. Pertanto, i limiti alla libertà di investigazione sono ammessi in via eccezionale, purché il governo eserciti i propri poteri costituzionali, l'interesse in gioco sia generale e le restrizioni a tale libertà siano essenziali e minime.

3. Il diritto alla sicurezza

Nelle società odierne è sempre più rilevante il richiamo a un diritto alla sicurezza³⁴. Le norme elaborate in tema di salute pubblica, di tutela

³¹ See R. ROMBOLI, *La «relatività» dei valori costituzionali per gli aspetti di disposizione del proprio corpo*, in *Politica del Diritto*, 1991, pp. 565 ss.

³² Cfr. caso *Chaplinsky v. New Hampshire*, 315 U.S. 568, 571, 1942; caso *United States v. O'Brien*, 391 U.S. 367, 1968.

³³ Cfr. caso *United States v. O'Brien*, cit.

³⁴ Vale la pena ricordare che, dopo le opere di Hobbes, il concetto di sicurezza e il ruolo dello Stato nel garantirla hanno assunto un valore significativo. Nella Dichiarazione francese dei diritti degli uomini e del cittadino (1789), il diritto alla sicurezza è stato menzionato come un diritto naturale e inalienabile, insieme con la libertà, la proprietà e la resistenza all'oppressione (art. 2). Per questi aspetti, cfr. T. FROSINI, *Il diritto*

dell'integrità psico-fisica, di lotta al terrorismo e di prevenzione/repressione dei reati, tanto per citarne alcune, trovano il loro fondamento nella necessità di proteggere tale diritto. Così concepito, il diritto alla sicurezza acquisisce uno status giuridico che è «in parte autonomo – come un diritto a un'esistenza protetta, indispensabile per il godimento di altri diritti riconosciuti in capo al soggetto – e in parte indiretto, nel senso che è complementare ad altri diritti, vale a dire come un bisogno radicato nel concetto di qualità e di benessere della vita individuale e collettiva. Pertanto, la sicurezza può essere qualificata come un bene intrinsecamente legato alla vita, all'integrità fisica, al benessere, alla qualità della vita e alla dignità della persona [...]»³⁵. Da ciò, si desume che tale diritto è riconosciuto (a) in capo a ogni individuo, nel significato di diritto a un'esistenza protetta; (b) a livello individuale come diritto indispensabile per il godimento degli altri diritti, quali il diritto alla vita, all'integrità fisica, alla salute pubblica e personale; (c) in capo allo Stato, sotto forma dell'interesse/dovere di garantire una situazione di sicurezza e pace sociale.

costituzionale alla sicurezza, in ID. (a cura di), *Teoremi e problemi di diritto costituzionale*, Milano, 2008, pp. 495 ss.

³⁵ T. FROSINI, *op. cit.*, p. 1. Tale diritto è menzionato nelle Costituzioni dell'America Latina e in alcune tra quelle europee, come quella spagnola, svizzera, finlandese, portoghese, dove il diritto alla sicurezza è legato alla libertà. Sintomatico è anche il caso della CEDU, dove all'art. 5 si enuclea la connessione tra libertà e sicurezza. Inoltre, il riferimento al diritto alla sicurezza è riscontrabile in alcune decisioni giudiziarie, come la sentenza n. 15/1982 della Corte costituzionale italiana e le decisioni della Corte Suprema degli U.S.A. nel caso *Korematsu v. United States* (323 U.S. 214 (1944)) – in cui l'*Executive Order* 9066 che ordinava che i nipponico-americani fossero internati durante la seconda Guerra mondiale fu considerato costituzionalmente legittimo per motivi di sicurezza – e la sentenza sul caso *Yasui v. United States* (320 U.S. 115 (1943)), in cui la Corte dichiarò che l'applicazione del coprifuoco contro i membri di un gruppo di minoranza era costituzionale nel momento in cui la Nazione Americana era in guerra con il Paese da cui quel gruppo ha avuto origine (Giappone).

4. Il rapporto tra libertà di ricerca scientifica e sicurezza: regola o eccezione?

Compresi quali siano i caratteri della libertà di ricerca scientifica e del diritto alla sicurezza, si pone il problema del loro rapporto.

Si osserva che, in condizioni di rischio bioterroristico, la tendenza a far prevalere la sicurezza sugli altri diritti è forte. In condizioni di “emergenza”, infatti, la preferenza nel privilegiare la sicurezza conduce a sopprimere le altre libertà, tra le quali la libertà di ricerca scientifica, in nome della garanzia della salute pubblica. Come illustrato in dottrina, «there is reason to think that, as a general matter in times of crisis, we will overestimate our security needs and discount the value of liberty»³⁶. Questa prospettiva, però, altera la struttura dei diritti umani, i quali non dovrebbero venir meno nemmeno in situazioni emergenziali. Eventuali limitazioni potrebbero essere ammesse per motivi di sicurezza, ma non fino al punto di “sopprimere” alcuni diritti e, comunque, sulla base di regole precise.

I principi di proporzionalità e di ragionevolezza sembrano i più adatti a venire in rilievo per orientare la materia e disegnare un giusto equilibrio tra sicurezza e altri diritti “in gioco” in situazioni di rischio di bioterrorismo.

Come è noto, il principio di proporzionalità si compone di tre sottoprincipi: il principio di adeguatezza, quello di necessità e quello di proporzionalità in senso stretto. Il principio di adeguatezza (*suitability*)³⁷ impone di valutare che il rapporto tra i mezzi scelti e il fine perseguito sia razionale e appropriato. Il principio di necessità³⁸ richiede che, tra due mezzi rivolti a un medesimo obiettivo, il mezzo che interferisce meno intensamente su un altro obiettivo venga scelto. Il principio di proporzionalità in senso stretto³⁹, infine, implica che un diritto non ven-

³⁶ D. COLE, *Enemy Aliens*, in *Stanford Law Review*, 54, 2002, pp. 953-955.

³⁷ A. STONE SWEET, J. MATHEWS, *Proportionality Balancing and Global Constitutionalism*, in *Columbia Journal of Transnational Law*, 72, 47, 2008, p. 75.

³⁸ J. MATHEWS, A. STONE SWEET, *All Things In Proportion? American Rights Review And The Problem Of Balancing*, in *Emory Law Journal*, 60, 2011, p. 803.

³⁹ R. ALEXY, *A Theory of Constitutional Rights*, Oxford, 2002, p. 102.

ga soppresso a fronte di quello concorrente, ma sia soltanto limitato e, in ogni caso, il suo “nucleo essenziale” sia preservato intatto.

Il canone di ragionevolezza, proprio del giudizio di costituzionalità e, per lo meno nel panorama italiano, nato in seno ai giudizi di uguaglianza⁴⁰, consiste nell’applicazione di una “razionalità pratica” (sentenza n. 172/1996, Corte costituzionale italiana), intesa come un uso della ragione che si avvicina al “senso comune” per moderare la discrezionalità del legislatore, da applicarsi anche al bilanciamento degli interessi costituzionalmente tutelati ponderando i mezzi utilizzati e il fine perseguito⁴¹.

Il principio di proporzionalità, associato al principio di ragionevolezza, dovrebbe allora consentire una limitazione dei diritti per periodi temporanei, per motivi di necessità e utilizzando i mezzi meno restrittivi per compiere tale limitazione. In questo modo, il “nucleo centrale” dei diritti non verrebbe soppresso e i limiti dei vari diritti sarebbero stabiliti in una maniera proporzionata allo scopo da perseguire (cioè, la protezione della sicurezza). In altre parole, è la ragionevolezza⁴² che guida l’equilibrio tra fini e mezzi, strumenti, tempi, metodi da adottare.

Da questa impostazione consegue che, nel caso del bioterrorismo e del rapporto tra sicurezza e libertà di ricerca scientifica, in situazioni di “normalità” i due diritti convivono senza difficoltà. Si tratta di una “coabitazione” (la regola), in cui la sicurezza ha il ruolo di promuovere gli altri diritti e di essere complementare a essi⁴³. In casi di crisi (ecce-

⁴⁰ Cfr. AA.VV., *I principi di proporzionalità e ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale, anche in rapporto alla giurisprudenza delle Corti Europee*, Quaderno predisposto in occasione dell’incontro trilaterale tra Corte costituzionale italiana, Tribunale costituzionale spagnolo e Corte costituzionale portoghese, Roma, 25-26 ottobre 2013, Corte Costituzionale, Servizio Studi, http://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni_seminari/RI_QuadernoStudi_Roma2013.pdf.

⁴¹ Si veda l’emblematica sentenza n. 1130 del 1988 che sottolinea il nesso inscindibile tra ragionevolezza e proporzionalità, definendo il giudizio di ragionevolezza come giudizio di proporzionalità. Cfr. anche la sentenza n. 220/1995 e n. 227/2010.

⁴² Su proporzionalità e ragionevolezza, cfr. R. BIN, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, 1992; F. MODUGNO, *I «nuovi diritti» nella giurisprudenza costituzionale*, Torino, 1995.

⁴³ Sul rapporto tra sicurezza e altri diritti, cfr. M. RUOTOLO, *La sicurezza nel gioco del bilanciamento*, presentato alla conferenza «I diversi volti della sicurezza», Università

zione), invece, la sicurezza non può diventare uno strumento per legittimare i poteri pubblici a sopprimere ogni diritto, ma essa è solo all'origine della limitazione degli altri diritti⁴⁴, tra cui la libertà di ricerca scientifica, e comunque per brevi periodi di tempo, in modo proporzionato ed equilibrato.

5. Pubblicazione o censura?

Come più volte sottolineato, la ricerca scientifica, le scoperte e le applicazioni delle risultanze scientifiche potrebbero ingenerare effetti dannosi sull'ambiente, sulla vita delle persone, degli animali, dei vegetali e sulla sicurezza in generale. Si rende necessario, allora, tracciare una linea che distingue la ricerca ammessa da quella che deve essere limitata, fermo restando che – in aderenza con il principio di proporzionalità e di ragionevolezza – la libertà di ricerca nel suo “nucleo essenziale” è intangibile anche nelle situazioni eccezionali di emergenza.

Resta da capire quale sia il “nucleo” *de quo*.

Richiamando l'esempio proposto da Roberto Bin, si osserva che il panorama dei diritti potrebbe essere concepito come un marciapiede affollato in una giornata piovosa⁴⁵. Ciascun diritto è rappresentato dalle singole persone sotto ciascun ombrello. La testa delle persone si trova nel punto di massima protezione; tuttavia, man mano che ci si allontana da essa, si deve tenere conto della presenza di altri ombrelli e così la protezione si va attenuando.

Fuor di metafora, la “testa” della libertà di ricerca scientifica, ovvero il suo nucleo intangibile, va riconosciuto nella libertà di indagine su

degli Studi di Milano-Bicocca, 4 giugno 2009. Cfr. anche A. BARAK, *Lectio magistralis. I diritti umani in tempi di terrorismo. Il punto di vista del giudice*, in S. MOCCIA (a cura di), *I diritti fondamentali della persona alla prova dell'emergenza*, Atti del Convegno tenutosi presso l'Università di Roma “La Sapienza”, 6 dicembre 2007, Napoli, 2009, pp. 39 ss.

⁴⁴ Cfr., tra i molti, P. BONETTI, *Terrorismo, emergenza e costituzioni democratiche*, Bologna, 2006, pp. 79 ss.

⁴⁵ R. BIN, *La Corte e la scienza*, in A. D'ALOIA (a cura di), *Bioteχνologie e valori costituzionali: il contributo della giustizia costituzionale*, Atti del seminario di Parma, 19 marzo 2004, Torino, 2005, pp. 11 ss.

qualunque argomento e nell'esercizio di speculazioni teoriche. Quando però ci si allontana da tale fronte, come nel caso delle fasi di applicazione della ricerca, di impiego dei risultati della ricerca per scopi specifici e di diffusione delle risultanze all'esterno (comunicazione e pubblicazione), la libertà di ricerca scientifica va limitata e altri interessi devono essere tenuti in debito conto, quali il diritto alla vita, alla salute, all'integrità e alla sicurezza. In tali casi, pertanto, la libertà di ricerca dovrebbe essere controllata, a condizione che ciò avvenga nel rispetto il principio di proporzionalità.

Nel caso del virus H5N1, se è vero che la ricerca condotta dai ricercatori di Rotterdam e del Wisconsin non può essere vietata, in quanto ciò costituirebbe una iniqua violazione del "nucleo essenziale" della libertà di ricerca scientifica, si devono, però, analizzare in concreto le modalità da adottare al fine di limitare la diffusione dei risultati delle attività di ricerca più rischiose. Il dubbio tra il consenso e l'autorizzazione al libero accesso ai dati e la censura è ancora oggetto di forti dibattiti.

Alcuni suggeriscono di optare per la pubblicazione ad ampio raggio: ad esempio, gli scienziati australiani che hanno ottenuto accidentalmente una catena molto resistente (*superstrain*) del vaiolo dei topi hanno deciso di pubblicare la loro ricerca nel *Journal of Virology*⁴⁶ e più tardi su *New Scientist*⁴⁷. Lo stesso è accaduto con la pubblicazione del virus di poliomeelite e quello del ceppo di virus influenzale della spagnola del 1918. Secondo tale orientamento, la pubblicazione permetterebbe una maggior conoscibilità dei rischi di produzione di armi biologiche e circa l'esistenza di virus patogeni, e questa circolazione di dati e informazioni garantirebbe il coinvolgimento di altri scienziati dediti a preparare

⁴⁶ R.J. JACKSON, A.J. RAMSAY, C.D. CHRISTENSEN, ET AL., *Expression of Mouse Interleukin-4 by a Recombinant Ectromelia Virus Suppresses Cytolytic Lymphocyte Responses and Overcomes Genetic Resistance to Mousepox*, in *Journal of Virology*, 75, 3, 2001, pp. 1205-1210.

⁴⁷ D. MACKENZIE, *U.S. Develops Lethal New Viruses*, in *New Scientist Online News*, 2003, in <http://www.newscientist.com/hottopics/bioterrorism/bioterrorism.jsp?id=ns99994318>.

una risposta adeguata al bioterrorismo. In quest'ottica, la censura rappresenterebbe una violazione della libertà di ricerca⁴⁸.

In prospettiva opposta, invece, si sostiene che la censura sarebbe da preferirsi, in quanto la diffusione di tali informazioni "sensibili" potrebbe indurre all'abuso da parte di persone malevole⁴⁹.

Come Selgelid afferma, «scientific openness and the progress of medicine matter, but security matters, too. There is no reason to give absolute priority to the former over the latter; rather, a balance must be struck between the two»⁵⁰. Tale equilibrio deve essere individuato per mezzo di una valutazione analitica e accurata "rischi/benefici", ossia un esame circa il potenziale (ma tangibile e non solo immaginato) danno della censura e il possibile danno della pubblicazione, affiancato all'esame dei potenziali (concreti) benefici della censura e dei benefici della pubblicazione. Se i danni dell'accesso libero superano i benefici del medesimo, sarebbe meglio optare per la censura. In caso contrario, l'accesso aperto dovrebbe essere preferito. Naturalmente, una tale posizione potrebbe essere criticata, nel senso che, in un contesto di incertezza sui benefici e rischi come quello della creazione di virus mai esistiti prima o di riproduzione di virus estinti o sopiti, è difficile immaginare quali potrebbero essere gli effetti benevoli e malevoli della pubblicazione o della censura. I confini tra *harm* e *benefit* potrebbero restare vaghi e *fuzzy* e così si lascerebbe il posto alla pura arbitrarietà. Tuttavia, la soluzione proposta appare – alla luce delle attuali condizioni di incertezza tecnico-scientifica – la più adeguata per il rispetto dei principi di proporzionalità e ragionevolezza e la più razionale per evitare di cedere il passo sia a intransigenti censure dettate dalla paura, sia ad aperture totali, incontrollate e lassiste. Quindi, la limitazione della libertà di ricerca scientifica per motivi di sicurezza deve essere introdotta solo dopo un attento esame dei benefici e dei rischi sia della pubblicazione sia

⁴⁸ Cfr. T. TREVAN, *Do not censor science in the name of biosecurity*, in *Nature*, 486, 295, 2012.

⁴⁹ Sull'evoluzione della censura, cfr. B. MARTIN, *Science: contemporary censorship*, in D. JONES (a cura di), *Censorship: A World Encyclopedia*, vol. 4, London, 2001, p. 2167-2170.

⁵⁰ M.J. SELGELID, *A Tale of Two Studies. Ethics, Bioterrorism, and the Censorship of Science*, in *Hastings Center Report*, 37, 3, 2007, p. 40.

della censura, e comunque in presenza di minacce reali e quando non vi sono alternative per la protezione della sicurezza.

La giurisprudenza della Corte Suprema statunitense conferma tale impostazione, se si osserva la ribadita interpretazione circa il I Emendamento della Costituzione U.S.A. Si pensi alla sentenza *New York Times v. United States*⁵¹ circa il tentativo del Governo statunitense di vietare alla stampa di pubblicare, per ragioni di sicurezza nazionale, alcuni studi *top secret* con riferimento alla politica statunitense in Vietnam. In tal caso, la Corte Suprema ha riconosciuto la presenza di una «heavy presumption against» la stampa e ha affermato che il Governo non aveva il potere di impedire la pubblicazione.

Nemmeno nelle ipotesi in cui la ricerca stessa sia stata finanziata dal Governo, questo ha il potere di censura. Nel caso *Board of Trustees of Leland Stanford Jr. University v. Sullivan*⁵², la Corte ha sostenuto che la ricerca finanziata a livello federale non può essere soggetta a restrizioni, vale a dire che il Governo ha il potere *ex ante* di decidere se finanziare una data ricerca o meno, ma una volta che abbia indirizzato i fondi per il sostegno della ricerca non può interferire nella censura, a meno che non vi sia un «compelling interest» come un interesse legato alla sicurezza sociale o alla morale. Pertanto, la libertà di ricerca non è assoluta, ma va bilanciata con gli interessi di sicurezza (come confermato nel caso *United States v. Progressive, Inc.*⁵³ con riguardo alla vicenda della pubblicazione dei dettagli tecnici della costruzione della bomba a idrogeno). Tuttavia, le esigenze di sicurezza nazionale devono essere rispondenti agli standard di cui al *leading case New York Times v. United States*.

Analogamente, nel caso della pubblicazione dello studio sulla modifica del virus H5N1, il diritto di pensiero/libertà di ricerca di cui al I Emendamento andrebbe bilanciato con la possibile minaccia alla sicurezza pubblica. Nell'ipotesi in cui il caso fosse portato all'attenzione della Corte Suprema, questa potrebbe consentire che il Governo evochi il rischio di bioterrorismo per restringere la libertà di ricerca, purché ciò

⁵¹ Caso *N.Y. Times v. United States*, 403 U.S. 713 (1971).

⁵² Caso *Board of Trustees of Leland Stanford Jr. University v. Sullivan*, 773 F. Supp. 472 (1991).

⁵³ Caso *United States v. Progressive, Inc.*, 467 F. Supp. 990 (1979).

sia assolutamente necessario per l'alto ed effettivo rischio di scenari bellici o terroristici, ma la limitazione – ove ammessa – lo sarebbe per un periodo limitato.

Nella vicenda H5N1, invero, è accaduto che, dopo l'annuncio sulla conseguita modificazione del virus, entrambi i gruppi di ricerca hanno chiesto la pubblicazione su *Science* e *Nature*. Sul punto è intervenuto il Consiglio Consultivo statunitense per la Biosicurezza (N.S.A.B.B., U.S. National Science Advisory Board for Biosecurity) al fine di bloccare la pubblicazione. Il *National Institute of Health* ha dichiarato la necessità di rivedere gli studi e ha chiesto agli autori di selezionare alcuni dei loro risultati e dei metodi⁵⁴, mentre in un incontro organizzato dall'Organizzazione mondiale della Sanità la maggioranza si è espressa a favore della pubblicazione integrale dei risultati raggiunti. In definitiva, gli autori hanno optato per una sospensione della pubblicazione per sessanta giorni e per la convocazione di un forum internazionale per discutere sulla questione. Il N.S.A.B.B. ha, infine, approvato la pubblicazione, precisando le linee guida da seguire⁵⁵. Tale valutazione tra benefici e rischi ha portato a preferire la diffusione della conoscenza, per consentire ai ricercatori di tutto il mondo di avere accesso ai dati necessari per approfondire il caso e individuare i metodi per affrontare l'eventuale diffusione del virus. Tuttavia, è stata applicata una stretta censura di alcuni metodi che sono stati adottati per il raggiungimento dei risultati⁵⁶.

A mo' di conclusione

Il caso della ricerca sul virus H5N1 ha costituito l'occasione per riflettere circa l'interessante rapporto tra la libertà di ricerca scientifica e il diritto alla sicurezza. Dall'analisi condotta, è emerso che, se in termini di “normalità” (che rappresenta – si spera – la “regola”) vi è una “convivenza” pacifica tra i due diritti, in situazioni di emergenza (che

⁵⁴ Cfr. <http://www.nih.gov/news/health/dec2011/od-20.htm>.

⁵⁵ Cfr. D. BUTLER, H. LEDFORD, *U.S. biosecurity board revises stance on mutant-flu studies. Decision comes one day after release of new guidelines for dual-use research*, in *Nature*, 30 marzo 2012.

^{56 57} Cfr. <http://diybio.org/>

costituiscono l'“eccezione”) la libertà di ricerca scientifica deve essere limitata (mai soppressa *in toto*) con l'impiego di determinate e specifiche misure di censura o più attento controllo delle informazioni, o tramite altri metodi, come la valutazione periodica della ricerca in corso e delle misure di biosicurezza da adottare, il controllo degli ordini di materiali biologici da parte di scienziati o di altre persone che lavorano nel settore anche come biologi “fai da te” (è il caso del movimento *Do-it-yourself*, D.I.Y.)⁵⁷, il controllo dell'accesso, del trasporto, dei flussi di esportazione/importazione di materie “sensibili” (come alcuni ceppi del virus), la tenuta di registri e database di catalogazione, la concessione di autorizzazioni alle strutture che lavorano con tali materiali biologici a rischio, il controllo dei laboratori, dei macchinari, della formazione del personale operativo (anche a livello deontologico), del loro abbigliamento (per impedire la diffusione dei rischi), dell'*equipment*, e così via⁵⁸.

⁵⁷ Cfr. <http://diybio.org/>

⁵⁸ Cfr. J.B. TUCKER, *Biosecurity: Limiting Terrorist Access to Deadly Pathogens*, United States Institute of Peace, Peaceworks n. 52, Washington, D.C., 2003, p. 28 ss.

TRA REGOLA ED ECCEZIONE: PRECARI EQUILIBRI NELLA DISCIPLINA DELLA TESTIMONIANZA ANONIMA

Marianna Biral

SOMMARIO: 1. *Premessa*. 2. *Anonimo e processo penale: coordinate essenziali*. 3. *La regola di esclusione: fondamento e struttura*. 4. *Il difficile inquadramento della testimonianza anonima nell'architettura costituzionale*. 5. *Il rapporto regola-eccezione nell'impianto costituzionale e in quello della C.e.d.u.: due modelli a confronto*.

1. Premessa

La testimonianza anonima, intesa come la deposizione resa da un soggetto con identità sconosciuta all'imputato, è un istituto che sta, a poco a poco, facendo ritorno sulla scena processuale del vecchio continente: se alcune legislazioni nazionali (Paesi Bassi¹, Belgio², Austria³) hanno fatto, in qualche modo, da apripista, la vera e propria riabilitazione dal suo imbarazzante passato⁴ si deve alle istituzioni europee⁵.

¹ Sul punto E. SELVAGGI, *Il difficile bilanciamento tra esigenze di difesa della società e diritti della difesa: il teste anonimo davanti alla Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Cass. pen.*, 1996, 2422.

² Vedi M. BEERNAERT, *La legge belga 8.4.2002 relativa all'anonimato dei testimoni*, in *Legisl. pen.*, 2004, 275 ss.

³ E. SELVAGGI, *op. cit.*, 2422.

⁴ Considerano l'uso di testimoni "mascherati" – e, più in generale, di notizie anonime – come una disfunzione dei sistemi giudiziari inquisitori: A. BARALDI, G. TORTORA, *La disciplina degli scritti anonimi*, in *Riv. guardia di finanza*, 2000, p. 795; P. CORSO, *Notizie anonime e processo penale*, Padova, 1977, 6; G. BELLAVISTA, voce *Anonimi (scritti)*. *Dir. proc. pen.*, in *Enc. dir.*, II, Milano, 1958, 503; G. DE LUCA, *Le bocche della verità*, in *Riv. dir. proc. pen.*, 1955, 384.

⁵ M. VOGLIOTTI (*La logica floue della Corte europea dei diritti dell'uomo tra tutela del testimone e salvaguardia del contraddittorio: il caso delle "testimonianze anonime"*, in *Giur. it.*, 1998, 851) parla di un certo senso di disorientamento che coglie il

Nel 1997 il Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa ha adottato due Raccomandazioni in materia di intimidazione dei testimoni e diritti della difesa (la n. 13/1997 e la n. 9/2005) che fanno esplicito riferimento all'anonimato come misura suscettibile di essere eccezionalmente intrapresa dagli Stati per tutelare l'incolumità delle persone chiamate a deporre.

Parallelamente, la Corte europea dei diritti dell'uomo da tempo sostiene la necessità che gli interessi della difesa siano bilanciati con quelli dei testimoni o delle vittime⁶ e, sulla scorta di questa affermazione di principio, ha elaborato un vero e proprio modello convenzionalmente compatibile di testimonianza anonima⁷. Le linee guida tracciate a Strasburgo aspirano a raggiungere una sintesi tra l'esigenza di protezione del dichiarante e quella di assicurare all'accusato una possibilità di confronto con il proprio accusatore⁸.

L'occultamento delle generalità⁹ del testimone – è persino banale ricordarlo – apre un varco nella tutela dei diritti dell'imputato¹⁰, il quale,

giurista nell'accorgersi che un «arnese così cruciale nelle fucine inquisitorie» sia stato ricollocato sul sentiero processuale «proprio da chi, come la Corte europea, è istituzionalmente investito del compito di eliminare dal selciato tutti quegli ostacoli che impediscono un esercizio effettivo dei diritti della difesa».

⁶ Corte eur. dir. uomo, 26 marzo 1996, *Doorson v. Paesi Bassi*, § 70 (tutte le sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo citate nel presente lavoro sono reperibili sul sito www.echr.eu.int).

⁷ Si rinvia, in proposito, a M. MIRAGLIA, *Spunti per un dibattito sulla testimonianza anonima*, in www.penalecontemporaneo.it; S. LONATI, *Il diritto dell'accusato a "interrogare o fare interrogare" le fonti di prova a carico*, Torino, 2008, 210 ss.; S. MAFFEI, *Le testimonianze anonime nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Cass. pen.*, 2003, 1700; M. VOGLIOTTI, *op. cit.*, 851.

⁸ V. § 6.

⁹ *Rectius*, di tutti i dati identificativi (aspetto fisico, professione, indirizzo, ecc.). Una testimonianza è anonima se non si può *in nessun modo* risalire alla persona del dichiarante. In quest'ottica, il nome è una sorta di "gancio" cui è appesa tutta una serie di altri elementi di riconoscimento che caratterizzano il soggetto, i quali – in virtù di un'interpretazione estensiva della nozione di identità anagrafica – devono per forza essere "coperti" dall'anonimato. Si veda, in proposito, F. CAPRIOLI, *La tutela del testimone nei processi di criminalità organizzata*, in AA.VV., *Verso uno statuto del testimone nel processo penale*, Atti del convegno degli studiosi del processo penale, Pisa-Lucca 28-30 novembre 2003, Milano, 2005, 50.

all'oscuro dell'identità della persona da esaminare, può, di fatto, essere privato della *chance* di dimostrarne l'ostilità o l'inattendibilità. Si rendono necessari, allora, dei "contrappesi" affinché «gli ostacoli eretti [...] sul sentiero della difesa»¹¹ vengano appianati.

L'elaborazione, in tal senso, di uno "statuto europeo" ha sortito l'effetto di incrementare ulteriormente diffusione e sviluppo di questo peculiare istituto; gli ultimi Paesi, in ordine di tempo, ad averlo ammesso sono il Regno Unito¹² e l'Italia¹³.

2. *Anonimo e processo penale: coordinate essenziali*

Prima di analizzare la novella legislativa che, nel panorama italiano, ha impresso una notevole accelerazione al dibattito, occorre fare qualche puntualizzazione preliminare e richiamare i "fondamentali" della materia.

Anonimo deriva dal greco *anonimos*, letteralmente "senza nome", ed è un concetto correlato in chiave negativa a quello di paternità¹⁴. Fenomeno che investe l'intero ordinamento giuridico con esiti differenziati a seconda dell'ambito di incidenza, l'anonimato può costituire un valore positivo ed essere quindi protetto (ad esempio, rende valide le schede elettorali) ovvero essere avversato. Nell'ambito del diritto processuale penale, l'attributo serve ad identificare quegli elementi informativi che, acquisiti a vario titolo al procedimento, sono accomunati da

¹⁰ Nella sentenza Windisch c. Austria, 27 settembre 1990, § 28, la Corte lo definisce un «handicap quasi insormontabile» per la difesa.

¹¹ L'espressione appartiene a M. VOGLIOTTI, *op. cit.*, 856.

¹² D. ORMEROD, A.L.-T. CHOO, R.L. EASTER, *The "witness anonymity" and "investigation anonymity" provisions*, in *The Crim. law rev.*, 2010, 368 ss.

¹³ Per un primo commento alla legge n. 136/2010, vedi A. CISTERNA, *Legge 13 agosto 2010, n. 136. Piano straordinario contro le mafie, nonché delega al Governo in materia di normativa antimafia*, addenda al *Codice di procedura penale commentato*, P. GIARDA, G. SPANGHER (a cura di), Milano, 2010, 1 ss.

¹⁴ M. MERCONE, *L'inutilizzabilità penalprocedimentale degli anonimi*, in *Cass. pen.*, 1995, 750.

un vizio – l'«incertezza [...] attorno alla fonte della notizia»¹⁵ – e dalla medesima disciplina: l'inutilizzabilità¹⁶.

Nell'ambito di questa definizione, occorre fare chiarezza su due profili. Il primo: tutti i dati probatori rilevanti per i fatti della causa, quando sono di provenienza sconosciuta, cadono sotto la scure dell'inutilizzabilità? No: solo le dichiarazioni, ossia gli enunciati (a nulla rileva se orali, scritti o altrimenti documentati) che evocano interni mentali, rientrano nel perimetro della regola di esclusione. Invece, le prove che rappresentino un fatto senza “mediazione umana” (si pensi a riproduzioni di natura fotografica o cinematografica) sono insensibili al divieto poiché – si dice – la mancata conoscenza della persona che le ha formate nulla toglie alla loro capacità dimostrativa¹⁷. L'idea è che, in fondo, il discrimine dipenda da una questione di attitudine rappresentativa del dato probatorio: ove quest'ultimo non implichi alcuna rielaborazione, non sorge la necessità di un controllo sulla fonte (fonte che, di conseguenza, può anche essere incerta); altrimenti – e si tratta in particolare dei casi in cui entri in gioco una materia mnestica –, la verifica sull'attendibilità del dichiarante non può essere trascurata¹⁸.

Il secondo profilo problematico attiene alla nozione di “incertezza”. Quello di anonimo è un concetto di relazione, che coinvolge, da un lato, l'atto e chi ne è l'autore e dall'altro, l'atto e chi ne è il destinatario. È

¹⁵ P. CORSO, *op. cit.*, 152.

¹⁶ M. MERCONE (*op. cit.*, 752) afferma che la disciplina positiva dell'anonimo «perverte l'intero corso del procedimento».

¹⁷ Per F. CORDERO (*Procedura penale*, IX ed., Milano, 2012, 797-803) «non ha senso chiamare “anonima” una fotografia» poiché «fotografie, pellicole, nastri et similia constituisc[o]no materiale utile *in se ipso*, chiunque l'abbia formato».

¹⁸ Sullo sfondo si scorge la tradizionale distinzione carneluttiana tra prove dirette e indirette, imperniata sulla circostanza che la rappresentazione del fatto oggetto di prova avvenga o meno per il tramite della mente umana (F. CARNELUTTI, voce *Documento (teoria moderna)*, in *Noviss. dig. it.*, VI, Torino, 1960, 86). Tale contrapposizione – che ha portato il legislatore a differenziare le sorti dell'anonimo dichiarativo da quello non dichiarativo – appare oggi anacronistica. Le possibilità di manipolazione della realtà offerte dall'attuale “panorama tecnologico” sembrano imporre un ripensamento: il risultato mimetico è solo apparentemente automatico e, soprattutto, può nascondere delle insidie. Insomma, in qualche modo, anche alle macchine bisogna “credere”. Vedi, in proposito, le riflessioni di A. CAMON, *Le intercettazioni nel processo penale*, Milano, 1996, 39 ss.

soprattutto quest'ultimo rapporto (atto-destinatario) ad esigere attenzione da parte dell'interprete, il quale, in sostanza, deve chiedersi: anonimo per chi?

Dal punto di vista naturalistico, il *deficit* conoscitivo circa la paternità di un narrato non presenta sempre la stessa "estensione": in certi casi, attinge tutti i protagonisti che agiscono sulla scena processuale; in altri, solo l'imputato. Nella prima ipotesi, l'anonimo è a 360° ed inficia, in assoluto e in termini generali, la capacità probatoria della dichiarazione; nella seconda ipotesi, invece, assume carattere relativo¹⁹ e pone, anzitutto, un problema di violazione del diritto di difesa (senza sapere da chi provenga la deposizione che lo inchioda, l'accusato avrà molte difficoltà a dimostrare che il testimone nutre motivi di astio nei suoi confronti ovvero che, semplicemente, si sbaglia): il vizio, a ben vedere, è "etico" prima ancora che "epistemologico".

A distinguere le due sfere è, dunque, la diversa estensione soggettiva dello stato d'ignoranza sulla fonte: questo parametro determina il grado di "purezza" dell'anonimo, e spiega perché l'uso di dichiarazioni provenienti da soggetti sconosciuti possa incidere in modo variabile sui principi che governano l'accertamento della responsabilità penale.

3. La regola di esclusione: fondamento e struttura

La messa al bando dell'anonimo dal processo penale affonda le sue radici nelle istanze di rinnovamento propuginate dall'illuminismo giuridico italiano e viene storicamente a configurarsi come una reazione agli abusi delle procedure inquisitorie; una reazione culturale, prima che normativa, la cui espressione più lucida ed organica si deve a Cesare Beccaria. Questi definisce le accuse segrete «evidenti e consagrati disordini»²⁰ e le considera una pratica da condannare con fermezza per almeno tre motivi. Primo, la giustizia è amministrata in nome del popolo, che, quindi, deve poterla "vedere". Da questa esigenza discende il

¹⁹ P. CORSO, *op. cit.*, 7, distingue le due ipotesi riservando l'anonimia vera e propria solo al primo dei due casi e parlando, invece, di "segretezza", qualora l'identità della fonte sia celata all'imputato soltanto.

²⁰ C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene* (1764), Milano, 1973, 33-34.

principio di pubblicità del processo penale, il quale informa anche il settore probatorio: pure le prove, dunque, devono essere pubbliche. Secondo, l'anonimo produce un "costo sociale" perché influisce sulla qualità di vita dei cittadini: li rende «falsi e coperti», avvezzi al sospetto e al tradimento. Terzo, ad essere considerevolmente spuntate sono le armi della difesa; la questione è di tutta evidenza: «chi può difendersi dalla calunnia quand'ella è armata dal più forte scudo della tirannia, il segreto?»²¹.

Circa un secolo dopo, anche Carrara esorta a rifuggire i testimoni anonimi, definendoli «mali [...] gravidi di pericolo e di trepidazione per gli onesti» che una buona legge procedurale mai dovrebbe ammettere²².

Sulla scorta di questi insegnamenti, il legislatore italiano post-unitario chiude le porte del processo agli anonimi. Lo fa, tuttavia, in modo timido, talvolta ambiguo o assolutamente insoddisfacente²³, spinto da convinzioni e obiettivi che cambiano con il mutare dei contesti storico-politici²⁴. In ogni modo, quel che emerge, passando in rassegna le fonti legislative succedutesi, è un atteggiamento di chiusura, divenuto con il passare del tempo sempre più forte.

Nell'attuale codice di rito, le disposizioni che regolano la materia sono formulate, in certi casi, attraverso un divieto. In tal senso, ci si

²¹ A. CAMON (*Accuse segrete, Diritto penale del XXI secolo*, 2014, 287-288) ha proposto questa condivisibile esegesi del testo di Beccaria.

²² F. CARRARA, *Lineamenti di pratica legislativa penale*, II ed., Torino, 1882, 367.

²³ Il primo codice dell'Italia unita (1865) non contiene disposizioni esplicite sugli anonimi; stabilisce, tuttavia (art. 100 comma 3) che «la denuncia fatta per iscritto sarà sempre sottoscritta dal denunciante». Il codice del 1913 non fa registrare novità di rilievo. Un salto di qualità arriva, invece, con il codice del 1930: scritti anonimi (art. 141), delazioni (art. 8), deposizioni degli informatori di polizia (art. 349) sono espressamente esclusi dal processo. Si tratta, però, di un'intransigenza connotata da una debolezza di fondo: il divieto è costruito in termini di *lex imperfecta*, in quanto la violazione determina una mera irregolarità.

²⁴ Nel passaggio dal codice Rocco (1930) al codice Vassalli (1988) cambiano i motivi ispiratori alla base della regola di esclusione: dalla considerazione dei contributi anonimi come un problema etico (il divieto è la risposta morale dello Stato al comportamento immorale del singolo che si macchia di viltà nel momento in cui muove delle accuse senza prendersene la responsabilità), si passa alla considerazione degli stessi come un problema di (in)attitudine probatoria. Per una riflessione sul tema, si rinvia a P. CORSO, *op. cit.*, in particolare a 70 ss. e 124 ss.

riferisce: all'art. 240 c.p.p., il quale vieta l'acquisizione e l'utilizzo di documenti contenenti dichiarazioni anonime (fatta eccezione per quelli che costituiscono il corpo del reato o che provengano dall'imputato); all'art. 333 comma 3 c.p.p., che nega la possibilità di instaurare un procedimento penale sulla base di una denuncia anonima; agli artt. 194 comma 3 e 234 comma 3 c.p.p., che relegano nell'irrilevanza le voci correnti nel pubblico; all'art. 195 comma 7 c.p.p., il quale vieta la testimonianza *de relato* da fonte ignota; infine, all'art. 203 c.p.p., dedicato alle informazioni apprese dal confidente di polizia. Si tratta di regole che si riferiscono, da una parte, a diversi mezzi di prova, capaci in concreto di fungere da veicolo di dichiarazioni anonime (il documento, la testimonianza); dall'altra, ai possibili usi di queste informazioni.

In altri casi, l'ostracismo si ricava *a contrario* da prescrizioni che affermano in positivo l'esigenza di certezza della fonte: gli artt. 349 e 347 comma 2 c.p.p., ai sensi dei quali la polizia giudiziaria è tenuta, rispettivamente, ad identificare la «persona nei cui confronti vengono svolte le indagini [nonché le] persone in grado di riferire su circostanze rilevanti per la ricostruzione dei fatti» e ad informare il pubblico ministero su tutto quanto valga alla identificazione di questi soggetti; l'art. 497 c.p.p., che impone al testimone di declinare le proprie generalità; infine, l'art. 510 c.p.p., che qualifica le indicazioni circa l'identità del dichiarante come contenuto necessario del verbale di assunzione della testimonianza.

Da questa costellazione normativa è possibile estrapolare un principio di necessaria correlazione tra notizia e fonte, che rappresenta una condizione minima di operatività²⁵ del contraddittorio.

²⁵ Vedi P. BRUNO, voce *Informatori della polizia*, in *Dig. disc. pen.*, VI, Torino, 1993, 6; R. CANTONE, *Denunce anonime e poteri investigativi del pubblico ministero*, in *Cass. pen.*, 1996, p. 2983; ID., *La prova documentale*, Milano, 2004, 118; C. CESARI, voce *Testimonianza indiretta (diritto processuale penale)*, in *Enc. dir.*, Annali, II, Milano, 2008, 1139; P. CORSO, *op. cit.*, 128; G. DE LUCA, *op. cit.*, 386; N. GALANTINI, *L'inutilizzabilità della prova nel processo penale*, Padova, 1992, 408; L. KALB, *Il documento nel sistema probatorio*, Torino, 2000, 74; M. MERCONE, *op. cit.*, 752. L'inutilizzabilità risponde anche a un'altra esigenza, ossia sottrarre al giudice materiali dei quali l'autore non si è assunto la responsabilità e che, per questo, sono circondati da un alone di sospetto. La lettura del divieto in chiave di sanzione per chi accusa senza pale-

La prova narrativa è una «prova complessa»²⁶, nell'ambito della quale fatto da rappresentare e credibilità di chi fornisce la rappresentazione diventano un tutto inscindibile. Il giudizio globale di attendibilità, di conseguenza, non potrà che fondarsi sulla fede attribuita sia al contenuto della narrazione sia alla persona dalla quale proviene²⁷. Una conferma, in questo senso, arriva dall'art. 194 comma 2 c.p.p., il quale, ammettendo che l'esame testimoniale possa estendersi anche «ai rapporti di parentela e di interesse che intercorrono tra il testimone e le altre parti o altri testimoni nonché alle circostanze il cui accertamento è necessario per valutarne la credibilità», esplicitamente riconosce l'incidenza che la componente soggettiva ha sul risultato probatorio.

È chiaro, allora, che la provenienza dell'informazione è un dato dal quale non è possibile prescindere: le zone d'ombra, nell'economia complessiva della valutazione di affidabilità, sarebbero così importanti da impedire alla prova di raggiungere la soglia epistemica minima per poter essere utilmente spesa nel processo.

Esiste una connessione talmente stretta tra *loquens* e *relatum* che il carattere ignoto della fonte in qualche misura “inquina” il contenuto della dichiarazione, tanto che diventa preferibile, a quel punto, rinunciare a tutto. Piuttosto che un'informazione della quale non è possibile stabilire la paternità è meglio nessuna informazione. Di qui l'inutilizzabilità dell'anonimo, funzionale ad una duplice esigenza: espungere dal compendio probatorio elementi insuscettibili di verifica e garantire una

sarsi è in qualche misura un retaggio della filosofia adottata in materia dal codice Rocco (vedi nota n. 24).

²⁶ E. APRILE, *La prova penale: art. 187-271 codice di procedura penale*, Milano, 2002, p. 149.

²⁷ Descrive in maniera molto efficace il rapporto tra *fides* e funzioni narrative G. DI CHIARA (Ad faciendam fidem: *i contributi narrativi nel processo penale tra ars rhetorica, esperienza forense ciceroniana e diritto probatorio vigente*, in P. CERAMI, G. DI CHIARA, M. MICELI (a cura di), *Profili processualistici dell'esperienza giuridica europea*, Torino, 2003, 158) secondo il quale «la categoria della *fides* costituisce il perno dell'impianto del contributo narrativo, o – in altri termini – il suo asse di rotazione; è sulla piattaforma della *fides* concernente tanto il narrante che il *narratum*, che si coagula l'identità stessa di questa tipologia probatoria».

contrapposizione effettivamente trasparente e paritaria fra accusato e accusatore²⁸.

Si tratta, in qualche misura, di dare attuazione a un basilare principio di “correttezza” processuale, declinato sia in senso epistemologico (i materiali in difetto di paternità sono incontrollabili e quindi inattendibili) che etico (non ci si può difendere da chi muove le accuse “restando nell’ombra”)²⁹.

Tirando le fila delle considerazioni svolte, nell’ottica dell’antitesi regola/eccezione che ispira questa riflessione sul rapporto tra anonimo e processo penale, possiamo stabilire un primo punto fermo: la regola che vige in materia di prove dichiarative anonime è l’esclusione. Materialmente “frammentata” in varie disposizioni particolari, essa risponde ad un canone generale secondo il quale i fatti riferiti non hanno capacità dimostrativa disgiuntamente dalla fonte; tale principio permea l’intero tessuto codicistico e “serve” al contraddittorio perché ne costituisce la premessa minima indispensabile.

²⁸ Ciascuna parte deve, infatti, poter far valere i suoi argomenti in condizioni che non siano nettamente svantaggiate in rapporto a quella avversa. Per un efficace affresco del rapporto fra il principio del contraddittorio e quello di parità delle parti, si rinvia a G. UBERTIS (*Giusto processo e contraddittorio in ambito penale*, in *Cass. pen.*, 2003, 2100), secondo il quale il confronto dialettico «postula che agli antagonisti sia riconosciuta una posizione di parità. Se è vero, infatti, che, di per sé, la parità tra le parti non realizza necessariamente il contraddittorio (potrebbe essere negata a tutti i titolari dei rispettivi interessi la possibilità di interloquire davanti al giudice, avendosi allora una parità senza contraddittorio), è tuttavia impossibile riscontrare la sussistenza effettiva di esso qualora i protagonisti della controversia si trovino in una situazione tale per cui le ragioni dell’uno abbiano una possibilità di esplicazione maggiore rispetto a quelle dell’altro».

²⁹ Sebbene anche oggi si possa rintracciare una componente etica del divieto, è superfluo sottolineare quanto questa componente sia distante da quella che caratterizzava il codice del 1930 (*supra*, note 24 e 25).

4. Il difficile inquadramento della testimonianza anonima nell'architettura costituzionale

Se l'inutilizzabilità è la regola, non manca, tuttavia, una significativa eccezione. L'assetto delineato nei paragrafi precedenti è stato, infatti, recentemente rimodulato dalla legge n. 136 del 2010, la quale ha introdotto una vera e propria forma di testimonianza anonima per i soggetti impiegati in operazioni *undercover*.

Lo "strappo", benché apparentemente contenuto, in quanto riferito ad un'unica peculiare ipotesi, è in realtà dirompente³⁰, perché travolge i capisaldi sulla base dei quali, da Beccaria in poi, si era sviluppata la riflessione sui rapporti tra anonimo e processo penale.

Il neointrodotta comma 2-*bis* dell'art. 497 c.p.p. recita: «gli ufficiali e gli agenti di polizia giudiziaria, anche appartenenti ad organismi di polizia esteri, gli ausiliari, nonché le interposte persone, chiamati a deporre, in ogni stato e grado del procedimento, in ordine alle attività svolte sotto copertura ai sensi dell'art. 9 della legge 16 marzo 2006, n. 146, e successive modificazioni, invitati a fornire le proprie generalità, indicano quelle di copertura, utilizzate nel corso delle attività medesime»³¹.

In assenza di una specifica definizione normativa, si ritiene di poter ricondurre alla locuzione "attività sotto copertura" quel complesso di iniziative investigative per effetto delle quali una persona, celando la propria identità, si infiltra all'interno di organizzazioni criminali allo scopo di capirne la struttura, denunciare i partecipanti e assicurare le fonti di prova³². Si tratta di una tecnica di indagine non convenzionale, straordinariamente efficace per la sua capacità di penetrazione negli

³⁰ L. SCOMPARIN (*La tutela del testimone nel processo penale*, Padova, 2000, 116-117), affrontando la questione in prospettiva *de iure condendo*, afferma che l'innesto nel nostro sistema processuale della testimonianza anonima comporterebbe «un vero e proprio "ribaltamento" del sistema interno»; in un'ottica *de iure condito*, cfr. M. MIRAGLIA (*op. cit.*, 23), agli occhi della quale «la "civiltà giuridica" sembra aver ceduto».

³¹ Conseguenziale a questa modifica risulta quella dell'art. 111 disp. att., in virtù della quale le annotazioni degli atti di polizia giudiziaria contengono l'identità fittizia della quale si avvalgono gli operatori nel corso delle attività simulate (comma 1-*bis*).

³² In relazione alle attività sotto copertura, si rinvia ai lavori monografici di G. BARROCU, *Le indagini sotto copertura*, Napoli, 2011 e N. VENTURA, *Le investigazioni undercover della polizia giudiziaria*, Bari, 2008.

ambienti criminali, ma, allo stesso tempo, molto pericolosa. Infatti, la creazione di fittizi vincoli collaborativi – o addirittura di amicizia – è un comportamento vissuto, nei contesti delinquenziali, come una grave mancanza di rispetto, suscettibile di scatenare azioni ritorsive³³. In quest’ottica, l’audizione degli infiltrati in dibattimento risulta problematica: rivelare pubblicamente l’aspetto fisico e l’effettiva identità anagrafica dell’agente significa consentirne l’individuazione da parte dei membri dell’associazione criminale “a piede libero” che volessero vendicare il “torto” subito dai loro sodali. La deposizione dibattimentale dell’infiltrato è, inoltre, poco conveniente in relazione all’esiguo numero di funzionari di polizia che siano al tempo stesso disponibili ed addestrati al compimento di tali attività. Quando la copertura “salta”, essi difficilmente potranno essere reimpiegati per future, possibili azioni, con un evidente spreco di risorse investigative³⁴.

Nel tentativo di rispondere a queste esigenze, il legislatore, che già tutelava l’identità del testimone ma solo durante le indagini³⁵, ha voluto “chiudere il cerchio”, prevedendo l’estensione della copertura anche alla fase dibattimentale. Oggi, quindi, la protezione dell’agente *undercover* si snoda lungo l’intero arco del procedimento ed è “a tutto tondo”: ad essere celati sono, infatti, non solo i dati anagrafici, ma anche l’aspetto fisico³⁶.

³³ In proposito, si veda F. CAPRIOLI, *op. cit.*, 41.

³⁴ Vedi A. TAMIETTI, *Agenti provocatori e diritto all’equo processo nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo*, in *Cass. pen.*, 2002, 2927.

³⁵ L’utilizzo di generalità di copertura era ammesso, prima della legge n. 136/2010, solo «per l’esecuzione delle operazioni» (comma 5 dell’art. 9 l. n. 146/2006), al fine di impedire che chi entrasse in contatto con l’infiltrato potesse, mediante specifiche ricerche, risalire alla sua effettiva professione. Si trattava, tuttavia, di una tutela “monca”: infatti, quei soggetti erano destinati ad essere sentiti in dibattimento e, a quel punto, avrebbero dovuto dichiarare la loro vera identità, a pena di incriminazione ai sensi dell’art. 366 comma 3 c.p. Vedi, in proposito: A. CISTERNA, *Attività sotto copertura, arriva lo statuto*, in *Guida al diritto*, 2006, n. 17, 83.

³⁶ Il nuovo comma 1-*bis* dell’art. 147 *bis* disp. att. impone di adottare, in sede di audizione degli agenti sotto copertura, «cautele idonee ad evitare che il volto di tali soggetti sia visibile».

Nessun dubbio che si tratti di una soluzione estremamente efficace in chiave di protezione del testimone; occorre, tuttavia, chiedersi se sia “sostenibile” o meno sul piano costituzionale.

In quest’ottica, il riferimento immediato è all’art. 111 Cost. e il nodo da sciogliere il seguente: la testimonianza assunta con i limiti contenutistici che l’anonimato del dichiarante necessariamente impone può ancora dirsi una testimonianza acquisita nel contraddittorio? Qual è il livello minimo di attuazione della «regola d’oro»³⁷ del processo penale, al di sotto del quale siamo costretti a registrare un’eccezione?

Sulla scorta delle considerazioni svolte in merito al principio di necessaria correlazione tra notizia e fonte³⁸, non sembra ci siano dubbi nel ritenere che la testimonianza anonima non rispetti quel livello minimo³⁹. Quando depone, il testimone non mette in gioco solo il suo sapere ma anche la sua persona: eventuali motivi di interesse o di astio nei confronti dell’accusato, la sua storia, la reputazione, il carattere, le esperienze, ecc.⁴⁰. Se il confronto dialettico perde questa dimensione “personale”, il contraddittorio è svuotato di un suo «ingrediente necessario»⁴¹ e – evidentemente – non può più dirsi tale.

Alla luce di questa premessa, l’attenzione si sposta dal comma 4 dell’art. 111 Cost. (la regola) al comma 5 (l’eccezione). In quanto deroga al contraddittorio, la testimonianza anonima non può che “vivere” negli spazi aperti dal «consenso dell’imputato», dalla «provata condotta illecita» e dall’«impossibilità di natura oggettiva». Si tratta però – a ben

³⁷ La definizione è di P. FERRUA, *Il ‘giusto processo’*, Bologna, 2012, 148.

³⁸ V. § 3.

³⁹ Di questo parere F. CAPRIOLI, *op. cit.*, 65. Di contrario avviso M. DANIELE (*La formazione digitale delle prove dichiarative*, Torino, 2012, 75), il quale sostiene che «la testimonianza anonima, pur attenuandone la portata, non elimina alla radice il metodo dialettico» poiché «comporta pur sempre un’assunzione di dichiarazioni nello scontro tra le parti»; perciò – secondo l’Autore – «il suo fondamento può essere rinvenuto – oltre che nelle eccezioni statuite dall’art. 111 comma 5 Cost. – anche in un processo di bilanciamento tra il contraddittorio ed altri beni costituzionali».

⁴⁰ G. DI CHIARA (*op. cit.*, 158) evidenzia come i nessi di compenetrazione tra narrante e *narratum* si colgono anche sul piano definitorio: *probus* è l’uomo di buona fede e *probare* significa far fede di un fatto; le operazioni probatorie postulano, sul piano delle fonti, uomini di buona fede.

⁴¹ Così F. CAPRIOLI, *op. cit.*, 67.

guardare – di spazi, per motivi diversi, davvero angusti⁴². L'impressione è, infatti, che le ipotesi descritte dall'art. 111 comma 5 Cost. siano "inadeguate" rispetto al caso della testimonianza anonima; e la ragione è semplice: non sono state pensate per questa particolare "deviazione" dal contraddittorio.

Per mettere a fuoco il punto, verrà utile una breve digressione. Il principio del contraddittorio impone che il momento dialettico espliciti la massima potenzialità espansiva consentita dal mezzo probatorio. In relazione alla prova dichiarativa, due sono le condizioni indispensabili: le parti devono conoscere l'identità della fonte, al fine di vagliarne la credibilità; il confronto dialogico deve avere carattere «poietico»⁴³ e non solo retorico-argomentativo.

Questi due aspetti – in certa misura correlati se si guarda al contraddittorio "in pratica" – sono distinti sul piano teorico: uno rappresenta lo *standard* minimo di attuazione del *right to confrontation* – cioè la possibilità quantomeno di criticare la fonte di prova – e, come tale, è presidiato, di regola, da un'inutilizzabilità assoluta; l'altro, lo *standard* massimo, è assistito da un'inutilizzabilità relativa: in termini generali, le dichiarazioni unilateralmente raccolte possono essere impiegate a certi fini (per esempio, per le decisioni prese in corso di indagini), ma non ad altri (per esempio, per la sentenza dibattimentale). Uno pone l'accento sui contenuti dell'esame (che devono potersi estendere sino a toccare le questioni concernenti la persona del dichiarante); l'altro, sui suoi tempi (il confronto non può essere postumo; deve caratterizzare la genesi della dichiarazione).

L'impressione – come dicevamo – è che sia solo questo secondo aspetto (il contraddittorio "per" la prova, secondo una formula celebre)⁴⁴ ad essere preso in considerazione dall'art. 111 comma 5 Cost., probabilmente perché il primo (la possibilità di contestare la fonte di prova) era considerato – fino a ieri – insuscettibile di deroghe. Di qui, la già segnalata *impasse*: l'art. 497 comma 2-bis c.p.p. rappresenta un'ec-

⁴² V. F. CAPRIOLI, *op. cit.*, 68-69.

⁴³ G. GIOSTRA, voce *contraddittorio (principio del)*, in *Enc. giur. Treccani*, VIII, Roma, Agg., 2001, 4.

⁴⁴ D. SIRACUSANO, *Introduzione allo studio del nuovo processo penale*, Milano, 1989, XI.

cezione al contraddittorio, ma, nell'impianto delle deroghe costituzionali, stenta a trovare spazio.

Certo, il consenso dell'imputato è suscettibile di "sanare" carenze al metodo dialettico come quella in esame, ma l'ipotesi sembra destinata a restare "sulla carta": molto difficile che, in concreto, possa ricevere applicazione.

Per l'accertata impossibilità di natura oggettiva, la difficoltà è evidente; per giustificare lo strappo al contraddittorio, non basta un qualsiasi impedimento: occorre un ostacolo "qualificato", ossia una vera e propria impossibilità, assoluta e *materiale*. Nel nostro caso, inutile dirlo, la deposizione non è certo impossibile; semmai è rischiosa, costosa, inesigibile⁴⁵.

Resta la provata condotta illecita. Si tratta della fattispecie eccezionale più affine alle dinamiche e alla *ratio* della testimonianza anonima, poiché riguarda i casi in cui la libertà di autodeterminazione del testimone risulta compressa da illecite interferenze esterne⁴⁶. Esiste, tuttavia, un problema di ordine logico: il predicato «provata» – riferito alla condotta illecita – allude a comportamenti intimidatori già consumati (i quali – se accertati – giustificano la deroga al contraddittorio), mentre nell'ipotesi in esame l'illecito è "in potenza". L'anonimato, postulando la mancata individuazione del teste, esclude in radice che condotte di pressione ai danni del dichiarante siano (già) state perpetrate. Suscettibile di verifica sarebbe, al limite, solo il *pericolo* che un comportamen-

⁴⁵ A tale riguardo, va tuttavia segnalato un rischio. Si registra infatti un orientamento giurisprudenziale incline ad ammettere la lettura dibattimentale di dichiarazioni rese nella fase preliminare nei casi in cui, pur essendo la testimonianza materialmente possibile, essa implichi un prezzo alto, perché è suscettibile di provocare un trauma all'esaminando (Cass., sez. III, 5/11/2009, n. 4404, *CED* 246017; Cass., sez. III, 25/11/2000, in *FI*, 2001, II, 20). La legge n. 136 del 2010 potrebbe incoraggiare questo slittamento dall'"impossibilità" all'"inesigibilità" nell'esegesi della clausola derogatoria fissata dall'art. 111 comma 5 Cost.: se alla nozione di impossibilità oggettiva può essere ricondotto il pericolo che il teste, rievocando i fatti, riporti un danno psichico, allora può esserlo anche (addirittura: a maggior ragione) il rischio che la fonte di prova subisca un'azione ritorsiva.

⁴⁶ Per un inquadramento generale si rinvia, per tutti, a M.L. Busetto, *Il contraddittorio inquinato*, Padova, 2009.

to illecito sia posto in essere⁴⁷. Ma accettare che quel “provata” si riferisca non ad una già avvenuta compressione della libertà di autodeterminazione del testimone, bensì al rischio che questa possa realizzarsi, rappresenta un radicale disallineamento con l’imperativo costituzionale: risulterebbe alterato l’assetto complessivo dei rapporti fra contraddittorio e relative deroghe.

5. Il rapporto regola-eccezione nell’impianto costituzionale e in quello della C.e.d.u.: due modelli a confronto

Nell’ambito del ragionamento svolto sin qui, abbiamo aderito all’idea che il canone enucleato dall’art. 111 comma 4 Cost. sia un criterio rigido e tassativo, da applicare secondo lo schema del “tutto o niente”⁴⁸. Di qui un corollario: il “privilegio locutorio” dell’agente infiltrato rispetta i “vincoli di sistema” solo se, essendo disallineato dalla regola, può essere ricondotto nell’alveo delle fattispecie derogatorie; soluzioni “intermedie” sono precluse.

Esiste, tuttavia, un altro modo – più sfumato – di sciogliere il groviglio di interessi che la testimonianza anonima trascina con sé. Ci si rife-

⁴⁷ Lo spiega bene S. MAFFEI (*op. cit.*, 1705): «l’obiettivo dell’anonimato è prevenire le intimidazioni» e, per tale ragione, la decisione in merito alla sua concessione «non può che fondarsi su presunzioni desunte – di necessità – dalla personalità dell’[imputato] e dalla natura del reato contestato».

⁴⁸ Il precetto costituzionale è – per riprendere la nota distinzione dworkiniana (R. DWORKIN, *I diritti presi sul serio*, trad. it., Bologna, 1982) – una “regola”. Al contrario, i principi sono enunciazioni defettibili che delineano un programma di scopo e incontrano deroghe implicite, le quali – ricavabili da altri principi – sfuggono ad una elencazione tassativa.

Al riguardo si può vedere P. FERRUA (*op. cit.*, 132), il quale sostiene che la prescrizione abbia una “doppia natura”: di principio e di regola allo stesso tempo. Di principio, nella parte in cui obbliga il legislatore – lasciandogli ampia discrezionalità nel definire tempi e modi degli esami – ad apprestare strumenti idonei a formare le prove nel contraddittorio; di regola e, più precisamente, di regola d’esclusione, nella parte in cui lo obbliga ad estromettere dal quadro probatorio le prove non formate nel rispetto del contraddittorio. Del medesimo avviso F. CAPRIOLI (*op. cit.*, 63), che ravvisa «un’inconscia intuizione nella lettera della norma costituzionale», che recita: «il processo penale è regolato dal principio del contraddittorio nella formazione della prova».

risce all'approccio "per principi" adottato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, il quale è governato da logiche rovesciate: la flessibilità al posto del rigore interpretativo; il temperamento tra esigenze antitetice in luogo della reciproca esclusione.

Nell'ottica del giudice europeo, la testimonianza anonima è e, allo stesso tempo, *non* è contraria alla Convenzione europea: in alcuni casi ed entro certi limiti, è compatibile con il "giusto processo"; in altri, no⁴⁹. L'istituto non è illegittimo in assoluto: diventa convenzionalmente conforme ove la sua "carica esplosiva" venga, in qualche misura, disinnescata.

Si tratta, insomma, di una "compatibilità condizionata", che riflette una particolare impostazione assiologica: la tutela della fonte di prova non è un interesse con carattere recessivo rispetto al suo "antagonista" (il *right to confrontation*), ma sta sullo stesso piano. Anch'esso, infatti, è protetto dalla C.e.d.u., segnatamente dall'art. 8⁵⁰. Tra i diritti del testimone e quelli dell'imputato si viene così a determinare una "tensione paritetica", nell'ambito della quale non trova spazio la logica del "tutto o niente", bensì quella del "più o meno". Il bilanciamento – declinato in chiave di proporzionalità – è lo strumento deputato a governare la dialettica tra gli interessi in conflitto.

Logica *floue*, paradigma della complessità, cultura del bilanciamento sono alcune delle definizioni abitualmente impiegate per riferirsi a questa linea di pensiero: tutte evocano concetti sfocati e dinamiche orientate al compromesso. Sono questi, del resto, i tratti salienti di quel modello "europeo" di gestione del contributo narrativo dell'*anonymous witness* cui si è fatto cenno in premessa e del quale conviene, a questo punto, dare sinteticamente conto.

⁴⁹ G. UBERTIS, *Contraddittorio e difesa nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo: riflessi nell'ordinamento italiano*, in *Cass. pen.*, 2005, 1098.

⁵⁰ «Innegabilmente l'art. 6 C.e.d.u. non si riferisce ai diritti dei testimoni. È altresì vero che la vita, la libertà e la sicurezza personale di questi ultimi (...) sono protetti da altre disposizioni della Convenzione: ciò comporta che gli Stati contraenti siano chiamati ad organizzare il proprio procedimento penale in modo tale da evitare rischi ingiustificati. In quest'ottica, i principi dell'equo processo impongono che, in determinate e opportune circostanze, gli interessi della difesa siano bilanciati con quelli degli individui e delle vittime chiamati a fornire la propria testimonianza» (Corte eur. dir. uomo, 26 marzo 1996, *Doorson c. Paesi Bassi*, § 70).

In primo luogo, per la Corte Edu l'anonimato deve costituire una misura di carattere eccezionale, da adottarsi con provvedimento motivato del giudice, qualora appaia effettivamente indispensabile per la tutela del testimone e non siano disponibili alternative meno "devianti" dal principio del contraddittorio. Il pericolo per l'incolumità di chi sia chiamato a deporre deve essere attuale e concreto e non può essere desunto semplicemente dalla gravità dei reati contestati o dal contesto criminale, bensì da una valutazione "individualizzante", che tenga conto di tutte le circostanze del caso concreto⁵¹. L'organo giudicante deve, inoltre, essere a conoscenza dell'effettiva identità del dichiarante per poter compiere una verifica della sua credibilità⁵².

In fase di acquisizione della testimonianza, è importante che sia garantita quanto più possibile la "partecipazione" della difesa, la quale deve essere messa nella condizione di esaminare la fonte di prova e di valutarne il contegno⁵³. È ovvio, tuttavia, che la qualità del confronto non potrà essere integralmente ripristinata; restano alcune "zone d'ombra", sia rispetto alle domande concretamente rivolgibili al teste (sono proibite quelle che consentano di risalire all'identità dell'esaminando) sia rispetto al controllo delle sue reazioni (è vero che l'"approccio visivo" è, in linea di massima, assicurato, ma solo finché sia compatibile con le esigenze di occultamento del volto).

Questi accorgimenti, tuttavia, ancora non bastano a restituire alla difesa un'occasione sufficiente e adeguata di confronto⁵⁴. Si rende necessario, dunque, predisporre un'ulteriore cautela – la più importante nell'ottica dei giudici di Strasburgo – in chiave compensativa: delle dichiarazioni acquisite può farsi solo un utilizzo "limitato"; viceversa, qualora esse assumano valore determinante ai fini della pronuncia di condanna,

⁵¹ V. Corte eur. dir. uomo, Doorson, cit., § 71; Corte eur. dir. uomo, Van Mechelen e altri c. Olanda, 23 aprile 1997, §§ 61 e 64; in dottrina vedi: A. BALSAMO, *Testimonianze anonime ed effettività delle garanzie sul terreno del "diritto vivente" nel processo di integrazione giuridica europea*, in *Cass. pen.*, 2006, 3013.

⁵² Il criterio si deduce *a contrario* dalla sentenza Kostovski c. Paesi Bassi, 20 novembre 1989, § 43.

⁵³ Vedi, in particolare: Corte eur. dir. uomo, Doorson, cit., § 73; Corte eur. dir. uomo, Van Mechelen, cit., § 59; in dottrina, vedi: S. MAFFEI, *op. cit.*, 1705.

⁵⁴ Corte eur. dir. uomo, Doorson, cit., §76.

la Corte non potrà che riconoscere l'iniquità complessiva del procedimento⁵⁵.

Da tale quadro emerge che la testimonianza anonima rappresenta sì un pericolo grave per i diritti della difesa, ma suscettibile di essere temperato, contenuto, ricondotto a sistema, adottando, in tutte le fasi del procedimento probatorio (ammissione, assunzione e valutazione), dei contrappesi in favore dell'accusato.

Il percorso tracciato a Strasburgo si presenta, per certi aspetti, come un paradigma vincente⁵⁶, poiché attribuisce al giudice uno spazio di manovra che gli consente di stabilire, di volta in volta e in base alle sfumature del caso concreto, il modo più "giusto" di contemperare gli interessi in gioco, secondo il "peso" e l'"importanza" di ciascuno.

Eppure, superato l'entusiasmo provocato, di primo acchito, dall'illusione che la logica compromissoria permetta di non rinunciare a niente e di tenere di tutto qualcosa, sorgono almeno due interrogativi. Anzitutto: possiamo davvero considerare la testimonianza anonima un «concet-

⁵⁵ Tale affermazione va – per verità – relativizzata, a seguito della sentenza Al-Khawaja e Tahery c Regno Unito (15 dicembre 2011). In quell'occasione, infatti, la Corte ha rimodulato la *sole or decisive rule*, rendendola flessibile. Ciò significa che lo strappo al contraddittorio non determina più indefettibilmente una violazione dell'art. 6 C.e.d.u., nemmeno se l'elemento probatorio viziato ha importanza capitale per l'esito della causa. L'importante è che, ad assicurare la *fairness* complessiva del procedimento, ci siano garanzie procedurali suscettibili di compensare, nella misura maggiore possibile, le *chances* difensive precluse. Vengono in considerazione, in tal senso: la maniera in cui le garanzie legali sono state applicate, le possibilità offerte all'imputato per far fronte agli ostacoli con i quali si è dovuto confrontare, il modo in cui il giudice ha condotto il procedimento nel suo insieme, ecc. Per uno sguardo sulle ripercussioni del *revirement*, si vedano: A. BALSAMO, *La Corte di Strasburgo e i testimoni assenti: gli sviluppi del "nuovo corso" avviato dalla sentenza Al-Khawaja*, in *Cass. pen.*, 2013, 2833; M. BIRAL, *L'overall examination: nuove frontiere sul diritto a confrontarsi con i testimoni*, in *Archivio penale*, 2013, 197; R. CASIRAGHI, *Testimoni assenti: la grande camera ridefinisce la regola della "prova unica o determinante"*, in *Cass. pen.*, 2012, 3115; P. FERRUA, *Le dichiarazioni dei testi "assenti": criteri di valutazione e giurisprudenza di Strasburgo*, in *Dir. pen. proc.*, 2013, 393; F. ZACCHE', *Rimodulazione della giurisprudenza europea sui testimoni assenti*, in www.penalecontemporaneo.it.

⁵⁶ Secondo M. VOGLIOTTI (*op. cit.*, 860) un atteggiamento di questo tipo, svincolato da «paludamenti ideologici», «ben può essere considerato come un ingrediente fondamentale per l'attuazione dei valori del "giusto processo"».

to sfumato»⁵⁷? Vengono molti dubbi. Pur volendo ammettere la necessità di salvaguardare, all'interno del processo penale, diritti di soggetti diversi dall'imputato ed in particolare l'esigenza di proteggere l'incolumità del testimone, non sembra che ci siano contrappesi capaci di restituire all'accusato ciò che gli viene tolto ove ignori l'identità del suo accusatore. Nell'ipotesi in esame, il contemperamento tradisce un'ipocrisia di fondo⁵⁸.

E ancora, in una prospettiva più ampia: sono più i vantaggi o gli svantaggi di una logica non esclusiva, entro i cui confini molti criteri differenti, e a volte opposti, possono coesistere ed essere applicati nello stesso tempo “in una qualche misura”? Nell'ottica della Corte europea, l'elaborazione di principi flessibili è funzionale ad un rafforzamento delle garanzie processuali; tuttavia, mediante questo meccanismo di “pesatura” – è bene non dimenticarlo – i principi possono ridursi e svalutarsi. Espansione e contrazione sono le due facce della stessa medaglia: non è possibile essere elastici in una sola direzione. Le insidie sono sottotraccia, e per questo più spinose. Lo si ribadisce: pur tenendo nel massimo conto le esigenze di tutela del testimone⁵⁹, l'annacquamento delle garanzie della difesa, su un terreno nevralgico come quello del

⁵⁷ M. VOGLIOTTI, *op. cit.*, 854.

⁵⁸ Di questa opinione M. MIRAGLIA, (*op. cit.*, 8), secondo la quale «si tratta [...] di scegliere un interesse fra quelli in gioco, considerarlo prevalente e tutelarlo, senza [...] fingere di poter raggiungere [...] un bilanciamento».

⁵⁹ Per rispondere alle quali, in realtà, potrebbero essere battute molte altre strade. Innanzitutto, sul piano amministrativo: da una parte, si potrebbe potenziare i circuiti speciali di protezione, che consentono di nascondere l'agente pur svelando la sua identità; dall'altra, si potrebbe estendere all'infiltrato il ricorso alle procedure di cambiamento delle generalità (al termine del processo, per non pregiudicare i diritti difensivi) previsto dal d.lgs. 119/1993 per i collaboratori di giustizia. Per quanto attiene ai rimedi processuali, invece, si potrebbe pensare di istituire un'ipotesi di diritto al silenzio per l'agente sotto copertura, attribuendo all'incolumità fisica del testimone un valore prevalente rispetto all'interesse all'accertamento giudiziale dei fatti e facendo salvo il principio di necessaria correlazione tra notizia e fonte. L'alternativa che si porrebbe in tal caso è: rinunciare *in toto* alla dichiarazione, oppure acquisirla senza “coprime” la provenienza soggettiva; in nessun caso – e questo è il punto fondamentale – se ne potrebbe fare uso disgiuntamente dalla fonte. Critico rispetto a questa soluzione: F. CAPRIOLI, *op. cit.*, 42-43.

diritto dell'imputato di confrontarsi con il proprio accusatore, rischia di condurre ad esiti imprevedibili.

L'ECCEZIONE NEL DIRITTO PENALE.
UNA RIFLESSIONE
A PARTIRE DAL LESSICO DELLA SICUREZZA

Elena Mattevi
Discussant

SOMMARIO: 1. *L'emergenza*. 2. *La sicurezza*. 3. *Il nemico*. 4. *Alla ricerca dei limiti dell'eccezione*. 5. *Conclusioni*.

1. L'emergenza

La maggior parte dei problemi che il potere politico prova ad affrontare, oggi, viene qualificata come “emergenziale”¹.

Si potrebbe forse pensare che dietro a questo fenomeno diffuso ci sia un tentativo degli Stati di attrarre l'eccezione all'interno della “regola”², a seguito delle esperienze tragiche prodotte da un uso della forza senza diritto e quindi senza limiti.

È necessario, tuttavia, operare una distinzione tra i casi di vera e propria emergenza per il sistema, per gli ordinamenti e frequentemente per la vita di una moltitudine di persone³, ed un fenomeno molto diffuso di valorizzazione di singole e più delimitate “emergenze” estemporanee, più o meno reali, legate ad ogni possibile fonte di insicurezza soggettiva. Queste ultime non mettono in discussione una volta per tutte il sistema nei suoi fondamenti, ma sempre più spesso vengono affronta-

¹ R. BARTOLI, *Regola ed eccezione nel contrasto al terrorismo internazionale*, in M. MECCARELLI, P. PALCHETTI, C. SOTIS (a cura di), *Le regole dell'eccezione. Un dialogo interdisciplinare a partire dalla questione del terrorismo*, Macerata, 2011, pp. 169 ss.

² Cfr., nel presente volume, il contributo di L. PASCULLI, *La normalizzazione della prevenzione eccezionale del crimine globale*, par. 2.

³ Cfr. in questo senso, I. MARCHI, *Stato di eccezione e sovvertimento delle regole: alcune riflessioni sul sistema israeliano antiterrorismo*, par. 1, nel presente volume.

te dal sistema politico attraverso un ricorso indiscriminato al diritto penale con frequenti deroghe alla disciplina ordinaria, che finiscono per dar vita a dei sottosistemi volti a soddisfare specifiche esigenze di natura soprattutto emotiva.

Se si guarda all'emergenza come "ragione politico criminale sottesa a determinate discipline penali"⁴, è spesso tale estemporaneità, nascosta sotto l'ampia etichetta dell'emergenza variamente declinata, che il legislatore prova a rincorrere: reagisce alle esigenze di sicurezza in senso soggettivo con strumenti simbolici, che spostano l'attenzione dalla reale consistenza del problema. Il diritto penale, al quale dovrebbe essere riservato un ruolo residuale – in questo senso eccezionale⁵ – diventa lo strumento privilegiato di rassicurazione politica⁶, giungendo perfino ad ospitare nuove ipotesi caratterizzate, sotto il profilo della tecnica normativa, dalla "formalizzazione dell'emergenza come elemento costitutivo di talune fattispecie di reato"⁷.

2. La sicurezza

Dall'altro lato, però, non bisogna dimenticare l'effettivo verificarsi di emergenze reali (più o meno gravi). Strettamente connessa alla tema-

⁴ C. RUGA RIVA, *Stato di emergenza e delimitazione territoriale. Verso un nuovo diritto penale dell'eccezione?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, p. 1089.

⁵ Nel presente volume si rinvia al lavoro di R. WENIN, *La strumentalizzazione della logica "amico-nemico" nel rovesciamento del rapporto "eccezione (illiceità)-regola (liceità)"?*, par. 6.

⁶ F. MANTOVANI, *Insicurezza e controllo della criminalità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, pp. 1009 ss., evidenzia come l'unico sistema di controllo del crimine sia oggi divenuto il diritto penale, che «da *extrema ratio* assurge ad *unica ratio*» e, in questa "crisi di solitudine", anche se strumento irrinunciabile, rivela la sua inadeguatezza a contrastare la criminalità. Nel presente volume cfr. L. PASCULLI, *La normalizzazione della prevenzione eccezionale del crimine globale*, par. 2.

⁷ C. RUGA RIVA, *Stato di emergenza e delimitazione territoriale. Verso un nuovo diritto penale dell'eccezione?*, cit., pp. 1090 ss., si sofferma ampiamente sul fenomeno preoccupante posto dall'operatività di talune fattispecie la cui vigenza è subordinata alla proclamazione o alla revoca dello "stato di emergenza", rimessa al Consiglio dei Ministri, al di fuori di qualsiasi controllo parlamentare, con problemi che investono i principi di uguaglianza, di riserva di legge, di colpevolezza.

tica dell'emergenza reale è quella della "sicurezza", da intendersi in questo contesto in senso oggettivo e non come mero "senso di insicurezza".

Il diritto dei consociati all'effettiva protezione dei diritti può prendere il nome di diritto alla sicurezza⁸, ma è indispensabile cercare di chiarire il punto in termini razionali.

Quando si parla di origine o legittimazione del diritto e dello Stato, il concetto di sicurezza viene utilizzato in senso molto ampio, senza definire specifici interessi od esigenze di tutela; esso non si identifica con i – già numerosi – significati che il termine assume in contesti più circoscritti.

L'idea della sicurezza definisce uno dei fini essenziali dell'ordinamento giuridico, ma tale obiettivo richiede delle precisazioni per poter «definire il contenuto di un autonomo, specifico diritto che intenda presentarsi come giustiziabile»⁹. È necessario, quindi, individuare dei diritti più specifici, che devono essere posti in sicurezza di fronte a certi pericoli gravi, dando contenuto ad un diritto ad essi accessorio.

«L'idea della sicurezza tende ad espandersi come definizione di un bene giuridico ubiquitario, strumentale a qualsiasi altro, e in questo senso orizzonte totalizzante del discorso e del mondo penalistico» – una specie di "diritto di libertà dal crimine"¹⁰ – ma nel linguaggio penale dei beni giuridici, più precisamente, «l'idea di sicurezza si presta a definire un interesse strumentale, un bisogno (o una pretesa) di tutela anticipata di interessi finali»¹¹, per anticipare la soglia dell'incriminazione alla prevenzione di pericoli. Se il diritto alla sicurezza viene concepito

⁸ I.A. COLUSSI, *Pubblicare o censurare? Il difficile bilanciamento tra la sicurezza e la libertà di ricerca scientifica nelle ipotesi di rischi di bioterrorismo: una prospettiva "regola/eccezione"*, par. 3, in questo volume, da una prospettiva non solo penalistica.

⁹ D. PULITANÒ, *Sicurezza e diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, p. 548.

¹⁰ La formula è di F. MANTOVANI, *Insicurezza e controllo della criminalità*, cit., p. 1004, il quale pare riferirsi però al senso collettivo di sicurezza.

¹¹ D. PULITANÒ, *Sicurezza e diritto penale*, cit., p. 553. L'Autore precisa che l'interesse finale, che chiede sicurezza, può essere teoricamente un bene giuridico qualsiasi (vita, integrità fisica, libertà, patrimonio, interessi istituzionali).

come bene a sé stante, esso appare «del tutto evanescente, indeterminato e onnicomprensivo»¹².

Questa distinzione deve essere ben considerata, quando si vuole prendere sul serio il problema attualissimo della sicurezza dei diritti, di fronte al rischio di eventi anche catastrofici¹³.

Un'ultima precisazione si impone proprio con riferimento al lessico della sicurezza. Di essa, infatti, non si parla solo come questione che deve essere affrontata attraverso un'espansione dell'intervento penale, ma anche come questione che può porsi con la massima urgenza quando la giustizia penale inizia ad operare con i suoi strumenti più violenti: è quindi necessario distinguere la sicurezza attraverso lo Stato dalla sicurezza di fronte allo Stato (versante liberale della sicurezza)¹⁴. Troppo insistentemente la sicurezza è diventata una parola d'ordine nelle politiche di intervento che collocano solo sullo sfondo le esigenze di garanzia liberale.

3. *Il nemico*

Con grande frequenza in questa sessione è ricorso il tema del terrorismo quale esempio emblematico del rischio di un evento catastrofico per gli ordinamenti giuridici e per la vita delle persone, un vero e proprio pericolo per la sicurezza nazionale, davanti al quale i singoli ordinamenti nazionali e sovranazionali hanno cercato di trovare delle soluzioni anche penali.

¹² R. BARTOLI, *Regola ed eccezione nel contrasto al terrorismo internazionale*, cit., p. 175.

¹³ A. GAMBERINI, *La categoria del diritto penale del nemico di fronte all'emergere di fenomeni di razzismo internazionale*, in A. GAMBERINI, R. ORLANDI (a cura di), *Delitto politico e diritto penale del nemico*, Bologna, 2007, p. 33, mette in luce come in alcuni ordinamenti si parli di sicurezza quale diritto autonomamente considerato "apparentemente svincolato dalla sicurezza dei diritti".

¹⁴ D. PULITANÒ, *Sicurezza e diritto penale*, cit., p. 550. Nel volume cfr. anche I. MARCHI, *Stato di eccezione e sovvertimento delle regole: alcune riflessioni sul sistema israeliano antiterrorismo*, par. 3, che pur appare critica nei confronti della visione tradizionale per cui la sicurezza sarebbe solo un interesse secondario o un elemento finalistico.

Il terrorista si differenzia dal criminale comune perché si sottrae al rapporto dialogico con la società in cui è inserito in quanto vuole dissolvere il patto sociale. Il terrorista è stato definito come un “nemico”¹⁵. In questa prospettiva, chi rifiuta di riconoscersi parte del patto sociale e non offre garanzie di sufficiente lealtà al diritto, mettendo in pericolo i presupposti fondamentali per l'esistenza di un ordinamento democratico costituzionale, ossia le strutture fondamentali dello Stato, non può considerarsi cittadino della comunità giuridica organizzata ma esclusivamente “nemico”, una “non persona” a cui manca la titolarità dei diritti e delle garanzie del diritto penale del cittadino, e che come tale va combattuta.

Parlando in questo contesto di eccezione nel diritto, ben si comprende come – rispetto alla molteplicità di deviazioni dalla regola che l'ordinamento finisce per ammettere – la dicotomia tra cittadino e nemico rischi di introdurre l'eccezione più significativa, mettendo in discussione la pretesa di incondizionatezza dei principi fondamentali del diritto penale e, tra questi, innanzitutto del principio secondo cui ciascun uomo ha diritto ad essere trattato come persona¹⁶. In questo contesto si rischia di introdurre una frattura nella concezione universalistica dei diritti dell'uomo «che costituisce un connotato, questo sì fondante, dell'identità europea emersa dalle macerie della seconda guerra mondiale»¹⁷, facendo riemergere con urgenza il problema della sicurezza nei confronti del diritto penale stesso, quando assume contorni particolarmente violenti.

¹⁵ Cfr. sul punto, ampiamente, le riflessioni di G. JAKOBS, *Diritto penale del nemico*, in M. DONINI, M. PAPA (a cura di), *Diritto penale del nemico*, Milano, 2007, pp. 5 ss. (trad. it. di F. Resta, dell'articolo G. JAKOBS, *Derecho penal del ciudadano y derecho penal del enemigo*, in G. JAKOBS, M. CANCIO MELIÁ, *Derecho penal del enemigo*, Madrid, 2003, pp. 19 ss.), che delinea i tratti del diritto penale del nemico.

¹⁶ D. PULITANO, *Il problema del diritto penale del nemico, fra descrizione e ideologia*, in A. GAMBERINI, R. ORLANDI (a cura di), *Delitto politico e diritto penale del nemico*, cit., p. 234.

¹⁷ A. GAMBERINI, *La categoria del diritto penale del nemico di fronte all'emergere di fenomeni di razzismo internazionale*, cit., p. 32.

La distinzione tra nemici ed amici nell'ambito del diritto penale è imprecisa nei contorni¹⁸, artificiale e, in qualche modo, finisce per presupporre inaccettabilmente proprio ciò che con il processo (dei cittadini) si dovrebbe ancora dimostrare: lo *status* di nemico di alcuni individui¹⁹. Inoltre, pur pretendendo di limitarsi a descrivere la realtà, non include nell'analisi alcuna prospettiva di ricerca di eventuali limiti di legittimità e «tende a tradursi surrettiziamente in criterio di legittimazione di soluzioni normative troppo spinte per poter essere ancora legittimate come diritto penale»²⁰.

4. Alla ricerca dei limiti dell'eccezione

Sembrerebbe imporsi dunque l'abbandono di questa formulazione, ma anche così procedendo il problema non potrebbe dirsi del tutto risolto. Davanti a fenomeni criminali, nella cui realizzazione si potrebbe cogliere la mano di nemici che talora si autodefiniscono come tali o che agiscono da tali perché rappresentano una grave minaccia per le società democratiche e per una convivenza pacifica conforme ai principi costituzionali rispettosi dello Stato di diritto e dei diritti fondamentali – quali il terrorismo e la criminalità organizzata²¹, che non a caso sono ai primi posti dell'agenda di intervento di protezione e repressione dell'Unione europea²² – è comprensibile che si aprano le porte a strategie e risposte

¹⁸ R. WENIN, *La strumentalizzazione della logica "amico-nemico" nel rovesciamento del rapporto "eccezione (illiceità)-regola (liceità)"?*, par. 5, nel presente volume, evidenzia come sia una mera presunzione quella per cui il cittadino e il nemico darebbero vita a categorie del tutto eterogenee.

¹⁹ K. AMBOS, *Il diritto penale del nemico*, in M. DONINI, M. PAPA (a cura di), *Diritto penale del nemico*, cit., p. 46 (trad. it. di E. Fronza, dell'articolo *Feindstrafrecht*, in *Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht*, 124, 2006, pp. 1 ss.).

²⁰ D. PULITANÒ, *Il problema del diritto penale del nemico, fra descrizione e ideologia*, cit., p. 236.

²¹ Sulla pericolosità della mafia per lo Stato di diritto, per le istituzioni democratiche e per la società civile cfr. il contributo di F. MANTOVANI, *Mafia: la criminalità più pericolosa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, pp. 19 ss.

²² M. DONINI, *Diritto penale di lotta vs. diritto penale del nemico*, in A. GAMBERINI, R. ORLANDI (a cura di), *Delitto politico e diritto penale del nemico*, cit., p. 150; L. Pi-

speciali, mediante fattispecie che anticipano la soglia della punibilità fino a coprire l'ambito degli atti preparatori, o mediante strumenti, anche processuali, volti alla tutela preventiva da autori di reato specialmente pericolosi.

Di fronte all'emergenza più grave, al pericolo per la sicurezza nazionale ed al rischio di danni ingenti per una vasta moltitudine di persone, e di fronte alla necessità di rispondere con strumenti eccezionali, ci si chiede però se possano essere individuati comunque dei limiti invalicabili nella risposta penale di uno Stato di diritto, a partire da quello di tener ferma in ogni caso la vigenza di un diritto fondato sulla dignità dell'uomo, indipendentemente dalla cittadinanza e dal grado di fedeltà all'ordinamento.

I diversi interventi della sessione, da prospettive e con soluzioni diversificate, si incentrano sul problema della definizione dei confini che devono essere tracciati di fronte alle risposte eccezionali – anche non strettamente penali²³ – elaborate in presenza di fenomeni criminali che mettono in serio pericolo la sicurezza pubblica. Per evitare che l'eccezione si trasformi in un vero e proprio salto nel vuoto.

Ribadendo la necessità di mantenere ben distinte la categoria del diritto penale e quella della guerra²⁴, si può evidenziare come il tratto che le accomuna sia la presa d'atto che le risposte eccezionali esistono e l'affermazione che, in qualche misura, il riconoscimento della loro legittimità va ricondotto a determinate condizioni ricercate soprattutto in

COTTI, *Limiti garantistici delle incriminazioni penali e nuove competenze europee alla luce del Trattato di Lisbona*, in G. GRASSO, L. PICOTTI, R. SICURELLA (a cura di), *L'evoluzione del diritto penale nei settori di interesse europeo alla luce del Trattato di Lisbona*, Milano, 2011, pp. 207 ss. Nel presente volume cfr. ampiamente I. MARCHI, *Stato di eccezione e sovvertimento delle regole: alcune riflessioni sul sistema israeliano antiterrorismo*, par. 2.

²³ I.A. COLUSSI, *Pubblicare o censurare? Il difficile bilanciamento tra la sicurezza e la libertà di ricerca scientifica nelle ipotesi di rischi di bioterrorismo: una prospettiva "regola/eccezione"*, par. 4 e 5, che si sofferma sul rapporto tra il "diritto alla sicurezza" e la libertà di ricerca scientifica.

²⁴ Nel presente volume cfr. di I. MARCHI, *Stato di eccezione e sovvertimento delle regole: alcune riflessioni sul sistema israeliano antiterrorismo*, par. 5, partendo da un'analisi approfondita dell'esperienza israeliana.

diversi documenti internazionali²⁵, senza dimenticare tuttavia le criticità delle soluzioni che sono state sperimentate e che possono mettere anche in seria crisi alcuni principi di un modello penale pienamente garantista²⁶.

Facendo riferimento al principio di legalità, si vuole porre l'accento sui rischi che corre la riserva di legge in materia penale in presenza di una tendenza alla marginalizzazione del Parlamento²⁷ e sui problemi tecnici della legislazione emergenziale quando è violato il principio di determinatezza delle fattispecie. Una cattiva qualità della legislazione si ripercuote sulla libertà del cittadino, che non è messo nella condizione di orientare la propria condotta consapevolmente, e rischia di diffondersi all'intero sistema. Il fenomeno è amplificato dal fatto che “le norme paiono vivere di vita propria” e, se, in una prima fase, si può anche pensare semplicemente ad una disapplicazione nei fatti delle norme che siano contraddittorie nella loro formulazione rispetto agli scopi, non è detto che ciò si ripeta nel tempo e può bene essere, al contrario, che si seguano percorsi molto diversi “da quelli che il legislatore volle loro attribuire”²⁸.

Si invita quindi a riflettere su alcune eccezioni che riguardano la procedura penale (e, più in particolare, il divieto di testimonianza anonima)²⁹ e sulla pericolosa fuoriuscita dal paradigma cognitivo dell'ac-

²⁵ Sul punto cfr. i contributi, nel presente volume di I. MARCHI, *Stato di eccezione e sovvertimento delle regole: alcune riflessioni sul sistema israeliano antiterrorismo*, par. 1-3 e L. PASCULLI, *La normalizzazione della prevenzione eccezionale del crimine globale*, par. 2 e par. 4.

²⁶ L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, X Ed., Bari, 2011, pp. 5 ss.

²⁷ L. PASCULLI, *La normalizzazione della prevenzione eccezionale del crimine globale*, par. 4; R. WENIN, *La strumentalizzazione della logica “amico-nemico” nel rovesciamento del rapporto “eccezione (illiceità)-regola (liceità)”?*, par. 4, nel presente volume.

²⁸ Cfr., nel presente volume, R. WENIN, *La strumentalizzazione della logica “amico-nemico” nel rovesciamento del rapporto “eccezione (illiceità)-regola (liceità)”?*, con particolare riferimento ai par. 1 e 6.

²⁹ Cfr., in questa pubblicazione, M. BIRAL, *Tra regola ed eccezione: precari equilibri nella disciplina della testimonianza anonima*. La giurisprudenza della CEDU rileva come la testimonianza anonima – in certi casi ed entro certi limiti – non sia incompati-

certamento di fatti avvenuti in passato quando si adottano provvedimenti che hanno una funzione di sicurezza dando rilievo a giudizi prognostici orientati al futuro (misure di prevenzione *praeter delictum*³⁰, misure cautelari) e che dovrebbero essere ampiamente rivisti nel caso si volesse prendere sul serio quello che abbiamo descritto come il versante liberale della sicurezza dei diritti³¹.

Il rischio maggiore di violazione dei limiti si corre tuttavia quando il giudice cessa di essere terzo e finisce per rivestire i panni del pubblico ministero, lottando contro la criminalità dall'interno del giudizio, mentre il processo (non bellico) dovrebbe essere un terreno neutro di verifica di ipotesi d'accusa, nel contraddittorio tra le parti, davanti ad un organo giudiziale imparziale o, addirittura, quando il controllo giurisdizionale viene eluso³². Non vi è dubbio, infatti, che la tenuta di un diritto penale del cittadino sia affidata innanzitutto alla giurisdizione³³, anche quando si inserisce in contesti ordinamentali diversificati e coesistenti su diversi livelli. È solo «la cultura della giurisdizione che consente di rendere giustiziabili i diritti fondamentali»³⁴.

bile con il “giusto processo”, nell’ottica di un bilanciamento tra diritti della difesa (art. 6 Cedu) e protezione dei testimoni (art. 8 Cedu).

³⁰ L. PASCULLI, *La normalizzazione della prevenzione eccezionale del crimine globale*, par. 2, in questo volume, che si sofferma sulla loro progressiva espansione, fino ad essere raccolte in un apposito codice delle misure di prevenzione e antimafia (d.lgs. 159/2011).

³¹ D. PULITANÒ, *Sicurezza e diritto penale*, cit., p. 562.

³² M. DONINI, *Diritto penale di lotta vs. diritto penale del nemico*, cit., pp. 152 ss. Nel volume cfr. R. WENIN, *La strumentalizzazione della logica “amico-nemico” nel rovesciamento del rapporto “eccezione (illiceità)-regola (liceità)”?*, par. 1.

³³ D. PULITANÒ, *Il problema del diritto penale del nemico, fra descrizione e ideologia*, cit., p. 240.

³⁴ M. DONINI, *Diritto penale di lotta vs. diritto penale del nemico*, cit., p. 173. Cfr. altresì R. BARTOLI, *Regola ed eccezione nel contrasto al terrorismo internazionale*, cit., p. 199. Nel presente volume, mettendo in luce le possibili conseguenze che un approccio bellico al fenomeno terroristico può produrre nel sistema giuridico, I. MARCHI, *Stato di eccezione e sovvertimento delle regole: alcune riflessioni sul sistema israeliano anti-terrorismo*, par. 4.2 si è soffermata sul delicato ruolo della Corte Suprema israeliana nel ripristino delle regole.

5. Conclusioni

Al di là delle singole soluzioni che gli interventi ci hanno proposto appare tuttavia ben chiaro come non si debba mai abbassare la guardia quando ci si allontana dalle regole per distinguere le forme illegittime di diritto penale (espressione di violenza) da quelle legittime, ma allo stesso tempo – se non si vuole sottovalutare il tema della sicurezza dei diritti – come non ci si debba neppure spaventare troppo quando si vanno a disciplinare delle risposte particolari (in questo senso, eccezionali) in presenza di situazioni emergenziali reali, di esigenze di tutela della sicurezza di beni giuridici fondamentali.

Esiste la possibilità di declinare il diritto penale liberale secondo le necessità concrete, differenziando le risposte ed intraprendendo anche la strada della prevenzione.

È necessario, però, verificare se l'emergenza è reale e non si tratta solo di rispondere ossessivamente con lo strumento penale ad un senso di insicurezza collettivo che deve, invece, essere prima di tutto combattuto con mezzi diversi dal diritto penale. Del resto – come è stato efficacemente affermato – «una società nella quale la sicurezza si converte nel valore fondamentale è una società paralizzata, incapace di assumere anche la minima possibilità di cambiamento e di progresso»³⁵.

Allo stesso tempo, è imprescindibile evitare che, con la prevalenza della politica della forza, si dia vita ad un sistema composto da regole giuridiche eccezionali ispirate ad una logica di guerra, con la sospensione dei diritti fondamentali e la prevalenza della finalità di neutralizzazione su quelle rieducative/inclusive³⁶. Se correttamente si sceglie di disciplinare le eccezioni che vogliono rispondere al carattere emergenziale di alcuni eventi, tra le leggi di eccezione bisogna distinguere, ancora una volta, quelle che fanno eccezione a dei principi inderogabili o,

³⁵ F. MUÑOZ CONDE, *Il nuovo diritto penale: considerazioni sul così detto diritto penale del nemico*, in M. DONINI, M. PAPA (a cura di), *Diritto penale del nemico*, cit., p. 136 (trad. it. di D. Costalunghi).

³⁶ M. DONINI, *Diritto penale di lotta vs. diritto penale del nemico*, cit., pp. 156 ss.

invece, solo a regole ordinarie, per evitare di lasciare carta bianca al potere politico³⁷.

È indispensabile individuare dei limiti invalicabili, che il giurista non può smettere di cercare e che devono essere colti nella sfera dei diritti che sono espressione della dignità che accomuna ogni individuo – cittadino o straniero, amico o nemico – assumendo quale punto fermo «la dignità umana come diritto inalienabile»³⁸. Se può essere vero che la libertà non può esistere senza la sicurezza dei diritti, è vero altresì che la sicurezza dei diritti può essere assicurata con il sacrificio delle libertà, ma il quadro di autoritarismo³⁹ in cui ciò avviene e che trae forza da una tale negazione non rappresenta certo – come l'esperienza insegna – una prospettiva auspicabile.

³⁷ M. DONINI, *Diritto penale di lotta vs. diritto penale del nemico*, cit., pp. 174 ss. L'Autore, in dialogo virtuale con il filosofo Ferrajoli, di cui critica l'estremismo, sottolinea come non si debba vedere in ogni eccezione un'eccezione ai principi costituzionali, come se dalla Costituzione potessimo derivare solo un unico codice penale ed un unico codice di procedura penale.

³⁸ K. AMBOS, *Il diritto penale del nemico*, cit., p. 61. Come precisa R. ORLANDI, *Delitto politico e diritto penale del nemico. Relazione introduttiva*, in A. GAMBERINI, R. ORLANDI (a cura di), *Delitto politico e diritto penale del nemico*, cit., p. 42 può forse riconoscersi “la debolezza se non addirittura l'ingenuità di una posizione che si esaurisca nel ribadire il valore della dignità umana come limite invalicabile all'intervento dello Stato, quando si teme che – senza quell'intervento – tutto sarebbe perduto. Ma c'è da temere altresì l'affermarsi di prassi preventive e punitive che oltre passino quel limite e che – affidate ad uomini soggetti a debolezze ed errori – finirebbero col minare le basi della convivenza democratica”.

³⁹ R. BARTOLI, *Regola ed eccezione nel contrasto al terrorismo internazionale*, cit., p. 175.

SEZIONE V

CONCLUSIONI GENERALI

ANTINOMIE GIURIDICHE, NORME DI CIVILTÀ E L'IDEOLOGIA DELL'ECCEZIONE

Gabriele Fornasari

L'incarico di redigere le conclusioni di un simposio scientifico può essere adempiuto in vari modi, talvolta – quelli usuali – noiosi sia per chi scrive che per chi legge, come nel caso della riproposizione dei contenuti delle singole relazioni condita con qualche osservazione più o meno acuta riguardo a ciascuna di esse; qui poi ci sarebbe l'aggravante del fatto che le relazioni sono molte e anche se un filo rosso le collega restano pur sempre abbastanza eterogenee, pertanto è bene che il *modus operandi* sia diverso.

D'altro canto, gli ottimi contributi di Antonio Cassatella, Cinzia Picocchi ed Elena Mattevi ripercorrono già egregiamente i temi legati all'eccezione affrontati nelle singole sessioni, segnalandone la coerenza interna e i più rilevanti nessi di significato.

Che resta da dire, dunque?

Mi prendo la libertà di fare qualche affermazione trasversale, che deduco in modo personalissimo dall'impronta generale del seminario, seguita poi da alcune riflessioni più specificamente inerenti il *coté* penalistico, che naturalmente è quello che mi è più familiare.

La prima affermazione è che il diritto vive di antinomie¹ e quindi forse una prima riflessione generale che si può proporre, logicamente antecedente a tutte quelle che portano alle tante distinzioni che si sono fatte, è quella fra una eccezione endo-ordinamentale e una extra-ordinamentale.

Il primo caso riguarda gli stati d'eccezione che l'ordinamento giuridico già prevede e regola al suo interno, sostanzialmente in tutti i suoi rami (un esempio sono certe cause di esclusione della colpevolezza pre-

¹ Sul punto, una lettura davvero consigliabile resta il libro di A. BARATTA, *Antinomie giuridiche e conflitti di coscienza*, Milano, 1963.

viste nei codici penali); qui l'ordinamento riconosce preventivamente i limiti di operatività di una regola, effettua un bilanciamento che ha di solito natura non logica ma assiologica ed accetta pertanto l'idea della compatibilità del *nomos* ideale con la sua disapplicazione in casi particolari.

Questi, ovviamente, non sono casi particolarmente problematici, non avendo il potere di mettere straordinariamente sotto stress regole e principi, salvo il fatto che si può essere legittimamente dissidenti rispetto al modo in cui l'ordinamento ha voluto bilanciare i valori in gioco.

Poi c'è il secondo caso, in cui l'eccezione è rappresentata da una situazione che, nelle ipotesi più estreme, può mettere a rischio lo stesso assetto dell'ordinamento – per quanto ci riguarda, potremmo dire: la tenuta della democrazia – e che d'altro canto può indurre (almeno alcuni *policy makers*) a fare pressione affinché l'ordinamento dia luogo a sua volta a risposte eccezionali, in genere non ancora contemplate e spesso in distonia rispetto a principi consolidati posti a presidio dell'assetto che si afferma di voler difendere².

Si instaura insomma un potenziale circolo vizioso tale per cui all'eccezione che rappresenta una patologia rispetto al normale andamento dell'oggetto delle regole e che dunque chiede una reazione che esca dalla fisiologia si propone di rispondere con misure che sospendono la normalità che si vuole difendere: davanti ad un attacco alla democrazia, si adotta la ricetta di una riduzione, se non addirittura abrogazione, della democrazia, sul presupposto, reale o presunto, che in tal modo possa risultare più efficace la dura lotta contro i nemici della democrazia.

Su questo punto, da qualche secolo a questa parte, la letteratura (filosofica, politologica, giuridica) è sterminata e si confronta soprattutto sull'opportunità o sui limiti dell'opportunità di questo tipo di scelta, giocando cioè il discorso sulla prospettiva – potremmo dire – a valle, ovvero su *come comportarsi sul piano delle scelte di valore al momento dell'emergenza*, mentre forse un po' meno indagata è la questione a monte, ovvero chi detiene il potere di dichiarare presente la situazione di emergenza che giustifica l'eccezione.

² Un sintetico ma interessante profilo storico si trova nel saggio di G. AGAMBEN, *Stato di eccezione*, Torino, rist. 2008 (ed. orig. 2003), pp. 9 ss.

Nell'ambito del nostro diritto penale, questo nodo è assolutamente centrale ormai da oltre trent'anni, cioè almeno a far data dall'emergenza terrorismo della fine degli anni settanta, seguita poi dall'emergenza mafia, dall'emergenza criminalità organizzata, dall'emergenza immigrazione, tutta una serie di contingenze che hanno condizionato la legislazione nel senso di abbassare ogni volta il livello delle garanzie processuali e di affievolire la forza dei principi cardine della legalità e della colpevolezza.

Non mi è possibile affrontare in profondità la questione³, ma posso limitarmi a segnalarne il punto più rilevante, ovvero che chi si è preso la responsabilità di dichiarare l'emergenza e la conseguente necessità di farvi fronte con disposizioni eccezionali spesso si è ben guardato dal verificare se misure diverse, di natura politica o socio-economica, fossero maggiormente idonee ad affrontare la situazione, anche alla luce del formidabile e deleterio effetto nomotrofico causato dalla conseguente bulimia normativa⁴.

In alcuni casi, poi, quello che emerge con evidenza è l'opacità della fase decisionale, affidata a procedure totalmente carenti sul piano della democrazia, come è avvenuto negli Stati Uniti dopo l'11 settembre 2001⁵.

Un altro aspetto che vorrei sottolineare, nel quadro del discorso sulla strumentalizzazione di situazioni eccezionali, sono i rigurgiti di inciviltà – non solo giuridica – a cui talvolta esse danno luogo, sia negli scritti

³ Posso però fare rinvio ad un classico in materia, ovvero il volume di S. MOCCIA, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, Napoli, 1995, non più recentissimo ma ancora attuale.

⁴ A margine di questa discussione, niente più di un cenno può essere fatto alla pur relevantissima questione della rappresentazione mediatica straordinariamente sovrapposta dell'emergenza, fattore spesso tanto fuorviante quanto decisivo nella predisposizione e nella giustificazione di misure eccezionali, specie quando si enfatizza il bisogno di sicurezza.

⁵ Meccanismo molto criticato nell'ambito della cultura giuridica europea (si veda un ottimo esempio in J.A.E. VERVAELE, *La legislazione anti-terrorismo negli Stati Uniti: Inter arma silent leges?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, pp. 739 ss.), ma difeso e teorizzato compiutamente da chi lo ha utilizzato: si veda J. YOO, *The Powers of War and Peace. The Constitution and Foreign Affairs after 9/11*, University of Chicago Press, 2005.

di qualche pensatore sia, ben più pericolosamente, nella prassi di qualche potere esecutivo, se non addirittura di qualche legislatore.

Viene immediato, al riguardo, il riferimento all'uso della tortura.

Condannata senza appello duecentocinquanta anni fa da Cesare Beccaria e già prima di lui – magari senza la stessa organicità ed efficacia – da Christian Thomasius e risalendo indietro da Montaigne, Sant'Agostino e Seneca; abolita già dai più illuminati sovrani del Settecento, come Maria Teresa d'Austria e Federico II di Prussia e poi da tutti gli stati liberali dell'occidente; fatta oggetto di espressi ed inderogabili divieti nelle più importanti costituzioni e in una quantità di vincolanti strumenti internazionali, additata come una vergogna morale dalle associazioni miranti alla tutela dei diritti umani, la tortura ha trovato di recente nuova ed inaspettata legittimazione grazie all'ideologia dell'eccezione⁶.

Così, nel pensiero di alcuni giuristi e nell'azione di alcuni governi, recenti e ben note drammatiche vicende costituiscono l'occasione per ridare dignità ad argomentazioni che si pensava seppellite nel cimitero dei ruderi di una inciviltà ormai superata.

Si riscopre l'utilitarismo benthamiano secondo cui, in fondo, torturare una persona, per di più magari sospettata seriamente di terrorismo, per conseguire l'obiettivo di salvarne molte altre in una situazione caratterizzata dall'esistenza di una *ticking bomb*, ovvero di un pericolo imminente che può essere sventato solo con questo mezzo, è perfettamente ammissibile⁷.

⁶ Per un approfondimento al riguardo, rinvio al mio lavoro, *La tortura nel libro "Dei delitti e delle pene"*; spunti per la costruzione di un contesto nella storia e nell'attualità, di prossima pubblicazione in *Diritto penale XXI secolo*, fasc. 2/2014.

⁷ Pur essendo un grande ammiratore di Beccaria, Jeremy Bentham la pensava così, fedele fino all'estremo al suo credo utilitaristico; si vedano J. BENTHAM, *Of Torture* (1777), University College London Library, Bentham Papers, box 46, sheet 60, e ID., *Means of extraction for extraordinary occasions* (1804), University College London Library, Bentham Papers, box 74b, sheets 428-30.

Tra gli epigoni moderni, difensori della legittimazione della tortura in casi eccezionali, possono annoverarsi A.M. DERSHOWITZ, *Why Terrorism works. Understanding the Threat, Responding to the Challenge*, Yale, 2002; N. LUHMANN, *Gibt es in unserer Gesellschaft noch unverzichtbare Normen?*, Heidelberg, 1993; W. BRUGGER, *Vom unbedingten Verbot der Folter zum bedingten Recht auf Folter?*, in *JZ*, 2000, 165 ss.

Questo neo-giustificazionismo non si cura del fatto che in tal modo si pone sul piatto del bilanciamento un bene, la dignità umana, che per sua natura non può essere oggetto di bilanciamento; si dà per scontato che il torturato dirà la verità, mentre l'esperienza insegna che dirà ciò che il torturatore vuol sentirsi dire; si dà per scontato, quando si tratta di un imputato, che il torturato sia colpevole (così la giustificazione morale è più facile), mentre invece per Costituzione non lo è; si ipotizza un calcolo utilitaristico che vale solo sulla carta, come esercizio razionale, ma la cui fredda consequenzialità può essere messa a dura prova nella realtà effettiva delle cose, come dimostrano i classici esercizi filosofici che vengono proposti per affrontare il dilemma etico del male minore⁸.

Riguardo al diritto penale, forse vale ancora la pena ricordarne un fondamento moderno che interseca il discorso sull'eccezione.

L'Illuminismo, con Beccaria e con la cerchia di intellettuali europei che prima ne prepararono l'opera e poi la condivisero e la diffusero, ci richiama con forza alla necessità di attribuire centralità alla libertà dell'uomo; il diritto penale, con la sua invasività e con il suo sistema di sanzioni, viola la libertà, dunque la sua stessa esistenza è eccezione, per quanto giustificata dal patto sociale; di qui il monito del principio di *extrema ratio*, che non è un esercizio intellettuale ma una premessa indispensabile perché l'esercizio della libertà sia limitato con il mezzo di

⁸ Di fronte al quesito, se sia preferibile, essendocene la possibilità, deviare un carrello ferroviario in corsa fuori controllo che sta per investire cinque persone legate al binario, su un altro binario in cui è legata una sola persona, quasi tutti gli intervistati rispondono di sì, ma se poi vengono rinchiusi in una stanza in cui viene effettuata una simulazione in 3D molto credibile, con tanto di rumori di sottofondo, quasi nessuna delle stesse persone ha il coraggio di attivare la leva che fa deviare il corso del carrello, assumendosi in tal modo la responsabilità di causare la morte di una persona che il destino aveva deciso di risparmiare; del resto, se si seguisse fino in fondo con coerenza il principio benthamiano della massima felicità per il maggior numero, se un giovane sano si reca al pronto soccorso per farsi medicare una ferita superficiale, in un ospedale in cui in quel momento ci sono cinque persone che stanno per morire perché mancano gli organi necessari per realizzare un trapianto, e viene scoperto che nel suo corpo ci sono tutti gli organi, sani e compatibili, che una volta trapiantati garantirebbero la prosecuzione della vita di quelle persone, si potrebbe serenamente togliere la vita a quel giovane in omaggio alla necessità di salvare più persone? Questi e molti altri tradizionali esempi sono discussi da D. EDMONDS, *Uccideresti l'uomo grasso? Il dilemma etico del male minore*, Milano, 2014.

misure coercitive solo quando un grave danno sociale è minacciato da una determinata condotta⁹.

Una lezione importante, che tende ad essere dimenticata, ma che è bene riaffermare per ridare un senso ad equilibri che interventi eccezionali in un contesto normativo già eccezionale, se non sufficientemente meditati, rischiano di alterare a vantaggio di inaccettabili derive autoritarie.

⁹ Rinvio anche in questo caso a un classico, ovvero F. BRICOLA, *Carattere «sussidiario» del diritto penale e oggetto della tutela*, in *Studi in memoria di Giacomo Delitala*, I, Milano, 1984, 99 ss.

ECCEZIONE E REGOLA: DEFINIZIONI, FISILOGIE E PATOLOGIE, RESPONSABILITÀ

Carlo Casonato

1. Vorrei in questa sede proporre tre chiavi di lettura del fenomeno oggetto di analisi. Lo farò adottando un metodo induttivo: partendo da alcuni casi paradigmatici presi dall'esperienza di un costituzional-comparatista che si occupa dei diritti fondamentali e delle intersezioni fra questi e le scienze della vita, cercherò di tracciare alcune linee di riflessione di carattere più generale.

In primo luogo, vorrei riprendere quel «forte imbarazzo», a cui si è più volte fatto riferimento, che sorge in chi si avventuri nell'opera di definizione del concetto di eccezione, così come, del resto, di quello di regola¹.

In termini generali, il fenomeno giuridico contemporaneo pare segnato in profondità dalla perdita delle certezze definitorie. Da un lato, tale smarrimento è dovuto al fatto che la naturale evoluzione del contesto sociale porta con sé, particolarmente in determinati settori del vivere collettivo, la necessità di ripensare e aggiornare una regolamentazione superata, in modo che essa, in forme e contenuti rinnovati, torni a dimostrarsi efficace nel perseguire i propri obiettivi. Il diritto, fenomeno sociale esso stesso, vive e si modifica nel tempo anche grazie a precisazioni o a veri e propri mutamenti delle discipline e delle definizioni su cui basa le sue regole.

D'altro canto, le difficoltà definitorie originano talvolta da ragioni più profonde, derivanti non tanto dal mutamento della sensibilità sociale, ma dalla trasformazione o dalla novità dello stesso fatto o oggetto da disciplinare. La normativa italiana degli anni '80 in tema di prevenzio-

¹ *Supra*, fra gli altri, A. CASSATELLA, *Eccezione "nel" diritto, sistema, indeterminazione*.

ne e repressione del terrorismo, citata in tanti contributi della presente opera, costituisce un esempio di legislazione d'emergenza che si era trovata ad affrontare un fenomeno nuovo. E avremo modo di verificare se la nuova e diversa ondata di terrorismo che sta colpendo alcuni paesi del c.d. occidente genererà altrettanto diversificate politiche e legislazioni emergenziali.

In ambito scientifico, in maniera ancora più evidente, il diritto si trova a dover definire, ancor prima di disciplinare, oggetti sempre nuovi. Le possibilità aperte dalla procreazione medicalmente assistita, così, hanno imposto ai diversi ordinamenti di adottare una disciplina per tecniche che in precedenza semplicemente non esistevano. E per avvicinarsi a vicende più recenti, la Corte di giustizia si è trovata a precisare la definizione di embrione umano ai sensi della direttiva sulla brevettabilità, prima ammettendo (causa C-34/10, *Oliver Brüstle v. Greenpeace e altri* del 18 ottobre 2011) e poi escludendo (causa C-364/13, *International Stem Cell Corporation v. Comptroller General of Patents, Designs and Trade Marks* del 18 dicembre 2014) che il partenote (il prodotto della partenogenesi, cioè l'attivazione di un ovocita in assenza di spermatozoi attraverso un insieme di stimoli chimici ed elettrici) potesse qualificarsi "embrione umano".

Riconducendo queste considerazioni al tema qui oggetto di attenzione, possiamo quindi affermare che non costituiscono una rarità, una "eccezione" potremmo dire, gli imbarazzi e le difficoltà di ordine definitorio legate alla individuazione del concetto di eccezione.

A seconda dei settori oggetto di analisi, ma soprattutto sulla base delle diverse sensibilità sottese all'interpretazione del fenomeno, si è così parlato di: eccezioni proprie e improprie; di eccezioni intese in senso ampio; di pseudo-eccezioni; di eccezioni eccezionali, formula che non può non evocare anche le eccezioni ordinarie. E in termini più comprensivi, si sono richiamate le distinzioni e le assonanze con le nozioni di rottura, di deroga o di valvola di apertura, giungendo a individuare la *ratio* dell'eccezione negli esiti della tecnica del bilanciamento degli interessi e più in generale nella selezione delle alternative possibili.

Auspicando il mantenimento di una serie di criteri distintivi, seppur rinnovati e di carattere perlomeno tendenziale, l'estesa pluralità di si-

gnificati ricondotti alla eccezione si collega anche alla necessaria flessibilità, e quindi alla inevitabile incertezza, che caratterizzano il diritto, non solo da oggi. L'illusione positivista e codicistica della assoluta certezza del diritto, con i corollari dell'accentramento e dell'esclusività della fonte legislativa e del ruolo meramente dichiarativo e sillogistico del giudiziario², si è da tempo rivelata per quello che è, indicando allo stesso tempo che se una tendenziale chiarezza ed unitarietà del diritto è possibile, lo è come risultato (a valle), non certo come punto di partenza (a monte), di un processo costituzionalmente orientato che prende le mosse dalla legge per poi completarsi con l'interpretazione giurisprudenziale e con l'applicazione da parte dell'operatore giuridico.

2. In questi termini, e passo al secondo dei profili che intendo qui affrontare, è possibile trattare di eccezioni pensate e volute, forse necessarie in riferimento al raggiungimento di obiettivi complessivi, e di eccezioni non pensate né volute, ma impostesi "per via di fatto" a motivo del ritardo o dell'incapacità di aggiornare una normativa e di renderla efficace in riferimento a nuovi fenomeni. In ogni caso, queste eccezioni si possono ricondurre all'impegno dell'operatore del diritto a ricondurre a sistema la disciplina del caso concreto: sono – si potrebbe dire – le eccezioni che confermano la regola.

A fronte di queste, però, esistono eccezioni che contraddicono sia la regola che il sistema, giungendo a porre le basi non di un'attuazione più attenta e mirata degli obiettivi prefissati, ma di una negazione dell'ordinamento in quanto tale. In questa eventualità, le eccezioni non salvano, ma tradiscono il sistema, riconducendosi ad un utilizzo patologico della dialettica regola-eccezione. Ecco quindi, in termini molto banali, le eccezioni "buone" e le eccezioni "cattive": quelle che possono essere considerate ragionevoli, coerenti con i principi costituzionali e, anzi, da essi imposte a fronte di quelle irragionevoli che minano alla base lo stesso sistema costituzionale, rischiando di trasfigurare l'ordinamento in quello che potremo definire un "dis-ordinamento".

² Cfr. il classico F. LOPEZ DE OÑATE, *La certezza del diritto*, Milano, 1968.

In quest'ottica, riferendosi al più classico degli esempi tratti dal sistema delle fonti, il decreto-legge, è configurato in Costituzione come "eccezione che conferma la regola", la quale, fra l'altro, va ripristinata in tempi brevi; l'abuso del suo utilizzo e la sua reiterazione, viceversa, giungono ad "oscurare principi costituzionali di rilevanza primaria", "alterando i caratteri della stessa forma di governo" (Corte cost., sent. n. 360 del 1996). E non sono bastati gli ammonimenti da parte della Corte costituzionale nel 1995, nel 1996, nel 2007 per evitare che gli ultimi tre governi procedessero ad un ritmo di due decreti-legge al mese.

Il voto di fiducia, per fare un altro esempio, non è certamente stato pensato nel 1947 come "strumento legislativo ordinario", benché esso sia oggetto di un utilizzo ormai costante, e la prassi recente veda un voto di fiducia richiesto ogni dieci giorni, al fine di approvare più del 50% del totale delle leggi.

Questi esempi, in cui in realtà l'eccezione cessa di essere tale, possono essere valutati in modo difforme e contrastante solo sulla base di prospettive per così dire "Constitution-blind". Da essi, tuttavia, non si può trarre la conclusione che la provvisorietà o la frequenza nell'utilizzo dell'eccezione siano indici sempre sufficienti e decisivi per qualificarla in termini fisiologici o patologici. I criteri avanzati per ragionare sulla bontà o sulla sconvenienza dell'eccezione e sul suo utilizzo sono, ovviamente, largamente variabili e soggettivi, dipendendo anche dalla prospettiva adottata, dalla situazione contingente e dagli obiettivi prefissati. In questa sede, quindi, si possono solo proporre alcuni indicatori che possono orientare nella configurazione dell'eccezione come risorsa o come rischio.

Talvolta – abbiamo visto – l'eccezione conduce a confermare validità e legittimazione al sistema. Attraverso di essa, il diritto si mantiene coerente di fronte a esigenze di mutamento, utilizzando l'eccezione in termini contenuti, come reazione motivata, talvolta imposta, di carattere marginale e straordinario, nell'accezione etimologica del termine. L'utilizzo dell'istituto qui in analisi svela così una opportuna attenzione da parte del fenomeno giuridico alla concretezza e specificità dei casi; concretezza e specificità che inducono a superare un rigore che se con-

siderato in termini generali e astratti condurrebbe al paradosso identificabile nella *summa iniuria* del broccardo latino.

La giurisprudenza costituzionale, in quest'ottica, ha riconosciuto la dimensione sostanziale del principio di eguaglianza come correlato necessario alla mera eguaglianza formale. E il fatto che il capoverso dell'art. 3 Cost. possa essere considerato come una continuazione logica, e non una contraddizione, rispetto al primo comma dimostra come in tanti casi l'eccezione sia necessaria a confermare la regola.

Un altro strumento utilizzato dalla Corte costituzionale, nella stessa ottica, consiste nella delega di bilanciamento: tecnica che permette di dichiarare incostituzionale la disposizione impugnata non perché sia viziata in sé, considerata in termini generali e astratti, ma perché la sua "durezza" diventa irragionevole di fronte alle necessità della logica costituzionale. È la stessa ragione operativa della Carta che quindi «libera il soggetto dell'applicazione del diritto ... dallo stretto rispetto della lettera della legge, dilatando simmetricamente il potere di apprezzamento che a tale soggetto spetta»³.

Un altro ambito in cui il diritto si trova tipicamente a doversi rimodellare di fronte a circostanze eccezionali è rappresentato dal rapporto fra scienza e diritto. Le scienze della vita, in particolare, impongono che le regole giuridiche che se ne occupano si mostrino massimamente attente alle caratteristiche dell'oggetto da disciplinare. Tali caratteristiche possono essere riassunte nella estrema mutevolezza e mobilità (per cui gran parte delle scoperte e innovazioni sono destinate ad essere precisate e spesso superate con il passare del tempo), nella capacità di evocare significati morali e antropologici profondi e densi di significato (nel momento in cui ad esempio si tratta dello statuto giuridico dell'embrione o del fine-vita), nell'importanza delle specifiche peculiarità che contraddistinguono ogni singolo caso rispetto ad un altro (per cui anche un solo dettaglio potrebbe "fare la differenza"). Tali elementi distintivi evocano un diritto che difficilmente riesce a muoversi secondo le consuete fonti generali e astratte e che rende il rapporto regola-eccezione ancor più sfumato. La necessaria attenzione ai diritti fondamentali ed ai

³ R. BIN, *Ragionevolezza e divisione dei poteri*, in AA.VV., *Corte costituzionale e principio di eguaglianza*, Padova, 2002, p. 159. In generale, ID., *Diritti e argomenti*, Milano, 1992, p. 120.

concreti interessi delle persone, in società sempre più pluraliste, impedisce l'adozione di discipline massimaliste e impone un diritto che sappia combinare indispensabili dosi di flessibilità con altrettanto doverose logiche di garanzia. In tanti casi riconducibili al biodiritto, insomma, la persona viene a superare la regola (la centralità della prima viene a superare la rigidità della seconda).

Tale dinamica non è certo una novità contemporanea e nemmeno recente. Da sempre, le concrete e nuove esigenze individuali hanno forzato il diritto, le sue categorie e le sue costruzioni logiche, al fine di vedere riconosciuti diritti e rimedi più aggiornati ed avanzati.

Solo per fare un esempio, può citarsi l'emersione dell'*equity* nel diritto anglosassone del XIII secolo come risposta all'irrigidimento del contenuto e del numero dei rimedi di *common law* testimoniato dall'inserimento dei *writs* nelle *Provisions of Oxford* del 1258. La richiesta di un intervento slegato dal *common law* da parte del Lord Chancellor portò allo sviluppo di una *Court of Conscience* che venne a regolare secondo equità ed alla luce delle rispettive specificità i casi proposti; casi che le nuove realtà e le nuove esigenze presentavano con sempre maggior frequenza e che non trovavano una soluzione soddisfacente sulla base di una procedura divenuta troppo rigida. A fronte di nuovi *equitable interests*, così, si attivò una particolare sede di risoluzione delle controversie abilitata a dare decisioni in via di eccezione e, nel tempo, in grado di far divenire regola (l'*equity* appunto) la precedente eccezione.

Senza sottovalutare le enormi distanze fra i due fenomeni, può registrarsi nel biodiritto contemporaneo qualcosa di simile: l'affioramento di una fonte materiale (che potremmo definire *bio-equity*) che anche attraverso l'utilizzo dello strumento dell'eccezione tenta di rimediare alla rigidità ed alla percepita ingiustizia del formante legislativo attraverso il riferimento alla dimensione equitativa.

In questo senso, se è opportuno riferire l'eccezione alla regola non è altrettanto appropriato riferire l'eccezione al principio. Ancora una volta, anzi, quello che pare un'eccezione non è altro che l'applicazione di un principio generale che per sua natura va concretizzato e declinato diversamente a seconda delle diverse caratteristiche dei casi. L'ambito del biodiritto, in questo senso, presenta spessissimo situazioni soggettive di particolarità (debolezza, vulnerabilità, scarsa capacità personale)

che richiedono un'applicazione "su misura" (*narrowly tailored*) del principio costituzionale, ad esempio, personalista. Si tratta – come scritto in altra sede – di «condurre lo sguardo alla persona secondo una impostazione che ne travalica la mera rappresentazione astratta di caratteristiche formali, per ricondurla al riconoscimento di un fascio di qualità ed esperienze concrete e ogni volta diverse, di un insieme non sempre coerente di interessi e aspettative, di ambiti di autonomia e di responsabilità, di diritti e di doveri. Tale profilo, nel momento in cui ricorda al diritto il destinatario ultimo dei suoi principi e della sua pratica, pone [come testimoniato da molti degli interventi qui raccolti] anche una serie di problemi non banali»⁴; fra cui – come già ripreso e come riprenderò in conclusione – la collocazione ed il ruolo del giudice, in particolare, in ordinamenti riconducibili alla famiglia di *civil law*.

Se questa è la prospettiva virtuosa, in qualche modo irenica, dell'eccezione, la citazione dei problemi da ultimo segnalati richiama anche un uso patologico della stessa.

Talvolta l'eccezione conduce non all'integrazione, all'applicazione modulata e quindi all'inveramento dei principi in prospettiva ordinamentale, ma alla loro contraddizione ed allo snaturamento del sistema. L'eccezione, tipicamente, porta in questo senso all'oscuramento della separazione dei poteri (si pensi all'esempio dell'abuso della decretazione d'urgenza) e alla violazione dei diritti fondamentali, a partire dall'*habeas corpus* (ricordato, ad esempio a proposito dell'utilizzo dell'istituto in ambito di lotta al terrorismo). E l'eccezione si dimostra in questo caso tale sia in riferimento alla regola che ai principi.

I riferimenti a questa dimensione abusiva dell'eccezione sono stati molti nei contributi qui raccolti, e i più estremi sono parsi caratterizzati dall'intenzione da parte del "manovratore" di avere le mani libere e di utilizzare lo strumento giuridico come alibi per esercitare il proprio potere al di fuori delle garanzie previste.

Ma anche se sostenute in perfetta buona fede e con ragioni condivisibili, alcune posizioni riconducibili all'eccezionalismo sono state for-

⁴ Si perdoni la citazione a C. CASONATO, *Conclusioni*, in AA.VV., *Il biodiritto e i suoi confini: definizioni, dialoghi, interazioni*, 2014, p. 539, e-book liberamente scaricabile al sito <http://www.biodiritto.org/index.php/item/471-il-biodiritto-e-i-suoi-confini-definizioni-dialoghi-interazioni>.

temente criticate. Si pensi al riguardo, per fare un esempio tratto ancora dal biodiritto, al *genetic exceptionalism*; impostazione che porta ad isolare la discriminazione genetica da ogni altro tipo di discriminazione ed a predisporre per essa una disciplina dai tratti del tutto peculiari e specifici. E in termini generali sarebbe certamente non sostenibile, né in *civil law* né in *common law*, un approccio estremo in cui ogni fenomeno venisse giuridicamente considerato a sé stante.

In tutt'altro contesto, riferendosi alla lotta al terrorismo italiano degli anni '80 del secolo scorso, si è evocata anche in questa sede la sentenza della Corte costituzionale n. 15 del 1982 con cui si è rigettata la questione di legittimità costituzionale relativa alla c.d. legge Cossiga (n. 15 del 1980) con cui, fra l'altro, si aumentava fino a dieci anni e otto mesi il periodo massimo dell'allora vigente misura della custodia preventiva. Quanto pare criticabile, in una logica tutta interna alla decisione, consiste nell'aver adottato una sentenza di rigetto accompagnata da un monito relativo alla necessaria transitorietà della misura eccezionale. La Corte, infatti, lega la ragionevolezza di un aumento di tale consistenza della misura cautelare alla provvisorietà dei suoi effetti: anche in un ordinamento che versa in uno stato eccezionale di pericolo eversivo – cito – «si deve, tuttavia, convenire che l'emergenza, nella sua accezione più propria, è una condizione certamente anomala e grave, ma anche essenzialmente temporanea. Ne consegue che essa legittima, sì, misure insolite, ma che queste perdono legittimità, se ingiustificatamente protratte nel tempo». Se questo è vero, e se quindi la gravità della misura eccezionale dipende (anche) dalla sua “essenziale temporaneità”, ci si può chiedere come uno strumento preventivo che è destinato a allungare i propri effetti fino a dieci anni e otto mesi possa essere ragionevolmente considerato misura transitoria.

Sulla base di tali esempi, fra i moltissimi che si potrebbero citare, pare evidente come i criteri per indicare con sicurezza il confine fra fisiologia e patologia, fra uso e abuso dell'eccezione non siano facilmente individuabili né condivisibili. La risposta alle domande “How much is enough” e “How much is too much” dipende, come quasi sempre, da criteri personali, e da prospettive e obiettivi spesso del tutto soggettivi.

3. D'altro canto, e giungo al terzo ed ultimo ordine di considerazioni che volevo qui proporre, è bene non essere talmente ingenui da pensare che la logica di sistema sottesa alla codificazione, e in buona approssimazione agli ordinamenti appartenenti alla famiglia di *civil law*, sia sufficiente ad assicurare quel tendenziale principio di certezza e prevedibilità del diritto su cui pure ci siamo formati, e su cui formiamo tuttora i nostri studenti, e che già mostra qualche punto di attrito con gli stessi assunti dello stato costituzionale di diritto⁵. Proprio la ricchezza del dibattito ripercorso in questo volume dimostra come la ricerca del, e la riflessione sul, rapporto regola-eccezione debbano essere considerate questioni di tutto rilievo.

Riconoscersi in tale impostazione giuridico-culturale dipende certamente da una serie di presupposti, primo fra i quali – forse – la famiglia giuridica di appartenenza. Raccogliendo nel libro *The Common Law* le lezioni impartite fra il 1880 e l'anno seguente al *Lowell Institute* di Boston, Oliver Wendel Holmes poteva scrivere senza eccessivi grattacapi le sue ormai celebri note secondo cui «The life of the law has not been logic: it has been experience. The felt necessities of the time, the prevalent moral and political theories, intuitions of public policy, avowed or unconscious, even the prejudices which judges share with their fellow-men, have had a good deal more to do than the syllogism in determining the rules by which men should be governed».

La rilevanza di porsi in una logica di sistema in cui possa riconoscersi una regola tendenzialmente stabile, accanto all'eccezione, dipende inoltre dall'ambito e dal ramo del diritto che si coltiva: certezza e prevedibilità possono così assumere un profilo più netto nel diritto penale, ad esempio, rispetto a quanto le diverse colorazioni del principio di eguaglianza impongano al diritto costituzionale.

In ogni caso, se è possibile qualificare l'ordinamento in termini di unità e completezza – si è detto – lo si può fare in quanto esso sia il risultato, e non il punto di partenza, del processo interpretativo. Adattando le riflessioni svolte in riferimento alla Costituzione come processo, la pure tendenziale coerenza di un ordinamento che possa dirsi tale non

⁵ Su cui, da ultimo, M. LUCIANI, *L'eclissi della certezza de diritto*, in *Liberio Osservatorio del diritto*, gennaio/marzo 2015 (consultato il 4 febbraio 2015).

è riconducibile alla sua visione statica, ma al gioco dinamico delle sue componenti che portano la disposizione generale e astratta a diventare norma concreta e operativa. In quest'ottica, in cui l'osservatore/interprete non è separato dall'osservato ma anzi contribuisce a definirne contenuto e contorni (secondo una suggestione riconducibile alla meccanica quantistica)⁶, emerge come fondamentale che gli operatori del diritto, i giudici in particolare, siano consapevoli del proprio ruolo e siano formati e messi nelle condizioni di esercitarlo con la responsabilità e trasparenza necessarie.

Quanto si può fare da parte accademica, allora, consiste nel puntare su una formazione che sappia preparare il giurista ad affrontare il fenomeno giuridico nella sua complessa e dinamica realtà. Pare necessario, sicuramene in Italia, svelare l'artificiosità di letture statiche, astratte e in definitiva falsamente chiare, e trasmettere strumenti di lettura e di comprensione che siano attenti alla forte caratterizzazione e mobilità delle situazioni da regolare senza trascendere in esercizi di arbitrio privi di trasparenza, forza argomentativa e orientamento costituzionale.

Occasioni come il dibattito i cui esiti sono raccolti in questo volume rappresentano quindi opportunità preziose anche in termini di confronto e di formazione: la tendenziale certezza e prevedibilità del diritto, al pari della progressione del principio di uguaglianza, non si perseguono con la finzione di regole "senza se e senza ma", sempre generali e astratte, ma attraverso la preparazione, la competenza e la sensibilità degli operatori del diritto.

⁶ R. BIN, *A discrezione del giudice. Ordine e disordine, una prospettiva quantistica*, Milano, 2013.

NOTIZIE SUGLI AUTORI

Marianna Biral, Dottoranda in Studi giuridici comparati ed europei, Università degli Studi di Trento.

Sergio Bonini, Professore aggregato di diritto penale presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Trento.

Lucia Busatta, Dottoressa di ricerca in Studi giuridici comparati ed europei, Università degli Studi di Trento. Assegnista di ricerca presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Trento.

Eugenio Caliceti, Dottore di ricerca in Studi giuridici comparati ed europei, Università degli Studi di Trento.

Carlo Casonato, Professore ordinario di diritto costituzionale comparato presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Trento. Componente del Comitato Nazionale per la Bioetica.

Antonio Cassatella, Professore aggregato di diritto amministrativo presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Trento.

Ilaria Anna Colussi, Dottoressa di ricerca in Studi Giuridici comparati ed europei, Università degli Studi di Trento. BeIPD-COFUND Post-Doc Fellow, Facoltà di Giurisprudenza e Scienze Politiche, Università di Liège (ULg), Belgio.

Fulvio Cortese, Professore associato di diritto amministrativo presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Trento.

Lorenzo Cristanelli, Dottore di ricerca in Studi giuridici comparati ed europei, Università degli Studi di Trento.

Michele Di Bari, Dottore di ricerca in Studi internazionali, Università degli Studi di Trento. Assegnista di ricerca presso il Dipartimento di Scienze Politiche, Giuridiche e Studi internazionali dell'Università degli Studi di Padova.

Gabriele Fornasari, Professore ordinario di diritto penale presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Trento.

Ilaria Marchi, Dottoressa di ricerca in Studi giuridici comparati ed europei, Università degli Studi di Trento.

Elena Mattevi, Dottoressa di ricerca in Studi giuridici comparati ed europei, Università degli Studi di Trento. Assegnista di ricerca e professoressa a contratto di diritto penale presso l'Università degli Studi di Trento.

Lorenzo Pasculli, Dottore di ricerca in Studi giuridici comparati ed europei, Università degli Studi di Trento. Professore a contratto di Elementi di Diritto presso il Dipartimento di Scienze Biomediche dell'Università degli Studi di Padova.

Gracy Pelacani, Dottoranda in Studi giuridici comparati ed europei, Università degli Studi di Trento.

Lorenzo Pelle, Dottorando in Studi giuridici comparati ed europei, Università degli Studi di Trento.

Simone Penasa, Dottore di ricerca in Studi giuridici comparati ed europei, Università degli Studi di Trento. Assegnista di ricerca presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Trento.

Cinzia Piciocchi, Professoressa associata di diritto costituzionale comparato presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Trento.

Marta Tomasi, Dottoressa di ricerca in Studi giuridici comparati ed europei, Università degli Studi di Trento. Assegnista di ricerca presso lo European Centre for Law, Science and New Technologies, Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Pavia.

Serena Tomasi, Dottoressa di ricerca in Studi giuridici comparati ed europei, Università degli Studi di Trento. Assegnista di ricerca presso la Scuola di Studi internazionali dell'Università degli Studi di Trento.

Roberto Wenin, Dottore di ricerca in Studi giuridici comparati ed europei, Università degli Studi di Trento. Assegnista di ricerca presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Trento.

COLLANA
‘QUADERNI DELLA FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA’

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TRENTO

1. *L'applicazione delle regole di concorrenza in Italia e nell'Unione europea. Atti del IV Convegno Antitrust tenutosi presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Trento* - (a cura di) GIAN ANTONIO BENACCHIO, MICHELE CARPAGNANO (2014)

2. *Dallo status di cittadino ai diritti di cittadinanza* - (a cura di) FULVIO CORTESE, GIANNI SANTUCCI, ANNA SIMONATI (2014)

3. *Il riconoscimento dei diritti storici negli ordinamenti costituzionali* - (a cura di) MATTEO COSULICH, GIANCARLO ROLLA (2014)

4. *Il diritto del lavoro tra decentramento e ricentralizzazione. Il modello trentino nello spazio giuridico europeo* - (a cura di) ALBERTO MATTEI (2014)

5. *European Criminal Justice in the Post-Lisbon Area of Freedom, Security and Justice* - JOHN A.E. VERVAELE, with a prologue by Gabriele Fornasari and Daria Sartori (Eds.) (2014)

6. *I beni comuni digitali. Valorizzazione delle informazioni pubbliche in Trentino* - (a cura di) ANDREA PRADI, ANDREA ROSSATO (2014)

7. *Diplomatici in azione. Aspetti giuridici e politici della prassi diplomatica nel mondo contemporaneo* - (a cura di) STEFANO BALDI, GIUSEPPE NESI (2015)

8. *Il coordinamento dei meccanismi di stabilità finanziaria nelle Regioni a Statuto speciale* - (a cura di) ROBERTO TONIATTI, FLAVIO GUELLA (2014)

9. *Reti di libertà. Wireless Community Networks: un'analisi interdisciplinare* - (a cura di) ROBERTO CASO, FEDERICA GIOVANELLA (2015)

10. *Studies on Argumentation and Legal Philosophy. Further Steps Towards a Pluralistic Approach* - (Ed. by) MAURIZIO MANZIN, FEDERICO PUPPO, SERENA TOMASI (2015)

11. *L'eccezione nel diritto. Atti della giornata di studio (Trento, 31 ottobre 2013)* - (a cura di) SERGIO BONINI, LUCIA BUSATTA, ILARIA MARCHI (2015)