



2

Diritti, principi e garanzie sotto la lente dei giudici di Strasburgo



Università degli
Studi di Perugia
Dipartimento di
Diritto Pubblico

Studi e Ricerche 2

Diritti, principi e garanzie sotto la lente dei giudici di Strasburgo

a cura di

Luisa Cassetti

ISBN



9 788824 321181



 Jovene editore 2012

€ 42,00

VOLUMI PUBBLICATI

1. G. REPETTO, *Argomenti comparativi e diritti fondamentali in Europa. Teorie dell'interpretazione e giurisprudenza sovranazionale*, 2011.
2. L. CASSETTI (a cura di), *Diritti, principi e garanzie sotto la lente dei giudici di Strasburgo*, 2012.

Diritti, principi e garanzie sotto la lente dei giudici di Strasburgo

a cura di
Luisa Cassetti



Jovene editore 2012

INTRODUZIONE

I contributi contenuti in questo volume si propongono di analizzare l'impatto della giurisprudenza della Corte europea di Strasburgo sull'ordinamento italiano. Nel condurre questa indagine abbiamo condiviso una premessa metodologica: l'analisi non si limita a valutare le reazioni e gli stimoli provenienti dai giudici nazionali, a partire dal giudice delle leggi, ma comprende i riflessi della giurisprudenza (europea e nazionale) sul sistema dei poteri che cooperano alla costruzione delle garanzie e all'inveramento dei principi sui quali si fonda l'ordinamento giuridico italiano. In particolare, all'interno di questa prospettiva si ritenuto necessario monitorare e valutare efficacia e limiti delle soluzioni, adottate o adottande, da parte del legislatore nazionale per portare a compimento il disegno di trasformazione dei diritti o di rinnovata declinazione dei principi generali che emerge dal sistema CEDU.

La ricerca si articola in tre parti.

La prima sezione è dedicata all'osservazione delle tecniche interpretative elaborate dai giudici di Strasburgo e della spinta propulsiva che quella giurisprudenza ha avuto sulle argomentazioni dei giudici nazionali e sulla recente apertura della Corte costituzionale alla valorizzazione del diritto convenzionale. Come è noto, infatti, le complesse trasformazioni in atto nell'ordinamento interno ed i processi interpretativi oggetto dell'indagine hanno origine dal dialogo costante tra giudici nazionali e giudici sovranazionali (Corte di Giustizia dell'Unione Europea e Corte europea dei diritti dell'uomo): a questo confronto non si sottrae il giudice delle leggi che ha dato segnali di apertura sul versante della pregiudizialità in ambito comunitario e che, a partire dalla svolta giurisprudenziale del 2007, continua a precisare i confini del vincolo derivante dal diritto convenzionale e dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo che di quel diritto è custode (C. CALVIERI). In effetti, la giurisprudenza della Corte costituzionale, a partire dalle storiche sentenze nn. 348 e 349 del 2007, si va assestando per precisazioni successive: in questo percorso emerge con nettezza l'attenzione verso il patrimonio interpretativo elaborato dai giudici di Strasburgo e il loro potenziale nella ricerca della migliore tutela dei diritti fondamentali. Certo è che queste sollecitazioni esterne vengono vissute dal giudice delle leggi nella piena consapevolezza della necessità di mantenere i necessari equilibri tra garanzie individuali, doveri costituzionali e responsabilità dei poteri: di questo sembra farsi carico la Corte costituzionale quando invoca il sistema costituzionale delle garanzie e le responsabilità degli altri poteri (legislativo e giurisdizionale) come cornice all'interno della quale metabolizzare le spinte evolutive che arrivano dalle decisioni di Strasburgo (L. CASSETTI). A fronte delle precisazioni progressive della Corte costituzionale e dei giudici nazionali, sul versante del sistema convenzionale si registra l'evoluzione delle tecniche decisorie dei giudici di Strasburgo con le quali occorre confrontarsi: quali sono gli strumenti della Corte di Strasburgo per rafforzare

la portata e l'impatto delle sue decisioni sugli ordinamenti nazionali? Come reagiscono gli ordinamenti degli Stati parte rispetto a queste fughe in avanti di un giudice internazionale? (S. VEZZANI). Alla luce di queste trasformazioni indotte dall'attivismo del giudice europeo, in particolare quando pone le premesse per la estensione *erga omnes* delle pronunce rese nei confronti del singolo Stato chiamato in causa, può essere utile confrontare gli strumenti in uso a Strasburgo con alcune tecniche argomentative che la Corte costituzionale utilizza, ad esempio, nel giudizio di ragionevolezza (G. REPETTO).

Nella seconda parte sono stati inseriti i contributi che si propongono di evidenziare gli equilibri attuali di quelle garanzie individuali e di quei principi che continuano ad occupare una posizione centrale nella discussione pubblica. Nel momento in cui ci si interroga sul grado di effettività dei diritti che può derivare dal confronto e dalla ricerca di nuovi/ulteriori significati delle garanzie codificate dalla Costituzione del 1947 occorre considerare in primo luogo la specificità dell'apparato argomentativo (legato alla ricchezza dell'apparato istruttorio che si avvale di interventi di terzi, *public hearings* di associazioni a difesa dei diritti, ONG etc.) dei giudici di Strasburgo, con particolare riguardo al legame del *decisum* con il *petitum*, ed al ricorso al «margine di apprezzamento». Dall'analisi dell'impatto di queste tecniche sulle tradizioni interpretative che sostengono il nostro sistema delle garanzie dei diritti fondamentali emergono gli aspetti problematici connessi alle nuove sfaccettature riferibili alla tutela della vita umana e dell'identità personale (A. CIERVO, M.C. BISACCI, S. STEFANELLI) nonché le tensioni che caratterizzano la dimensione sociale della persona, in particolare nell'ambito della sfera dell'educazione e della formazione scolastica, in un contesto multiculturale (S. ANGELETTI e M. CANONICO).

Nella prospettiva degli studi di diritto privato, le sollecitazioni che provengono dalla giurisprudenza della Corte EDU sono state rapportate alle coordinate proprie della tradizione giuridica di *civil law*, al fine di verificare quali prospettive si aprano all'interprete dal confronto con la tradizione giuridica italiana cresciuta attorno alla qualificazione delle situazioni giuridiche soggettive ed alle categorie dei diritti della personalità (V. COLCELLI e A. SASSI).

Sul versante dei principi generali dell'ordinamento, la garanzia insita nel principio di irretroattività della norma penale incriminatrice è al centro di un intenso e dibattuto confronto con i giudici nazionali e con il giudice delle leggi, confronto che chiama in causa la compatibilità con il «sistema» nazionale delle deroghe ammesse dai giudici di Strasburgo (D. FALCINELLI). Sempre sul versante dell'evoluzione dei principi, la giurisprudenza di Strasburgo coinvolge profili e assetti che attengono alla dimensione della sovranità: ciò accade con riferimento alla invocata necessità di bilanciare il diritto di accesso dei singoli alla giustizia con l'operatività del principio di immunità degli Stati stranieri dalla giurisdizione (A. LANCIOTTI e A. VITIELLO) e alla necessità di far valere le garanzie del giusto processo rispetto all'organizzazione dell'*autodichia*, ovvero sia di uno degli istituti che continuano a definire la sfera della sovranità parlamentare (L. PESOLE). Nell'ottica delle tensioni generate dall'operare delle prerogative sovrane dello Stato si può leggere anche la lotta per l'effettività dei diritti del non cittadino: anche in questo ambito le linee giurisprudenziali elaborate da Strasburgo, fondate sulla leva del principio di non discriminazione, mettono a nudo i limiti delle soluzioni elaborate dal legislatore in tema di respingimenti ed

espulsioni (A. LANCIOTTI e A. PANETTA) ed evidenziano le incongruenze e la difficoltà dei poteri pubblici nazionali davanti al bilanciamento richiesto allorché è in gioco il riconoscimento di diritti sociali che esigono l'impegno economico dello Stato a favore degli stranieri (M.C. LOCCHI).

I riflessi di questo dialogo tra giudici sul versante dei rimedi interni elaborati (ovvero da elaborare) in sede legislativa sono talora parziali e non sempre le misure nazionali appaiono del tutto coerenti con quelle sollecitazioni. Per l'importanza centrale della dimensione processuale sulla garanzia dell'effettività dei diritti, queste contraddizioni meritano attenta valutazione: se l'esito interno del processo di trasformazione in via interpretativa di alcuni principi e regole del sistema processuale non si completa a livello legislativo c'è il rischio (conclamato) di frustrare le possibili spinte in avanti che emergono dalla soluzione giurisprudenziale. In verità proprio negli ambiti in cui è storicamente consolidata l'influenza della CEDU sul sistema delle garanzie nazionali (proprietà-espropriazione e giusto processo) la responsabilità ultima continua a gravare sul legislatore nazionale che, nonostante le fondamentali sollecitazioni provenienti dal dialogo e dal confronto tra le Corti, continua ad adottare rimedi che talora appaiono insufficienti ovvero presentano non lievi profili di criticità (S. PIERONI e M. MONTAGNA).

La terza parte del volume fa il punto sullo stato attuale delle garanzie nel processo. Nonostante i già ricordati limiti sul versante dei rimedi interni elaborati per rimediare alle lacune e alle contraddizioni del sistema processuale penale, dalla ricerca emerge come l'evoluzione che ha coinvolto, fin dagli anni Ottanta del secolo scorso, le garanzie nel processo penale abbia in realtà definito le precondizioni necessarie per consentire una progressiva estensione (in via interpretativa e/o attraverso progressivi interventi di adeguamento ovvero di avvicinamento della legislazione processuale vigente) delle regole del giusto processo tra le pieghe delle garanzie che riguardano gli altri riti processuali (amministrativo, tributario e canonico) (M. MENGOLZI, S. COCIANI, M. CANONICO).

Questo volume sviluppa e approfondisce alcuni profili di una ricerca interdisciplinare, intitolata «L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo di Strasburgo» (<https://diritti-cedu.unipg.it>), che si inserisce nell'ambito delle attività scientifiche del Dipartimento di diritto pubblico. La ricerca è iniziata nel 2009 e sta andando avanti grazie al rinnovato e prezioso sostegno economico accordato dalla Fondazione Cassa di Risparmio di Perugia.

Mi auguro che il percorso seguito da questa ricerca, con i suoi pregi ed i suoi limiti o lacune, sia di stimolo per una sempre più larga e partecipata discussione pubblica che contribuisca a diffondere consapevolezza sull'universo, in continua trasformazione, dei diritti e dei principi generali che partecipano alla costruzione della complessa esperienza giuridica europea. Con questo spirito ringrazio di cuore le professoresse Marta Cartabia, Cecilia Corsi e Angela Di Stasi che hanno letto e commentato la prima versione dei saggi contenuti in questo volume.

Perugia, 7 maggio 2012

LUISA CASSETTI

LUISA CASSETTI

LA «RICERCA DELL'EFFETTIVITÀ»:
DALLA LOTTA PER L'ATTUAZIONE DEI PRINCIPI COSTITUZIONALI
ALL'OBIETTIVO DELLA «MASSIMA ESPANSIONE DELLE TUTELE»

SOMMARIO: Premessa. – 1. La CEDU e l'integrazione del parametro costituzionale (art. 117, co. 1 Cost.): i confini del vincolo derivante dalla interpretazione della Corte europea di Strasburgo. – 2. Il bilanciamento tra l'interpretazione vincolante della Corte europea ed il «sistema» dei diritti e dei principi costituzionali: la lotta per l'effettività della Costituzione e l'equilibrio tra i poteri. – 2.1. Il sistema dei diritti e gli spazi del legislatore: la soluzione (inammissibilità) che lascia al Parlamento la piena responsabilità di dare forma al «diritto di vivere la coppia omosessuale». – 2.2. Il sindacato sulle scelte legislative alla luce dell'evoluzione dei principi fondamentali dell'ordinamento maturati in ambito CEDU. – 3. Il bilanciamento alla luce del sistema costituzionale dei diritti: le trasformazioni dei principi e la ricerca del massimo livello di tutela nel sistema del processo penale. La variegata forza delle additive di principio. – 4. L'effettività dei diritti nelle dinamiche tra il livello statale ed il livello regionale dell'intervento legislativo. Il ruolo degli standard omogenei di tutela a livello nazionale ed il potenziamento a livello locale delle garanzie fondato sulla illegittima discriminazione tra i destinatari dei benefici. – 5. Un occhio a Strasburgo e un occhio alla storia della Corte costituzionale.

Premessa. – La ricerca dell'effettività dei diritti e delle garanzie costituzionali rappresenta la naturale vocazione delle Costituzioni nate in Europa dalle macerie del secondo dopoguerra: la positivizzazione delle garanzie in una Costituzione rigida è stato il primo passo per avviare un dibattito pubblico sul valore della Costituzione al quale hanno contribuito il legislatore, la comunità degli interpreti (dai giudici agli studiosi del diritto) e il giudice delle leggi. Il percorso interpretativo volto a garantire piena vigenza al disegno costituzionale che imprimeva una nuova fisionomia giuridica al valore della persona (nella totalità delle sue manifestazioni e delle sue relazioni sociali) ha scandito le tappe della progressiva legittimazione del giudice costituzionale nella forma di governo parlamentare italiana.

Questo contributo vuole proporre una riflessione sul filo rosso che collega la funzione storica del giudice delle leggi, impegnato fin dalle sue origini nella costante affermazione della piena precettività dei principi della Costituzione repubblicana, con i bilanciamenti ispirati al principio di gradualità delle garanzie (con particolare riferimento ai diritti sociali), con la problematica definizione del livello territoriale di garanzia dei diritti fino ad arrivare al più recente impegno della Corte costituzionale nella ricerca del «massimo livello» delle garanzie e dei diritti realizzabile alla luce del confronto tra il livello costituzionale (in tutte le sue potenzialità) e il livello di garanzie definito dal sistema delle norme convenzionali così come interpretate dalla Corte europea dei diritti dell'uomo. In altre parole, il percorso che la Corte ha sviluppato negli ultimi quattro anni sul versante degli obblighi derivanti dalla parte-

cipazione dell'Italia al sistema CEDU, a partire dalla fondamentale svolta giurisprudenziale del 2007 (sentenze nn. 348 e 349), deve essere inserito nel dialogo che il giudice costituzionale intrattiene, da oltre mezzo secolo, con i suoi naturali interlocutori, ovverosia il Parlamento e i giudici. Nelle tecniche decisorie e nelle argomentazioni proposte dalla Corte al fine di precisare i confini del vincolo derivante dall'interpretazione conforme alla Convenzione europea è possibile rinvenire argomentazioni e criteri interpretativi che ci riportano alla mente l'impegno del giudice delle leggi nella costante difesa del suo ruolo di garante della Costituzione, compito che ha saputo svolgere nel rispetto degli equilibri delle istituzioni repubblicane.

Del resto, il complesso sistema delle garanzie costituzionali, oggetto del confronto con il livello di tutela convenzionale, deve la sua attuale conformazione anche all'interpretazione dei giudici costituzionali. In alcuni passaggi fondamentali di questa evoluzione del sistema delle garanzie è possibile rinvenire strumenti e tecniche interpretative in grado di guidare l'impegno futuro della Corte costituzionale nella ricerca della massima effettività dei diritti nel momento in cui il livello nazionale viene posto a confronto con le categorie utilizzate dai giudici di Strasburgo. In particolare, le sollecitazioni di Strasburgo verso il «dinamismo» interpretativo dei diritti possono trovare un valido terreno di confronto sul piano del valore e della portata normativa che la Corte riconosce ai principi costituzionali messi in discussione nel momento in cui si valuta il loro reale «potenziale» interpretativo. Soprattutto laddove l'interpretazione chiama in causa la tenuta di sistemi complessi di garanzia, in cui cioè singoli diritti individuali devono confrontarsi con altri principi fondamentali (sia che si tratti di principi che governano il processo ovvero di principi che connotano singoli istituti, quali la famiglia e il matrimonio) emerge l'utilità per la Corte di mettere in campo quelle tecniche decisorie che le consentono di mantenere aperto il dialogo con i giudici e/o di invocare le responsabilità del legislatore.

Nel ricco «prontuario» di decisioni a disposizione della Corte, le sentenze additive di principio rappresentano un strumento in grado di favorire il pieno coinvolgimento del sistema costituzionale dei poteri nell'applicazione delle garanzie CEDU così come interpretate dalla Corte di Strasburgo. Inoltre, il principio di «gradualità» nella garanzia dell'effettività dei diritti, elaborato con riferimento al bilanciamento tra diritti che costano ed il mantenimento degli equilibri di bilancio, potrebbe avere un ruolo importante al cospetto delle decisioni di Strasburgo che tendono a dare un'applicazione pervasiva del principio di non discriminazione (art. 14 CEDU). Come vedremo, in nome del divieto di discriminazione la giurisprudenza costituzionale più recente ha corretto quelle differenziazioni normative introdotte in nome di una discutibile interpretazione/applicazione del parametro della gradualità della garanzia connessa alla scarsità delle risorse economiche.

1. *La CEDU e l'integrazione del parametro costituzionale (art. 117, co. 1 Cost.): i confini del vincolo derivante dalla interpretazione della Corte europea di Strasburgo.* – Come è noto, fin dalle sentenze nn. 348 e 349 del 2007 è emersa l'attenzione della Corte verso l'interpretazione che delle garanzie contenute nella Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU)

danno i giudici di Strasburgo, sia pure nella prospettiva formale dell'integrazione del parametro costituzionale che impone alle leggi (statali e regionali) il rispetto degli obblighi internazionali (art. 117, co. 1 Cost.). Veniva però, al contempo, precisata la necessità irrinunciabile per la Corte costituzionale di valutare il diritto convenzionale poiché questo può legittimamente integrare il parametro sopra richiamato solo a condizione di essere in linea con il sistema costituzionale delle garanzie¹.

Nelle tappe successive di questo percorso interpretativo – volto a precisare la qualificazione e lo status da riconoscere nell'ordinamento nazionale al diritto convenzionale – il giudice delle leggi ha proceduto per gradi successivi di avvicinamento alla effettiva comprensione della complessità del fenomeno, dapprima mediante una precisazione del profilo formale (collocazione della fonte esterna rispetto al diritto interno di rango costituzionale) e poi, progressivamente, precisando i risvolti sostanziali della comparazione (qualità e intensità della garanzia nel sistema CEDU rispetto al sistema costituzionale). L'arricchimento di questo percorso mostra un giudice costituzionale che, a distanza di appena due anni dalla storica svolta del 2007, si interroga sul ruolo effettivo dell'interpretazione della fonte convenzionale elaborata dalla Corte europea di Strasburgo. La Corte costituzionale (titolare in via esclusiva della valutazione in merito all'eventuale incompatibilità del diritto convenzionale rispetto ai principi costituzionali) deve guardare alla «sostanza» delle garanzie e individuare il livello di tutela più elevato dei diritti in modo da ottenere «un plus di tutela per tutto il sistema dei diritti fondamentali»². I giudici costituzionali sono dunque sensibili all'eventuale potenziamento delle garanzie costituzionali che hanno ad oggetto i medesimi diritti garantiti dal sistema CEDU: sappiamo altresì che questo sforzo di chiarimento è funzionale alla necessità di precisare i contorni del ruolo che la Corte costituzionale si è auto-attribuito rispetto alla verifica di ultima istanza dell'eventuale incompatibilità con la Costituzione di una norma che i giudici comuni non abbiano potuto interpretare in senso conforme al diritto convenzionale³.

¹ Come opportunamente sottolinea M. CARTABIA, *L'universalità dei diritti umani nell'età dei «nuovi diritti»*, in *Quad. cost.*, 2009, 537 ss., 541.

² Cfr. Corte cost., 4.12.2009, n. 317, punto 7 del *Considerato in diritto*; su questo percorso interpretativo v., in particolare, A. RUGGERI, *La Corte costituzionale «equilibrata», tra continuità e innovazione, sul filo dei rapporti con la Corte EDU*, in *www.consultaonline.it*.

³ Nella sent. 26.11.2009, n. 311, punto 6 del *Considerato in diritto*, la Corte costituzionale ribadisce il vincolo gravante sui giudici comuni di interpretare il diritto interno in modo conforme al diritto convenzionale così come elaborato dai giudici di Strasburgo: qualora lo sforzo interpretativo non sia sufficiente ad eliminare il contrasto si impone la via della questione di costituzionalità: solo la Corte potrà dunque verificare che la norma della CEDU nell'interpretazione datane dalla Corte europea, «non si ponga in conflitto con altre norme conferenti della nostra Costituzione». In questa ipotesi infatti il contrasto impedirebbe di considerare la norma CEDU come integrazione del parametro posto dall'art. 117, co. 1 Cost. e quindi si arriverebbe a dichiarare l'illegittimità della legge di adattamento. Sulla valutazione complessiva della Corte costituzionale in merito al vincolo derivante dal sistema convenzionale, così come interpretato dalla Corte EDU, v. E. LAMARQUE, *Gli effetti delle sentenze della Corte europea secondo la Corte costituzionale italiana*, in *La cooperazione fra Corti in Europa nella tutela dei diritti dell'uomo*, a cura di M. FRAGOLA, Editoriale Scientifica, Napoli, 2012, 77 ss., ove si sottolinea la specificità del margine di apprezzamento «all'italiana» che consente alla Corte di recuperare un considerevole margine di intervento attraverso il bilanciamento tra l'obbligo convenzionale e gli altri elementi tratti dal sistema costituzionale.

Nel precisare ulteriormente i confini di questa ricerca, volta a conseguire il risultato della più elevata garanzia, il giudice delle leggi ha chiarito che il concetto di «massima espansione delle tutele» deve comprendere «il necessario bilanciamento con altri interessi costituzionalmente protetti, cioè con altre norme costituzionali, che a loro volta garantiscano diritti fondamentali che potrebbero essere incisi dall'espansione di una singola tutela». In questa operazione di bilanciamento la Corte ha invocato le responsabilità del legislatore, chiamato in prima battuta a definire l'assetto delle relazioni e dell'armonia tra diritti, e dei giudici costituzionali, responsabili del controllo ultimo sulla ragionevolezza del bilanciamento operato in sede legislativa.

2. *Il bilanciamento tra l'interpretazione vincolante della Corte europea ed il «sistema» dei diritti e dei principi costituzionali: la lotta per l'effettività della Costituzione e l'equilibrio tra i poteri.* – L'apertura della Corte costituzionale alla necessaria valutazione del complessivo sistema dei diritti si ricollega direttamente al margine di apprezzamento consentito dai giudici di Strasburgo «come temperamento alla rigidità dei principi formulati in sede europea»: in questo ambito opera la responsabilità e la discrezionalità legislativa del Parlamento e si inserisce la responsabilità della Corte «cui non sfugge che la tutela dei diritti fondamentali deve essere sistemica e non frazionata in una serie di norme non coordinate ed in potenziale conflitto tra loro». In questa sorta di *actio finium regundorum* la Corte richiama la differente posizione della Corte europea dei diritti dell'uomo, che è giudice della singola specifica controversia, rispetto alle responsabilità «delle autorità nazionali»: a queste ultime spetta il dovere di evitare che «la tutela di alcuni diritti fondamentali – compresi nella previsione generale ed unitaria dell'art. 2 Cost. – si sviluppi in modo squilibrato, con sacrificio di altri diritti ugualmente tutelati dalla Carta costituzionale e dalla Convenzione europea»⁴.

In definitiva, il richiamo dei giudici costituzionali al sistema integrato dei diritti contiene un chiaro appello ai poteri dello Stato in vista dell'obiettivo comune del mantenimento di un equilibrio nel sistema dei diritti e nel sistema dei poteri: legislatore, giudici e Corte, ciascuno nell'ambito delle rispettive competenze e responsabilità, sono dunque chiamati ad occupare lo spazio lasciato dalla Corte europea quando la stessa, in presenza di tradizioni giuridiche nazionali non sufficientemente

⁴ Così Corte cost., sent. n. 317 del 2009, punto 7 del *Considerato in diritto*. Il richiamo al rischio di una dilatazione conflittuale dei diritti sotto la copertura dell'art. 2 rievoca le premesse di quella parte della dottrina che si è sempre opposta all'ipotesi della clausola aperta (in particolare, A. PACE, *Metodi interpretativi e costituzionalismo*, in *Quad. cost.*, 2001, 35 ss., 2001): in verità, quei rischi sono richiamati anche da chi ha invece sostenuto quella tesi interpretativa (A. BARBERA, «Nuovi diritti: attenzione ai confini», in L. CALIFANO (a cura di), *Corte costituzionale e diritti fondamentali*, Giappichelli, Torino, 2004, 19 ss.). Sulla portata di questa precisazione della Corte rispetto al «sistema» dei diritti v. i rilievi di F. BILANCIA, *Con l'obiettivo di assicurare l'effettività degli strumenti di garanzia la Corte costituzionale italiana funziona lizza il «margine di apprezzamento» statale, di cui alla giurisprudenza CEDU, alla garanzia dei diritti fondamentali*, in *Giur. cost.*, 2009, 4772 ss., 4777. L'a. evidenzia come il temine di paragone del bilanciamento proposto in questo passaggio argomentativo sia l'intero sistema costituzionale dei diritti fondamentali, e non già genericamente «altre norme costituzionali». In questo modo, secondo l'autore, la Corte avrebbe funzionalizzato il margine di apprezzamento statale ancorandolo non già ad altri interessi, sia pure di rango costituzionale, ma proprio alle garanzie dei diritti fondamentali.

omogenee o in fase di comprensione del «nuovo» diritto, invoca il cd. «margine di apprezzamento» nazionale. Solo dalla mediazione tra le spinte evolutive del sistema indotte dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo e gli equilibri interni del sistema dei diritti fondamentali possono derivare stimoli positivi in grado di garantire il «plus di tutela» invocato dal giudice costituzionale⁵.

L'attenzione rivolta ai profili del sistema costituzionale nel suo complesso appare coerente con le premesse e le origini del giudizio sulle leggi.

A fronte di un lento e faticoso processo di trasformazione del tessuto legislativo nel corso delle prime legislature del Parlamento repubblicano fu in effetti la Corte costituzionale a guidare un «disegno» di rinnovamento che doveva in primo luogo coinvolgere quelle disposizioni che, affondando le proprie radici nell'esperienza fascista, dovevano essere espunte dall'ordinamento ovvero corrette in via interpretativa per garantirne la compatibilità con i principi sulle libertà e sull'egualianza proclamati nella Costituzione repubblicana. È noto del resto che con la sua prima sentenza (la n. 1 del 1956) la Corte ha rotto il velo di immobilismo che aveva caratterizzato le prime legislature repubblicane sul versante dello svolgimento per via legislativa degli innovativi principi costituzionali in materia di libertà.

In quella decisione la Corte costituzionale pose le premesse giuridiche per affermare in modo categorico la piena efficacia delle norme costituzionali genericamente qualificate come «programmatiche». Proprio per evitare che il carattere genericamente programmatico di taluni principi e garanzie – espressione genuina di una Costituzione compromissoria che aveva l'ambizione di proiettarsi nel futuro – si trasformasse in un depotenziamento della carta costituzionale, la Corte ha chiarito il livello di precettività da riconoscere alle diverse tipologie di norme contenenti formule *latu sensu* programmatiche. I giudici costituzionali definivano quindi i confini della responsabilità del legislatore invocando la «concretezza» di talune formule programmatiche, le quali non possono non vincolare immediatamente il legislatore e si ripercuotono sulla legislazione precedente, e ricordando la forza di quelle

⁵ La ricerca del plus di tutela dei diritti dal confronto tra i diversi livelli di garanzia definiti dall'ordinamento costituzionale, curunitario e dal sistema CEDU è declinata da A. RUGGERI, *Sistema integrato di fonti e sistema integrato di interpretazioni, nella prospettiva di un'Europa unita*, in M. PEDRAZZA GORLERO (a cura di), *Corti costituzionali e Corti europee dopo il Trattato di Lisbona*, ESI, Napoli, 2010, 48, in termini di necessario dialogo e confronto tra i diversi giudici sul piano interpretativo in condizioni di assoluta parità, posto che, a giudizio dell'autore, la legittimazione delle garanzie CEDU ben potrebbe essere ricondotta sotto la copertura dei principi fondamentali dell'ordinamento, primi fra tutti gli artt. 2 e 3 Cost. In una prospettiva diversa, la proliferazione delle sedi sovranazionali di tutela dei diritti, quale naturale conseguenza della recente proliferazione delle carte dei diritti, è vista invece come possibile fonte di una progressiva divaricazione sulle interpretazioni e un indebolimento per taluni diritti: sul punto si rinvia ai rilievi critici di M. LUCIANI, *Positività, metapositività e parapositività dei diritti fondamentali*, in *Scritti in onore di L. Carlassare*, Jovene, Napoli, 2009, vol. III, 1055 ss., 1068. Esprime riserve in merito al rischio di sacrifici delle tradizioni nazionali, soprattutto al cospetto della pervasività della giurisprudenza della Corte di giustizia sui diritti fondamentali, M. CARTABIA, *L'ora dei diritti fondamentali nell'Unione europea*, in *Id.* (a cura di), *I diritti in azione*. Universalità e pluralismo dei diritti fondamentali nelle Corti europee, Il Mulino, Bologna, 2007, 64; in termini analoghi, S. TROLO, *(Non) di solo dialogo tra i giudici vivranno i diritti? Considerazioni (controcorrente?) sui rapporti tra le Corti costituzionali e le Corti europee nel presente sistema di tutela multilivello dei diritti fondamentali*, in M. PEDRAZZA GORLERO (a cura di), *Corti costituzionali e Corti europee dopo il Trattato di Lisbona*, cit., 461 ss.

norme contenenti «principi fondamentali, che anche essi si riverberano sull'intera legislazione»⁶.

Sulla base di queste fondamentali premesse la Corte ha saputo modulare nei decenni successivi il suo rapporto con il legislatore, lasciando alla decisione politica la definizione delle forme e delle modalità di svolgimento del principio, talora attraverso un atteggiamento di *self restraint*, talora, come vedremo più avanti, attraverso formule decisorie in grado di fare valere la cogenza e la piena precettività del principio attraverso pronunce che aprono alla soluzione del caso concreto da parte dei giudici ed esprimono inviti, più o meno pressanti, all'assunzione di responsabilità da parte del legislatore.

Il quadro di riferimento non è mutato nel momento in cui la Corte ha accettato la sfida derivante dall'apertura al confronto con le garanzie elaborate in ambito CEDU: la recente decisione sul diritto al matrimonio per le coppie omosessuali, per il modo in cui imposta il confronto con la giurisprudenza CEDU e con le garanzie europee, può essere letta all'interno di questa evoluzione dei rapporti Corte-Parlamento.

2.1. *Il sistema dei diritti e gli spazi del legislatore: la soluzione (inammissibilità) che lascia al Parlamento la piena responsabilità di dare forma al «diritto di vivere la coppia omosessuale».* – Dinanzi alle spinte evolutive dell'istituto matrimoniale prospettate dal giudice remittente che invocava un intervento additivo per garantire il diritto delle coppie omosessuali di vivere la loro dimensione familiare la Corte valuta la possibilità di un'interpretazione estensiva del principio personalista (art. 2 Cost.) e al contempo utilizza le fonti europee e la giurisprudenza di Strasburgo al fine di individuare l'ambito delle responsabilità del legislatore.

In questo modo i giudici costituzionali hanno potuto riconoscere la rilevanza costituzionale dell'unione omosessuale, che viene appunto annoverata tra le «formazioni sociali» alle quali l'art. 2 Cost. riconosce la funzione di accogliere e promuovere lo sviluppo della persona: sul versante della richiesta estensione dell'istituto matrimoniale (le cui finalità e caratteristiche sono ricostruite sulla base dell'*original intent* dei Costituenti) alle unioni fra persone dello stesso sesso, la Corte ha invece escluso la possibilità di una simile integrazione per via giurisprudenziale invocando la piena discrezionalità/responsabilità del legislatore. Sarà dunque il legislatore a coprire (nelle forme e nelle modalità che riterrà più idonee a riflettere la percezione sociale delle unioni omosessuali) lo spazio normativo lasciato alla discrezionalità degli Stati dalla Corte europea dei diritti dell'uomo. Sappiamo del resto che da Strasburgo è giunto nel 2010 un preciso segnale in ordine alla possibilità per i legislatori nazionali di intervenire in ordine al *quomodo* dell'eventuale equiparazione/omogeneità di trattamento tra matrimonio e unioni *samesex*⁷. Lo stesso qua-

dro normativo europeo presenta diverse sfumature: posto che il diritto al matrimonio tra persone dello stesso sesso, di cui all'art. 12 CEDU, può (non deve) essere interpretato dai legislatori nazionali in termini estensivi, il più recente riconoscimento del «diritto di sposarsi e di creare una famiglia», introdotto dall'art. 9 della Carta di Nizza, ribadisce che quella garanzia opera in conformità con «le leggi nazionali che ne disciplinano l'esercizio».

La Corte costituzionale sembra in realtà utilizzare tutte le potenzialità del principio personalista (declinato nella sua dimensione sociale) ritraendosi al contempo dall'introdurre, con un intervento additivo, l'equiparazione tra le due realtà. Il giudice delle leggi ha operato nella piena consapevolezza delle ripercussioni sul sistema derivanti dalla prospettiva (individualistica) dell'estensione del «diritto al matrimonio» in nome della non discriminazione. I riflessi e le modalità concrete di una scelta che vada nella direzione della equiparazione devono essere valutati dal legislatore, che è poi l'unico soggetto abilitato a declinare il potenziamento delle garanzie individuali in un contesto più articolato che comprende i doveri, le responsabilità e le condizioni essenziali per una convivenza fondata sul rispetto della dignità della persona⁸.

2.2. *Il sindacato sulle scelte legislative alla luce dell'evoluzione dei principi fondamentali dell'ordinamento maturati in ambito CEDU.* – In realtà, la visione «sistemica» opposta alla richiesta di interpretazione estensiva del «diritto al matrimonio» è stata utilizzata dalla Corte costituzionale anche quando ha dovuto interpretare, alla luce delle evoluzioni maturate in ambito CEDU, la portata di alcuni principi fondamentali del nostro ordinamento, quale è quello della irretroattività della legge e dei suoi possibili temperamenti.

In particolare, nella sentenza n. 236 del 2011 la Corte chiarisce che il suo ruolo interpretativo rispetto alla giurisprudenza elaborata in ambito CEDU le impone di

⁶ Sul rapporto tra diritti, intesi come pretese individuali, e responsabilità dei pubblici poteri per il bene della collettività, cfr. M. ZANICHELLI, *Il significato dei diritti fondamentali*, in M. CARTABIA (a cura di), *I diritti in azione*, cit., 538 ove l'a. sottolinea l'importanza di aprire l'orizzonte dei diritti al di là della pretesa individuale azionabile dinanzi ad un giudice al fine di far valere le responsabilità delle istituzioni nell'inveramento delle garanzie. Si interroga sulle conseguenze della dilatazione massima (praticamente senza limiti) delle garanzie individuali nell'ottica della pervasività del principio di non discriminazione elaborato nel sistema CEDU, M. CARTABIA, *In tema di «nuovi» diritti*, in *Studi in onore di F. Modugno*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2011, vol. I, 625 ss., 639. L'urgenza di un intervento del legislatore in materia di unioni omosessuali è resa ancor più evidente dal fatto che alle posizioni delle Corti (Corte costituzionale e Corte EDU) sono seguite interpretazioni giurisprudenziali del diritto degli omosessuali a contrarre matrimonio le quali muovono da discutibili «rielaborazioni» delle motivazioni contenute nella sentenza *Schalk e Kopf v. Austria* e della stessa portata della pronuncia della Corte costituzionale: ci riferiamo alla sentenza della Corte di Cassazione, I sez., 15.3.2012, n. 4184, pubblicata in *federalismi.it*, i cui limiti sono ben evidenziati da I. MASSA PINTO, «Fiat matrimonio!» *L'unione omosessuale all'incrocio del dialogo tra Corte costituzionale, Corte europea dei diritti dell'uomo e Corte di cassazione: può una sentenza della Corte di Cassazione attribuire a (un inciso di) una sentenza della Corte europea il potere di scardinare una «consolidata ed ultramillenaria tradizione» (superando anche il giudicato costituzionale?)*, in *Rivista AIC*, n. 2/2012, 8. Le condivisibili perplessità dell'A. in ordine all'attivismo interpretativo dei giudici nazionali su temi sensibili rispetto ai quali non è affatto sedimentato un *idem sentire* costituiscono, a nostro avviso, una ragione in più per apprezzare la prudente sintesi tra principi operata dalla Corte costituzionale nel pieno rispetto dell'equilibrio tra i poteri.

⁶ Cfr. il *Considerato in diritto* della sent. 14.6.1956, n. 1.

⁷ Cfr. Corte EDU, sent. 24.6.2010, *Schalk e Kopf v. Austria*, ric. n. 30141/04, par. 58-64, ove si legittima la riesplorazione del margine di apprezzamento degli Stati, in mancanza di un consolidato trend normativo in materia di unioni omosessuali: in virtù di questa premessa gli Stati possono, ma non sono certo obbligati, a introdurre il riconoscimento di una nuova forma di matrimonio in caso di coppia omosessuale: sul punto v. E. CRIVELLI, e D. KRETZMER, *Il caso Schalk e Kopf c. Austria in tema di unioni omosessuali*, in M. CARTABIA, *Dieci casi sui diritti in Europa*, Il Mulino, Bologna, 2011, 67.

valutare l'impatto della stessa rispetto agli equilibri dell'ordinamento giuridico nazionale: il margine di apprezzamento e di adeguamento consentito da Strasburgo le suggerisce di «tener conto delle peculiarità dell'ordinamento giuridico in cui la norma convenzionale è destinata ad inserirsi». Sulla base di queste premesse il giudice delle leggi ha chiarito il valore ed il significato che l'ordinamento italiano riserva al principio di irretroattività della norma incriminatrice, garantito a livello costituzionale dall'art. 25, rispetto al principio della retroattività della norma penale più favorevole al reo, con tutte le relative possibili deroghe che l'ordinamento può ragionevolmente ammettere in presenza di altri interessi di pari rango⁹. In virtù di questo ragionamento il giudice delle leggi marca la sua distanza rispetto al recente orientamento della Corte di Strasburgo che legge nel principio di irretroattività della *lex mitior* un corollario del principio di legalità sancito dall'art. 7 della CEDU¹⁰.

Lo stesso schema è riproposto allorché il richiamo alle specificità del sistema nazionale mira a chiarire le corrette premesse interpretative dell'intervento legislativo sospettato di generare un inammissibile *favor* per la posizione dello Stato nelle controversie di lavoro aventi ad oggetto la definizione quantitativa dell'indennità dovuta al lavoratore illegittimamente licenziato. Al centro della controversia vi era infatti la riforma del 2010 che aveva previsto un trattamento indennitario forfetizzato introdotto al fine di fornire un criterio di liquidazione del danno di più agevole applicazione e di mettere al riparo il lavoratore, coinvolto dall'illegittima apposizione del termine al suo contratto di lavoro, dalle incertezze derivanti dal diritto vivente in materia di quantificazione di quel trattamento secondo le norme di diritto comune. Tale nuovo criterio di quantificazione del danno era stato introdotto con l'aggiunta di una clausola che ne permetteva l'operatività in tutti i giudizi, inclusi quelli pendenti, cioè retroattivamente. Posto che la giurisprudenza di Strasburgo impone al legislatore statale di non intervenire con riforme in grado di influenzare la soluzione giudiziaria di controversie di cui lo stesso è parte, a meno che non ricorrano esigenze imperative di interesse generale, la Corte costituzionale, dopo aver comparato il livello di garanzia convenzionale con il sistema nazionale, esclude che la novella legislativa impugnata violi il divieto convenzionale sopra richiamato in quanto contenente norme di carattere generale, rivolte cioè a disciplinare tutti i rapporti di lavoro subordinato a termine¹¹.

⁹ Cfr. Corte cost., sent. 22.7.2011, n. 236, punti 9 e 14 del *Considerato in diritto*.

¹⁰ Sottolinea questa capacità della Corte costituzionale di riappropriarsi del margine di apprezzamento per valutare i bilanciamenti interni possibili del principio di non retroattività della *lex mitior*, E. CACACE, *Fra deroghe alla retroattività della lex mitior e collocazione delle norme Cedu: ribadendo principi consolidati, aperture non irrilevanti della Corte costituzionale. Nota a margine della sent. 236 del 2011*, in www.forumcostituzionale.it. Sul tema v. il saggio di D. FALCINELLI, in questo volume.

¹¹ Corte cost., sent. 11.11.2011, n. 303, punto 4.2 del *Considerato in diritto*. La stessa valutazione di ordine sistematico che invoca aspetti costituzionali, politici, economici, amministrativi e sociali aveva indotto la Corte ad escludere che la normativa nazionale introdotta in pendenza di un ampio contenzioso tra lo stato ed i dipendenti degli enti locali trasferiti nei ruoli del personale amministrativo, tecnico e ausiliario (ATA) statale fosse in contrasto con il divieto di misure retroattive in grado di interferire nell'amministrazione della giustizia elaborato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo: v. Corte cost., sent. 26.11.2009, n. 311, punto 9 del *Considerato in diritto*. È opportuno ricordare che questa decisione, al pari della precedente sent. 257 dello stesso anno adottata in materia di interpreta-

Le norme generali salvate dalla Corte costituzionale si inserivano del resto nel margine di apprezzamento che residua agli Stati anche con riferimento ai motivi imperativi di interesse generale che possono aprire la strada a misure dotate di efficacia retroattiva: in quel margine di apprezzamento la Corte annovera in questo caso non solo i profili costituzionali, ma anche quelli politici, economici amministrativi e sociali che la Convenzione europea lascia alla competenza degli Stati contraenti.

3. *Il bilanciamento alla luce del sistema costituzionale dei diritti: le trasformazioni dei principi e la ricerca del massimo livello di tutela nel sistema del processo penale. La variegata forza delle additive di principio.* – In realtà, la ricerca di un equilibrio nel sistema delle garanzie invocato dalla Corte costituzionale nel 2009 ha portato i giudici a confrontarsi non solo con il significato attuale di singoli principi dell'ordinamento (tutela delle formazioni sociali, principio di retroattività), ma ha fornito le chiavi di lettura per risolvere il delicato rapporto tra garanzie all'interno del complesso sistema di regole e di principi che governano il processo penale.

In nome della massima tutela che sarebbe potuta derivare dal proficuo confronto tra il livello costituzionale, ove peraltro opera dal 1999 l'art. 111 che ridefinisce le garanzie del giusto processo, e le garanzie contenute nell'art. 6 CEDU, la Corte ha impostato il bilanciamento tra il livello interno di tutela del diritto alla difesa dell'imputato condannato in contumacia con la garanzia della ragionevole durata del processo. L'esito di quel bilanciamento (impossibile) porta i giudici costituzionali ad affermare in modo perentorio che la difesa in giudizio non può essere in alcun modo sacrificata, neppure laddove si fosse celebrato un giudizio perfettamente coerente con il parametro della ragionevole durata del processo. Non si può quindi riconoscere un valore assoluto al fattore tempo (durata ragionevole) nel processo se al suo interno non si ravvisano le condizioni essenziali per garantire il massimo di tutela possibile al diritto alla difesa in giudizio. La pronuncia interpretativa della Corte arriva dunque ad affermare l'incostituzionalità dell'art. 175 C.p.p. nella parte in cui non consente la restituzione dell'imputato, che non abbia avuto conoscenza del procedimento o del provvedimento, nei termini per proporre impugnazione contro la sentenza contumaciale quando analoga impugnazione sia stata proposta in precedenza dallo stesso difensore dell'imputato¹². In realtà, come è noto, la coerenza dell'argomentazione utilizzata in questa pronuncia non è in grado di affrontare fino in fondo il problema dell'effettività delle garanzie che costellano il principio del giusto processo: permangono, ad esempio, problemi legati al rapporto tra i giudicati derivanti dalla duplice impugnazione (del difensore e del contumace

zione autentica di norma contenente regole sul riconoscimento dei crediti contributivi agli operai agricoli precari, si inserisce nel filone giurisprudenziale relativo alla portata del principio di irretroattività delle leggi che comprende il dialogo con la Corte di Strasburgo sia sul versante dell'interpretazione del limite costituzionale espresso in materia di norma favorevole al reo (art. 25 Cost.), sia sul versante appunto della giustificazione di interventi legislativi che, operando retroattivamente, incidono sulla posizione giuridica di categorie circoscritte di ricorrenti. Sul modo di giustificare l'intervento legislativo alla luce dello spazio consentito dalla Corte di Strasburgo, sez. II, Agrati e altri v. Italia, del 7 giugno 2011, v. i rilievi critici di G. REPETTO, *Il nodo delle irretroattività tra Corte costituzionale e Corte europea dei diritti dell'uomo*, in <https://diritti-cedu.unipg.it>.

¹² Così Corte cost., sent. n. 317 del 2009, cit., punto del *Considerato in diritto*.

restituito nel termine) che solo un intervento di riforma organica del legislatore potrebbe superare¹³.

Quando poi la lacuna legislativa (ripetutamente censurata dalla Corte europea dei diritti dell'uomo) riguarda l'estensione dei casi di possibile riapertura del processo, la Corte costituzionale riesce a superare l'ostacolo derivante dalla impossibilità di riaprire il processo, per effetto della mancata previsione esplicita nell'art. 630 C.p.p. di una condizione ricollegabile alla fattispecie della sentenza di condanna resa in violazione dei principi del giusto processo, ricorrendo alla sentenza additiva di principio. Nella sentenza n. 113 del 2011 i giudici valutano l'impianto complessivo dell'art. 630 C.p.p. alla luce del parametro che impone il rispetto degli obblighi internazionali (art. 117, co. 1 Cost.), norma che le consente di utilizzare come parametro interposto l'art. 46 CEDU, in relazione all'art. 6 CEDU, nella parte in cui fonda un obbligo per le parti contraenti di conformarsi alle sentenze definitive dei giudici di Strasburgo. Considerando la Corte costituzionale parte essenziale di tale obbligo l'impegno degli Stati di garantire la riapertura del processo tutte le volte che questa misura sia necessaria ai fini della *restituito in integrum* a favore dell'interessato nelle ipotesi in cui vi sia stata la violazione delle garanzie in tema di equo processo, è stato necessario valutare se la lacuna testuale della norma censurata fosse colmabile in via interpretativa attraverso la classica decisione additiva. I giudici costituzionali optano piuttosto per l'additiva di principio: tale formula decisoria consente infatti di dichiarare incostituzionale l'omissione del legislatore e di rimediare alla carenza di disciplina dell'attuale art. 630 C.p.p., nella parte in cui non contempla tra le ipotesi di revisione quella che consentirebbe l'adeguamento ai vincoli derivanti da una sentenza di condanna definitiva da parte dei giudici di Strasburgo, ma al contempo permette alla Corte di chiarire le rispettive responsabilità degli altri poteri in ordine al *quomodo* della disciplina in concreto di quella ulteriore ipotesi di revisione. Aprendo un dialogo con i suoi naturali interlocutori, la Corte individua in primo luogo le linee guida per i giudici, i quali potranno recepire l'incostituzionalità dichiarata adattando alla fattispecie concreta, nella parte in cui ciò sarà possibile, le esigenze dell'istituto della revisione ed avendo altresì cura di non applicare, ad esempio, quelle regole che appaiono non in linea con l'obiettivo perseguito, a partire da quelle che associano il giudizio di revisione al solo proscioglimento del condannato¹⁴. Nel definire con altrettanta precisione le responsabilità del legislatore la Corte chiarisce poi che la sua pronuncia lascia alla discrezionalità del Parlamento la scelta in ordine anche alla eventuale introduzione di un meccanismo diverso dalla revisione del processo, fermo restando l'invito a intervenire «nel modo più sollecito e opportuno» al fine di regolamentare gli aspetti che necessitano di apposita disciplina.

Questa importante pronuncia conferma l'idea che la possibilità di modulare la portata delle pronunce additive rappresenti un valore aggiunto per la Corte costitu-

zionale anche quando deve affrontare il delicato compito di individuare il miglior livello delle garanzie nei possibili conflitti derivanti dal confronto con il livello, eventualmente più elevato, definito dal giudicato di Strasburgo.

Occorre ricordare che la formula decisoria con cui la Corte apre una breccia nelle lacune dell'art. 630 C.p.p. (norma peraltro in passato uscita indenne dal controllo di costituzionalità promosso con riferimento a parametri diversi dall'art. 117 co. 1 Cost.) appartiene ad uno strumentario sperimentato negli anni novanta del secolo scorso, quando il giudice delle leggi prese atto della necessità di affermare il principio di gradualità delle prestazioni concernenti i diritti in concomitanza con i cicli di recessione economica e con l'acuirsi della crisi finanziaria dello Stato.

A differenza delle classiche additive di prestazione, in cui la declaratoria di incostituzionalità porta con sé la precisazione dell'effetto e della direzione dell'intervento «addizione» (ad es. attraverso la censura pura e semplice della omissione legislativa che è fonte della illegittima discriminazione tra situazioni omogenee), nelle additive di principio la Corte ha talora fondato l'incostituzionalità sull'assenza di un meccanismo, la cui effettiva concretizzazione è stata rimessa alla discrezionalità del giudice e/o alle scelte del legislatore.

Tale formula processuale fa la sua comparsa nella giurisprudenza costituzionale nel momento in cui la Corte avverte la responsabilità di confrontarsi con gli effetti delle tradizionali pronunce additive: come abbiamo appena ricordato, negli anni novanta del secolo scorso fa il suo ingresso all'interno del percorso interpretativo del giudice costituzionale il problema del costo delle eventuali decisioni di incostituzionalità che, spostando verso l'alto il livello delle garanzie mediante l'estensione del beneficio a quelle categorie sociali irragionevolmente escluse, avrebbero potuto aggravare i già precari equilibri di bilancio.

A distanza di oltre trent'anni dalla sua prima decisione, quando appariva già evidente la non sostenibilità del debito pubblico accumulato nei decenni precedenti, fu dunque la Corte costituzionale a dover «metabolizzare» le problematiche relative al «costo» da pagare per l'effettività dei diritti in tempi di emergenza economica. Nel momento in cui per raggiungere l'obiettivo della piena garanzia delle prestazioni sociali in nome del principio di eguaglianza-ragionevolezza si è reso necessario operare un bilanciamento tra il valore delle garanzie e il rispetto degli equilibri della finanza pubblica è stata la Corte a percorrere con determinazione la via del compromesso che ha portato all'adozione delle sentenze additive di principio. Alla base di queste decisioni vi è la scelta di sanzionare con una decisione di accoglimento la lacuna legislativa: tale decisione è però accompagnata dalla consapevolezza che il *quantum* del diritto debba essere definito attraverso un intervento organico del legislatore ovvero, nella prospettiva della perdurante inerzia del legislatore, codificato dalla Corte attraverso regole, principi e criteri che aprono la strada all'attivismo dei giudici¹⁵.

Nel 1993 la Corte ha dichiarato incostituzionali le norme che non riconoscevano ad alcune categorie di lavoratori il riconoscimento dell'indennità integrativa

¹³ Sul punto si rinvia alle riflessioni contenute nel saggio di M. MONTAGNA, in questo volume.

¹⁴ Corte cost., sent. 7.11.2011, n. 113, punto 8 del *Considerato in diritto*; v. i commenti alla sentenza di G. REPETTO, *Tra continuità e nuovi scenari: l'efficacia della CEDU alla luce delle sent. n. 80 e 113/2011 della Corte costituzionale* e M. MONTAGNA, *Intangibilità del giudicato e valore delle decisioni della Corte EDU: osservazioni a prima lettura sulla sentenza della Corte costituzionale n. 113 del 2011*, reperibili in <https://diritti-cedu.unipg.it>.

¹⁵ Cfr. M. MIDIRI, *Diritti sociali e vincoli di bilancio nella giurisprudenza costituzionale*, in *Studi in onore di F. Modugno*, cit., 2235 ss., 2247, ove l'autore sottolinea il ruolo delle sentenze additive di principio nella creazione di un dialogo flessibile tra il giudice delle leggi e il Parlamento.

speciale ai fini del computo dell'indennità di fine rapporto rinviando alla scelta discrezionale del legislatore, il cui intervento avrebbe dovuto essere «tempestivo» vista la necessità di ripristinare l'ordine costituzionale violato, la definizione delle modalità concrete per il funzionamento del meccanismo di perequazione indicato dai giudici costituzionali. Ciò che caratterizza questa tipologia di sentenza additiva (di meccanismo) è la determinazione di principi per il legislatore chiamato a definire i moduli improntati al principio di gradualità delle prestazioni da riconoscere che tengano in considerazione la «concreta disponibilità di mezzi finanziari» e la necessità di partire dalla perequazione delle retribuzioni più basse¹⁶. Questo tipo di «addizione» costituiva una soluzione interpretativa in grado di rimediare all'impossibilità per la Corte di «scegliere» in ordine al risultato della perequazione (operazione che avrebbe sicuramente generato altre disuguaglianze e altre disparità di trattamento) ed esprimeva la contestuale volontà dei giudici costituzionali di non trincerarsi dietro allo schermo dell'inammissibilità fondata sul rischio di invadere la discrezionalità del legislatore: ecco allora che la precisa individuazione dei principi mira a porre il legislatore nella condizione di realizzare un meccanismo perequativo «nel rispetto del canone di ragionevolezza e degli altri principi costituzionali»¹⁷.

Nell'ultimo decennio del secolo scorso il ricorso alle additive di principio ha altresì messo in luce la preoccupazione della Corte per il rischio dell'inerzia del legislatore, sempre presente anche nel caso di un invito «pressante»: da questa premessa deriva probabilmente la «specificità» della declaratoria di incostituzionalità della normativa, adottata in via d'urgenza, che limitava irragionevolmente il diritto del paziente oncologico in fase terminale alla somministrazione gratuita di cure non ancora sottoposte ad adeguata sperimentazione. Nel 1998 la Corte ha infatti ritenuto necessario fornire un decalogo dettagliato in ordine all'estensione soggettiva (pazienti destinatari della specifica multiterapia a titolo gratuito anche se non ricompresi nel piano della sperimentazione), alla delimitazione oggettiva (solo farmaci che compongono quella particolare multiterapia) e al limite temporale (periodo necessario al completamento della sperimentazione) con l'obiettivo di definire le condizioni per i giudici di rendere effettivo il diritto alla cura in presenza di quelle specifiche condizioni¹⁸.

¹⁶ Così Corte cost., sent. 19.5.1993, n. 243, punti 13 e 14 del *Considerato in diritto*. Sul seguito legislativo di questa pronuncia v. M. MIDIRI, *Diritti sociali*, cit., 2249 ss.; sulla natura giuridica del vincolo per il legislatore che scaturisce da questa tipologia di pronuncia additiva v. C. SALAZAR, *Dal riconoscimento alla garanzia dei diritti sociali*. Orientamenti e tecniche decisorie della Corte a confronto, Giappichelli, Torino, 2000, 151 ss., ove l'A. osserva come neppure dopo un'additiva di meccanismo vi sia la garanzia dell'intervento del legislatore e si possano ben determinare soluzioni differenti e disomogenee nell'applicazione del principio da parte dei giudici che dovessero, nella eventuale perdurante assenza del legislatore, trovarsi ad applicare nel caso concreto i principi enucleati dalla Corte. Peraltro la Corte potrebbe intervenire solo *ex post*, quando cioè si dovesse rendere conto del fatto che si è formato un diritto vivente in contrasto con i principi dalla stessa dettati.

¹⁷ La specificità dei principi e la definizione dei termini indicati dalla Corte nella sentenza n. 243 del 1993 fa pensare ad una vera e propria sentenza-delega al legislatore: così A. ANZON, *Un'additiva di principio come termine per il legislatore*, in *Giur. cost.*, 1993, 1785 ss.

¹⁸ Corte cost., sent. 26.5.1998, n. 185, punto 10 del *Considerato in diritto*. Tale è la puntualità delle prescrizioni della Corte che a ragione A. ANZON, *Modelli ed effetti della sentenza costituzionale sul caso «Di Bella»*, in *Giur. cost.*, 1998, 1528 ss. colloca questa decisione al confine delle additive di prin-

Le vicende ora richiamate dimostrano l'ampiezza e le sfumature degli strumenti a disposizione della Corte per bilanciare la declaratoria di incostituzionalità con il rispetto per l'equilibrio del sistema costituzionale dei poteri, rispetto che si riflette poi in una sostanziale condivisione di responsabilità in ordine all'assetto equilibrato delle pretese individuali con la tenuta (anche economico-finanziaria) dell'intero ordinamento.

In realtà, il principio di gradualità delle prestazioni connesse all'effettività di tutti i diritti – effettività che impone una prestazione da parte dei pubblici poteri per attivare meccanismi di protezione ovvero di sostegno¹⁹ – e la sempre più emergente difficoltà di reperire nuove risorse economiche²⁰ sono tornati all'attenzione dei giudici costituzionali in tempi recenti, quando la Corte ha dovuto precisare i confini della funzione, riservata allo Stato dopo la riforma costituzionale del 2001, di determinare i livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali (art. 117, co. 2 lett. *m* Cost.). Vedremo ora come il giudice delle leggi abbia saputo utilizzare lo schema della ragionevolezza anche per verificare eventuali esiti non tollerabili di un bilanciamento fondato su una pluralità di condizionamenti (di natura economica e di *status* giuridico dei soggetti esclusi) ed abbia quindi saputo in taluni casi riportare verso l'alto il punto di equilibrio che sancisce il connubio tra piena dignità della persona ed effettività delle garanzie.

4. *L'effettività dei diritti nelle dinamiche tra il livello statale ed il livello regionale dell'intervento legislativo. Il ruolo degli standard omogenei di tutela a livello nazionale ed il potenziamento a livello locale delle garanzie statali fondato sulla illegittima discriminazione tra i destinatari dei benefici.* – All'inizio del terzo millennio, la ricerca dell'effettività dei diritti si intreccia con la redistribuzione delle competenze legislative tra lo Stato e il sistema delle autonomie regionali introdotta dalla l. cost. n. 3 del 2001. La ricerca del significato attuale del principio unitario diventa così la sede per verificare i confini all'interno dei quali opera l'intervento del legislatore statale al quale è riservata in via esclusiva la funzione di determinare i livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti (art. 117, co. 2 lett. *m*, Cost.).

Ancora una volta è la Corte costituzionale che ha assunto su di sé la responsabilità di garantire il bilanciamento tra l'esigenza di far funzionare la riforma sul versante del potenziamento delle autonomie regionali con l'altrettanto prioritaria esi-

cipio in quanto nel decalogo dei principi scritto dai giudici costituzionali vi sono in realtà norme direttamente applicabili da parte dei giudici; a parziale giustificazione di questa «anomalia» P. GIANCASPERO, *Il diritto alla salute e la sperimentazione clinica in una «additiva di principio» anomala*, in *Giur. cost.*, 1998, 2805 ss., 2817, evoca le tensioni e le polemiche che hanno accompagnato la vicenda della sperimentazione di questa particolare cura non convenzionale dei pazienti oncologici.

¹⁹ Come dimostra l'analisi di S. HOLMES e C.H. SUNSTEIN, *Il costo dei diritti*. Perché la libertà dipende dalle tasse, Il Mulino, Bologna, 2000, 51, che muove dalla premessa secondo cui non esiste la distinzione tra diritti negativi e diritti positivi, in quanto tutti i diritti costano nel senso che per garantire la loro effettività è necessaria una qualche forma di intervento da parte dei pubblici poteri.

²⁰ Sul problema del corretto bilanciamento tra la proliferazione dei «bisogni» e la sempre più cronica ristrettezza delle risorse economiche v., da ultimo, le condivisibili riflessioni di A. SPADARO, *I diritti sociali di fronte alla crisi (Necessità di un nuovo «modello sociale europeo»: più sobrio, solidale e sostenibile)*, in *Rivista AIC*, n. 4/2011.

genza di garantire l'unità nel nome dell'omogeneità sul territorio nazionale delle garanzie relative al godimento dei diritti civili e sociali.

Il giudice delle leggi ha chiarito la necessità di rifuggire da interpretazioni che potrebbero tradursi in una indiretta compressione delle competenze regionali e della ragionevole differenziazione orientando l'interpretazione verso un'accezione precisa della clausola generale che riserva alla legge statale il compito di definire i livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti fondamentali civili e sociali²¹.

Può essere utile ricordare le premesse e gli esiti interpretativi della recente questione di costituzionalità sollevata dalla regione Puglia con riferimento alla norma statale che aveva introdotto dettagliate regole di semplificazione volte a creare nel meridione zone a burocrazia zero. Secondo la tesi sostenuta dall'Avvocatura dello Stato, la norma impugnata, introducendo regole per la semplificazione degli adempimenti amministrativi per le imprese, voleva «assicurare *effettività* al diritto di libertà di iniziativa economica di rilievo costituzionale (art. 41 Cost.)»: dunque, «la disposizione in esame attiene ai livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale, ex art. 117, comma 2, lett. m, Cost., attraverso una previsione di semplificazione amministrativa, rispettosa del principio di sussidiarietà, che passa per la conferenza di servizi, l'introduzione del silenzio-assenso, la conclusione da parte di un commissario ad hoc»²².

La Corte ha invece escluso che nella fattispecie l'intervento statale potesse essere ricondotto alla funzione di tutela dei livelli essenziali, bollando peraltro come apodittica la difesa erariale: quel titolo di legittimazione può essere infatti invocato solo nelle ipotesi in cui la manovra abbia un effettivo respiro nazionale ovvero sia definisca uno standard omogeneo di garanzia e di prestazioni su tutto il territorio statale. Nel caso di specie la norma impugnata si proponeva piuttosto di creare una zona franca dai vincoli e dai freni della burocrazia in un'area delimitata del paese (il meridione) con l'obiettivo di favorire il rilancio in quelle zone della crescita imprenditoriale e quindi dello sviluppo economico.

La correzione interpretativa operata dalla Corte sul versante della individuazione delle finalità della legge statale censurata si riflette sulle modalità di garanzia del diritto di iniziare e svolgere attività di impresa nel mezzogiorno del paese: la norma è quindi dichiarata incostituzionale in quanto la previsione generalizzata di regole statali volte a definire anche i procedimenti amministrativi che si svolgono nell'ambito di competenze regionali (concorrenti ovvero residuali) appare alla Corte del tutto arbitraria e ingiustificata, non essendo nella fattispecie neppure rinvenibili

²¹ Corte cost., sent. 22.7.2011, n. 232, punto 5.2 del *Considerato in diritto*. Sulla vicenda processuale e sul seguito legislativo di questa decisione v. il saggio di M. MONTAGNA, in questo volume.

²² Inoltre l'Avvocatura aveva invocato i poteri statali di coordinamento della finanza pubblica in quanto la misura sarebbe stata adottata per favorire la ripresa e lo sviluppo del sistema produttivo nel quadro «di una manovra complessiva di riequilibrio e contenimento finanziario di tutela del bilancio dello Stato e di supporto all'economia del Paese, nel contesto di una grave situazione di crisi internazionale, in cui deve riconoscersi allo Stato medesimo l'esercizio di una potestà legislativa primigenia, fondata sui principi fondamentali di unità (art. 5 Cost.), di solidarietà politica economica e sociale (art. 2 Cost.) di sussidiarietà (art. 118 Cost.) e di responsabilità a tutela dell'unità economica della Nazione (art. 120 Cost.)».

i presupposti necessari per un'eventuale avocazione allo Stato di funzioni regionali in nome di interessi unitari da salvaguardare ovvero in virtù della impossibilità, inadeguatezza dei livelli inferiori di svolgere analoghe funzioni amministrative. Il rischio dell'uso «strumentale» del rapporto tra la tutela di un diritto e l'omogeneità della sua disciplina a livello nazionale viene così chiaramente evidenziato dalla Corte. I giudici costituzionali dimostrano che nella fattispecie la migliore tutela dell'effettività del diritto di iniziativa economica non è affatto connessa con la garanzia dell'uniforme disciplina di procedimenti amministrativi: tali procedimenti non dovevano essere regolati dal centro, in quanto avrebbero dovuto piuttosto riflettere la necessaria differenziazione dell'ambito territoriale (meridione) destinatario della politica di semplificazione.

Quando poi la contesa sulle competenze legislative coinvolge una legge regionale che persegue l'obiettivo specifico di garantire l'effettività dei diritti, in modo diverso ovverosia potenziato rispetto agli standard di tutela definiti o definibili sulla base della normativa statale, il sindacato del giudice delle leggi sottopone a scrutinio la ragionevolezza di quelle misure di sostegno economico volte a tutelare in modo differenziato le situazioni giuridiche dei non cittadini.

Nel 2005 la Corte ha avuto così modo di indagare sulle ragioni della differenziazione tra cittadini e non cittadini in ordine alla fruizione di forme di sostegno economico (gratuità parziale o totale del titolo di viaggio sui mezzi di trasporto locale) volte a favorire la libertà di movimento delle persone invalide. La difesa regionale aveva più volte sottolineato la volontà di realizzare un sistema di tutela addirittura più elevato di quello minimo garantito dalla norma nazionale, sia pure in presenza di un'oggettiva scarsità di risorse economiche: sulla base di queste premesse si sarebbero giustificate le differenziazioni operate dal legislatore regionale nella individuazione selettiva dei destinatari.

A fronte di questa impostazione, i giudici costituzionali qualificano come illegittimamente discriminatorie le scelte regionali in quanto il bilanciamento tra il limite delle risorse finanziarie a disposizione dell'ente regionale per le politiche sociali e la volontà di accordare quei benefici ad un numero più elevato possibile di persone si fonda in realtà sulla previsione di condizioni «ulteriori» (la cittadinanza italiana per gli invalidi stranieri) le quali conducono ad una intollerabile discriminazione. In definitiva, la regione non poteva invocare la scarsità delle risorse finanziarie e la contemporanea volontà di garantire l'effettività dei diritti ben oltre la soglia dell'essenziale come giustificazione per l'apposizione di specifiche condizioni (status di cittadino) che di fatto precludono agli stranieri il godimento di prestazioni riconducibili ai fondamentali doveri di solidarietà e di assistenza sociale²³.

Analogo schema interpretativo sorregge la recente censura della legge regionale friulana che, sulla base di analogo ragionamento, aveva selezionato i destinatari del cd. sistema integrato dei servizi regionali (mediante l'accesso a servizi gratuiti e

²³ Corte cost., sent. 2.12.2005, n. 432, punto 5.2. del *Considerato in diritto*; sul sindacato di ragionevolezza applicato alle restrizioni legislative in materia di benefici sociali ai non cittadini, v. B. PEZZINI, *Una questione che interroga l'eguaglianza: i diritti sociali del non-cittadino*, in Associazione Italiana dei Costituzionalisti, *Annuario 2009, Lo statuto costituzionale del non cittadino*, Napoli, Jovene, 2010, 163 ss., 196.

a pagamento ovvero a prestazioni di sostegno per persone che attraversano momenti di difficoltà economica) ponendo una preclusione con riferimento agli extracomunitari ovvero ai cittadini che non avessero maturato trentasei mesi di residenza sul territorio regionale. Anche in questo caso la Corte non considera sufficiente la giustificazione relativa alla necessità di bilanciare il costo dei servizi sociali di sostegno e la limitatezza delle risorse finanziarie in quanto le scelte operate devono comunque essere conformi al canone della ragionevolezza²⁴.

In questo tipo di soluzioni interpretative appare evidente la capacità del giudice delle leggi di riconoscere la strumentalità dell'argomentazione relativa alla necessità di graduare il godimento del beneficio in relazione alla oggettiva scarsità di risorse economiche e di orientarsi verso il massimo delle garanzie attraverso la piena valorizzazione del principio di non discriminazione che ha consentito ai giudici di Strasburgo di elaborare una giurisprudenza assai avanzata sul fronte delle garanzie dei diritti sociali essenziali da riconoscere ai non cittadini²⁵. È evidente che il presunto potenziamento nella dimensione locale del livello delle prestazioni non può essere svolto ai danni del principio di non discriminazione e nessuna esigenza di natura economica può giustificare condizionamenti che appaiono tanto più inaccettabili in quanto incidono su situazioni soggettive di particolare debolezza in presenza delle quali può essere vulnerato addirittura il nucleo essenziale della dignità della persona.

5. *Un occhio a Strasburgo e un occhio alla storia della Corte costituzionale.* – Nella evoluzione della giurisprudenza costituzionale e nel progressivo arricchimento delle tecniche decisorie elaborate dal giudice delle leggi si può leggere la storia della giustizia costituzionale e si possono ricostruire le forme della sua progressiva legittimazione nel sistema dei poteri. Questa storia consente alla Corte costituzionale (e agli interpreti) di guardare agli stimoli e alle suggestioni che provengono dalla sempre più pervasiva giurisprudenza dei giudici di Strasburgo con un orizzonte ed una prospettiva sufficientemente ampia e articolata, tale da poter guidare verso una comparazione tra i risultati ascrivibili a quella giurisprudenza, specie sul versante dell'arricchimento delle garanzie individuali, con le tradizioni costituzionali che si

²⁴ Corte cost., sent. 9.2.2011, n. 40, punto 4 del *Considerato in diritto*. Su questo filone giurisprudenziale, v. F. BIONDI DAL MONTE, *Lo stato sociale di fronte alle migrazioni. Diritti sociali, appartenenza e dignità della persona*, Relazione al Convegno annuale dell'Associazione «Gruppo di Pisa», Trapani, 8-9 giugno 2012, reperibile in www.gruppodipisa.it.

²⁵ In questo filone si inserisce la sent. 16.12.2011, n. 329, resa nell'ambito di un giudizio in via incidentale originato dall'ordinanza della Corte d'appello di Genova, con cui la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità della norma statale che aveva subordinato al requisito della titolarità della carta di soggiorno la concessione dell'indennità di frequenza a minori extracomunitari legalmente soggiornanti sul territorio dello stato in condizioni di disabilità. Trattandosi di uno strumento con finalità sociali che dovrebbe garantire al minore disabile le condizioni essenziali per una vita accettabile nel contesto sociale in cui è inserito e un futuro lavorativo, non sono tollerabili discriminazioni fondate su requisiti ulteriori imposti in virtù del fatto di essere non cittadino: in questo caso il parametro dell'art. 117, co. 1 Cost. viene invocato per veicolare il valore e il significato che la Corte di Strasburgo attribuisce al principio di non discriminazione (art. 14 CEDU) insieme agli altri parametri costituzionali sui quali si fondano i diritti sociali del minore messi in discussione dalla norma oggetto della questione di costituzionalità.

fondano sulla piena e matura consapevolezza in ordine agli equilibri del complesso delle situazioni giuridiche (diritti, doveri e responsabilità) e alla altrettanto articolata trama delle relazioni che legano le istituzioni chiamate a garantirne la piena vigenza.

Abstract

The «Research of Effectiveness»: from the Struggle for the Implementation of the Constitution to the Objective of the Best Protection of Rights

The paper reflects on the Case-Law of the Italian Constitutional Court, through which the recent Judgments (beginning with the leading cases nn. 348 and 349 of 2007) that have contributed to the clarification of the status of conventional rules (ECHR), as developed and interpreted by Strasbourg Judges, can be understood in the context of the domestic constitutional system. The author sees in the Jurisprudence of the Constitutional Court dating back to the «struggle» for the effectiveness of the Constitution (including the norms concerning programs and objectives), in the interpretative decisions that have limited the impact of unconstitutionality, according to the budgetary needs in the light of the gradualism of social rights guarantees, and in the significance of the effectiveness of fundamental rights in the context of the reformed Italian regionalism, interpretative rules which would allow the Constitutional Judge to identify the «best level of protection» of fundamental rights (Judgments 311 and 317 of 2009), so as to be able to enforce checks and balances among constitutional powers, *id est* with respect to the responsibility of the legislature and the role of the judiciary.